جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة بابل / كلية القانون

القانون الواجب التطبيق على الاوراق التجارية الالكترونية (دراسة مقارنة)

أطروحة مقدمة الى مجلس كلية القانون / جامعة بابل

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص

تقدم بها الطالب
رحيم جاسم حمزة

اشراف الدكتور
عبد الرسول عبد الرضا الاسدي
استاذ القانون الدولي الخاص

1443 هـ 2021 م

المستخلص

ان تعطل الحركة بين الدول وغلق جميع الحدود البرية والجوية والبحرية ، وانقطاع العالم من التنقل بصورة كلية ، واصدار اغلب دول العالم تعليمات صارمة في فرض حظر التجوال امراً اصبح ليس مستبعداً ، ففي عام 2019 وحين انتشر وباء كورونا المستجد (covid 19) لجأت الدول الى اتخاذ هذه التدابير خوفاً من انتشار هذا الوباء .

وهذا القى بظلاله على التجارة التقليدية ووسائل الدفع حيث تعطلت هي الاخرى ، وحلت محلها التجارة الالكترونية لارتباطها بحياة البشرية بصورة عامة ، ولكي تستمر هذه التجارة وكما هو معروف لدفع الثمن ، لذلك ظهرت الاوراق التجارية الالكترونية لتحل محل الاوراق التجارية التقليدية بالوفاء وباعتبارها احدى وسائل الدفع الالكترونية والتي ظهرت نتيجة حاجة التجارة الالكترونية اليها .

وتأسيسا على ما تقدم ولحاجة التجارة الإلكترونية والتي تمتاز بالسرعة في التعامل لغرض تحقيق اهدافها ومن دون وجود الشخص بصفته المادية ، وجدت الاوراق التجارية الالكترونية كبديل للأوراق التقليدية ، لعدم انسجام الاخيرة مع العالم الالكتروني

وبما ان التعامل يتم عن طريق الفضاء الالكتروني وقد يتواجد الشخص في نفس اللحظة في اكثر من دولة ، ووجود اشخاص من مختلف الجنسيات ، وارتباطهم بعلاقات عقدية نتيجة عملهم بالتجارة منذ النشأة الى التنفيذ ، والوفاء ايضاً يكون بطريقة الكترونية عن طريق الاوراق التجارية الممغنطة ، هنا يثار تنازع بين القوانين التي تحكم تصرفات الاشخاص اذا ما ثار نزاع بينهم حول القانون الواجب التطبيق على تلك التصرفات ، لاسيما ان الاوراق التجارية – الالكترونية والتقليدية – تتضمن العديد من الاجراءات القانونية التي تجري عليها منذ تحريرها وتداولها بالتظهير وصولا الى تنفيذها .

ولتحديد القانون الواجب التطبيق على تلك الاوراق لا يخلوا من صعوبة بسبب عدم تقنين القانون الدولي الخاص في اغلب الدول، حيث توزعت احكامه بين القواعد العامة في القانون المدني والقانون التجاري، وهذا يلقي بظلاله على التعاملات التجارية حيث يحصل تنازع بين القوانين بخصوص الاوراق التجارية الالكترونية، لأنها في الاغلب تتضمن عنصرا اجنبياً .

بالإضافة الى ذلك الاختلاف بين مشرعي الدول حول الاجراءات التي تتطلبها الاوراق التجارية الالكترونية لعدها كذلك، وربما تلغي البعض من التشريعات اذا لم يقم الحامل بأجراء معين واختلافه مع الدولة الاخرى الى ضياع الحق، مثل القيام بعمل الاحتجاج لغرض الرجوع، فاشتراطه من قبل دولة معينه وعده شرط اساسي مقارنة بالتشريع الاخر، هذه بدوره يؤدي الى عدم استقرار الحقوق وتتنازع القوانين اذا لم يوجد اتفاق بين الاطراف لتحديد قانون معين يحكم تصرفاتهم القانونية عند النزاع .

ومن هنا وبعد تشريع العديد من الدول لقانون التوقيع الالكتروني وان اختلفت التسميات بين الدول، ندعو الى معالجة المسائل المتعلقة بالقانون الدولي الخاص وبالخصوص بالأوراق التجارية الالكترونية .

قائمة المحتويات

الموضوع	العنوان	الصفحة
المقدمة		5-1
الباب الأول	القانون الواجب التطبيق على مراحل تداول الاوراق التجارية الالكترونية	108-6
الفصل الأول	القانون الواجب التطبيق في مرحلة انشاء الاوراق التجارية الالكترونية	68-8
المبحث الأول	القانون الواجب التطبيق في شروط انشاء الاوراق التجارية الالكترونية	40-9
المطلب الأول	القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للأوراق التجارية الالكترونية	27-9
الفرع الأول	القانون الواجب التطبيق في التراضي	21-10
الفرع الثاني	القانون الواجب التطبيق في المحل	25-21
الفرع الثالث	القانون الواجب التطبيق في السبب	27-25
المطلب الثاني	القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للأوراق التجارية الالكترونية	40-27
الفرع الأول	القانون الواجب التطبيق على البيانات الالزامية	36-29
الفرع الثاني	القانون الواجب التطبيق على البيانات الاختيارية	40-36
المبحث الثاني	صعوبات تطبيق القواعد الموضوعية على الاوراق التجارية	68-40

	الالكترونية	
المطلب الأول	الصعوبات المتعلقة بمسائل حالة الشخص	57-41
الفرع الأول	الصعوبات المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على حالة الشخص الطبيعي	53-42
الفرع الثاني	الصعوبات المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على الاشخاص المعنوية	57-53
المطلب الثاني	الصعوبات المتعلقة بالمسائل الموضوعية	68-57
الفرع الاول	الصعوبات القانونية المتزامنة مع اختيار القانون الواجب التطبيق	63-58
الفرع الثاني	الصعوبات القانونية بعد اختيار القانون الواجب التطبيق	68-63
الفصل الثاني	القانون الواجب التطبيق في مرحلة تداول الاوراق التجارية الالكترونية	117-69
المبحث الأول	القانون الواجب التطبيق على تظهير الاوراق التجارية الالكترونية	97-71
المطلب الأول	القانون الواجب التطبيق على التزامات المظهر	81-71
المطلب الثاني	تداول الاوراق التجارية الالكترونية بالتظهير	97-81
الفرع الأول	القانون الذي يحكم تداول الورقة التجارية الالكترونية في القوانين المقارنة	90-82
الفرع الثاني	صعوبات تداول الاوراق التجارية الالكترونية بالتظهير	97-90
المبحث الثاني	القانون الواجب التطبيق على الاجراءات في الاوراق التجارية الالكترونية	117-97
المطلب الأول	القانون الواجب التطبيق على المعاملات الالكترونية	106-98
الفرع الأول	دور الزمان في تحديد القانون الواجب التطبيق على الاوراق التجارية الالكترونية	104-98
الفرع الثاني	دور المكان في تحديد القانون الواجب التطبيق على الاوراق التجارية الالكترونية	106-104
المطلب الثاني	القانون الواجب التطبيق على نوعية الورقة التجارية الالكترونية	117-106
الفرع الأول	القانون الذي يحكم الاوراق التجارية الالكترونية الورقية	113-108
الفرع الثاني	القانون الذي يحكم الاوراق التجارية الالكترونية الممغنطة	117-113
الباب الثاني	القانون الواجب التطبيق على احكام الاوراق التجارية الالكترونية	225-117
الفصل الأول	القانون الواجب التطبيق على اثار تداول الاوراق التجارية الالكترونية	171-119
المبحث الأول	القانون الواجب التطبيق على آثار الالتزامات في الاوراق التجارية الالكترونية	137-120
المطلب الأول	القانون الواجب التطبيق على التزام اطراف الورقة التجارية الالكترونية	131-121
الفرع الأول	القانون الذي يحكم التزام الساحب	126-121

