جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة بابل

كلية القانون

القانون الواجب التطبيق على العمليات المصرفية الرقمية

دراسة مقارنة

اطروحة تقدمت بها الطالبة

ريام عباس علي

إلى مجلس كلية القانون في جامعة بابل

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص

بإشراف

الأستاذ الدكتور

عبد الرسول عبد الرضا الاسدي

استاذ القانون الدولي الخاص

٢٠٢٣ م ١٤٤٥ هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ قَالُوا سُبْحَانَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا إِنَّكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ ﴾

صدق الله العظيم

سورة البقرة

الآية / ٣٢

الاهـــــــــــــــــــــــــــــــداء

إلى أبي الغالي الذي علمني أنّه إذا أردت أن يكون لك شأن

فعليك بالعلم

إلى أمي الغالية التي دعت كثيراً لتكون أحلامي حقيقة

إلى زوجي .... الملاك الحارس

إلى أخواني وأخواتي وأصدقائي أطال الله في حياتهم وبارك لهم فيها

إلى كل محبي العلم والعمل

إليهم جميعاً أهدي هذا العمل

شكر وعرفان

الحمد لله الذي أبان الحق وأظهره ، والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى اله الطيبين الطاهرين ، فمن نعمة الله علي أن وفقني وأعانني على كتابة هذه الاطروحة وإنجازها .

وإنّي أتقدم بخالص شكري وتقديري إلى أستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور / عبد الرسول عبد الرضا الاسدي لقبوله الإشراف على هذه الاطروحة ، والذي أحاطني بالعناية والجهد ، وان قبول سيادته الإشراف على هذه الاطروحة كان دافعاً قوياً لي ببذل أقصى جهد ممكن

حتى يخرج البحث على مستوى ينال قبوله ، ويكون جديرا بالانتساب لمدرسته ، وأشكر سيادته أيضاً على توجيهاته العلمية التي كان لها عظيم الأثر في إتمام هذه الأطروحة وخروجها إلى النور ، فقد كان نعم الأستاذ وخير معلم ، وأسأل الله أن يبارك له في علمه ، وأنْ يزيده علماً وعملاً ، وأنْ يطيل في عمره ويرزقه الصحة والعافية .

كما أتقدم بخالص الشكر إلى أساتذتي الأفاضل في كلية القانون / جامعة بابل ولاسيما أساتذة الفرع الخاص الذين تتلمذت على أيديهم في مرحلة الماجستير والدكتوراه واقف لهم اجلالاً واحتراماً لما قدموه لي طيلة فترة دراستي فضلا عن استاذي عميد كلية القانون في جامعة الكفيل الدكتور احمد الخفاجي وأدعو الله التوفيق لهم خدمة للمسيرة العلمية .

وأتقدم بخالص الشكر وعظيم الامتنان إلى لجنة المناقشة رئيساً وأعضاء لقبول سيادتهم الاشتراك في لجنة المناقشة والحكم ... وإنه لشرف لي وجودهم في هذا اليوم ، وإنّي على يقين بأنّهم سيسرون هذه المناقشة بعلمهم الفياض وملاحظاتهم الثاقبة .

المستخلص

نظرا لما يشهده العالم اليوم من تطور كبير في مجـــال تكنلوجيـــا المعلومـــات ونظـــم الاتصالات الحديثة وبشكل لم يكن معهودا عليه من قبل ، فانعكس هذا الانتشار الواسع لتلـــك التقنيات على استعمالها في العمليات المصرفية حيث اصبح القيام بهذه العمليات يتزايد يومـــا بعد يوم وبشكل كبير.

وبهذا استوجب الأمر التكيف مع الثورة الافتراضية من خلال استحداث عمليات وآليات حديثة للتداول عبر شبكة الأنترنت، وتتميز هذه العمليات باللامركزية، وتعدّ النقود الرقمية هي محور هذه العمليات، وقد بدأ التعامل بهذه العمليات والعمل بها يتسارع يوماً بعد يوم في ظـــل تطور العولمة التقنية الحديثة، إذ بدأت هذه السرعة واضحة في مجال تداول العملات الرقمية والتي ترتبط بالمصارف في جميع أنحاء العالم، ثم ما لبث أنْ ظهرت عملة افتراضية وجـــدت ميدانها ومكانها الوحيد هو الشبكة الإلكترونية (الأنترنت) غير مرتبطة بمصرف أو مركـــز أطلق عليها بالعملات الرقمية وكان من أشهر هذه العملات وأولها عملـــة البتكـــوين، التـــي انتشرت بشكل واسع، وبما ان هذه العملات يتم تداولها عبر دعامات الكترونية غير مادية في الوسط الافتراضي ، لذا يمكن أن تثار بصددها مشكلات قانونية تتمثـــل بالقـــانون الواجـــب التطبيق في حال حدوث منازعات ، لأن عدم الحضور المادي للأطراف في نطاق العمليـــات المصرفية الرقمية يثير مشاكل واقعية عملية تتعلق بمشكلة التعبير عن الارادة فـــي المجـــال المعلوماتي والتحقق من هوية المتعاقدين أي تحديد أطراف العلاقـــة القانونيـــة عبـــر شـــبكة الانترنت وما ينتج عن هذه المشاكل من مخاطر حدوث عمليات التدليس والغش المعلوماتي .

ويمكن القول إنَّ التعامل مع تقنيات الأنترنت أصبح سمة مميزة من سمات هذا العصر، وإنَّ هذه الشبكة أصبحت من الركائز الرئيسة التي يمكن من خلالها تقديم الخدمات المصرفية، والتي تطورت بشكل واضح مع مرور الوقت فلم يعدّ مقتصراً على استعمال الأسلوب التقليدي للحواسيب الآلية في تخزين المعلومات والبيانات ثم استرجاعها في وقت آخر حسبما يرغب الشخص، بل تطور الأمر واستحدث أساليب جديدة لغرض تقديم الخدمات المصرفية التقليدية بشكل جديد من جانب، وابتكار خدمات مصرفية جديدة من جانب أخرى، وتعدّ العمليات المصرفية الرقمية نوعاً من أنواع الاعمال التجارية الإلكترونية، والتي هي إحدى ثمار الثورة في مجال الاتصالات التي شهدها العالم في النصف الثاني من القرن العشرين.

إنَّ تحديد القانون واجب التطبيق في العراق على تلك العمليات لا يخلو من صعوبة بسبب ان قانون التوقيع والمعاملات الالكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ لم يشير الى هذه العمليات وينظمها، إذ ان البحث في العمليات المصرفية الرقمية توزعت أحكامه بين القواعد العامة في القانون المدني وقوانين البنك المركزي والقوانين التجارية، وهذا يلقي بظلاله على العمليات المصرفية إذ يحصل تنازع بين القوانين بخصوص العمليات المصرفية الرقمية، لأنها في الأغلب تتضمن عنصراً أجنبياً.

المحـــــــتويات

الموضـــــــــــــــــــــــوع	الصفحة
المقـــــــــــــــــــــــدمة	١-٤
الباب الأول **ماهية العمليات المصرفية الرقمية وتطبيقاتها**	٥ ــ ٨٢
الفصل الأول: ذاتية العمليات المصرفية الرقمية	٦ ــ ٤٦
المبحث الأول: مفهوم العمليات المصرفية الرقمية وخصائصها	٧ ــ ٣٦
المطلب الأول: تعريف العمليات المصرفية الرقمية	١٠ ــ ١٦
الفرع الأول: تعريف العمليات المصرفية الرقمية لغةً	١١
الفرع الثاني: تعريف العمليات المصرفية الرقمية فقهاً وقانوناً	١٢ ــ ١٦
المطلب الثاني: خصائص العمليات المصرفية الرقمية	١٦ــ ٢١
الفرع الأول: الخصائص الخاصة للعمليات المصرفية الرقمية	١٦ ــ ١٨
الفرع الثاني: الخصائص العامة للعمليات المصرفية الرقمية	١٨ ــ ٢١
المطلب الثالث: تطور العمليات المصرفية الرقمية	٢١ ــ ٣٦
الفرع الأول: عوامل تطور العمليات المصرفية الرقمية	٢٢ ــ ٢٥
الفرع الثاني: تطور العمليات المصرفية الرقمية التي تعاملت بها المصارف الرقمية	٢٥ ــ ٣٦
المبحث الثاني: العقود المصرفية الرقمية وخصائصها	٣٧ ــ ٤٦
المطلب الأول: تعريف العقود المصرفية الرقمية	٣٨ ــ ٤١
الفرع الأول: المصرف كأحد أطراف العقود المصرفية الرقمية	٣٩ ــ ٤٠
الفرع الثاني: الزبون كأحد أطراف العقود المصرفية الرقمية	٤٠ ــ ٤١
المطلب الثاني: خصائص العقود المصرفية الرقمية	٤١ ــ ٤٦
الفرع الأول: العقود المصرفية الرقمية عقود نموذجية	٤٢ــ ٤٤
الفرع الثاني: العقود المصرفية الرقمية عقود ذات طابع دولي	٤٥ــ٤٦

الموضـــــــــــــــــــــــــــــــوع	الصفحة
الفصل الثاني: تطبيقات للعمليات المصرفية الرقمية	٤٧ ــ ٨٢
المبحث الأول: ماهية العملات الرقمية	٤٨ ــ ٥٩
المطلب الأول: مفهوم العملات الرقمية	٤٨ ــ ٥٦
الفرع الأول: تعريف النقود الرقمية	٤٩ ــ ٥٢
الفرع الثاني: أنواع النقود الرقمية وخصائصها	٥٢ ــ ٥٦
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للعملات الرقمية	٥٦ ــ ٥٩
الفرع الأول: النقود الرقمية صورة غير مادية للنقود التقليدية	٥٦ ــ ٥٨
الفرع الثاني: النقود الرقمية أصول مالية	٥٨ ــ ٥٩
المبحث الثاني: ماهية المصارف الرقمية	٦٠ ــ ٨٢
المطلب الأول: مفهوم المصارف الرقمية	٦٠ ــ ٧٠
الفرع الأول: تعريف المصارف الرقمية	٦١ ــ ٦٦
الفرع الثاني: مزايا المصارف الرقمية	٦٦ ــ ٧٠
المطلب الثاني: البنوك التقليدية التي تقدم خدمات رقمية	٧٠ ــ ٨٢
الفرع الأول: تحويل الأموال الكترونياً	٧١ ــ ٧٥
الفرع الثاني: بطاقات الائتمان	٧٥ ــ ٧٧
الفرع الثالث : الاوراق التجارية الالكترونية	٧٧ ــ ٨٢
الباب الثاني **إعمال منهج التنازع الدولي للقوانين على العمليات المصرفية الرقمية**	٨٣ ــ ١٧٩
الفصل الأول: تطبيق منهج تنازع القوانين على العمليات المصرفية الرقمية	٨٦ ــ١٣٣
المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على منازعات العمليات المصرفية الرقمية باتفاق الأطراف	٨٩ ــ ١٠٩
المطلب الأول: إعمال مبدأ قانون الإرادة في مجال العمليات المصرفية الرقمية	٩٠ــ ٩٦
الفرع الأول: نشأة وتطور خضوع العقود الرقمية لقانون الإرادة	٩١
الفرع الثاني: الاعتراف بالقاعدة في ظل منظومة القواعد الداخلية والدولية	٩٢ ــ ٩٦

الموضـــــــــــــــــــــــــــــــوع	
المطلب الثاني: مدى اعتبار النظام العام قيداً على مبدأ قانون الإرادة في مجال العمليات المصرفية الرقمية	٩٧ ــ ١٠٩
الفرع الأول: مفهوم النظام العام	٩٧ ــ ١٠٥
الفرع الثاني: صلاحية النظام العام في العمليات المصرفية الرقمية	١٠٥ــ١٠٩
المبحث الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات العمليات المصرفية الرقمية في ظل غياب اتفاق الأطراف	١١٠ــ١٣٣
المطلب الأول: الإسناد الجامد والتحديد المسبق للقانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية	١١١ــ١١٩
الفرع الأول: اسناد الرابطة العقدية لقانون دولة محل ابرام وتنفيذ العقد	١١٣ــ١١٧
الفرع الثاني: اسناد الرابطة العقدية لقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين وقانون الموطن المشترك للمتعاقدين	١١٧ــ١١٩
المطلب الثاني: الأداء المميز كضابط اسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على العمليات المصرفية الرقمية	١٢٠ــ١٢٩
الفرع الأول: ضابط الأداء المميز في القضاء والاتفاقيات الدولية	١٢٢ــ١٢٦
الفرع الثاني: مبررات الأخذ بضابط الأداء المميز في العمليات المصرفية الرقمية	١٢٦ــ١٢٩
المطلب الثالث: تطبيق القانون الموضـــــوعي الرقمي على العمليات المصرفية الرقمية	١٢٩ــ١٣٣
الفصل الثاني: مدى صلاحية تطبيق قاعــدة تنــازع القــوانين علــى العمليات المصرفية الرقمية	**١٣٤ــ١٧٩**
المبحث الأول: صعوبات تطبيق قاعدة التنازع على العمليات المصرفية الرقمية	١٣٥ــ١٥١
المطلب الأول: الصعوبات التي تواجه القانون المختار باتفاق الأطراف	١٣٥ــ١٤٧
الفرع الأول: الصعوبات المتعلقة بالاختيار الصريح لقانون العقد	١٣٦ــ١٤٥
الفرع الثاني: الصعوبات المتعلقة بالاختيار الضمني لقانون العقد	١٤٥ــ١٤٧

الموضـــــــــــــــــــــــــــــــــــوع	الصفحة
المطلب الثاني: الصعوبات التي تواجه القانون المعين بواسطة القاضي	١٤٧ــ١٥١
الفرع الأول: صعوبة التوطين أو التركيز الموضـــــوعي للعقود الرقمية	١٤٩
الفرع الثاني: صعوبة إعمال معايير الاختصاص القانوني التقليدية على العمليات المصرفية الرقمية	١٥٠ــ١٥١
المبحث الثاني: مشاكل تطبيق قاعدة التنازع على العمليات المصرفية الرقمية	١٥٣ــ١٧٩
المطلب الأول: مشكلة التحقق من وجود إرادة وإسنادها للمتعاقد	١٥٣ــ١٥٧
المطلب الثاني : مشكلة التحقق من أهلية المتعاقد	١٥٧ــ١٦٢
المطلب الثالث : مدى قبول البيانات الالكترونية في الاثبات	١٦٣ــ١٧٩
الخـــــــــــــــــــــــاتمة	**١٨٠ــ١٨٣**
المصادر والمراجع	١٨٤ــ٢٠١

المقدمـــــــــــــــــة

أولاً: جوهر فكرة البحث

انعكس التطور المتسارع في مجال الاتصالات وتكنلوجيا المعلومات بقوة على العمليات المصرفية ، وقد مكن هذا التطور الافراد بالقيام بالعمليات المصرفية الرقمية باستخدام العملات الرقمية بمختلف صنوفها المركزية وغير المركزية التي اثارت الجدل القانوني حولها ، بسبب تنوع فئات مستخدميها ما بين المستخدمين العاديين والمضاربين والمستثمرين ، وتنوع غايات استخدامها

ما بين الانتفاع من مزاياها واخرى تعلقت بغايات اجرامية ، فضلا عن ان فلسفة ظهورها نتجت بفعل الرغبة بالتخلص من تحكم السلطات بالنقد ، مما يشكل دافعا للبحث عن القانون الواجب التطبيق على هذه العملات الرقمية ، وما ينتظر ان يكون لقطف ثمار مزاياها ان وجدت من جهة ، ووأد سلبياتها وعواقبا من جهة اخرى .

وإنَّ هذه العمليات المصرفية الرقمية والبطاقات الائتمانية الإلكترونية بوصفها بطاقات تحويل ونقل نقود والتي يكون عادة أحد أطرافها أجنبيا، لذا تثار التساؤلات حول القانون واجب التطبيق على العمليات المصرفية الرقمية في ظل وجود العنصر الأجنبي، وفي ظل اختلاف التشريعات المقارنة حول هذه العمليات، لذا يستوجب البحث عن القانون واجب التطبيق بشأنها، وهل يوفر هذا الأخير الحماية اللازمة للأطراف لاسيما أنّ هذه العمليات تتم بصورة افتراضية.

ثانيا / أهمية الدراسة:

لا يختلف اثنان ان التكنلوجيا هي سمة من سمات العصر الحالي ، ولاسيما أن التكنلوجيا الرقمية التي مازالت تقطع اشواطاً من التطور بسلبياته وايجابيات ، وتعد العملات الرقمية واحدة من مصاديقها التي تتطور كما ونوعا كلما مر الوقت .

ومع حداثة الموضوع بالنسبة للمجال القانوني بالنسبة لكثير من الأنظمة القانونية ، وبالخصوص العربية ، فضلا عن ان الساحة القانونية شبه خالية من وجود قوانين صريحة تنظمها الاثر الاقوى في بحثها بطريقة توازي اهميتها من حيث موقف الدولة الواقعي منها في مجال التشريعات التي تمسها ومجال الادارة والمالية العامة وما يجب ان تكون عليه في ظل التنامي المفرط لها ، وان بحث مدى إمكانية تطبيق القواعد التقليدية للقانون الدولي الخاص المتعلقة بقواعد تنازع القوانين التي تعتمد على مرتكزات جغرافية وأرضية على تلك العمليات التي تنفذ ويتم التعاقد بها عبر شبكة الأنترنت، إذ تبدو الصعوبة في أنّ قواعد الإسناد التقليدية لها طابع مكاني مثل الموطن ، ومكان نشأة الالتزام أو تنفيذه ، وهو أمر يتعارض مع الطابع الافتراضي للعمليات المصرفية الرقمية، فالأمر يحتاج إلى بيان التنظيم القانوني الملائم لتنظيم العمليات المصرفية الرقمية حتى يتحقق الأمان القانوني للأطراف المتعاقدة عبر الأنترنت ، وهو ما يتفق مع هدف القانون الدولي الخاص الذي يرمي إلى تحقيق الأمن القانوني أكثر منه سعياً لتحقيق العدالة .

ثالثا/ اشكالية الدراسة

تتحدد المشكلة الرئيسية لهذا الموضوع بالتأثير التكنلوجي المتسارع على أغلب مفاصل الحياة ، حيث كان للتجارة الالكترونية النصيب الاكبر من هذا التطور ، وهذا الاخير القى بضلاله الى ظهور العمليات المصرفية الرقمية والتي تشكل عاملا في تحقيق مسيرة التجارة الالكترونية ، وفي ضل هذه المعطيات تثار اشكاليات الدراسة يعدّ من أهمها:

١- تتلخص مشكلة الدراسة في بيان تحديد مفهوم العمليات المصرفية الرقمية المتمثلة بالعملات الرقمية من حيث تعريفها وتمييزها وتحديد طبيعتها القانونية ، وكذلك معرفة القانون الواجب التطبيق على العمليات المصرفية الرقمية في التشريعات

السائدة ، ومعرفة الوضع القانوني لهذه العمليات الذي بدوره يؤدي الى قطف ثمار مزاياها .

٢- كما ترجع صعوبة البحث إلى عدم وجود قانون في التشريع العراقي يغطي الجوانب المتعلقة بالعمليات المصرفية الرقمية ، وخصوصا وان قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الإلكترونية قد خلا من تحديد واضح للقانون الذي يحكم العلاقات بين الاطراف ، وكذلك عدم وجود أحكام قضائية يمكن للباحث اللجوء إليها لإيضاح الحلول المناسبة للمشكلات القانونية التي تطرحها الدراسة .

٣- موضوع الدراسة أوجب على الباحث التطرق لأكثر من فرع من أفرع الدراسات القانونية إلى جانب القانون الدولي الخاص .

رابعا / منهج الدراسة :

يعد البحث عن القانون الواجب التطبيق في العمليات المصرفية الرقمية اعتمادا على بيان اتجاه المشرع الوطني والتشريعات الدولية المقارنة ، وبالمقارنة مع القوانين والاتفاقيات الدولية حول القانون الواجب التطبيق على حياة العملات الرقمية منذ تعدينها ومرورا بالمراحل التي تمر بها اثناء حياتها في التداول والانتقال من شخص الى اخر ، هو ما يستوجب اعتماد هذه الدراسة على منهجا تحليليا مقارنا بين كل من القانون العراقي والقانون المصري والقانون الفرنسي وبعض القوانين الاخرى كلما اقتضت الضرورة لبيان القانون الواجب التطبيق على العمليات المصرفية الرقمية ، مع الاشارة الى القواعد الدولية في بعض الاتفاقات المعنية .

خامسا / خطة الدراسة :

بناء على ما تقدم يتضح لنا أنّ دراسة القانون الواجب التطبيق على العمليات المصرفية الرقمية تتطلب توضيح مفهوم العمليات المصرفية الرقمية وعقودها وأهم

تطبيقاتها ، و دراسة مدى ملاءمة تطبيق منهج التنازع في مجال العمليات المصرفية الرقمية .

وسنقسم هذه الدراسة على بابين ، وذلك على النحو الآتي :

الباب الأول : ماهية العمليات المصرفية الرقمية .

الفصل الأول : ذاتية العمليات المصرفية الرقمية .

الفصل الثاني : تطبيقات العمليات المصرفية الرقمية .

الباب الثاني : إعمال منهج التنازع الدولي للقوانين على العمليات المصرفية الرقمية .

الفصل الأول : تطبيق منهج قاعدة تنازع القوانين على العمليات المصرفية الرقمية .

الفصل الثاني : مدى صلاحية تطبيق منهج تنازع القوانين على العمليات المصرفية الرقمية .

الباب الأول

ماهية العمليات المصرفية الرقمية وتطبيقاتها

ان المتابع للأحداث خلال العقد الاخير من القرن العشرين ، وكذا بداية القرن الحالي والعشرين ، يلاحظ مدى التطورات الهائلة التي حدثت على الصعيد الدولي في شتى المجالات ، ولاشك ان العمليات المصرفية تعد من اكثر القطاعات تأثرا بمظاهر هذه التغيرات ، والتي انعكست على طبيعة ما يقدمه من خدمات مصرفية تختلف بالقطع عما كان يقدمه في الماضي .

أضف إلى ذلك أنّ التطورات التكنولوجية وما صاحبها من تقدم مذهل في مجال العمليات المصرفية ، تعد من أهم العناصر التي ساهمت في تطوير الأعمال والخدمات المصرفية ، ومن ثم حدوث تطور كبير في أعمال المصارف وخدماتها سواء عل المستوى المحلي أو الدولي[١] .

وبناء على ما سبق ، فأن الباحث سوف يعرض هذا الباب من خلال فصلين ، وذلك على النحو الاتي :-

الفصل الأول : ذاتية العمليات المصرفية الرقمية .

الفصل الثاني : تطبيقات العمليات المصرفية الرقمية .

---

(١) د. امينة زكي شبانة ، تأثير العولمة على الوضع التنافسي لصادرات الدولة النامية ، مجلة مصر المعاصرة ، مقال في العدد ٤٥٥:٤٥٦ ، يوليو – أكتوبر ، ١٩٩٩ ، ص٤٠٧ .

الفصل الأول

ذاتية العمليات المصرفية الرقمية

باتت وسائل التطور الحديثة والتكنولوجيا من أكبر القضايا الاستراتيجية في مجال الأعمال المصرفية ، التي يعكف المصرفيون الآن وبهمة كبيرة، على استقصاء وتفحص الفرص التي توفرها الشبكات الإلكترونية[١].

ونظراً لارتفاع تكلفة تداول الصكوك وأوامر التحويلات والدفع، وطوال المدة الزمنية حتى تتم التسوية النهائية عند استخدام هذه الوسائل، بالإضافة إلى احتمالات التزوير في الصكوك وأوامر الدفع والتحويلات اتجهت أغلب الدول المتقدمة إلى استخدام وسائل الدفع الإلكترونية الرقمية كبديل لوسائل الدفع التقليدية[٢]، وقد شهدت العمليات المصرفية ثورة في واقعها أشعلتها مبتكرات التقنية العالمية في مجال الاتصال والحوسبة ، فجرى الاعتماد على مزودات النقد الإلكتروني والبطاقات المالية الإلكترونية بأنواعها والتي شهدت تطوراً وصل حد البطاقة الذكية التي تحتفظ ضمن شريحة إلكترونية متضمنة فيها ، على مقادير من المال بعملات مختلفة حسب رغبة مستخدمها، كما تطورت أنظمة تحويل الأموال والنقل الإلكتروني لها ، وشيئاً فشيئاً يحل المال الإلكتروني محل المال النقدي والطرق التقليدية المتبادلة .

وسيتم عرض هذا الفصل من خلال مبحثين وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول : مفهوم العمليات المصرفية وخصائصها .

المبحث الثاني : العقود المصرفية الرقمية وخصائصها .

---

[١] سعيد الحامز ، العمليات المصرفية الإلكترونية والإطار الإشرافي ، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون ، كلية الشريعة والقانون ، جامعة الامارات العربية المتحدة وغرفة تجارة وصناعة دبي ، المجلد الخامس ، ٢٠٠٣ ، ص٢٣٨ ، منشور على الموقع الالكتروني http//library.birzeit.edu اخر زيارة بتأريخ ٢٠٢٢/٢/٢٤ .

[٢] د. محمود الشرقاوي ، مفهوم الأعمال المصرفية الإلكترونية وأهم تطبيقاتها ، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون ، ٢٠٠٣ ، ص١٧ .

المبحث الأول

مفهوم العمليات المصرفية الرقمية وخصائصها

لقد سعت اغلب الدول المتقدمة على تهيئة المناخ لاستفادة المصارف من وسائل الاتصال الالكتروني، وذلك على الأصعدة القانونية والبنى التحتية لوسائل الاتصال والمعلومات وكذلك بعض الأصعدة الاقتصادية ، وشهدنا في الآونة الأخيرة تقدماً واضحاً وملموساً في مجال السماح لعملاء المصارف بإجراء العمليات المصرفية الرقمية من خلال شبكات الاتصال الإلكترونية [١].

إذ أصبحت تقنية المعلومات مرتكزاً أساسياً لإدارة النشاط التجاري والمالي الدولي، إذ مكنت بشكل وبآخر من إسناد التوجهات الدولية في ميدان تحرير التجارة والخدمات، وأمست التقنية الإلكترونية إحدى متطلبات التنافس في هذا المجال ، وكان من إفرازاتها على المستوى الحكومي ما يعرف باسم الحكومة الإلكترونية، وأهم إفرازاتها في القطاع الخاص شبكات الأعمال الإلكترونية واعتماد تحقيق عناصر رئيسة من معايير الجودة المتكاملة في الإدارة والإنتاج والخدمات القائمة على شبكة الأنترنت ، وكان لابد من أنْ تتسع تقنية الأنترنت على المجال التنظيمي الذي تتضمنه قواعد تشريعات الجمارك والضرائب والاستثمار والمناطق الحرة وغيرها ، إضافة إلى تأثيرها المباشر على محتوى المشاريع المالية التجارية، ولعل المتتبع للنشاطات الاستثمارية والتجارية الدولية يجد أنّ صناعة البرمجيات ووسائل الاتصال وتجهيزات الحواسيب والاستثمار بقواعد الصكوك الإلكترونية تحتل قمة الهرم في مجالات ونشاطات الاستثمار والتجارة والإنتاج، ومن الطبيعي أنْ يكون لهذا الاتجاه أثر واسع على البناء

---

[١] علاء التميمي ، التنظيم القانوني للبنك الالكتروني ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ، ٢٠١٠ ، ص١٩ .

القانوني لتشريعات التجارة والاستثمار سواء كانت هذه القواعد إجرائية أو قواعد ذات محتوى موضوعي أو قواعد ذات محتوى تنظيمي[١] .

وقد اصبح للعمليات الالكترونية دورا كبيرا في حقل الخدمات الاستراتيجية والحيوية، متمثلة بخدمات الصحة والتعليم، إذ نشأت في البيئة الرقمية مفاهيم جديدة أثارت العديد من التحديات المالية والاجتماعية والاقتصادية وكذلك تحديات قانونية، كما هو الحال في التعليم الإلكتروني والجامعات الإلكترونية والخدمات الصحية والشبكات الصحية الإلكترونية، أما بالنسبة لميدان إدارة الملفات والوثائق أو ما يطلق عليه بإدارة المعرفة والمعلومات، سواء كان في ميدان الإدارة والمكتبات، فإنّ ما انتجته التقنية المتطورة في هذا المجال مثّل انقلاباً نحو سمات العصر الجديد، فقد اتجهت أغلب القطاعات ومختلفها إلى ما يعرف بالرقمنة ، ويقصد به هو تحويل الأموال والوثائق إلى الصورة الرقمية سواء في المجال المالي أو في مجال المكتبات لغرض تسهيل الوصول إلى المعلومات واسترجاعها وتبادلها وتوظيفها، كما أتاحت التقنية الحديثة تحقيق حلم راود الإداريين ردحاً من الزمن وهو إمكانية خزن المعرفة، أي الخبرات والمهارات المضافة للمعلومة، فإذا كان خزن المعلومات والوثائق أمر سهل فإن ثقافة مؤسسة ما أو معرفة أدائية معينة يصعب خزنها في غير عقول ممارسيها، وقد ساهمت أيضاً الأنظمة الرقمية في أدارة وحفظ المعارف عن طريق وسائل تكنلوجية مختلفة ومن خلال نظم مختلفة[٢] .

ومن تطبيقات هذه القواعد يظهر في إطار تدخل الالـــة فـــي تحريـــر الأوراق التجارية ونذكر منها الكمبيالة وقد ظهر في إطار هذه الورقة مفهوم الكمبيالة الإلكترونية ليتناسب مع طبيعة الآلة الذكية وهي على بنوعين: الأول :الكمبيالـــة الإلكترونيـــة ذات

---

[١] د. محمد عبيد الكعبي، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص٣٣.

[٢] د. شيماء عبد الغني عطا الله، الحماية الجنائية للتعاملات الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص٢٩.

الدعامة الورقية وهي تلك التي توجد وتنشأ ورقياً ويجري تحويلها الكترونياً، والنوع الثاني الكمبيالة الإلكترونية الممغنطة وهي التي يجري من خلالها ابتداء إنشاء الحقوق وانتهائها ، ويجب أنْ يتم تحرير الكمبيالة بنوعيها بموافقة الأطراف ولاسيما المسحوب عليه كما وجد السند لأمر الإلكتروني والصك الالكتروني، كما بين المشرع العراقي في قانون التوقيع الالكتروني النافذ في المادة (١/ تاسعا) والت نصت " المستندات الالكترونية هي المحررات التي تنشأ او تندمج او تخزن او ترسل او تستقبل كلياً أو جزئياً بوسائل الكترونية بما في ذلك تبادل البيانات الكترونيا او البريد الالكتروني أو البرق أو التلكس او النسخ الورقي ويحمل توقيعه الكترونيا" فضلاً عن وجود المصارف الإلكترونية وهي تعمل بتقنية ومنظومة الآلة الذكية التي تضطلع بتحويل الأموال المادية إلى أرقام تتداولها الأشخاص بين البطاقات المصرفية، ومن أبرزها البطاقة الذكية التي تشتمل إضافة إلى النقود بيانات شخصية عن الزبون كما وجدت النقود الإلكترونية وسيلة سهلة وسريعة في الوفاء وتتناول أصغر الوحدات النقدية التي لا يتعامل بها الأفراد في المعاملات اليدوية المادية ، ويقتضي أنْ يحصل المصرف على تراخيص من مصارف عالمية لإصدار البطاقات المصرفية ، وقد حصل بنك البتراء الاردني سنة ١٩٨٢ على ترخيص من شركة (فيزا الدولية) بإصدار البطاقة الخاصة بها باسم (بترا كارد) وإصدار بنك القاهرة /عمان بطاقة (كارو كارد) وحصل البنك الأهلي الأردني بترخيص من شركة (ماستر كارد) على تسويق هذه البطاقة في الأردن، وقد نظّم المشرع العراقي التعامل بالأوراق التجارية والمالية إلكترونياً وأي معاملات إلكترونية يتفق الأشخاص على تنفيذها إلكترونياً وذلك في المادة (١/٣) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية إذ نصت على أنّه (تسري أحكام هذا القانون على[١] :

أ- المعاملات الإلكترونية التي ينفذها الأشخاص الطبيعيون أو المعنويون .

---

[١] قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ ، نشر في جريدة الوقائع العراقية العدد (٤٢٥٦) في ٢٠١٢/١١/٥ .

ب- المعاملات التي يتفق أطرافها على تنفيذها بوسائل الكترونية.

ج- الأوراق المالية والتجارية الإلكترونية). كما أتاح تعديل القانون المدني الفرنسي بشأن العقود رقم ١٣١- ٢٠١٦ في المادة ٣٣ منه امكانيات متعددة للتعامل بالوسائل الإلكترونية لإتاحة الشروط التعاقدية أو المعلومات بشأن الأموال أو الخدمات.

وسيتم في هذا المبحث إلقاء نظرة عامة على المعاملات المصرفية الرقمية من خلال ثلاثة مطالب؛ نبحث في المطلب الأول التعريف بالعمليات المصرفية الرقمية، ونتناول في المطلب الثاني خصائص المعاملات المصرفية الرقمية، ونبحث في المطلب الثالث تطور المعاملات المصرفية الرقمية .

المطلـــــــــب الأول

تعريف العمليـــــــــات المصرفيـــــــــة الرقميـــــــــة

إنَّ التعرف على العمليات المصرفية الرقمية، يفضي إلى معرفة مدى تأثير العالم الافتراضي الإلكتروني في دوليتها وارقمتها ؟وماهي درجة تفاعل قواعد القانون الدولي الخاص مع تلك العلميات؟ للتعرف بعدها على القواعد الحاكمة والمحددة للقانون الواجب التطبيق فيها، لأجل الاحاطة بتفاصيل ما تقدم فلابد من بحث الموضوع من خلال فرعين سنتناول في الفرع الأول منه، تعريف العمليات المصرفية لغةً، في حين سنبحث في الثاني تعريف العمليات المصرفية اصطلاحاً .

الفرع الأول

تعريف العمليات المصرفية الرقمية لغةً

يمكن أنْ تعرف معنى كلمة مصرفية أو صيرفة في اللغة العربية بالرجوع إلى كلمة (صرف)، بمعنى فضل الدرهم على الدرهم، وكذلك معنى صرف الشيء، أي صرف الدينار، مثلاً إلى دراهم، أي أخذ بدل الدينار دراهم[١].

ومنه اشتق اسم الصيرفي، أي بمعنى صراف الدراهم[٢]، والعمليات المصرفية الرقمية في الاصطلاح فتعني أعمال الجهات أو المصارف وكل ما يتعلق بنشاطات هذه المصارف من عمليات مصرفية وحسابات أخرى[٣] .

وأما بالنسبة لكلمة رقمية، فالرقم، الخط، رقم الكتاب، أعجمه وبيّن حروفه، بعلامتها من التنقيط: والتاجر يرقم ثوبه، أي يسمه: ورقم الصفحات، أعطاها أعداداً متسلسلة أو وضع فيها علامات الترقيم[٤] .

---

[١] أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا الرازي، معجم مقاييس اللغة، ج٢، ط٢ دار الكتب العلمية، بيروت، ، ٢٠٠٨، ص٣٧.

[٢] عبد الله بن ميخائيل بن ناصيف البستاني، البستان (معجم لغوي مطول)، ط٢، بيروت، مكتبة لبنان، ١٩٩٢، ص٦٠١.

[٣] جبار كوزفو، معجم المصطلحات القانونية، ط١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٩، ص١٥١٧.

[٤] أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي، جمهرة اللغة، ج٢، تحقيق: رمزي منير بعلبكي، دار الملايين، بيروت، ط١، ١٩٨٧، ص٧٨٠؛ د. أحمد مختار عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج٢، عالم الكتب، القاهرة، ط١، ٢٠٠٨، ص٩٣٠.

الفرع الثاني

تعريف العمليات المصرفية الرقمية فقهاً وقانوناً

يقصد بالعمليات المصرفية الرقمية هي (تقديم البنوك الخدمات المصرفية التقليدية أو المبتكرة من خلال شبكات الكترونية رقمية، وتقتصر صلاحية الدخول إليها على المشتركين فيها، وفقاً لشروط العضوية التي تحددها البنوك، وذلك من خلال أحد المنافذ على الشبكة كوسيلة اتصال العملاء بها، بهدف اتاحة معلومات عن الخدمات التي يؤديها البنك من دون تقديم خدمات مصرفية على الشبكة، وحصول العملاء على خدمات، مثل التعرف على معاملاتهم، وأرصدة حسابتهم، وتحديث بيانتهم، وطلب الحصول على قروض، بالإضافة إلى طلب العملاء وتنفيذ عمليات مصرفية مثل تحويل الأموال)[١]، وذلك يتطلب أنْ يتوافر لدى البنوك سياسات وإجراءات لتقييم المخاطر والرقابة عليها ومتابعتها .

كما عرّفت بأنّها (العمليات المصرفية التي تتم عن بعد سواء بالتلفون أم الانترنيت)[٢] ، وكذلك عرفت بأنْها عملية التحول الرقمي أو التحول لاستخدام منظومة الاتصالات العالمية (الأنترنت) في جميع البرامج والأنشطة المصرفية التقليدية التي كانت متوافرة للزبائن داخل فروع البنك المختلفة وتشمل هذه الأنشطة كلا من عمليات إيداع وسحب وتحويل الأموال وإدارة حسابات التوفير وتقديم طلبات الحصول على منتجات مالية وإدارة القروض ودفع الفواتير والخدمات الأخرى التي لها صلة بإدارة الحسابات البنكية .

والملاحظ على هذه التعاريف أنّها تنهل من معين واحد، وهو تقديم الخدمات المصرفية عن بعد وعبر وسائل إلكترونية، أي أنَّ الأمر يتلخص في استخدام البنوك

---

[١] قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي المصري رقم ١٩٤لسنة ٢٠٢٠ .

[٢] د. علي احمد مرسى عثمان، العمليات المصرفية على الأنترنت، مطبعة الصفا والمروة، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥، ص٥٤.

لبعض الوسائل الإلكترونية في تواصلها مع العملاء، مع احتفاظ البنك بوجوده المادي وتعامله مع عملائه من خلال المقر المعروف به، على أنْ يكون العميل بالخيار بين أن يتعامل مع البنك في مقره بصورة تقليدية، أو أنْ يتعامل من خلال وسائل إلكترونية ليستفيد من المزايا التي تقدمها هذه الوسائل. فهذه العمليات تأتي من خلال تفاعل العالم الافتراضي الخدمات المصرفية مع العالم المادي وجود البنك، فهي عمليات يمكن وصفها بأنها ذات طبيعة إلكترونية جزئية ، فجزء منها يجري في العالم المادي المتمثل بوجود البنك من الناحية الواقعية والجزء الآخر يجري في العالم الافتراضي والمتمثل بالخدمة كتقديم التسهيلات والقروض وغيرها. وهنا يتطلب تدخل جيلين من القواعد لتحديد القانون واجب التطبيق فيها جيل قواعد التنازع التقليدية وأخرى جيل القواعد المستحدثة .

إنَّ الاستخدامات الكثيرة للوسائل الإلكترونية وخصوصاً في مجال الخدمات المصرفية والتعامل المصرفي الرقمي، هذا الأمر يخفض من التكاليف الكبيرة التي يتحملها المصرف لإجراء عملياته المختلفة، كذلك يقلل من حاجة المصرف إلى الاستثمار المكلف في إقامة الفروع المصرفية، فلا حاجة للمصرف لتخصيص أماكن أو موظفين لأداء الخدمات للعملاء، ومن ثم يتحقق سرعة أداء الخدمة للزبون بأقل تكلفة، وتتخلص المصارف من أهم المشاكل التي تواجهها وهي صفوف الانتظار[١]. وتؤكد أغلب المعطيات الدولية أنّ تكلفة اجراء العمليات المصرفية بواسطة الأنترنيت تشكل نحو ٠.٢% من تكلفتها في حالة الاعتماد على فرع البنك التقليدي، و٣.٦% في حالة استخدام خدمة التلفون، بينما تشكل ٨% من تكلفتها في حالة استخدام الصراف الآلي [٢].

---

(1) Joelle Abou Haidar، La Loi Applicable Aux Operations Bancaires Internationales، Universite Saint Joseph، Faculte de Droit et des Sciences Politiques، Decembre 2007، P. 18.

[٢] د. ذكرى عبد الرزاق محمد، النظام القانوني للبنوك الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص٢٣.

لقد أصبح العملاء يميلون إلى استخدام العمليات المصرفية الرقمية ، فالعملاء الذين يتعاملون مع المصارف الالكترونية يستطيعون استخدام تطبيقات برامج الكمبيوتر الخاصة بإدارة الأموال، من خلال حساباتهم على الأنترنت في نقل المعلومات المالية الخاصة بهم من حسابتهم الإلكترونية إلى ملفات على الكمبيوتر الخاص بهم[١] .

فلم يعدّ الأمر مقتصراً على استخدام الأسلوب التقليدي للكمبيوتر، من تخزين البيانات والمعلومات، ومن ثم استرجاعها في وقت آخر حسبما يرغب الشخص، وإنّما تطور الأمر إلى استحداث أساليب جديدة، بغرض تقديم الخدمات المصرفية التقليدية بشكل جديد من ناحية، وابتكار خدمات مصرفية جديدة من ناحية أخرى، ومن أمثلة المعاملات المصرفية التي بدأ التعامل بها بصورة إلكترونية على نطاق واسع، هي (والأوراق التجارية الإلكترونية، والاعتماد المستندي الالكتروني، والتحويل المصرفي الإلكتروني)[٢]، إذ أشار المشرع العراقي في قانون المعاملات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢ النافذ وتحديداً في المادة (٢٢) إلى إجازة إنشاء الأوراق التجارية بطريقة إلكترونية، واشترط في ذلك توافر البيانات والشروط التي أشار إليها قانون التجارة العراقي النافذ، وذهبت بعض تشريعات الدول في هذا الاتجاه نفسه[٣]، أي أنّ قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ لم يضع تعريفاً محدداً للعمليات المصرفية الرقمية إلاّ أنّه أكدَّ بصورة صريحة على جواز تحويل الأموال بصورة إلكترونية وعن طريق وسائل إلكترونية[٤]،

---

[١] د. محمود الشرقاوي، مصدر سابق، ص١٧.

[٢] د. عدنان الهندي، التجارة الإلكترونية والخدمات المصرفية والمالية عبر الأنترنت، اتحاد المصارف العربية، بيروت ، بدون تاريخ نشر، ص١٠.

[٣] ينظر: المادة (١٣١٦) من القانون المدني الفرنسي والتي نصت على انه (يجب ان يتم استخدام اجراء مضمون لإثبات شخصية صاحبه وضمان ارتباطه بالعمل المقصود) والمادة (٧) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم ١٥ سنة ٢٠٠٤ .

[٤] ينظر المادة (٢٤) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢.

أي أنه اكتفى بتعريف المعاملات الإلكترونية في الفقرة السادسة من المادة الاولى بأنها (الطلبات والمستندات التي تتم بوسائل إلكترونية)، كما لم يرد أيضاً في قانون التجارة العراقي تعريفاً للعمليات المصرفية الإلكترونية وإنّما اكتفى بتعداد للعمليات المصرفية فقط في الفصل الثاني من الباب الرابع ومن هذه العمليات (وديعة النقود، إجارة الخزائن، النقل المصرفي، الاعتماد المستندي، الخصم) .

ويعدّ العراق من الدول التي جرّمت القيام بهذه العمليات، إذ أصدر البنك المركزي العراقي اعماماً بين فيه حظر التعامل بالعملات الرقمية، وذلك لأن التعامل بها يدل على ضعف الرقابة والقانون، وبيّن الإعمام أنّ تداولها يترتب عليه آثار قانونية[١] .

وفي اعمام لاحق للبنك المركزي العراقي أشار فيه إلى أنّ القيام بهذه العمليات يترتب عليه مخاطر عديدة منها مخاطر القرصنة الإلكترونية، والاحتيال، وبيّن أيضاً في هذا الاعمام خضوع المتعاملين والقائمين بهذه العمليات لأحكام غسل الأموال رقم ٣٩ لسنة ٢٠١٥ والقوانين التي لها علاقة بها[٢] .

وأمّا بالنسبة لقانون البنك الفرنسي رقم (٩٨٠) لسنة ١٩٩٣ وفي المادة (١٨) منه فقد فوض بنك فرنسا صلاحية جواز المعاملات ووسائل الدفع، فيكون من صلاحيته تجويز المعاملات الرقمية، إلاّ أنّه ليس له جواز العملات الرقمية كون المادة آنفاً لم تفوض للبنك جواز غير العملات الأجنبية أو المحددة بالذهب وإنّ العملات الرقمية ليست من الصنفين المذكورين[٣] .

---

[١] البنك المركزي العراقي، المديرية العامة لمراقبة الصيرفة والائتمان، الاعمام المرقم ١١٦/٣/٩ بتاريخ ٢٠١٤/٥/١٧، متاح عبر الرابط الالكتروني https;//www.cbi.iq/news/view

[٢] البنك المركزي العراقي، الإعمام دون رقم بتاريخ ٢٠١٧/١٢/٣، متاح عبر الرابط الالكتروني: https;//www.cbi.iq/news/view/512

[٣] قانون البنك الفرنسي رقم ٩٨٠ لسنة ١٩٩٣ .

وللإيفاء والاحاطة بمصطلح العملية الرقمية يمكن القول بأنها (عبارة عن وحدات برمجية ليس لها وجود مادي ملموس ، متاحة بشكل رقمي ومكونة بواسطة بروتوكول معين ، ومسجلة ومحفوظة الكترونيا عبر انظمة مختلفة ، يمكن من خلالها تداول ونقل العملات الالكترونية) .

المطلب الثاني

خصائص العمليات المصرفية الرقمية

إنَّ تعداد العمليات المصرفية الرقمية من حيث الآلية التي تعمل بها والوظائف التي تقوم بها أكسبها خصائص عامة وخصائص خاصة، وهذه الخصائص متباينة بسبب اختلاف العملات التي يتم التعامل بها وتداولها، ولغرض الإحاطة بهذا الموضوع وتيسير البحث في خصائص العمليات المصرفية الرقمية فإننا سنقسم هذا المطلب على فرعين، سنتناول في الفرع الأول الخصائص العامة للعمليات المصرفية الرقمية، وسنبحث في الثاني الخصائص الخاصة للعمليات المصرفية الرقمية.

الفرع الأول

الخصائص الخاصة للعمليات المصرفية الرقمية

تمتاز العمليات المصرفية الرقمية بخصائص تنفرد بها عن بقية العمليات الإلكترونية والتي من أهمها :-

أولاً:- التشفير: ان العمليات المصرفية الرقمية تعتمد على تغيير شكل المعلومات الخاصة بالعملات الى شكل اخر باستخدام المعادلات الرياضية او ما يسمى بخوارزميات التشفير ، وعذا يتطلب توفر قيم معينة تستخدم كمفتاح عملية التشفير ،

ونتيجة عملية التشفير تتحول البيانات من بيانات مقروءة الى اخرى غير مقروءة مشفرة لحجب الاطلاع عليها من قبل الاشخاص غير المخولين لقراءتها او التعامل معها [١].

ثانيا:- إنَّ أهم ما تتميز به هذه العمليات المصرفية الرقمية هو السهولة في نقل الأموال واستقبالها في أي وقت ومن دون تحديد زمن لها ومن دون قيود، وفي كل أنواع التحويل سواء الخارجي منه أو الداخلي، وإنّ جميع هذه السمات والإيجابيات ستشجع المستثمرين والأشخاص على التعامل بهذه العمليات والتخلص من جميع القيود التي تفرض من قبل البنوك المركزية على البنوك الاستثمارية الأخرى[٢] .

ثالثاً:- وسيلة لتجنب الأمراض الوبائية المعدية: تجد العمليات المصرفية الرقمية ميدانها الفيزيائي عن طريق الأنترنت، فهي يمكن أن تعدّ وسيلة للبيع والشراء ، وتجنب الإصابة بالأمراض الوبائية الانتقالية، وهذا الأمر غاية في الأهمية في الوقت الحالي، إذ انتشر وباء اطلق علية جائحة كورونا في مطلع ديسمبر/ كانون الأول لعام ٢٠١٩ في دولة الصين، ما هو إلاّ أشهر قليلة واجتاح هذا الوباء شتى بلاد العالم، والذي أطلقت عليه منظمة الصحة العالمية، في ١١ فبراير ٢٠٢٠ ما يسمى بكوفيد ١٩، إذ أثر انتشار هذا الوباء على المجتمع وعلى أغلب العلاقات العقدية، لذا فالعمل والتعامل بالعمليات المصرفية الرقمية يمنع وقوع إصابات بين المتعاملين بهذه العمليات، وذلك لعدم تواجد التلامس والاختلاط بين المتعاملين والذي يساعد على نشر الوباء .

رابعا:- للعمليات المصرفية الرقمية دوراً في منع الركود الاقتصادي، لأنَّ التعامل بها ينعكس بصورة إيجابية على الجوانب الاقتصادية ويخفف من أعبائها الشي

---

[١] اثير صلاح ابراهيم ، التنظيم القانوني للعملات الرقمية ، رسالة ماجستير ، جامعة الشرق الاوسط ، ٢٠٢١ ، ص٤٦ .

[٢] د. احمد حسن عمر، البتكوين عملة شرعية أم احتيالية، بحث منشور في مجلة الاقتصاد والمحاسبة، العدد (٧٦٦)، يناير/كانون الثاني ٢٠١٨، متاح على شبكة دار المنظومة عبر الرابط https://spu.shargah.ac.ae. تاريخ الزيارة ٤/٢٢ / ٢٠٢٢ .، ص٢٣.

الكبير، فهي تعدّ أحد الحلول الميسرة والبسيطة لدفع عجلة الحياة[١]، وبالمقابل فإنّ هذه العمليات وسعت من نطاق التنازع فيها وذلك لكثرة عدد القوانين المتنازعة نسبة لكثرة المتعاملين وتعدد ارتباطاتهم بالدول، فكلما اتسع نطاق التعامل الإلكتروني في ظل العمليات المصرفية الرقمية كلما زاد فرص التنازع وتعددت وهنا ستواجه المحاكم منازعات فيه جوانب مستحدثة لا يمكن أنْ تعامل بطريقة العلميات المصرفية التقليدية التي تجري على أرض الواقع نفسها.

خامساً: إنَّ العمليات المصرفية الرقمية، تقوم على أساس الاستغناء عن المستندات الورقية، وتستبدل بها مستندات ذات طبيعة أخرى، مستندات ذات طبيعة تكنولوجية تتضمن بيانات يمكن تداولها بصورة مختلفة عن تلك التي ترد في المستندات الورقية، والواقع أنَّ هذه الخصيصة تثير العديد من المسائل القانونية، وبوجه خاص فيما يتعلق بمسائل الإثبات[٢]، فضلاً عن مشكلة تنازع القوانين وتحديد القانون واجب التطبيق من بينها.

الفرع الثاني

الخصائص العامـــــــــــــة للعمليات المصرفية الرقمية

يجدر بنا أن نشير إلى وجود مجموعة من الخصائص التي تميز المعاملات المصرفية الرقمية وهي الاتي:

اولاً: إنَّ إكمال العمليات المصرفية الرقمية واتمامها، لا يعرف قيداً زمانياً ولا مكانياً، فهي تتم في أي وقت من اليوم ومن اي مكان، فالمصارف الإلكترونية تبقى

---

[١] محمد جمال زعين، عبد الباسط جاسم محمد، العملة الافتراضية تكييفها القانوني وحكم التعامل بها، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد الثاني ، ٢٠٢٠ ص٢٢.

[٢] د. بلال عبد المطلب بدوي، البنوك الإلكترونية، الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٣ ، القاهرة، ص ٩٥٢.

مفتوحة طالما إمكانية الوصول لشبكة الأنترنت متاح[١]، كما أنَّ العمليات المصرفية الرقمية لا تعرف أيضاً الحدود الجغرافية، فهي تتيح للعميل أنْ يجري معاملاته في أي بقعة من الأرض، طالما توافرت لديه إمكانية الدخول على الشبكات الإلكترونية، فهذه العمليات تتصف بالعالمية، فهي لا تمثل انتماء لدولة محددة بعينها[٢] .

ثانياً: إنَّ إكمال العمليات المصرفية بصورة رقمية، يعدّ وسيلة فعالة لكل من طرفيها، فقيام المصرف الإلكتروني بخدماته إلكترونياً يعمل على زيادة فوائد الإيداع، وخفض فوائد الاقراض، وتخفيض تكاليفه، وزيادة أرباحه، وأما بالنسبة للزبون الإلكتروني فيكون أكثر حظاً من زبون المصرف التقليدي، إذ ليس عليه أن ينتقل إلى البنك، ويقوم بإتمام إجراءاته على نحو يتطلب تواجده الشخصي، مما يكلفه مالاً ووقتاً قد يكون في حاجة إليهما[٣] ، وهذا يعدّ سبباً قوياً لزيادة حدة التنازع بالنظر لتنوع جنسيات المتعاملين رقمياً مع المصرف واختلاف أماكن تواجدهم كل ذلك يطرح فرضية تداخل بين قوانين الجنسية مع قواعد الموطن مضاف إليها قوانين المصرف والعمليات المصرفية في ظل القواعد الوطنية والدولية على السواء .

ثالثاً: تعمل العمليات المصرفية الرقمية على انتعاش التجارة الإلكترونية، وذلك لأنها تعمل على توفير منصة عالمية، وهي عبارة عن بوابة ويب تهتم بتقديم الخدمات التفاعلية التي تختلف وفق طبيعة ونشاط هذه المنصة الى جانب المعلومات التي يتم

---

[١] د. نادر الفريد، العمليات المصرفية الإلكترونية، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، ٢٠٠٣، ص١٨٧.

[٢] شهد عبد الكريم علي بلال، التنظيم القانوني للعملة الرقمية في العراق، رسالة ماجستير، جامعة الكوفة، ٢٠٢١، ص١٧.