الفرع الثاني	القانون الذي يحكم التزام المسحوب عليه القابل	131-126
المطلب الثاني	القانون الواجب التطبيق على آثار الالتزام بالضمان	137-131
المبحث الثاني	القانون الواجب التطبيق على مقابل الوفاء في الاوراق التجارية الالكترونية	170-137
المطلب الأول	القانون الذي يحكم مقابل الوفاء وشروط وجوده	154-139
الفرع الأول	القانون الذي يحكم مقابل الوفاء في حالة عدم وجوده	148-140
الفرع الثاني	القانون الذي يحكم مقابل الوفاء في حالة وجوده	154-148
المطلب الثاني	التحديات التي تواجه الاوراق التجارية الالكترونية	171-154
الفرع الأول	التحديات القانونية	164-156
الفرع الثاني	التحديات الفنية	170-164
الفصل الثاني	القانون الواجب التطبيق على تنفيذ الاوراق التجارية الالكترونية	224-171
المبحث الاول	القانون الواجب التطبيق على الوفاء بقيمة الورقة التجارية الالكترونية	196-172
المطلب الاول	القانون الذي يحكم تصرفات حامل الورقة المتعلقة بالوفاء	183-173
الفرع الاول	القانون الذي يحكم مواعيد استحقاق الاوراق التجارية الالكترونية	178-173
الفرع الثاني	القانون الذي يحكم وقت تقديم الورقة التجارية الالكترونية للوفاء	183-178
المطلب الثاني	القانون الواجب التطبيق على حقوق المسحوب عليه والتزاماته	209-183
الفرع الاول	القانون الواجب التطبيق على الوفاء بالأوراق التجارية الالكترونية	190-184
الفرع الثاني	القانون الواجب التطبيق على العملة التي يجب الوفاء بها	196-191
المبحث الثاني	القانون الواجب التطبيق على الرجوع في حالة عدم الوفاء	224-196
المطلب الاول	القانون الواجب التطبيق على الرجوع	209-197
الفرع الاول	القانون الذي يحكم حق الحامل بالرجوع	203-198
الفرع الثاني	القانون الذي يحكم حق الاحتجاج	209-203
المطلب الثاني	القانون الواجب التطبيق على حالات فقدان الحق في الاوراق التجارية الالكترونية	224-209
الفرع الاول	القانون الذي يحكم فقدان حق الحامل في الرجوع	219-210
الفرع الثاني	القانون الذي يحكم فقدان حق الحامل بسبب التقادم	224-219
الخـــاتمة		230-225
المصـــادر		234-232
Abstract		A-B

المقدمة

اولاً - فكرة الموضوع :

اثرت الثورة المعلوماتية في حياة الافراد ، وتغير عالم اليوم عن عالم الامس ، ودخل الانترنت في اغلب تفاصيل حياة الاشخاص ، فأضحى الدخول الى الدول بدون استئذان ، فأصبح الانسان وعن طريق الشبكة العنكبوتية يتجول بين الدول في نفس الزمان وهو جالس في مكتبه دو ان يغادره وتترتب اثاراً قانونية على الاعمال التي يمارسها ، فهو يدخل الى العالم الافتراضي ليتاجر ، ويتنقل بين الدول للبحث عن افضل السلع وانسبها بحيث تلائم مجتمعه ويستطيع تصريف بضاعته في البلد الذي يرغب ان يمارس التجارة فيه .

فقد القت الشبكة العنكبوتية بظلالها على التجارة الإلكترونية بشكل كبير ، واصبح بإمكان الشخص ان يتفاوض على شراء بضاعة معينة ومن ثم يتعاقد على تلك البضاعة ويدفع ثمنها بطريقة الكترونية ، بمعنى آخر استطاعت هذه التقنية - الانترنت – ان تجعل الانسان ان يقوم بعملية الشراء من اللحظة الاولى مرحلة التفاوض مروراً بالتعاقد ووصولاً الى دفع الثمن ومن ثم المرحلة النهائية مرحلة التنفيذ ، دون الوجود المادي – عن بعد – وبمعزل تام عن الادوات المادية التي يتم استخدامها في التجارة التقليدية .

ومن اكثر الجوانب التي تمس حياة الانسان تأثرا نجد التجارة الالكترونية ، اذا ما قورنت بالتجارة التقليدية التي ، فقد تغير كل شيء في الاولى وظهر ما يسمى بالإيجاب الالكتروني ليقابله القبول الالكتروني ، ومن ثم الدفع الالكتروني ، حيث شملت التعاملات الالكترونية كل ، ويمكن ان نطلق عليها عملية التحول الكبرى من العالم المادي الى العالم الالكتروني – بالغزو الالكتروني - الذي طال كل شيء ، ولم تكن الاوراق التجارية بمعزل عن هذا الغزو ، فهي ايضا شملها التحول فأضحت الاوراق التجارية الالكترونية اداة للوفاء ، لتحل محل الاوراق التجارية التقليدية .

ومن الجدير بالذكر هنا ان الاوراق التجارية الالكترونية لم تكن من اجتهاد المشرع ولم تأتي بها سلطة مختصة ، ولكن هي وليدة احتياج التجارة الالكترونية ، والاخيرة تعد من الانشطة التي نالها التحول بصورة تكاد تكون كلية ، لذلك كانت الاوراق التجارية من بين وسائل الدفع التي ساهمت في تطور التجارة الالكترونية ، حيث حصل التحول الاولى من العالم الورقي المحسوس الى العالم الافتراضي ، واصبح التعامل عن طريق البيانات الالكترونية .

ويعد التعامل والدخول الى الشبكة العنكبوتية من قبل المتعاملين اختيارياً ، اي لابد من انصراف ارادة الاطراف الى استخدام العالم الافتراضي لإتمام الصفقة التجارية فضلاً عن اختيار وسيلة الدفع هذا من جهة ، ومن جهة اخرى قد تكون خارج الارادة وتفرض على الاشخاص التعامل بالطرق الإلكترونية لعدم وجود بديل لوجود قوة قاهرة خارج ارادة الاشخاص مثل الوباء الذي ضرب العالم بأسرة في عام 2019 والذي سمي ب (covid 19) حيث انقطعت دول العالم عن التواصل المادي وبقيت النافذة المفتوحة هي التعامل عن بعد ، فحلت هذه الخدمة بصورة تامة على اغلب التعاملات .

وفي ظل هذه التعاملات والانتشار الواسع للتجارة الالكترونية المتسارعة ، تثور اشكاليات بين الاطراف تتعلق بالقانون الواجب التطبيق الذي يحكم المسائل الخلافية بينهم ، واختلاف القوانين التي تحكم تداول الاوراق التجارية التقليدية القى بظلاله على الاوراق التجارية الالكترونية ، والاشكاليات التي يمكن توقعها على الاخيرة المتمثلة بالقوانين المعمول بها بنيت على اساس

مادي ملموس مثل الاوراق والصكوك الورقية ، وتجرى عليها العمليات الصرفية عن طريق التوقيع اليدوي التقليدي ، فإذا ما قورنت بالأوراق التجارية الالكترونية فنجد الغياب التام للأوراق ، وهذا بحد ذاته يشكل تحدياً القى بظلاله الى الاختلاف الفقهي حول امكانية هذه الاوراق القيام بواجبها ، فضلا عن القانون الواجب التطبيق على العمليات الصرفية التي تتم عليها في ظل غياب الدعائم المادية .