[3] Gulie L. Williams and games F. Gillespie، The Impact of technology on Banking: The Effect and Implications of Deconstruction of Functions، 5 North Carolina (N.C) Banking Instate، Article 7، Vol. 5، Issue I، April 2001، p. 135، available at: http://www.scholarship.law.unc.edu/ncbi/vol5/issl/. تاريخ الزيارة٢٠٢٢/١/٢٧

تقديمها من خلالها ايضاً ، أما فيما يخص نجاح التطور المتسارع في تكنولوجيا الاتصالات وأجهزة الحاسوب والبرامج المعلوماتية، وترويج الخدمات وزيادة فرص إنشاء العلاقات التجارية الدولية من دون الحاجة إلى فتح أسواق جديدة [١]، وأمّا بالنسبة إلى مزايا العمليات المصرفية الالكترونية بإمكانية وصول البنوك الى قاعدة اعرض من العملاء المودعين والمقترضين وطالبي الخدمات المصرفية ، وكذلك تقديم خدمات مصرفية جديدة بالضافة الى خفض تكاليف التشغيل بالبنوك وتكاليف انجاز عمليات التجزئة محليا ودوليا ، وايضا تمتاز بزيادة كفاءة اداء البنوك [٢] .

فعند قيام المستخدم بإجراء هكذا نوع من العمليات المصرفية الرقمية لا يتكبد أي شكل من الرسوم سواء كان بالنسبة للنقل والتحويل التي تتقاضاها الشركات الائتمانية والبنوك التقليدية التجارية الأخرى، وذلك يعود لعدم تدخل وسيط للقيام بهذه العملية ؛ لأنَّ أغلب العملات الرقمية المتعامل بها في هذه العمليات هي عبارة عن رسوم وشفرات، وهذه العملات يتم تحويلها من محفظة الدافع إلى محفظة المدفوع له، وهذه العملية يطلق عليها تسمية (الند بالند) ويقصد بها هي " عملية تبادل الملفات والبيانات بين جهازين شخصيين على شبكة الانترنت"[٣]، ولا يترتب على المتعاملين بهذه العملات الرقمية عند صرفها أي مبالغ كالرسوم أو فوارق مترتبة على عملية الصرف كالتي تفرض من قبل المصارف الأخرى عند تحويل ونقل الأموال القانونية[٤] .

إلاّ أنه وفي بعض الأحيان قد يتم فرض رسوم يسيرة على بعض العملات عند تحويلها مثل عملة البتكوين أو من دون رسوم، فالرسوم يوجب فرضها على جزء من

---

[١] إيلاف فاخر كاظم علي، مخاطر العمليات المصرفية الإلكترونية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون ، جامعة الكوفة، ٢٠١٠ ، ص ٢٦.

[٢] الباب الاول من الفصل الثالث/ اولا من قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي رقم ١٩٤ لسنة ٢٠٢٠.

[٣] د. نادر عبد شعبان ابراهيم، النقود الإلكترونية، الدار الجامعية ، الإسكندرية، ٢٠١٥، ص١٠٩.

[٤] د. محمد امين الرومي، التعاقد الإلكتروني، دار المطبوعات الجامعية،٢٠٠٤ القاهرة ، ص٢٢٣.

العمليات التي تعطي أفضلية للمستخدم في إسراع تنفيذ عملية الدفع، أو عند تحويل العملات الرقمية إلى عملات قانونية صادرة من البنك المركزي وايداعها فوراً في الحساب المصرفي الخاص بالمدفوع له، وتعدّ رسوم العمليات المصرفية الرقمية قليلة ضئيلة جداً إذا ما تمَّ مطابقتها برسوم العمليات المصرفية الإلكترونية الأخرى ،إنَّ التعامل بهذه العمليات الرقمية متاح لجميع الأفراد، إذ تتيح وتمكن العامة من تتبع حركة تداول الأموال الرقمية، وتستخدم هذه الأموال وتوثقها بشكل مباشر وملحوظ، وإنّ التعامل بالعمليات المصرفية الرقمية وخصوصا بالعملات الرقمية ذات حماية عالية من قبل المؤسسين عن طريق الأنظمة المشفرة لهذه العمليات، وذلك لضمان عدم التلاعب بآلية وأسعار العملات الرقمية، وهذا يضمن للعامة الاطمئنان في التعامل بهذه العملات والشفافية في بقاء واستمرار عمليات التداول من الدافع إلى المدفوع له ، ولكن من دون التعرف على هوية المتعاملين[١].

فتكون العمليات المتقدمة مرتبط بالعالم الافتراضي ، أموال وأشخاص ومعاملات أكثر من ارتباطها بالعالم المادي مما يجعل التنازع المثار ذات طبيعة مستحدثة يتطلب بعض القواعد المستحدثة لمواجهته.

المطلب الثالث

تطور العمليات المصرفية الرقمية

تتميز عمليات المصارف بصورة عامة، والعمليات المصرفية الرقمية بصورة خاصة، بالتطور السريع والمستمر مقارنة مع العمليات المصرفية الإلكترونية الأخرى، ويعود ذلك أساساً إلى طبيعة المصرف كتاجر يسعى دائما إلى تحقيق اقصى ربح ممكن من خلال جذب العملاء، الأمر الذي يدفع المصارف أن يترقبوا عن بعد ما ينتجه التطور الإلكتروني من معطيات وأهداف، لتشغيلها في العمليات المصرفية، وأنَّ ما

---

[١] د. احمد حسن عمر المصدر نفسه، ص٢٢.

تتمتع به العمليات المصرفية من قابلية عالية لاحتواء التطورات في مجالات الاتصالات الإلكترونية، ويضاف إلى ذلك أنَّ بعض التشريعات المصرفية في الدول الأخرى، عظمت من دور سلطان الإرادة في هذه العمليات، الأمر الذي وسع المجال للمصارف كي تنمي عملياتها، بما يتماشى مع مقتضيات العمل التجاري، وسنستعرض تطور العمليات المصرفية الرقمية من خلال فرعين سنبحث في الفرع الأول عوامل تطور العمليات المصرفية الرقمية، في حين سنعقد الفرع الثاني لبحث تطور العمليات المصرفية الرقمية التي تمَّ التعامل بها من قبل البنوك الرقمية.

الفرع الأول

عوامل تطور العمليات المصرفية الرقمية

اتجهت مجموعة من الدول بتطوير عملياتها المصرفية تحت تأثير مجموعة من العوامل أبرزها:

١- إنَّ العمليات المصرفية هي الممولة لجميع الأنشطة التجارية، في ضوء ما توفره من خدمات مالية وانتسابية، ومن ثم لا يمكن الاستغناء عنها في أي نشاط تجاري، وقد تضاعفت أهمية هذا الدور في ظل التطور الاقتصادي العالمي القائم على ثورة تكنلوجيا المعلومات، إذ فرض هذا التطور الاقتصادي معطيات جديدة في ممارسة العمليات التجارية، الأمر الذي كان معه أنْ تلبي المصارف لهذه المعطيات، من خلال توظيف الوسائل التكنلوجية في تقديم عملياتها المصرفية، بما يجعلها مطابقة لواقع الممارسات التجارية[١]، يضاف إلى ذلك تقليص النفقات التي يدفعها كل من المصرف والزبون في ظل التعاملات الإلكترونية، فقد ساعدت وسائل التكنلوجيا البنوك، على التخفيف من غلو البيروقراطية في الأعمال المصرفية، وذلك في ضوء ما تتيحه وسائل

---

[١] د. عدنان الهندي، التجارة الإلكترونية والخدمات المصرفية والمالية عبر الأنترنت، اتحاد المصارف العربية ، لبنان ، ٢٠٠٠ ، ص٢٠.

التكنلوجيا من حصول الزبون على الخدمات المصرفية بعيداً عن التواصل المباشر مع العاملين في المصرف[١].

٢- اتساع ساحة المنافسة بين المصارف في ظل تواصل وانجذاب العالم بفعل وسائل التكنلوجيا، أدى الأمر إلى تدافع المصارف إلى اقتناص كل ما ينتجه التطور التكنلوجي من وسائل الكترونية لتشغيلها وتوظيفها في تقديم العمليات المصرفية، لجذب الكثير من الزبائن وتحقيق اقصى ربح ممكن، وذلك في ظل ما يشهده قطاع الخدمات المالية من منافسة محتدمة ليس على النطاق المحلي فقط، ولكن حتى على مستوى النطاق الدولي[٢]، فضلاً عن أن المنافسة لم تعدّ مقتصرة بين البنوك فقط، ولكنها امتدت لتشمل غيرها من المؤسسات المالية المتمثلة بشركات الوساطة وشركات التأمين وصناديق ادارة الاصول وغيرها ، التي باتت تنافسها في توفير الخدمات المالية التي كانت بالأمس الأقرب حكراً على المصارف.

هذا وقد تميز استخدام المصارف لوسائل التكنلوجيا في تقديم عملياتها المصرفية بعدة مميزات أهمها، تفاوت استفادة المصارف من المعطيات المختلفة لوسائل التكنلوجيا، متأثرة بذلك بتفاوت قدراتها المالية والفنية، واختلاف الأعراف المصرفية السائدة، واختلاف مواقف دول هذه المصارف في المصادقة على تشريعات مصرفية تتلاءم مع هذا التطور، وهذا أدى إلى تعدد أشكال العمليات المصرفية المقدمة، لاسيما ما يتعلق منها باختلاف الأنظمة القانونية التي يطرح التنازع بينها بفعل ارتباط الزبائن بها[٣] .

---

(1) Susannah Fox and Jean Beier، Online Banking 2006، Surfing to the bank، pew Internet and American life project، june 14، 2006، p. 2، https;//www.books.google.com.eg/books?id.

[٢] د. علاء التميمي، التنظيم القانوني للبنك الالكتروني ، مصدر سابق، ص٢١ .

[٣] د. علاء التميمي، المصدر نفسه، ص٢٢.

إنَّ استفادة المصارف من وسائل التكنلوجيا في تعاملها مع العملاء ظهر بصورة تدريجية[١]، إذ مكنت الزبون في البداية من مجرد الحصول على الخدمة المصرفية بطريقة تكنلوجية، وذلك بعد أن يكون التعاقد على هذه الخدمة قد تم في مكان المصرف بالصورة الاعتيادية المألوفة، ثم سعت المصارف إلى توسيع نطاق الافادة من الأدوات التكنلوجية ليشمل، ليس فقط مجرد تنفيذ العمليات المصرفية، ولكن أيضاً التعاقد على هذه الخدمة التي تتم بين الزبون والمصرف يقوم المصرف من خلاله بشراء سلع او خدمات معينة بناءاً على طلب الزبون ثم يقوم المصرف ببيعها اليه بموجب عقد مرابحة مقابل ربح معلوم ومدة معلومة تم الاتفاق عليه مسبقاً مقابل ضمانات تقدم الى المصرف(رهن عقارات ، كفالة موظفين) ، وإتمام المصرف التزاماته القانونية باستعمال هذه الأدوات[٢]، أي إنَّ إبرام العمليات المصرفية يتم بصورة الكترونية كما ينسحب أيضاً على تنفيذها، وهنا تثار صعوبة تتعلق بضبط الاختصاص التشريعي في كل من مرحلة الإبرام والتنفيذ تنجم عن غياب المرتكزات المكانية التي توطن العلمية المصرفية .

لقد استغلت المصارف هذه الخدمة في أمرين، في توظيف وسائل التكنلوجيا في تقديم عمليات المصارف الاعتيادية التقليدية، والثاني في ابتكار عمليات مصرفية جديدة، تستجيب لاحتياجات التجارة الإلكترونية، هذا وقد ترتب على استخدام المصارف لوسائل

---

[١] يونس عرب، مقالة بعنوان البنوك الإلكترونية، ص٥، تاريخ نشر المقال ، ٢٠١٥/٢/٢٥ عبر الموقع: https://www.arablaw.orj/Download/E-Banking.doc. Visit ٢٠٢٢/٥/١٦

[٢] د. راسم عبد الرحيم، التجارة الإلكترونية والمصارف العربية، مقال منشور في مجلة اتحاد المصارف العربية، لبنان ،العدد ١٩٢، المجلد١٦، ديسمبر، ١٩٩٦، ص٦٨. متاح عبر الرابط الالكتروني https://alfurat.com.

التكنلوجيا في تقديم عملياتها المصرفية ظهور مصطلح العمليات المصرفية الرقمية كتعبير متطور والتي تشير إلى العمليات المصرفية التي تباشر عملها عن بعد[١].

الفرع الثاني

تطور العمليات المصرفية الرقمية التي تعاملت بها المصارف الرقمية

سنتناول بعض العمليات المصرفية الرقمية التي بدأ التعامل بها بصورة الكترونية رقمية على نطاق واسع من قبل المصارف الإلكترونية الرقمية لتشخيص التفاوت في سعة التنازع ودرجة تعقيده وصعوبة الحل حسب كل نوع:

أولاً : - البطاقات البنكية

وتسمى ايضا بالبطاقة البلاستيكية هي عبارة عن بطاقة مغناطيسية يستطيع المستخدم ان يستعملها في شراء معظم احتياجاته ، أو مقابل ما يحصل عليه من خدمات دون وجود مبالغ مادية كبيرة التي من الممكن أن تتعرض الى السرقة[٢] ، وتكون هذه البطاقة بلاستكية الشكل مصنوعة من مادة من الصعب العبث بها ، مكتوب على وجهها رقمها وتاريخ صلاحيتها واسم المستخدم والمؤسسة المالية المصدرة لها ، وعلى ظهرها شريط معلومات الكترومغناطيسي مكتوب عليه كافة البيانات والارقام السرية بالإضافة الى توقيع المستخدم [٣].

---

[1] Yoonhee Tina Chang، Dynamics of internet banking adoption، ESRC center for competition policy University of East Anglia، ISSN 1745-9648، OCTOBER 2005، p. 4.

[٢] د. يوسف حسن يوسف ، البنوك الالكترونية ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ط٢٠١٢ ، ص٢٢ .

[٣] د. فاروق ابراهيم جاسم ، الجوانب القانونية للتجارة الالكترونية ، دار السنهوري ، بيروت ، ٢٠١٦ ، ص١٢٨ .

نشأت هذه البطاقات في الولايات المتحدة عام ١٩١٤ على يد شركات البترول حيث اصدرت هذه الشركات لعملائها لشراء ما يحتاجون له من منافذ التوزيع العائدة لها وبعد ذلك تطورت تلك البطاقات واستخدمتها المحلات التجارية والفنادق[١] .

وتختلف الوظائف التي تقوم بها البطاقات البنكية وتتعدد على النحو الاتي :

ظهرت النقود الرقمية كنتاج طبيعي افرزته وسائل التكنلوجيا والتعامل الالكتروني، إذ كان لابد من ابتكار وسائل يتم بها التحويل والدفع عن طريق قنوات الاتصال الإلكترونية، التي تتصف بالسرعة والتي تعدّ هي الميزة الرئيسة في جميع العمليات الإلكترونية.

ومن هنا انتشرت فكرة الصرافة الإلكترونية الرقمية، وان السبب في ظهورها يرجع للتغيرات التكنولوجية الحديثة والتي أثرت في الاسراع نحو التحول للمدفوعات الرقمية ونقل النشاط التجاري عبر الانترنت [٢]، وهنا تظهر العملية المصرفية الكترونية ورقمية بشكل كلي مما يصعب على جهة النزاع حل التنازع بشأنها .

ندرك الآن وبوضوح هو أنّ دور التعامل بالنقود الرقمية في تزايد مستمر، نظراً لما تقدمه هذه النقود من مزايا قد تفتقر اليها النقود الورقية، وفي ظل هذا التطور المتلاحق فيها وكذلك اختلاف وتنوع الوسائل التكنلوجية والتقنية، يصعب معها وضع تعريف محدد وشامل لبيان مفهومها، إلاّ أنّه بوجه عام يمكن القول إنَّ مصطلح النقود الرقمية يتمثل بمصمم لتزويد الزبون بوسائل أو أرقام حسابية مشفرة بديلة عن الطرق التقليدية بالنسبة إلى عملية الدفع، بيد أن النقود الرقمية هي ليست نوعاً جديداً من النقود، بقدر ما هو ابتكار حديث لإدارة النقود، وذلك لغاية الوصول إلى قيمة نقدية عن طريق

---

[١] د. عيسى علاوي وعبد العزيز خنفوسي ، وسائل الدفع الالكتروني في اطار تسهيل المعاملات المالية الرقمية ، مجلة منازعات الاعمال ، بالعدد ٢٠١٦/١٩ ، ص١٢٠ .

[٢] د. بلال عبد المطلب بدوي ، مصدر سابق ، ص١٩٥٣ .

وحدات ورموز حسابية مشفرة[1]، وهنا يمكن أن يكون حل التنازع بواسطة قواعد مستحدثة في إطار التعامل الإلكتروني بالنقود ولكن عند تحويل أقيامها إلى أموال مادية أو نقود تقليدية ستطبق القواعد التقليدية كما سنلاحظ لاحقاً .

ويتم الدفع بواسطة طريقتين: تتمثل الطريقة الأولى بأنّ الدفع قد سبق تسديد قيمته، من خلال شبكات الأنترنت، على افتراض بموجب هذه الطريقة وجود حسابين لدى زبون المصرف، أحد هذه الحسابات يكون بالعملة الرقمية، والحساب الآخر بالعملة التقليدية، ومن ثم يتم تحويل مبالغ معينة من العملة العادية إلى العملة الرقمية في حسابه الخاص بهذه العملة الأخيرة، وعندما يرغب الزبون الدفع بالعملة بالرقمية، فإنّه من الضروري أن يكون لدى المدفوع له حسابان لدى المصرف نفسه وحسابات الطرف الأول نفسه، أي إنّ أحدهما يكون بالعملة الرقمية والحساب الآخر بالعملة الورقية، وهنا يكون مخيراً بأنْ يطلب من المصرف تقييد القيمة المدفوعة له في حسابه الخاص بالعملة الرقمية، أو أن يطلب تحويلها بالعملة التقليدية إلى حسابه المفتوح، لذا يجب أنْ يكون لدى كل من الأطراف المتعاملة بالنقود الرقمية حسابات مصرفية رقمية وتقليدية، وإنَّ حل التنازع في هذا الإطار كما لاحظنا هو أنَّ طبيعة كل عملة تحدد نوع القواعد الواجبة التطبيق فيها وطريقة حل التنازع .

الطريقة الثانية : يكون الدفع بالنقود الرقمية من خلال بطاقات معدة سلفاً لهذا الأساس، وهذا يعدّ تمثيلاً رقمياً مركزياً، لأنَّ قيمة هذه البطاقات مخزنة داخلها ، لذا لا حاجة للدخول على شبكة الأنترنت من قبل مستخدمي هذه البطاقات، وهذه البطاقات تحمل اسم حاملها، ورقم حسابه، وكذلك اسم الجهة التي أصدرت هذه البطاقة، ومدة انتهاء صلاحيتها، ويفترض أنْ يكون حامل هذه البطاقة هو زبون لدى أحد المصارف، وبما أنّ استخدام هذه البطاقات على نطاق واسع عالمي، لذا على المصرف عندما يمنح

---

(1) Heath C. Alston، Electronic Banking Will That Be a Cach Credit or E- money، North Carolina Banking Institute، March 1997، p. 232، see at: https://www.bis.org/puble/bcbs.htm. Visit // 20/5/2022.

مثل هذه البطاقات أن يتأكد سلفاً من تقديم الزبون إليها ضمانات عينية وشخصية ، إنَّ الأكثر استخداماً وانتشاراً لهذه البطاقات هي بوصفها أداة وفاء وتستخدم عادة في العمليات التجارية، فيقدم حاملها الذي يرغب الوفاء بها بعدما يحصل على ما يريد من خدمات وسلع متنوعة [١] .

وعليه فإنَّ على محاسبي المحلات التجارية والقائمين بالأعمال التجارية أن يتأكدوا من صلاحية هذه البطاقات للدفع، عن طريق تمرير هذه البطاقة على الجهاز الذي أعدَّ خصيصاً لها، وبعدها يصدر إيصالاً بالثمن من ثلاث نسخ، يجب أنْ يوقع عليها الزبون، ومن ثم يقوم بتحويل هذه الايصالات إلى شركات الدفع للوفاء بقيمتها[٢].

وهذه البطاقات التي تصدرها المصارف قد تتخذ أشكالاً مختلفة[٣]، سنتعرض لها بإيجاز بما يأتي :

١- بطاقات الوفاء:

تعدّ بطاقات الوفاء هي تمثيل رقمي مركزي للأموال وطريقة الدفع بهذه البطاقة إما أن تكون الطريقة مباشرة والتي من خلالها يقوم مستخدم البطاقة بتحويل الثمن إلى التاجر وبعد ذلك يتأكد من وجود رصيد كافي للمستخدم عن طريق تمرير البطاقة من خلال جهاز الكتروني ويدخل المستخدم الرمز السري الخاص به، إذ يفوض المؤسسة

---

[١] يعود أول استخدام للنقود الرقمية بهذه الطريقة إلى الشركة الهولندية (Digicash) التي أسسها الباحث الأمريكي الأصل (David Chaum) والتي اطلق عليها اسم النقد الإلكتروني، وبدأ العمل بها منذ ٢٣ من تشرين الأول / أكتوبر ١٩٩٥ من قبل البنك الأمريكي Mark Twain Bank ، ينظر: د. بلال عبد المطلب بدوي، مصدر سابق، ص ٩٥٦.

[٢] حسين إبراهيم القضماني، البطاقة المصرفية والأنترنت، دراسة حول الوضعيتين التقنية والقانونية، اتحاد المصارف العربية ، لبنان ، ط١، ٢٠٠٣، ص٤٣.

[٣] د. كيلاني عبد الراضي محمود، النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص١٤٥.

بالقيام بتحويل المبلغ من حسابه إلى حساب التاجر، وإما أن تكون الطريقة غير المباشرة فالمستخدم يقدم البطاقة إلى التاجر ويقوم التاجر بتدوين البيانات الخاصة بها، ويوقع المستخدم على فاتورة بنسخ عدة وترسل نسخة منها إلى المؤسسة وبعد ذلك تقوم المؤسسة بالرجوع عليه بعد ذلك بهذه القيمة وتسمى هذه الحالة (بطاقة الوفاء

واهمية هذه البطاقة ترجع الى تزايد استعمالها من قبل المستخدمين التجار فضلا عن الجمع بين نظام الصرافات الالية ونقاط البيع وكذلك لجوء بعض الجهات الحكومية بتأدية خدماتها مثل دفع المعاشات الرواتب .

٢- بطاقات الائتمان:

للائتمان اهمية كبيرة من خلال قدرته على توفير الاموال اللازمة فضلاً عن ممارسة الانشطة الانتاجية والاستهلاكية ، ويعرف الائتمان بأنه عملية تزويد الافراد والمؤسسات والمنشآت في المجتمع بالأموال الازمة على ان يتعهد المدين بسداد تلك الاموال وفوائدها والعملات المستحقة عليها دفعة واحدة أو على أقساط في تواريخ محددة[٢].

وعادة ما يتأثر الائتمان بظروف السوق والسيولة وفيما اذا كان هناك رواج وانتعاش من الناحية الاقتصادية فتكون حالة الائتمان جيدة ، والعكس صحيح[٣] .

اذ ان الائتمان هو ثقة المصرف بشخص معين ووضعه تحت تصرفه مبلغ من المال أو ان يكلفه لفترة محددة متفق عليها بين الطرفين حيث يشمل الائتمان جميع انواع

---

[١] زهراء محمد رعد، المركز القانوني لمزود خدمات الدفع الإلكتروني للأموال، رسالة ماجستير، كلية القانون ، جامعة بغداد، ٢٠٢٠، ص٣٢-٣٣.

[٢] د. زكريا الدوري ويسر السامرائي ، البنوك المركزية والسياسات النقدية ، دار اليازوري ، دون سنة نشر ، ص٦١ ، ٦٢ .

[٣] د. سرمد كوكب الجميل ، مقدمة في ادارة المؤسسات المالية ، دار الاكاديميون للنشر ، دون سنة نشر ، ص٢٨٣.

التسهيلات التي تساعد المصرف على تحقيق ما يطمح له بالإضافة الى ارضاء المستخدمين[١] ، حيث ان عمليات الائتمان تعتبر من اهم العمليات التي تمارسها المصارف اذ ان التجار بحصولهم على الائتمان يساعدهم على الوفاء بالالتزامات المترتبة عليهم بالإضافة الى الحصول على اجل من الدائنين[٢].

وتعرف بطاقات الائتمان بأنها مستند يعطيه مصدره لشخص معين بناء على عقد بينهما يمكنه من شراء السلع والخدمات دون دفع الثمن مالاً لتضمنه التزام المصدر بالدفع ومنها ما يمكنه من سحب النقود من المصارف[٣] .

حيث أن بطاقة الائتمان عبارة عن بطاقة تصدرها المؤسسات التي تزود خدمات الدفع الى المستخدم من أجل الحصول على السلع والخدمات من المحلات عند تقديمه هذه البطاقة وبعد ذلك يقوم الشخص بائع السلع بتقديم الفاتورة الموقعة من المستخدم الى مؤسسات الدفع فيسدد قيمتها له وتقوم مؤسسات الدفع بتقديم كشف شهري الى المستخدم بأجمالي القيمة لتسديدها وخصمها من حسابه الجاري [٤] ، وتعتبر بطاقة الائتمان من اهم انواع بطاقات الدفع حيث تعتبر اداة وفاء وائتمان معا فيحصل المستخدم على السلع والخدمات دون الحاجة الى الدفع النقدي، ولا يلتزم من العميل ان يضع مبالغ مالية من حسابه حال استخدامه للبطاقة ، حيث تقوم مؤسسات الدفع بالدفع عنه ثم تحصل على هذه المبالغ في وقت لاحق ، ومن امثلتها بطاقة الفيزا كارت والماستر كارد والامريكان

---

[١] د. صادق راشد الشمري ، الصناعة المصرفية الاسلامية ، دار البازوري ، دون سنة نشر ، ص٦١ .

[٢] خليفة بن محمد الحضرمي ، مسؤولية البنك في عمليات الائتمان الخارجي ، دار الفكر والقانون ، ٢٠١٥ ، ص٣ .

[٣] مرتضى عبد الله خيري ، احكام المسؤولية العقدية عن الاستعمال غير المشروع لبطاقات الائتمان ، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، العدد السادس ، ٢٠١٧ ، ص١٣ .

[٤] د. عبد الوهاب ابراهيم ابو سليمان ، البطاقات البنكية الاقراضية والسحب المباشر من الرصيد ، دار القلم ، دمشق ، دون سنة نشر ، ص٢٣ .

اكسبرس وغيرها [١] ، ولعل ما يدفع المؤسسات الى اصدار بطاقات الائتمان هو ما يعود عليها من فائدة من جراء توفير الائتمان الى حامليها ، حيث ان المستخدم يلتزم بسداد المبالغ المقررة عليه في صورة اقساط تتناسب مع دخله ، أما المبالغ التي لا يستطيع دفعها فتكون قرضا على ذمته [٢] .

ونلاحظ عن قلة التشريعات التي بحثت في موضوع بطاقات الائتمان إلاّ أن قانون المال والنقد الفرنسي رقم (٦٧٧) لسنة ٢٠٠٨ قد استفاض في شرح بطاقات الوفاء إذ أشار إلى أن بطاقة الدفع أو الائتمان (هي تلك البطاقات الصادرة من مؤسسات الائتمان أو المؤسسات أو المصالح الوارد ذكرها القانون ضمن مواده في المادة والتي تمكن حاملها من سحب وتحويل الأموال) [٣] .

ونرى بانه بما ان مؤسسات الدفع قد منع منها البنك المركزي من تقديم القروض فيجب على المستخدم ان يقوم بالوفاء بالأقساط المحددة في الاوقات المعينة لها من قبل مؤسسات الدفع دون تأخير[٤] .

٣- بطاقات السحب الآلي:

تعدّ بطاقات السحب الآلي تمثيل رقمي مركزي إذ تعطي لحاملها إمكانية سحب مبالغ نقدية من حسابها بحد أقصى متفق عليه، ويتم ذلك عن طريق إدخال العميل

---

[١] حوالف عبد الصمد ، النظام القانوني لوسائل الدفع الالكتروني ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة ابو بكر بلقايد ، تلمسان ، ٢٠١٥ ، ص١٠٧ .

[٢] بلال عبد المطلب بدوي ، البنوك الالكترونية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص٣٩ .

[٣] المادة (١/٨١٥) من قانون المال والنقد الفرنسي رقم (٦٧٧) لسنة ٢٠٠٨.

[٤] فقد بين البنك المركزي العراقي أن الرخصة الممنوحة للمزودين بموجب نظام خدمات الدفع الالكتروني رقم ٣ لسنة ٢٠١٤ لا تسمح بالتعاقد مع المزودين أو الوكلاء لغرض تقديم التسهيلات الائتمانية (القروض والسلف) لان قانون المصارف رقم ٩٤ لسنة ٢٠٠٤ لا يسمح لمزودي خدمات الدفع بتقديم التسهيلات الائتمانية ، منشور على موقع البنك المركزي العراقي في ٢٣ ايار ٢٠١٩ ، للمزيد من المعلومات زيارة الموقع https://cbi.iq تاريخ الزيارة : ٢٠٢٢/٥/٢٢ .

لبطاقته وإدخال الرمز السري الخاص بها في الأجهزة المعدة لذلك الغرض[١]، والذي يزود مزود الطاقة به ويحدد المبلغ المطلوب صرفه، ثم يسترد بطاقته بعد إكمال عملية الصرف.

٤- بطاقات ضمان الصكوك:

انتشرت هذه البطاقات بشكل واسع في المعاملات المصرفية الرقمية، وزاد من تأثيرها تطوير بروتكول التعاملات التكنلوجية الأمنية، والذي وضع معايير موحدة للأمان عند استعمال بطاقات الائتمان، عن طريق وضع الأرقام المشفرة، والاعتماد على التوقيع الإلكتروني في مواضع مختلفة [٢] .

إنَّ هذا النوع من البطاقات يضمن المصرف مصدر البطاقة، الوفاء بقيمة الصكوك التي يصدرها الزبون مستخدم البطاقة، إذ تتضمن هذه البطاقة على اسم الزبون، ورقم حسابه، وتوقيعه، والحد الأقصى الذي يلزم البنك بالوفاء به في كل شيك يحرره الزبون[٣]، ويقوم حامل البطاقة بإبراز البطاقة للمستفيد، والتوقيع على الصك أمامه، ليضمن له بذلك وفاء المصرف بقيمة الصك، وبذلك تكون البطاقة هي نوع من أنواع الضمان الوارد في ورقة مستقلة .

ومهما يكن من أمر فإنَّ خوف التجار من عدم وجود رصيد كافٍ لدى المتعاملين معهم بكذا بطاقات، كان السبب في ظهور هذه الأنواع من البطاقات، وأنَّ

---

[١] د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مصدر سابق، ص١١١.

[٢] د. سميحة القليوبي، وسائل الدفع الحديث (البطاقات البلاستيكية)، بحث منشور في مؤتمر الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، الجزء الأول: الجديد في التقنيات المصرفية، كلية الحقوق، جامعة بيروت، ٢٠٠٢، ص٦٨. متاح عبر الرابط الالكتروني :-

htpps://dspace.univ-tlemcen.d

[3] Sally A. Jones، The iaw realting to credit cards، BSP Professional Books، 1989، p. 348.

التعامل بهذه البطاقات قد توفر الأمان اللازم لجميع التجار، لأنَّ مقتضى هذه الشيكات قد تضمن وفاء المصرف لهم بالمبالغ المستحقة[١] .

وتعدّ هذه البطاقات هي من أهم بطاقات الائتمان التي تتيح لحاملها الحصول على الائتمان، إذ يستطيع حاملها أنْ يستفيد منها عند استغلاله لها عندما يمنحه مصدرها قرضاً قصير الأجل .

إنّ المزايا التي يمكن أنّ تحدث نتيجة قيام المصارف بمفردها بمثل هذا الإصدار، قد يدفعنا إلى المطالبة بحصر إصدار هذه النقود على المصارف فقط، إذ هي الأكثر قدرة من غيرها على القيام بكذا مهام، وخصوصاً من ناحية تحقيق الأمان المطلوب، وذلك لما تتمتع به من أهلية قانونية لإصدار مثل هذه النقود، وما تتمتع به ايضا من دعم حكومي .

ومن الجدير بالذكر أنّ البطاقات التي تخضع لسيطرة مركزية كبطاقات الائتمان والصرف الآلي لا يظهر فيها تنازع القوانين في إصدارها أو التعامل بها وأرصدتها لوجود قواعد عالمية موحدة تحسم النزاع حول أي خلل في قيمتها أو تداولها ولكن التنازع يظهر في إطار البطاقات المحلية كبطاقات الشيكات لغياب قواعد موحدة وتعدد القواعد فيها هو الذي يعطي فرصة للتنازع. وان التنازع في الوضع الاخير يتم حله بواسطة القواعد ذات التطبيق الضروري في الغالب ولكن المسائل التي لا تستوعبها القواعد الأخيرة يتم حلها عن طريق قواعد نوعية متخصصة سنلاحظها لاحقاً.

رابعاً. التحويل المصرفي الالكتروني:

من العمليات المصرفية التي تتم عن طريق الأنترنت أيضاً عملية التحويل المصرفي، وعملية التحويل تتم داخل مصرف واحد، وذلك عندما يكون زبائن التحويل

---

[١] د. بلال عبد المطلب بدوي، مصدر سابق، ص٩٥٨.

في المصرف نفسه[١]، وقد يتم التحويل بين مصرفين، إذ يكون لكل مصرف زبونه الخاص به، بل قد يشمل التحويل الإلكتروني مصرفاً ثالثاً كوسيط لتسوية عملية التحويل[٢] .

أيّاً كان عدد أطراف التحويل المصرفي الإلكتروني ، فإنّه لا يخرج عن صورتين[٣]: الصورة الأولى، التحويل الإلكتروني الدائن ، ويتم هذا التحويل عندما يوجه الدائن أمراً إلى مصرفه بتحويل مبلغ نقدي إلى حساب شخص آخر وهو المستفيد، سواء تمت هذه العملية في مصرف واحد أو مصرفين بحسب ما اذا كان للمستفيد حساب في المصرف نفسه الأمر أولاً .

ويقوم المصرف بعملية التحويل هنا الكترونياً، فإنَّ الزبون الأمر يستخدم طريقة تكنلوجية في هذا الأمر نفسه، ويقوم المصرف بعملية التحويل بعد أنْ يتأكد من كفاية رصيد الزبون الأمر لإجراء هذا التحويل ، إذ يقوم بتقييد المبلغ المحول في جانب الدائن من حساب المستفيد، وقيد المبلغ نفسه في جانب المدين من حساب الزبون الأمر .

الصورة الثانية، التحويل الإلكتروني المدين، والأمر في هذه الصورة يصدر من المستفيد الذي يوجه إلى مصرفه بصورة الكترونية وذلك للحصول على المبلغ المحول إليه من المدين أو مصرفه .

---

[١] ويستوي في هذه الحالة أنْ يكون الطرفان عميلين لفرع المصرف نفسه أو لفرعين مختلفين، إذ يعامل البنك في هذين الفرضين على أنّه بنك محول ومحول إليه في الوقت نفسه، مع مراعاة أنّ مسؤولية البنك تحدد في ضوء اعتبار أنّ فروع البنك الواحد ليس لها شخصيات قانونية مستقلة: ينظر: د. بلال عبد المطلب بدوي، مصدر سابق، ص٩٦٤.

[٢] ويحدث التحويل بهذه الصورة في حالة إذا لم يكن لدى مصرف المحول ومصرف المستفيد علاقة مصرفية مباشرة أو لم يكونا مشتركين في غرفة مقاصة واحدة يتم من خلالها تسوية حساباتهما. ينظر: د. فياض مفلح القضاة، مسؤولية البنوك الناجمة عن استخدام الكمبيوتر كوسيلة وفاء، مصدر سابق، ٢٠٠٠ ، ص٦٧.

[٣] د. رضا السيد عبد الحميد، النظام المصرفي وعمليات البنوك، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، ص٣٩.

وهنا لابد أنْ يرفق المستفيد مع الأمر الصادر منه، التفويض الصادر من المدين المحول إلى مصرفه، والمتضمن تحويل المبلغ المحدد إلى حساب المستفيد ،في كلا الحالتين، يجب أنْ يسبق عملية التحويل الالكتروني، اتفاق بين أطرافه على الحقوق والالتزامات المترتبة على كل منهم، وذلك بدءاً من الاتفاق بين المحول ومصرفه، ثم بين مصرف المحول والمصرف المراسل إنْ وجد، ثم بين المصرف المراسل ومصرف المستفيد، وأخيراً بين مصرف المستفيد والمستفيد نفسه [١] .

كل الاتفاقات يمكن أن تتم بصورة رقمية، وذلك عن طريق العقد الالكتروني، الذي يتكون من ايجاب صادر من الموجب في أي من الاتفاقات إلكترونياً، ثم يصدر له قبول مطابق له بالطريقة نفسها، ولن نخوض في الأحكام العامة التي تنظم العقود المصرفية الرقمية، ولكن ممكن أنْ نشير إلى بعض المسائل التي يثيرها تطبيق هذه الاتفاقات بصورة إلكترونية، أول هذه المسائل، ما يتعلق بالخطأ الذي يمكن أنْ يقع عند القيام بعملية نقل البيانات المرتبطة باسم المستفيد، أو اسم مصرفه، أو رقم حسابه، أو أي من البيانات الوارد ذكرها في طلب التحويل، إذ إنَّ وقوع مثل هذا الخطأ يبدو أكثر قابلية للحدوث عند القيام بعملية النقل بطريقة الكترونية، نتيجة اختلاف طبيعة الكتابة بخط اليد، عن الكتابة بطريقة إلكترونية، إذ تبدو الطريقة الأولى أكثر أماناً ، ومن الأخطاء الواردة بهذا الشأن، إرسال أمر التحويل مرتين، اعتقاداً من المرسل الأول لم يصل، فيقوم الشخص بالضغط على مفتاح الكمبيوتر مرة أخرى، معطياً له الأمر بتنفيذ تحويل سبق أنْ تم تنفيذه، وهنا تثور العديد من المشاكل الخاصة بشأن حدود مسؤولية كل طرف عما ورد من خطأ [٢] .

ومن المسائل الأخرى التي تنشأ بسبب تنفيذ اتفاق التحويل المصرفي إلكترونياً، إذا قام المصرف بتنفيذ عملية التحويل من دون إذن، ويحدث هذا غالباً نتيجة الصعوبات

---

[١] د . رضا السيد عبد الحميد ، مصدر سابق ، ص٤٢ وما بعدها .

[٢] د . محمود الشرقاوي ، مصدر سابق ، ص٤٨ .

التي تواجه المصرف عند التأكيد من أنّ التوقيع السري الوارد على أمر التحويل هو توقيع الزبون نفسه، ويزيد من خطورة الأمر أنّ إمكانية حصول غير الزبون على الرقم السري الخاص بتوقيعه ليست مستحيلة، كذلك فإن تحديد لحظة إبرام اتفاق التحويل الإلكتروني أمر يثير بعض الصعوبات، ولعل مرد هذه الصعوبات يرجع بصفة رئيسة إلى الطابع الإلكتروني للاتصال، وهنا يلزم تعيين الواقعة التي يعتد بها في تحديد زمان انعقاد التحويل، وهل العبرة بتوافق الإرادتين أم بعلم الأطراف بتلاقي الإرادتين [١] .

بعبارة أخرى هل إن العبرة بوقت القبول من المحول له، أو من وقت علم المحول بهذا القبول؟ للوصول إلى إجابات هذه الأسئلة ليس مجرد حسم لجدل فقهي، بل هي إثارة تبدو في غاية الأهمية، فالأمر من ناحية، يجوز له الرجوع في أمره طالما أن المبلغ لم يخرج من ذمته إلى ذمة المستفيد بعد، وأمّا اذا خرج من ذمته وانعقد التحويل بالفعل، فإنّه لا حق له على هذا المبلغ، وإن حرّر شيكاً على أساسه، فإنه قد حرّر شيكاً من دون رصيد، ومن ناحية أخرى، فإنَّ الآثار المترتبة على إفلاس أحد أطراف التحويل ترتبط ارتباطاً وثيقاً بتعيين لحاظ إتمام التحويل، إذا قد تمت قبل الإفلاس أم بعده، وهذه المسائل وغيرها تمثل أهمية متزايدة في مجال التحويل المصرفي الرقمي بالطرق التقليدية له[٢] .

يصاحب تقديم العمليات المصرفية الإلكترونية مخاطر عدة ، وقد أشارت لجنة بازل للرقابة المصرفية إلى أنّه ينبغي قيام البنوك بوضع السياسات والإجراءات ، التي تتيح لها إدارة هذه المخاطر من خلال تقييمها ومتابعتها والرقابة عليها ، وأصدرت اللجنة خلال اذار ١٩٩٨ و ايار ٢٠٠١ مبادئ لتنظيم هذه المخاطر شملت مخاطر التشغيل ومخاطر السمعة والمخاطر القانونية [٣] .

---

[١] د . رضا السيد عبد الحميد ، مصدر سابق ، ص٣٦ .

[٢] د. بلال عبد المطلب بدوي، مصدر سابق، ص٩٦٥ ، ٩٦٦.

[٣] د. محمود الشرقاوي، مصدر سابق، ص٥١ .

المبحث الثاني

العقود المصرفية الرقمية وخصائصها

تعدّ العقود المصرفية الرقمية هي الوسيلة التي يمكن من خلالها التعامل مع زبائنها بخصوص العمليات المصرفية، وتكمن أهمية هذه العقود تنظيم علاقة المصرف وزبونه وعميله من خلال تحديد التزامات ومسؤوليات أطراف العقد فيما يتعلق بالعمليات المصرفية التي تعدّ محل العقد، إذ يتم العمل في ظل نظام المصارف التقليدية على إبرام العقد المصرفي من خلال ذهاب العميل إلى مقر المصرف وقيامه بطلب عملية مصرفية محددة، والتعاقد عليها في مقر المصارف، وإنّ كل ما يتعلق بمضمون وطريقة إبرام هذه العقود والقواعد القانونية الحاكمة تقوم على أساس أنّها قد تعاقدت وسط حضور مادي للمتعاقدين وبصورة مباشرة، بما يسمح للمصرف أنْ يتعرف على شخصية العميل ويتأكد من ضماناته المالية المؤهلة لحصوله على المعاملات المصرفية التي يقدمها، لكن بسبب التطور التكنلوجي الذي شهدته العمليات المصرفية، أصبح غياب التواجد المادي للمصرف في البيئة الواقعية، وظهوره بصفة رقمية عن طريق الأنترنت للاتصال عن بعد، وهذه العقود التي تبرم عن طريق الأنترنت يطلق عليها العقود المصرفية الرقمية .

وتعدّ العقود المصرفية الرقمية من قبيل العقود الإلكترونية التي تبرم عن بعد، إذ إنّها تبرم باستخدام وسائل تكنلوجية للاتصال عن بعد، ومن دون تواجد مادي للمتعاقدين بالمعنى التقليدي، وعلى الرغم من أهمية هذه العقود، إلاّ أنَّ معظم التشريعات العربية بصورة عامة قد أغفلت وضع تنظيم قانوني للعقود المصرفية الرقمية .

وبناء على ما سبق، سيتم تقسيم هذا المبحث على مطلبين، سنبحث في المطلب الأول تعريف العقود المصرفية الرقمية، في حين سنتناول في المطلب الثاني خصائص العقود المصرفية الرقمية .

المطلب الأول

تعريف العقود المصرفية الرقمية

يمكن تعريف العقود المصرفية الرقمية بأنّها (عبارة عن اتصال رقمي بين العميل والبنك لغرض الحصول على خدمات مصرفية متمثلة بدفع واستلام الفواتير من المعاملات المصرفية ، أو المحافظة على الأموال المودعة وإدارتها لدى هذا البنك والتحكم فيها[١]، ومن خلال التمعن في هذا التعريف نلاحظ أنّ هذه النقود لا تعدو أنْ تكون من ضمن صور العقود الإلكترونية التي تتم عن بعد[٢]، وذلك من خلال النظر إلى طريقة إبرامها وكيفية تنفيذها ، ويقصد بالعقد الإلكتروني الذي يتم عن طريق شبكة الأنترنت بأنّه اتفاق بين شخصين على تأسيس رابطة قانونية عبر شبكة الأنترنت وبيان كيفية الاتفاق على تعديلها وانهائها .

ويتضح لنا من ان العقد الإلكتروني ، لا يختلف عن العقد بصورة عامة فقط في الوسيلة والطريقة التي تستخدم في انعقاد وتنفيذ العقد عبر الأنترنت، وبما أنّ العقود المصرفية الرقمية تنتمي إلى مجموعة العقود الإلكترونية ، فهي لا تختلف عن هذه العقود إلا فيما يتعلق بكيفية إبرام هذه العقود وأيضاً فيما يتعلق بخصوصيات التعامل المصرفي، فإنّ العقود المصرفية الرقمية يمكن أنْ تعرّف بأنها تلاقي الإيجاب والقبول كل من البنك والعميل عن طريق الأنترنت لغرض تكوين رابطة عقدية أو تعديلها أو الغائها فيما يخص القيام بإحدى العمليات المصرفية الرقمية[٣]، وأمّا بالنسبة لموقف المشرع العراقي فذكر تعريفاً للعقد الإلكتروني في قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ وهو بأنّه (ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين

---

[١] د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ ، ص٣٤ .

[٢] د. سمير حامد عبد العزيز الجمال ، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة ، مصدر سابق ، ص٦٤ .

[٣] د. علاء التميمي ، مصدر سابق ، ص٣٢٤ .

بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه والذي يتم بوسيلة إلكترونية)[١]، وأمّا بالنسبة لقانون المعاملات الإلكترونية المصري فقد عرّفه بأنّه (كل عقد تصدر منه إرادة الطرفين أو كليهما أو يتم التفاوض بشأنه أو تبادل وثائقه كلياً أو جزئياً عبر وسيط الكتروني)[٢] ، وقد مرَّ أيضاً عند ذكر التعريف القانوني للعقد الإلكتروني في التوجيه الأوربي رقم (٠٧/٩٧) والذي عرّف العقد في نص المادة الثانية بأنه (التعاقد عن بعد هو كل عقد يتعلق بالبضائع والخدمات يبرم بين مورد ومستهلك في نطاق نظام بيع أو تقديم خدمات عن بعد ينظمه المورد الذي يستخدم لهذا العقد أو أكثر للاتصال عن بعد لإبرام العقد)[٣] ولتبيان تحديد أطراف هذه العقود حتى تتجلى لنا الرؤية أكثر حول مفهوم هذه العقود، سوف نبحث هذا الموضوع من خلال فرعين، سنعرض في الفرع الأول المصرف كأحد أطراف العقود المصرفية الرقمية، في حين سنتناول في الفرع الثاني المقصود الزبون كأحد اطراف العقود المصرفية الرقمية .

الفرع الأول

المصرف كأحد أطراف العقود المصرفية الرقمية

قد يبدو للوهلة الأولى أنّ القول بوجود المصرف الرقمي ،كأحد أطراف العقد المصرفي الرقمي أمر مفترض، وذلك بالنظر إلى طبيعة المعاملات المصرفية التي لا يحترف بها غير المصارف، لكن عند إلقاء النظر فيما شهدته المعاملات المصرفية من تطور كبير خاصة بعد التزاوج الذي تم بينها وبين الوسائل التكنلوجية الحديثة المتمثلة في الأنترنت، يلاحظ أنّ هذا التزاوج قد أسفر عن ميلاد مؤسسات غير ائتمانية مهمتها تقديم بعض

---

[١] المادة (١) البند عاشرا من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية .

[٢] ينظر: المادة (٢) من قانون المعاملات الإلكترونية المؤقت رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١.

[٣] مشار الى هذا التوجيه لدى د. محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوربي، دار الجامعة الجديدة، صر، ٢٠٠٦، ص١٧.

الخدمات التي هي في الأصل خدمات مصرفية[١]، والتي كانت في وقت قريب حكراً على المصارف .

ففي مجال إصدار النقود الرقمية نجد أنّ هناك العديد من الشركات تنافس البنوك في هذا الصدد، وأنّ التشريعات التي اعترفت بهذه النقود كوسيلة دفع قد راعت تنظيم نشاط هذه الشركات من خلال عقود تبرمها مع من يريد التعامل بهذه النقود [٢].

ولا تزال المصارف فقط في بعض الدول محتكرة عملية إصدار النقود الرقمية، وهذا ما يتضح من صياغة الضوابط الخاصة بالمعاملات المصرفية الرقمية، والتي أصدرها قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي المصري ، إذ قصر إمكانية إصدار هذه النقود على البنوك وحدها بعد الحصول على ترخيص من البنك المركزي بذلك ، بالنظر الى ان البنك المركزي المصري هو الجهة المنوط بها قانونا اصدار اوراق النقد للاستخدام كوسيلة دفع لها قوة ابراء ، اذ تخضع عملية اصدار وسائل دفع لنقود الكترونية لرقابة البنك المركزي المصري خاصة انه ليس لها قوة ابراء الا بعد تسوية قيمة المدفوعات التي تمت بها طرف كل من بنك المشتري وبنك البائع[٣] .

الفرع الثاني

الزبون كأحد اطراف العقود المصرفية الرقمية

تبدو أهمية تحديد المقصود بالزبون في المصرف الرقمي بمناسبة تعريف العقود المصرفية الرقمية، في معرفة المواصفات التي يجب أنْ تتوافر في الطرف المناظر للبنك الرقمي في العقد المصرفي، والذي يمتاز بمركز قانوني خاص، يحتاج على أثره

---

(1) Joelle Abou Haidar، op. cit.، p. 22.

[٢] د. شريف محمد غنام، محفظة النقود الإلكترونية، رؤية مستقبلية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص٨٢.

[٣] ثانيا /٢/من الفصل الاول من قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي رقم ١٩٤ لسنة ٢٠٢٠ .

لمعاملة قانونية خاصة باعتباره الطرف الضعيف في مواجهة البنك، كما يفرض عليه هذا المركز بعض الالتزامات القانونية الخاصة[١] .

وبالاطلاع على التشريع العراقي_فقد أشار إلى مفهوم الزبون في قانون المصارف في المادة الاولى منه بأنه (شخصا طبيعياً أو اعتبارياً أو كليهما) ، أما بالنسبة الى التشريع المصري فقد أشار في قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي رقم ١٩٤ لسنة ٢٠٢٠ في المادة الأولى منه بأنّه (كل شخص طبيعي أو اعتباري يتلقى خدمة من احدى الجهات المرخص لها طبقا ً لأحكام هذا القانون)[٢] ، وكذلك عرّفت المادة (٥١٦) من قانون التجارة رقم(١٧) لسنة ١٩٩٩ بخصوص تطبيق أحكام الشيك المسطر بأنّه (كل شخص له حساب لدى المسحوب عليه وحصل منه على دفتر شيكات أو كان من حقه الحصول على هذا الدفتر) ويلاحظ أن هذا التعريف قصر في أحكام الشيك المسطر، ولم يعرّف عميل البنك بصورة عامة .

ويلاحظ أنّ عميل المصرف الرقمي يجوز أنْ يكون بنكاً آخر يطلب من المصرف الرقمي أحد الخدمات المصرفية التي يقدمها عبر شبكة الأنترنت، خاصة إذا كان ذلك المصرف لا يقدم خدمات مصرفية رقمية. في ظل هذه الاوضاع يمكن أنْ نشهد حصول تنازع في إطار علاقة الزبون بالمصرف أو في إطار علاقة بنك بآخر .

المطلب الثاني

خصائص العقود المصرفية الرقمية

تتمتع العقود المعاملات المصرفية الرقمية بعدة خصائص ببعض الخصائص التي تميزها عن غيرها من عقود الخدمات المالية التي تتم عن طريق الأنترنت، إذ لم يقم المشرع العراقي بتنظيم خصائص العقود المصرفية الرقمية، وذلك لاختلاف العمليات المصرفية الرقمية وتعددها، ويمكن بيان هذه الخصائص التي تميز العقود

---

[١] د. علاء التميمي، مصدر سابق، ص٣١٥.

[٢] المادة الاولى من قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي رقم ١٩٤ لسنة ٢٠٢٠ .

المصرفية الرقمية عن غيرها بتقسيم المطلب على فرعين، نبحث في الأول العقود المصرفية الرقمية عقود نموذجية، وأمّا الثاني فسنخصصه إلى العقود المصرفية الرقمية عقود ذات طابع دولي .

الفرع الأول

العقود المصرفية الرقمية عقود نموذجية

يقصد بالعقد النموذجي بأنه (العقد الذي يمثل صورة نموذج يستأثر به أحد أطرافه بإعداد بنوده، ولا يقبل فيه مناقشة من قبل الطرف الآخر، والذي لا يكون له إلاّ أنْ يقبل بنود العقود كلها أو أنْ يرفضها كلها)[١] .

هذا وقد درج عمل بعض المصارف على الاعتماد على العقود النموذجية في العمليات المصرفية، لاعتبارات مهمة تتمثل بالسهولة والسرعة التي تقوم عليها العمليات المصرفية بصورة خاصة والعمليات التجارية بصورة عامة .

وللتعاقد النموذجي أهمية خاصة في العمليات المصرفية الرقمية، وهذا عائد لأمرين: أولهما: طبيعة الوسيلة التي يتم التعامل من خلالها، متمثلة بشبكة الأنترنت بوصفها وسيلة الكترونية للقيام بالعمليات المصرفية والاتصال عن بعد، وفي ظل هذه الوسائل الإلكترونية يغيب التواصل المادي بين المصرف والزبون، ومن ثم نلاحظ صعوبة في التفاوض، وهذا السبب الذي يجعل التعاقد النموذجي هو ضالة المصرف الإلكتروني الرقمي المنشودة، كوسيلة مطابقة لطبيعة البيئة التي يحيا فيه المصرف الرقمي ويقدم خدماته[٢]، وهنا يظهر التنازع بين قانون الزبون وقانون المصرف في ظل اختلاف موطنهم أو جنسيتهما أو بين قانون بلد إبرام العملية المصرفية وقانون بلد تنفيذها .

---

[١] د. علاء التميمي، مصدر سابق، ص٣٣٧.

[٢] عبد الرحمن السيد قرمان، عمليات البنوك، دار النهضة العربية، ط٢، القاهرة، ٢٠٠٠، ص١٠٢.

وثانيهما: توسع هذه العقود للسهولة والسرعة في تقديم الخدمات المصرفية الرقمية، فالفلسفة القائمة على تبني التعاقد المصرفي الرقمي تتعدى حدود الترف الاقتصادي، وهذا يعود إلى وجود توجه قوي إلى التخلص من الروتين القائم في المصارف التقليدية، والائتلاف مع الإيقاع السريع للتجارة عبر الأنترنت، الأمر الذي يزيد من أهمية اعتماد البنك على العقود النموذجية في التعامل مع عملائه[١].