ولذلك تثار تساؤلات حول القانون الواجب التطبيق على الاوراق التجارية الالكترونية من نشأتها والبيانات التي يتوجب توافرها وكذلك تظهيرها وامكانية تداولها وصولاً الى مرحلة التنفيذ ، وزد على ذلك الاختلاف بين التشريعات يزيد من تنازع القوانين حول حكم الاوراق التجارية الالكترونية ، حيث ان الانسان اكثر ما يكون حريص على امواله ، فإذا ما عرف القانون الذي يحكمه او اتفق عليه مع الطرف الاخر ، دخل في الصفقة التجارية لما له من ثقة واطمئنان على حقوقه

وانسجاما مع هذه المعطيات ولمواكبة التطورات في الجانب التكنلوجي شرعت العديد من الدول قانون للتوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية ، وكان العراق من بين تلك الدول ، حيث شرع هذا القانون برقم(78) لسنة 2012 ، وخصص الفصل السادس منه للأوراق التجارية الالكترونية كوسيلة للوفاء الالكتروني . وهذه الخطوة من المشرع العراقي تحسب له، لمواكبة التطورات المتسارعة في الدول المتقدمة ، وليبقى مواكباً لعجلة الزمن ، فبإصدار قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية يكون قد اسس للاعتراف بالمعاملات الالكترونية ، واعطى الحجية للمستندات الالكترونية ، ولكن المشرع ترك الباب مفتوحا فيما يخص القانون الواجب التطبيق ، وهذا يعد نقصاً تشريعاً تثار بشأنه كثير من الاسئلة ، وربما يكون خاضعا للاجتهادات في حالة لم يتفق الاطراف فيما بينهم على اختيار قانون معين .

وسار المشرع العراقي على غرار اتفاقية جنيف لعام 1930 على الرغم من عدم انضمامه اليها، ولكن جاء التشريع منسجما مع بنود هذه الاتفاقية التي تتعلق بالأوراق التجارية، حيث تضمنت الاتفاقية ملحقان ، تضمن الاول المواد القانونية التي تحكم الحوالة والكمبيالة، واما التحفظ الثاني جعل حرية الدول بتنظيم ما يتناسب مع رؤيتها بتنظيم الاوراق التجارية، اما الاتفاقية الثانية فهي تتعلق ببيان القانون الواجب التطبيق على السفتجة والكمبيالة ، وبالرغم من صدور هذه الاتفاقية بقي التنازع قائما بين القوانين بسبب عدم انضمام البعض من الدول اليها ، وادى ذلك الى بقاء كل دولة محتفظة بقانونها الداخلي ، وهذا القى بظلاله الى حصول التنازع بين قوانين الدول التي انضمت قبالة الدول التي لم تنظم الى الاتفاقية ، ومن هنا جاءت اهمية هذه الدراسة .

ثانيا ـ مشكلة البحث :

تتحدد المشكلة الرئيسية لهذا الموضوع بالتأثير التكنلوجي المتسارع على اغلب مفاصل الحياة ، حيث كان للتجارة الالكترونية النصيب الاكبر من هذا التطور، وهذا الاخير القى بظلاله الى ظهور الاوراق التجارية الالكترونية باعتبارها وسيلة دفع مناسبة تنسجم مع التعامل الالكتروني ، وتشكل عامل مهم في تحقيق مسيرة التجارة الالكترونية، باعتبارها اداة وفاء وتعد مفصل رئيسي ومهم في ديمومة التجارة الالكترونية ، التي وجدت من الفضاء الالكتروني البيئة المثالية لتتواجد فيه .

وفي ظل هذه المعطيات تثار الاشكاليات والتساؤلات حول القانون الواجب التطبيق الذي يحكم الاوراق التجارية الالكترونية ، حيث خلا قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية من تحديد واضح للقانون الذي يحكم العلاقات بين الاطراف ، واحال المشرع الى الاحكام السارية على الاوراق التجارية التقليدية وذلك بنص المادة (23 / ثانياً) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية ، ولا توجد في قانون التجارة النافذ نصوص قانونية ترشدنا الى القانون الواجب التطبيق على التصرفات القانونية والالتزامات التي يقوم بها الاطراف، الامر الذي يتطلب منا الرجوع للقواعد العامة لحل هذه الاشكاليات ، وربما ابعد من ذلك، فقد يتطلب الامر البحث عن القانون الواجب التطبيق على الاوراق التجارية الالكترونية المشار اليها في المبادئ العامة المتعلقة بالقانون الدولي الخاص لوجود العنصر الاجنبي تطبيقاً لنص المادة (30) من القانون المدني العراقي .

لذلك تثار التساؤلات حول القانون الواجب التطبيق على الاوراق التجارية الالكترونية في ظل وجود العنصر الاجنبي ، وفي ظل اختلاف التشريعات المقارنة حول الورقة التجارية - سواء التقليدية او الالكترونية – تتطلب القيام بعدة اجراءات حتى تحقق الهدف الذي وجدت من اجله ، وكل اجراء له خصوصية وربما يستوجب البحث عن القانون الواجب التطبيق بشأنه ، واذا ما اثير النزاع بشأن العمليات المتعددة التي تجري على الورقة التجارية الالكترونية والتي يثار بشأنها التنازع الذي يتطلب في النهاية تحديد القانون الواجب التطبيق ، وهل يوفر الاخير الحماية الازمة للأطراف ، واذا قلنا ان الاوراق التجارية الالكترونية دولية باعتبارها تتداول بين الدول ، ألا يتطلب توحيدها لفض التنازع بين القوانين لاسيما اذا ما عرفنا ان مقابل الوفاء واحد .

ثالثاً - اهمية الدراسة :

للأوراق التجارية الالكترونية أهمية, من جانبين, الاول يتمثل بالجانب العملي, وهو انتشار التجارة الالكترونية بشكل واسع، وظهور الاوراق التجارية الالكترونية كوسيلة دفع الكترونية بديلة عن الاوراق التجارية التقليدية، إلا انها لم تحظى بالدراسة والبحث الواسع من قبل المختصين الذي من شأنه ان يزيل الابهام والغموض حول معرفة القانون الواجب التطبيق، ولما لهذا الاخير من اهمية تلقي بظلالها على ازدياد الثقة بتلك الاوراق اذا ما تم معرفة القانون الذي يحكم النزاع .

اما الجانب الثاني هو العلمي يتمثل بالوصول للحلول القانونية لأنهاء النزاع الذي ينشأ من التعامل بالأوراق الالكترونية, لذلك لابد من بيان القانون الذي يحكم المسائل المتعلقة بالأوراق التجارية الالكترونية ، فضلاً عن ذلك فأن معاهدة جنيف لعام 1930 -1931 لم تأتي بحل شامل لجميع المسائل المتعلقة بالأوراق التجارية، بمعنى بقيت بعض الاشكاليات التي لازال التنازع بشأنها قائما وتحتاج الى بيان القانون الواجب التطبيق، لاسيما ان الاوراق التجارية الالكترونية كوسيلة دفع الكترونية اوجدته الحاجة لإتمام العملية التجارية بطريقة الكترونية ، من هنا جاءت اهمية هذا الموضوع للبحث عن انهاء النزاع الذي بدوره يبحث عن القانون الذي يحكم التصرفات القانونية التي تتم عبر الفضاء العالمي المرن والسريع التطور .