وقد اعتاد العمل بهذه العقود من خلال قيام المصرف بصياغة العقود المصرفية الرقمية بجميع المعاملات المصرفية متضمنة جميع بنود العقد والتزامات الطرفين، ويجعله متاحاً على موقعه الإلكتروني على شبكة الأنترنت، فإذا أراد الزبون الحصول على هذه الخدمات المصرفية فعليه أنْ يقوم بالاطلاع على هذه البنود وشروط العقد الذي وضعها المصرف سلفا فاذا صدر قبول على الحصول على هذه الخدمة بهذه الشروط قام بإجراء ، وهو الضغط على الأيقونة التي تدل على موافقته على العقد، أو لا يوافق على هذه الشروط التي يتضمنها العقد فيرفضه ومن ثم لا يتم إبرام هذا العقد[٢] .

وعلى الرغم من أهمية العاقد النموذجي بالنسبة للمصرف على شبكة الأنترنت، إلاَ أنّ اعتماد المصرف على هذا الأسلوب من التعاقد يلقي على عاتقه مسؤولية كبيرة تتمثل بأنّ المصرف عندما يقوم بصياغة العقد يجب أنّ يقدم شرحاً وافياً وواضحاً عن كل بند في هذا العقد، حتى يجعل زبون المصرف على دراية كاملة وبينة وواضحة عن كل تفصيلات العقد، إضافة إلى هذا على البنك أنْ يمنح الزبون الوقت الكافي للاطلاع على جميع بيانات العقد وبطريقة سهلة وواضحة تمكنه من الاطلاع على كل تفاصيل هذا العقد، عكس ما هو عليه في المصارف التقليدية[٣]، بل زاد من هذا التأكيد في حالة إذا تضمن العقد شروطاً باهظة على العميل، كالشروط التي قد تحرمه من بعض حقوقه

---

[١] د. علي احمد مرسي عثمان، العمليات المصرفية على الأنترنت، مطبعة الفا والمروة، ٢٠٠٥ ، الاسكندرية ، ص٤٢.

[٢] د. علاء التميمي، مصدر سابق، ص٣٣٩.

[٣] د. عبد الرحمن السيد قرمان، عمليات البنوك، مصدر سابق، ص١٠٥.

القانونية نفسها، مثل حقه في التراجع من العقد المصرفي بعد إبرامه وخلال مدة معينة، وحقه أيضاً من بيان أسباب فسخ العقد، لكن البنك أعطى الحق للعميل المطالبة بإبطال العقد .

ويحق للمصرف أنْ يستعين ببعض الخدمات الإلكترونية[١]، وخصوصاً أنّ بعض البنود والشروط من هذه العقود تحتاج إلى استفاضة في التوضيح والشرح، إذ يستطيع المصرف من خلال هذه الخدمات أو ما يطلق عليها بالوصلات الإلكترونية أنْ يربط هذا الشرح بصفحة خاصة تتضمن معلومات مفصلة عنه، وقد تم تنظيم العقود الرقمية في صورتين: الصورة الأولى تتضمن شروطاً عامة والصورة الثانية تتضمن شروطاً خاصة، إذ إنْ مهمة الشروط العامة تكمن في تنظيم الإطار العام الذي يحكم علاقة المصرف بالزبون، وهذه الشروط لا تختلف من عقد لأخر، وتتضمن تحديد هوية الزبون، والبيانات اللازمة التي تعرّف ذلك الزبون، وجدول بالنفقات والرسوم المراد الحصول عليها، وكذلك مدة العقد، وبيان الوسيلة المستخدمة لنقل وتداول الطلبات والأوامر بين الزبون والمصرف، والوسيلة التي يمكن من خلالها أنْ يعترض الزبون على المدة المسموح له فيها بذلك وأيضاً له الحق الاعتراض على طريقة التنفيذ.

أمّا الشروط الخاصة فهي تنظم علاقة المصرف الرقمي بالعميل بصورة مفصلة بحسب طبيعة الخدمات المصرفية[٢] .

وهنا لا تكون هناك فرصة لظهور التنازع في إطار الشروط العامة لسيطرة قواعد النظام العام عليها في حين يمكن أنْ تكون هذه الفرصة متاحة في إطار الشروط الخاصة؛ لأنَّ بعضاً منها يخضع لمشيئة الأطراف وإرادتهم .

---

[١] د. طارق عبد العال، التجارة الإلكترونية (المفاهيم – التجارب – الأبعاد التكنولوجية والمالية والتسويقية والقانونية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٢–٢٠٠٣، ص٧٨٩.

[٢] د. طارق عبد العال، التجارة الإلكترونية، مصدر سابق، ص٦٠٢.

الفرع الثاني

العقود المصرفية الرقمية عقود ذات طابع دولي

تعدّ هذه العقود من العقود الدولية اذا ارتبطت بمصالح تجارية اي ترتبط بانتقال الاموال من مكان الى اخر ، فقد استطاعت شبكة الأنترنت من أنْ تمكن البنك من توسع نطاقها وربطها بأطراف العالم المترامية من مخاطبة جميع دول العالم بالخدمات التي تقوم بها، الأمر الذي أضفى عليها الصبغة الدولية على عقوده[١] .

ويجب ملاحظة أنّ الصفة الدولية ملاصقة للعقود الرقمية على الأنترنت، سواء كانت محل إقامة الزبون ومركز أعماله هو مكان المصرف نفسه ، أم في مكان آخر، وسبب ذلك غياب بيان الحدود الجغرافية بالمعنى التقليدي في التعامل عبر هذه الوسائل التكنولوجية، فالأنترنت نظام عالمي لا يمكن ردّه إلى دولة معينة[٢] .

فلو أنَّ المصرف عراقي، والزبون متواجدٌ في العراق أثناء التعاقد، لا يمكن في ظل ذلك القول بأن العراق هو مكان إبرام العقد، بل مكان إبرامها شبكة الأنترنت ذات الطبيعة الدولية، ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك[٣] .

وعلى الرغم من الفائدة الدولية لعقود العمليات المصرفية الرقمية التي تعود على المصارف من توسع قاعدة زبائنها إذ تستطيع أنْ تقدم خدماتها لأي فرد في أي بلد من بلدان العالم، إلاّ أنّ هذه الفائدة قد تكون السبب في العديد من المشاكل القانونية، ومنها إثارة موضوع القانون واجب التطبيق على الموضوع الناشئ عن العمليات المصرفية

---

[١] د. علاء التميمي، مصدر سابق، ص٣٣١.

[٢] د. عبد الله الهواري، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، ٩-١١ ربيع الأول ١٤٢٤ه الموافق ١٠-١٢ ايار ٢٠٠٣، غرفة تجارة وصناعة دبي، ص١٦٤٥.

[٣] نافع بحر سلطان، تنـــازع القوانيـــن في منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٤، ص٣٢.

الرقمية، وذلك لأنَّ هذه العلاقة مشوبة بعنصر أجنبي، ويستطيع المصرف أنْ يتجنب مثل هذه المشكلة بأنْ يراعي عند صياغة العقود المصرفية الرقمية تحديد القانون واجب التطبيق على العقد[١] .

وعلى الرغم من ذلك، لا يخلو من سيطرة الأنترنت على مجريات التعامل بين المصرف والزبون حصول الزبون على العمليات المصرفية بطريقة مادية، فاستلام الزبون بطاقة الدفع الإلكترونية بصورة مادية لاستخدامه في عملية الدفع، لا ينقص من الوصف الرقمي للمعاملة، فالتعاقد على هذه الخدمة المصرفية وإنشائها وتنفيذها قد جرى بصورة إلكترونية، ولا يعدّ هذا الاستلام سوى أثر تابع لتنفيذ الخدمة المصرفية الرقمية[٢] .

وتتميز العقود المصرفية الرقمية بوصفها عقود الكترونية، انها تتم عبر وسيلة الاتصال عن بعد [٣] .

وقد تضمن التوجيه الأوربي الصادر في ٢٠ ايار ١٩٩٧ في المادة الثانية منه تعريفاً للعقد عن بعد بأنّه (أي عقد يتعلق بسلع أو خدمات يبرم ما بين العميل والمورد من خلال المحور التنظيمي الخاص بعملية البيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي يعدها المورد، والذي يتم باستخدام وسيلة واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الحديثة حتى تنفيذ العقد واتمامه) .

---

[١] د. عبد الله الهواري، مصدر سابق، ص ٦٤٧ .

[٢] د. علاء التميمي، مصدر سابق، ص٣٢٦.

[٣] اصطلاح الاتصال عن بعد يعني فنياً بالمعنى الواسع كل أنواع أو نموذج لشبكة معينة بالاتصال السلكية أو اللاسلكية أو الاتصالات الترددية أو الاتصال بالأقمار الصناعية مثل شبكة الأنترنت فهي شبكة مفتوحة للجمهور ويتم إبرام العقد الإلكتروني عبرها بين اشخاص حاضرين، وهذا ما يميز عقد التجارة الإلكترونية عن عقد التجارة العادية، ينظر: د. فريد عبد المعز فرج، التعاقد بالأنترنت، بحث منشور في مجلة البحوث الفقهية والقانونية، كلية الشريعة والقانون، فرع دمنهور، العدد الثامن عشر، ج١، ١٤٢٤هـ -٢٠٠٣م، ص٤٨٨.

الفصل الثاني

تطبيقات للعمليات المصرفية الرقمية

تشهد العمليات المصرفية في واقعها ثورة أشعلتها التقنيات التكنلوجية العالية في مجال الحوسبة والاتصال، فقد جرى الاعتماد على البطاقات المالية الإلكترونية بأنواعها، وعلى مزودات النقد الإلكتروني، وعلى العملات الرقمية التي اشتهرت وزاد التعامل والاقبال عليها في الآونة الأخيرة لما تتمتع به من مزايا عديدة ووظائف كثيرة كفيلة بإشباع الحاجات العامة لأغلب الأشخاص، فهي تمثل أداة للتبادل يمكن أنْ تحل في المبادلات محل العملة التقليدية وأداة للاستثمار بمجرد اقتنائها، ومن أمثلة هذه العملات هي عملة البتكوين، واللايتكوين وغيرها[١]، وكذلك الحال بالنسبة للمصارف الرقمية والتي تعدّ اتجاه متطور من المصارف التقليدية، وجدت نتيجة للتوسع الكبير الذي حصل في الساحة المصرفية نتيجة للتقدم التكنلوجي والعلمي .

وهناك العديد من المصطلحات التي تطلق على هذه المصارف منها المصارف الإلكترونية ، ومصارف الأنترنت أو المصارف عن بعد ، المصارف الرقمية أو المصرف المنزلي ، وغيرها ، من المصطلحات، وعلى اختلاف هذه المصطلحات إلا أنّها تشير إلى معنى واحد هو قيام المستخدم بإنجاز أعماله المتصلة بالمصرف عبر شبكة الأنترنت في أي وقت وأي مكان .

سنبحث في هذا الفصل في صور من العمليات المصرفية التي أصبحت تطبق بصورة الكترونية رقمية، لذلك سنقسم هذا الفصل على مبحثين:

المبحث الأول: ماهية العملات الرقمية .

المبحث الثاني: أنواع العمليات المصرفية الرقمية .

---

(١) شهد عبد الكريم، التنظيم القانوني للعملة الرقمية في العراق (دراسة مقارنة)، مصدر سابق، ص٥.

المبحث الأول

ماهية العملات الرقمية

انتشر التعامل في العملات الرقمية التي تعدّ أحد أهم موضوعات العمليات المصرفية في كل دول العالم، إذ تعدّ النقود الرقمية عملة ليس لها وجود مادي وان التعامل بها والتداول بها يكون فقط من خلال الأنترنت، ومن خلال برامج خاصة بواسطة شبكات الاتصال ومن خلال أيضاً الحواسيب الآلية[١]، وتسمى أحيانا بالنقود الإلكترونية، ومع ذلك أغلب الأفراد لايزالون ليس لهم الإلمام الكافي بخصائصها، ومن الجدير بالذكر أنّ العملات الرقمية أصبحت شائعة وبشكل متزايد في الآونة الأخيرة، ولكن لغاية الآن لم تتحول إلى نقود ورقية، وأغلب دول العالم لم تعتمدها كعملة رسمية.

وسنبحث الموضوع من خلال مطلبين سنتناول في المطلب الأول مفهوم العملات الرقمية ، في حين سنخصص المطلب الثاني لبيان الطبيعة القانونية للعملات الرقمية .

المطلب الأول

مفهوم العملات الرقمية

تعتبر العملات الرقمية من أهم تطبيقات العمليات المصرفية ، فيمكن القول أنها تلك العملات التي يتم تداولها عبر الوسائل الالكترونية ، وهي احدى افرازات التقدم التكنولوجي ، وبصفة خاصة تطور علم الاتصالات ، وتعد العملات الرقمية تطوراً واضحا في وسائل الدفع عبر الانترنت ، بل هي الوسيلة الوحيدة ، التي نشأت لتسوية

---

[١] د. عبد الله بن سليمان بن عبد العزيز الباحوث، النقود الافتراضية مفهومها وأنواعها وآثارها الاقتصادية، بحث منشور في المجلة العالمية للاقتصاد والتجارة، تصدر عن كلية التجارة، جامعة عين شمس، القاهرة، العدد ١، يناير ٢٠١٧، ص١.

معاملات التجارة الالكترونية ، ولأجل ايضاح ما تقدم لابد بحثه من خلال فرعين ، سنخصص الفرع الأول لبحث تعريف العملات الرقمية ، بينما سنعقد الثاني لبحث أنواع العملات الرقمية وخصائصها .

الفرع الأول

تعريف العملات الرقمية

لاقى مفهوم العملات الرقمية اختلافا كبيرا من لدن من تولوه بالتعريف سواء أكانوا مؤسسات ام باحثين ، وذلك بسبب حداثته ولتشابهه مع كثير من المفاهيم الاخرى للعملات والتي ظهرت ايضا في الواقع الافتراضي .

ولتشابهها مع كثير من المفاهيم الاخرى للنقود والتي ظهرت ايضا في الواقع الالكتروني بدأت فكرة النقود الرقمية لأول مرة عام ٢٠٠٨، عندما طرح شخص أطلق على نفسه الاسم الرمزي (ساتوشي ناكاموتو Satoshi Nakamoto)[١]، لأول مرة في ورقة بحثية، ووصفها بأنّها نظام بحثي نقدي إلكتروني يعتمد في العمليات المصرفية على مبدأ الند بالند، من دون الاستعانة بطرف وسيط، وتقوم هذه العملة على أساس التشفير بين الطرفين .

وقد عرّفت العملات الرقمية بتعريفات عدة منها:

التعريف الأول: تعدّ العملات الرقمية هي (تمثيل رقمي للقيمة، بالإضافة إلى انها وحدات الكترونية ووحدة حساب يصدرها مطورين خاصين بها، وتكون غير

---

[١] كشف رجل الأعمال الأسترالي (كريغ ستيفين رايت) عن كونه مخترع عملة بتكوين وأن قد تختفي بمسمي مستعار وهو (ساتوشي ناكاموتو) وجاء اعتراف (رايت) لينهي سنوات التكهنات بشأن صاحب الفكرة الأصلية للنقود الافتراضية القائمة على نظام الدفع النقدي الرقمي. ينظر: craig wright revealed bitcoin، http://www.bbc.com/arabic/scienceandtech/2016/05/160501 18/3/2022.

ملموسة، بحيث يتم التعامل بها بصورة فورية، بحيث يمكن خزنها والحصول عليها عن طريق الهارد دسك (Hard Disk)، ويمكن استخدامها لأغراض متنوعة متى ما تم الاتفاق عليها من قبل المتعاملين بها، وبسبب مواصفات السهولة والسرعة في الحصول عليها حظيت بالقبول) [١] .

التعريف الثاني: هي (تمثيل رقمي للقيمة ، لا يصدره مركز عن بنك أو مؤسسة انتمائية أو مؤسسة أموال الكترونية ، والتي في بعض الظروف يمكن استخدامها بديل مقابل للمال) [٢] .

التعريف الثالث: يصفها بأنّها (عملة رقمية لاوجود مادي وفيزيائي لها، تنتج عن طريق برامج الكترونية وحواسيب لا تخضع للرقابة والسيطرة من قبل البنك المركزي أو أي إدارة رسمية دولية، يتم التعامل بها بواسطة شبكات الأنترنت وفي عمليات عدة منها الشراء والبيع، وتحويل العملات إلى عملات أخرى، وتلقت قبولاً واسعاً واختيارياً من قبل الاشخاص المتعاملين بها)[٣] .

وفي إطار التشريعات، نجد أنَّ المشرع العراقي لم يورد تعريفاً عاماً للعملات الرقمية ولكن صدر تعريف بأحد أنواعها من قبل البنك المركزي والمتمثلة بعملة البتكوين، إذ عرّفها بأنها (عملة إلكترونية افتراضية تتداول عبر الأنترنت فقط من دون وجود مادي لها وتستخدم للشراء عبر الأنترنت وتدعم الدفع باستخدام بطاقات البتكوين أو قد تحول إلى العملات التقليدية في بعض الأحيان)[٤] .

---

[١] د. نادر عبد العزيز شافي، المصارف والنقود الرقمية، ط١، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، ٢٠٠٧، ص٧٩.

[٢] اثير صلاح ابراهيم ، التنظيم القانوني للعملات الرقمية ، رسالة ماجستير ، جامعة الشرق الاوسط ، ٢٠٢١ ، ص٢٤ .

[٣] عبد الله سليمان، النقود الافتراضية مفهومها وانواها واثارها الاقتصادية، مصدر سابق، ص ٢١-٢٢.

[٤] اعمام البنك المركزي العراقي الصادر في عام ٢٠٠٧، https://cbi.iq/news/view/512

وأمّا بالنسبة لموقف المشرع المصري فقد ميز ما بين العملات المشفرة والعملات الالكترونية فقد عرف قانون البنك المركزي المصري العملات المشفرة بأنها " عملات مخزنة الكترونياً غير مقومة بأي من العملات الصادرة عن سلطات اصدار النقد الرسمية ويتم تداولها عبر شبكة الانترنت " وهي تختلف عن النقود العادية في كونها تصدر بعيداً عن التنظيم الحكومي حيث لا تصدر من بنوك نظامية ولا تستند الى نقود حقيقية ، وليس لها شكل مادي ملموس ، وانما هي مجرد اكواد على شبكة الانترنت ، كما انها تختلف عن النقود الالكترونية التي عرفها قانون البنك المركزي المصري بأنه " قيمة نقدية مقومة بالجنيه المصري أو بإحدى العملات المصدرة من سلطات اصدار النقد الرسمية مستحقة على المرخص له بإصدارها وتكون مخزنة الكترونياً ومقبولة كوسيلة دفع[١] .

ومع انعدام النص على تعريف شامل للعملة الرقمية في القوانين العراقية ارتأينا وللإيفاء والاحاطة بمصطلح العملة الرقمية يمكن القول بأنها (عبارة عن وحدات برمجية ليس لها وجود مادي ملموس ، متاحة بشكل رقمي ومكونة بواسطة عملية برمجة وفقاً لبروتوكول معين ومسجلة ومحفوظة الكترونياً عبر أنظمة مختلفة ، ويمكن تداولها ونقلها الكترونياً) .

يستنتج من كل ما سبق أنَّ جميع هذه التعاريف أوضحت ماهية العملات الرقمية، كما يلاحظ تركيز بعض هذه التعاريف على جهة إصدارها في حين ركّز بعضها الآخر على وظيفتها من دون أنْ تشير أي منها إلى مدى إمكان استخدامها للاستثمار مع أنَّ هذه الوظيفة تعدّ من الوظائف المميزة والرئيسة للعملات الرقمية، ومع عدم وجود تعريف العملات الرقمية بشكل عام في التشريع العراقي نقترح أنْ يحدد نص في مشروع قانون العملة الرقمية أو قانون البنك المركزي لتعريف العملة الرقمية بأنّها

---

[١] قانون رقم ١٩٤ لسنة ٢٠٢٠ المادة الاولى ، الجريدة الرسمية ، العدد ٣٧ ، في ١٥ سبتمر ٢٠٢٠ .

(تمثيل رقمي للقيمة تستخدم كوحدة حساب ومخزن للقيمة ووسيط للتداول وأداة للاستثمار) .

الفرع الثاني

أنواع العملات الرقمية وخصائصها

إنَّ البتكوين ليست العملة الرقمية الوحيدة ولكن معظم العملات الرقمية الأخرى استنسخت وتأست استنادا إلى الأفكار الرئيسة لعملة البتكوين، وبصدور البتكوين والاعتماد الكثير عليها والاهتمام بها، اطلقت الكثير من المشاريع الحديثة من العملات الرقمية وبتكرار مشابه من شفرة المصدر من عملة البتكوين .

والفرق بين هذه العملات يسير، بعض منها متعلق بطريقة التنقيب والتوزيع، وبعضها الآخر متعلق بالوقت الذي تستوعبه عملية التعامل والتداول، وبعض منها متعلق بخوارزميات العمل[١]، ويوجد عدد محدد من العملات الرقمية يمكن أنْ يوصف بالرئيس وذلك لاعتبارات خاصة بأعداد المتعاملين بها، وكثرة المواقع التي تقبل التعامل بها، واتساع عدد الأماكن الذي بواسطتها يمكن تحويل العملات الرقمية إلى عملات ورقية عادية .

---

[١] الخوارزميات هو سلاح مهم في صندوق أدوات أي مشفر، إذ يستخدم معظمها لتأمين كلمات المرور ولكنها تشكل أيضاً جزءاً لا يتجزأ من معظم العملات الافتراضية في خوارزميات صنع الهاش الرقمية مثل Bitcoin، انظر على موقع https://cryptomena.net // تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/٦/٢٠ .

وسنسلط الضوء على بعض العملات الرقمية (المشفرة) التي تعدّ كعملات يجب أنْ تذكر ويسلط الضوء عليها لكثرة التعامل بها، إذ بلغت العملات الرقمية في الوقت الحالي عدداً كبيراً [١]، من أهم هذه العملات وأبرزها هي :

أولاً :- الانواع

- البتكوين Bitcoin: وهي العملة الرقمية الأوسع شهرة على نطاق العالم، وسبق توضيحها .
- نوفاكوين Novacoin: انشأت في فبراير عام ٢٠١٣، وهي تعتمد كأغلب العملات الرقمية بروتكول الند بالند، وتختلف عن بقية العملات الرقمية أنها توحد وتزيل التمييز برامج الحماية داخل نواة العملة، وهذا يحمي العملة من الاعتداء عليها من قبل مجاميع المنقبين والمعدنين[٢] .
- فيذركوين Feathercoin: وهي عملة رقمية مفتوحة المصدر، تمتاز بصعوبة ضبط التنقيب والتعدين، كما تمتاز بأنها يمكن تحديثها بصورة منتظمة لتجمع جميع الميزات والتحسينات فيها، وذلك لأن التعدين الجماعي قد يتسبب في سوء المعاملة ومن ثم فإن عملية الجمع تحميها من سوء المعاملة [٣] .
- زيكاش Zcash: تم المباشرة بالبروتوكول في أكتوبر ٢٠١٦ ويقصد به هو (مجموعة من القواعد والاجراءات التي تحكم سلوك المشاركين في الشبكات اللامركزية التي تستخدم التشفير لتأمين عملياتها، ويستند إلى مصدر تطبيق اختبار عملة البتكوين الرئيسة، ومن أهم خصائصها أنها تقوم بحماية هوية

---

[١] وقد جمعها موقع العملات الافتراضية (Altenate Cryptocurrencies– Bitcoin Alternatves)، ينظر: https://www.altcoins.com/.

[2] https://www.novacoin.org/، 26/3/2022.

[3] https://www.feathercoin.com/، 26/3/2022.

المتلقي والمرسل، وتقوم أيضاً بحماية قيمة جميع المعاملات على بلوكات مشفرة خاصة لا يمكن الوصول إليها والاطلاع عليها إلّا من قبل من يملك المفتاح الصحيح فله تصفح جميع المحتويات [١] .

ويمكن القول إنَّ ظهور تلك العملات الرقمية البديلة مع البتكوين قد ينتج منافسة صحية داخل مجتمع المتعاملين بهذه العملات الرقمية، على الرغم من أنّ جميع تطبيقات البتكوين وبرامجها تتصف بسرعة التطوير حيث إنّ الخدمات الصحية المستخدمة بالبتكوين أعلى بكثير من نظائرها بالنسبة للعملات الرقمية البديلة الأخرى .

ثانيا :-الخصائص

وأمّا فيما يتعلق بخصائص هذه النقود توجد خصائص عدة للعملات الرقمية التي تميزها عن العملات التقليدية، وهذه الخصائص تنطبق على العملة الرقمية بتكوين، وعلى جميع العملات الرقمية الأخرى، وهي كالآتي:

١-انعدام الوجود المادي، إذ تتكون العملة الرقمية من رموز وأرقام مشفرة فهي افتراضية الوجود أي ليس لها كيان محدد، وعليه يتم التعامل بها فقط عن طريق استخدام أجهزة الكترونية معينة[٢] .

٢-تعتمد العملة الرقمية مبادئ التشفير في جميع جوانبها، فهي تقوم بتحويل المدخلات إلى رموز أو أرقام مشفرة عن طريق تقنية تعرف بـــ (hash) ولا يمكن فك التشفير إلا عن طريق رقم سري يتم إدخاله من قبل الطرف الآخر للمعاملة يسمى بالمفتاح العام[٣] .

٣-إنَّ الطبيعة الإلكترونية للعملة الإلكترونية تمنحها ميزة السرعة في إجراء العمليات المصرفية وقد يعود ذلك لاعتمادها الأجهزة الإلكترونية والبرامج التلقائية في إتمام

---

[1] https://www.z.cash/the-basics/، 26/3/2022

[٢] شهد عبد الكريم علي بلال، التنظيم القانوني للعملة الرقمية في العراق، مصدر سابق، ص١٤.

[٣] د. ياسر عبد الحميد جاد الله، النقود الإلكترونية وأحكامها الفقهية – البتكوين إنموذجاً دراسة فقهية قانونية مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، ٢٠١٨، ص٤٠.

العمليات بدلاً من الموظفين بالإضافة إلى عدم تقيدها برقعة جغرافية معينة حيث تستلزم الوصول إليها ليتم التعامل بها كل ذلك يسهم في تقليل الوقت المستغرق لإتمام العمليات الخاصة بالعملة الرقمية[١]، وعليه يتم تداولها في أي وقت أو مكان من دون قيد أو شرط مما يتيح لجميع الأشخاص القدرة على الوصول إليها كما أنها متوفرة للتعامل بشكل دائم .

٤-إنَّ التعامل بالعملة الرقمية لا يتطلب معرفة المعلومات الشخصية للمستخدم وانما يكفي ادخال عنوان البريد الإلكتروني وكلمة المرور للقيام بعمليات التداول[٢]، وهي بذلك تتيح للمستخدم الحفاظ على سرية وخصوصية معلوماته الشخصية، كما أنّها توفر له الأمان من خلال انعدام الأخطاء عند تنفيذ عمليات التداول فهي تعتمد على نظام بالغ الدقة يعمل على إرسال الحوالات إلى الجهة المقصودة بناءً على البيانات الواردة له من المرسل والمستقبل و ينفذ العمليات من دون تحيز أو أخطاء حسب بروتكولات معينة كما أنّ الانتحال غير وارد في هذه التعاملات فلكل شخص رمز يعبر عن كيانه .

٥-تتم عمليات التعامل التجاري بصورة مباشرة من شخص إلى آخر من دون وساطة وتدخل من المصرف وهذا ما يطلق علية الند بالند (peer to peer).

٦-يتم شحن القيمة النقدية لهذه النقود بطريقة الكترونية على بطاقة بلاستيكية ، أو على القرص الصلب للكمبيوتر الشخصي للزبون .

٧-كما أنّها تختلف عن البطاقات الائتمانية الإلكترونية بأنّها لا يوجد سقف واحد معين للأنفاق أو الشراء.

٨-إنَّ أهم ما تتميز بها هذه العملات بأنّها سريعة الأداء إذ تقوم بأداء عملياتها المصرفية وعقد الصفقات خلال مدة ثواني أو بضع دقائق عكس ما هو موجود

---

[١] مرزوق آمال، البتكوين نقود جديدة أم فقاعة مالية؟، بحث منشور في مجلة شعاع للدراسات الاقتصادية، الجزائر ، المجلد ٣، العدد ٢، ٢٠١٩، ص٨١.

[٢] شهد عبد الكريم، التنظيم القانوني للعملة الرقمية في العراق، مصدر سابق. ص١٧.

بالنسبة للعمليات المصرفية التقليدية، إذ يتطلب التعامل بها وعقد الصفقات وتحويل الأموال إلى ما يتراوح ساعات متواصلة أو أيام عدة [١] .

ونستنتج مما سبق أنَّ للعملة الرقمية العديد من الخصائص المميزة ، كعدم امتدادها لعملة أخرى فهي عملة جديدة بصورة كاملة لها وظائف وخصائص خاصة بها سواء من حيث طريقة إصدارها أو الجهة المعتمدة لإنتاجها أو طرق تداولها والأنظمة المعتمدة لهذا الغرض بعكس وسائل الدفع الإلكتروني الأخرى فهي جميعها تصدر من جهات رسمية معروفة كالنقود والصكوك الإلكترونية كما أنَّ لها امتداداً حقيقياً .

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للعملات الرقمية

يُقصد بالطبيعة القانونية هو بيان الوصف القانوني للشيء ولتحديد هذا الوصف لابد من التطرق إلى النظريات الفقهية التي طرحت بهذا الصدد وتحديد طبيعة العلاقات القانونية التي تربط بين أطراف العملة الرقمية .

وهنالك اتجاهان لتحديد طبيعة العملة الرقمية، ولتحديد هذين الاتجاهين ارتأينا تقسيم المطلب على فرعين نبحث في الأول منه النقود الرقمية نقود تقليدية مشفرة، ونفرد الثاني النقود الرقمية أصول مالية .

الفرع الأول

النقود الرقمية صورة غير مادية للنقود التقليدية

تختلف الطبيعة الفيزيائية للنقود الرقمية عن النقود التقليدية ، وللرجوع لتعريف النقود الرقمية سوف نجد انها عبارة عن " قيمة نقدية يتم شراؤها من قبل مصدرها ، ويتم تخزينها في مخزن الكتروني خاص لحساب المستهلك وتستخدم في عمليات الدفع الالكترونية " ، وتتم عملية نقل الاموال الرقمية من المشتري الى البائع بشكل معلومات

---

[١] د. علاء التميمي ، مصدر سابق ، ص٤٤ .

تنقل للطرف الاخر ، وعليه تعد المعلومات المتعلقة بهذا النقد امن من النقد نفسه ، وهذا يعد فرقا جوهرياً [١] .

ذهب أنصار هذا الرأي إلى أنّ النقود الرقمية ما هي إلاّ عملة بالمعنى المعروف أو التقليدي مثلها مثل الدينار والدولار وقد يكون السبب في ظهور هذا الرأي التشابه الواضح بين العملة الرقمية والعملة الورقية إذ كليهما يعدّ أداةً للحصول على السلع والخدمات[٢] .

وعليه ، ان العملات الرقمية هي الصيغة غير المادية للنقود الورقية ، فإصدار العملات الرقمية يتم من خلال تحويل شكل النقود من الصيغة الورقية الى الصيغة الرقمية ، فهي احلال شكل النقود محل شكل اخر ، فلدى مؤسسة الاصدار ستكون هناك مساواة بين نقود المدخلات وهي النقود التقليدية التي تحصل عليها حتى تشحن البطاقة ، ونقود المخرجات وهي عبارة عن العملات الالكترونية التي تشحن بها البطاقة[٣] .

وتظهر اشكالية وفق هذا الرأي الذي يعد النقود الرقمية صورة غير مادية للعملات القانونية ، فالنقود التقليدية التي تقدم للمؤسسات المالية المصدرة للعملات الرقمية تسحب من التداول النقدي وتحل محل العملات الرقمية ، بمعنى ان النقود التقليدية التي تدفع لشحن البطاقة تظل داخل النظام النقدي ، وتضاف الى اصول المصدر ، وهنا سنكون امام ازدواجية في الكتلة النقدية ، ويمكن ان يتم استخدامها من قبل الزبون والمصدر في أن واحد[٤] .

---

[١] د. محمد زكي شافعي ، مقدمة في النقود والبنوك ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٠ ، ص٢٦ وما بعدها.

[٢] د. علي احمد المهيداوي ود. اسماعيل كاظم العيساوي، أبعاد العملة الافتراضية، بحث مقدم في المؤتمر الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة منشور ضمن كتاب وقائع المؤتمر، ابريل، ٢٠١٩، ص٥٢٥.

[٣] د. احمد عبد العليم العجمي ، نظم الدفع الالكترونية وانعكاساتها على سلطات البنك المركزي ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠١٣ ، ص١١٢.

[٤] د. صفوت عبد السلام ، اثر استخدام النقود الالكترونية على دور المصارف المركزية في ادارة السياسة النقدية ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٦ ص١٦ .

بالإضافة إلى ذلك فإنّ العملة الرقمية وإنْ كانت معروفة ومقبولة لدى عدد كبير من الأشخاص والمتاجر حول العالم إلا أنّها غير معروفة أيضاً لدى عدد كبير آخر من الأشخاص على عكس العملة التقليدية التي تكون معروفة لدى جميع الأشخاص داخل حدود الدولة .

الفرع الثاني

النقود الرقمية أصول مالية

ذهب هذا الاتجاه إلى أنَّ العملة الرقمية ما هي إلاّ أصول مالية، ويقصد بالأصول المالية هي ملكية أو استثمار أو أي قيمة غير مادية يمكن للمستخدم أو العميل الحصول عليها بواسطة العقد كالودائع المصرفية أو السلع غير المادية .

ويرى بعض من الفقه أنَّ النقود الرقمية هي السلع غير المادية وقد يكون السبب الذي دعا إلى ظهور هذا الرأي التشابه بين العملة الرقمية والسلع في جوانب عدة منها:

١-عدم وجود مركزية تشرف على إصدار وتداول العملة الرقمية مشابه في ذلك السلع.

٢-بالإضافة إلى عدم تأثر القوة الشرائية لكليهما [١]، بعكس العملة التقليدية .

٣-فضلاً عن تمتع كل من العملة الرقمية والسلع بالعالمية إذ لا يتوقف تداولهما على دولة معينة فكما يمكن تداول الذهب[٢] في العراق .

وقد ايدت دائرة خدمات الإيرادات الداخلية الأميركية IPS[١]، لعام ٢٠١٤ هذا الموقف إذ فرضت ضريبة الأرباح الرأسمالية على العملات الرقمية بوصفها سلع

---

[١] شهد عبد الكريم ، مصدر السابق، ص٢٧.

[٢] يمكن اعتبار الذهب سلعة بحسب المادة الاولى الفقرة الثانية من قانون حماية المستهلك العراقي رقم(١) لسنة ٢٠١٠. السلعة: كل منتج صناعي أو زراعي أو تحويلي أو نصف مصنع أو مادة أولية أو أي منتج آخر ويمكن حسابه أو تقديره بالعد أو الوزن أو الكيل أو القياس يكون معداً للاستهلاك.

غير مادية خاضعة لأحكام الملكية التقليدية، وكذلك نصت اللجنة الأمريكية لتداول السلع الآجلة CFTC عام ٢٠١٧ على إعادة تسجيل العملة الرقمية كسلعة[٢] .

في حين يرى اتجاه من الباحثين أنّ النقود الرقمية أداةً للاستثمار بوصفها ورقة مالية، وهذا ما ذهبت إليه لجنة الأوراق المالية والبورصات الأميركية SEC ، إذ نصت في تقريرها الصادر بشأن الموقف المتعلق بتشغيل تقنية البلوكشين إلى إصدار الرموز المميزة[٣]، ويجب عدّها أوراق مالية بغض النظر عن الشيء الذي استثمر فيه المستثمرون أموالهم .

نلاحظ عدم ملائمة النقود الرقمية لأي من الاتجاهات السابقة فهي ليست عملة تقليدية لعدم تمتعها بخصائص العملة سواء من حيث جهة الإصدار أو الوظيفة، إذ لا يتم استخدامها في الغالب لأغراض التبادل أو تقييم السلع والخدمات لتقلب قيمتها كما لا يمكن أنْ تكون العملة الرقمية أصول مالية فهي لا ترجع إلى استثمارات أو أصول حقيقية .

نستنتج من ذلك أنَّ النقود الرقمية لا تتمتع بجميع خصائص العملة إلاّ أنّها تتمتع بالخصائص الأساسية لها بوصفها وسيطاً للتبادل ومخزنة للقيمة، كما أنّها تمتلك خصائص لا تمتلكها العملة كاعتبارها أداة للاستثمار وإصدارها من جهات غير رسمية، وعليه يمكن القول بأنّ العملة الرقمية عملة من نوع خاص .

---

[١] Internal Revenue Services هي دائرة الإيرادات للحكومة الفيدرالية الأميركية أسست عام ١٨٦٢ تتبع وزارة الخزانة الأميركية وتشرف على جمع الضرائب وتطبيق قوانين الإيرادات الداخلية.

[٢] شهد عبد الكريم، مصدر سابق، ص٢٨.

[٣] د. صفوت عبد السلام ، اثر استخدام النقود الالكترونية على دور المصارف المركزية في ادارة السياسة النقدية ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٦ ، ص١٨ .

المبحث الثاني

ماهية المصارف الرقمية

مع زيادة عمليات التجارة الرقمية، أصبحت المصارف التقليدية عقبة أمام هذه العمليات، وكانت الحصيلة ظهور المصارف الرقمية، التي ليس لها وقت معين ولا مكان محدد، والمصرف الرقمي ليست مجرد فروع لمصرف قائم يقدم خدمات رقمية فقط، بل هو موقع رقمي يقوم بتسوية المعاملات وتقديم الخدمات، وانهاء الصفقات عبر الشبكة الإلكترونية. وعليه سنبين في هذا المبحث العمليات المصرفية الرقمية من خلال مطلبين، سنبحث في المطلب الأول مفهوم المصارف الرقمية ، في حين سيكون موضوع المطلب الثاني أعمال البنوك التقليدية التي تقدم خدمات الكترونية .

المطلب الأول

مفهوم المصارف الرقمية

لقد أصبحت التجارة الرقمية بلا جدال، واقع لا يمكن تجاهله في الوقت الراهن، وذلك لما أحدثته من تأثيرات جذرية على صعيد جميع العمليات التجارية، وبوجه عام فإنَّ التأثيرات التي أحدثتها التجارة الإلكترونية قد فتحت الباب لإبرام الصفقات التجارية باستعمال الطرق الإلكترونية وخصوصاً الرقمية، وهذا أدى إلى زيادة المتعاملين بشكل واسع في الآونة الأخيرة .

فقد واكب القطاع المصرفي هذه التغيرات والتطورات التي أحدثتها الثورة التكنلوجية، وبالفعل استجابت المصارف لهذه التغيرات، إذ أعادت النظر في الدور التقليدي الذي كانت تقوم به في عملياتها المصرفية، ومن هنا بدأ ظهور الأنترنت في المصارف، سواء كان ذلك على مستوى علاقة المصارف بالمتعاملين معها، أو مع بعضها بعضاً، أو حتى على مستوى التنظيم الداخلي لها، وذلك في ضوء ما تكفله هذه

المصارف من توفير للمتعاملين معا من راحة لازمة لهم وتوفير الأمان التجاري لهم، وهذا الأمر بطبيعة الحال يدعم القطاع المصرفي وكذلك يساعد على توسع خدماته، وتعود نشأة المصارف الإلكترونية إلى بداية الثمانينيات مع ظهور النقد الإلكتروني[١]، إذ هنالك العديد من المصطلحات التي تطلق على هذه المصارف منها مصارف الأنترنت أو المصارف الإلكترونية أو المصارف المنزلية وغيرها من المصطلحات، وعلى اختلاف المصطلحات إلاّ أنها تشير إلى معنى واحد وهو قيام المستخدم بإنجاز أعماله المتصلة بالمصرف عبر شبكة الأنترنت في أي مكان واي وقت[٢]، وسنبين في هذا المطلب من خلال فرعين، إذ سنبحث في الأول تعريف المصارف الرقمية، ونستعرض في الثاني مزايا المصارف الرقمية .

الفـــــــــــرع الأول

تعريـــــــــــــف المصارف الرقميـــــــــــة

يستخدم تعبير المصارف الرقمية، للدلالة على العمليات المصرفية التي لها اتصال بالبنك، والذي يقوم العملاء في هذه العمليات من أي مكان كان، وفي أي وقت وعن طريق أي جهاز تقني تكنلوجي، ومن امثلة هذه المصارف هوجي بي مورجان تشيس و بي ان بي باربيا وبنك سان تاندر وغيرها ، وتعبير المصارف الرقمية على هذا النحو، هو تعبير شامل لكافة المفاهيم التي يمكن أن تؤدي من خلالها المصارف الخدمات المالية بطريقة إلكترونية ، والتي توالت الظهور في بدايات العقد الأخير من القرن الفائت، كمفهوم المصرف على الخط Online Banking، أو المصرف المنزلي Home Banking، أو المصرف الإلكتروني عن بعد Remote Electronic

---

[١] عدي غني عبود الاسدي، البنوك الإلكترونية، رسالة ماجستير ، كلية الادارة والاقتصاد، جامعة بابل، ص٣٤ ،متاح على الموقع الالكتروني، http://business.uobabylon.edu.iq..

[٢] زهراء محمد رعد، المركز القانوني لمزود خدمات الدفع الإلكتروني للأموال، رسالة ماجستير، جامعة بغداد ص٢٠.

Banking [١]، وترتبط هذه الأفكار بإتمام الزبون لمعاملاته مع المصرف بواسطة الشبكة الإلكترونية، إذ يستطيع الزبائن من خلال شبكة الأنترنت أنْ يصدروا أوامرهم للمصرف أو يديروا حسابتهم كما لوكان البنك نفسه يتعامل وجهاً لوجه ليست بصورة إلكترونية وإنما بطرق تقليدية[٢] .

ليس هذا حسب، بل إنَّ هناك العديد من المؤسسات المالية، تستطيع إنشاء قواعد مصرفية خاصة بزبائنها، وذلك عن طريق مواقع مالية إلكترونية تمنحهم تسهيلات في التعامل وخصوصاً في الوفاء تقدم الخدمات نفسها، وغير ذلك من الأعمال المصرفية، التي لم تكن هي الأساس التي أنشأت عليه هذه المؤسسات نفسها، ويجب التأكيد على أنّه لا يمكن أنْ نكون أمام بنك رقمي فقط إذا كان مقتصرا على الجانب الشكلي فقط، بل يجب أنْ يتضمن المحتوى الموضوعي، لأن ذكر الخدمات المقدمة من قبل المصرف من دون الإشارة إلى استعداد المصرف للقيام بهذه الخدمات بصورة فعلية لا يمكن ان نكون على الإطلاق بصدد بنك رقمي[٣] .

فالمفهوم الأدق والصحيح للمصرف الرقمي هو القيام بالعمل المصرفي وأداء الخدمات المصرفية عملياً، وليس الظهور على شبكات الأنترنت فقط، بمعنى أنّه ليس المطلوب الاستجابة من الجانب الشكلي فقط لمتطلبات التطور التكنلوجي والتواجد على

---

[١] إلا أنّه في نظام المصارف الإلكترونية عن بعد يقوم المصرف بتزويد العميل بمجموعة من البرامج، سواء بمقابل أو بدون مقابل ويقوم الزبون بتحميل هذه البرامج على جهاز الكمبيوتر الخاص به، ثم يقوم بإتمام معاملاته مع المصرف عن بعد، ويطلق على هذا النوع من المصارف مصرف الكمبيوتر الشخصي personal Computer Banking وهو من أكثر أنواع المصارف الإلكترونية انتشاراً في العمل المصرفي. ينظر: يونس عرب، البنوك الإلكترونية، ج١، الفكرة وخيارات القبول والرفض، بحث منشور في مجلة البنوك، العدد الثالث، المجلد التاسع، لبنان، ٢٠٠٠، ص١١ .

[٢] د. محمود محمد أبو فروة، الخدمات البنكية الإلكترونية عبر الأنترنت، ط١، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط١، ٢٠٠٩، ص٣٣.

[٣] د. يونس عرب، مصدر سابق، ص٤٣.

هذه الشبكات فقط، بل لابد من تفعيل هذه الاستجابة ، وقد عرفه قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي رقم ١٩٤ لسنة ٢٠٢٠ " بنوك تقدم الخدمات المصرفية عبر القنوات او المنصات الرقمية باستخدام التقنيات التكنولوجية الحديثة .

وبوجه عام، أحدث التطور التكنلوجي على العمليات التجارية وانتشار ظاهرة المصارف الرقمية تطوراً كبيراً في مفهوم العمل المصرفي، إذ انتهى الأمر إلى بروز تواجد متكامل للمصرف الرقمي على شبكة الأنترنت، يساعد على توفير علاوة للخدمات المصرفية خدمات الاستثمار والاستشارات المالية، وأداء المصرف الرقمي لهذه المهام ليس مرتبطاً بتعامل العميل عن طريق جهازه الخاص، وإنّما من خلال برامج محددة يطرحها المصرف لعملائه، يستطيع الزبون الدخول عليها والتعامل معها من أي جهاز كمبيوتر في أي مكان وفي أي وقت .

لقد انتشرت مفاهيم خاطئة في تحديد معنى المصارف الرقمية[١]، فبعض المصارف اكتفى بإنشاء موقع يبين ويعرف خدماتها وفروعها، وهذا لا يمكن أنْ يدخل ضمن مفاهيم المصارف الرقمية، وبعض المصارف أكتفت باستثمار هذا التطور التكنلوجي واستخدامه لتنقل الخدمات المصرفية على الخط، وهذا أيضاً لا يدخل ضمن مفهوم البنك الرقمي، والقسم الآخر من البنوك يرى أن العامل عن طريق الأنترنت هو خدمة إضافية إلى جانب خدماته .

وهذا ما يدفعنا إلى الاعتقاد بأن المصارف الرقمية، هي مصارف لا وجود لها على أرض الواقع، وإنما هي مجرد مواقع إلكترونية مؤقتة متخصصة بالتعامل المصرفي، ولها عملاؤها، وتسعى إلى الاستجابة إلى متطلباتهم كافة ، وتقديم خدمة لهم من خلال ثلاثة محاور هي :

---

[١] د. يوسف حسن يوسف، البنوك الإلكترونية، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط١ ، القاهرة، ، ٢٠١٢، ص ٤٣ .

- المحور الأول: محور التعامل المصرفي وتقديم الخدمات لكن عبر الشبكات الإلكترونية.

- المحور الثاني: محور المشاريع المصرفية، المتمثلة بعمليات الاستثمار والدراسات، والاستجابة لمتطلبات الإرشاد، وكذلك تنظيم الدراسات الاستثمارية والإرشادات والتوجيهات.

- المحور الثالث: المحور التسويقي، وهو لا يدخل ضمن المحاور المصرفية وإنما هو تسويقي يبين ماهي احتياجات الزبائن، خدمات الأمن، وخدمات السفر والشحن، المستثمرين للمنتجات، والربط بالوكلاء [١] .

وهذا ما يمثل مفهوم المصرف الرقمي المتكامل، إذ يحتفظ المصرف بالزبون، ويوفر له كل متطلباته واحتياجاته للاتصال بالخدمة المصرفية، ويجعله أيضاً باقيا ضمن الموقع، وتنفيذ هذا، يكون أمّا عن طريق مواقع إلكترونية مرتبطة فيه، أو بواسطة شركات الكترونية فرعية تابعة للمصرف، أو من خلال جهات خارجة ترتبط مع موقع المصرف ، وتكفل له الرجوع مرة أخرى لإكمال العملية المصرفية المرتبطة بالخدمة غير المصرفية ، وهذا يعني، بوقفة التسويق الواحدة، التي تجد كل ما تحتاجه، وهذا لا يتح لك التفكير بالخروج عن الموقع .

خلاصة القول هنا، هي أنّ الأنظمة الإلكترونية قد وفرت مناخاً يشجع على المنافسة بين من يقدم على التعامل المصرفي .

---

[١] د . يوسف حسن يوسف ، مصدر سابق ، ص٤٤ .

ليس كل موقع لمصرف على الشبكة الإلكترونية، يعني مصرفاً رقمياً، وسيبقى معيار تحديد المصرف الرقمي، محل تساؤل في بيئتنا العربية، إلى أنْ يتم تشريع قانون يحدد معياراً منضبطاً استناداً إلى الدراسات العالمية، وخصوصاً الدراسات الأوربية، والرقابة الأمريكية، ودراسات جهات الإشراف، فإنَّ هنالك ثلاث صور رئيسة للمصارف الرقمية على شبكة الأنترنت[١] .

الأول: الموقع المعلوماتي Informational، وهو المستوى الرئيسي للمصارف الرقمية، أو ما يمكن الأطلاق عليه بصورة الحد الأدنى من النشاط الرقمي الإلكتروني، ومن خلاله، يقوم المصرف بتقديم خدماته المصرفية، ومعلومات عن البرامج التي يطلقها، بالإضافة إلى بيان منتجاته .

الثاني: الموقع التفاعلي أو الاتصالي Communicative، إذ يتيح هذا الموقع نوعاً من التبادل والتواصل بين المصرف وعملائه، كتعبئة الطلبات والبريد الرقمي، أو نماذج على الخط، أو تعديل الحسابات المالية ومعلومات القيود .

الثالث: الموقع التبادلي Transactional، هذا هو المستوى الذي يمكن المصرف الرقمي، من ممارسة أنشطته وخدماته في بيئة رقمية، إذ تسمح هذه الصورة للزبائن بمعرفة حساباتهم وإداراتهم ، والوفاء بقيمة الفواتير، وإجراء الدفعات النقدية، وإجراء جميع الخدمات الاستعلامية، وإجراء الحوالات بين حساباته داخل المصرف، أو بالتواصل مع جهات أخرى خارجية [٢] .

---

[١] د. يونس عرب ، مصدر سابق ، البنوك ، ص٥٥.

[٢] د. رضا السيد عبد الحميد ، مصدر سابق ، ص٦٧ .

كما نرى أنَّ غالبية المصارف في العالم، قد أنشأت بشكل أو بآخر مواقع الكترونية تعدّ من ضمن المواد الدعائية، وأنَّ معظم المواقع اتجهت إلى استعمال بعض من وسائل الاتصال التفاعلي مع العميل، على غرار المواقع الأخرى التبادلية والتي لاتزال المصارف فيها تخضع لاعتبارات كثيرة، فهذه المواقع مضمونها أنّها تجعل من العميل قادراً على التعامل مع الخدمة المصرفية في أي وقت وأي مكان وعن بعد بواسطة استخدام الأنترنت، وهذا يبين أن المصارف الرقمية هي البنوك التي تقع ضمن المستوى الثالث من المستوى المتقدم .

الفرع الثـــاني

مزايـــــــا المصارف الرقميـــــة

تنفرد المصارف الرقمية في تقديم خدمات متميزة عن غيرها من البنوك التقليدية، استجابة لاحتياجات الزبون المصرفي، وهو ما يوفر للمصرف مزايا كثيرة عن غيره من المصارف المنافسة ، وفيما يأتي توضيح لمجالات تميز المصارف الرقمية[١] :

١- قدرتها للوصول إلى قاعدة أوسع من الزبائن

تتميز المصارف الرقمية بإمكانيتها على الوصول إلى قاعدة كبيرة من الزبائن من دون التقيد بزمان ومكان محدد، كما توفر لهم أمكانية طلب الخدمة في أي وقت، وعلى مدار أيام الأسبوع، وهذا ما يوفر الاطمئنان والراحة للزبون، إضافة إلى أنّ تشفير المعلومات التي تمتاز بها هذه المصارف تزيد من ثقة الزبائن بها .

---

[١] د. يوسف حسن يوسف، مصدر سابق، ص١٧.

٢- توفير خدمات شاملة وجديدة

تقدم المصارف الرقمية جميع الخدمات المصرفية التقليدية، والى جانبها خدمات أكثر تقنية وتطور ومن خلال الكمبيوتر تميزها عما تقوم به من أداء بالنسبة للمصارف التقليدية

مثل: [١]

- شكل مبسط من أشكال النشرات الرقمية الإلكترونية الإعلانية عن الخدمات المصرفية.
- العملية التي يتم بها تحويل الأموال بين حسابات العملاء المتنوعة .
- تقديم عملية دفع العملاء للكمبيالات المسحوبة رقميا .
- كيفية أدارة الأسهم والسندات للعملاء .
- إمداد العملاء بطريقة التأكد من أرصدتهم لدى المصرف .

٣- انخفاض التكاليف

من أهم ما تتميز به المصارف الرقمية، أنَّ التكاليف تقديم الخدمات المالية المصرفية ذات كلفة أقل مقارنة بالبنوك التقليدية، لان هذه الميزة اضافتها اليه العمليات المصرفية الالكترونية التي يقوم بها لان من مزايا هذه العمليات واستنادا الى المادة الاولى من الفصل الاول لقانون البنك المركزي والجهاز المصرفي المصري رقم ١٩٤ لسنة ٢٠٢٠ هو خفض تكاليف التشغيل بالبنوك وتكاليف عمليات التجزئة محليا ودوليا ، ومن ثم فأن انخفاض تكاليف وحسن الجودة، يعدّ عاملاً مهماً لجذب العملاء، ففي دراسة خاصة لتقدير تكاليف الخدمات التي تقدم من قبل بعض القنوات، تبين أن تكاليف تقديم الخدمات عبر فرع البنك تصل إلى ٢٩٥ وحدة، في حين تقل هذه التكلفة إذا قدمت من خلال شبكة الأنترنت إذ تصل تكلفتها إلى ٤ وحدات، وقد تصل أحياناً إذا كانت مقدمة من قبل الصرافات الآلية بتكلفة واحدة، وهذا يمكن أن يزيد فرص التنازع بزيادة المرتادين للبنوك الرقمية .

---

[١] د . يوسف حسن يوسف ، مصدر سابق ، ص١٤ .

٤- زيادة كفاءة المصارف الرقمية

مع اتساع الشبكة التكنلوجية ودخول تكنلوجيا الانترنت قلصت الحاجة الى العمل الورقي في العمل المصرفي ، وادى ذلك الى زيادة كفاءة المصارف في القيام بأعمالها حيث ان المستخدم عندما يتعامل مع المصرف فأنه يتعامل مع بيانات وليس موظفين فضلاً عن تخفيض النفقات سواء بالنسبة الى المستخدمين أو المصرف ، حيث ان تعامل المستخدم مع البيانات الالكترونية بأنشاء فروع جديدة في مناطق متعددة ، حيث أن انشاء موقع على الحاسوب لا يمكن مقارنتها مع تكاليف انشاء الفرع وما يتطلبه من الات وايدي عامله وغيره من الامور[١] .