رابعاً - منهجية البحث :

يعد البحث عن القانون الواجب التطبيق في الاوراق التجارية الالكترونية اعتماداً على بيان اتجاه المشرع الوطني والتشريعات الدولية المقارنة، وبالمقارنة مع القوانين والاتفاقيات الدولية حول القانون الواجب التطبيق على حياة الورقة التجارية منذ تحريرها ومروراً بالمراحل التي

تمر بها اثناء حياتها في التداول والانتقال من شخص الى آخر لحين تنفيذها, هو ما يستوجب اعتماد هذه الدراسة على منهجاً تحليلاً مقارناً بين كل من القانون العراقي والقانون المصري والفرنسي وبعض القوانين الاخرى كلما اقتضت الضرورة لبيان القانون الواجب التطبيق على الاوراق التجارية الالكترونية, مع الاشارة الى القواعد الدولية في بعض الاتفاقيات المعنية .

خامساً ـ هيكلية البحث :

ولبيان ما تم طرحه ولإيجاد الحلول المناسبة والبحث عن القانون الواجب التطبيق في التشريع العراقي والصعوبات التي تكتنفه وايجاد الحلول المناسبة ارتأينا ان نقسم هذه الدراسة الى بابين، نعقد الباب الاول لمعرفة القانون الواجب التطبيق على مراحل تداول الاوراق التجارية الالكترونية، والذي تم تقسيمه الى فصلين، عقدنا الاول لبيان القانون الواجب التطبيق في انشاء الاوراق التجارية الالكترونية ، وخصصنا الفصل الثاني لبيان القانون الواجب في مرحلة تداول الاوراق التجارية الالكترونية .

اما الباب الثاني فتم تخصيصه لمعرفة القانون الواجب التطبيق على احكام الاوراق التجارية الالكترونية، والذي تم تقسيمه الى فصلين عقدنا الفصل الاول لبيان القانون الواجب التطبيق على الاثار المترتبة على الاوراق التجارية الالكترونية، ليكون الفصل الثاني لمعرفة القانون الواجب التطبيق على تنفيذ الاوراق التجارية الالكترونية، و سنختتم هذه الدراسة بخاتمة سنضمنها بأهم ما سنتوصل اليه من الاستنتاجات ،و المقترحات التي نرى أنها جديرة بالاهتمام .

الباب الاول

القانون الواجب التطبيق على مراحل تداول الاوراق التجارية الالكترونية

من المعروف ان لكل دولة من دول العالم حدود جغرافية وسياسية, وهذه الحدود هي التي تميزها عن باقي الدول, وهنا يكون لكل دولة قانون خاص بها, ويتم تطبيق هذا القانون داخل الحدود الجغرافية لتلك الدول, وتمارس الدول سلطاتها داخل حدودها الاقليمية, وهذا ما يسمى بالسيادة لكل دولة على اقليمها, ولا يوجد اشكال في ذلك استناداً لمبدأ الاقليمية .

لكن المشكلة تثور عند عبور تلك الحدود, فعند العبور يبدأ التنازع ما بين قوانين تلك الدول, وذلك لان العلاقة القانونية قد ارتبطت بقانونين أو اكثر من خلال عناصر العلاقة القانونية والتي تتكون من (عنصر الاشخاص وعنصر الموضوع وعنصر السبب), فاذا ارتبطت هذه العلاقة بجميع عناصرها بدولة واحدة فأنها سوف تكون وطنية وبذلك سوف تخضع للقانون الوطني, اما في حالة ارتباط العلاقة القانونية بأكثر من دولة من خلال احد عناصرها, فسوف تكون هذه العلاقة محكومة بأكثر من قانون, وهنا سوف يحصل التنازع, لان العلاقة هنا لا تكون وطنية وانما يتخلل تلك العلاقة عنصر اجنبي, وسواء كانت العلاقة القانونية مرتبطة بجميع عناصرها ام بعنصر واحد فانه سوف تتصف بالصفة الاجنبية, والعنصر الاكثر ثقلاً وتأثيراً في العلاقة هو الذي يحدد مصير القانون الواجب التطبيق عليها .

فهنا سوف يحصل تنازع وتزاحم ما بين القوانين لحكم العلاقة القانونية ويضيق ويتسع القانون الذي يحكمها حسب درجة اتصال العلاقة القانونية بأكثر من عنصر, فكلما كانت العلاقة

متصلة بأكثر من عنصر فان قانون تلك الدولة هو الذي يحكم هذه العلاقة, وهذا ما يسمى بالقانون الواجب التطبيق 0

وبعد ان كانت العلاقات القانونية تجري عبر الحدود في العالم الحقيقي المادي اخذت تجري عبر الحدود في عالم افتراضي ، وباستخدام وسائل الاتصال الحديثة، ونظراً للطبيعة المرنة للأوراق التجارية التي تمثل العلاقة القانونية موضوع بحثنا ، فهذه الاوراق تعد وسيلة من وسائل الائتمان وتداول الاموال ، ولأن العلاقات القانونية قد عبرت الحدود وفي اغلب التعاملات التجارية والاقتصادية والانسانية, ودخلت هذه العلاقة القانونية الى دول اخرى وبدون اي اذن مسبق من اي سلطة تمثل تلك الدول, وهذه هي الشبكة العنكبوتية, ومن خلال عدة وسائل الكترونية ، والاوراق وسيلة من وسائل الوفاء بما ترتب بذمة الساحب من ديون اتجاه المستفيد ، كما لو كان مدين بقيمة سلع او خدمات ، فالوفاء بها قد يكون بطريق تحرير ورقة تجارية ورقية ، وقد يكون عن طريق تحرير ورقة تجارية الكترونية ، وبالنظر لسهولة انشاء وتداول الورقة التجارية الالكترونية فقد اتسع استخدامها كأداة وفاء وائتمان مما يجعلها مرنة اكثر في تحقيق وظائفها في التعاملات التجارية ، واقتضى ذلك ان نواجه هذه الاداة المستخدمة بقواعد تشريعية تتناسب معها نظراً لحدة التنازع على المستوى التشريعي بشأنها .

فلابد لمشرعي الدول – ان صح التعبير - من مجاراة هذه المستجدات, لعجز قواعد القانون الدولي الخاص التقليدية من ايجاد الحلول وذلك للاختلاف الحقيقي بين العالم المادي والعالم الافتراضي ، كما اقتضى من مشرعي القواعد التشريعية والقواعد الاتفاقية مواجهة هذه الاحتمالات 0

ولأجل بيان ذلك لابد من تقسيم هذه الدراسة الى فصلين ، سنعقد الاول لبيان القانون الواجب التطبيق على القواعد الموضوعية في انشاء الاوراق التجارية الالكترونية ، ليكون الفصل الثاني لمعرفة القانون الواجب التطبيق على تداول الاوراق التجارية الالكترونية وكالاتي :

الفصل الاول

القانون الواجب التطبيق في مرحلة انشاء الاوراق التجارية الالكترونية

ان التعامل بالأوراق التجارية الالكترونية هو تصرف ارادي, حيث تنصرف ارادة الاشخاص على التعامل بالتجارة الالكترونية ومن ثم ينسحب هذا الاتفاق على وسيلة الدفع لتكون الكترونية ايضاً ، وعلى هذا الاساس لابد ان يتوفر فيها نفس اركان اي تصرف ارادي اخر, مثل الرضا والمحل والسبب, ولابد ان تخضع هذه الاركان للقواعد العامة في القانون المدني وذلك لان الأوراق التجارية – التقليدية أو الإلكترونية – هي تصرفات ارادية لذلك يجب ان تتوفر ذات الاركان الموضوعية والشكلية .