٥- بطاقات الخدمة

توفر المصارف الرقمية خدمات متميزة لرجال الأعمال والزبائن ذوي المستوى المرموق، مثل خدمات سامبا الماسية [٢]والذهبية المقدمة لفئة محددة من الزبائن على شكل بطاقات ائتمانية وبخصم خاص، وهذه البطاقات، تمكن الزبون استخدامها في أكثر خدمة مراكز الأعمال، الإعفاء من رسوم وعمولات الخدمات المصرفية، بالإضافة إلى كثير من الخدمات الخاصة الأخرى مثل خدمة المقاصة الالكترونية وخدمة الايداع والسحب من اي فرع وغيرها من الخدمات الاخرى[٣] .

وعموماً تتيح المصارف الرقمية خيارات كثيرة للمتعاملين بها وهي أكثر حرية في اختيار الخدمات ونوعيتها، إلاّ أنّ التحدي الأكبر يتمحور حول مدى فعالية هذه الصيرفة في كسب ثقة العملاء بها وهو ما يتطلب من المصرف توفير قاعدة من البيانات لتأدية الخدمات بكفاءة عالية .

---

[١] د. احمد سفر ، انظمة الدفع الالكترونية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط١ ، بيروت ، ٢٠٠٨ ، ص٤٤.

[٢] وهي الخدمات التي يقدمها بنك سامبا في المملكة العربية السعودية والتي من خلالها يستطيع الزبائن ان يوفروا على انفسهم الراحة والجهد فيستطيع من خلالها الاطلاع على حسابه على مدار اليوم وكذلك يستطيع ان يحصل على كشف حساب يومي أو شهري للحساب الشخص الخاص بهم .

[٣] د. يوسف حسن يوسف، مصدر سابق، ص١٦.

وتجد الضوابط الرقابية إلى المصرف الرقمي العامل عبر شبكة الكمبيوتر أول ما تجد من خلال ربط سماح الأعمال المصرفية على الكمبيوتر عن طريق الحصول على ترخيص من قبل الجهات الرقابية يسمح لها بممارسة الإعمال المصرفية، إذ يمثل هذا الترخيص إشارة للمصرف للقيام بالأعمال المصرفية وتقديم خدماته .

إنَّ الجهات الرقابية المتمثلة بالبنك المركزي تمنح الأذن للمصرف بممارسة أعماله المصرفية، بعد التأكد من توافر جميع المتطلبات الرقابية، التي من خلالها يمنح الترخيص لهذا البنك بالعمل ، حيث يعد البنك المركزي في مصرّ جهة رقابية على البنوك في مصر[١]، والذي نصَّ على أنّ أي مؤسسة ترغب بالقيام بممارسة الأعمال المصرفية يجب أنْ تتوافر بها الشروط المطلوبة، حتى يرخص لها في العمل المصرفي، وأنَّ الغاية من توافر هذه الشروط وتطلبها هو التأكد من قابلية المؤسسات المصرفية طالبة الترخيص من صناعة الائتمان وتداول النقود، وذلك عن طريق تقديم الخدمات المصرفية المختلفة .

وهذا ما نصت عليه المادة الاولى من الفصل الاول من قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي قم ١٩٤ لسنة ٢٠٢٠ يقتصر منح الترخيص على البنوك المسجلة لدى البنك المصري وحدها .

وقد تواترت القوانين الخاصة بتنظيم البنك المركزي في العراق إذ يعدّ جهة رقابية على البنوك في العراق وعلى اعتبار أنّ سلطة إصدار العملة الرسمية تقع ضمن اختصاص البنك المركزي لذا نفضل حصر سلطة إصدار العملة الرقمية بالبنك المركزي بإيراد النص الآتي (البنك المركزي العراقي الجهة الوحيدة التي يحق لها اقتناء أجهزة تعدين العملة الرقمية) .

---

[١] نصت المادة (٦/د) من قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي(٨٨) لسنة ٢٠٠٣ على أنه (يتخذ البنك المركزي الوسائل التي تكفل تحقيق أهدافه والنهوض باختصاصه، وله على الأخص: الرقابة على وحدات الجاز المصرفي) .

وكذلك نقترح النص الآتي (لا يجوز تداول العملة الرقمية في العراق إلاّ إذا كان البنك المركزي أو الجهة المرخصة من قبله وسيطاً في عملية التداول) .

ومن الجدير بالذكر أنّه قد لا تكون إيراد هذه النصوص مانعاً بشكل كلي للقيام بالعمليات المصرفية الرقمية وتداول العملة الرقمية بصورة غير قانونية أو شرعية أو حتى تؤدي النتائج المرجوة منها بتحديد سعر القيمة لها وغيرها إلاّ أنّ اعتماد هذه النصوص ولو بشكل ظاهري وفق احكام القانون سوف يقلل من اثارها السلبية .

وأمّا بالنسبة لموقف المشرع الفرنسي، فإنَّ الحال نفسه ، إذ أوجب حصول المصارف المصرفية للعملات الرقمية على تراخيص من قبل هيأة الأسواق المالية، للقيام بهذه الأعمال وهذه التراخيص يجب أنْ تتضمن شروطاً تفصيلية متمثلة بالحصول على معلومات مالية وتقنية وقانونية[١] .

المطلب الثاني

البنوك التقليدية التي تقدم خدمات رقمية

تقدم المصارف التقليدية العديد من الخدمات الرقمية من خلال نظام التحويل الإلكتروني وبطاقات الائتمان الإلكترونية وغيرها من الأنظمة الإلكترونية وللوقوف على ذلك كله، سنقسم هذا المطلب على فرعين، نتناول في الفرع الأول تحويل الأموال إلكترونيا، ونخصص الفرع الثاني لبيان بطاقات الائتمان ونخصص الفرع الثالث لتوضيح الاوراق التجارية الالكترونية .

---

[١] Droit monetaire et financier et ses amendement،Franca ، In 22 May 2019، L. 552-1-7.،Article(2) مشار له لدى ايمن عز الدين ابو صلاح ، العملات الرقمية وعلاقتها بالتجارة الالكترونية (دراسة حالة ، دولة الامارات العربية المتحدة (دبي) ، رسالة ماجستير ، قسم المحاسبة ، كلية الادارة والاقتصاد ، جامعة الشرق الاوسط ، حزيران ، ٢٠١٨ ص١٨ .

الفــرع الأول

تحويل الأموال إلكترونيــاً

يقصد بالتحويل الإلكتروني للنقود هو كل تحريك للأموال من حساب إلى حساب آخر أو تحويل الأموال بين حسابين يتم بوسيلة إلكترونية[١]، فتداول الأموال إلكترونياً يشير إلى التحويلات المالية، التي تتم باستخدام شبكات الحواسيب الإلكترونية Compuer Network، أو الأشرطة الممغنطة Magnetic Strip، من اجل إصدار أوامر وتوجيهات تعليمية خاصة بكيفية الدفع للمؤسسة المصرفية، أو أنْ يعهد إليها بقيد المبلغ المحول في الجانب المدين، أو الدائن من حساب محدد[٢]، ونجد ان كلا من القانون العراقي والقانون المصري فقد عرف التحويل الالكتروني للأموال في قوانين التجارة الخاصة به ، فنصت المادة ١٥٨ الفقرة الاولى منه من قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٥ على النقل المصرفي بأنه " عملية يقيد المصرف بمقتضاها مبلغاً معينا في جانب المدين من حساب الامر بالنقل بناء على أمر كتابي منه وفي جانب المدين من حساب اخر[٣] ، وقد أخذ المشرع المصري بهذا التعريف ، فقد عرفت المادة ٣٢٩ فقرة اولى من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ، النقل المصرفي بأنه " عملية يقيد البنك بمقتضاها مبلغا معيناً في جانب المدين من حساب الأمر بالنقل بناء على أمر كتابي منه ، وفي الجانب الدائن من حساب أخر[٤] .

ويتبين مما تقدم، أنّه لا يوجد اختلاف من حيث المضمون بين التحويل المصرفي الإلكتروني والتحويل المصرفي التقليدي، إذ يعدّ كل منهما وسيلة نقدية وفنية،

---

[١] د. فياض مفلح القضاه، مسؤولية البنوك الناجمة عن استخدام الكمبيوتر كوسيلة وفاء، مصدر سابق ، ص١٨.

[٢] د. كيلاني عبد الراضي محمود، النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان، مصدر سابق ، ص٥٥ وما بعدها.

[٣] قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٥ .

[٤] قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

إذ بموجبه يتم انتقال الأموال من حساب إلى آخر، بمجرد إجراء قيد في الحسابين، من دون أنْ يتطلب انتقال مادي للأموال[١] .

إنَّ ما يخص العلاقة بين التحويل المالي الإلكتروني والتقليدي للأموال، هي علاقة الكل بالجزء، فال تحويل المصرفي للنقود يعدّ من أحد أشكال التحويل غير المادي للأموال، مضافاً إليها أشكالاً أخرى، كسحب النقود من أجهزة الصراف الآلي، وتسديد ثمن السلع والخدمات في ما يخص عمليات البيع وغيرها [٢] .

ويكمن الاختلاف بينهما في الوسيلة المستعملة في عملية التحويل نفسها، فبعد أنْ كان تحويل النقود يتم بواسطة استخدام الوسائل التقليدية التي تتمثل بالنظام الورقي، أصبح الآن التحويل يتم بواسطة الحواسيب الآلية وغيرها من الوسائل التقنية الأخرى للقيام بعمليات الدفع، وهذا الأمر أدى إلى تحجيم استخدام المستندات الورقية في إصدار عمليات الدفع وتنفيذها، وهذا الأمر قد زاد من أوجه الشبه بين التحويل الإلكتروني والنقود الإلكترونية، ومنها :

١- في كل منهما يتم الدفع بواسطة تحويل عدد من الأرقام، ينتج عنها زيادة في رصيد الدائن (متلقي الدفع) مقابل نقص في رصيد المدين (القائم بالدفع) .

٢- التزام المصرف بتحويل القيمة، سواء كانت هذه المبالغ محل النقل، أو متمثلة بقيمة النقود الإلكترونية، أو التحويل إلى نقود سائلة .

٣- يتطلب كل منهما توافر ثلاثة أطراف، دائن ومدين والمصدر، بمعنى أنّه يجب أنّ تكون لدى المدين حيازة لحساب خاص لدى المصرف أو المؤسسة المالية

---

[١] د. عبد الفضيل محمد أحمد، الأوراق التجارية وعمليات البنوك طبقاً لأحكام قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص٦٦٧؛ ويراجع أيضاً د. سعيد يحيى، الطبيعة القانونية للتحويل المصرفي ارتباطاً بمفهوم النقود القيدية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٧، ص٢٢.

[٢] د. شريف محمد غنام، مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الإلكتروني للنقود، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص١٣.

المتعامل معها بصفة عامة، مع ضرورة بيان الاختلاف من حيث الدور الذي تلعبه المؤسسة المالية أو الذي يلعبه المصرف في عملية إنهاء عملية التحويل والدفع في كل من النظامين .

٤- تبرأ ذمة المدين، من لحظة القيد، أي بمجرد قيد القيمة المالية في جانب الدائن
من حساب المستفيد[١] .

وكذلك الحال بالنسبة لنظام الدفع بالنقود الإلكترونية، إذ تبرأ ذمة المدين بمجرد تحويل القيمة من الأداة الخاصة بالمدين إلى الأداة الإلكترونية الخاصة بالدائن .

وعلى الرغم من أنّ تحويل النقود إلكترونياً يعدّ من العمليات المصرفية الالكترونية فلا يمكن القول بأنه يدخل في مضمون النقود الإلكترونية بالمعنى الدقيق، وذلك لأسباب عدة ، منها [٢] :

١- إنَّ التحويل الإلكتروني للنقود لا يتم إلا عن طريق من يقوم بتنفيذ أوامر التحويل والدفع الصادرة من الزبون وهو (المصرف) ، إذ يقوم المصرف بتنفيذ إجراء القيد المزدوج بين الحسابين، ومن ثم لا قيمة لهذه الأوامر إذ لم يقم المصرف بتنفيذها [٣] .

٢- إنَّ الدفع بالنقود الإلكترونية يكمن في التحويل الفعلي للقيمة المالية من المدين إلى الدائن، أما التحويل الإلكتروني للنقود لا يتضمن التحويل الفعلي للنقود من حساب الأمر بالتحويل النقدي إلى حساب المستفيد، إذ يتم خصم مبلغ التحويل الذي يمثل محل التحويل نفسه في جانب الخصوم من حساب الأمر بالنقل، وقيد يماثله إضافة إلى جانب الأصول من حساب المتلقي (المستفيد) [٤] ، فالدين الذي يصدر أمر النقل وفاء له

---

[١] د. أحمد السيد لبيب ابراهيم، مصدر سابق، ص٨٩-٩٠.

[٢] المصدر نفسه، ص٩١ وما بعدها.

[٣] د. يحيى السعيد، مصدر سابق، ص٢٣.

[٤] د. عبد الفضيل محمد أحمد، مصدر سابق، ص٤٦٧.

يبقى قائماً في ذمة المدين إلى أنْ تقيد القيمة حقيقةً وفعلياً من حساب المستفيد في جانب الدائن[١] .

وبهذا يكون للمصرف دور رئيس في عملية التحويل والدفع، إذ يمثل الوسيط الذي يقوم بتنفيذ عملية التحويل، ومن ثم فأن عدم قيامه بهذا الدور لا يمكن إتمام عملية الدفع بين الأطراف، أمّا بالنسبة إلى الدفع بالنقود الإلكترونية، فتتم العملية بين الدائن والمدين بصورة مباشرة من دون تدخل من المصرف، فبمجرد تحويل القيمة بين الدائن والمدين سوف تصبح عملية الدفع نهائية، من دون الحاجة إلى القيام بعملية تسوية لاحقة لهذه المدفوعات[٢]، ويقتصر دور المصرف في هذه الحالة، على تأكيد مشروعية وحداثة النقد الإلكتروني المستخدمة من قبل المستهلك، من دون أنْ يتدخل في عملية الدفع نفسها .

كقاعدة عامة، يحق للزبون الأمر بالتحويل، الرجوع في أي وقت في أمر التحويل مالم يكن المصرف قد قام هو نفسه بإجراء عملية القيد، لأنَّ قيامه بعملية القيد يفقد السيطرة عليها ، لأنّها بهذه العملية تخرج النقود من حيازة الأمر بالنقل، وهذا يتعلق أيضاً بحق المستفيد[٣] .

وأمّا بالنسبة لعملية الدفع بالنقود الإلكترونية فتتم بصورة مباشرة ووقتية، لذا يترتب على هذه العملية أنه ليس هناك فرصة للزبون للتراجع بعملية الدفع، ولا يحق له أيضاً أنْ يسترجع ما دفعه، سواء فيما يتعلق برفض الصفقة التي أبرمها مع التاجر وإلغائها، وليس له أيضاً مطالبة التاجر بإرجاع المبالغ التي استلمها في مقابلها[٤] .

وفي حالة الدفع عن طريق النقود الإلكترونية، تكون أداة خزن القيم النقدية بحوزة الزبون .

---

[١] المادة (٣٣٣) من قانون التجارة المصري رقم(١٧) لسنة ١٩٩٩.

[٢] د. يحيى السعيد، مصدر سابق، ص٢٥.

[٣] المصدر نفسه، ص٢٣.

[٤] د. عدنان إبراهيم سرحان، مصدر سابق، ص٢٩٥.

وأمّا في حالة الدفع عن طريق نظام التحويل الإلكتروني فتكون أداة تخزين القيم النقدية بيد البنك، وإنّ خدمة التحويل المصرفي تقدم العديد من التسهيلات والمتيسرات لزبائنها، وذلك لأنَّ الزبون يستطيع بدلاً من أنْ يزور المصرف، الدخول على حسابه عن بعد وعن طريق جهاز الحاسب الآلي الذي باسمه .

إلاّ أنّ هذا لا يغير من تكييف ذلك التحويل، لأنّ الزبون لا يستطيع اجراء عملية التحويل بنفسه، أو الدخول إلى حسابه إلاّ عن طريق تدخل المصرف، لأنّ الزبون وفقاً لهذا النظام لا يكون له إلا دخول حسابه، والاطلاع على مفرداته، وتوجيه تعليماته إلى المصرف المتعامل معه[١] .

وبناء على ما تقدم فإنَّ قانون مصرف المستفيد هو الذي يحكم العلاقات المتولدة بين الأمر بالتحويل ودائنه المستفيد، فهذا القانون هو الذي يحدد وفقاً له الوقت الذي يثبت فيه حق المستفيد على مبلغ التحويل، كما تخضع له العلاقات المتولدة عن العملية بين المستفيد ومصرفه، ويحكم هذا القانون أيضاً العلاقة بين المصرفين الذين يتم بينهما أمر التحويل، أي المصرفين اللذان يتدخلان لإجراء عملية النقل .

الـــفـــرع الثـــــــاني

بطاقات الائتمـــــــــــــــان

من أكثر وسائل الدفع شيوعاً عبر الأنترنت هي بطاقات الائتمان، وقد يدمج بعضهم بينها وبين النقود الإلكترونية الموجودة على البطاقات الذكية Smart Cards، وذلك لأنَّهما وسيلتان من وسائل الدفع الإلكترونية، فضلاً عن الشبه فيما بينهما من حيث

---

(1) Group of Ten Report، Electronic Money، Consumer protection protection، Law Enforcement، Supervisory and Cross Border Issues، September 1997، p. 4، available at: http://www.bis.org /publ/gten/، 19/4/2022.

كيفية استعمالها وأيضاً من حيث الشكل[١]، من حيث طريقة الاستعمال، فتستخدم كلاهما في العالم المادي، أي من حيث نقاط البيع Transaction Point of Sale، وفي العالم الإلكتروني الافتراضي، مع الاختلاف من حيث طريقة الاستخدام في عملية الدفع .

ومن حيث الجانب الشكلي، فتعدّ البطاقات الذكية بطاقات ائتمانية، مزودة بتقنية الكترونية ذات معالج إلكتروني Micro Processor، يحتوي على ذاكرة تقوم بتخزين وحفظ البيانات ويمكن استدعائها بطريقة ذات تنظيم محدد[٢] .

وعلى الرغم من أوجه الشبه والتقارب بين الآليتين، تخرج البطاقات الائتمانية من تحديد نطاق النقود الإلكترونية لأسباب عدة ، منها :

١- لا يمكن استخدام البطاقات الائتمانية من قبل الجميع ، بل تستخدم من قبل الأشخاص الذين لديهم ترخيص في ذلك، وضمن حدود الائتمان المحدد لهم، وأمّا بالنسبة للنقود الإلكترونية فيجوز استخدامها من قبل الجميع ، فيمكن الحصول عليها والتعامل بها بمجرد دفع قيمتها .

٢- يتطلب لإتمام عملية الدفع تدخل المصرف، لأنَّ الدفع باستخدام البطاقات الائتمانية يرتبط بالحساب المصرفي للحامل، وأمّا بالنسبة للنقود الإلكترونية فلا يرتبط الدفع بموجبها بحساب مصرفي ولا تكون بحاجة إلى تدخل المصدر لإكمال عملية الدفع.

٣- لا تحمل بطاقات الائتمان القيم النقدية، لأنَّ البطاقات الائتمانية لا تخرج عن أنّها أداة يقدمها المصرف لزبائنه لاستخدامها في اكمال عملية الدفع، مقابل قيام المصرف بتسوية جميع المدفوعات مع التاجر فيما بعد، وأما بالنسبة للنقود الإلكترونية فإنّها تحمل القيم النقدية وتقوم باحتفاظها، على اعتبار أنّ هذه القيم النقدية هي قيم غير مادية موجودة على البطاقة الذكية، والتي تمثل الوسيط الذي يضفي على تلك الوحدات

---

[١] د. احمد السيد لبيب إبراهيم، مصدر سابق، ص٩٣.

[٢] د. شريف محمد غنام، مصدر سابق، ص١١٦.

الشكلي المادي الملموس، بحيث تختل تلك الوحدات في البطاقة، وتصبح البطاقة الأداة التي تسمح بنقلها وتداولها .

٤- لا تبرأ ذمة المدين في حالة الدفع عن طريق بطاقات الائتمان إلاّ بقيام المصرف بتسوية المدفوعات لاحقاً، التي تمت باستعمال البطاقة، وقيد ذلك المبلغ من حساب التاجر في الجانب المدين، وأما باستخدام النقود الإلكترونية فإنّها تبرأ ذمة المدين بمجرد تحويل الوحدات النقدية الإلكترونية إلى الدائن [١] .

خلاصة القول؛ ان هذه البطاقات تمتاز بالعديد من الخصائص، وهي غير متوافرة في وسائل الدفع الإلكترونية الأخرى، وهذا الأمر ينعكس بدوره على إيجاد العديد من المزايا لجميع الأطراف، تجاراً كانوا أو مستهلكين، الأمر الذي يجعل النقود الإلكترونية أكثر ملائمة وكفاءة لتسوية المدفوعات التجارية الإلكترونية .

ويمكن أنْ نخلص من خلال كل ما تقدم إلى أنَّ هنالك تفاوت في حدة تنازع القوانين حسب الموضوع فيما إذا تعلقت العلميات المصرفية بالعالم الافتراضي بشكل كلي أو جزئي فقواعد تنازع القوانين ستختلف بين منهجين وآليات حلها ستختلف تبعاً لذلك ويستتبع ذلك تنوع في القواعد كما سنلاحظ .

الفرع الثالث

الأوراق التجارية الإلكترونية

١-السفتجة الالكترونية

لا يختلف تعريف السفتجة الالكترونية عن مثيلتها الورقية من حيث اطراف السفتجة اذا يمكن القول بانها محرر شكلي ثلاثي الاطراف معالج الكتروني بصورة كلية أو جزئية يتضمن امرا من شخص يسمى الساحب الى شخص اخر يسمى المسحوب عليه بأن يدفع مبلغا من النقود لشخص ثالث يسمى

---

[١] د . شريف محمد غنام ، مصدر سابق ، ص١١٤ .

المستفيد لدى الاطلاع أو في تاريخ معين[١] ، والواقع انه ليس هنالك ما يمنع من الناحية القانونية ان توجد حوالات الكترونية بين الشركات والافراد مع بعضها من خلال الشبكات الخاصة بل ومن خلال شبكات الانترنت ، صحيح ان هذا التصور الذي نقول به لا يجد تطبيقا عمليا في الغالب الا انه لا يوجد في نصوص القانون ما يمنع حدوثه كل ما هنالك ان الامر يحتاج الى قدر اكبر من التنظيم الفني والقانوني لمثل هذه الفروض خاصة في ضوء الاعتراف بحجية المستندات الالكترونية [٢] ، وان من اهم ما تتميز به الحوالة الالكترونية ، هي فعالية وسرعة وسهولة الاتصال على مستوى العالم وسرعة انجاز المعاملات التجارية ، وكذلك السرعة في تبادل البيانات بين اطراف العلاقة وما يوفره ذلك من وقت وجهد للمتعاملين ، وكذلك استمرارية العمل على مدى (٢٤) ساعة في اليوم وعلى مدار الاسبوع بالإضافة الا ان السفتجة الالكترونية تحد من كلفة ادارة الاليات الخاصة بالدفع وتحل المشاكل المتعلقة بالحوالات الورقية كالتزير والنقل والطبع والسرقة[٣] .

وقد اشار المشرع العراقي في نص المادة (٢٢/اولا) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية والتي نصت " يجوز انشاء الاوراق التجارية والمالية بطريقة الكترونية " اما بالنسبة لموقف المشرع الفرنسي فقد تبنى الموضوع في القانون المدني وفي نص المادة (١٣١٦) على الاعتراف بأي دعامة أو وسيلة بالإمكان تداولها شريطة أن تكون واضحة ،

---

[١] مدحت صالح غايب ، الحوالة التجارية الالكترونية ، بحث مقدم الى جامعة تكريت ، كلية الادارة والاقتصاد ، مجلة تكريت للعلوم الادارية والاقتصادية ، المجلد ٦ ، العدد ١٧ ، ٢٠١٠ ، ص٧٩ . ،

[٢] طه مصطفى كمال ، وائل انور بندق ، الاوراق التجارية ووسائل الدفع الالكتروني ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٦ ، ص٣٤٦ .

[٣] غازي ابو عرابي ، احكام عقود التجارة الالكترونية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٥ ، ص١٢٥ .

وتم الاعتراف بالدليل الكتابي والمكتوب على اي دعامة وجاء في الفقرة الثانية من المادة (١٣١٦) المعدلة بموجب القانون المرقم (٢٣٠ لعام ٢٠٠٠) والتي ساوت بين الكتابة التي يتم حفظها بصيغة الكترونية وبين تلك التي يتم التعامل بها وحفظها بصورة مادية في الاثبات ، وبذلك تكون هذه المادة قد شملت جميع صور الكتابة وبأي اسلوب سواء كانت ورقية أو الكترونية [١] .

اما بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على السفتجة الالكترونية ، فالمشرع المصري في القانون التجارة وتحديدا في المادة (١/٣٧١) اخضعت شكل الالتزام في الاوراق التجارية لقانون الدولة التي تمت فيها ، وشكل الالتزام هنا يعني البيانات التي تثبت على الورقة التجارية ، وبما ان البيانات التي تم ادراجها في الورقة التجارية اختيارية ، بمعنى انه تم الاتفاق عليها مسبقا بين الساحب والمستفيد ، لذلك في حالة عدم وجود نص قانوني يبين القانون الواجب التطبيق ، فيتم اللجوء لقواعد القانون الدولي الخاص وهي خضوع التصرف لمحل ابرامه ، وهذا ما نصت عليه المادة (٢٦) من القانون المدني العراقي في حالة انتفاء الموطن المشترك للأطراف .

١- الكمبيالة الإلكترونية:

ما يجب التطرق له في بداية هذا المقام، أنّ الكمبيالة بشكلها الإلكتروني لا تختلف من حيث المضمون عن الكمبيالة الورقية، بعبارة أخرى لا يجوز إغفال البيانات

---

[١] نصت المادة (١/١٣١٦) من القانون المدني الفرنسي (يقبل المخطوط بالشكل الالكتروني في الاثبات كالمخطوط على ركيزة ورقية ، شرط ان يكون بالإمكان التحقق من هوية الشخص الصادر عنه وفقا للأصول ، وكذلك نصت الفقرة الثانية من نفس المادة حول الاثبات بالكتابة الالكترونية " يبت القاضي بشأن الاثبات بالكتابة بتحديده بجميع الوسائل السند الاقرب المعقول مهما كانت ركيزته ، وذلك عندما القانون مبادئ اخرى وفي غياب اتفاقية صحيحة بين الاطراف.

التي يتطلبها القانون عند إصدار الكمبيالة سواء كانت ورقية أو الكترونية إلاّ أنّ الفرق بين الكمبيالة الورقية والإلكترونية يبدو من حيث إصدار طريقة كل منهما .

بيان ذلك، أنَّ الكمبيالة الإلكترونية من دون الورقية هي تمثيل رقمي مركزي، يقوم الساحب بتحرير الكمبيالة بصورة رقمية، ويكون ذلك عن طريق شريط ممغنط يصدر فيه الكمبيالة، ثم يقوم بإرسالها إلى البنك الذي تم التعامل معه جهاز الكمبيوتر، وقبل وقت مقبول من موعد استحقاق الكمبيالة يقوم بنك الساحب بإرسال هذه الكمبيالة إلى مكان الجهة التي حددت في الكمبيالة المسحوب عليه .

وإذا كان هنالك العديد من الكمبيالات، فإنّه يتم توزيع هذه الكمبيالات وفرزها بصورة رقمية، وقبل ارسالها إلى جهة المسحوب عليه، وبعدها يتم تحديد الكمبيالات المستحقة الدفع عند المسحوب عليه، وبعدها يتم رد الكمبيالة رقمياً إلى البنك، بعد التأكد من توافر جميع المتطلبات الضرورية لسداد قيمة الكمبيالة، وهناك يتم تسديدها عن طريق التحويل الإلكتروني، إذ يقيد مبلغ الكمبيالة في جانب الدائن لحساب المستفيد في البنك الذي يحدده، وفي الوقت نفسه في جانب المدين تقيد هذه القيمة نفسها لحساب الساحب[١]، والكمبيالة الإلكترونية ظهرت بنوعين: الاولى الكمبيالة الإلكترونية ذات الدعامة الورقية وهي تلك التي توجد وتنشأ ورقياً ويجري تحويلها الكترونياً، والنوع الثاني الكمبيالة الإلكترونية الممغنطة وهي التي يجري من خلالها ابتداءاً إنشاء الحقوق وانتهائها ويجب أنْ يتم تحرير الكمبيالة بنوعيها بموافقة الأطراف ولاسيما المسحوب عليه[٢]، وقد نظّم المشرع العراقي التعامل بالأوراق التجارية والمالية الكترونياً وأي معاملات إلكترونية يتفق الاشخاص على تنفيذها إلكترونيا وذلك في المادة (١/٣) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الإلكترونية اذا نصت على (تسري أحكام هذا القانون على:

---

[١] د. بلال عبد المطلب بدوي، مصدر سابق، ص٩٦١ .

[٢] د. مصطفى كمال طه والأستاذ وائل بندق، الاوراق التجارية ووسائل الدفع الإلكتروني الحديثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٣، ص٣٤٥ وما بعدها .

أ- المعاملات الإلكترونية التي ينفذها الأشخاص الطبيعيون أو المعنويون .

ب- المعاملات التي يتفق أطرافها على تنفيذها بوسائل الكترونية .

ج- الأوراق المالية والتجارية الإلكترونية) .

كما أتاح تعديل القانون المدني الفرنسي بشان العقود رقم (١٣١-٢٠١٦) إمكانيات متعددة للتعامل بالوسائل الإلكترونية لإتاحة الشروط التعاقدية أو المعلومات بشأن الأموال أو الخدمات[١].

وأشار المشرع العراقي في نص المادة (٢٢) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢ والذي أجاز أنشاء الأوراق التجارية ومن ضمنها الكمبيالة بوسائل إلكترونية ووفقاً لشروط محددة.

٢- الصك الإلكتروني:

يعدّ الصك الإلكتروني تمثيل رقمي مركزي ومن ضمن الأساليب التكنولوجية الحديثة التي تستخدم في الدفع، والوفاء به يتم عن طريق شبكة الأنترنت، ويعدّ الصك الإلكتروني نموذجاً افتراضياً للصك الورقي، والذي هو عبارة عن(سند مستحق الأداء بمجرد الاطلاع عليه وله مقابل وفاء يقوم مقام النقود)[٢]، لابد أنّ يحتوي البيانات المتمثلة بالمبلغ والتاريخ والمستفيد والساحب والمسحوب عليه[٣]، علماً أنّ المسحوب عليه هو المصرف الإلكتروني، ويعمل كوسيط في تنفيذ آلية الدفع بالصك الإلكتروني بعد تحديد المستفيد للصك الإلكتروني باستخدام حاسبة الشخص وتوقيعه، ومن ثم إرساله إلى التاجر المستفيد ليرسله إلى المصرف الإلكتروني، وبعد المراجعة والتحقق يقوم

---

[١] المادة (١١٢٥) من التعديل نقلاً: د. نافع بحر، قانون العقود الفرنسي الجديد، ترجمة عربية للنص الرسمي، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة الفلوجة مركز التعليم المستمر ومتابعة الخريجين، ٢٠١٨.

[٢] إيلاف فاخر كاظم، مصدر سابق، ص٣٥.

[٣] نص المادة (١٣٨) قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤.

المصرف بتحويل قيمة الصك إلى حساب المستفيد من توجيه أشعار بهذه العملية وكيفية اتمامها [١] والصك الإلكتروني والورقي لا يختلف إلا من حيث طريقة التحرير وسحبه فيتم بطريقة رقمية .

وبعبارة دقيقة، فإنّ أغلب بيانات الصك تستكمل عن طريق شاشة الكمبيوتر، ثم يقوم الساحب بوضع توقيعه بصورة إلكترونية على الصك، ويرسله عن طريق شبكة الأنترنت للمستفيد، لغرض الحصول على قيمة الصك، ويظهره المستفيد لنفسه من خلال توقيعه عليه بصورة إلكترونية في حسابه لدى المصرف[٢] .

---

[١] المادة (٣٩) قانون التجارة رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ اذ نصت على انه (الورقة التجارية محرر شكلي يتعهد بمقتضاه شخص أو يأمر شخص اخر فيه لأداء مبلغ معين من النقود في زمان ومكان معينين ويكون قابلا للتداول بالتظهير أو المناولة .

[2] Cather Ine Lee Wilson، Banking on the Net. Extanding Bank Regulation to Electaonic Money and Beyond، Creighton Law Review، May 1997،p. 686.

الباب الثاني

إعمال منهج التنازع الدولي للقوانين

على العمليات المصرفية الرقمية

اذا كان القانون كفرع من فروع العلوم الاجتماعية هو مجموعة من القواعد التي تحدد سلوك الافراد داخل المجتمع الداخلي للدولة ، فان هناك الى جانب هذا المجتمع مجتمعا اخر اكثر اتساعا هو المجتمع الدولي الذي يشتمل على نوعين من العلاقات ، اولهما ، علاقات بين الدول والمنظمات الدولية ، وهذه تسري عليها قواعد القانون الدولي العام ، والنوع الثاني ، علاقات بين اشخاص القانون الخاص سواء كانوا افرادا ام شركات ... الخ ، ينتمون الى دول مختلفة ، وهي تشكل موضوع القانون الدولي الخاص ولذلك قيل بحق انه بجوار المجتمع الدولي الذي يضم الدول والمنضمات الدولية مجتمع اخر يسمى بالمجتمع الدولي للأفراد .

ومن المعلوم ان تنظيم قواعد السلوك في المجتمع الداخلي يتم عن طريق قواعد القانون الخاص والقانون العام ، بما فيها قواعد القانون المدني ، والتجاري ، والمرافعات المدنية والتجارية ، والاحوال الشخصية ، وتلك التي تنظم علاقات الافراد بالسلطة الحاكمة ، ويترتب على انتقال الافراد عبر الحدود وتعايشهم في المجتمعات الاخرى ظهور الحاجة الى قواعد تنظيم علاقاتهم الجديدة ، سواء فيما يتعلق بالأحوال الشخصية او الاحوال العينية او المسائل الاجرائية اللازمة لحماية حقوقهم ، وتهتم كل دولة بوضع قواعد قانونية تنظم سلوك مواطنيها خارج حدودها الاقليمية او سلوك الاجانب على ارضها ، وقد اطلق الفقهاء على هذه القواعد تسمية قواعد القانون الدولي الخاص [١]

---

[١] د. محمد السيد عرفة، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول في التنازع الدولي للقوانين، مكتبة العالمية بالمنصورة، ١٩٩١، ص٨ .

ومع التطور المستمر التي تشهده الساحة المصرفية الالكترونية واتساع النشاط المصرفي الالكتروني وحداثة التجارة الالكترونية التي تعتمد اعتمادا كليا على العمليات المصرفية التي تتم عبر الانترنت ، فلقد تنوعت الاعمال المصرفية وتغيرت طرق تقديم المصارف لخدماتها ، فتولدت فئة جديدة من الزبائن تطلبت عمليات تداول ذات طاقات استيعابية تناسب الاحجام الكبيرة للمدفوعات بين الشركات ، وتحقق البي المباشر للمستهلك عبر الانترنت ، وتولدت بالتالي فرص للتعامل المباشر بين المستهلك والشركات ، وبدأت هموم هذه الشركات تتوجه الى عمليات مالية اكثر تفاعلية مع شبكة الانترنت ، وشهدت السنتين الاخيرتين من القرن لماضي اقبالا غير مسبوق من هذا القطاع على اعادة بناء استراتيجياته ، واستخدام شبكة الانترنت لتوفير خدماتها من خلالها ، واستحداث خدمات جديدة من شأنها أن تبسط حضر هذه لمصارف في الاسواق التقليدية ، وعبر اسواق دول العالم ايضا ، مادامت الفرص موجودة ، وتكلفة التوسع منخفضة ولخدمات مميزة بنوعيتها وجدتها ، ومادامت السياسات المستقبلية ترسم مرونة وتحلل من البيروقراطية واعبائها[١] ، الا ان بمقدار هذا التطور ظهرت الكثير من الخلافات والمنازعات ذات الطبيعة المصرفية الرقمية .

وتعد المنازعات المصرفية من اعقد المنازعات واهمها واكثرها صعوبة، نظرا لتعلقها بالجوانب الفنية والموضوعية الخاصة بالعمليات المصرفية ، لذا فقد يصعب على القضاء تسويتها ، واصبح امر تسوية تلك المنازعات امرا يؤرق المتعاملين في هذا المجال ، نظرا لما يرافق القضاء من عوائق واشكاليات لا تتماشى مع طبيعة العمليات المصرفية المتطورة والمتجددة ، والتي يرجع سبب وجودها الى ضعف الثقافة والخبرة

---

[١] د. محمد الفروجي ، العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي ، ط٢ ، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ، ٢٠٠١، ص٤٢٢ .

المصرفية لدى القضاة ، وهو الامر الذي قد يكون سببا في اطالة امد التقاضي في المنازعة المصرفية والتي يعد الزمن عاملا رئيسيا وهاما فيها [١] .

والجدير بالذكر ان المصارف تقوم بعمليات متنوعة هي التي تسمى بعمليات البنوك ، مثل قبول الودائع النقدية ، والنقل المصرفي ، والوفاء بالشيكات ، وفتح الاعتمادات والكفالة وخصم الاوراق التجارية وتحصيلها ، والعمليات على الاوراق المالية ، والعمليات على السندات الممثلة للبضائع ، وعمليات الصرف ، وتأجير الخزائن الجديدة وغيرها من الاعمال العديدة التي هي من خلق العادات والاعراف التجارية المتجددة والمتطورة في هذا الميدان .

وبناء على ذلك سوف نتناول في هذا الباب تحديد القانون الاجب لتطبيق من خلال منهج قاعدة التنازع على العمليات المصرفية الرقمية ، ويكون على النحو الاتي :

الفصل الاول : تطبيق منهج قاعدة تنازع القوانين على العمليات المصرفية الرقمية .

الفصل الثاني : مدى صلاحية تطبيق منهج تنازع القوانين على العمليات المصرفية الرقمية .

---

[١] د. احمد مصطفى الدبوسي ، التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع والمأمول ، رسالة دكتوراه في الحقوق ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ، ٢٠١٤ ، ص٢ .

الفصل الأول

تطبيق منهج تنازع القوانين على العمليات المصرفية الرقمية

يقوم المنهج التقليدي لفض تنازع القوانين على أساس إعمال قاعدة الإسناد، استناداً إلى مبدأ الإقليمية كما تستند في بعض منها إلى مبدأ شخصية القوانين[١]، ومقتضاه أنَّ قانون دولة معينة يطبق وحده من دون غيره على إقليمها، ولا يكون لغير ذلك القانون أي سلطان داخل هذا الإقليم[٢] .

فقاعدة الإسناد تمثل جوهر منهج التنازع التقليدي وهذه القواعد تعددت تعاريفها لدى الفقه، فقد ذهب فريق من فقهاء القانون الدولي الخاص إلى تعريفها بالنظر إلى وظيفتها، على أنها (القاعدة التي تسند العلاقة إلى نظام قانوني معين، أو القاعدة التي تحدد القانون واجب التطبيق بالنسبة لعلاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي)[٣]، أو (هي القاعدة التي تحدد ، بالنظر الى صياغتها المزدوجة ، حالات تطبيق القانون الوطني وحالات تطبيق القانون الاجنبي)[٤]، أو (التي يناط بها حلول التداخل الذي يحدث في انطباق القوانين الموضوعية)[٥] .

---

[١] د. هشام صادق، المطول في تنازع القوانين، ط٣، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤، ص٥٠.

[٢] د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع و الاختيار بين الشرائع اصولا ومنهجا، مكتبة الجلاء الجديدة، ط١ ، مصر ، المنصورة، ١٩٩٦، ص١٧، ١٨.

[٣] د. محمد عبد الخالق عمر، القانون الدولي الخاص الليبي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١، ص٢٦٧.

[٤] د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج٢، طبع الهيئة العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٨٦، ص١٤١.

[٥] عنايات عبد الحميد ثابت، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة ليون بفرنسا عام ١٩٨٠م، بعنوان:

Les Conflits de lois en droit public et le bilatéralism، dactyl، note 3، 1980، p. 74=

—

في حين ذهب بعض آخر من الفقهاء إلى تعريفها بأنّها (قاعدة قانونية وضعية ذات طبيعة فنية، تسري على العلاقات الخاصة الدولية فتنتقي أكثر القوانين المناسبة والملائمة لتنظيم هذه العلاقات حينما يكون هنالك أكثر من قانون يكون واجباً وذا قابلية لتطبيقه على هذه العلاقة)[١]، ثم يذهب الرأي نفسه إلى بيان وتوصيف وظائف هذه القاعدة بالقول (إنَّ لقاعدة التنازع وظيفة قانونية بالدرجة الأولى وهذه الوظيفة تتمثل بثلاثة أمور، أهمها المشاركة الضرورية من جانب كل دولة بتنظيم العلاقات والروابط التي تحدث بين الأفراد عبر الحدود، والثاني تبرير تطبيق القانون الأجنبي، والثالث تحقيق العدالة والأمان في تنظيم وتسيير العلاقات الخاصة الدولية)[٢] .

والعمليات المصرفية الرقمية، كما ذكرنا سابقا، نوع من أنواع التجارة الإلكترونية، وتندرج فيها العقود التقليدية التي ينظمها كالقرض والوديعة، لطبيعتها الدولية بفعل ارتباطها بالعالم الافتراضي وعدم نكران بقاء بعض روابطها بالعالم المادي فإنَّ بقاء ارتباطها الأخير، يبرر بقاء الحاجة لتطبيق قاعدة التنازع التقليدية (قاعدة الإسناد) في إطار العقود الدولية وهذه القاعدة تستند إلى تحديد القانون واجب التطبيق الذي ينبثق عن اتفاق الأطراف المتعاقدة ، في المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي، والمشرع المصري من خلال المادة (١/١٩) من القانون المدني المصري .

= نقلا عن د عكاشة محمد عبد العال ، القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٧ ، ص٨٥ .

[١] د. محمد السيد عرفة، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٤٤.

[٢] د. محمد السيد عرفة المصدر نفسه، ص٤٥.

اما بالنسبة لموقف المشرع الفرنسي فقد اشار في حكم محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في (٢١ يونيو١٩٥٠) في ان (كل عقد دولي يخضع بالضرورة لقانون دولة معينة)[١] .

وعلى ذلك سنعرض في هذا الفصل تحديد القانون واجب التطبيق على العمليات المصرفية الرقمية بإخضاعها لقواعد التنازع التقليدية في مسائل العقود الدولية، ونقسم هذا الفصل على مبحثين، سنعقد المبحث الأول لبحث القانون واجب التطبيق على منازعات العمليات المصرفية الرقمية باتفاق الأطراف، في حين سنخصص المبحث الثاني لبحث القانون واجب التطبيق على منازعات العمليات المصرفية الرقمية في ظل اتفاق الاطراف غياب اتفاق الأطراف .

---

(1) Cass . 21/6/1950 . Rev crit . 1950 . p.609

مشار اليه في د. بشار محمد الاسعد ، عقود الاستثمارات في العلاقات الدولية الخاصة ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٦ ، ص١١٥ .

المبحث الأول

القانون واجب التطبيق على منازعات العمليات المصرفية الرقمية باتفاق الأطراف

يعدّ قانون الإرادة هو المبدأ الاساسي في مجال التصرفات الارادية ، فعلى مستوى قواعد القانون الدولي الخاص ، تعد ارادة الاطراف المعول عليها لتحديد القانون الواجب التطبيق ، بيد أن استخدام وسائل الاتصال الحديثة بشكل عام وشبكة الانترنت على وجه الخصوص ، جعل ضابط الاسناد المستخدمة في تلك القواعد محل تساؤل من حيث ملاءمتها أو من حيث صلاحيتها لمثل هذا التصرف احياناً .

وقد امتد تطبيق قاعدة الإرادة إلى العلاقات الخاصة الدولية منذ وقت بعيد، فكان للمتعاقدين حرية إنشاء عقودهم في مجال القانون الداخلي ، فلهم ايضا بخصوص العقود الدولية حرية اختيار القانون الذي يحكم هذا العقد فلهم الحق أن يخضعوا عقدهم لحكم قانون وطني معين ، أو يخضعوه لأكثر من ، وهذا ما يطلق عليه الفقه بـــ (تجزئة العقد) Dépecage du contract، ولهم الحق ايضا في استبعاد أي قانون وطني، وإخضاع العقد إلى عادات وأعراف التجارة الدولية، أو إخضاعه لأحكام المبادئ العامة في القانون[١]، إنّ مرونة الإرادة في التصرف والاختيار هي التي تجعلها صالحة للعمل في محيط تسوية التنازع المثار بمناسبة تشعب روابط العمليات المصرفية الرقمية .

ويترتب على خضوع عقود العمليات المصرفية الرقمية لقانون ارادة المتعاقدين نتائج عديدة تتمثل في الاتي .

---

[١] د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص٢٥٩.

١- السماح للمتعاقدين باختيار اكثر من قانون ليحكم الجوانب الموضوعية في العقود المصرفية الرقمية ، حيث يجوز ان يخضع ابرام العقد لقانون ، ويخضع بنود تنفيذ العقد لقانون اخر .

٢- عدم لزوم توافر صلة بين القانون المختار والعقد ، وذلك يعود الى ان التعاقد من خلال شبكة الانترنت يفترض اتصال العقد وقت ابرامه بجميع الدول في ان واحد نتيجة انفتاح الشبكات على العالم باسره ، وبهذه المثابة يصعب تحديد تلك الرابطة المزعومة بين القانون المختار والعقود الالكترونية .

وعليه سيتم بحث الموضوع من خلال مطلبين، سنبحث في المطلب الأول إعمال مبدأ الإرادة في مجال العمليات المصرفية الرقمية، في حين سيكون موضوع المطلب الثاني مدى اعتبار النظام العام قيداً على مبدأ قانون الإرادة في مجال العمليات المصرفية الرقمية.

المطلب الأول

إعمال مبدأ قانون الإرادة في مجال العمليات المصرفية الرقمية

تعدّ نشأة قاعدة خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة، من أهم قواعد القانون الدولي الخاص التي أرستها قواعد تنازع القوانين في مجال النظم القانونية وأقدمها، كما يعدّ مبدأ قانون الإرادة وما ينبثق عنه من حرية المتعاقدين في إخضاع عقدهم للقانون الذي هم يختارونه صراحة أو ضمناً، مبدأ وثيقاً في القانون المقارن إذ تؤيده بعض التشريعات الوطنية ، وتعترف به أيضاً الاتفاقيات الدولية، كما أنّه يعدّ مبدأً عاماً معترفاً به من القضاء الداخلي والدولي وإذا كانت هذه القاعدة صالحة للعمل في محيط العمليات المصرفية التقليدية، فالسؤال الذي يثار هنا مدى صلاحيتها للعمل في إطار العلميات المصرفية الرقمية؟ ولأجل توضيح ذلك لابد من تقسيم هذا المطلب على فرعين، سنبحث في الأول منه نشأة وتطور خضوع العقود الرقميـــة لقانون الإرادة،

في حين سنخصص الثاني لبحث الاعتراف بالقاعدة في ظل منظومة القواعد الداخلية والدولية .

الفرع الأول

نشأة وتطور خضوع العقود المصرفية الرقميـــة لقانـــون الإرادة

تعد قاعدة خضوع العقد الدولي لقانون الارادة من اهم واقدم قواعد القانون الدولي الخاص التي ارستها قواعد تنازع القوانين في جل النظم لقانونية ، حيث في مصر فعرفت بالبطلمية خلال المائتي عام السابقة على الميلاد، إذ كان للمتعاقدين الحق أن يختار ما يسمى بالقانون البطلمي الواجب التطبيق على عقدهم، وعن طريق اللغة الديموطيقية اللغة التي حرر بها العقد، وهذا يدل على اختيار القانون البلطمي وإنْ حرر باللغة الاغريقية فهذا يدل على اختيار المتعاقدين وتطبيق القانون البطلمي[١] .

وفي القرن السادس عشر حاول الفقيه والمحامي الفرنسي Dumoulin إخضاع العقد لقانون الإرادة، وذلك بمناسبة تقديمه فتوى تتعلق بإخضاع النظام المالي بين الزوجين لقانون موطن الزوجية الأول باعتبار أنَّ إرادتهما الضمنية قد اتجهت إلى اختيار ذلك القانون[٢] .

وبهذا استقرت أطراف العقد الدولي على الحرية في اختيار القانون واجب التطبيق الذي يحكم علاقاتهم التعاقدية، وقد ساعد التطور الذي شهده الفكر الليبرالي والحرية الفردية، الذي يشكل انعكاساً حقيقياً للفـــــــــكر السائد فـــــي تلك الحقـــــــبة الزمنية بخصوص الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية .

---

[١] د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، مصـــــــدر ســـــابق، ص١٠٥٩.

[٢] د. حفيظة السيد حداد، مصدر سابق، ص٣٤٣.

الفرع الثاني

الاعتراف بالقاعدة في ظل منظومة القواعد الداخلية والدولية

اضحى مبدأ قانون الارادة وما ينتج عنه من حرية المتعاقدين في اخضاع عقدهم للقانون الذي يختارونه صراحة أو ضمنا ، مبدأ ثابتا في القانون المقارن حيث تعترف به كافة التشريعات الوطنية ، وتعترف به ايضا الاتفاقيات الدولية ، كما انه يعد مبدأ عاما معترفا به من القضاء الدولي والداخلي .

تعد قاعدة خضوع العقد الدولي من حيث موضوعه لقانون الارادة احدى اشهر وارسخ قواعد القانون الدولي الخاص التي تكرسها جل النظم القانونية الوطنية ، ونجد أن التشريعات المعاصرة اصبحت تعترف بقدر واسع بمبدأ قانون الارادة ، ونذكر من هذه النظم القانون المدني العراقي في المادة (١/٢٥) والتي تنص (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا ، فاذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد وهذا مالم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانونا اخر يراد تطبيقه)، والقانون المدني المصري في المادة (١/١٩) التي تنص على أنّه (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتّحدا موطناً فإنْ اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا مالم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أنّ قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه) .

أمّا فيما يخص الاعتراف بالمبدأ في الاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية فلم يكتفِ الاعتراف بمبدأ قانون الإرادة على القوانين الوطنية، بل نصَّت عليه اتفاقيات دولية كثيرة ، منها اتفاقية لاهاي الخاصة بالبيوع الدولية للمنقولات المادة الموقعة في ١٥ يونيو/حزيران ١٩٥٥ والنافذة ابتداءً من أول سبتمبر/أيلول عام ١٩٦٤، والتي تنص في المادة (١/٢) على أنّه (يسري على البيع القانون الداخلي للبلد الذي تحدده

إرادة الأطراف)، ونصت المادة (١/٧) من اتفاقية جنيف الأوربية للتحكيم التجاري الدولي الموقعة في ٢١ أبريل ١٩٦١ والنافذة ابتداءً من ٧ يونيو/حزيران ١٩٦٤ على أنّ (الأطراف أحرار في اختيار القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع)، وهذا ما آلت إليه المادة (١/٢٤) من اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين هذه الدولة ومواطني الدولة الأخرى، والتي تنص على أنّه (تفصل المحكمة في النزاع طبقاً للقانون الذي تبناه الأطراف)، ونصت أيضاً المادة (١/٥) من الاتفاقية الموقعة في ١٤ مارس/أذار ١٩٧٨ في موضوع القانون واجب التطبيق على النيابة وعقود الوساطة التي تنص على أنّه (يسري على روابط الوكالة أو النيابة بين الموكل والوكيل القانون الداخلي الذي يختاره الأطراف)، وجاءت في تمام المعنى المادة (١/٣) من اتفاقية روما الموقعة في ١٩ يونيو/حزيران ١٩٨٠ بشأن القانون واجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية، إذ يكون نصها على النحو الآتي (يسري على العقد القانون الذي اختاره الأطراف)[١] .

أما في مجال القواعد المتعلقة بالتحكيم ، تكاد لا تخلو لائحة من لوائح هيئة التحكيم الدائمة أو معاهدة دولية متعلقة بالتحكيم من نص على تطبيق القانون الذي يتفق عليه الاطراف بشأن موضوع النزاع الذي يحل التحكيم اذ نصت المادة (١/٢٨) من القانون النموذجي الذي أنشأته لجنة الأمم المتحدة بخصوص التحكيم التجاري الدولي في ٢١ يونيو/حزيران ١٩٨٥ بصيغته المعدلة لعام ٢٠٠٦ على أنّه (تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً للقانون المختار بواسطة الأطراف)[٢] .

---

[١] ينظر نص الاتفاقية على الموقع الالكتروني :

http:// www. Jus . uio . no / lm / hcpil . applicable . law . sog . convention . 1986/dos . html.

[٢] د . ابراهيم احمد ابرهيم ، التحكيم الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط٣ ، ٢٠٠٣ ، ص١٧٣ .

واختيار قانون العقد قد يكون صريحا من خلال ادراج شرط في العقد يحدد فيه الاطراف القانون الواجب التطبيق على عقدهم ، ويسمى بشرط الاختصاص التشريعي ، واذا كان الاصل ان يتم الاتفاق على اختيار قانون العقد الدولي لحظة ابرام العقد ، فان هذا الاتفاق يمكن ان يتراخى لما بعد الابرام ، وعند نشوء النزاع ويكون للأطراف تعديل اتفاقهم بخصوص القانون الذي اختاروه دون الاضرار بحقوق الغير حسن النية .

وإذا كان اختيار قانون العقد بصورة صريحة فإنَّ الفقه أجمع على ضرورة توافر صلة بين القانون والعقد، وهذه الصلة يكفي أن تأتي من حاجة التجارة الدولية، يجري مثلاً العقد في صورة عقد نموذجي معلوم ومتعارف عليه في مجال التجارة بسلعة معينة وتوافق عليه أوساط التجارة الدولية، وهو أمر مألوف في مجال التجارة الإلكترونية[١] .