ولعدم تحديد القانون الواجب التطبيق على الاوراق التجارية الالكترونية من قبل المشرع العراقي في قانون التجارة النافذ ولا في القانون المدني، ولفض حالة التنازع التي تحصل ما بين القوانين لحكم المسألة الواحدة ، ولكثرة العمليات التي تجرى على الاوراق التجارية الالكترونية من بعد الانشاء ، مثل التظهير من المستفيد الاول ومن ثم الثاني وهكذا لغرض التداول ، والقبول والضمان ، لذلك يحصل التنازع بين القوانين، ولابد هنا من تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه التصرفات التي تتم في العالم الافتراضي .

ولأجل الاحاطة بالموضوع لابد من تقسيم هذا الفصل الى مبحثين سنعقد الاول لبيان القانون الواجب التطبيق على شروط انشاء الاوراق التجارية الالكترونية، اما في المبحث الثاني فسنخصصه لبيان التحديات التي تواجه القانون الواجب التطبيق على الاوراق التجارية الالكترونية وكالاتي.

المبحث الاول

القانون الواجب التطبيق في شروط انشاء الاوراق التجارية الالكترونية

ان أنشاء الاوراق التجارية يعد تصرف قانوني, ولأجل ان يكون هذا التصرف صحيحاً ومنتجاً لآثاره ، لابد ان يتمتع محرر الورقة التجارية بالأهلية الازمة لأنشاء التصرفات القانونية, وذلك لان التعامل بالأوراق التجارية يتطلب التوقيع على هذه الورقة ويلزم القانون على الموقع ان يكون متمتعا بالأهلية اللازمة وبأي صفة كانت, اي سواء كان الموقع على الورقة التجارية الساحب أو المظهر أو القابل أو حتى الضامن الاحتياطي, ويعد تحرير الورقة التجارية والعمليات التي تتعلق بها من الاعمال التجارية بصرف النظر عن صفة الاشخاص المتعاملين بها 0

وفضلاً عن ما تقدم فأن المشرع العراقي وفي نص المادة (22) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم (78) لسنة 2012 قد اجاز انشاء الاوراق التجارية بطريقة الكترونية، وضمن شروط معينة ومن هذه الشروط ان يكون الشخص متمتعا بالأهلية اللازمة لا نشاء التصرفات القانونية ، ولبيان تفصيل ذلك سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين سنبين في المطلب الاول القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للأوراق التجارية الالكترونية

، ومن ثم نخصص المطلب الثاني لبيان القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للأوراق التجارية الالكترونية وكالآتي 0

المطلب الاول

القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للأوراق التجارية الالكترونية

للقيام بأي تصرف قانوني لابد أن يكون للشخص القائم بهذا التصرف إرادة حقيقية ، وتتمثل هذه الارادة الحقيقية في الاوراق التجارية بالتوقيع على الورقة ، ولابد ان يكون الشخص الموقع على الورقة – سواء كان ساحباً او قابلاً او مظهراً – كامل الاهلية ، ورضا الشخص يكون صحيحاً وان يرد على محل مشروع وممكن ، وكذلك يجب ان يكون انشاء الورقة لسبب مشروع0

لذلك لابد من معرفة القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للورقة التجارية ، والتي في الغالب لا تكون مدرجة ضمن البيانات الالزامية ، مثل الاهلية التي تعد شرطاً لصحة اي تصرف قانوني ، وفي مجال العلاقات الدولية يتم تحديد الاهلية عن طريق اتجاهين ، يتمثل الاتجاه الاول بالفقه اللاتيني والذي يخضع الاهلية لقانون الجنسية ويسمى بالقانون الشخصي ، اما الاتجاه الثاني فهو الاتجاه الانكلوسكسوني والذي تخضع فيه الاهلية لعدة قوانين ، مثل قانون الموطن او قانون العقد او قانون محل ابرام العقد ، اما في القانون العراقي فتنص المادة (18) من القانون المدني العراقي رقم 40لسنة 1951 فيخضع الاهلية بصورة عامة لقانون الجنسية, اما الاهلية المتعلقة بالأوراق التجارية هي اهلية التصرفات التجارية ، وذلك لان انشاء الاوراق التجارية يعد عمل تجاري ، وكذلك العمليات المتعلقة بها فأنها تخضع لقواعد القانون التجاري ، والتي تتطلب أن يكون للشخص أهلية أداء للقيام بتلك الاعمال .

ويتعلق ايضا بالشروط الموضوعية والمتعلقة بصحة الالتزام من حيث القانون الذي يحكمها ، ان يكون الرضا صحيحاً ويجب ان يكون له محل يرد عليه ، ولابد ان يكون له سبباً مشروعاً وغير مخالف للنظام العام ، لأجل ذلك كله لابد عن البحث عن القانون الواجب التطبيق من خلال تقسيم هذا المطلب الى ثلاثة فروع سنبين في الاول القانون الواجب التطبيق على الاهلية ، وفي الفرع الثاني سنبحث القانون الواجب التطبيق على المحل ، ثم سنعقد الفرع الثالث لمعرفة القانون الواجب التطبيق على سبب الإنشاء وكالاتي :

الفرع الاول

القانون الواجب التطبيق في التراضي

تعد الاهلية هي قوام التصرفات [1]، وهي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية التي تثبت الحق للشخص له أو عليه ، ولكي يكون التصرف صحيحا لابد ان يكون الشخص متمتعا بالأهلية المطلوبة للقيام بهذا التصرف ، وهذه هي اهلية الاداء ، وقد بينت اتفاقية جنيف لعام

---

(1) تم تقسيم الاهلية الى قسمين اهلية اداء واهلية وجوب ، وتخضع الأهلية في حكمها لقانون الجنسية ، وهذا ما بينه المشرع العراقي في القانون المدني في المادة (1/18) وكذلك المشرع المصري في المادة (18) والمشرع الاردني في المادة (19) والمادة (2/ا/3) من القانون المدني الفرنسي .

(1930) الخاصة بالأوراق التجارية في المادة الثانية والتي نصت على ان " تخضع اهلية الشخص للالتزام بمقتضى كمبيالة أو سند لأمر أو شيك لأحكام قانونه الوطني" ، اي لقانون الجنسية وهذا الحل تتبناه القواعد العامة عند تنازع القوانين وكذلك تشريعات الدول المنضمة للاتفاقية ، وهذا هو المبدأ السائد [2] . واذا كان الشخص ناقص الاهلية وفقا للقانون المشار اليه في الفقرة السابقة فإن التزامه يبقى مع ذلك صحيحا اذا وضع توقيعه في اقليم دولة يعتبره تشريعها كامل الاهلية ولكل دولة الحق في ألا تعترف بصحة التزام احد رعاياها بمقتضى كمبيالة او سند لأمر او شيك اذا كان هذا الالتزام لا يعتبر صحيحا في اقليم الدولة المتعاقدة الاخرى إلا بتطبيق الفقرة السابقة من هذه المادة .

أما اتفاقية جنيف لسنة 1931 المتعلقة بالشيكات فقد نصت في الفقرة الاولى من المادة الثالثة " قانون الدولة التي يكون الشيك واجب الدفع فيها هو الذي يحدد الاشخاص الذين يجوز سحب الشيك عليهم ، واذا قضى هذا القانون ببطلان الصك بوصفه شيكاً بسبب الشخص المسحوب عليه فأن لالتزامات الناتجة عن التوقيعات التي وضعت على الشيك في دولة اخرى لا تتضمن قوانينها هذا الحكم تكون صحيحة " 0

ان النص السابق لاتفاقية جنيف جاءت بمبدأ عام يتضمن اعتماد القانون الوطني في المسائل المتعلقة بالأهلية ، وهو خضوع اهلية الملتزم للقانون الوطني – قانون الجنسية – او ما يسمى بالقانون الشخصي ، هذه النصوص التي جاءت بها اتفاقية جنيف اعتمدت كمبدأ عام وقد اخذت به تشريعات الدول الاجنبية في ظل الاتجاه اللاتيني المنضمة لهذه الاتفاقية مثل فرنسا في القانون المدني لعام 1804 في نص المادة (3/3) والتي نصها " الاهلية تسري عليها قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته " ، وهو نفس المبدأ المعمول به في اغلب الدول العربية ، فعلى سبيل المثال لا الحصر ذهب المشرع المصري في المادة (1/11) من القانون المدني الى نفس الاتجاه ، وعلى نفس المعنى نصت المادة (12) من القانون المدني الاردني رقم (43) لسنة 1976 ، وأخذ المشرع العراقي بنفس المبدأ في المادة (18) من القانون المدني العراقي ، ولكن هذه الاتفاقية اوردت على هذا المبدأ استثناءات ، هي عندما تتم الاحالة من قانون الى آخر، فان القانون المحال عليه سيكون هو الواجب التطبيق ، وهو ما بينته المادة (1/2) من الاتفاقية الخاصة التي تتعلق بحالات تحديد القانون الواجب التطبيق على الاوراق الحوالة والكمبيالة ، أما الاستثناء الثاني فانه في حالة نشوء التزام صرفي يتعلق بالأوراق التجارية وكان ناقص الاهلية بموجب قانونه الوطني ، وكامل الاهلية بموجب قانون الدولة التي نشأ فيه الالتزام فأن التزامه يبقى صحيحاً .

ومن الجدير بالذكر هنا ان نبين ان معظم الدول العربية – المنضمة وغير المنضمة - التي نقلت الى تشريعاتها الداخلية احكام بنود اتفاقية جنيف قد اخذت بالاستثناء الذي ورد في المادة (1/2) من الاتفاقية والخاص بالإحالة ، وفي موضوعة الاوراق التجارية ، والى ذلك ذهب القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948حيث نصت المادة (1/11) " الحالة المدنية للأشخاص واهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون اليها بجنسيتهم ، ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في مصر وتترتب آثارها فيها ، اذا كان احد الطرفين اجنبياً ناقص

---

(1) د عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين في الاوراق التجارية ، الدار الجامعة ، بيروت ، 1988 ، ص 102.

الاهلية وكان نقص الاهلية يرجع الى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الاخر تبينه ، فان هذا السبب لا يؤثر في اهليته " .

وبالرجوع الى قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984 ، وفي نص المادة (48/ثانياً) " يرجع في تحديد اهلية الالتزام بمقتضى الحوالة الى قانون الدولة التي ينتمي اليها الملتزم بجنسيته ، فإذا احال هذا القانون الى قانون دولة اخرى كانت القواعد الموضوعية في قانون تلك الدولة واجبة التطبيق " فأننا لم نجد احكاماً تتضمن قواعد الاهلية لاسيما بالتصرفات التجارية ، وهنا لابد من الذهاب الى القواعد العامة ، ففي التشريع العراقي نجد ضالتنا ، وهي ان كمال الاهلية هو بلوغ سن الرشد وان يكون خالياً من عوارض الاهلية ، وهذا ما نصت عليه المادة (46) في فقرتها الاولى من القانون المدني " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية غير محجور عليه يكون كامل الاهلية 0000" ، وبلوغ سن الرشد هو ثمانية عشر سنة كاملة ، وهذا ما نصت عليه المادة(106) من نفس القانون ويطلق عليه بالأهلية القانونية 0

من ذلك يتضح ان القانون الواجب التطبيق يتطلب الرجوع الى قانون الشخص الملتزم في الاوراق التجارية لمعرفة توافر الاهلية من عدمها، وكذلك القدرة على ابرام التصرفات ، والجزاء الذي يترتب على مباشرة الالتزام في حالة كون الشخص عديم الاهلية [3].

والسؤال الذي يثار هنا ماهي الأهلية المطلوبة في الورقة التجارية الالكترونية ؟ هل من الممكن ان نطبق عليها نفس القواعد المتعلقة بالأهلية لاسيما بالأوراق التجارية التقليدية ؟ ام ان اختلاف طبيعة الاوراق التجارية الالكترونية يقتضي الاختلاف في الاحكام المتعلقة بالأهلية بها؟

ذهب البعض من الفقه، الى ضرورة ان يكون المحرر ورقياً لتطبيق قواعد قانون الصرف عليه، ليتمكن الاشخاص من اجراء العمليات التجارية من تظهير وضمان وقبول ، ووفقا لهذا الرأي فأن الاوراق التجارية الالكترونية الورقية تكون خاضعة لأحكام هذا القانون ، أما الاوراق التجارية الالكترونية الممغنطة فلا تخضع لأحكام هذا القانون [4] ، وهذا اتجاه لا نؤيده .

ونجد ان بعد صدر قانون الاونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لسنة 1996 وفي نص المادة (5)منه ، وقانون المعاملات الالكترونية الفرنسي رقم 230 لسنة 2000 وفي نص المادة (1/1316) حيث بينت يكون للكتابة على دعامة الكترونية نفس القوة في الاثبات التي تكون على الورق ، بمعنى يتساوى السند الورقي مع السند الالكتروني في الاثبات [5]0

وابرام اتفاقية على مستوى الوطن العربي التي تنظم احكام التوقيع الالكتروني للدول العربية في 2008 /6/15 ، والتي بينت في مادتها الثانية على نطاق تطبيق بنود هذه الاتفاقية " 000تنطبق هذه الاتفاقية على اي نوع من المعاملات يكون في شكل رسالة بيانات مستخدمة في سياق المعاملات الالكترونية بين الدول العربية الاطراف 000" ، وساوت هذه الاتفاقية في مادتها (19، 20) بين الكتابة والتوقيع سواء كانت على المحررات الورقية او الالكترونية 0

وتشريع البعض من الدول العربية قوانين لاسيما بالمعاملات الالكترونية والتوقيع الالكتروني ، وعلى سبيل المثال لا الحصر، صدور قانون المعاملات الالكترونية الاردني رقم 15 لسنة

---

[1] د. صليحة حاجي ، التعاقد الرقمي ونظم الحماية الالكترونية ، ط1 ، مطبعة الامنية ، الرباط ، مكتبة الرشاد ، 2015 ، ص 51 .

(1) د. منير الجنبيهي ، البنوك الالكترونية ، ط1 ، الاسكندرية ، دار الفكر الجامعي ، ص 49 .

(2) د . عباس العبودي ، شرح احكام قانون الاثبات في ضوء احكام التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية ، مكتبة السنهوري ، بيروت ، 2017 ، ص353 .

2015 النافذ ، وقانون المعاملات والتجارة الالكترونية لدولة الامارات العربية المتحدة رقم 3 لسنة 2002 ، وقانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 ،لم تشر في موادها على شرط بأن يكون المحرر ورقياً .