وكذلك قد يكون اختيار قانون العقد ضمنياً يستفاد من ظروف العقد، كحالة اختيار المتعاقدين مصطلحات قانونية في قانون معين، ومثل اختيار المتعاقدين لغة محددة لتحرير العقد، أو اختيار عملة دولة معينة للوفاء ، أو اشتراط تنفيذ العقد في دولة معينة، أو جعل الاختصاص الذي ينظر المنازعات المتولدة عن العقد بمحاكم دولة معينة مما يفيد اتجاه نية المتعاقدين إلى اخضاع العقد لقانون دولة هذه المحكمة[٢] .

ومن مجموع ما تقدم يتضح أنّ العمليات المصرفية الرقمية ذات الطابع الدولي المبرمة رقمياً أو عبر شبكة الأنترنت تخضع لقانون الإرادة، سواء أبرمت هذه العقود

---

(1) Camille (F.) La lio applicable Aux contrats du commerce electronique، p. 22، available at : http;//www.u paris fy/dess dmi/articles/memoires/pdf، 30/8/2022.

(2) Larpvanichar (R.)، Les contrats internationaux، étude comparative franco-thailandaise، Université du Droit et la Sante، Lille II، 2 Sep 2013 Français، p. 43، available at: https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00856584/document، 30/8/2022.

بين شركات تقديم المواقع أو مستخدمي شبكة الأنترنت، أو العقود التي ابرمت بين الزبائن والتجار، وينظر جانب من الفقه بالنسبة لهذه العقود أنْ يكون هنالك اتفاق بين الطرفين على القانون واجب التطبيق على صفحة الشاشة المستقلة[١] .

أمّا فيما يتعلق بالاعتراف بالمبدأ في أحكام القضاء فنجد أنّ محكمة النقض الفرنسية أولى المحاكم التي أرست مبدأ قانون الإرادة في مجال الالتزامات التعاقدية التقليدية، ولعل خير شاهد على ذلك، حكمها القديم الصادر في ٥ ديسمبر/كانون الأول ١٩١٠ في قضية American Trading Company Quebec Steamship Company Limited[٢] ، والتي أقرّت فيه لأطراف العقد الحق في اختيار القانون واجب التطبيق على العقد، إذ قضت بأنّ القانون الذي يتبناه الأطراف هو القانون واجب التطبيق على العقود، فيما يتعلق بتكوينها، وآثارها، وشروطها، وبقي القضاء الفرنسي يردد هذه الصيغة ويؤمن بها إلى يومنا هذا [٣] .

ومن التطبيقات القضائية ما أصدرته محكمة بداءة الرصافة والمحكمة المختصة بالدعاوى التجارية بالعدد (٥٠٩/ ب/٢٠١٥) في ٢٠١٥/١١/١٠ والذي تمَّ تأييده بموجب قرار محكمة استئناف بغداد / الرصافة الاتحادية بالعدد (١٤٨٣/س/٢٠١٥/٣) في ٢٠١٦/١/٣ والذي نصَّ على (أنَّ القانون الواجب التطبيق يتحدد بقانون الإرادة على أن تكون محاكم لبنان هي المختصة في نظر النزاع لتعلق الأمر بالاختصاص القضائي الدولي الخاص كون الطرفان قد اتفقا في عقدهما على أنّ القانون الواجب التطبيق هو

---

[١] د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠١، ص٦٨:٦٩.

[2] Peter Nygh، Autonomy in International Contracts Oxford University press (OXFORD Monographs in private International Law)، First published 1999، p. 67، available at: https://books.google.com/eg/، 30/7/2022.

[3] JACQUET. (J.M) ، principe d autonomie et contrats intwernationaux، paris، Economica، 1983، p.24 .

القانون اللبناني وهذا الاتفاق جائز قانوناً وفقاً لأحكام المادة ١/٢٥ من القانون المدني العراقي)[١] .

وأما بالنسبة لمحكمة النقض المصرية فقد حكمت حسب ما أستقر عليه القضاء في الأنظمة القانونية المقارنة في الحكم الصادر من محكمتها بتاريخ ٤ ديسمبر/كانون الأول عام ١٩٨٩، والتي قضت برفض تطبيق نص المادة (٢١٢) من القانون البحري السوري التي تقضي ببطلان شروط الإعفاء من المسؤولية، وكان سندها في ذلك هو عدم اتفاق الأطراف على تطبيق أحكامه، وقد بينت المحكمة أنّ تطبيق المادة (١٩) من القانون المدني المصري، دلالة على أنّه يجب الوقوف بداية عند ما تتجه إرادة المتعاقدين الصريحة والضمنية لتحديد القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، فإذا لم يصرح المتعاقدون عن إرادتهم في هذا المجال استلزم تطبيق قانون الموطن المشترك[٢] .

ولا تكفي الحرية الممنوحة للمتعاقدين في اختيار القانون واجب التطبيق على العقد بل تتجاوز ذلك إلى الشكل أيضاً عملاً بنص المادة (٢/٩) من اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق على الالتزامات العقدية، إذ أرست القاعدة التي تحكم شكل التصرفات القانونية، فيما يخص العقود المشوبة بعنصر أجنبي من خلال ضابط إسناد بدلي Critere de rattachement alternative يرشح (قانون الإرادة)، أي قانون الموضوع أو قانون محل إبرام العقد[٣] .

---

[١] منشور في موقع مجلس القضاء الاعلى ، قاعدة التشريعات، تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/١١/١١ ،متاح على الرابط الاتي :

https://iraqld.e-sgc-services.iq.

[٢] مجموعة المكتب الفني، الطعن رقم ١١١٤ لسنة ٥٢ القضائية، جلسة ٤ من ديسمبر سنة ١٩٨٩، ص٢٤٩.

[٣] د. طرح البحور علي حسن فرج، تدويل العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص١٦٨.

المطلب الثاني

مدى اعتبار النظام العام قيداً على مبدأ قانون الإرادة

في مجال العمليات المصرفية الرقمية

إذا كان الأصل أنّ الفرد حرٌ في أنْ يتعاقد أو لا يتعاقد، وهو ايضا حر في اختيار القانون الذي يحكم العقد، فإنَّه من الثابت أيضاً أنّ هذه الحرية التعاقدية تتقيد بالنظام العام والآداب العامة[١]، ومعالجة النظام العام كقيد على حرية الإرادة يقتضي توضيح الأدوار المختلفة التي تلعبها هذه الفكرة في مجال القانون الدولي الخاص والقانون الداخلي، وأيضاً دورها المتميز في مجال عقود العمليات المصرفية، ولأجل ذلك سنبحث الموضوع من خلال فرعين، سنخصص الأول منهما لبيان مفهوم النظام العام، في حين سنعقد الثاني لبيان صلاحية النظام العام في العمليات المصرفية الرقمية .

الفرع الأول

مفهوم النظام العام

في مجال العقود التي تبرم في نطاق القوانين الوطنية وتخضع لأحكام هذه القوانين والتي يمكن أنْ نسميها العقود الداخلية، تحصر القوانين السلطة الواسعة للمتعاقدين في تنظيم عقودهم في دائرة تتوافق فيها الإرادة مع الصالح العام والعدالة[٢] ، وهنا يظهر القيد الخاص بالنظام العام .

---

[١] د. سليمان مرقس، شرح القانون المدني، المدخل للعلوم القانونية، المطبعة العالمية، القاهرة ، ١٩٦٧، ص٥٠.

[٢] د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص١٧٦.

وتقترن دراسة فكرة النظام والآداب العامة في هذه العقود، بتوضيح معيار التفرقة بين القواعد المكملة التي يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفة حكمها والقواعد الآمرة التي لا يجوز للأطراف الاتفاق على خلاف حكمها، وتقترن أيضاً بالحديث عن مبدأ سلطان الإرادة وما يندرج تحتها من قيد يترتب على مبدأ الحرية التعاقدية[١] .

وفي تحديد مفهوم فكرة النظام العام والآداب العامة، يتفق فقهاء القانون المدني، على أنّ هذه الفكرة يصعب وضع تعريف دقيق وشامل لها وذلك لتغيرها بتغير المكان والزمان ومرونتها، ولهذا السبب يكتفي الفقه بالإشارة إلى الإطار الاقتصادي والاجتماعي والسياسي الذي يعدّ الدور المهم في وضع الحدود لها، ويعرّف الفقه النظام العام طبقاً لهذه الفكرة على أنه (مجموعة من القواعد التي تنظم المصالح التي تهم المجتمع مباشرة أكثر مما تهم الأفراد، سواء كانت هذه المصالح اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية أو أخلاقية)[٢] .

إنَّ هدف النظام العام في مجال القانون الداخلي هو إبطال كل اتفاق للمتعاقدين يخالف القواعد الآمرة [٣]، أو بمعنى آخر كل اتفاق يخالف أي قاعدة مرتبطة بالمصالح السياسية والاقتصادية للمجتمع يعدّ باطلاً[٤]، لذا يعدّ قيداً مهماً يترتب على مبدأ حرية التعاقد، وإذا انتقلنا إلى العقود الدولية فإنّنا نكون أمام نوعين آخرين من النظام العام، النظام العام بالمعنى الحقيقي، والنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص[٥] .

---

[١] د. سمير مرقس، شرح القانون المدني، المدخل للعلوم القانونية، مصدر سابق، ص٥٦.

[٢] د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٨، ص٧٣ وما بعدها.

[٣] د. اسماعيل غانم، النظرية العامة للقانون، مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، ١٩٩١، ص١٨٤.

[٤] د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦، ص٤.

[٥] فكرة النظام العام سواء الداخلي أم في مجال القانون الدولي الخاص، تتحدد وفقا لمعايير مستمدة من مجتمع معين، وتعكس الأفكار الأساسية لهذا المجتمع، فإن فقهاء القانون الدولي الخاص يرون أن ـــ=

وفيما يخص القانون الدولي الخاص نجد أنّ فكرة النظام العام التي تواجهنا في هذا الصدد تنقسم على نوعين[١]:

أولاً. هنالك ما يطلق عليه (النظام العام التوجيهي Ordre Public de Direction)، أو قوانين الأمن أو البوليس أو القوانين ذات التطبيق الضروري، ويعدّ هذا النظام ضابط إسناد لصالح قانون القاضي، حيث يطبق بالأولوية على أي قانون أجنبي قد تحدده قاعدة التنازع، ولهذا أطلق عليه تسمية من قبل بعض فقهاء القانون بـــ (النظام العام الدولي Ordre Public International)، إذ يلعب النظام العام دوراً إيجابياً في هذه الصورة، فهو يقوم بفرض تطبيق القواعد الي يتضمنها قانون القاضي لغرض تحقيق الأهداف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية[٢] .

ثانياً. يسمى النوع الثاني بـــ (النظام العام الوقائي Order Public Protection) أو يطلق علية بـــ (النظام العام الاستبعادي Order public deviction)، ويلعب هذا النوع دوراً سلبياً عكس النوع السابق، إذ يكون الهدف منه هو استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي يعدّ هو واجب التطبيق، إعمالاً لقاعدة الإسناد إذا كانت أحكام هذا القانون تحمل في طياتها مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة في دولة القاضي[٣]، وهذا النوع من النظام العام يحمي الأسس العليا في المجتمع، سواء كانت اقتصادية أم

= فكرة النظام العام هي دائما فكرة وطنية، ولهذا السبب فإنّهم لا يحبذون استخدام مصطلح (النظام العام =الدولي Ordre Public International) للتعبير عن النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص، أو النظام العام في مجال العلاقات ذات الطابع الدولي. ينظر: د. سامية راشد و د. فؤاد رياض، الوسيط في تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤، ص٢١٧

[١] أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة – دراسة في قضاء التحكيم، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩١، ص١٠١.

[٢] د. عكاشة محمد عبد العال ، مصدر سابق ، ص٢٠٨ .

[٣] د. عنايات عبد الحميد ثابت، إطراح فكرة النظام العام في نطاق القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٩٥، ص٨١.

اجتماعية أم سياسية، مثله في ذلك النظام العام الداخلي، بسبب استبعاده لتطبيق القانون الأجنبي حتى ولو اتفق المتعاقدون على تطبيقه، مادامت أحكامه تتنافى مع الأسس العليا[١]، ولا يوجد في هذه الحالة فرق بين الوظيفة التي يؤديها النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص، ووظيفته التي يؤديها في مجال القانون الداخلي، إلاّ أنَّ موضوع الاستبعاد في القانون الدولي الخاص هو القانون الأجنبي، في حين إنّ موضوع الاستبعاد في مجال القانون الداخلي هو إرادة أطراف العقد، وينتج عن ذلك أنَّ حرية المتعاقدين يجب أنْ تكون مقيدة في اختيار قانون معين يحكم عقدهم، بمعنى ألاّ تخالف قواعد هذا القانون النظام العام في دولة القاضي، وبمعنى آخر فإنَّ هذا النظام العام يقوم برسم الحدود التي تسمح بتطبيق أحكام القانون الأجنبي[٢] .

وتجدر الإشارة هنا إلى أنَّ قواعد النظام العام، بوصفها قيداً على حرية المتعاقدين، لها نطاق ضيق في مجال تنازع القوانين عنه في مجال القانون الداخلي، وذلك لأنَّ قواعد هذه الأخيرة مرتبطة أكثر بعلاقات الأطراف وبحركة التجارة خارج الدول[٣]، لذا تتفق الغالبية على أنه ليس كل ما يعدّ من النظام العام في مجال القانون الداخلي يعدّ كذلك في مجال القانون الدولي الخاص أو تنازع القوانين، ويترتب على هذا نتيجة مهمة مؤداها، أنَّ مخالفة القانون الأجنبي لأحكام بعض القواعد الآمرة في قانون

---

[١] د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي ، مصدر سابق، ص٥٨٢.

[٢] تنص المادة (٢٣) من القانون المدني العراقي على أنّه (لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قررته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام او للآداب في العراق)، ونصت المادة (١/٢٨) من القانون المدني المصري على أنّه (لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام او للآداب في مصر).

[٣] د. عصام الدين القصبي، الوجيز في القانون الدولي الخاص المصري، الكتاب الثاني، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، ١٩٩٩، ص١٩١-١٩٢.

القاضي لا تتطلب بالضرورة وفي الأحوال جميعها استبعاد أحكام هذا القانون الأجنبي باسم النظام العام[١] .

وينادي الفقه في مجال عقود التجارة الدولية، بوجود نظام عام أخر وهو النظام العام الدولي، وإنْ كان الفقه يطلق على هذا النوع من النظام العام تسميات مختلفة كالنظام العام التوجيهي ، والنظام العام الوقائي ، النظام العام الدولي) ، إذ يعرّف النظام العام الدولي على بأنّه (مجموعة من القواعد اللصيقة بالتجارة الدولية، والتي تلبي كل احتياجاتها ومتطلباتها بواسطة ابتداع وتشجيع القواعد الذاتية الخاصة، التي تتفق مع تطور ونمو المبادلات التجارية عبر الدول)[٢]، وبمعنى أخر تعرّف بأنها (عبارة عن مجموعة قواعد وأسس عامة، لا ترتبط بالمصالح الأساسية لمجتمع وطني معين، وإنّما تتعلق وترتبط أساسية خاصة بالجماعة الدولية Communaute Internationale، لأنّه عبارة عن مجموعة من القواعد المشتركة بين مختلف الأنظمة القانونية وذات ارتباط بالعلاقات الدولية) [٣] .

ويرى فقهاء التجارة الدولية الذين نادوا بهذه الفكرة أنَّ قضاء التحكيم والقضاء الوطني والاتفاقيات الدولية والمعاهدات لها في خلق قواعد هذا ال نظام العام الدولي إذ يعترف القضاء طبقاً للرأي السابق، بوجود بعض القواعد المشتركة من النظام العام التي تشكّل مصدراً مهماً من مصادر النظام العام الدولي[٤] .

ومن أمثلة الأحكام التي كرست هذه الفكرة والصادرة من محاكم وطنية، الحكم الصادر من محكمة استئناف باريس في ٢٦ ابريل ١٩٨٥ في قضية(B anque

---

[١] د. هشام علي صادق، مصدر سابق، ص٣١٦.

[٢] د. احمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص النوعي، مصدر سابق، ص٥٨٢.

[٣] د. سمير مرقس، شرح القانون المدني، المدخل للعلوم القانونية، مصدر سابق، ص٥٩.

[4] Chappelle (A)، Les fonctions de lordre public en droit international privé، Paris، 1979، p. 351.

Ottomane)الذي أكدّت فيه المحكمة على أنّ (أمن العلاقات التجارية والمالية الدولية يقوم على الاعتراف بوجود نظام عام إنْ لم يكن عالمياً Universel، فهو على الأقل مشتركاً Common، بين العديد من الأنظمة القانونية)[١] .

ومن الممكن أنْ نجد العديد من النصوص القانونية التي توجد في أغلب التشريعات في شكل واحد، ويحدث هذا نتيجة لكون هذه النصوص ضرورية لأمن الدولة التي تتبناها، أو لأنّها تشكل جزءاً رئيساً للأخلاق الموجودة في هذه الدول، فعلى سبيل التمثيل نعترف في كل مكان بسلطة الحكومة في استبعاد الأجنبي الذي يعدّ وجوده خطراً على أمن إقليم الدولة، هذا على مستوى القواعد القانونية، وأمّا على مستوى القواعد الأخلاقية، فنجد من الصعب القول بوجود قواعد مشتركة بين الدول، ولذا فإنَّ الدول التي تعتنق المسيحية لها قواعد أخلاقية تختلف عن التي تعتنق الشريعة الإسلامية ، ومع ذلك من الممكن أنْ نجد هذه الوحدة والتماثل في الاعتبارات الدينية في بعض الدول التي تتمتع بمستوى حضاري متقارب، ومن هنا تبدأ فكرة وجود قواعد دينية وأخلاقية موحدة لهذه الدول وينشأ ما يمكن أنْ نطلق عليه بالنظام العام الحقيقي، يساهم قضاء التحكيم التجاري الدولي أيضاً في خلق قواعد هذا النظام، إذ يمكن للمحكم أن يطبق قواعد دولية ليس لها علاقة بأي نظام قانوني وطني، وإنّ ما يؤديه قضاء التحكيم من دور فعّال في هذا المجال يتأتى من الحرية الكبيرة، التي يتمتع بها المحكمون عند لجوئهم إلى عادات التجارة الدولية خصوصاً حين لا يحدد المتعاقدون قانوناً معيناً يحكم عقدهم، ولجوؤهم إلى المبادئ العامة للقانون[٢] .

ومن تطبيقات قضاء التحكيم بما يتعلق بهذه بفكرة النظام العام، القرار الصادر من هيئة التحكيم ببطلان العقد الذي أبرم بين دولة الأرجنتين وشركة بريطانية، وذلك

---

[١] مشار له في د . عكاشة محمد عبد العال ، القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية ، مصدر سابق ، ص١٠٣ .

[2] Camille، Op. Cit،p.435.

لأن موافقة دولة الأرجنتين على العقد جاءت نتيجة رشوة الموظف المختص مما يجعل هذا العقد مخالفاً للنظام العام والآداب العامة، وقد أكدت هيئة التحكيم على أنّه (يوجد مبدأ عام للقانون معترف به من الأمم المتمدينة، يتمثل بأنّ العقود التي تخالف النظام العام والآداب العامة تكون باطلة) [١] .

ولا يخفى ما للمعاهدات الدولية والاتفاقيات والتوصيات الدولية من دور فعّال في تكوين فكرة النظام العام الدولي وإرسائها، ومن الأمثلة الذي يسوقها معتنقي هذا الرأي القرارات الصادر بشأن الرشوة في مجال المعاملات الدولية[٢]،والقرارات الصادرة في مجال تجارة المخدرات[٣]، والقرارات الخاصة بقضايا الإرهاب[٤] .

وعلى غرار النظام في مجال تنازع القوانين، فأن للنظام العام الدولي دورين مشابهين للدورين اللذين يقوم بهما، الأول وإن كان يوجد بينهما بعض من الاختلافات، فهناك الدور الإيجابي أو الوظيفة الإيجابية Fonction Positive، التي يقوم بها هذا النظام العام ويطلق عليه حينئذ بـــ (النظام العام التوجيهي Ordre public de direction)، وتتبلور هذه الوظيفة عندما يدعو النظام العام المحكمين إلى أنْ يطبقوا بصفة أولوية للمبادئ والقواعد الأساسية للتجارة الدولية، التي تستقل عن كل نظام وطني، فأنصار وجود نظام خاص بعقود التجارة الدولية يرون أنّ المبادئ العامة للقانون وعادات التجارة الدولية وأعرافها كافية أن تشكل نظاماً قانونياً خاصاً مستقلاً يلتزم به

---

(1) Chapelle (A.)، op. cit.، p. 535.

[٢] قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٣٥١٤في ١٥ ديسمبر ١٩٧٥، وقرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي رقم ٢٠١٤ LXI الصادر سنة ١٩٧٩ في خصوص الرشوة في مجال المعاملات الدولية.

[٣] قرار الأمم المتحدة رقم ١٤١/٣٩٣ في ٣٠ يوليو ١٩٧٦، والقرار رقم ١٤٣/٢٩ لسنة ١٩٨٥ في خصوص تجارة المخدرات .

[٤] توصية مجلس أوروبا لسنة ١٩٨٢، وتوصيات اللجان الأوربية لسنة ١٩٨٠، وقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ١٤٥/١٣٤ لسنة ١٩٨٠ .

المحكمون بتنفيذه بصفة خاصة عن غياب اتفاق المتعاقدين على النظام القانوني المطبق[١] .

فبالنسبة إلى العمليات والأنشطة التي يقوم بها المتعاملون في التجارة الدولية تخضع لمجموعة من القواعد القانونية التي تتوافر فيه، وبلا جدال خصائص القاعدة القانونية، ويعدّ هذا النظام العام نظاماً توجيهياً ، لأنّه يلبي كل متطلبات المتعاملين في التجارة الدولية إلى العدالة والأمان والنظام والصدق، فهو يتدخل لإلزام المحكم بتطبيق القوانين من دون الحاجة إلى اللجوء إلى القانون الأجنبي واجب التطبيق طبقاً لقاعدة التنازع[٢] .

وهناك ما يسمى بـــ (الدور السلبي أو الوظيفة السلبية Fonction negative)، التي يقوم بها هذا النظام العام، والتي يطلق عليه بمقتضاها (النظام العام الاستبعادي أو الوقائي)، ويؤدي النظام العام دوره وفقاً لهذه الوظيفة، إلى استبعاد القانون الوطني واجب التطبيق طبقاً لقاعدة التنازع أو وفقا لاختيار الأطراف، ويطبق القواعد العامة للتجارة الدولية إذا قدّر المحكم أنّ نصوص هذا القانون تصطدم بأحد المبادئ المهمة التي يجب احترامها على المستوى الدولي، بل ذهب إلى أبعد من ذلك عندما رأى أنْ هناك تدرجاً بين الأنظمة العامة، حيث يغلب النظام العام الدولي أولاً ، ومن ثم النظام العام الوطني ثانياً، بمعنى أنّ النظام العام الدولي ممكن له أنْ يستبعد النظام العام الوطني حين يجده مخالفاً لأحد المبادئ العامة، وأمّا إذا تعلق الأمر بالمعنى الحقيقي

---

[١] د. عكاشة عبد العال، مصدر سابق، ص٢٠٠.

[2] Chapelle (P.)، Les usages commerciaux dans les contrats internationaux، 6th، Paris X، 1993، p. 532.

بنظام عام وطني ونظام عام دولي، فإنّه يجب تقديم الثاني على الأول ، وأمّا حين يتعلق الأمر بأنظمة قانونية عامة فلا يوجد أي تدرج بين هذه الأنظمة [١] .

الفرع الثاني

صلاحية النظام العام في العمليات المصرفية الرقمية

على الرغم من التسليم بأنَّ مصطلح النظام العام يقترن استخدامه في الأنظمة الوطنية بحماية الأسس العليا السياسية والخلقية والاجتماعية والاقتصادية والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها مجتمع الدولة، وعلى الرغم من التسليم كذلك بأنَّ العمليات التي تتم داخل إقليم الدولة، هي عمليات وطنية، في حين أنَّ العمليات التي تتم عبر الشبكات الإلكترونية هي عمليات دولية[٢]، ولاسيما أن العالم الافتراضي ليس بعيداً في تكوينه عن المجتمعات الداخلية للدولة من حيث وجود المجتمع، ومن ثم يتم تطبيق فكرة النظام العام بمفهومه المحلي الوطني على العمليات المصرفية الرقمية .

والحقيقة أنَّ رسم حدود فكرة النظام العام للمجتمع الرقمي تكون مستقلة تماماً عن النظام العام الداخلي، لأنّها تكتسب منه بعض التطبيقات التي من الممكن أنْ تطبق بشكل أو بأخر على عقود العمليات المصرفية الرقمية، ودليلاً على هذا، نجد أنّ القوانين الفرنسية التي أوجبت على المستهلك الفرنسي استخدام اللغة الفرنسية في عملياته الرقمية كافة، والسبب الأساس في إصدار مثل هذه القوانين، هي سيطرة اللغة الإنجليزية على الشبكات الآلية، وبالأخص شبكة الأنترنت، فعادة ما توضح به تلك البرامج الإلكترونية وتوجه من خلالها التعليمات إلى أجهزة الحواسيب الإلكترونية المرتبطة بالشبكة الدولية، وبهذه المثابة أصبحت اللغة الإنجليزية ليست خياراً للمشاركة من جانب الأطراف وإنّما

---

[١] د. عصام مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص٢٩.

[٢] د. صالح المنزلاوي، مصدر سابق، ص٣٠٤.

مفروضة على الشبكة الإلكترونية، وقد أثارت هذه المسألة اهتمام الدول غير المتحدثة باللغة الإنجليزية، وخصوصاً فرنسا وذلك لحماية لغتها الوطنية، ونتيجة لذلك تبنت إجراءات تفرض على مستخدمي شبكة الأنترنت استخدام اللغة الفرنسية عند القيام بأي إجراء أو القيام بأي نوع من الاتصالات بين المؤسسات العامة والإدارات في علاقتها بمستخدمي الشبكة، أو في الإعلانات المتعلقة بالسلع والخدمات المقدمة للعملاء، أو في الإعلانات التجارية أو التلفزيون أو الراديو[١] .

وقد تضمن القانون الاجراءات الفرنسي رقم (٧٥/١٣٤٩) بتاريخ ٣١ ديسمبر/كانون الأول ١٩٧٥ هذه الإجراءات، والذي أوجب استعمال اللغة الفرنسية في عمليات التقديم والعرض والنشر المطبوع والمكتوب كافة، وفي جميع عقود الأموال والخدمات، وحجب استخدام أي مصطلح أجنبي متى كان له ما يقابله من مصطلح فرنسي، وهذا ينطبق على العمليات الرقمية وغيرها، وقد وجد لهذا الاتجاه تطبيقاً في القضاء الفرنسي، إذ قضي بالتعويض والغرامة على إحدى دور النشر عندما استعملت بعض من المصطلحات الأجنبية ذات الصلة بالحواسيب الإلكترونية، وهي كلمتي (Hardware) و(Software) على أساس أنّ دور النشر كان بإمكانها الاستغناء عن المصطلحين السابقين والاستعاضة عنهما بكلمتي Programme و Ordinateur [٢].

ولم يقف الأمر عند هذا الحد، بل أنشأت فرنسا الرابطة العامة لمستخدمي اللغة الفرنسية لتقوم بحماية اللغة الفرنسية، وقد سميت هذه الرابطة باسم Association General de Usahers de Langue Francaisa (AGULF)، وقامت أيضاً بإصدار قانون توبون رقم (٩٤/٦٦٥) في ٤ أغسطس/آب ١٩٩٤ بشأن اللغة الفرنسية، ١٩٧٥، والهدف الرئيس لقانون ١٩٩٤ هو المحافظة على اللغة الوطنية، وحماية مصالح وحقوق المستهلك بواسطة إيجاد العديد من القواعد، تفرض استخدام اللغة

---

[1] Jan Jaap Kuipers، op. cit.، p. 178.

[٢] نقلا عن د. أسامة أبو الحسن مجاهد، مصدر سابق، ص٥٥.

الفرنسية في العمليات التي يكون المستهلك طرفاً فيها كافة. وبهذه المثابة يستثنى من تطبيق أحكام هذا القانون العلاقات التي تتم بين المستهلكين الأجانب والمهنيين كافة، فالقانون لا ينص على الاستخدام الجبري للغة الوطنية عندما يكون المستهلك أجنبياً، فالأجنبي تتاح له الفرصة لاختيار اللغة التي يراها مناسبة له ، إذ نصت المادة (٢) من القانون المذكور التي تتناول نطاق تطبيق هذا القانون، إذ ينطبق هذا القانون على تحديد أي التزام أو تحديد أي طريقة استخدام أو عرض أو وصف للمنتج أو الخدمة، وفي الإيجاب وشروط الضمان، وفي المخالصات والفواتير، ويتضح من هذا النص أن القانون يوجب استخدام اللغة الفرنسية في المجالات كافة منها[١]

١- المعلومات المدونة على الصندوق أو السلعة أو الغلاف الذي توجد بداخله.

٢- المعلومات المدونة والمعدة للجمهور.

٣- عقود الـــتأمين.

٤- العبارات المسجلة مع العلامة أو الماركة.

٥- المجالات الخاصة بالعرض والنشر كافة، وكذلك صور التعاقد.

٦- جميع المستندات المتعلقة بتقديم المعلومات للمستهلك كطلب بضاعة أو إرشادات أو وصولات .

٧- المعلومة المدونة على الصندوق أو السلعة أو على الغلاف الذي توجد بداخله .

وقد واجه هذا الموقف المتشدد من قبل المشرع الفرنسي انتقادات شديدة من قبل الفقه الفرنسي، لأنّه يحول من دون استخدام تكنولوجيا المعلومات في مجال التجارة

---

[١] المادة ٢/ من قانون توبون رقم ٦٦٥ سنة١٩٩٤ ، نقلا عن د. اسامة ابو الحسن ، مصدر سابق ، ص ٥٦ ، ٥٧ .

الدولية، الأمر الذي يسبب ويلحق ضرر بالغاً بالاقتصاد الوطني ولأنّه ليس من الممكن تغطية لغات العالم بالكامل، لاسيما إذا كان التعامل دولياً، ولا يخفى مدى خطورة هذا الأمر على عقود التجارة التي تتم بصورة إلكترونية، وبصفة خاصة إذا وجدت تشريعات متشابهة في بلدان أخرى تفرض على مواطنيها استخدام اللغة الوطنية. [١] .

ونتيجة لذلك من الممكن تخطي هذا الحجب في مجال العمليات المصرفية الرقمية التي تتم عبر الشبكات الإلكترونية، إمّا عن طريق الاستعانة باللغات الأساسية في عرض الخدمات، أو تقديم الخدمات عبر الشبكة الإلكترونية التي توجب وتلزم استخدام لغتها الوطنية، أو على الأقل تلازم اللغة الوطنية ترجمة باللغة الإنجليزية أو لغة أجنبية أخرى، أو باللجوء إلى التوجيه الأوربي الصادر في ٢١ أيار عام ١٩٩٢، والذي ميز بين المعاملات التي تتخطى الحدود الوطنية والمعاملات الوطنية بحد ذاتها، إذ أجاز التعاقد باللغة الأجنبية في النوع الأول .

إنَّ إعمال فكرة النظام العام في العمليات المصرفية الرقمية يمكن أن تتحقق إما باللجوء إلى النظام العام التوجيهي الدولي، أو باللجوء إلى النظام العام الوقائي الدولي، ففي إعمال فكرة النظام العام الوقائي بمفهومه الدولي على عقود العمليات المصرفية الرقمية، سيتم تطبيق هذه الفكرة على العمليات المصرفية الرقمية التي تتم عبر شبكة الأنترنت، والتي يكون الزبون طرفاً فيها على اعتبار أنّ الزبون هو الطرف الضعيف في العقد، إذ تثار فكرة النظام العام كردة فعل عندما يقوم المتعاقد الآخر مع الزبون، الذي يعدّ هو الطرف الأقوى في العقد، بفرض قانون ينكر ويتجاهل حقوق الزبون [٢] .

وقد وجد هذا النهج تكريساً له في بعض التشريعات الوطنية، من أمثلة هذه التشريعات القانون الدولي الخاص السويسري سنة ١٩٨٧، إذ نصت المادة (١/١٢٠) على أنّه (يسري على عقود الاستهلاك قانون دولة محل الإقامة المعتادة للمستهلك؛ إذا

---

[١] د. أسامة أبو الحسن مجاهد، مصدر سابق، ص٥٦ وما بعدها .

[٢] د . صالح المنزلاوي ، مصدر سابق ، ص٣٠٩ .

كان الطرف الآخر في العقد هو مقدم السلعة، وأنْ نائبه قد تلقى الطلب في هذه الدولة ، وإذا كان قد وجد اقتراحاً أو إعلاناً تم توجيهه إلى المستهلك وقام هذا الأخير في هذه الدولة بالأعمال الضرورية اللازمة لإبرام العقد، أو إذا كان المورد قد حثَّ المستهلك على الذهاب لدولة أجنبية وتمَّ إبرام العقد في تلك الدولة) .

وقد وجد هذا النهج تطبيقاً له أيضاً في اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠، فهذه الاتفاقية بعد أنْ أشارت إلى حرية المتعاقدين في اختيار القانون واجب التطبيق على عقدهم، حتى لوكان هذا الأخير منبت الصلة عن العقد (م١/٥)، ألا أنّها تضمنت وضعاً استثنائياً فيما يخص العقود المبرمة مع المستهلكين، إذ نصت المادة (٢/٥) من هذه الاتفاقية على أنّ (اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق لا يمكن أنْ يؤدي إلى حرمان المستهلك من الحماية التي تكفلها له الأحكام الآمرة في بلد محل إقامته المعتادة)[١] .

وخلاصة القول، لا يمكن أنْ نسلم في الوقت الحاضر بما يطلق عليه فقهاء القانون الدولي الخاص (النظام العام الدولي بالمعنى الحقيقي) في شكل النظام العام العالمي، بالإضافة إلى العقبات والمصاعب السابقة التي تعوق الاعتراف بهذا النظام العام، تظهر صعوبة أخرى في بيان تحديد وتحجيم للمصلحة التي يحميها هذا النظام العام، ويجب أنْ يتم تنظيم هذه الفكرة باتفاقية دولية، تبين وتحدد فيها القواعد التي تدخل في هذا النظام العام، وبيان الدور الذي تلعبه هذه القواعد، وتحديد الجزاء المترتب على مخالفة هذه القواعد، مع الأخذ بعين الاعتبار طبيعة علاقات التجارة الرقمية وما تتطلبه من حرية أوسع لأطراف العقد .

---

[١] مشار لهذه المواد في د. طرح البحور علي حسن فرج، مصدر سابق، ص٢٨٧.

المبحث الثاني

تحديد القانون واجب التطبيق على منازعات العمليات المصرفية الرقمية في ظل غياب اتفاق الأطراف

إذ لم يتفق المتعاقدون في عقود العمليات المصرفية الرقمية التي تتم عبر الوسائل الإلكترونية صراحةً على اختيار القانون الذي يحكم عقدهم، وتعذر استخلاص إرادتهم الضمنية في هذا المجال، فإنه لا يسوغ للقاضي أن يمتنع عن أداء واجبه للنظر في القضايا المعروضة عليه، وإلاّ وقع ضمن طائلة العقاب المقرر عن جريمة إنكار العدالة[١] .

ولا يجوز أيضاً أنْ يغض الطرف عن القوانين التي تتزاحم على تحكم الرابطة العقدية محل النزاع ويعمد بالاختصاص للقانون الوطني مباشرةً، وإنما يتعين عليه أنْ يجتهد حتى يتمكن من تحديد القانون واجب التطبيق على العقد بالنظر إلى ما كان يقصده الأطراف[٢] .

بيد أنَّ القاضي في هذه الحالة لا يبحث عن الإرادة الحقيقية للأطراف، بل يفرض عليهم إرادة غير موجودة فعلاً ويقيمها على أساس قرائن مستوحاة من الرابطة العقدية نفسها أو من خلال ظروف وملابسات الحال، وهي ما سميت بـــ (الإرادة

---

[١] ينظر: المواد (٢٨٦ إلى ٢٩٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل والمواد من (٥٧ إلى ٦٢) من قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ المعدل، وقانون العقوبات المصري رقم ٨٥ لسنة ١٩٣٧ ،وفقا لأخر تعديل صادر في ٢٠ نوفمبر عام ٢٠٢١الذي ينص على أنّه (إذا امتنع أحد القضاة عن الحكم يعاقب بالعزل أو بغرامة لا تزيد عن مائتي جنيه ويعدّ ممتنعا عن الحكم كل قاضٍ أبى أو توقف عن إصدار حكم بعد تقديم طلب إليه في هذا الشأن بالشروط المبينة في قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية ولو احتج بعدم وجود نص في القانون أو بأنّ النص غير صريح أو بأي وجه آخر).

[٢] د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي ، مصدر سابق، ص101.

المفروضة Imputed Intention)[١]، فإرادة القاضي وليس إرادة الأطراف هي التي تتسلم تعيين قانون العقد، وذلك من خلال اللجوء إلى مؤشرات عوامل ذات علاقة موضوعية تشير إلى القانون الذي يرتبط بالعلاقة ارتباطاً وثيقاً[٢] .

ويقوم القاضي بتعيين القانون الأكثر صلة بالرابطة العقدية إما بإسناد تلك الرابطة لضوابط مرنة un rattachement souple تستنبط من الطبيعة الذاتية للعقد ومن أهم تلك الضوابط هو ضابط الأداء المميز للعقد، أو بإسنادها لضوابط جامدة un rattachement rigide ومعلومة سلفاً للأطراف كمكان إبرام العقد أو تنفيذه أو الموطن المشترك للأطراف والجنسية المشتركة[٣] .

وتوضيحاً لما سبق سنبحث هذا الموضوع من خلال ثلاثة مطالب، سنتولى في المطلب الأول بحث الإسناد الجامد والتحديد المسبق للقانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية، في حين سنعقد المطلب الثاني لبحث نظرية الأداء المميز كضابط إسناد لتحديد القانون واجب التطبيق على العمليات المصرفية الرقمية، وأخيراً سنخصص المطلب الثالث لبحث تطبيق القانون الموضوعي الرقمي على العمليات المصرفية الرقمية.

المطلب الأول

الإسناد الجامد والتحديد المسبق للقانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية

اتجه فقهاء القانون الدولي الخاص إلى تحديد القانون الذي يحكم العقد في ظل غياب اتفاق أطراف العقد بموجب ضوابط مرتبطة بإرادة الأشخاص، وكان هذا التحديد

---

[١] د. عز الدين عبد الله، مصدر سابق، ص٤٠١ وما بعدها.

[٢] د. هشام علي صادق، مصدر سابق، ص٥٨٤ وما يليها.

[3] Duaso Calés (R.)، Op.Cit، P. 6.

قائماً على فكرة الإرادة الضمنية للأطراف[١]، وفي ظل بقاء إسناد الرابطة العقدية إلى تلك الضوابط في أغلب تقنينات القانون الدولي الخاص المعاصرة، وفي حال عدم وجود إرادة صريحة أو ضمنية للمتعاقدين فيما يخص القانون واجب التطبيق على عقدهم بوصفه إسناداً معبراً عن الصلة الوثيقة التي تربط العقد بقانون محل تنفيذه أو إبرامه أو الموطن المشترك أو جنسية المتعاقدين .

وقد تبنت بعض التشريعات الوطنية ومنها القانون المادة العراقي في المادة (٢٥ /١) والمادة (١/١٩) من القانون المدني المصري ، وقد تبنت معيارا جامدا فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق في حالة انعدام الارادة الصريحة أو الضمنية للأطراف فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم ، حيث تقرر انه في حال غياب اختيار الاطراف للقانون الواجب التطبيق على عقودهم ، فأن الالتزامات الناشئة عن هذه العقود تكون محكومة بقانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين ، اذا اتحدا موطنا ، فأن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد .

ويستفاد من هذا النص ان المشرع العراقي لم يترك للقاضي تكملة ارادة المتعاقدين عند تخلف ارادتهما الضمنية ،بل أتى بضابطي الاسناد الجامد والاسناد المرن وقرر الاخذ بهم على سبيل التدرج [٢] .

وان يكفله الأطراف من العلم المسبق بالقانون الذي يحكم عقدهم في حال غياب اختياره، وبهذه المثابة يصون للأفراد توقعاتهم ويتحقق الأمان المنشود، ويكفل للعمليات المصرفية الثبات والاستقرار، غير أنّ تحديد هذه الضوابط بشكل مسبق يترتب عليه أن تأتي هذه الضوابط غير متوافقة مع فكرة القانون الأكثر صلة بالرابطة العقدية، علاوة على أنّها قد تثير العديد من الصعوبات في شأن العمليات المصرفية الرقمية، والتي تتم

---

(1) Duaso Calés (R.)، op. cit.، p. 9.

[٢] د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، مصدر سابق، ص١١٠٣.

عبر الشبكات الإلكترونية[١]، ولغرض الوقوف على كيفية إسناد الرابطة العقدية في العمليات المصرفية الرقمية سنقسم هذا المطلب على فرعين، سنتناول في الأول منه إسناد الرابطة العقدية لقانون دولة محل تكوين العقد وقانون محل تنفيذ العقد، وسنبحث في الفرع الثاني منه إسناد الرابطة العقدية لقانون الجنسية المشتركة وقانون الموطن المشترك للمتعاقدين .

الفرع الأول

إسناد الرابطة العقدية لقانون دولة محل ابرام وتنفيذ العقد

ذهبت بعض التشريعات ومنها التشريع العراقي والتشريع المصري إلى الاستناد لقانون دولة محل ابرام وتنفيذ العقد لتعيين قانون العقد، في حال انتفاء الإرادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين في هذا المجال، لاسيما إذا كانت لديهم الجنسية المشتركة، أو إذا لم يكن لهم موطن مشترك [٢] .

ومن جانبه يعتد القضاء الفرنسي في حكم لها صادر بتاريخ ٣١ايار ١٩٣٢ بمكان إبرام العقد كمعيار مهم لتحديد القانون واجب التطبيق والذي يحكم العقد حال انتفاء اختيار المتعاقدين لهذا القانون، كما أنّ غالب قواعد التنازع الفرنسية تنظم شكل التصرف طبقاً لقواعد قانون المحل الذي يحكم شكل التصرف [٣] .

وقد عبّر عن تأييد إسناد الرابطة العقدية لقانون محل ابرام وتنفيذ العقد الآتي [٤] :

---

[١] د. هشام علي صادق، مصدر سابق، ص٥٤٩.

[٢] المادة ١/٢٥ من القانون المدني العراقي والمادة ١٩ /١ من القانون المدني المصري .

[٣] مشار له في د. عصام الدين القصبي، مصدر سابق، ص٨٧٦.

[٤] د. صالح المنزلاوي، مصدر سابق، ص٣٢٧.

١- أنه يكفل للأطراف إمكانية عرض الحلول المطبقة بشكل أكثر تفصيلاً عن غيره.

٢- أنه يضمن وحدة الحلول القانونية التي تطبق على الرابطة العقدية.

٣- أنه إسناد يعبر عن وجود صلة وثيقة بين العقد والقانون.

٤- أنه يكفل للأطراف ميزة العلم المسبق بالقانون الذي يحكم العقد، ومن ثم يكفل الأمان القانوني لهم ويصون لهم توقعاتهم، إذ يمكنهم إبرام عقدهم في بلد معين يعترف بصحة التوقيعات والتصرفات القانونية التي تتم عن طريق شاشات الحواسيب الإلكترونية .

على أن الحجج التي ساقها أنصار هذا الرأي المؤيد لإسناد الرابطة العقدية لقانون محل إبرام العقد، يمكن أن توجه اليها بعض سهام النقد على النحو الاتي[١] :

١- إنَّ إسناد العلاقة العقدية لقانون محل الإبرام، قد يبدو ملائماً للروابط العقدية التي كانت تتم بين التجار في غرب أوربا ومدنها، غير أنّه لم يعدّ ملائماً للعمليات التي تتم بصورة رقمية، والتي لا تسمح طبيعتها بتركيز تلك العمليات تركيزاً مكانياً[٢] .

٢- إنَّ إبرام العقد في بلد ما قد يتم بناءً على ظروف عارضة لا تكفي لقيام رابطة جادة وحقيقية بين قانون محل الإبرام والعقد، إذ يمكن للشخص أن يتعاقد بواسطة حاسوبه الشخصي أو جواله الخاص، وهو ينتقل من دولة إلى أخرى أو يتواجد في أماكن لا تخضع لإقليم دولة معينة[٣] .

٣- إنَّ إسناد العلاقة لقانون محل ابرام العقد يؤدي إلى الإخلال باليقين القانوني الذي ينشده المتعاقدون، لأنّه قد لا يعين على تحديد القانون واجب التطبيق بشكل مبسط،

---

[١] د. هشام علي صادق، مصدر سابق، ص٥٥٣ وما بعدها.

[٢] د. إبراهيم أحمد إبراهيم، مصدر سابق، ص٣٤٥.

[٣] د. محمد السيد عرفة، مصدر سابق، ص٤٠٨.

لأنَّ التعاقد عن طريق الأنترنت يفترض معه اتصال العقد أثناء إبرامه بجميع الدول ذات الاتصال بالأنترنت .

ويضاف إلى ذلك أنّ التوصل إلى تحديد مكان إبرام العقد، لا يعني كذلك تحديد القانون الذي يحكم العقد[١]، ويرجع السبب في ذلك بالطبع إلى اختلاف النظم القانونية حول المكان الذي يعتد به كمكان لإبرام العقد، هل هو محل إقامة البائع، أو محل المستضيف للموقع، أو يقصد به محل إقامة المشتري، والأمر نفسه نجده بالنسبة للعقود التي تتم من خلال البريد الإلكتروني، فهل يعتد بتكوين هذه العقود بمكان إرسال القبول أو بمكان تسلمه[٢]، ونخلص من ذلك إلى أنّ إسناد الرابطة العقدية لقانون بلد محل إبرام العقد، يصعب تحقيقه في مجال العمليات المصرفية التي تتم من خلال شبكات الأنترنت، لأنّ إسناد العلاقة العقدية فيما يتعلق بالعمل المصرفي الرقمي لقانون محل تكوين العقد ليس بالأمر اليسير ، لأنّه يصعب من خلاله على المتعاقدين تحقيق الغاية المنشودة التي سعوا إليها من خلال هذا العقد ، لأنَّ التعاقد عبر العالم الافتراضي يفترض الاتصال بجميع الدول المتصلة بهذا العالم ومن ثم يصعب علينا تحديد مكان تكوين العقد .

وأمّا فيما يتعلق بإسناد الرابطة العقدية لقانون دولة تنفيذ العقد فقد ذهب جانب من الفقهاء على رأسهم الفقيه الألماني(Saviny) إلى أهمية إسناد العقود الدولية لقانون محل تنفيذ العقد، على اعتبار أنّ الرابطة العقدية ترتب آثارها في هذه الدولة نفسها، وقد

---

[١] د. فاروق محمد أحمد الأباصيري، مصدر سابق، ص١١٤.

[٢] د. صالح المنزلاوي، تسوية النزاعات التجارية عبر شبكات الاتصال الإلكترونية، بحث منشور مجلة في المحامين العرب، قطر ، العدد الثالث، منشور عبر الموقع: http://www.mohamoon-montada.com/، تالايخ النشر ٢٠٠٩/٦/١٠ ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/٨/٢١.

كان من شأن ذلك التخفيف من أهمية محل إبرام العقد في تحديد القانون واجب التطبيق[١] .

ولقد تبنى العديد من التشريعات الوطنية للقانون الدولي الخاص هذا الضابط في العمليات المصرفية الدولية، كما ابقت عليه العديد من الاتفاقيات الدولية الأوربية، ويأخذ فيه القضاء في ألمانيا كضابط احتياطي في حالة عدم وجود إرادة صريحة أو ضمنية للمتعاقدين فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق على عقدهم، ويأخذ به القضاء الفرنسي في بعض احكامه فيما يخص آثار العقد، ويرجحه القضاء الإنجليزي على قانون محل إبرام العقد عندما يكون تنفيذ العقد كلياً أو جزئياً واجباً في مكان غير مكان تكوين العقد[٢] .

ويتحرك الإسناد إلى قانون دولة محل تنفيذ العقد على أساس أنّه المكان الذي تتركز فيه مصالح الأطراف، ففي هذا المكان سيجني ثمار تعاقدهم وتنعقد فيها مسؤولياتهم عن عدم تنفيذ التزاماتهم، فمحل التنفيذ يعبر عن مركز الثقل والارتباط الاقتصادي والاجتماعي في الرابطة العقدية، ويسمح بتطبيق قانون البلد الذي يتأثر اقتصادها بالعقد، أضف إلى ذلك أنّه المكان الذي تتجسد فيه الالتزامات التعاقدية، لأنّ قيام المتعاقدين بإبرام عقد ما يكون دائماً بقصد تنفيذه[٣] .

وإذا كان هناك مزايا سالفة الذكر لتطبيق قانون دولة محل تنفيذ العقد، فإن هناك بعض العقبات التي تثار عند إعمال هذا الضابط المكاني على عقود العمليات المصرفية الرقمية، التي تتم عبر شبكة الأنترنت، ويمكننا عرضها من خلال التمييز بين العقود

---

[١] د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ط٥، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٥، ص٤٠٤.

[٢] سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٨، ص٢٧٨ وما بعدها.

[٣] د. هشام علي صادق، مصدر سابق، ص٢٧٨ وما بعدها.

التي تنفذ على شبكة الاتصال المعلوماتية والعقود التي تنفذ مباشرة خارج شبكات الاتصال المعلوماتية .

فالأصل أنَّ العقود التي تنفذ مباشرة خارج شبكات الاتصال المعلوماتية لا تمثل مشكلة حقيقية؛ لأنّها تحيل إلى عناصر مادية تدور حول مكان تنفيذ العقد، وهذا المكان يكون دائماً هو مكان الخدمة أو تسليم الطلب، غير أنّه من المتصور أنّ يقوم المتعاقدون بأداء التزاماتهم في أماكن عديدة متنوعة، ومن ثم يخضع العقد لقوانين عدة ، وقد يصعب تحقيق التوافق بين هذه القوانين، بسبب اختلاف النظم القانونية وتنوعها حول محل تنفيذ العقد[١] .

الفرع الثاني

إسناد الرابطة العقدية لقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين وقانون الموطن المشترك للمتعاقدين

تبنت بعض التشريعات الوطنية ومنها التشريع العراقي والمصري الاتجاه الذي يقضي بإسناد الرابطة العقدية إلى قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين، إذا اتحدت عند سكوت المتعاقدين عن اختيار قانون الإرادة صراحةً أو ضمناً[٢] .

وقد اختلف القضاء في شأن قانون الجنسية المشتركة، فعدّته بعض أحكام القضاء الفرنسي قرينة على الإرادة المفروضة، في حين عدّته أحكام أخرى دليلاً على مركز الأعمال المشترك أو دليلاً على الإرادة الضمنية[٣] .

والواضح أنَّ إسناد الرابطة العقدية إلى دولة الجنسية المشتركة استنادا الى المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي، هو إسناد منتقد ومن ثم يصعب التعويل

---

[١] د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، مصدر سابق، ص٤٠٦.

[٢] د. صالح المنزلاوي، مصدر سابق، ص٣٣٢.

[٣] د. عز الدين عبد الله، مصدر سابق، ص٤٠٥.

عليه في شأن عقود العمليات المصرفية الرقمية لضعف الصلة بين العقد والقانون واجب التطبيق وفقاً لهذا الأساس، وأكد الفقه أنّ الجنسية الأجنبية للمتعاقد لا تعدّ عنصراً مؤثراً في عقود العمليات الدولية، ولا تصلح ذاتها كأساس لإضفاء صفة الطابع الدولي على هذه العقود[١]، وعلاوة على ذلك فإنّ الاعتداد بجنسية الأطراف يتطلب التحقق من هوية المتعاقدين وتحديد أماكن تواجدهم وقت إبرام العقد، وهو أمر لا تأبه به العمليات المصرفية الرقمية .

وأمّا فيما يتعلق بإسناد الرابطة العقدية لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين، إذ لا تزال بعض التشريعات الوطنية تطبق قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للأطراف، إذا اتحدا موطناً ويفضلونه على قانون محل إبرام العقد[٢]، فالتشريع العراقي على سبيل المثال قد منح لقانون دولة الموطن المشترك للأطراف المركز الأول في الترتيب[٣]، وهي الأفضلية التي منحها التشريع المصري نفسها[٤] .

ويدفع أنصار هذا الإسناد عنه بالقول بأنّ قانون الموطن هو القانون الذي يعرفه الأطراف أكثر من غيره، وقد دأبوا أنْ يرتبوا سلوكهم وفق أحكامه، ومن ثم في مقدورهم أنْ يتوقوا ما يترتب على تطبيقه من آثار إيجابية أو سلبية بالنسبة لهم[٥] .

---

[١] د. هشام علي صادق، مصدر سابق، ص٧٥ وما بعدها.

[٢] د. هشام علي صادق ، مصدر سابق، ص٨٣.

[٣] نصت المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي على انه (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا ، فاذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ، هذا مالم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانونا اخر يراد تطبيقه) .

[٤] نصت المادة (١/١٩) من القانون المدني المصري على انه (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا ، فاذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ، هذا مالم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانونا اخر يراد تطبيقه) .

[٥] د. أحمد محمد الهواري، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص١٥٥.

والأصل أنْ تحديد الموطن يعتمد على الربط بين المكان والشخص برباط قانوني، ولهذا يعرّفه المشرع العراقي بأنّه المكان الذي يقيم فيه الفرد أو يتخذ منه مركزاً لأعماله، فالأصل أنّ الموطن يتحدد بمكان حقيقي للأطراف، وعلى الرغم من استبانة هذه الفكرة، إلاّ أنّه يصعب تطبيقها في مجال العمليات المصرفية الرقمية التي تتم عبر شبكة الأنترنت، ذلك أنّ التعامل عبر الشبكة المعلوماتية يعتمد على العناوين الإلكترونية لا على العناوين الحقيقة، وهذه العناوين لا تمثل دلائل واضحة عن العنوان الحقيقي، فهنالك مواقع على شبكة الأنترنت تحمل عناوين ذات علاقة وارتباط ببلدان معينة، ومع ذلك لا يوجد لها مكان عمل حقيقي بالمعنى الشائع، ومثال ذلك العناوين التي تنتهي بـــ (.FR)، علاوة على أنّ هناك عناوين لا ترتبط ببلدان معينة كما هو الشأن في العناوين التي يشار إليها في نهاية المقطع بـــ (.Com) أو (Org)[١] .

وبالإضافة إلى ذلك، تكون مواقع الويب في حركة مستمرة والمتعاقد يقوم بممارسة أنشطته الاقتصادية بغض النظر عن توطين مواقع الويب Localisation des Sites Web، أو مقدمي الخدمات، فالعناوين الإلكترونية لم تصمم أصلاً بمنظور جغرافي، ولذلك فهي تتصف بعدم التوطن .

وأخيراً يجب عدم الاصطدام بالطابع المادي والإقليمي لمعايير فض التنازع القانوني، باعتبار أنّ هذه الضوابط يشوبها كثير من الصعوبات والغموض عند تطبيقها على العمليات المصرفية الرقمية التي تتم عبر شبكة الأنترنت، ولعلَّه هو السبب في تبني القضاء والفقه المعاصر ضوابط موضوعية أخرى لتعيين قانون العقد، ومن أهم هذه الضوابط ضابط الأداء المميز في العقد. في ظل عدم تأهيل قاعدة الإسناد التقليدية فهنا تتحرك قاعدة الأداء المميز للعمل في هذا الموضوع .

---

[١] د. يوسف العلي، مصدر سابق، ص٢٤٠.

المطلب الثاني

الأداء المميز كضابط إسناد لتحديد القانون واجب التطبيق على العمليات المصرفية الرقمية

إنَّ تبني ضابط محل تكوين العقد أو تنفيذه أو قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للأطراف، يصعب تطبيقه على العمليات المصرفية التي تتم عبر الشبكات الإلكترونية، وقد نتجت عن هذ الصعوبات تبني القضاء والفقه والتشريع ضابطا موضوعيا أخر لتعيين القانون الذي يحكم العقد، ومن أهم تلك الضوابط ضابط الأداء المميز للعقد[١]. ويقوم هذا الضابط على فكرة مفادها تنوع معاملة العقود وتحديد القانون الذي يحكم العقد، وطبقاً للالتزام الأساسي فيه، فعلى الرغم من كثرة الالتزامات في العقد الواحد، إلاّ أنَّ أحد هذه الالتزامات هو الذي يميز العقد ويعبر عن جوهره، ومن ثم يجب الاعتماد عليه لتعيين القانون واجب التطبيق على جملة العقد[٢] .

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى تعريف الأداء المميز للعقد بأنّه (الأداء الذي يسمح بوصف العقد وتمييزه عن بقية العقود)[٣]، وعرف أيضاً بأنه (ذلك الأداء الذي بمقتضاه يكون دفع المقابل النقدي واجباً والالتزام بأداء الثمن لا يمكن أنْ يكون أداءً مميزاً ، لأنّه التزام مشترك في العديد من العقود ولا يميزها عن بعضها)[٤]، ففكرة الأداء المميز تجد أساسها في البحث عن الأداء الجوهري وإلهام في الرابطة العقدية، وبناءً على ذلك، يعدّ أداءً مميزاً التزام البائع بتسليم المبيع أو التزامه بنقل الملكية للمشتري، والتزام المورد

---

[١] د. صالح المنزلاوي، مصدر سابق، ص٣٣٦.

[٢] د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي ،مصدر سابق، ص١١٠٤.

[3] Jean- Baptiste (M.)، Op. Cit.، P.28.

[٤] د. احمد عبد الكريم سلامة ، مصدر سابق ، ص٣٤٠ .

بتوريد الخدمة في عقود الوكالة وعقود المقاولة، على أساس أنّ هذه الأداءات تعبر عن مركز الثقل الاجتماعي والاقتصادي في الرابطة العقدية[١] .

وقد أيدَّ العديد من فقهاء القانون الدولي الخاص فكرة الأداء المميز، وهي تلتقي مع نظرية التوطين أو التركيز الموضوعي Theorie de la localization، والتي يمكن من خلالها تحديد الاداء المميز لاحد طرفي العقد والذي يكتشف من خلاله عن القانون الأوثق صلة بالعلاقة لتطبيقه عليها طبقاً لظروف التعاقد وملابساته التي يتبناها القضاء الفرنسي، حيث قررت محكمة النقض الفرنسية في حكم صدر في ٢٦/يوليو ١٩٥٩ انه "أذا لم يقم المتعاقدون باختيار قانون العقد صراحة ، فعلى قضاة الموضوع أن يتصدوا لتحديد القانون الواجب في ضوء ظروف التعاقد وملابساته [٢]إذ إنّه لا يلجأ إليها إلاّ عند سكوت الأطراف عن الاختيار الصريح أو الضمني لقانون العقد، على أنه يبقى للإسناد طبقاً لنظرية الأداء المميز خاصيته الأساسية في كونه يعدّ إسناداً مسبقاً محدداً وقت إبرام العقد، فهو ليس إسناداً فضفاضاً أو غير محدد، وإنما هو إسنادٌ مقيدٌ يقوم على افتراض مسبق مؤداه أن محل تنفيذ الأداء المميز هو محل إقامة المدين بهذا الأداء[٣]، وهو ما يكفل للمتعاقدين أطراف الرابطة العقدية الأمان القانوني الذي يبتغونه ويصون لهم توقعاتهم المشروعة ويحقق استقراراً في معاملتهم التجارية فيما يخص القانون الذي يحكم روابطهم العقدية[٤] .

خلاصة ما تقدم ، فأن القاضي وفقاً لهذا الضابط هو الذي يقوم بعملية التركيز الموضوعي للعقد وليس المشرع ، فيقوم بتحديد القانون الواجب التطبيق ومن غير أن

---

(1) Jean–Baptiste (M.)، op. cit.، p. 28.

(2) Cass . 26/7/1959 . Crit،1959 .

نقلا عن : د. بشار الاسعد ، عقود الدولة في القانون الدولي ، منشورات زين الحقوقية ، ط٢٠١٠ ، ص٣١٢ .

(3) Batiffol (H.)، op. cit.، p. 6.

[٤] د. هشام علي صادق، مصدر سابق، ص٥٨٧.

يحدد له المشرع مسارات معينة يسير عليها ، اذ يتمتع القاضي في ظل هذا المنهج بسلطة واسعة بالاعتماد على العناصر الموضوعية والشخصية .

وفي تقدير هذا الضابط يمكن القول بأن تحديد القانون الأوثق صلة بالعقد في ضوء ظروف التعاقد وملابساته في كل حالة على حدة ، من شأنه أن يحقق العدالة ويأخذ في الحسبان طبيعة كل عقد من العقود ، الا أن ما يؤخذ عليه ، هو افتقاره الى عنصري اليقين والمعرفة المسبقة ، وهو ما يؤدي الى الاخلال بتوقعات الأطراف ، حيث يصعب عليهم العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق على العقد نظراً لتوقف تحديد هذا القانون على ظروف التعاقد في كل حالة على حدة من خلال تحليلها والموازنة بين عناصر الثقل التي تتضمنها ، وبالتالي الميل بكفة مادونا اخرى ، وهذا مالا يتسق ومتطلبات هذا النوع من العمليات .

وللوقوف على ذلك كله سنقسم هذا المطلب على فرعين، سنخصص الفرع الأول لبحث ضابط الأداء المميز في القضاء والاتفاقيات الدولية، في حين سنفرد الفرع الثاني لبحث مبررات الأخذ بضابط الأداء المميز .

الفرع الأول

ضابط الأداء المميز في القضاء والاتفاقيات الدولية

يعد اسناد العقد الى القانون الأوثق صلة به من خلال ضابط الاداء المميز من أحدث الاتجاهات في تحديد القانون الواجب التطبيق على العمليات المصرفية الرقمية ، اذ انه الضابط ظهرت فكرته أولا في الفقه والقضاء السويسري[١] ، ثم ما لبث ان اخذت به العديد من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية ذات الصلة .

---

[١] راجع بشأن ظهور هذا الضابط في الفقه والقضاء السويسري ، د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مرجع سابق ، ص٥٨١ وما بعدها .

ويقوم ضابط الاداء المميز في العقد على تفريد معاملة العقود وتحديد القانون الواجب التطبيق على كل فئة متماثلة في العقود حسب الوزن القانوني ، والأهمية الواقعية للأداء، أو التزام الاساس في العقد ومكان الوفاء أو تقديمه ، حيث ينفرد كل عقد بأداء يميزه ويحدد خصائصه وما يترتب عليه هو اختلاف القانون الواجب التطبيق في كل حالة على حدة ،وعلى صعيد العمليات المصرفية ونظراً لأنها تأثر بالوسط الاقتصادي والقانوني الذي تتم به، ونظراً لأسلوب العمل بالعمليات المصرفية ، وما يتم استخدامه لتنفيذها وبوسائل فنية أعطت لها خصوصية بالتعامل ، فيمكن لنا أن نؤيدها على هذا الصعيد من جهة، وكون أن تطبيق النظرية لاقى تأييداً واسعاً بين فقهاء وشراح القانون من جهة ثانية، استناداً الى التحديد الدقيق للقانون الأوثق صلة بالعمية لعقدية على اعتبار أن محل تنفيذ الاداء المميز هو موطن المدين بهذا الاداء ، وهو ما يصون للمتعاقدين توقعاتهم ويضمن الاستقرار في العلاقات التجارية الدولية[١] تعدّ نظرية الأداء المميز للعقد وما ينتج عنها من إمكانية توقع القانون الذي سيحكم العقد، نظرية ثابتة في أغلب الأنظمة القضائية، وتعترف بها أيضاً أغلب الأنظمة القانونية، وهي أيضاً تعدّ مبدأ عاماً معرفاً به في الاتفاقيات الدولية، فقد ظهرت فكرة الأداء المميز في الفقه السويسري في العقد الثالث من القرن العشرين، وكان أول من أقترح فكرة إسناد العقد لمحل إقامة المدين بالأداء الجوهري أو المميز هو القاضي السويسري (ستايفر) في الأربعينيات من القرن الماضي ، لأنه يعد مركزا للرابطة العقدية في مجموعها وقد كانت أولى الأحكام القضائية في هذا الشأن، حكم المحكمة الفيدرالية السويسرية الصادر سنة ١٩٥٢ في قضية(Chevally Genimportex)[٢] .

---

[١] ينظر د. احمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، مفاوضات العقود الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨ ، ص١٩٩ .

[2] P. Sarcevic and others، Yearbook of private International Law، Swiss Institute of Comparative Law، Lausanne، Switzerland، Vol. VII.، 2005 p. 187. https://www.books.google.com/.

وفي عام ١٩٦٦ سنحت الفرصة مرة أخرى للمحكمة الفيدرالية السويسرية لتؤكد هذه الفكرة، إذ قررت أنّه (في حال سكوت الأطراف عن القانون الذي يحكم العقد يخضع للقانون الذي يرتبط به بأوثق صلة وهو قانون محل إقامة الطرف المدين بالأداء المميز في العقد)، أي تركيز العلاقة العقدية للقانون الأوثق صلة بالعقد [١] .

والتركيز الذي نعنيه هنا هو ذلك القائم على إسناد العقد أو العملية المصرفية الرقمية إلى وسطه أو البيئة التي يرتبط بها ويؤثر فيها ويتأثر بها .

وقد قننت بعض التشريعات المعاصرة هذا الضابط كما نصت المادة (١/١١٧) من القانون الدولي الخاص السويسري الصادر عام ١٩٧٨ على أنّه (عند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الذي يحكم العقد، يخضع الأخير لقانون الدولة الأكثر ارتباطاً بالعقد، وهذه الروابط يفترض وجودها مع الدولة التي يوجد بها محل الإقامة العادية للطرف المدين بالأداء المميز، أو التي توجد بها محل الإقامة العادية للطرف المدين بالأداء المميز، أو التي توجد بها منشأة هذا الأخير إذا كان العقد قد أبرم في إطار ممارسة نشاطه المهني أو التجاري)[٢] .

تعدّ نظرية الأداء المميز من المبادئ الأساسية لقانون التجارة الدولية، حيث اخذت بضابط الاداء المميز اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ، وذلك في المادة (الرابعة) منها ، والتي تنص على أنه " عند انعدام الاختيار الصحيح يسري على العقد قانون الدولة التي له بها أكثر الروابط وثوقا ، ويفترض أن العقد يرتبط بأوثق صلة بقانون الدولة التي يوجد بها عند التعاقد محل

---

[١] نقلا عن د. بشار الأسعد ، مرجع سابق ، ص١٣٢ وما بعدها .

[٢] ينظر : القانون الدولي الخاص السويسري منشور على شبكة الانترنت :

http://www.admin.ch/ch//lrs/291/Date:20/9/2022

الاقامة المعتاد للطرف المدين بالأداء المميز أو مركز ادارته فيما لو كان الشخص اعتباريا[١] .

وإذا كان الأداء المميز للعقد سيتم بواسطة شركة أخرى بخلاف الشركة الأساسية، فإنّ قانون الدولة التي يتواجد بها مقر تلك الشركة هو الذي يحكم العقد، وهكذا تكون اتفاقية روما قد وضعت قرينة بسيطة تتمثل بأنَّ العقد يرتبط بالدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتادة للطرف المدين بالأداء المميز للعقد، وهذا ينطبق على مقدم الخدمة أو دولة البائع[٢] .

ولا يحول خضوع عقد البيع على هذا النحو لقانون محل إقامة البائع، بوصفه المدين بالأداء دون الخروج على هذا القانون حماية وللمشتري، بوصفه الطرف الضعيف في العقد، فالمادة (٢/٣) من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٩٥، بعد أن أقرت محل الإقامة المعتادة للبائع أو منشأته كضابط إسناد لتعيين قانون العقد، تقضي بأنّ البيع يكون محكوماً بواسطة القانون الداخلي للدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتادة للمشتري أو التي يوجد بها مقر منشأته، إذا كان هذا الأخير قد تسلم طلب البائع أو نائبه أو وكيله في محل أقامته أو منشأته[٣] .

وأيدت هذا الاتجاه المتمثل بحماية الزبون اتفاقية روما لعام ١٩٨٠؛ إذ أشارت في المادة الخامسة منه إلى أنّه (في حال تخلف المتعاقدين عن اختيار القانون واجب التطبيق، تخضع العقود المبرمة لقانون الدولة التي يوجد بها محل الإقامة العادية للمستهلك إذا سبق إبرام العقد عرضاً أو إعلاناً وجه خصيصاً له، أو إذا قام المستهلك

---

[١] ينظر نص الاتفاقية منشور على الموقع الالكتروني :
http://www.jus.uio.no/lm/ecapplicable.law.contracts.1980/otc.html:Date: 18/9/2022.

[2] Chappelle (J.)، op. cit.، p. 422 .

[٣] د. خالد عبد الفتاح محمد خليل، مصدر سابق، ص٢٤.

في هذا البلد بالأعمال الرئيسة لإتمام العقد، أو إذا كان الطرف الآخر أو نائبه قد استلم الطلب في محل إقامة المستهلك)[١] .

وخلاصة ما تقدم من هذه النصوص أنَّ القانون واجب التطبيق على العمليات المصرفية الرقمية هو قانون المصرف متى ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر، بوصفه القانون الذي يتعين عليه القيام بالأداء المميز في العملية، هذا ما اتفق عليه أغلب القوانين المذكورة على رأسها القانون الألماني والقانون السويسري، إضافة إلى اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠.

الفرع الثاني

مبررات الأخذ بضابط الأداء المميز في العمليات المصرفية الرقمية

نظراً لخطورة العمليات الرقمية التي يبرمها المصرف ومدى تأثير الاقتصاد الوطني بالعمليات التي تجريها البنوك، يقتضي البحث عن مبررات الأخذ بضابط الأداء المميز في العمليات المصرفية الرقمية وتطبيقها على هذا النوع من العمليات، لتحقيق الغاية والهدف منها هو تحقيق الأمان القانوني للمتعاقدين وتوقعاتهم وتحقيق الاستقرار للمعاملات التجارية الإلكترونية المبرمة، وعليه فإنّه يمكن الإشارة إلى المبررات التالية لتأكيد الفكرة وذلك وفقاً لما يأتي:

١- إنَّ العقود الرقمية المبرمة بين المحترفين أو المهنيين تكون خاضعة لمحل إقامتهم باعتبارهم المدينين بالأداء المميز، فعمليات المصارف الرقمية عمليات متكررة وتتم بأسلوب واحد وتخاطب الكثير من العملاء، بالإضافة إلى الألفاظ والمصطلحات التي استقر التعامل بها في تنفيذ العمليات المصرفية الرقمية، الأمر الذي يضفي الصفة الفنية على عملياتها، ومن ثم فإنّ وحدة النظام القانوني الذي تخضع لها العمليات

---

[١] د. سمير حامد عبد العزيز الجمال، مصدر سابق، ص٥٥.

المصرفية الرقمية يحقق الأمان القانوني للمتعاقدين، وتجعل من قانون البنك القانون الأكثر صلة بالعمليات، الأمر الذي يساعد على اختيار من دون أدنى شك[١] .

٢- إنَّ ضابط الأداء المميز يتسم بالتأكيد والوضوح وهو ما يحقق الأمان القانوني للمتعاقدين لعلمهم السابق بالقانون واجب التطبيق[٢] .

٣- تشدد القضاء وبالأخص في مسؤولية المصارف اتجاه الآخرين نتيجة لخطورة دوره في الاقتصاد الداخلي وللإمكانيات الكبيرة التي يمتلكها تلزمه بما لا يلزم الشخص العادي ولو كان حريصاً، ونظراً لكونه متخصصاً ومحترفاً أكثر من الشخص غير المحترف، فيكون من الطبيعي أنْ ينتظر عملاؤه أكثر ما ينتظر الفرد العادي .

لهذه الاعتبارات يمكن أن يتفق على تطبيق قانون المصرف باعتباره صاحب الأداء المميز في العمليات المصرفية الرقمية ولارتباطه بالوسط الاجتماعي والقانوني والاقتصادي الذي تجري فيه عملياته المصرفية وبالأخص عند غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية المؤكدة، كون أنّ قانون البنك يكون معلوماً سلفاً للمتعاقدين وعند إبرام عقد ما يحقق الأمان القانوني للمتعاقدين وتوقعاتهم وتحقيق الاستقرار للعمليات التجارية الرقمية المبرمة .

وعلى الرغم من تبني بعض الاتفاقيات الدولية وتشريعات القانون الدولي الخاص لهذا الضابط ، فنجد من ناحية أولى، أنَّ إعمال هذا الضابط يؤدي إلى إسناد العقد إلى قانون الطرف الأقوى في العقد والتضحية بمصلحة الطرف الضعيف، ونسوق مثالاً لذلك بعقود توريد الخدمات وعقود البيع التي تتم عبر الشبكة الإلكترونية، ففي هذين العقدين يكون قانون دولة مقدم الخدمة أو قانون دولة البائع هو الواجب التطبيق

---

[١] د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، ط٣ ، دار النهضة العربية، القاهرة ، الطبعة ، ٢٠٠٠، ص٤٢.

[٢] د. صالح المنزلاوي، مصدر سابق، ص٢٣٩.

على العقد؛ إذ يعدّ أداءً مميزاً التزام المورد بتوريد الخدمة والتزام البائع بتسليم المبيع[١] .

ومن ناحية أخرى يقوم الأساس الذي يستند إليه الضابط على قوى جغرافية لا تتلاءم مع طبيعة العمليات التي تجرى عبر شبكة الأنترنت، والتي تتعدى الحدود الجغرافية[٢]، ونلاحظ من جانب آخر أنَّ بعض الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية قد اعتدت بمحل الإقامة المعتادة للطرف الملتزم بتقديم الأداء أو مقر منشأته وقت إبرام العقد كضابط إسناد لتحديد القانون واجب التطبيق على العقد .

ومن ناحية أخرى حدد التوجيه الأوربي الصادر في ٨ يونيو ٢٠٠٠ المتعلق بالتجارة الإلكترونية مكان إقامة مؤدى الخدمات عبر الأنترنت بالمكان الذي يمارس فيه أنشطته الاقتصادية بشكل مستقر ودائم، وهذه الشروط غير متوافرة في عقود التجارة الإلكترونية والتي تتم عبر الأنترنت، وأساس هذا القول أنَّ أغلب المواقع الإلكترونية التي يتم من خلالها التعاقد توصف بأنّها مؤقتة مع أنّه يشترط في الإقامة أنْ تكون دائمة، بالإضافة إلى أنّ مسألة وقت إبرام العقد أو تسلم الطلب تنطوي على تفسيرات متباينة في هذا الصدد في مختلف الأنظمة القانونية[٣] .

ومن جانب آخر أيضاً يصعب تطبيق هذا الضابط على العقود الرقمية عندما يقوم الطرف المدين بالأداء المميز بإبرام العقد، عن طريق حاسوب يمتلكه مقدم خدمات معلومات عنده إقامته في البلد الذي يمارس فيه نشاطه الإلكتروني نفسه؛ لأنَّ القانون واجب التطبيق سيكون قانون دولة مزود الخدمة، لا قانون المدين بالأداء المميز.

وكذلك هناك صعوبة في تطبيق هذه النظرية على عقود التجارة الإلكترونية في الحالة التي لا يكون فيها الأنترنت مجرد وسيلة للاتصال أو التفاوض حول بنود العقد

---

[١] د. أحمد الهواري، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص١٦٥٥.

[٢] د. صالح المنزلاوي، مصدر سابق، ص٣٤٥.

[3] Jan Jaap Kuipers، P. R.، p. 93.

وإنّما وسيلة لتنفيذ العقد[١]، لأنّه لا يوجد إقليم دولة معينة يتم فيها تنفيذ العقد، بسبب البيئة غير العادية التي ينفذ العقد من خلالها .

بالإضافة إلى ذلك يصعب تطبيق هذه النظرية في الفرض الذي يستخدم فيها الأنترنت كوسيلة للتفاوض والاتصال حول بنود العقد وإبرامه، لأنّ التعاقد بواسطة الأنترنت يفترض معه اتصال العقد وقت إبرامه بجميع الدول لاتصال الأنترنت في ذلك الوقت، ومن ثم يصعب تحديد قانون معين يسند إليه حكم العقد[٢] .

ومن ناحية أخرى، فإنَّ هناك بعض العقود ذات الطبيعة المركبة تتساوى فيها الالتزامات من حيث الأهمية، بحيث يمكن اعتبار أيّاً منها أداءً مميزاً للعقد، وقد يحدث ذلك في عقد مقايضة على الأنترنت، عندما يقدم أحد الأطراف صوراً في حين يقدم الطرف الآخر بيانات عنها بهدف نقل صورة متكاملة، ففي هذه الحالة، يصعب أيضاً تحديد العمل القانوني المميز للعقد[٣] .

وبناءً على ذلك يجب دائماً أنْ يكون هناك اختيار صريح للقانون الذي سيحكم العقد، حتى نتجنب العقبات التي يثيرها منهج التنازع عند إعماله في عقود التجارة الإلكترونية، على أنّ الإشكالية التي نواجهها هنا تتمثل عموماً في مدى ملائمة تطبيق قواعد التنازع المستقرة حالياً على عقود التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الأنترنت .

المطلب الثالث

تطبيق القانون الموضوعي الرقمي على العمليات المصرفية الرقمية

إذا كانت خصوصية علاقة التجارة الدولية قد دعت منذ منتصف القرن الماضي بعض الفقهاء إلى المناداة بعدم استجابة منهج الإسناد التقليدي القائم على فلسفة تركيز العلاقات القانونية التي قال بها الفقيه سافيني لمقتضيات هذه العلاقات، واقتراح منهج

---

(1) Duaso Calés (R.)، op. cit.، p. 7.

[٢] د. فاروق محمد أحمد الأباصيري، مصدر سابق، ص١١٤.

[٣] د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي ، مصدر سابق، ص٣٩ وما بعده.

يقوم على استخدام قواعد موضوعية تتفق مع المقتضيات، فقد ذهب حديثاً جانب من الفقه[١] إلى القول بأنّ هذا المنهج القائم على مرتكزات جغرافية ومكانية وضوابط لا يتلاءم مع طبيعة العمليات المصرفية الرقمية التي تتم من خلال الشبكة الإلكترونية.

ومن بعض هذه العمليات بالطبع العمليات المصرفية الرقمية، فهذه الشبكات خلقت مجتمعاً افتراضياً عالمياً له أدواته وأشخاصه، يعج بأجهزة الحواسيب الإلكترونية والكوابل التليفونية، والألياف الضوئية وهو مجتمع متصل لا تحده حدود جغرافية وسياسية ويبدو كما لو كان يعلو الجغرافية لكل الدول .

وهكذا يظهر هذا المجتمع كما لو كان عدواً لفكرة الحدود أو فكرة السيادة وهي الأفكار التي تعدّ سبباً لوجود القانون الدولي الخاص، ولوجود مناهجه وأهمها منهج الإسناد، وهي الأفكار التي أدت أيضاً ببعض الفقه إلى القول بأنَّ قواعد هذا القانون لها وظائف سياسية أكثر منها قانونية، تتمثل في فض التنازع بين سيادات الدول صاحبة الاختصاص القضائي والتشريعي[٢]، وهو أمر يقتضي عقد الاختصاص القضائي والتشريعي للدولة التي ترتبط بالنزاع الناشب عنها أو بالعلاقة القانونية بأكثر الروابط قوة بما يحقق في نهاية الأمر أكبر قدر من الاحترام المتبادل لسيادات الدول، وإذا كان الأمر كذلك، فإنَّ أنصار هذا المجتمع الافتراضي للمتعاملين عبر الشبكات الإلكترونية لا يجدون هناك صعوبة في تقرير عدم صلاحية منهج الإسناد لتنظيم وحكم العلاقات القانونية التي تتم عبر شبكة الأنترنت، وإنَّ من شأن ذلك أنْ يوجد فراغ قانوني Vacuum Juries بالنسبة لهذه العلاقات، بل إنّ بعض الفقه لا يجد حرجاً من التقرير بأنّه قد حان الوقت لإعلان استقلال المجتمع الرقمي (الافتراضي) عن أي تدخل أو رقابة من قبل الدولة واستعصائه عن الخضوع لأي قانون وطني، فإذا كانت شبكة الأنترنت تتجاوز منهج الإسناد يجب استبعاد هذا النهج[٣] .

---

(1) P. Sarcevic and others، op. cit.، p. 83.

(٢) د. أحمد الهواري، حماية التعاقد في القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق، ص٦٦١.

(3) P. Sarcevic and other، op. cit.، p. 83.

وعوضاً عن هذا النهج الأخير يجب تطبيق القانون الموضوعي الرقمي Lex Electronica، والذي يتكون من قواعد موضوعية تستجيب للخصوصية المعلوماتية سريعة التطور للأنترنت، فالقانون الموضوعي الرقمي الدولي هو تنظيم قانوني ذو طبيعة ذاتية وموضوعية خاصة بالعمليات المصرفية الرقمية التي تتم عبر شبكة الأنترنت[١]، وهو نظير للقانون الموضوعي للتجارة الدولية Lex Mercatoria، ويتشكل من العديد من العادات والممارسات المقبولة التي استقرت ونشأت في المجتمع الرقمي (الافتراضي) لشبكة الأنترنت وطورتها المحاكم والمتعاملون عبر الشبكة الإلكترونية، وحكومات الدول في مجال الاتصال والمعلومات[٢] .

وهكذا يتميز القانون بتلقائية نشأته ، لأنّه لم يصدر عن سلطة وطنية لأن شبكة الأنترنت لا يقوم على تنظيمها جهة رسمية مركزية، ولأنه لا يتطلب التدخل من قبل السلطة العامة لتطبيقه، وأنَّ الطبيعة التلقائية تتيح للقانون الموضوعي الرقمي أنْ يتطور بصورة مستمرة مع تطور حاجات المتعاملين عبر الشبكة المعلوماتية الدولية كما يتيح له التوافق مع توقعات مستخدمي الشبكة والمتعاملين معها ، لأنّه ينشأ عن طريق عادتهم المقبولة وممارساتهم وهذا يجنبهم قصور القواعد القانونية الوطنية عن مجاراة أنماط عملياتهم[٣] .

ويستمد هذا القانون قواعده الموضوعية، من مصادر عدة تتمثل بالممارسات العقدية التي تهيمن على العمليات التي تتم من خلال الشبكات الافتراضية، التي تهدف إلى احترام قواعد السلوك المستقرة في مجال التعامل عبر شبكة الأنترنت والقواعد الحاكمة لسياسة استخدام الشبكة وكذلك احترام سرية المعلومات واحترام القانون وحقوق الملكية الفكرية، وإلى جانب ذلك تأتي العادات والأعراف والممارسات المستقرة

---

[١] د. أحمد الهواري، حماية التعاقد في القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق، ص٦٦٠.

[٢] د. إبراهيم المنجي، عقد نقل التكنولوجيا، التنظيم القانوني لعقد نقل التكنولوجيا والتجارة الدولية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٢، ص١١٣.

[٣] د. احمد الهواري، حماية التعاقد في القانون الدولي الخاص ،مصدر سابق، ص٦٦٢ .

في الأوساط المهنية لذلك المجتمع الرقمي لتمثل مصدراً من مصادر القواعد الذي تحكمه[١] .

كذلك تعدّ تقنيات السلوك التي تم وضعها بمعرفة المؤسسات والهيئات التي تسعى إلى الحفاظ على نظام أخلاقي قويم عند التعامل عبر الشبكة الدولية للمعلومات، أحد المصادر المهمة لقواعد القانون الموضوعي الإلكترونية .

على الرغم من الحماس الشديد الذي يبديه مؤيدو القانون الموضوعي الرقمي، إلا أَّن هذا القانون يستهدف للعديد من الملاحظات التي تقدح في إمكانية حلوله محل قواعد القانون الدولي الخاص في حل مشاكل علاقات التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي، وأولى هذه الملاحظات أنّ هذا القانون قائم على افتراض وجود مجتمع متجانس له الإمكانية على صنع قواعد سلوك ملزمة لأعضائه، من المتعاملين عبر الشبكة الدولية، وهو فرض يخالف حقيقة الواقع .

فهذا المجتمع وبفرض وجوده يتصف بعدم تماسكه وتجانسه لتعارض مصالح أفراده، من جانب أخر فإنّ المجتمع الرقمي (الافتراضي) لا يمكن تصور استقلاله التام عن الدول الوطنية لأنَّ أعضاءه في نهاية الأمر هم أفراد حقيقيون يستعملون وسائل اتصال مادية لا يمكن أنْ تتمركز في إقليم دولة معينة يكون لقانونها الحالي كذلك سببا للتدخل، من جانب آخر فإنَّ قواعد هذا القانون تفتقر لعنصر الإلزام لعدم اقترانها بجزاء توقعه سلطة عامة عند مخالفتها، ويعتمد تطبيقها على إرادة المتعاقدين .

ومهما يكن من أمر فإنَّ هذا القانون لازال في بدايته الأولى، أي في طور الانشاء، ومن ثم لا يمكن أنْ يكون نظاماً مستقلاً وكاملاً وقادراً على تقديم الحلول لجميع عقبات التجارة الإلكترونية ومشكلاتها التي يمكن أنْ تثار، وهذا القصور

---

[١] د. إبراهيم أحمد سعد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٧، ص٤٢٩.

والتكاسل في ذلك القانون، هو الذي يجعل الحاجة قائمة على تدخل النظام القانوني الوضعي لتقديم هذه الحلول[١] .

وأخيرا فإنَّ هنالك العديد من القواعد الموضوعية لهذا القانون ذات نشأة اتفاقية، إذ تمَّ تكريسها بواسطة اتفاقية دولية، ولعلَّ أهم هذه القواعد نجدها في القانون النمطي الذي وصفته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية في يونيو/حزيران ١٩٩٦، والذي يتضمن تنظيماً للتجارة الإلكترونية يشمل الاعتراف بكتابة المعلومات، والتوقيع الإلكتروني، والاعتراف القانوني برسائل البيانات، والقوة الثبوتية لرسائل المعلومات وحفظها بقبولها وتبادلها، والتجارة الإلكترونية في مجال نقل البضائع.

---

[١] د. ناجي عبد المؤمن، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وحدوده في عقود التجارة الدولية طويلة المدة، القاهرة، طبعة ١٩٩٦، ص١٥٨.

الفصل الثاني

مدى صلاحية تطبيق قاعدة تنازع القوانين على العمليات المصرفية الرقمية

يثير تطبيق قاعدة التنازع في مجال العمليات المصرفية الرقمية التي تتم عبر شاشات الحواسيب الآلية والاجهزة الالكترونية الاخرى كثيراً من الصعوبات القانونية فيما يخص الاختصاص القانوني، ويرجع جانب كبير من تلك الصعوبات إلى طبيعة شبكات الاتصال المعلوماتية التي يجري بواسطتها إنجاز العمليات، في حين أن الجانب الآخر الذي يزيد من هذه الصعوبة يرجع إلى طبيعة المعايير التقليدية لفض التنازع القانوني فيما يتعلق بالعقود الدولية، من حيث إنّها ضوابط مادية قائمة على روابط جغرافية أو مكانية لا تستجيب لطبيعة العمليات من خلال الشبكات الآلية التي تقوم على معطيات غير مادية أو بالمعنى الأدق افتراضية .

ونتيجة لذلك، سنعرض العقبات القانونية والصعوبات التي تحول من دون تطبيق منهج التنازع على عقود العمليات المصرفية الرقمية، ثم نعرض الحلول المناسبة لتفادي تلك الصعوبات، ولأجل الإحاطة بهذا الموضوع فسنبحثه من خلال مبحثين، سنعقد المبحث الأول لبحث صعوبات تطبيق منهج التنازع على العمليات المصرفية الرقمية، في حين سنخصص المبحث الثاني لبحث محاولة تفادي صعوبات تطبيق قاعدة التنازع على العمليات المصرفية الرقمية .

المبحث الأول

صعوبات تطبيق قاعدة التنازع على العمليات المصرفية الرقمية

قد يبدو للوهلة الأولى أنّ تعيين القانون واجب التطبيق على العقد باتفاق الأطراف المتعاقدين، كما يحدث في عقود العمليات المصرفية الدولية، لا يثير عقبات وصعوبات جادة حال تطبيقه على العمليات المصرفية الرقمية، فالمتعاقدون يمكنهم تحديد القانون الذي يتفق وإرادتهم ليحكم العقد صنع أيديهم، غير أنّه بالتدقيق في مجال العمليات المصرفية الرقمية، ينكشف لنا عن يقين عدم التسليم الكامل بهذه القاعدة .

وإذا كان تحديد القانون واجب التطبيق على عقود العمليات المصرفية الرقمية باتفاق الأطراف يثر صعوبات، فإنَّ هذا التحديد من قبل القاضي يثير عقبات أشد وصعوبات أكثر، وسنوضح الصعوبات والمشاكل القانونية التي يثيرها إعمال منهج تنازع القوانين على العمليات المصرفية الرقمية التي تتم عبر الشبكات الإلكترونية، وسنبحث الموضوع من خلال مطلبين، سنفرد المطلب الأول لبحث الصعوبات التي تواجه القانون المختار باتفاق الأطراف، في حين سنخصص المطلب الثاني لبحث الصعوبات التي تواجه القانون المعين بواسطة القاضي .

المطلب الأول

الصعوبات التي تواجه القانون المختار باتفاق الأطراف

ان لتطبيق منهج التنازع على عقود العمليات المصرفية الرقمية يمكن القول بأنه ليس ثمة صعوبة حقيقية من الناحية العملية يطرحها إعمال منهج التنازع حال تطبيقه على العمليات المصرفية الرقمية، حينما تكون الإرادة صريحةً في اختيار قانون العقد؛ لأنَّ القانون يقرر لأطراف العقد الحق في تحديده، بيد أنَّ العقبات والصعوبات الحقيقية تثور في الفرض العكسي حينما تكون الإرادة ضمنية حيث يصعب تحديد اتجاه إرادة

الأطراف إلى اختيار قانون معين ليحكم العقد[١]، وتوضيحاً لما سبق سنقسم هذا المطلب على فرعين، سنتناول في الفرع الأول الصعوبات المتعلقة بالاختيار الصريح لقانون العقد، في حين سنخصص الفرع الثاني لبحث الصعوبات المتعلقة بالاختيار الضمني لقانون العقد .

الفرع الأول

الصعوبات المتعلقة بالاختيار الصريح لقانون العقد

يمكننا تقسيم المشاكل المتعلقة بالاختيار الصريح لقانون العقد عند إعماله على العمليات المصرفية الرقمية التي تتم عبر الأنترنت برغم التحديد المسبق لهذا القانون من جانب المتعاقدين على نوعين أولهما صعوبات معاصرة لاتفاق المتعاقدين على قانون العقد، والآخر : صعوبات لاحقة على هذا الاتفاق، وبالنظر إلى ركن التراضي الذي هو أهم أركان العقد، فإنَّه يجب أنْ يكون موجوداً حتى يقوّم العقد، ويجب أن يكون صحيحاً أيضاً حتى يصح العقد، ولا يكون قابلاً للإبطال، ومع ذلك فإنَّ إثبات اتجاه إرادة الأطراف لتطبيق قانون معين، وإثبات أنَّ التصرف صادرٌ عن الشخص الحقيقي ليس بالأمر البسيط في مجال التعاقد عبر الشبكات الإلكترونية [٢] .

وكقاعدة عامة ينشأ العقد متى ما توصل المتعاقدون إلى اتفاق بشأن أحكامه، ما لم[٣] يقض بإجراءات محددة مثل التوقيع أو الكتابة أو المستند، ويترتب على ذلك أنَّ العقد الذي يبرم بصورة شفهية صحيح في بعض الأنظمة القانونية، لأنّ الأطراف يتمتعون بكامل الحرية في إنشاء العقود على دعامة ورقية أو بواسطة وسيلة آلية سمعية كالتلفون، أو سمعية مرئية كالأنترنت يجب أنْ يكون من ناحية المبدأ عقداً صحيحاً،

---

[١] د. يوسف العلي، مصدر سابق، ص٢٣٨.

[٢] د. صالح المنزلاوي، مصدر سابق، ص٣٥٠.

[٣] يراجع المادة (٩٠) من القانون المدني العراقي والمادة (٨٩) من القانون المدني المصري.

ويبدو أنّه ليس هناك صعوبات يتم ذكرها عند التعاقد بين حاضرين يضمهما مجلس عقد واحد، فالحضور المادي لأطراف العقد يسمح لكليهما بالتحقق من هوية الطرف الآخر، والتحقق من صحة المستندات وتاريخ إنشاء التصرف، ومن مكان انعقاده[١]، وليس هناك ثمة صعوبة تذكر عندما يتم التعبير عن إرادة التعاقد، إيجاباً وقبولاً، عبر شاشات الحواسيب الإلكترونية من الشخص الذي له صلاحية إصدارها .

بيد أنَّ الصعوبة تكمن حين يتم التعبير عن تلك الإرادة من دون تدخل مباشر من قبل الإنسان عن طريق وسائط وأجهزة إلكترونية لا تملك أصلاً إرادة، وبالأخص عندما يقوم الجهاز الآلي المبرمج ببث رسائل يشوبها الخطأ بشكل يستحيل أنْ يتعرف عليه الشخص الذي يعمل الحاسوب لأجله، مما يثير التساؤل عن الآثار القانونية التي تترتب على الخطأ الذي يحدث عن إبرام العقد إلكترونياً، وعما كان يتحملها الشخص الذي يعمل الحاسوب لصالحه أم الحاسوب نفسه، هذا من جانب، ومن جانب آخر تتبين صعوبة التحقق من إرادة التعاقد كذلك تصدر تلك الإرادة من شخص لا يملك صلاحية التصرف عن المتعاقد الأصلي أو إذا تمَّ التلاعب في محتوى الرسالة الإلكترونية، أو تم التغيير في محتواها [٢] .

ففي هذه الحالات وغيرها تنشأ العديد من الأسئلة وأوجه اليقين في استعمال وسائل الاتصال المعلوماتية لإبرام عقد من العقود، فتثار أسئلة عدة في مجال كيفية التحقق من أنّ الإرادة صادرة من قبل صاحبها، خصوصاً إذا ما علمنا أنَّ الشبكة الإلكترونية معرضةٌ للتهكير والتدخل ، من جانب الغير، وعن القانون واجب التطبيق في هذا الشأن .

---

[١] د. حسين عبدة الماحي، نظرة قانونية في التجارة الإلكترونية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد الحادي والثلاثين، ابريل/نيسان، ٢٠٠٢، ص٢٣٩ وما بعده، متاح على الموقع الالكتروني https://www.mohamah.net تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/١/٢٣ .

[٢] وقد اجازت معظم قوانين المعاملات الإلكترونية في العالم التعبير عن الإرادة إلكترونياً، وذلك طبقا لنص المادة (١٨) من قانون التوقيع والمعاملات الإلكترونية رقم(٧٨) لسنة ٢٠١٢.

ولقد سبقت الإشارة إلى أنَّ الحقيقية الغالبة في العمليات المصرفية الرقمية هي غياب التواجد المادي للمتعاقدين لحظة إبرامه، ويستتبع ذلك أنَّ التحقق من شخصية أطراف العقد وهويتهم ربما لا تكون في مجال التعاقد عبر الأنترانت بالسهولة والبساطة نفسها وفق الطرق التقليدية للتعاقد عن بعد، ويتضح ذلك من جوانب عدة ، الجانب الأول: إنَّ الأطراف بواسطة وسائل الاتصال الإلكترونية التقليدية كالتلفون والفاكس والتلكس، يعرفون مقدماً الدولة التي يتصلون بها، ويعرفون هوية الطرف الآخر في العقد ومكانه ، وذلك عن طريق الرقم الكودي الذي يطلبونه، في حين أنّ المتعاملين عبر الأنترنت يفتقرون إلى ذلك التحديد، لأنَّ العنوان الرقمي الذي يتعاقدون من خلاله ربّما لا يكون مرتبطاً ببلد محدد ومعين كما هو الشأن في العناوين الإلكترونية التي يشار إليها في المقطع الأخير منها بـــ .Com أو [١] Org .

ومن جانب آخر: من الصعوبة مراقبة العناوين الرقمية التي يستخدمها الأطراف للتأكد من هوية الطرف الأخر، إذ أنَّ غير مسموح للتجار بتخزين عناوين العملاء على قاعدة البيانات الخاصة بهم للتحقق والتأكد من هويتهم؛ لأنّ مثل هذه الأعمال تكون مخالفة لقانون حماية البيانات الشخصية رقم ٦ يناير/كانون الثاني لعام ١٩٧٨ الخاص بالمعلومات والحريات، وهو يطبق بشكل أمر متى ما كانت قاعدة البيانات تقع على الإقليم الفرنسي، أيّاً كانت جنسية الأشخاص المعنية، وأنْ هذا القيد يتفق مع التوجيه الأوربي رقم (٤٦/٩٥) الصادر في ٢٤ أكتوبر/تشرين الأول ١٩٩٥ المتعلق بحماية المعلومات والبيانات ذات الطابع الشخصي وحرية تبادلها عبر الحدود[٢] .

غير أنَّ تلك الصعوبات لا يمكن أنْ تحول من دون التحقق من أهلية المتعاقد القانونية وشخصيته في مجال العمليات المصرفية الرقمية التي تتم من خلال شبكات الاتصال الإلكترونية، لأنَّ في ذلك مصلحة منشودة يسعى إليها المستهلك ويرغب فيها

---

(1) P. Kaye، op. cit.، p. 270.

(2) P. Kaye، op. cit.، p. 274.

التاجر، فبالنسبة للمستهلك فإنَّ تحديد هوية الطرف الآخر (المورد المصرف)، يحق له التعرف على القانون واجب التطبيق على العقد؛ لأنَّه غالباً يكون قانون هذا الأخير، وهذا ما أشار إليه التقنين الفرنسي[١] .

كما يحرص المصرف على التعرف على هوية الطرف الآخر الذي يقدم السلعة أو الخدمة حتى يتحقق من أنّ الطرف الآخر الذي قبل عرضه يتمتع بأهلية التعاقد، فهناك بعض الأشخاص معينون من دون غيرهم، الأمر الذي يوجب على البنك التأكد من العميل هل يندرج ضمن الأفراد الذين لهم حق الانتفاع بتلك الخدمات، وإلاّ تعرض لعقوبة الجنحة التي نصت عليها المادة (١٤/٢٢٧) من قانون العقوبات الفرنسي، وهناك صعوبات عديدة تواجه الموردين عند تقديم Messagerie Rose للأفراد الذين لهم الأحقية في الاستفادة فيها؛ ذلك أنّ المادة (١٤/٢٢٧) من قانون العقوبات الفرنسي آنفة الذكر توقع عقوبة الجنحة على المورد إذا تقاعس في اتخاذ جميع الإجراءات اللازمة للتأكد من هوية المتعاقدين لغرض منع العقد من الدخول إلى الشبكة والانتفاع من تلك الخدمة[٢] ، حيث اشار قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي رقم ١٩٤ لسنة ٢٠٢٠ في المادة ٢/٣ من الفصل الثاني الى انه " تلتزم البنوك باستخدام وسائل فعالة يمكن الاعتماد عليها للتحقق من هوية العملاء المستخدمين لخدمات الانترنت البنكي وعادة ما تكون عملية التصديق اكثر فعالية عند الجمع بين اثنين من العناصر التالية ١- احد الاشياء المعروفة للعميل (مثال اسم المستخدم وكلمة السر)٢- احد السمات التي بحوزة العميل (مثال التوقيع الرقمي او كلمات السر المستخدمة لمرة واحدة التي تصدر

---

[١] أكدت المادة (١٨/١٢١) من التقنين الفرنسي الخاص بحماية المستهلكين على ضرورة الإفصاح عن شخصية المورد حسب ما يتضمن الإيجاب ذلك، نقلا عن د. عصام الدين القصبي ، مصدر سابق ، ٨٩ .

[2] Chachard (O.)، La régulqtion internqtionqle du، qrché électronique، LGDI Paris، 2001، p. 187.

باستخدام اجهزة رموز الامان ، احد السمات المميزة والخاصة بالعميل (مثال الصفقات البيومترية كالبصمات) .

والحقيقة التي لا مراء فيها هي أنّه سيكون من الصعب على البنك أمام هذه المتطلبات والقيود، مراقبة كل الأفراد الذين تتوافر فيهم الشروط القانونية للتمتع بتلك الخدمة، ويمكن أنْ يقع تحت طائلة العقاب المنصوص عليها في قانون العقوبات الفرنسي .

وإزاء تلك الصعوبات، يجب على كل من يرغب في التعاقد عبر الأنترنت أن يتأكد من هوية الشخص الذي يتعاقد معه وصفته ، لأنَّ العقد يكون صحيحاً وسليماً من الناحية القانونية، إلاّ إذا تم بين شخصين يتمتع كل منهما بالأهلية القانونية[١]، على أنّ الإشكالية التي تواجهنا هي أنّ الأهلية تتحدد وفقاً للقانون الشخصي للمتعاقدين، وهذا القانون يختلف من نظام إلى آخر .

وهنالك مشكلتان أساسيتان يمكن توقعهما عقب اختيار أطراف العقد القانون واجب التطبيق على العقد، الأولى تكمن في صعوبة إثبات اتفاق المتعاقدين على اختيار قانون معين يحكم العقد، وأما الثانية فتدور حول اختيار المتعاقدين لقانون معين لا ينظم العمليات الرقمية .

بالنسبة للمشكلة الأولى المتعلقة بصعوبة التحقق من جدية التعاقد وإثباته تعدّ قواعد الإثبات من أهم القواعد القانونية المنظمة للالتزامات والحقوق بوجه عام،

---

[١] ويستدل من نص المادة (٩٣) من القانون المدني العراقي والتي تقضي بأن (كل شخص أهل للتعاقد مالم يقرر القانون عدم أهليته أو يحد منها)، كما نصت المادة (١٠٩) من القانون المدني المصري والتي تقضي بأنّ (كل شخص أهل للتعاقد مالم تسلب منه أهليته أو يحد منها بحكم القانون)، كما نصت الفقرة (ب) من المادة (٥٣) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ على أنّه يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم (إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الاهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته).

والتصرفات القانونية التي تتم بواسطة الشبكة المعلوماتية بوجه خاص، وقد عبرت عن ذلك المذكرة الإيضاحية الشارحة لقانون الاثبات المصري رقم (٥٢) لسنة ١٩٦٨ عن تلك الأهمية بقولها: (إنَّ الحق يتجرد من كل قيمة إذا لم يقم الدليل على الحادث الذي يستند إليه، فالدليل هو قوام حياته ومعقد النفع فيه، حتى صدق القول بأن الحق مجردٌ من دليل تصبح المنازعة فيه هو والعدم سواء)[١] .

فالحق الذي ينكره الخصم ولا يستطيع صاحبه أن يقيم الدليل على وجوده يكون عديم القيمة، وقد يكون الحق موجوداً من الناحية القانونية لكن عدم إقامة الدليل على وجوده يحول من دون حصول صاحبه على طلب الحماية القانونية ويصبح من الناحية العملية هو والعدم سواء[٢]، لذلك تتضح أهمية الإثبات في مجال التصرفات القانونية بوجه عام .

بيد أنَّ تلك الأهمية تبدو أكثر إلحاحاً في مجال العمليات المصرفية الرقمية التي تتم عبر الأنترنت، لاسيما في ظل غياب الدعامات المادية، فالتعاقد عبر الأنترنت يتم بواسطة وسائل إلكترونية معلوماتية تظهر في صورة بيانات على شاشات الحواسيب الآلية، ويتم تبادل الرضا بين المرسل والمستقبل، إذ إنَّ موضوع المعاملة وكيفية تنفيذها، من دون دعامة مادية مكتوبة، فإذا كان المتعاقدون في مجال العمليات التقليدية ملتزمين بتقديم دليل مادي لإثبات التصرف القانوني فإنَّ التعامل من خلال شبكة الأنترنت يتضمن إلغاء تلك الأدلة المادية، وإلغاء كل توقيع مكتوب خطي أيضاً ، ولعل

---

[١] يراجع: الجريدة الرسمية، العدد ٢٢، ٣ ايار ١٩٨٠، متاحة على الرابط الالكتروني : https://www.scribd.com ، تاريخ الزيارة : ٢٠٢٣/٢/١٨ .

[٢] د. محمد السعيد رشدي، حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، إمارة دبي بالإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، في الفترة من ٢٦ إلى ٢٨ أبريل/نيسان ٢٠٠٣، ص٣٦٣، متاح على الرابط الالكتروني https://www.books.google.com

تلك الخصوصية هي التي أدت إلى وجود صعوبات وعقبات حقيقية ترتبط بقواعد الإثبات التقليدية حال تطبيقها على عقود العمليات المصرفية الرقمية[١] .

هذه العقبات والمشاكل يمكن تقسيمها إلى مشاكل قانونية وأخرى فنية، فأما المشاكل الفنية، فتظهر في صور عدة أهمها، حدوث عطل داخل الأجهزة الإلكترونية يؤدي إلى ضياع البيانات المخزنة بداخلها، أو انتهاء مدة الصلاحية المقررة لتخزينها حيث تهلك أو تصبح غير مقروءة، مما يؤثر على استخدامها كوسيلة إثبات[٢] .

علاوة على ذلك، قد يكون من الصعب استرجاع تلك البيانات إذا تمَّ تحميل البرنامج على الأجهزة بشكل غير واضح وسليم، أو إذا تمَّ استعمال أجهزة غير ملائمة ومناسبة، وأخيرا، قد يتم التلاعب في محتوى السند الإلكتروني الرقمي أو الاطلاع على البيانات التي يتضمنها بغرض استغلالها واستخدامها لغرض غير مشروع .

وأما بالنسبة للمشاكل القانونية فتتمثل بتباين التشريعات الوطنية واختلافها في تنظيم أدلة الاثبات من ناحية، وتبنيها نهجاً مختلفاً في قبول الأدلة الإلكترونية من ناحية أخرى، واختلافها في منح المتعاقدين الحق في الاتفاق على تعديل تلك القواعد من ناحية أخيرة .

وهناك بعض من النظم القانونية تعتمد منهجاً شديداً، وتضع طرقاً معينة للإثبات إذ لا يستطيع القاضي والمتعاقدون الحياد عنها[٣] ، وقد توصلت لجنة الامم المتحدة

---

[١] د. محسن عبد الحميد البيه، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٧، ص٨.

[٢] د. بلال عبد المطلب بدوي، البنوك الإلكترونية، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الخامس، ٢٠٠٣، ص٩٧٢ وما بعدها.

[٣] د. محسن عبد الحميد البيه، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مصدر سابق، ص ١٠، ١٦.

للقانون التجاري الدولي في تقريرها إلى أنَّ القواعد التقليدية التي تختص بالإثبات تمثل عقبة حقيقية تعترض تطوير تبادل البيانات رقمياً وازدهارها .

وقد انتهت التحقيقات التي قامت بها أمانة الأونسترال إلى النتيجة نفسها، وأقرّت بوجود مشاكل وعقبات يثيرها استعمال البينات المخزنة في الحواسيب الإلكترونية كدليل اثبات في المنازعات، ونتيجة لذلك أوصت اللجنة الحكومات بإعادة النظر في القواعد القانونية التي تعدّ عقبة في استخدام السجلات الإلكترونية كأدلة في الدعاوي القضائية بغية تجاوز ما يحول دون قبولها من عقبات لا مبرر لها، والتأكد من أنّ هذه القواعد تتفق والتطورات في مجال العولمة الإلكترونية وتوفير الوسائل المناسبة من تقييم مصداقية البيانات الواردة في تلك السجلات[١] .

ويعالج المتعاقدون عادةً مسألة قبول رسائل تبادل البينات رقمياً في العمليات التي تجري بينهم في اتفاقات التبادل المنعقدة بينهم، ومكمن الصعوبة هنا يأتي من اتفاقات التبادل النموذجية فقد اعتمدت طرقاً مختلفةً اتجاه تلك المسألة، فبعض الاتفاقات ينص على أنْ يقبل المتعاقدون الرسائل الرقمية كدليل إثبات، وثمة اتفاقات تسمح للمتعاقدين الاتفاق فيما بينهم على إمكانية الطعن في الأدلة الرقمية، وثمة نوع آخر يوصي بأنْ تأخذ الأدلة الرقمية القيمة الثبوتية المعطاة للأدلة التقليدية نفسها[٢] .