اما التشريعات الوطنية فقد صدر قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم 78 لسنة 2012 ، ومن خلال قراءة نصوص مواد القانون لم نجد ما يشير على ضرورة ان يكون المحرر ورقياً، لأنه لا يوجد في اصل اللغة ان كلمة محرر يجب ان يكون ورقياً ، وان كلمة محرر التي وردت في التشريعات تشمل الورقية والالكترونية، وهذا يتطلب وكما يراه البعض ان يكون هنالك فهماً قانونياً جديداً يختلف عن الفهم القانوني التقليدي السائد للمحرر ، على اعتبار ان المحرر لا يقتصر فقط على ما هو مكتوب على الورق فمن الممكن ان يرد على اي شيء آخر مثل الصفائح الممغنطة ، حتى يأخذ النص طريقه الطبيعي المنسجم مع القاعدة التي تقول المطلق يجري على اطلاقه [6] .

وللإجابة على هذه الاسئلة ، نقول ان الاهلية هي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات له وعليه ، وبذلك تكون شرطاً لصحة التصرفات ، وتعد شرطاً لازماً لصحة انشاء الاوراق التجارية الالكترونية ، وجميع التصرفات الالكترونية المترتبة عليها من الانشاء والتظهير والضمان الإلكتروني ، وبالرجوع الى القواعد العامة المتعلقة بالأهلية فانه بالإمكان القول ، لا يوجد ما يمنع من تطبيق تلك القواعد على الاوراق التجارية الالكترونية ، ولكن هذا لا يعني انه لا توجد صعوبات ، سوف يتم مناقشتها في طيات الدراسة في صفحات اخرى كلما تطلب الامر ذلك0

وبالرجوع الى القوانين محل المقارنة ، انه بالإمكان تطبيق نص المادة (1/11) من القانون المدني المصري ، حيث تبين هذه المادة ان الاهلية يسري عليها قانون الدولة التي ينتمي اليها هذا الشخص بجنسيته ، واشارت كذلك المادة (388) من قانون التجاري المصري رقم (17) لسنة 1999 الى نفس المعنى 0

اما في التشريع العراقي بالإمكان تطبيق المادة (1/18) من القانون المدني ، والتي يرجع فيها الى تحديد اهلية الشخص الى قانون جنسيته 0

ولكن الصعوبة تكمن في عمل الاستثناء الذي ورد في نصوص المواد اعلاه والخاص بناقص الاهلية ، وكذلك عندما يكون الشخص عديم الجنسية او يكون متعدد الجنسية ، فما هي الحلول في حالة قيام الاشخاص المشار اليهم في انشاء اوراق تجارية بطريقة الإلكترونية ؟

للإجابة على هذه التساؤلات ولكي نتمكن من تطبيق هذا الاستثناء فانه هنالك صعوبات لابد من دراستها وهي ان شبكة الانترنيت – وكما هو معروف – شبكة عالمية ، وعند قيام الاشخاص بأنشاء اوراق تجارية فأنها سوف تكون عن بعد – اي بدون الوجود المادي للأشخاص – بمعنى وجود هؤلاء الاشخاص في دول مختلفة ، ومقتضى القاعدة يتطلب خضوع اهلية الشخص لقانون جنسيته ، اما في حالة الاشخاص عديمي الجنسية يذهب الرأي الراجح ، الى ان الاهلية تكون خاضعة الى قانون الدولة التي يتصل بها الشخص اكثر من غيرها ، بمعنى تكون الاهلية هنا خاضعة الى قانون موطن الشخص او محل الاقامة 0

---

(1) د. محمد السيد الفقي ، المعلوماتية والاوراق التجارية (الكمبيالة كنموذج) ، ط1 ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، 2005 ، ص79

ومن اهم الصعوبات التي تواجهنا في التعاملات الالكترونية هي كيفية التحقق من اهلية الشخص الاخر ، فقد يلجأ الشخص الى طرق احتيالية لإخفاء اهليته لإنشاء الاوراق التجارية الالكترونية ، وبما ان التواصل يتم دون الحضور المادي للأشخاص – عن بعد – وحتى لو افترضنا ان الشخص المستفيد من الورقة التجارية الالكترونية يعلم بالقانون الذي سوف يتم تطبيقه ، ولكنه يجهل بنقص اهلية الشخص المنشأ – محرر الورقة التجارية الالكترونية – وان جهل الشخص المستفيد من الورقة التجارية الالكترونية أمر مسلم به ، لأنه يتعامل عن طريق الوسائل الالكترونية وهذا بحد ذاته سبب فيه خفاء ، هنا يذهب البعض ان محرر الورقة التجارية اذا تعمد استخدام طرق احتيالية لإخفاء اهليته ، مثل ان يدلي بمعلومات غير صحيحة عن اهليته ولا يستطيع الطرف الاخر التحقق منها ، فهذه الطرق لا تؤثر على الاهلية اي يعتبر الشخص كامل الاهلية[7] .

ومن المعروف ان الاوراق التجارية بصورة عامة – الورقية والإلكترونية - متعددة الاطراف ، فالسؤال الذي يثار هنا هو عندما يكون احد الاطراف كامل الاهلية حسب قانون دولته ، ويكون الطرف الاخر من الورقة التجارية الالكترونية ناقص الاهلية حسب قانون الدولة التي يحمل جنسيتها ، هل يستطيع من له مصلحة ان يتمسك بالبطلان لوجود نقص في اهلية الطرف الاخر ؟ ، وهل توجد وسائل فنية تمنع ناقص الاهلية من ابرام التصرفات عبر الشبكة العنكبوتية والمكان الذي انشأت في ظله الورقة التجارية الالكترونية في عالم افتراضي؟ .

وقبل الاجابة على هذه الاسئلة لابد ان نبين الملاحظة التالية ، وهي ان حداثة نشأة الاوراق التجارية الالكترونية ، وعدم وجود تنظيم قانوني شامل للعمليات التي تجري على الورقة التجارية من خلال المصرف او الاشخاص التي تتم عبر الانترنت وعلى الصعيد المحلي والدولي على حد سواء ، فأننا سنواجه صعوبات عديدة [8] .

وللإجابة على الاسئلة السابقة التي تم طرحها فان اغلب الدول التي سنت قوانين لاسيما بالمعاملات الالكترونية والتوقيع الالكتروني ، ذهبت الى اعتبار الرسائل الالكترونية مرسلة من صاحب الوسيلة الالكترونية المستخدمة ، وذلك لغرض التحقق من هوية المستخدم 0

ومن تلك القوانين قانون التوقيع الالكتروني الاردني في نص المادة (11) حيث نصت " للمرسل اليه ان يعتبر رسالة المعلومات صادرة عن المنشئ في اي حال من الحالتين 1- اذا اتبع المرسل اليه اي اجراء سبق وان اتفق مع المنشئ على اتباعه للتحقق من ان رسالة المعلومات قد صدرت عن المنشئ لهذا الغرض، 2- اذا كانت رسالة المعلومات كما تسلمها المرسل اليه ناتجة من اجراءات قام بها اي شخص تابع للمنشئ او ينوب عنه او مخول بالدخول الى الوسيط الالكتروني الذي يستخدمه المنشئ" 0

والى نفس المعنى ذهبت المادة (18/ ثالثاً) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم 78 لسنة 2012 والتي نصت " للمرسل اليه ان يعد المستندات الالكترونية صادرة عن الموقع وان يتصرف على هذا الاساس 000" 0

---

(1) د .حسين عبدو الماحي ، نظرات قانونية في التجارة الالكترونية ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ، العدد 31 ، سنة 2002 ، ص 293 .

(1) د . هاني دويدار ، الوفاء بالأوراق التجارية المعالجة الكترونيا ، ط1 ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ص 12 .