نستنتج من ذلك، أنّ مشاكل العمليات المصرفية الرقمية في مجال الإثبات تنحصر في التوقيع والكتابة والمستند، وهذه المفاهيم التقليدية للإثبات ليست ملائمة للتطبيق على العمليات المصرفية الرقمية التي تتم بواسطة الأنترنت بسبب التقدم الهائل الذي تشهده وسائل الاتصال .

---

[١] لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، قواعد الأونسيترال للتحكيم بصيغتها المنقحة في عام ٢٠١٠، ص٢٨. متاحة على الرابط الالكتروني https://www.refworld.org .

[٢] د. صالح المنزلاوي، مصدر سابق، ص٣٦٠ .

والواقع أن اتفاق المتعاقدين على تطبيق قانون دولة معينة على المنازعات التي قد تنشأ بفعل روابطهم العقدية التي تتم عن طريق الأنترنت، تبدو مسألة ضرورية، لاسيما في ظل عدم وجود قواعد خاصة بالعمليات الرقمية في أغلب الأنظمة القانونية، فالأطراف عبر الشبكة الدولية للمعلومات يتطلعون دائماً إلى معرفة القانون واجب التطبيق، قبل الدخول في العلاقة العقدية، للتعرف على التزاماتهم وحقوقهم المتولدة عن هذه العلاقة .

لهذه الأسباب يحرص الأشخاص المتعاملون عبر الأنترنت، على أنْ يضمنوا عقدهم شرطاً خاصاً يتحدد بموجب القانون واجب التطبيق على العقد، وهو غالباً قانون مركز الإدارة الرئيس الذي يمتلكها البائع[١]، ومن أمثلة تلك العقود عقد شركة(Apple Stor)، الذي نصَّ على أن (تخضع كل عقود البيع التي تكون Apple Stor طرفاً فيها لقانون كاليفورينا) .

ونصَّ أيضاً أحد الشروط العامة للمركز التجاري(Surf and buy d IBM) على أنّ يخضع هذا العقد للقانون الفرنسي .

وهذا التحديد لقانون العقد ورد النص عليه أيضاً في العقد النموذجي للتجارة الإلكترونية الذي وضعته غرفة الصناعة والتجارة بباريس، وكذلك عقد التجارة الإلكترونية وتراخيصه [٢] ، ولا تبدو ثمة صعوبة، إذا كان القانون المختار يعترف بصلاحية العقود، التي يتم إنشائها من دون مستند ورقي مكتوب من قبل الأطراف وموقع ، إذ يتم الرجوع إلى هذا القانون وتطبق أحكامه .

بيد أنَّ الصعوبة الحقيقية تكمن في الفرض العكسي، عندما يختار المتعاقدون تطبيق قانون دولة محددة، ثم يتبين بعد ذلك أنّ هذا القانون لا يعترف بصلاحية العقود

---

[١] د. صالح المنزلاوي، مصدر سابق، ص٣٦٢.

[٢] د. أسامة أبو الحسن مجاهد، مصدر سابق، ص١٨ وما بعدها.

التي تعتمد على الكتابة والتوقيعات الرقمية، ففي هذه الحالة تبقى التوقيعات الخطية والكتابة اليدوية هي المعتمدة قانوناً .

الفرع الثاني

الصعوبات المتعلقة بالاختيار الضمني لقانون العقد

هنالك العديد من الصعوبات التي تتعلق بالاختيار الضمني لقانون العقد، سواء كانت في العقود الدولية من جانب، وفي عقود العمليات المصرفية الرقمية من جانب آخر، فقد كانت فكرة الإسناد إلى الإرادة الضمنية للأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق على العقد، مثاراً لانتقادات كثيرة من جانب بعض شراح القانون الدولي الخاص قبل ظهور الأنترنت والعمليات المصرفية الرقمية، ويعني ذلك أنّ الصعوبات التي يثيرها الاختيار الضمني لقانون العقد ليست من خصائص التجارة الإلكترونية، فقد سبق وأثارت تلك الفكرة مشاكل وصعوبات عند تطبيقها على العقود الدولية التقليدية.

ويعبر عن تلك الصعوبات جانب من الشرّاح موضحاً أنّه إذا سكت الأطراف عن اختيار قانون العقد صراحة فإنّه لا يصح للقاضي أنْ يبحث عن إرادتهم الضمنية، وإنّما يتعين عليه تركيز الرابطة العقدية وإسنادها للقانون الأكثر ارتباطاً بالعقد[١] .

وأساس تلك الوجهة من النظر أنّ سكوت المتعاقدين عن الاختيار الصريح لقانون العقد قد يرجع إلى أنّ الأطراف لم ينتبهوا أساساً للمشكلة أو لأنّ العنصر الأجنبي قد تطرق إلى العقد في تاريخ لاحق عن الانعقاد .

وقد يرجع سكوت المتعاقدين أيضاً إلى اختلاف الأطراف حول تحديد القانون الذي يحمي العمليات المصرفية الرقمية أو تخوفهم من أنْ يؤدي ذلك الخلاف إلى عدم

---

[١] د. هشام علي صادق، مصدر سابق، ص٤٢٧.

إكمال العقد، ويصعب مع هذه الفروض جميعاً القول بوجود إرادة ضمنية لأطراف العقد يمكن على أساسها اختيار قانون العقد .

وإنّ من أسباب الاتجاه الرافض لفكرة الاختيار الضمني لقانون العقد ورفضه لهذا الضابط، هو على أساس أنّ تطبيقه قد يؤدي إلى تحكم القاضي في تحديد قانون العقد مستتراً خلف ما يطلق عليها بالإرادة الضمنية للأطراف المتعاقدين، وهي في حقيقتها إرادته هو، الأمر الذي يخلّ بتوقعات المتعاقدين، ويهدد الأمان الذي تسعى إليه التجارة الدولية الافتراضية[١] .

إنَّ رفض الاستناد إلى إرادة الأطراف الضمنية في تحديد القانون الذي سيحكم العقد له ما يبرره، كذلك في مجال العمليات المصرفية الرقمية التي تتم عبر شبكة الاتصال الإلكترونية، غير أنَّ أساس استبعاد هذا الضابط ليس تحكم القاضي أو الإخلال بتوقعات المتعاقدين، وإنّما صعوبة الاعتماد على القرائن أو العلامات الدالة على الإرادة الضمنية للأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الاتصال الإلكترونية، وتتضح هذه الصعوبة عند مناقشة الدلالات والقرائن التي تشير إلى الإرادة الضمنية .

ولقد مضت الإشارة إلى صعوبة الاعتماد على اللغة التي حُرر بها العقد في تحديد تلك الارادة، على أساس أن اللغة الإنجليزية أصبحت لغة التخاطب الغالبة في مجال العمليات المصرفية الرقمية التي تتم عبر شبكة الاتصال الإلكترونية، هذا من ناحية .

ومن ناحية ثانية لا يمكن الاعتماد على العملة التي يتم الوفاء بها، بعد أنْ أصبح مقابل الخدمة يؤدي بطريقة افتراضية عن طريق تحويل النقود رقمياً، أو بواسطة

---

[١] د . هشام علي صادق ، مصدر سابق ، ص٤٢٨-٤٢٩.

بطاقات الوفاء أو ما شابه ذلك، ومن ثم يستطيع الفرد أنْ يسدد بهذه الوسائل الآلية بأيّ عملة وفي أي وقت[١] .

ومن ناحية ثالثة يصعب القول بأنّ إرادة المتعاقدين قد اتجهت نحو قانون الدولة التي بها المحكمة التي تنظر النزاع، لأنّه لا يوجد تلازم بين الاختصاص القضائي والاختصاص القانوني من ناحية، لأنَّ تلك المحكمة قد يكون موقعها محدداً وموجوداً عن طريق عنوان أو موقع إلكتروني لا ينتمي لأي دولة بعينها[٢] .

ومن الناحية الأخيرة، يصعب الاستناد إلى قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين أو الموطن المشترك، لأنَّ جميع هذه الضوابط تؤدي في النهاية إلى تركيز وتوطين الرابطة العقدية مكانياً، في حين أن توطين العقد وفقاً لهذه المعايير التقليدية في العالم الالكتروني، لن يعدّ أمراً سهلاً، بل ربما كان رقمياً، كالعالم الإلكتروني نفسه، وبهذا الوصف تقترب الإرادة الضمنية في هذا الشأن من الإرادة المفترضة بواسطة القاضي[٣] .

المطلب الثاني

الصعوبات التي تواجه القانون المعين بواسطة القاضي

إنَّ امتناع الأطراف عن اختيار القانون واجب التطبيق على العمليات المصرفية الرقمية وتعذر استخلاص إرادتهم الضمنية بشكل كافٍ يفرض على القاضي تحديد القواعد الموضوعية واجبة التطبيق، وذلك إمّا بإسناد تلك الرابطة لضوابط جامدة كمكان إبرام العقد، أو مكان تنفيذه أو إسنادها لقانون دولة محل إقامة المدين بالأداء المميز للعقد .

---

[١] د. صالح المنزلاوي، مصدر سابق، ص٣٦٤.

[2] Chachard (O.)، op. cit.، p. 144.

[٣] د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي ، مصدر سابق، ص١٠.

فالعمليات المصرفية الرقمية تقود إلى عالم افتراضي غير مادي قوامه البيانات والأرقام، في حين أن ضوابط الإسناد المعروفة في القانون الدولي الخاص، لم توضع إلاّ من أجل عالم مادي، ومن ثم فإنَّ تطبيقها على العمليات الرقمية يثير الكثير من الصعوبات والغموض، [١] .

إنَّ فكرة عدم الإقليمية وعدم ضرورة الإشارة إلى أحد عناصر الإسناد أدت إلى تغيير مفهوم مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه، بالإضافة إلى أنَّ عناصر الإسناد الشخصية أصبحت مجرد مؤشرات تسمح بالتعرف على مركز الثقل في العقد بغية توطينه[٢]، فمكان إبرام العقد بدأ من حيث الواقع غير ملائم للعقود التي تبرم بين غائبين، علاوة على أنّ مكان التنفيذ قد يتم تعديله في بعض العقود الدولية .

ومن أجل بيان هذه الصعوبات يتحتم علينا تقسيم هذا المطلب على فرعين، سنخصص الأول منه لبيان صعوبة التوطين أو التركيز الموضوعي للعقود الرقمية، وسنتطرق في الفرع الثاني لصعوبة إعمال معايير الاختصاص القانوني التقليدية على العمليات المصرفية الرقمية .

---

[١] د. عصام الدين القصبي، تنازع الاختصاص القانوني والقضائي الدوليين في مجال التجارة الإلكترونية، مصدر سابق، ص٦١٩.

(2) Chachard (O.)، op. cit.، p. 145.

الفرع الأول

صعوبة التوطين أو التركيز الموضوعي للعقود الرقمية

الحقيقة أنّ صعوبة التوطين أو التركيز الموضوعي للرابطة العقدية نجدها فقط في عقود التجارة الإلكترونية التي يكون موضوعها أشياء افتراضية غير مادية، وتتوافر هذه الصفة في العقود التي تبرم وتنفذ بصورة إلكترونية مثل الخدمات المالية على الخط Services financiers en ligne، وبيع المعلومات أيضاً عن طريق قواعد البيانات bases de donnees الموجودة على الأنترنت، وبيع البرامج التجارية La Commercialisation des logiciels[١] .

في حين أنَّ الأمر على خلاف بالنسبة للعقود التي تبرم عبر الشبكة الإلكترونية، ولكنها تنفذ خارجها ، لأنّها تشير إلى عناصر مادية، كعنصر تسليم الخدمة تجعلها لتطبيق معايير القانون الدولي الخاص عليها، ففكرة اللامادية Dematerialisation La التي تنطوي عليها تلك العقود يصعب معها تحديد مكان إبرام العقد، ومكان تسليم الأشياء اللامادية المبيعة عبر الخط، ومن ثم يصعب أيضاً تطبيق ضوابط الإسناد التقليدية على تلك النوعية من العقود، فهذه الضوابط لم تعدّ ملائمة للتطبيق على تلك العقود بسبب عدم مادية موضوعها[٢] .

---

(1) Chappelle (J.)، op. cit.، p. 359.

(2) Chachard (O.)، op. cit.، p. 146.

الفرع الثاني

صعوبة إعمال معايير الاختصاص القانوني التقليدية على العمليات المصرفية الرقمية

إنَّ إسناد العقد إلى قانون دولة معينة ينتج عادة من تطبيق معيار جغرافي، هذا بالإضافة إلى أنَّ العقود تخضع في الغالب لقانون الدولة التي يقع فيها محل إقامة الأطراف أو مقر شركتهم ؛ لأنَّه عادة ما يكون محل إبرام العقد أو محل تنفيذه، وتطبيق هذه الضوابط على العقود الرقمية يثير صعوبات كثيرة .

إنَّ محاولة توطين العقد بغية تحديد مكان إبرامه يثير صعوبات عديدة في العقود التقليدية التي تتم بين غائبين، فالأنظمة القانونية قد اختلفت في تعيين محل إبرام العقد، فهنالك بعض الدول تأخذ بنظرية تسلم القبول كالقانون الألماني، واتفاقية فيينا ١٩٨٠ الخاصة ببيوع البضائع الدولية، وثمة دول أخرى تأخذ بنظرية تصدير القبول كالقانون السويسري، ودول أخرى تأخذ بنظرية العلم بالقبول كالقانون العراقي والقانون المدني المصري[١]، وهناك دول لا تأخذ بهذه النظرية أو تلك وتترك الأمر كله لتقدير قاضي الموضوع، ومن أمثلة تلك الدول الولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا[٢] .

وعلى الرغم من أنّ تلك الصعوبات كانت قائمة قبل ظهور الأنترنت إلاّ أنَّ النطاق العالمي للتجارة الإلكترونية أدى إلى جعل تحديد المكان أكثر صعوبة منه في أي

---

[١] نصت المادة ١/٨٧- من القانون المدني العراقي على انه " يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول مالم يوجد اتفاق صريح او ضمني او نص قانوني يقضي بغير ذلك .

ونصت المادة ٩٧ من القانون المدني المصري على انه "يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول مالم يوجد اتفاق او نص قانوني يقضي بغير ذلك .

[٢] د. عصام الدين القصبي، تنازع الاختصاص القانوني والقضائي الدوليين في مجال التجارة الإلكترونية، مصدر سابق، ص٦١٧.

وقت مضى، وأساس تلك الصعوبة أن العالم الشبكي لا يقوم على تواجد في مكان محدد[١]، فالدولة التي تصدر الإيجاب قد تكون العراق، في حين أنّ العنوان الإلكتروني للشركة موجودٌ في فرنسا، وربّما كانت الشركة التي تدير الموقع مجرد وسيط، ومن ثم يكون على من يدعي إبرام العقد في مكان ما أنْ يقدم الدليل على صحة ادعائه .

ويحتل مكان تنفيذ العقد أهمية خاصة في القانون الدولي الخاص؛ إذ يمكن للقاضي الاعتماد عليه حين يبحث عن مركز الثقل في الرابطة العقدية، ويمكنه أيضاً التعويل عليه في تحديد القانون واجب التطبيق على العقد والقضاء المختص بحكم النزاع، ونتيجة لذلك نجد المادة (١/٥) من اتفاقية بروكسل المبرمة في ٢٧ ديسمبر/تشرين الأول ١٩٦٨ قد احتفظت للمدعي بالحق في رفع دعواه أمام محكمة محل إقامته المعتادة إذا تلاقي محل إقامة المدعي عليه، متى كان مكان تسليم الأشياء أو تقديم الخدمات أو مكان تنفيذ الالتزام الأساسي للصفقة يقع في دائرة اختصاصه[٢] .

كما أبقت المادة (٢/١٠) من اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ المتعلقة بالقانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية أيضاً على معيار مكان التنفيذ، من أجل تعيين القانون واجب التطبيق على طرق التنفيذ، وعلى الإجراءات المباشرة بواسطة خصمه، إذا ما وجد عيباً في التنفيذ، وعلى الإجراءات التحفظية وعلى فوائد التأخير.

مازال اغلب التشريعات الوطنية تعتمد على محل اقامة الاطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد ، علاوة على ذلك ، فان المادة (٢/٤) من اتفاقية روما تعتمد على هذا المعيار في تحديد قانون العقد ، وايضا (٢/٨) من ذات الاتفاقية تسمح للطرف الذي يحتج بعدم رضائه ان يتمسك بقانون دولة محل اقامته المعتادة ، ومع ذلك يصعب تطبيق هذا المعيار على العمليات المصرفية الرقمية .

---

[١] د. يوسف العلي، مصدر سابق، ص٢٤٣.

[٢] د. محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الأنترنت، دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص٢٢٩.

ويتضح لنا من عرض هذه المنازعات ان تطبيق قاعدة التنازع في مجال العمليات المصرفية الرقمية يطرح صعوبات عديدة بعضها يتعلق بالقانون المختار باتفاق الاطراف ، والبعض الاخر يخص القانون المعين بواسطة القاضي ، غير ان تلك الصعوبات والمشاكل لا يجب ان تنتهي بنا الى التسليم بعدم ملائمة قاعدة التنازع للتطبيق على العمليات المصرفية الرقمية ، وانما يجب ان تكون حافزاً لتفادي تلك الصعوبات ، ووضع حلول لتلك العقبات التي تحول دون استخدام قاعدة التنازع ، والتي تحول في ذات الوقت دون تطور التجارة الالكترونية .

المبحث الثاني

مشاكل تطبيق قاعدة التنازع على العمليات المصرفية الرقمية

هنالك دورٌ فعّالٌ يمكن أنْ يقوم به قاعدة التنازع في حل المشكلات التي تثيرها العقود المصرفية الرقمية خاصة في غياب تكامل القواعد المادية الإلكترونية، وإيماناً بأنّ منهج قاعدة التنازع يسهم بشكل كبير في تطور ونمو العمليات المصرفية الرقمية، سنعرض المحاولات التي تضمنتها الأعمال الدولية المختلفة لتفادي صعوبات تطبيق منهج التنازع على العمليات المصرفية الرقمية. ولأجل الإحاطة بما تقدم فلابد من بحث الموضوع من خلال ثلاث مطالب، سنبحث في المطلب الأول مشكلة التحقق من وجود إرادة التعاقد واسنادها للمتعاقد ، في حين سنعقد المطلب الثاني لبحث مشكلة التحقق من أهلية التعاقد ، ثم سنبين في المطلب الثالث مدى قبول البيانات الالكترونية في الاثبات .

المطلب الأول

مشكلة التحقق من وجود إرادة وإسنادها للمتعاقد

الأصل أنْ ينعقد العقد بعمل إرادي يصدر عن أطراف العقد أنفسهم، فتكون الإرادة إرادتهم وإليهم تنصرف آثار العقد، بيد أنّ تلك القاعدة ليست مطلقة، فقد يتم إبرام العقد عن طريق حواسيب الكترونية تعمل تلقائياً، بالإضافة إلى أنّ العقود الرقمية التي تتم عن طريق شبكة الأنترنت ، تعمل بصورة مباشرة من دون تدخل من جانب الأشخاص في إتمام العقد، حين يتم برمجتها على إرسال الرسائل الرقمية وتسليمها لصالح شخص ما، وهذا بدوره مدعاة للتساؤل عن كيفية التحقق من إرادة التعاقد عندما تبث الرسائل أو تسلم عن طريق الحواسيب الإلكترونية، فإلى من تنسب اليه إرادة التعاقد، وثبتت الدراسات العملية والأكاديمية أنَّ تحديد إرادة المتعاقد يمكن أنّ تتحقق بواسطة الاتفاق بين الأطراف على شفرة أو رمز يوضع على الوثيقة محل التعاقد، أو

بواسطة وسيط يستوثق من هويتهم عن طريق كلمة مرور بحيث يقترن استخدام هذه الكلمة بشخص المتعاقد، كذلك يضمن المفتاح العلني والمفتاح السري تحديد هوية الطرف المتعاقد الحقيقي عندما يوقع الطرف المرسل للرسالة بمفتاحه السري ويتم التحقق من قبل المرسل إليه الرسالة بواسطة تطبيق المفتاح العلني للمرسل على المفتاح السري، وإذا ثبت صلاحيتها تأكد المرسل إليه أنّ الباعث بالرسالة هو المتعاقد الحقيقي[١] .

وتطبيقاً لذلك يستلزم اتفاق رابطة المحامين الأمريكية من الأطراف أنْ يعتمدوا شفرة إلكترونية أو رمزاً للتحقق من هوية الطرف المتعاقد، وينص هذا الاتفاق على أنْ (يعتمد كل طرف كتوقيع له شفرة أو رمزاً تقترن بكل وثيقة ينقلها، ويوافق الأطراف المتعاقدون على أنّ أي توقيع يصدر عن الطرف الآخر تحمله وثيقة منقولة رقمياً يكون توقيعاً كافياً للتأكد من أنّ ذلك الطرف هو الذي أصدر تلك الوثيقة)، وهنا كحلول مقترحة لإسناد الإرادة للمتعاقد ، ويمكننا أنْ نعرض لتلك الحلول من خلال الاتجاهات الاتية[٢]؛ الاتجاه الأول، يميل إلى اعتبار الحاسب الإلكتروني نائباً عن الطرف المتعاقد يتعاقد باسمه ولحسابه، ويمكن توجيه النقد لهذا الاتجاه على اعتبار أنّ النيابة تفترض أنْ يعبر النائب عن إرادته عند إبرام العقد والحاسب الآلي عديم الإرادة، فكيف يمكن أنْ ينشأ عقد الوكالة بينه وبين المتعاقد مصدر النيابة المزعومة، فإنّ عقد الوكالة هو تصرف قانوني، وهذا التصرف يحتاج إلى إرادة لدى عاقديه، في حين أن الحاسب الآلي يعدّ مجرد آلة لا تملك أي إرادة[٣] .

---

[1]La Conference des Nations Unies pour le Commerce et le Developpement a ete cree par la resolution، 1995 (XIX)، p. 3. avalable at:
https;//www.onu-geneve.delegfrance.org/ تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/٦/٢٦

[٢] د. صالح المنزلاوي، مصدر سابق، ص٣٧٤ وما بعدها.

[٣] د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مصدر سابق، ص٣٣.

والاتجاه الثاني: يميل أنصاره إلى اعتبار الوسائط الرقمية، كالحاسب الآلي وما يتبعه من برامج وأجهزة الكترونية، شخصية قانونية تتمتع بأهلية التعاقد[١] .

والحقيقة أنّه من الصعب التسليم بهذا الاتجاه من الجانب القانوني؛ لأنَّ الشخصية القانونية تثبت أصلاً للأفراد الطبيعيين ولا تثبت لغير ذلك إلاً بنص القانون صراحةً، ولا يوجد نص قانوني صريح أو ضمني يذهب إلى إدراج الحاسب الإلكتروني الرقمي ضمن الأشخاص المعنوية ، لان الحاسب الالي هو وسية للتعاقد فلا يمكن فرض هذه الشخصية إلاّ باتفاق الأفراد ، بالإضافة إلى ذلك، فإنَّ الذمة المالية ترتبط بالشخصية القانونية[٢] .

وأمّا الاتجاه الثالث فيميل إلى القول بأنَّ الحاسب الإلكتروني هو مثل باقي الوسائل الإلكترونية التي تجيز التعاقد عن بعد، فهو يعدّ مجرد وسيلة اتصال يقتصر دوره على نقل إرادة الأطراف المتعاقدين، وهو بهذا الوصف وهذا الشكل لا يعبر عن إرادة ذاتية خاصة به وإنّما يقوم فقط بنقل إرادة الأطراف المتعاقدين[٣] .

ونتيجة لذلك يسير الاتجاه الأخير إلى اعتبار الحاسب الآلي مجرد وسيلة للتعاقد، ومن ثم إذا قام المتعاقد بإبرام العقد عبر الحاسوب الآلي، فإنّ إرادة المتعاقد لا تنسب إلى هذا الحاسب، وإنّما تنسب إلى استخدام الحاسوب، وهذا الرأي يتماشى مع ما أخذ به قانون الأونسيترال النموذجي في شأن التجارة الإلكترونية، إذ نصت المادة (١٣) منه على أنّه[٤] :

---

[١] نقلا عن د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، مصدر سابق، ص٣١.

[٢] يراجع المادة (٤٨) من القانون المدني العراقي، والمادة (٥٣) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

[٣] د. إبراهيم الدسوقي، مصدر سابق، ص٣١.

[٤] لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، قواعد الأونسيترال للتحكيم بصيغتها المنقحة في عام ٢٠١٠، مصدر سابق ، ص٢٨.

١- تعدّ رسالة البيانات صادرة عن المنشأ إذا كان المنشأ هو الذي أرسلها بنفسه.

٢- في العلاقة بين المنشأ والمرسل إليه، تعدّ رسالة البيانات صادرة عن المنشئ إذا أرسلت من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشأ فيما يتعلق برسالة البيانات، أو من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ أو نيابة عنه للعمل تلقائياً .

وتطبيقاً لهذا النص تعدّ رسالة البيانات صادرة عن المرسل في حالتين؛ الحالة الأولى، إذا كانت الرسالة قد أرسلت من نظام معلومات مبرمج من قبل المنشئ، ويشترط لاعتبار الرسالة صادرة عن المنشئ، في هذه الحالة أنْ يكون الحاسب مبرمجاً بشكل مباشر وتلقائي وأنْ يكون تحت هيمنة صاحب الإرادة وسيطرته .

والحالة الثانية، إذا كانت رسالة البيانات صادرة عنه، أو من شخص آخر، إذا كان للشخص الآخر سلطة التصرف نيابةً عن صاحب الإرادة، ويتحقق ذلك حين يكون الشخص الذي قام بالإرسال وكيلاً أو نائباً عن صاحب الإرادة أو غير ذلك من صور النيابة في التعاقد .

ويحق للمرسل إليه أنْ يعدّ رسالة البيانات صادرة عن المنشأ ويتصرف على هذا الأساس في فرضين؛ أولهما إذا كانت رسالة البيانات صدرت عن شخص آخر تمكن بحكم علاقته بالمنشئ من الوصول إلى الطريق التي يستعملها المنشئ لإثبات أنّ الرسائل صادرة عنه شخصياً[١]، وأمّا الفرض الثاني، إذا طبق المرسل إليه تطبيقاً سليماً وإجراءً سبق وإنْ وافق عليه المنشئ للتحقق من أنَّ رسالة البيانات قد صدرت عن هذا الأخير[٢] .

---

[١] يراجع الفقرة (٣/ب) من المادة (١٣) من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية ١٩٩٦.

[٢] يراجع الفقرة (٣/أ) من المادة (١٣) من القانون النموذجي أعلاه.

بيد أنَّ الأحكام الخاصة تبين أنّ الحالتين الأخيرتين تستبعد ولا تطبق في الفرضيات الثلاثة الآتية[١] :

الحالة الأولى، إذا تسلم المرسل إليه إشعاراً من المرسل يفيد بأنّ رسالة البيانات لم تصدر عنه، ويشترط لهذا أنْ يكون هنالك وقت كافٍ يجيز للمرسل التصرف على أساس أنَّ الرسالة لا تنسب إلى المنشئ[٢] .

الحالة الثانية، إذا علم المرسل إليه حكماً أو حقيقةً أنَّ الرسالة لم تصدر عن المنشئ، فالمشرع ساوى بين العلم الحكمي والعلم والحقيقي، أي وضّح الحالة التي علم فيها المرسل إليه أو التي كان يجب عليه أنْ يعلم فيها إذا بذل العناية الكافية المعقولة، أو استعمل أي إجراء متفق عليه بينه وبين المنشئ[٣] .

والحالة الثالثة، إذا علم المرسل إليه أو كان عليه أنْ يعلم أنّه إذا بذل العناية المعتادة أنَّ الرسالة لا يعقل أن تكون صادرة من المنشئ أي لا يعقل أنْ تكون الرسالة كما تسلمها هي الرسالة التي قصد المنشئ إرسالها إليه[٤] .

المطلب الثاني

مشكلة التحقق من أهلية المتعاقد

من المسلم أنَّ العقد المصرفي الرقمي الذي يتم عبر شبكة الاتصالات الدولية (الأنترنت)، شأنه في ذلك شأن أي عقد آخر، لا ينعقد صحيحاً إلاّ إذا كان صادراً عن متعاقدين تتحقق فيهما الأهلية القانونية اللازمة للتعاقد .

---

[١] د. عدنان ابراهيم سرحان ، مصدر سابق ، ص٣٠١ .

[٢] يراجع الفقرة (٤/ب) من المادة (١٣) من القانون النموذجي أعلاه.

[٣] يراجع الفقرة (٤/ب) من المادة (١٣) من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية ١٩٩٦.

[٤] يراجع الفقرة (٥/ب) من المادة (١٣) من القانون النموذجي أعلاه.

وبشكل عام يكون كامل الأهلية، ومن ثم أهلاً للتعاقد كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقيلة، ولم تسلب منه أهليته أو يحد منها بحكم القانون[١]، وعلى النقيض من ذلك، لا يكون أهلاً للتعاقد أو غير كامل الأهلية، كل من كان فاقداً التمييز لصغر سنه أو جنون أو عته[٢]، وكل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة .

ويستفاد من النصوص السابقة أنّ جميع تصرفات الصغير غير المميز باطلة، ولو كانت نافعة نفعاً محضاً، ، والمقصود بذلك بطلان جميع تصرفاته بطلاناً مطلقاً، حيث يكون لكل ذي مصلحة التمسك بهذا البطلان، ويجب على المحكمة أنْ تقضي به من تلقاء نفسها، ولو لم يتمسك به ذو الشأن، ولا يقبل التصحيح بأي إجازة لاحقة، سواء من الصغير بعد اكتمال أهليته، أو من الوصي أو الولي[٣] .

وأمّا فيما يتعلق بالتصرفات المالية للصبي المميز، فإنّها تعدّ صحيحةً متى ما كانت نافعة نفعاً محضاً، وباطلةً متى ما كانت ضارة ضرراً محضاً، وقابلةً للإبطال لمصلحة القاصر متى كانت تدور بين النفع والضرر[٤] وليست هناك صعوبة تذكر في التحقق من أهلية التعاقد في حالة كونه متعاقداً بين حاضرين يجمعهما مجلس واحد؛ إذ يمكن التحقق من أهلية التعاقد عن طريق البطاقة الشخصية التي يحملها متى ما كان شخصاً طبيعياً أو من خلال تسجيل الشركة إذا كان المتعاقد شخصاً معنوياً اعتبارياً .

---

[١] يراجع في ذلك المادة (٤٦) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ والتي تنص على أنّ (كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية غير محجور عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية)، وتقابلها المادة (٤٤) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ والتي تنص على أنّ (كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد هو إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة).

[٢] يراجع المادة (١٠٨) من القانون المدني العراقي، وتقابلها المادة (٤٥) من القانون المدني المصري.

[٣] يراجع المادة (١٤١) من القانون المدني العراقي، وتقابلها المادة (١٤١) من القانون المدني المصري.

[٤] يراجع المادة (٩٧) من القانون المدني العراقي، وتقابلها المادة (١١١) من لقانون المدني المصري.

بيد أنَّ الصعوبات الحقيقية تظهر في الفرض العكسي الذي يتم فيه عن بعد بشكل عام والتعاقد عن بعد باستخدام التبادل الرقمي للبيانات بشكل خاص، فقد يجري التعاقد عبر الشبكة المعلوماتية من دون أنْ تتحقق أهلية التعاقد لأحد أطراف العلاقة العقدية أو لكليهما، ومن ثم يثار التساؤل حول كيفية التحقق من أهلية المتعاقد الآخر .

ولا يعدّ الحديث عن هذا الأمر حديثاً نظرياً فقد أثبت الواقع العملي أن عدداً من المتعاملين عبر الأنترنت هم من ناقصي الأهلية، وأنّ العديد منهم يتعمدون إخفاء نقص أهليتهم، كما أنَّ هنالك من يدعي خلافاً للواقع أنّه وكيل أو ممثل لشركة معينة أو شريك للتعاقد، الأمر الذي ينطوي على إشكاليات تتعلق بسلامة وصحة التصرفات القانونية التي يبرمونها عبر الأنترنت[١] .

ومما يزيد الأمر تعقيداً أنْ يكون أحد المتعاقدين كامل الأهلية حسب قانون دولته، الأمر الذي يثير التساؤل عما إذا كان من الممكن أنْ يتمسك من له مصلحة ببطلان العقد، نظراً لنقص أهلية المتعاقد الآخر، وعمّا إذا كانت هناك وسائل تكنولوجية تمنع ناقص الأهلية من التعاقد عبر شبكة الأنترنت .

ويمكننا عرض الحلول المقترحة للتأكد من أهلية المتعاقد، وهي تنقسم إلى حلول قانونية وأخرى تقنية، فالحلول التقنية؛ هي مسألة فنية بالدرجة الأولى، إذ إنَّ مسألة التحقق من شخصية المتعاقد لإبرام التصرفات القانونية في مجال العمليات الرقمية التي

---

[١] د. محمد حسين منصور، المسؤولية العقدية الإلكترونية، الخطأ في العقد الإلكتروني، بحث مقدم من المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، مركز البحوث والدراسات، أكاديمية شرطة دبي، الامارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، أبريل/نيسان ٢٠٠٣، ص٢٧٠ .

تتم عبر شاشات الحواسيب الإلكترونية، تحتاج إلى خبراء متخصصين في مجال التجارة الإلكترونية والأنترنت، بغية إيجاد حلول متطورة تكنولوجياً تسهم في هذا المجال[١] .

ونذكر من أهم التقنيات المستخدمة لتعيين وتحديدها هوية المتعاقد، منها تقنية الحائط الناري Firewall لتجميع الآليات الإلكترونية البرمجية، والتي بواسطتها يمكن بث رسالة تحذيرية، عندما تكون الشبكة معرضة للتدخل الأجنبي أو التهكير[٢]، وتقنية الاستيثاق من المواقع Authenitification وتعقبها خوفاً من وجود أفراد أو شركات وهمية، ومن الشركات التي تقوم بمهمة تتبع المواقع الوهمية نذكر منها شركة Interclear، وشركة Cylink، فهذه الشركات تستخدم شهادة العملاء Client Certificates، وشهادة الخادم Server Certificate للتعرف على الشركات التجارية المزودة بالخدمة، والتأكد من هوية المتعاقدين الذين يعملون وراها، وأمّا الحلول القانونية، فالاعتراف بالوثائق الإلكترونية وإعطائها الحجية القانونية، يعتمد على مدى إمكانية التأكد من صحة هذه الوثائق والتحقق من هوية مرسلها، وتطبيقاً لذلك يوجب الاتفاق النموذجي لتبادل البيانات إلكترونياً للمملكة المتحدة، أنْ تحدد جميع الرسائل هوية المرسل إليه والمراسل، ويجب أنْ تشمل الرسائل وسيلة للتحقق من أنّ الرسالة صحيحةٌ وكاملةٌ، وذلك إمّا عبر تقنية مستخدمة في الرسالة نفسها أو بواسطة طريقة أخرى ينص عليها في البرتوكول الإضافي[٣] .

---

[١] د. عبد الله الخشروم، عقود التجارة الإلكترونية عبر شبكة الأنترنت وفقا لأحكام الشريعة الأردنية، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية بمركز البحوث والدراسات بأكاديمية شرطة دبي بالإمارات العربية المتحدة، المجلد الثالث، أبريل/نيسان ٢٠٠٣، ص٢٧٩ وما بعدها ، متاح على الرابط الالكتروني :-https://kambota.yoo7.com

[٢] د. أحمد جمال الدين موسى، مصدر سابق ، ص٨٢ وما بعدها.

[٣] بشار طلال مومني، مشكلات التعاقد عبر الأنترنت، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠٠٣، ص٣٧ وما بعدها .

وينص الاتفاق النموذجي الأوربي لتبادل البيانات إلكترونياً، على أنْ تتضمن الإجراءات الأمنية للتأكد من منشئ الرسالة، والتحقق من مدى صحتها وعدم رفض منشئ الرسالة لها، وتلقي رسائل البيانات إلكترونياً مع مراعاة سريتها، ويؤكد الاتفاق على أنّ التدابير الأمنية للتحقق من منشئ الرسالة وصحتها إلزامية في حالة تبادل البيانات إلكترونياً، وسعياً للتحقق من هوية الأطراف المتعاقدين أوصت المادة الخامسة من التوجيه الأوربي الصادر في ٨ يوليو/تموز ٢٠٠٠، والمادة (١٤) من مشروع الأمم المتحدة بشأن التعاقد الإلكتروني بين الدول الأعضاء بأنْ تجعل مؤدى الخدمة يتيح لمتلقي الخدمة بشكل دائم ومستمر اسمه، وعنوانه الالكتروني، وعنوانه الجغرافي، واسم السجل التجاري المقيد به ورقمه وأي معلومات أخرى تفيد في تحديد هويته[١] .

ولما كانت تلك التعليمات لا تفرض جزاءات على عدم الامتثال لتلك التعليمات فإنّ أغلب المتعاملين يعمدون إلى إخفاء نقص أهليتهم، فقد يكون أحد أطراف العقد أو كلاهما ناقص الأهلية مما يثير التساؤل عن مدى صحة التصرفات القانونية التي يعقدونها عبر الشبكة المعلوماتية، وللإجابة على هذا التساؤل ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأنّه إذا كان أحد أطراف العقد كامل الأهلية وفقاً لقانون دولة المتعاقد الآخر، فإنّه ينبغي ترجيح مصلحة كامل الأهلية إعمالاً للوضع الظاهر[٢] .

وتطبيقاً لذلك، إذا قام القاصر بسرقة البطاقة المصرفية الخاصة بأحد والديه، أو استعمل توقيعه الإلكتروني في إبرام العقد، فإنّه يتعين ترجيح مصلحة التاجر وعدم السماح بإبطال العقد لنقص أهلية المتعاقد الآخر، ومن ثم يجوز للبائع أنْ يتمسك بأنّ القاصر قد توافر فيه مظهر صاحب البطاقة المصرفية أو التوقيع الإلكتروني ومن ثم مظهر الشخص الراشد .

---

[١] د. عبد الحق حميش، حماية المستهلك الإلكتروني، مصدر سابق، ص١٢٨٦.

[٢] د. أسامة أبو الحسن مجاهد، مصدر سابق، ص١١٣.

ويبدو أنّ هذا الرأي يجد سنداً له في المادة (١/١٨) من القانون المدني العراقي، فهذه المادة نصت على القاعدة العامة في شأن إخضاع الأهلية لقانون الجنسية، وعادت ونصت على أنه (إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الاهلية وكان سبب نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، فأن الاجنبي يعتبر في هذا التصرف كامل الاهلية)[١] .

ونتيجة لذلك فإنَّ نقص أهلية أحد أطراف العملية المصرفية الرقمية عبر شبكة الأنترنت وفقا لأحكام جنسيته، أو جنسية المتعاقد الآخر، أو قانون الموطن، لا يؤثر في أهليته، ويعدّ في حكم كامل الأهلية، واستناداً إلى نقص الأهلية يرجع إلى تعمد القاصر إخفاء نقص أهليته وعدم علم الطرف الاخر بذلك. ويستطيع بذلك من تعاقد مع ناقص الأهلية بحسن نية أن يرجع عليه على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية استناداً لنص المادة (٣/١٣٨) من القانون المدني العراقي التي تجيز لناقص الأهلية أنْ يطلب إبطال العقد، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض، إذا لجأ لطرق احتيالية ليخفي نقص أهليته[٢] .

---

[١] ينظر: نص المادة (١١) من القانون المدني المصري.

[٢] ينظر: المادة (١١٩) من القانون المدني المصري.

المطلب الثالث

مدى قبول البيانات الإلكترونية في الإثبات

في ضل عملية التطور الي يشهدها العصر الحديث من الناحية التكنلوجية ، والتطور الهائل الذي لحق بشبكة الانترنت وما تتصف به هذه الشبكة بأنها مفتوحة للجميع وتسمح بالدخول اليها بحرية وفي أي وقت لأبرام علاقات قانونية مع أطراف غير معروفين مسبقا عن طريق استخدام الحاسب الالي ، حيث أتاحت هذه التكنلوجيا امكانية تحقق التواصل الانساني وانجاز المعاملات بسهولة ، ولقد مضت الإشارة إلى أنَّ تشريعات الدول الأعضاء في الاتحاد الأوربي والاتفاقيات الدولية السارية على التجارة الدولية والنقل الدولي ، تنطوي على قدر كبير من التباين فيما يخص الإجراءات الشكلية بوسائل الإثبات، فثمة نصوص تجيز وسائل الاثبات بالتجارة الإلكترونية، وي مكن أنْ تعدّ مقبولة كلياً أو جزئياً فقط .

فقد عرفت هذه البيانات على انها بيانات رقمية مخزنة في الاجهزة الحاسوبية او المنظومات المعلوماتية او المنقولة بواسطتها والتي يمكن استخدامها في اثبات واقعة معينة أو تصرف[١] .

ويمكن ان تعرف ايضا بانها " معلومات مخزنة في اجهزة الحاسوب بحيث يتم تجميعها وتحليلها باستخدام برامج خاصة بهدف اثبات واقعة معينة[٢] .

---

[١] د. محمود رجب فتح الله ، الشرعية الجنائية للأدلة الرقمية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٢٠ ، ص٢٨ .

[٢] أ . عائشة بن قارة مصطفى ، حجية الدليل الالكتروني في مجال الاثبات الجنائي ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠١٠ ، ص٦١ .

وعرفت ايضا بأنها ذلك الجزء الناتج عن الاستعانة بتقنية معالجة البيانات والذي يؤدي الى اقتناع القاضي بثبوت واقعة لشخص ما بمعنى كلما كان هناك مزج بين المعلومات والمعالجة الالية كلما كان هناك دليلا الكتروني او رقمي[١] .

وان البيانات الالكترونية ليست على صورة واحدة وامنا تتعدد اشكالها ، والبيانات الالكترونية لا توجد في مفردها في الفراغ وانما توجد من خلال نظام معلوماتي وهذا النظام قد يكون حاسباً الياً او اي وسيط الكتروني أخر لذا تتخذ البيانات الالكترونية اربعة أشكال رئيسية هي :

١- الصور الرقمية (المرئية) : هي الادلة التي تتمثل في تجسيد الحقائق في صور مرئية والتي يتم تقديمها في شكل مرئي وذلك بعرضها على المحكمة باستخدام الشاشات باختلاف انواعها[٢] .

٢- النصوص المكتوبة الكترونيا : ويقصد بها الادلة التي تتمثل بالمستندات الالكترونية التي تم انشاؤها من خلال الآلات الرقمية ومن أمثلتها : الرسائل المكتوبة عبر البريد الالكتروني أو رسائل غرف المحادثات ، أو أحد برامج المحادثة الفورية الكتابية كالماسنجر والمنتديات ومواقع التواصل الاجتماعي كالفيس بك وتويتر او اي موقع من مواقع الويب أو الجات[٣] .

٣- التسجيلات الصوتية والفيديوية : ويقصد بها الادلة التي تتمثل في تسجيل (صوتي) او (فيديوي) ويتم ضبطها وتخزينها بواسطة الآلات الرقمية ومن

---

[١] د. محمود عبد الغني جاد المولى ، دور الدليل الالكتروني في الاثبات الجنائي ، ط١ ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠١٩ ، ص ٢٧ وما بعده .

[٢] د. محمد امين فكيرين ، اساسيات الحاسب الالي ، دار الراتب ، بيروت ، ١٩٩٣ ، ص٧٩ .

[٣] د. محمود عبد الغني جاد المولى ، مصدر سابق ، ص٣٨ .

أمثلتها المكالمات الصوتية او المكالمات الصوتية المرئية كمكالمات الفيديو من خلال البرامج التي توفرها الشبكة المعلوماتية (الانترنت)[١] .

٤-الاوعية اللاورقية : في الآونة الاخيرة زادت صور الاوعية اللاورقية او الالكترونية التي يتم تخزين المعلومات عليها ومن أمثلتها : الاشرطة المغناطيسية التي تعد من افضل الوسائط التخزينية حيث يمكن اجراء تعديلات على محتوياتها وفي بعض الحالات اعادة استخدامها وتتعدد صورها وهي الاقراص المغناطيسية والمرنة والصلبة والفلاش المومري والوسائط المتنقلة وبطاقات الذاكرة واجهزة تخزين البيانات واجهزة الحاسب اللوحي[٢] .

٥-بذلك يمكن عد وحدات التخزين بما فيها اجهزة الحاسب الالكتروني المصدر الاساس والرئيسي للبيانات الالكترونية وعلى سبيل المثال لا على سبيل الحصر فهي تقدم الادلة الاتية :

- الصور والفيديو
- المستندات والوثائق
- جلسات المحادثة وسجل البريد الالكتروني
- ملفات تسجيل العمليات
- المعلومات التاريخية للتصفح والملفات المخبئة
- مفاتيح التشفير وكلمات المرور.

وقد تقسم البيانات الالكترونية على قسمين حسب دورها في الاثبات وهي كالاتي :

---

[١] د. خالد حسن احمد لطفي ، الدليل الرقمي ودوره في اثبات الجريمة المعلوماتية ، ط١ ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٢٠ ، ص١٤١ .

[٢] د. محمود رجب فتح الله ، مصدر سابق ، ص٣٦ .

القسم الاول / بيانات اعدت لتكون وسيلة اثبات : يطلق على هذه الادلة بالمحررات او المستندات الالكترونية وهي ادلة اتجهت ارادة المنشئ لها او اطرافها لتكون ادلة اثبات وهي عبارة عن مجموعة من البيانات التي يتم معالجها الياً من اجل اثبات حق أو مصدر هذا الحق (واقعة مادية كانت ام تصرف قانوني) تكون قابلة للاسترجاع والفهم ويمكن تخزينها او استخراجها او نسخها أو ارسالها بإحدى الوسائل الالكترونية[١] .

القسم الثاني / بيانات لم تعد لتكون وسيلة اثبات : وهي البيانات الرقمية التي نشأت من دون ارادة المستخدم ومن دون أن يكون راغباً في وجودها ويسمى هذا النوع من البيانات بالبصمة الرقمية او الاثار المعلوماتية الرقمية وتتمثل بالأثار التي يتركها عند استخدامه للكمبيوتر او ما في حكمه والاثار التي يتركها عند ولوجه لشبكة الانترنت[٢] .

وكذلك المعلومات والبيانات الموجودة في ملفات الولوج ، التي تتضمن جميع المعلومات الخاصة بتاريخ ووقت ارسال ملفات المستخدم وكذلك تلك التي توجد في الملفات الاحتياطية للنظام وكذلك ملفات الارتباط او

---

[١] من الجدير بالذكر ان هذه البيانات تقسم على نوعين : النوع الاول : يتمثل في المعلومات والبيانات المنشئة تلقائياً من طرف الكمبيوتر او أي جهاز تقني أخر من دون أن يتدخل الانسان بها ، بمعنى أخر هي السجلات التي يتم انشائها بواسطة الالة تلقائيا وتعتبر هذه السجلات من مخرجات الالة التي لم يساهم الانسان في انشائها مثل فواتير اجهزة الحاسب الالي ، النوع الثاني : هي السجلات التي جزء منها تم حفظه بالإدخال وجزء تم انشاؤه بواسطة الالة ومن أمثلة ذلك : البيانات التي يتم ادخالها الى الالة وتتم معالجتها من خلال برنامج خاص كأجراء العمليات الحسابية على تلك البيانات . د. خالد عياد الحلبي ، اجراءات التحري والتحقيق في جرائم الحاسوب والانترنت ، ط١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، ٢٠١١ ، ص٢٣٤ .

[٢] سامر عبد الرضا عزيز اللامي ، وسائل الاثبات في جرائم المعلوماتية المتصلة بالحياة الخاصة ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق الجامعة الاسلامية في لبنان ، ٢٠١٩ – ٢٠٢٠ ، ص١٤٩ .

ما يعرف ببيانات الكوكيز والتي يمكن ضبطها بواسطة تقنية خاصة بذلك كالوسائل المرسلة منه الى شخص أخر[١] .

وعلى العكس من ذلك هناك نصوص قديمة صيغت بطريقة تجعلها تنطوي بالضرورة إلى إشارة إلى الشكل الكتابي أو المستند أو إلى التوقيع على الورق، وأخيراً ثمة عدد من النصوص تتجه إلى التشديد على لزوم الإثباتات المصدقة على الورق والمكتوبة، ولكنها تتصف بنوع من المرونة عند تفسيرها يجعلها تشمل المستندات والتوقيعات الإلكترونية والأشكال المكتوبة .

وتطبيقاً لذلك أكدَّ برنامج العمل المعني بالجوانب القانونية لتبادل البيانات التجارية التابع لفرقة العمل الرابعة WP-4 ، المهتمة بتسيير إجراءات التجارة الدولية، وهي فرقة تابعة إلى اللجنة الاقتصادية لأوروبا، إنَّ أغلب أحكام الاتفاقيات الدولية المعنية بالتجارة الدولية لا تقابل بصورة مرضية تبادل البيانات الكترونياً، وإنَّ وسائل تبادل البيانات الكترونياً في حالات عدة ، في ظل هذه القواعد، تبقى غير مقبولة بوصفها وسائل قانونية للاتصال، وتنظر هذه الأحكام إلى التوقيعات الخطية أو الكتابة اليدوية أو المستندات الورقية، على أنّها تمثل عقبات أساسية تعترض تطوير التجارة الإلكترونية على النطاق الدولي[٢] .

وعقب دراسة تشريعات الدول الأعضاء في الاتحاد الأوربي التي جرت في إطار نظم التبادل الإلكتروني للبيانات بغية تعيين الاحتياجات من التوقيعات اليدوية والوثائق الكتابية، وكذلك شروط العقبات القانونية، بوصفها المشاكل والعقبات القانونية

---

[١] من الجدير بالذكر حيث يتم الاعتماد في ضبط هذا النوع من الادلة على ما يعرف ببرتوكول (IP) والذي يكن من خلاله ضبط تحركات مستخدم الانترنت عبر الجهاز الذي يستعمله من خلال بيانات هذا الجهاز عند مزود الخدمة وان كان هذا النظام لا يحدد شخصية المستخدم لكنه يحدد الجهاز الذي استعملت منه ، ويرى البعض ان ذلك يصح لان يكون قرينة على اعتبار صاحب الجهاز هو المستخدم الى ان يثبت العكس ، د. خالد احمد حسن لطفي ، مصدر سابق ، ص١٤٤ .

[2] La Conférence de Nations Unies pour le Commerce et le Développement, op. cit., p. 33.

التي تعترض استعمال تبادل البيانات إلكترونيا، لخصت أمانة لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال)، إلى وجود أقل عدد مما كان متوقعاً من المشاكل المتصلة باستخدام البيانات المخزنة في الحواسيب الإلكترونية، كدليل إثبات في المنازعات على الصعيد الدولي، في حين أنّ هذه العقبات تزداد بسبب اشتراطات أنْ تكون الوثائق في شكل ورقي أو أنْ تكون موقعة[١] .

مفاد ذلك أنَّ أغلب الاتفاقات الدولية والتشريعات الوطنية يشترط فيها أنْ تتم بسمات معينة أو أنْ تقدم معلومات معينة في شكل مكتوب، علاوة على ذلك أنّ هنالك اتفاقيات دولية وقوانين وطنية كثيراً ما تشير إلى الوثيقة أو الكتابة، من دون توضيح هذين المصطلحين، وفي هذه الحالة يفترض أنَّ واضعي هذه النصوص قد تصوروا أنّ الوثيقة المكتوبة هي الشكل الوحيد آنذاك، وبالإضافة إلى ذلك تستلزم الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية غالباً توافر التوقيع للتحقق من هوية الموقع واعتزامه التقيد بفحوى الوثيقة وشكل الإثبات، والتوقيع الأكثر انتشاراً والذي يتطلبه القانون هو التوقيع بخط اليد La Signatue Manuscrite[٢] .

وقد وضحت التحقيقات التي أجرتها لجنة الاتحادات الأوربية، واللجنة الاقتصادية لأوروبا، ولجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، أنّ فرض استخدام توقيعات خطية على الوثائق المستعملة في التجارة الدولية، يشكّل مشكلة أساسية تعترض استخدام الوسائل الإلكترونية، وتحول بالتالي من دون نمو العمليات المصرفية الرقمية [٣] .

---

[١] د. أسامة أبو الحسن مجاهد ، مصدر سابق ، ص١١٦.

[٢] ثروت عبد الحميد، مصدر سابق، ص٣٤-٤٢.

[3] La Conférence des Nations Unies pour le Commerce et le Développemment, op. cit., p. 38.

وإلى جانب ما تقدم يشكل اشتراط تقديم وثائق معينة أو معلومات في شكل ورقي عقبة تعترض تطوير العمليات المصرفية الرقمية، وطلب الوثيقة الأصلية يكون عادة من أجل ضمان صحة وعدم تحريف المعلومات المدرجة في الوثيقة، وفي إطار السندات القابلة للتداول مثل سندات الشحن، وسندات الملكية إذ تكون الحقوق متصلة بالشكل المادي للسند، يلزم ضمان أنْ تكون الوثيقة الأصلية بين يدي الشخص الذي يدعي ملكية البضائع المتمثلة في ذلك السند[١] .

والحقيقة أنَّ التمييز بين وثيقة أصلية ونسخة منها هو تمييز اصطناعي لا مبرر له في مجال العمليات الافتراضية التي تتم عبر الشبكات الآلية ؛ لأنَّ الرسائل الإلكترونية تنتقل من حاسوب إلى آخر من دون التوصل إلى إمكانية التميز بين أصل الوثيقة ونسختها، وما يلزم في الإطار الإلكتروني هو إثبات أنَّ رسالة البيانات صحيحةٌ وكاملةٌ وغيرُ محرفةٍ[٢] .

ومفاد ذلك نصل إلى أنّ مفاهيم التوقيع والكتابة والوثيقة الأصلية، مرتبطة ارتباطاً وثيقاً، والشرط الغالب في كثير من الأحيان هو توافر وثيقة ورقية مكتوبة وموقعة وأصلية، وهي متطلبات تنشأ شكوكاً وعقبات فيما يخص استخدام وسائل اتصال إلكترونية في العمليات الإلكترونية .

وهنالك حلول مطروحة لتحقيق التوافق بين الاتفاقيات الدولية في هذا المجال، والحلول المطروحة في الاتفاقات النموذجية والقوانين، وتعدّ مسألة توحيد الاتفاقيات الدولية المعنية بالعمليات المصرفية الدولية، ومحاولة توسيع مضمونها ونطاقها ليمنح طرق الاثبات بالعمليات المصرفية الرقمية قيمة قانونية، معادلة لتلك المقبولة في التجارة

---

[1] La Conférence des Nations Unies pour le Commerce et le Développemment, op. cit., p. 39.

[٢] د. عبد الخشروم، مصدر سابق، ص٢٨٥.

الدولية هدفاً رئيساً لجميع الهيئات المعنية بالتجارة الإلكترونية، بيد أنَّ هناك خلافاً لايزال محتدماً بين تلك الجهات يدور حول الطريقة التي يمكن أنْ تحقق التوافق [١] .

فقد أجمعت الآراء على عدم تلائم إجراء تعديل لمختلف النصوص التي تشتمل على مفاهيم التوقيع والمستند والكتابة، حسب كل حالة على حدة، لأنَّ هذا الاجراء سيكون مرهوناً ومتوقفاً بالخطوات المنصوص عليها في المعاهدة المراد تعديلها، ومن ثم لن يكون هناك مفهوم معين لهذا التعديل، هذا بالإضافة إلى أنّ تحقيق التوافق بين الاتفاقيات سيحتاج إلى سنوات كثيرة، وأثناء ذلك سيكون هناك العديد من عدم اليقين القانوني، ونتيجة لذلك استقرت آراء المنظمات الدولية والحكومات على ضرورة وضع اتفاق أو وثيقة موحدة وملزمة للجميع تبتعدّ قدر الإمكان القيام بإجراء تعديلات معينة لكل اتفاق على حدة، غير أنّ آراء تلك المنظمات والحكومات قد اختلفت حول طبيعة هذا الانفاق الجديد، ويمكن حسم هذا الخلاف في اتجاهين[٢] :

الاتجاه الأول: يرى أنّ تحقيق الانسجام بين الاتفاقيات الدولية يمكن أنْ يتحقق بالاعتماد على نموذج غير اتفاقي يأخذ شكل توجيه أو قانون نموذجي أو مبادئ عامة، بدلاً من شكل المعاهدات الدولية المتعددة، ومن ثم يجوز لأي دولة أنْ تسن تشريعاً لقانون التجارة الإلكترونية مقتديةً في ذلك بالتوصية أو القانون النموذجي أو التوجيه[٣] .

---

[١] ثروت عبد الحميد ، مصدر سابق ، ص٤٤ .

[٢] د. صالح المنزلاوي، مصدر سابق، ص٣٨٨.

[٣] لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، قواعد الأونسيترال للتحكيم بصيغتها المنقحة في عام ٢٠١٠، ص١٨.

الاتجاه الثاني: يفضل اللجوء إلى نموذج اتفاقي[١]، إلاّ أنّ مؤيدي هذا الاتجاه اختلفوا أيضاً حول مفهوم هذا الاتفاق وماهيته، ويمكن بيان هذا الاختلاف من خلال الجوانب الآتية :

- يعلن الجانب الأول أنّه ليس ثمة حاجة إلى اتفاقية شاملة تعمل استكمال وتوضيح الاتفاقيات الدولية السابقة، وإنّما يكفي وضع اتفاق دولي يطرح مسائل العمليات الرقمية[٢].

- يؤيد الجانب الثاني وجود مشروع الاتفاقية الشاملة ما دامت ستزيل العراقيل أمام التجارة الإلكترونية، إلاّ أنه من السابق لأوانه في هذه المرحلة محاولة تحديد وتعيين شكل هذا الاتفاق، وما إذا كان مجرد اتفاق تكميلي أو مجرد اتفاق تفسيري أو مبادئ توجيهية أو قوانين نموذجية، لأنَّ هذه المسألة ما زالت تحتاج إلى المزيد من التحليل والدراسة[٣] .

- يؤيد الجانب الثالث فكرة الاتفاقية الشاملة، على أنْ يؤخذ الطابع الرقمي للعمليات في الحسبان، ليس فقط في مجال المعاهدات السارية المفعول حتى الآن، وإنّما في المعاهدات الحديثة التي تبرم في شأن التجارة الدولية كذلك، وأساس ذلك. أنَّ الهدف من هذا الاتفاق الجديد هو تيسير سبل استعمال وسائل الاتصال الآلية في مجال التجارة الإلكترونية وليس تفسير الاتفاقيات السابقة وتنقيحها وتعديلها .

---

[١] من الدول التي وافقت على ذلك فرنسا، إيطاليا، أمريكا، ومن المنظمات الدولية الحكومية، منظمة الطيران المدني الدولي الانظمة العالمية للملكية الفردية، المنظمة العالمية للجمارك، مجلس أوربا، رابطة تكامل أمريكا اللاتينية، ومن المنظمات الدولية غير الحكومية، الاتحاد الدولي لرابطات وكلاء الشحن (فياتا)، يراجع في ذلك: الوثائق الرسمية للجمعية العامة، تجميع لتعليقات الحكومات والمنظمات الدولية، الدورة الأربعون، أكتوبر/تشرين الأول ٢٠٠٢، على العنوان الإلكتروني التالي: http://www.uncitral.org/en-index.htm.

[٢] يراجع تعليق النمسا، مصدر سابق، ص٣.

[٣] أ. إبراهيم المنجي، مصدر سابق، ص٣٥.

– يذهب الجانب الرابع إلى أنَّ الهدف الأساس المراد تحقيقه هو ليس تعديل الاتفاقيات السالفة وتنقيحها بل تسهيل استخدام الوسائل الإلكترونية في مجال التجارة الدولية، وبناءً على ذلك، فإنَّ أنسب طريقة للوصول لهدف التوحيد من دون أن تثار مسألة تطويع النصوص السارية أو شرعية إجراء التنقيح تتمثل في اتباع صيغة الاتفاق التفسيري وتبنيها، إذ يجوز وفقاً له إعطاء اصطلاحات الكتابة والتوقيع والمستند، ومن ثم يمكن للقاضي تفسير تلك الاصطلاحات في ظل التطورات التي تشهدها تلك المضامين بسبب التقنية المتطورة [١] .

وبتدقيق النظر في نصوص اتفاقية فينا لقانون المعاهدات لسنة ١٩٦٩، نجد أنَّ هذه الاتفاقية قد أرست مبدأً قانونياً عاماً، يتمثل في أنَّ الاتفاق التفسيري يكون مفرغاً من محتواه، أي غير ملزم إذا صدر من غير الدول الأطراف في الاتفاق المراد تفسيره.

فبعد أنْ وضعت المادة (٣١) القاعدة العامة في التفسير في فقرتيها الأولى والثانية بينت في فقرتها الثالثة أنّه يجب بالإضافة إلى ذلك مراعاة أي اتفاق لاحق بين الأطراف بشأن تفسير المعاهدة أو تطبيق أحكامه، أي ممارسات لاحقة في تطبيق المعاهدة تثبت اتفاق الأطراف بشأن تفسير المعاهدة، فالاتفاقية بهذا النص تعطي أحقية تفسير الاتفاقيات الدولية للأطراف التي أصدرتها، غير أنَّ الأمر الملفت للنظر هنا أنّنا لسنا بصدد اتفاقية أو عدد محدود من الاتفاقيات التي تحتاج إلى تفسير موحد، وإنّما نحن أمام اتفاقيات كثيرة ربما يتناقض أحياناً بعضها مع الآخر، وتحتاج إلى تفسيرات جديدة كي يساعدها على التأقلم مع التطورات التي نتجت عن تكنولوجيا المعلومات في السنوات الأخيرة[٢] .

---

[١] د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص٧٥.

[٢] د. عصام الدين القصبي، تنازع الاختصاص القانوني والقضائي الدوليين في مجال التجارة الإلكترونية، مصدر سابق، ص٦١٩.

وقد استطردت اللجنة في حديثها موضحة أنّ ثمة اتفاقات قانونية لاحقة مثل قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، وقانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية يستبان فيها ما تراه اللجنة والمجتمع الدولي، من أنَّ التشريع الذي ينظم التجارة والتحكيم ينبغي أنْ يراعي ممارسات الأعمال الجديدة ويراعي طرائق الاتصال[١] .

وبناءً على ذلك يتحقق من أنّ فرض إصدار هذا الاتفاق التفسيري بواسطة الدول الأطراف في الاتفاق يخالف واقع الحياة الدولية المعاصرة، ونتيجة لذلك، لا يوجد ثمة مانع في ظل الوضع الراهن، من أنْ تقوم الدول الأطراف بإسناد مهمة التفسير إلى جهة أخرى، واعتبار هذا التفسير الزامياً لها بشكل نهائي .

وبناء على ذلك، فقد تداول أحد الاقتراحات أنْ يكون إصدار وثيقة على هذا النحو من الأهمية، عن طريق هيئة تمثل فيها النظم القانونية والاقتصادية الأساسية في البلدان المتقدمة والعالم، تمثيلاً وافياً كالأونسترال على اعتبار أنّها الجهة المنوط بها تشجيع التوحيد والتنسيق التدرجيين للقانون التجاري الدولي، والبحث على ضمان التطبيق والتفسير الموحدين للاتفاقيات الدولية، والقوانين الموحدة في ميدان القانون التجاري الدولي[٢] .

ونظراً لأنّ الاتفاق التفسيري لا يسعى إلى تنقيح وتعديل الاتفاقيات الدولية الموحدة من قبل، أو على الأقل تبديل الالتزامات الرئيسة الناتجة عن تلك الاتفاقيات، بل يهدف إلى وضع تفسير حديث لبعض الاصطلاحات كي تتطابق مع الأساليب الإلكترونية الحديثة في مجال التجارة الدولية، فإننا نتفق مع الرأي الذي يقول إنَّ مسألة

---

[١] لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، قواعد الأونسيترال للتحكيم بصيغتها المنقحة في عام ٢٠١٠، مصدر سابق، ص٢٧.

[٢] د. صالح المنزلاوي. مصدر سابق، ص٣٩٥.

الشكل من الممكن أن تكون سهلة وبسيطة، إذ يكفي مجرد توقيع ممثلي الدول ليصبح هذا الاتفاق نافذاً [١] .

وأساس هذا القول أنَّ الحل يعدّ رئيساً للتعبير عن القبول في مختلف المعاهدات الدولية، وقد أجمع الفقه على أنه ليس هناك مانع في القانون الدولي يحول من دون اللجوء إلى اتفاق مبسط الشكل، بل أنه يقف على قدم المساواة مع المعاهدات التي تتم من خلال الطرق التقليدية، إذ يعدّ تقدم الجات عام ١٩٤٧ دليلاً ساطعاً على هذا الشكل المبسط للاتفاق[٢] .

ونتيجة لذلك، سيكون الابتعاد قدر الإمكان ذات جدوى عن إثارة التحفظات من جانب بعض الدول، ولكن إذا اعترضت بعض الدول على الخضوع إلى الإجراء المبسط للشكل، بحجة أنّ ذلك يتعارض مع قواعدها الدستورية الداخلية، فإنّ الرأي يميل إلى الأخذ بنظام مختلط يجيز إنفاذ هذا الاتفاق في بعض الدول بمجرد توقيعها الاتفاق، وأمّا المتبقي من الدول فتستلزم دساتيرها المرور بالإجراءات الشكلية لتبين موافقتها، فيكون الإنفاذ معبر التصديق[٣] .

ومن المقرر أنّ مشاكل العمليات المصرفية الرقمية في مجال الإثبات تنحصر في التوقيعات الخطية، والكتابة اليدوية، والمستندات الورقية، فهذه الوسائل الثلاث لا يتفق معها، من حيث الظاهر، اللجوء إلى الشبكة المعلوماتية وتقنيات الحاسوب الآلي التي ترتكز على التوقيعات الرقمية، والمستندات غير الورقية، والكتابة الإلكترونية .

ونتيجة لذلك بذلت – ومازالت تبذل –محاولات عدة لتشجيع إزالة الشروط الإلزامية في التشريعات الوطنية والدولية المتصلة بالتوقيع والكتابة والمستند، أو على

---

[١] د. محمد طلعت الغنيمي، الأحكام العامة في قانون الأمم، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٠، ص٤٣٧.

[٢] د. علي إبراهيم، الوسيط في المعاهدات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص٣٠٥.

[٣] د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص٢٧٧.

الأقل محاولة تفسير وتوضيح المصطلحات توضيحاً واسعاً، يشمل التوقيع والكتابة والمستند الإلكتروني .

وإمعاناً في إزالة هذه المشاكل والعراقيل الشكلية حاولت المادة (٦) من القانون النموذجي توسيع نطاق مسألة الكتابة، ويتمثل بوسائل الاتصال الآلية، واعتمدت المادة آنفة الذكر الشروط التي يجب أن تتوافر في رسالة البيانات لكي تكون القيمة القانونية التي تتصف بها الكتابة اليدوية في الأنظمة الوطنية نفسها، وفي هذا السياق تنص المادة آنفة الذكر على أنّه (عندما يشترط القانون أنْ تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقاً)[١] .

ويوضح دليل تشريع قانون الأونسيترال النموذجي في تعليقه على هذا النص أنّ رسائل البيانات لا يمكن أنْ تقوم بجميع وظائف الكتابة التي يمكن تصورها، فالمادة (٦) تركز على ضرورة أن تكون المعلومات المقدمة في شكل بيانات حاسوبية مقروءة وقابلة للتفسير، وتؤكد الاحتفاظ ببرمجيات الحاسوب الأساسي التي تجعل هذه المعلومات واضحة ومقروءة، ولا يقصد بعبارة على نحو يتيح استعمالها أن تتضمن الاستخدام البشري فحسب، بل أيضاً التجهيز الحاسوبي[٢] .

وينص الاتفاق النموذجي لرابطة المحامين الأمريكية على أنّ أي وثيقة نقلت على النحو الدقيق والصحيح لهذا الاتفاق تعدّ مكتوبة، وأي وثيقة يوجد فيها توقيع أو تقترن بتوقيع تعدّ موقعة، وتعدّ وثيقة أصلية عندما تطبع من سجلات أو ملفات الكترونية توضع خلال سير الأعمال العادية وتحفظ .

---

[١] يراجع دليل تشريع قانون الاونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، ١٩٩٦، الفقرة رقم ٥٠، ص٣٦.

[٢] قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الذي اعتمدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في دورتها التاسعة والعشرين الصادر في ١٩٩٦.

وسعياً للتغلب على المشاكل الناجمة عن شرط التوقيع بخط اليد أقرّت فرقة العمل التي تعنى بسير الإجراءات التجارية الدولية، والتابعة للجنة الاقتصادية لأوروبا في عام ١٩٧٩ بأن تقوم المنظمات الدولية والحكومات المعنية بإيضاح النصوص الدولية والوطنية، والتي تشمل شروط التوقيع على الوثائق الرئيسة في التجارة الدولية وإعطاء الأفضلية لتعديل هذه الأحكام عند اللزوم، حيث يجوز إعداد المعلومات التي تتضمنها الوثائق ونقلها بالطرق الآلية وغيرها من الطرق الإلكترونية لنقل البيانات[١].

ويمكن أنْ تستوفي شروط التوقيع بالإثبات الذي تكفله الوسائل المستعملة في نقل البيانات، وفي عام ١٩٨٥ أوصت لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية (الأونسيترال)، حكومات الدول الأعضاء بإعادة النظر في المتطلبات القانونية التي تتطلب أنْ تكون المستندات المتمثلة بالتجارة موقعة بخط اليد أو بغير ذلك من وثائق التصديق الورقية، لرغبة السماح باستعمال وسائل التصديق الآلية[٢] .

وقد نصت المادة (٧) من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية على أنّه (عندما يشترط القانون وجود توقيع من شخص يستوفي ذلك الشرط بالنسبة إلى رسالة البيانات إذا استخدمت بطريقة لتعيين هوية ذلك الشخص والتدليل على موافقة ذلك الشخص على المعلومات الواردة في رسالة البيانات، وكانت تلك الطريقة جديرة بالتعويل عليها بالقدر المناسب للغرض الذي أنشأت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات في ضوء كل الظروف، بما في ذلك أي اتفاق متصل بالأمر)[٣] .

ويؤكد دليل تشريع قانون الأونسيترال النموذجي على أنّه لا يمكن إنكار القيمة القانونية لرسائل البيانات لمجرد أنّها غير موثقة بإحدى الوسائل التي تتصف بها

---

(1) La Confé rence des Nqtions Unies pour le Commerce et le Développement, op. cit., p. 38.

[٢] لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، قواعد الأونستيرال، مصدر سابق، ص٣٠.

[٣] د. صالح المنزلاوي، مصدر سابق، ص٣٩٩.

المستندات الورقية، وتحدد المادة (٧) الشروط العامة الأساسية التي يلزم توافرها حتى تتمتع رسائل البيانات بالمصداقية الكافية، وحتى تكون واجبة النفاذ، رغم وجود شرط التوقيع الذي يحول من دون استخدام رسائل البيانات في مجال العمليات الإلكترونية، وتركز المادة (٧) على الوظيفتين الأساسيتين للتوقيع وهما تحديد هوية محرر الوثيقة، وتأكيد موافقته على مضمونها[١] .

وعالجت أغلب اتفاقات التبادل النموذجية قضايا الإثبات والتحقق من رسائل البيانات، غير أنّها اعتمدت مناهج مختلفة إزاء هذه المسألة، فبعض الاتفاقات النموذجية تعالج مسألة الإثبات كجزء من إجراءات الأمن العام، بعض الاتفاقات تعالج هذه المسألة بصورة منفصلة في اتفاق مصاحب لها، وثمة اتفاقات نموذجية تلزم الأطراف وتوجب عليهم الاعتماد على رمز الكتروني كإجراء للإثبات، وثمة اتفاقات أخرى تتطلب بعض الإجراءات التي تتيح التحقق من هوية المرسل[٢] .

وقد نصَّ الاتفاق النموذجي الأوربي لتبادل البيانات الكترونياً على أنّه (تشمل الإجراءات والتدابير الأمنية التأكد من منشئ الرسالة، والتحقق من صحة الرسالة واعتراف منشئ الرسالة بها، وتلقي رسائل تبادل البيانات إلكترونيا ومراعاة سريتها)[٣] .

وعلى النقيض من ذلك ينص اتفاق رابطة المحامين الأمريكية على أنّه (يعتمد كل طرف كتوقيع له تعريفاً الكترونياً يتكون من شفرة أو رمز خاص بكل وثيقة ينقلها هذا الطرف، ويوافق كل طرف على أنّ أي توقيع صادر عنه، ومقترن بأي وثيقة

---

[١] للمزيد من التفاصيل، ينظر: دليل تشريع قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، مصدر سابق، ص٣٨.

[2] La Conférence des Nqtions pour le Commerce et le Développement, op. cit., p.40.

[3] Ibid, p. 40.

منقولة بصورة إلكترونية، يكون توقيعاً كافياً للتأكد من أنّ ذلك الطرف هو الذي أصدر تلك الوثيقة) [١] .

كما ينص الاتفاق النموذجي للملكة المتحدة على أنه (يجوز للأطراف بموجب الاتفاق استخدام طرق اثبات أفضل للتحقق من صحة الرسالة الإلكترونية وعدّ تحريفها أو تغيير مضمونها)، وسعياً للتخلص من أوجه الغموض الناتجة عن شرط توافر النسخة الأصلية في إطار القوانين الوطنية، نصت المادة (٨) من قانون الأونسيترال النموذجي على أنّه (عندما يشترط القانون تقديم المعلومات أو الاحتفاظ بها في شكلها الأصلي، تستوفي رسالة البيانات هذا الشرط إذا وجد ما يعول عليه لتحقيق سلامة المعلومات في الوقت التي أسست فيه للمرة الأولى في شكلها النهائي، على اعتبارها رسالة بيانات أو غير ذلك، وكانت تلك المعلومات مما يمكن عرضه على الشخص المقرر أن تقدم إليه، وعندما يشترط تقديم تلك المعلومات)[٢] .

وتشدد المادة (٨) على أهمية سلامة المعلومات، وتحدد الضوابط الذي يجب مراعاتها لضامن صحة المعلومات، وتؤكد على التحقق من أنَّ البيانات تم تسجيلها من دون تغيير أو تحريف، وإعطاء وصف للعناصر التي يجب مراعاتها عند تقييم عنصر المرونة والسلامة، وقد بينت الفقرة الفرعية (أ) من الفقرة (٣) من المادة نفسها أنّه لا يؤثر في أصل رسالة البيانات التغييرات الإضافية اللازمة مثل التظهير أو التوثيق، مادام مضمون رسالة البيانات كاملاً[٣] .

---

[١] لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، مصدر سابق، ص٢٦.

[٢] للمزيد من التفاصيل، ينظر: دليل تشريع قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، مصدر سابق، ص٣٩.

[٣] قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، مصدر سابق، ص٤١-٤٢.

وينص الاتفاق النموذجي لرابطة المحامين الأمريكية على أن أي وثيقة نقلت على النحو السليم الصحيح للاتفاق، تشكل وثيقة أصلية عندما تطبع من ملفات، أو سجلات إلكترونية توضع أثناء مباشرة الأعمال اليدوية .

الخاتمـــــــــــــــــــة

نخلص من خلال كل ما تقدم إلى جملة استنتاجات نطرح على وفقها جملة توصيات وهي على النحو الاتي:

أولا الاستنتاجات:

١-لم ينظم المشرع العراقي في قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية القانون الواجب التطبيق على العمليات المصرفية الرقمية ، وبذلك ترك فراغاً تشريعيا يستوجب الخوض فيه لتفادي الحلول المتعارضة نتيجة تنازع القوانين حول معرفة القانون الواجب التطبيق على العمليات المصرفية الرقمية .

٢-ظهرت العمليات المصرفية الرقمية الى حيز الوجود نتيجة حاجة التجارة الالكترونية لوسائل دفع وعمليات مصرفية الكترونية تنسجم معها ، فهي وجدت نتيجة الحاجة ، ولم تكن من ابتكار المشرع ، فجاءت تلبي متطلبات التجارة الالكترونية وكذلك لسد الفراغ التشريعي ، مما يتطلب ذلك مواجهة هذا المستجد تشريعيا .

٣-اتجهت المصارف ومنذ فترة طويلة الى ايجاد طرق بسيطة وامنة للحصول على النقود دون اللجوء الى حمل مبالغ نقدية قد تكون عرضة للسرقة وتجسد ذلك من خلال استخدام البطاقات الالكترونية والصرافات الالية والتي اسهمت بشكل كبير في خدمة عملاء المصارف هذا ما شجع المصارف الى نشر اجهزة الصراف الالي في كافة الاماكن العامة بحيث اصبح من السهل الحصول على النقد من اي صراف الي حتى وان لم يكن تابعا لمصرف الزبون ومن اي دولة حتى وان لم تكن دولة فتح حساب الزبون .

٤-تشترك الاوراق التجارية الالكترونية مع التقليدية في بعض الخصائص . مما يتطلب وحدة التعامل معها ، من حيث القانون الواجب التطبيق ، حيث يتطلب الرجوع الى القواعد التي تحكم الاوراق التقليدية ليتم تطبيقها على الاوراق التجارية الالكترونية كلما امكن ذلك.

٥- إنَّ عقود العمليات المصرفية الرقمية لا تختلف عن مثيلتها بالنسبة لتفعيل قانون الإرادة، بل نجد أنّ طبيعة هذه العقود ترتكز على إرادة المتعاقدين بدرجة عالية جداً، لأنه لا يتوافر النظام القانوني الكامل لمعالجة هذه العقود.

٦- إذا كان النظام العام يشكّل قيداً على حرية الأطراف واتفاقاتهم الصريحة أو الضمنية، فإنَّ تحديد هذا النظام يثير صعوبات في مجال العمليات المصرفية الرقمية تضاف إلى صعوبات في مجال العقود الدولية والداخلية.

٧- في حالة سكوت الأطراف عن اختيار قانون معين يحكم عقود العمليات المصرفية الرقمية صراحة أو ضمنياً، فإنّه من الممكن الاستناد إلى ضوابط الإسناد التقليدية المعروفة في القانون الدولي الخاص، مثل قانون محل إبرام العقد أو قانون الجنسية المشتركة أو قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، لتحديد القانون واجب التطبيق على العقد، لأنَّ هذه الضوابط تؤدي في النهاية إلى تركيز وتوطين الرابطة العقدية مكانياً.

٨ - يتم الرجوع إلى قواعد الإسناد الاحتياطية في حال غياب الاتفاق الصريح أو الضمني بشأن تحديد القانون واجب التطبيق، ونرجح الإسناد المرن القائم على أساس معيار الأداء المميز على الإسناد الجامد لقانون محل إبرام العقد وتنفيذه ، لأنَّ الأداء المميز هو الأكثر توافقاً مع خصوصية العقد المبرم عبر الشبكة الإلكترونية، فالإسناد المرن يحدد القانون واجب التطبيق في ضوء ظروف التعاقد وطبقاً لقانون محل الالتزام الرئيسي في العقد.

٩-إن البيانات الالكترونية تمثل الوسيلة الرقمية الناتجة من تقنية المعلومات ومن شبكات نظم الاتصالات الحديثة (الانترنت) ويتجسد بالمستندات الالكترونية او التسجيلات الصوتية المسموعة او الفيديوية المرئية والتي يستعان بها كأدلة اثبات للعمليات المصرفية الرقمية .

١٠- ان تحديد القيمة القانونية للبيانات الالكترونية وامكانية قبولها يتوقف على مدى ثبوتها وعدم امكانية التلاعب بها فقد تتعرض تلك البيانات لعدد من المخاطر التي

تهدد امنها القانوني وهذا ماينجم عنه نزاعات واشكاليات قانونية في قبولها والاقرار بحجيتها في الاثبات وزعزعة الثقة والامان لدى المتعاملين بهذه العمليات

ثانيا – المقترحات

١- نوصي المشرع العراقي بإصدار قانون متكامل يجمع بين دفتيه أحكام القانون الدولي الخاص وقواعده بما يتلاءم مع تطورات العصر الحديث، حتى لا تبقى هذه الأحكام متناثرة بين فروع القانون المختلفة وتطبيقه نصوصاً تتعلق بالمعاملات الإلكترونية الدولية ومنها المصرفية.

٢- أهمية إخضاع عقود العمليات المصرفية التي تتم عبر شبكة الأنترنت الدولية للقانون الذي يختاره أطراف العقد صراحة، وذلك بأنّ يقوم الأطراف المتعاقدون بإخضاع عقدهم لقانون دولة معينة لديها تعامل بهذه العمليات المصرفية الرقمية التي تتم عبر شبكة الأنترنت.

٣- حتى لا يكون القانون الواجب التطبيق على العمليات المصرفية الرقمية عائقاً اما التطورات السريعة ومواكبة التطور الحاصل على التجارة الالكترونية ، يقتضي النص عليها بصورة صحيحة .

٤- نتمنى من المشرع العراقي تعديل قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية والوصول الى حل يلائم العمليات الالكترونية وينسجم مع تطلعات المتعاملين بالعمليات المصرفية الرقمية ولفض المنازعات ، ان ينص على اعتماد قانون محدد يكون هو الواجب التطبيق على هذه العمليات .

٥-ضرورة العمل مع المنظمات الدولية الأخرى، والتي تقوم بوضع الأنظمة العامة، والتوجيهات الإرشادية الخاصة بالتجارة الإلكترونية عبر الحدود، ولوائح لتقنين التجارة الإلكترونية، والتي من شأنها أن تؤثر على العمليات المصرفية الرقمية،

وتعزيز مبادئ الحوكمة والشفافية بغية كشف عمليات غسل الاموال وتمويل الارهاب والتهرب الضريبي وغيرها من الانشطة غير القانونية .

٦-نوصي المشرع العراقي بضرورة وضع نظام قانوني يتلائم وطبيعة العمليات المصرفية الرقمية والنقود الرقمية من خلال وضع اليات لدى انظمة الضبط القضائي ، وفي القضاء ، على ان تكون مؤهلة في التعامل مع الجرائم الناتجة عن العملات الرقمية .

٧-نقترح على المشرع العراقي الاسراع بإصدار الانظمة التي تسهل تنفيذ قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢ لعلها تعالج الفراغ في تنظيم ادلة اثبات للعمليات المصرفية الرقمية

٨-ندعوا المشرع العراقي في اعادة النظر في صياغة نص المادة (٣) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢ التي اخرج بموجبها المستند الالكتروني الرسمي الذي يختص بتحريره وتنظيمه كاتب العدل من سريان هذا القانون والسماح لكاتب العدل الموثق بإنشاء واصدار المستندات الالكترونية الرسمية على دعامة الكترونية من خلال تحديد الشروط المناسبة لإنشائها وحفظها في قانون كتاب العدول رقم (٣٣) لسنة ١٩٩٨ اسوة بإنشاء المستندات الرسمية على دعامة ورقية .

المصادر

أولاً- المعاجم اللغوية :

١. أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا الرازي، معجم مقاييس اللغة، ط٢ دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٨.

٢. أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي، جمهرة اللغة، تحقيق: رمزي منير بعلبكي، دار الملايين، بيروت، ط١، ١٩٨٧.

٣. د. أحمد مختار عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، القاهرة، ط١، ٢٠٠٨.

٤. عبد الله بن ميخائيل بن ناصيف البستاني، البستان (معجم لغوي مطول)، ط٢، مكتبة لبنان، بيروت، ١٩٩٢.

ثانياً ـ الكتب :

١. د. إبراهيم احمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٣، ٢٠٠٣.

٢. د. إبراهيم المنجي، عقد نقل التكنولوجيا، التنظيم القانوني لعقد نقل التكنولوجيا والتجارة الدولية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٢.

٣. د. احمد سفر، انظمة الدفع الالكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، بيروت، ٢٠٠٨.

٤. د. احمد عبد العليم العجمي، نظم الدفع الالكترونية وانعكاساتها على سلطات البنك المركزي، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٣.

٥. د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨ .

٦. د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.

٧. د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع و الاختيار بين الشرائع اصولا ومنهجا، مكتبة الجلاء الجديدة، ط١، مصر، المنصورة، ١٩٩٦.

٨. د. أحمد محمد الهواري، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥.

٩. د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.

١٠. د. اسماعيل غانم، النظرية العامة للقانون، مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، ١٩٩١.

١١.د. بشار الاسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠.

١٢.د. بشار محمد الاسعد، عقود الاستثمارات في العلاقات الدولية الخاصة، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦.

١٣. د . بلال عبد المطلب بدوي، البنوك الالكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦ .

١٤.د. بلال عبد المطلب بدوي، البنوك الإلكترونية، الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.

١٥.جبار كوزفو، معجم المصطلحات القانونية، ط١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٩.

١٦.حسين إبراهيم القضماني، البطاقة المصرفية والأنترنت، دراسة حول الوضعيتين التقنية والقانونية، اتحاد المصارف العربية، لبنان، ط١، ٢٠٠٣.

١٧. خليفة بن محمد الحضرمي، مسؤولية البنك في عمليات الائتمان الخارجي، دار الفكر والقانون، ٢٠١٥.

١٨. د . خالد حسن أحمد لطفي ، الدليل الرقمي ودوره في اثبات الجريمة المعلوماتية ، ط١ ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٢٠ .

١٩. د. خالد عياد الحلبي ، اجراءات التحري والتحقيق في جرائم الحاسوب والانترنت ، ط١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، ٢٠١١ .

٢٠. د. ذكرى عبد الرزاق محمد، النظام القانوني للبنوك الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠١٠.

٢١. د. رضا السيد عبد الحميد، النظام المصرفي وعمليات البنوك، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦.

٢٢. د. زكريا الدوري ويسر السامرائي، البنوك المركزية والسياسات النقدية، دار اليازوري، دون سنة نشر.

٢٣. د. سامية راشد و د. فؤاد رياض، الوسيط في تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤.

٢٤. د. سرمد كوكب الجميل، مقدمة في ادارة المؤسسات المالية، دار الاكاديميون للنشر، دون سنة نشر.

٢٥. د. سعيد يحيى، الطبيعة القانونية للتحويل المصرفي ارتباطاً بمفهوم النقود القيدية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٧.

٢٦. د. سليمان مرقس، شرح القانون المدني، المدخل للعلوم القانونية، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٧.

٢٧. د. شريف محمد غنام، محفظة النقود الإلكترونية، رؤية مستقبلية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.

٢٨. د. شريف محمد غنام، مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الإلكتروني للنقود، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.

٢٩. د. شيماء عبد الغني عطا الله، الحماية الجنائية للتعاملات الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧.

٣٠. د. صادق راشد الشمري، الصناعة المصرفية الاسلامية، دار البـــازوري، دون سنة نشر.

٣١. د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونيـــة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨.

٣٢. د. صفوت عبد السلام، اثر استخدام النقود الالكترونية علـــى دور المصـــارف المركزية في ادارة السياسة النقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.

٣٣. د. صفوت عبد السلام، اثر استخدام النقود الالكترونية علـــى دور المصـــارف المركزية في ادارة السياسة النقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.

٣٤. د. طارق عبد العال، التجارة الإلكترونيـــة (المفـــاهيم – التجـــارب – الأبعـــاد التكنولوجية والمالية والتسويقية والقانونية)، دار الجامعة الجديدة، الإســـكندرية، ٢٠٠٢–٢٠٠٣ .

٣٥. د. طرح البحور علي حسن فرج، تدويل العقد، منشأة المعـــارف، الإســـكندرية، ٢٠٠٠ .

٣٦. طه مصطفى كمال، وائل انـــور بنـــدق، الاوراق التجاريـــة ووســـائل الـــدفع الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٦ .

٣٧. عبد الرحمن السيد قرمان، عمليات البنوك، دار النهضة العربية، ط٢، القـــاهرة، ٢٠٠٠.

٣٨. د. عبد الفضيل محمد أحمد، الأوراق التجارية وعمليات البنوك طبقـــاً لأحكـــام قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.

٣٩. د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضـــة العربيـــة، القـــاهرة، ١٩٨٦ .

٤٠. د. عبد الوهاب ابراهيم ابو سليمان، البطاقات البنكيـــة الاقراضـــية والســـحب المباشر من الرصيد، دار القلم، دمشق، دون سنة نشر.

٤١. د. عدنان الهندي، التجارة الإلكترونية والخدمات المصرفية والمالية عبر الأنترنت، اتحاد المصارف العربية، بيروت، بدون تاريخ نشر.

٤٢. د. عدنان الهندي، التجارة الإلكترونية والخدمات المصرفية والمالية عبر الأنترنت، اتحاد المصارف العربية، لبنان، ٢٠٠٠.

٤٣. د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ط٥، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٥.

٤٤. د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، طبع الهيئة العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٨٦.

٤٥. د. عصام الدين القصبي، الوجيز في القانون الدولي الخاص المصري، الكتاب الثاني، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، ١٩٩٩.

٤٦. د. عصام مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨.

٤٧. د. عكاشة محمد عبد العال، القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٧.

٤٨. د. علي احمد مرسى عثمان، العمليات المصرفية على الأنترنت، مطبعة الصفا والمروة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.

٤٩. د. علي احمد مرسي عثمان، العمليات المصرفية على الأنترنت، مطبعة الفا والمروة، الإسكندرية، ٢٠٠٥.

٥٠. د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، ط٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.

٥١. د. عنايات عبد الحميد ثابت، إطراح فكرة النظام العام في نطاق القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٩٥.

٥٢. أ . عائشة بن قارة مصطفى ، حجية الدليل الالكتروني في مجال الاثبات الجنائي ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠١٠ .

٥٣. غازي ابو عرابي، احكام عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥.

٥٤. د. فاروق ابراهيم جاسم، الجوانب القانونية للتجارة الالكترونية، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٦.

٥٥. د. كيلاني عبد الراضي محمود، النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.

٥٦. د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٨.

٥٧. د. محسن عبد الحميد البيه، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٧.

٥٨. د. محمد السيد عرفة، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول في التنازع الدولي للقوانين، مكتبة العالمية بالمنصورة، ١٩٩١.

٥٩. د. محمد الفروجي، العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، ط٢، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ٢٠٠١.

٦٠. د. محمد امين الرومي، التعاقد الإلكتروني، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، ٢٠٠٤.

٦١. د. محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الأنترنت، دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧.

٦٢. د. محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوربي، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٦.

٦٣. د. محمد زكي شافعي، مقدمة في النقود والبنوك، دار النهضة العربية ، ١٩٩٠.

٦٤. د. محمد عبد الخالق عمر، القانون الدولي الخاص الليبي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١ .

٦٥. د. محمد عبيد الكعبي، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠.

٦٦. د. محمود محمد أبو فروة، الخدمات البنكية الإلكترونية عبر الأنترنت، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط١، ٢٠٠٩.

٦٧. د. مصطفى كمال طه والأستاذ وائل بندق، الاوراق التجارية ووسائل الدفع الإلكتروني الحديثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٣.

٦٨. د. محمود رجب فتح الله ، الشرعية الجنائية للأدلة الرقمية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٢٠ .

٦٩. د. محمود عبد الغني جاد المولى ، دور الدليل الالكتروني في الاثبات الجنائي ، ط١ ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠١٩ .

٧٠. د. محمد امين فكيرين ، اساسيات الحاسب الالي ، دار الراتب ، بيروت ، ١٩٩٣ .

٧١. د. ناجي عبد المؤمن، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وحدوده في عقود التجارة الدولية طويلة المدة، القاهرة، ١٩٩٦.

٧٢. د. نادر الفريد، العمليات المصرفية الإلكترونية، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، ٢٠٠٣.

٧٣. د. نادر عبد العزيز شافي، المصارف والنقود الرقمية، ط١، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، ٢٠٠٧.

٧٤. د. نادر عبد شعبان ابراهيم، النقود الإلكترونية، الدار الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٥ .

٧٥. د. نافع بحر، قانون العقود الفرنسي الجديد، ترجمة عربية للنص الرسمي، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة الفلوجة مركز التعليم المستمر ومتابعة الخريجين، ٢٠١٨.

٧٦. د. هشام صادق، المطول في تنازع القوانين، ط٣، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤.

٧٧. د. يوسف حسن يوسف، البنوك الالكترونية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٢.

٧٨. د. يوسف حسن يوسف، البنوك الإلكترونية، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط١، القاهرة، ٢٠١٢.

ثالثاً- الأطاريح والرسائل الجامعية :

١. إبراهيم أحمد سعد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٧.

٢. أثير صلاح ابراهيم، التنظيم القانوني للعملات الرقمية، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الاوسط، ٢٠٢١.

٣. أثير صلاح إبراهيم، التنظيم القانوني للعملات الرقمية، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الاوسط، ٢٠٢١.

٤. احمد مصطفى الدبوسي، التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع والمأمول، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠١٤.

٥. أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة – دراسة في قضاء التحكيم، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩١.

٦. إيلاف فاخر كاظم علي، مخاطر العمليات المصرفية الإلكترونية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الكوفة، ٢٠١٠.

٧. ايمن عز الدين ابو صلاح، العملات الرقمية وعلاقتها بالتجارة الالكترونية – دراسة حالة، دولة الامارات العربية المتحدة (دبي)، رسالة ماجستير، قسم المحاسبة، كلية الادارة والاقتصاد، جامعة الشرق الاوسط، حزيران، ٢٠١٨.

٨. بشار طلال مومني، مشكلات التعاقد عبر الأنترنت، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠٠٣.

٩. حوالف عبد الصمد، النظام القانوني لوسائل الدفع الالكتروني، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، ٢٠١٥.

١٠. زهراء محمد رعد، المركز القانوني لمزود خدمات الدفع الإلكتروني للأموال، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٢٠.

١١. زهراء محمد رعد، المركز القانوني لمزود خدمات الدفع الإلكتروني للأموال، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، ٢٠١١.

١٢. سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٨.

١٣. سامر عبد الرضا عزيز اللامي ، وسائل الاثبات في جرائم المعلوماتية المتصلة بالحياة الخاصة ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق الجامعة الاسلامية في لبنان ، ٢٠١٩ – ٢٠٢٠ .

١٤. شهد عبد الكريم علي بلال، التنظيم القانوني للعملة الرقمية في العراق، رسالة ماجستير، جامعة الكوفة، ٢٠٢١ .

١٥. عدي غني عبود الأسدي ، البنوك الإلكترونية، رسالة ماجستير، كلية الادارة والاقتصاد، جامعة بابل ، متاح على الموقع الألكتروني ، http://business.uobabylon.edu.iq..

١٦. علاء التميمي، التنظيم القانوني للبنك الالكتروني، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة ، ٢٠١٠.

١٧. عنايات عبد الحميد ثابت، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة ليون بفرنسا عام ١٩٨٠م، بعنوان:

Les Conflits de lois en droit public et le bilatéralism، dactyl، note 3، 1980.

١٨. نافع بحر سلطان، تنازع القوانين في منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد،٢٠٠٤ .

رابعاً- البحوث والمقالات والدراسات:

١- د. امينة زكي شبانة، تأثير العولمة على الوضع التنافسي لصادرات الدولة النامية، مجلة مصر المعاصرة، مقال في العدد ٤٥٦:٤٥٥، يوليو – أكتوبر، ١٩٩٩.

٢- د. بلال عبد المطلب بدوي، البنوك الإلكترونية، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الخامس، ٢٠٠٣.

٣- د. عبد الله الهواري، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، غرفة تجارة وصناعة دبي، ٩-١١ ربيع الأول ١٤٢٤ه الموافق ١٠-١٢ ايار ٢٠٠٣.

٤- د. عبد الله بن سليمان بن عبد العزيز الباحوث، النقود الافتراضية مفهومها وأنواعها وآثارها الاقتصادية، بحث منشور في المجلة العالمية للاقتصاد

والتجارة، تصدر عن كلية التجارة، جامعة عين شمس، القاهرة، العدد ١، يناير ٢٠١٧.

٥- د. علي احمد المهيداوي ود. اسماعيل كاظم العيساوي، أبعاد العملة الافتراضية، بحث مقدم في المؤتمر الخامس عشر لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة منشور ضمن كتاب وقائع المؤتمر، ابريل، ٢٠١٩.

٦- د. عيسى علاوي وعبد العزيز خنفوسي، وسائل الدفع الالكتروني في اطار تسهيل المعاملات المالية الرقمية، مجلة منازعات الاعمال، بالعدد ١٩/٢٠١٦.

٧- د. فريد عبد المعز فرج، التعاقد بالأنترنت، بحث منشور في مجلة البحوث ـ الفقهية والقانونية، كلية الشريعة والقانون، فرع دمنهور، العدد الثامن عشر، ج١، ١٤٢٤هـ ٢٠٠٣م.

٨- محمد جمال زعين، عبد الباسط جاسم محمد، العملة الافتراضية تكييفها القانوني وحكم التعامل بها، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد الثاني، ٢٠٢٠.

٩- د. محمد حسين منصور، المسؤولية العقدية الإلكترونية، الخطأ في العقد الإلكتروني، بحث مقدم من المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، مركز البحوث والدراسات، أكاديمية شرطة دبي، الامارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، أبريل/نيسان ٢٠٠٣.

١٠- د. محمود الشرقاوي، مفهوم الأعمال المصرفية الإلكترونية وأهم تطبيقاتها، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، ٢٠٠٣.

١١- مدحت صالح غايب، الحوالة التجارية الالكترونية، بحث مقدم الى جامعة تكريت، كلية الادارة والاقتصاد، مجلة تكريت للعلوم الادارية والاقتصادية، المجلد ٦، العدد ١٧، ٢٠١٠.

١٢- مرتضى عبد الله خيري، احكام المسؤولية العقدية عن الاستعمال غير المشروع لبطاقات الائتمان، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد السادس، ٢٠١٧.

١٣- مرزوق آمال، البتكوين نقود جديدة أم فقاعة مالية؟، بحث منشور في مجلة شعاع للدراسات الاقتصادية، الجزائر، المجلد ٣، العدد ٢، ٢٠١٩.

١٤- د. ياسر عبد الحميد جاد الله، النقود الإلكترونية وأحكامها الفقهية – البتكوين إنموذجاً دراسة فقهية قانونية مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، ٢٠١٨.

١٥- يونس عرب، البنوك الإلكترونية، ج١، الفكرة وخيارات القبول والرفض، بحث منشور في مجلة البنوك، العدد الثالث، المجلد التاسع، لبنان، ٢٠٠٠.

خامساً- البحوث والمقالات والدراسات عبر شبكة المعلومات العالمية (الأنترنت) :

١- د. احمد حسن عمر، البتكوين عملة شرعية أم احتيالية، بحث منشور في مجلة الاقتصاد والمحاسبة، العدد (٧٦٦)، يناير/كانون الثاني ٢٠١٨، متاح على شبكة دار المنظومة عبر الرابط https://spu.shargah.ac.ae.

٢- د. حسين عبدة الماحي، نظرة قانونية في التجارة الإلكترونية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد الحادي والثلاثين، ابريل/نيسان، ٢٠٠٢، متاح على الموقع الالكتروني https://www.mohamah.net.

٣- د. راسم عبد الرحيم، التجارة الإلكترونية والمصارف العربية، مقال منشور في مجلة اتحاد المصارف العربية، لبنان ،العدد ١٩٢، المجلد١٦، ديسمبر، ١٩٩٦. متاح عبر الرابط الالكتروني https://alfurat.com.

٤- سعيد الحامز، العمليات المصرفية الإلكترونية والإطار الإشرافي، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة

الامارات العربية المتحدة وغرفة تجارة وصناعة دبي، المجلد الخامس، ٢٠٠٣، منشور على الموقع الالكتروني:http//library.birzeit.edu.

٥- د. سميحة القليوبي، وسائل الدفع الحديث (البطاقات البلاستيكية)، بحث منشور في مؤتمر الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، الجزء الأول: الجديد في التقنيات المصرفية، كلية الحقوق، جامعة بيروت، ٢٠٠٢، متاح عبر الرابط الالكتروني: htpps://dspace.univ-tlemcen.d.

٦- د. صالح المنزلاوي، تسوية النزاعات التجارية عبر شبكات الاتصال الإلكترونية، بحث منشور مجلة في المحامين العرب، قطر، العدد الثالث، منشور عبر الموقع: http://www.mohamoon-montada.com/.

٧- د. عبد الله الخشروم، عقود التجارة الإلكترونية عبر شبكة الأنترنت وفقا لأحكام الشريعة الأردنية، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية بمركز البحوث والدراسات بأكاديمية شرطة دبي بالإمارات العربية المتحدة، المجلد الثالث، أبريل/نيسان ٢٠٠٣، متاح على الرابط الالكتروني: https://kambota.yoo7.com.

٨- د. محمد السعيد رشدي، حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، إمارة دبي بالإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، في الفترة من ٢٦ إلى ٢٨ أبريل/نيسان ٢٠٠٣، متاح على الرابط الالكتروني: https://www.books.google.com

٩- يونس عرب ، مقالة بعنوان البنوك الإلكترونية عبر الموقع : https://www.arablaw.orj/Download/E-Banking.doc.

سادساً- القوانين :

١- قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢، نشر في جريدة الوقائع العراقية العدد (٤٢٥٦) في ٢٠١٢/١١/٥.

٢- قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي المصري رقم ١٩٤ لسنة ٢٠٢٠.

٣- قانون البنك الفرنسي رقم ٩٨٠ لسنة ١٩٩٣.

٤- قانون المال والنقد الفرنسي رقم (٦٧٧) لسنة ٢٠٠٨،

٥- قانون المعاملات الإلكترونية المؤقت رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١.

٦- قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي (٨٨) لسنة ٢٠٠٣.

٧- قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٥.

٨- قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

٩- قانون توبون رقم ٦٦٥ لسنة ١٩٩٤.

١٠- قانون العقوبات المصري رقم ٨٥ لسنة ١٩٣٧، وفقا لأخر تعديل صادر في ٢٠ نوفمبر عام ٢٠٢١.

١١- قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

١٢- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

١٣- القانون الدولي الخاص السويسري.

١٤- القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية ١٩٩٦.

١٥- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

١٦- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

١٧- القانون المدني الفرنسي.

سابعاً- الوثائق والمستندات الرسمية :

١- البنك المركزي العراقي، المديرية العامة لمراقبة الصيرفة والائتمان، الاعمام المرقم ١١٦/٣/٩ بتاريخ ٢٠١٤/٥/١٧، متاح عبر الرابط الالكتروني: https;//www.cbi.iq/news/view

٢- البنك المركزي العراقي، الإعمام دون رقم بتاريخ ٢٠١٧/١٢/٣، متاح عبر الرابط الالكتروني: https;//www.cbi.iq/news/view/512

٣- إعمام البنك المركزي العراقي الصادر في عام ٢٠٠٧، https://cbi.iq/news/view/512.

٤- التعليمات الخاصة بتداول الأوراق المالية المحدثة في العراق لسنة ٢٠١٥.

٥- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٣٥١٤في ١٥ ديسمبر ١٩٧٥.

٦- قرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي رقم ٢٠١٤ LXI الصادر سنة ١٩٧٩ في خصوص الرشوة في مجال المعاملات الدولية.

٧- قرار الأمم المتحدة رقم ١٤١/٣٩٣ في ٣٠ يوليو ١٩٧٦، والقرار رقم ١٤٣/٢٩ لسنة ١٩٨٥ في خصوص تجارة المخدرات.

٨- توصية مجلس أوروبا لسنة ١٩٨٢، وتوصيات اللجان الأوربية لسنة ١٩٨٠.

٩- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ١٤٥/١٣٤ لسنة ١٩٨٠.

١٠- لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، قواعد الأونستيرال للتحكيم بصيغتها المنقحة في عام ٢٠١٠، متاحة على الرابط الالكتروني https://www.refworld.org.

ثامناً. المصادر الأجنبية :

1- Camille (F.) La lio applicable Aux contrats du commerce electronique ،available at : http;//www.u paris fy/dess dmi/articles/memoires/pdf.

2- Cather Ine Lee Wilson، Banking on the Net. Extanding Bank Regulation to Electaonic Money and Beyond، Creighton Law Review، May 1997.

3- Chachard (O.)، La régulqtion internqtionqle du، qrché électronique، LGDI Paris، 2001.

4- Chapelle (P.)، Les usages commerciaux dans les contrats internationaux، 6th، Paris X، 1993.

5- Chappelle (A)، Les fonctions de lordre public en droit international privé، Paris، 1979.

6- Franca، Droit monetaire et financier et ses amendement، In 22 May 2019، Article(2)، L. 552-1-7.

7- Group of Ten Report، Electronic Money، Consumer protection protection، Law Enforcement، Supervisory and Cross Border Issues، September 1997 ،available at: http://www.bis.org /publ/gten/.

8- Gulie L. Williams and games F. Gillespie، The Impact of technology on Banking: The Effect and Implications of Deconstruction of Functions، 5 North Carolina (N.C) Banking Instate، Article 7، Vol. 5، Issue I، April 2001، p. 135، available at:

http://www.scholarship.law.unc.edu/ncbi/vol5/issl/.

9- Heath C. Alston، Electronic Banking Will That Be a Cach Credit or E- money، North Carolina Banking Institute، March 1997، see at: https://www.bis.org/puble/bcbs.htm.

10- JACQUET. (J.M)، principe d autonomie et contrats intwernationaux، paris، Economica، 1983.

11- Joelle Abou Haidar، La Loi Applicable Aux Operations Bancaires Internationales، Universite Saint Joseph، Faculte de Droit et des Sciences Politiques، Decembre 2007.

12- La Conference des Nations Unies pour le Commerce et le Developpement a ete cree par la resolution، 1995 (XIX)، avalable at: https;//www.onu-geneve.delegfrance.org/

13- Larpvanichar (R.)، Les contrats internationaux، étude comparative franco- thailandaise، Université du Droit et la Sante، Lille II، 2 Sep 2013 Français، available at: https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00856584/document.

14- P. Sarcevic and others، Yearbook of private International Law، Swiss Institute of Comparative Law، Lausanne، Switzerland، Vol. VII.، 2005، https://www.books.google.com/.

15- Peter Nygh، Autonomy in International Contracts Oxford University press (OXFORD Monographs in private International Law)، First published 1999 ،available at: https://books.google.com/eg/.

16- Sally A. Jones، The iaw realting to credit cards، BSP

Professional Books، 1989.

17- Susannah Fox and Jean Beier، Online Banking 2006، Surfing to the bank، pew Internet and American life project، june 14، 2006، https;//www.books.google.com.eg/books?id.

18- Yoonhee Tina Chang، Dynamics of internet banking adoption، ESRC center for competition policy University of East Anglia، ISSN 1745-9648، OCTOBER 2005.

Extract

Given the significant development in the field of information technology and modern communications systems in today's world, this widespread prevalence of such technologies is reflected in the use of them in banking operations, where they are increasing by the day and dramatically.

This has necessitated adaptation to the virtual revolution through the development of modern Internet trading processes and mechanisms These processes are decentralized, and digital money is at the centre of these processes. In the light of the evolution of modern technical globalization, these processes have begun to accelerate. This speed is beginning to become evident in the field of cryptocurrency trading, which is linked to banks around the world. And then there was a virtual currency that found its field and its only place was the electronic network. (The Internet) is not linked to a bank or center called cryptocurrencies, one of the most popular and first being bitcoin, which has spread widely, and since these currencies are traded via intangible electronic supports in the virtual medium, Therefore, legal problems may arise with the applicable law in the event of disputes. The lack of physical presence of parties in the scope of digital banking operations raises practical factual problems related to the problem of the expression of will in the information field and the verification of the contractors' identity, i.e. the identification of parties to the legal relationship via the Internet and the resulting risks of fraud and information fraud.

Dealing with Internet technologies is arguably becoming a hallmark of this age. and that this network has become one of the main pillars through which banking services can be provided, which has clearly

evolved over time and is no longer limited to using the traditional method of automated computers to store information and data and then retrieve it at another time as a person wishes and to develop new methods for the purpose of providing traditional banking services in a new way, Innovation of new banking services on the other hand, digital banking is a type of e-business, It is one of the fruits of the world's communications revolution in the second half of the twentieth century.

Determining the law applicable in Iraq to such operations is not without difficulty because the signature and electronic transactions law No. (78) For the year 2012, no reference has been made to and regulation of these operations. The search of digital banking operations is divided into general rules in the Civil Code, Central Bank laws and commercial laws. This casts a shadow on banking operations as there is a conflict between laws on digital banking operations, as they often contain a foreign element.

Republic of Iraq

Ministry of Higher Education

and Scientific Research

University of Babylon

College of Law

The applicable law in digital banking operations

Comparative study

Thesis submitted by

Reyam Abbas Ali

To the Council of College of Law / University of Babylon as a requirements for Ph. D. Degree in Private Law

Supervised by

Dr. Abdul Rasool Abdul Ridha Al-Asadi

Professor of Private international Law

1445 A.H. 2023 A.D.