اما عن وجود وسائل تقنية تمنع ناقصي الاهلية من التعاملات الالكترونية ، نجد ان المشرع اعطى للمحرر الالكتروني نفس القوة في الاثبات بالنسبة للمحرر الورقي ، وبالرجوع الى نص المادة (18) من قانون الاثبات العراقي النافذ رقم (107) لسنة 1979 المعدل والتي نصت " يجوز ان يثبت بجميع طرق الاثبات ما كان يجب اثباته بالكتابة 000" ومن قراءة قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية وفي نص المادة (1/13) والتي نصت على ان " تكون للمستندات الالكترونية والكتابة الالكترونية والعقود الالكترونية ذوات الحجية القانونية لمثيلاتها الورقية 000" وبالرجوع الى نصوص المواد اعلاه نستطيع ان نقول ، بما ان وسائل الاثبات موجودة في المحرر الورقي والالكتروني وبنفس القوة ، لذلك يمكن القول ان الامور التي تمنع ناقص الاهلية من الاقدام على الاحتيال في حالة اخفاء الاهلية عند انشاء الاوراق التجارية التقليدية يمكن انسحابها على الاوراق التجارية الالكترونية ، وبما ان التعامل بالأوراق التجارية بصورة عامة – التقليدية والالكترونية – يتطلب التوقيع عليها ، وبما ان التوقيع يدل على الموقع ، واشارت الى ذلك الفقرة (اولا/ب) من المادة 22 حيث نصت " يجوز انشاء الوراق التجارية بطريقة الكترونية وفقاً للاتي 000 ان يكون نظام معالجة المعلومات قادرا على اثبات الحق فيها ، والتحقق من ان التوقيع يعود للأطراف المعنية " ، وعند التعرف على الشخص يمكن التعرف على اهليته[9] ، بمعنى يمكن سحب وسائل الاثبات التي تتم بطريقة تقليدية لتطبيقها على الاوراق التجارية الالكترونية.

ومن الجدير بالذكر ان الاوراق التجارية لا تنشئ اعتباطاً ، فيتم انشاءها وفاءً لدين في ذمة الساحب قبالة المستفيد الاول ، وتعد وسيلة لتنفيذ التزام من قبل الساحب قبالة المستفيد نتيجة وجود علاقة قانونية بينهما ، والتوقيع يدل ارادة الساحب الحقيقية ، بمعنى لابد ان تكون هنالك علاقة بين الساحب والمستفيد، وهذه العلاقة يمكن ان تكشف مدى تمتع الساحب بالأهلية اللازمة لإنشاء الاوراق التجارية الالكترونية[10].

وبناءً على ما تقدم يمكننا القول ان المستفيد يتمكن من التعرف على الاهلية الحقيقية للساحب، لان اغلب التعاملات في الاوراق التجارية تتطلب ان يكون هنالك طرف ثالث وعادة ما يكون مصرف ، والاخير يتطلب ان يتم تقديم مستمسكات ثبوتية للأشخاص ليقوم بإجراء العمليات المصرفية ، لذلك يستطيع المستفيد ان يتعامل بالورقة التجارية والتي يكون المصرف هو الطرف المسحوب عليه، فان هناك شروط يتطلب من الزبون ان يوفرها ، ومنها ان يقدم طلبا موقعا منه شخصيا، وان يقدم المستمسكات المطلوبة والصور الشخصية، ومن ضمن المستمسكات بالنسبة للمواطن العراقي البطاقة الوطنية او ما يتم تقديمها بدلا عنها وهذه من القواعد الموضوعية يتم تطبيقها بصورة مباشرة في دولة المسحوب عليه وهي قواعد ذات تطبيق مباشر ، وبذلك يتمكن المصرف من معرفة هل ان الشخص كامل الاهلية ام لا والسن المطلوبة لفتح الحساب هو تمام

---

(1) د. محمد حسام لطفي ، الاطار القانوني للمعاملات الالكترونية ، دراسة في قواعد الاثبات المدنية والتجارية مع اشارة الى بعض قوانين البلدان العربية ، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 ، ص 26 ، د نايف عبد العال الفرا ، تنازع القوانين في الاوراق التجارية ، مركز الدراسات العربية ، ، ط1 ، 2016 ، ص 94 .

(2) د .صالح جاد المنزلاوي ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ، ط1 ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2006 ، 353 .

الثامنة عشر ، وبذلك لا يتمكن ناقص الاهلية من انشاء الأرواق التجارية بصورتيها التقليدية والالكترونية [11]0

اما الرضا في الاوراق التجارية فأن اتفاقية جنيف لعام 1930والخاصة بالأوراق التجارية لم تتبنى اي قاعدة بشأن القانون الواجب التطبيق على الرضا في الاوراق التجارية ، وهذا يعني ان الاتفاقية عندما لم تشير بصورة صريحة على القانون الواجب التطبيق على الرضا ، فأنها قد تكون تركت احكام الموضوع الى القواعد العامة ، والتي تقضي بخضوع التصرف لقانون الارادة ، وهي بذلك تكون قد اشارت ضمناً الى القواعد التقليدية في الالتزامات في اي شيء لم يرد بشأنه قاعدة خاصة .

ووفقاً للمبدأ العام في القوانين محل المقارنة ، نأخذ القانون المدني الاردني 43 لسنة 1976 وفي المادة 20 منه والمادة 19 من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 والتي تتبنى خضوع الالتزام لقانون الارادة 0

وعند الرجوع الى القانون المدني العراقي للبحث عن القانون الواجب التطبيق على الاوراق التجارية ، فلم نجد نصوص قانونية تتعلق بها ، وعند البحث في نصوص قانون التجارة العراقي النافذ فلم نجد سوى المادة (48 ثانياً) والتي نصت على ان " يرجع في تحديد اهلية الالتزام بمقتضى الحوالة الى قانون الدولة التي ينتمي اليها الملتزم بجنسيته ، فإذا احال هذا القانون الى قانون دولة اخرى كانت القواعد الموضوعية في قانون تلك الدولة الواجبة التطبيق " ، وهذه المادة تخص القانون الواجب على الاهلية ، وهنا يتم حل هذه الاشكالية بالرجوع للقواعد العامة في القانون المدني في الفقرة الاولى من المادة (25) والتي نصت على ان" يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ، هذا مالم يتفق المتعاقدان أو تبين من الظروف ان قانوناً آخر يراد تطبيقه "، وهنا لا توجد اشكالية في حالة اتفاق الاطراف على اختيار قانون معين بصورة صريحة ، هذا بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على الرضا في الاوراق التجارية التقليدية 0

اما القانون الذي يحكم الرضا في الاوراق التجارية الالكترونية ، فأنه يتبين جلياً ان التوقيع على الورقة التجارية يمثل جانب الرضا من خلال انشاء هذه الورقة ، وبما ان التوقيع الالكتروني وكما اشارت اليه نصوص القوانين محل المقارنة يشير الى هوية الشخص ، اصبح التوقيع يمثل ارادة ذلك الشخص ، ومن ذلك نص المادة (7/ 1/ا) من قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية حيث نصت على ان " عندما يشترط وجود توقيع من شخص ، يستوفي ذلك الشرط بالنسبة الى رسالة البيانات اذا: أ استخدمت طريقة لتعيين هوية ذلك الشخص والتدليل على موافقة ذلك الشخص على المعلومات الواردة في رسالة البيانات " 0

اما المشرع الفرنسي فقد تناول التوقيع الالكتروني في المادة (1316/ 4) من القانون المدني الفرنسي ، حيث نصت " يثبت التوقيع الضروري لإتمام سند قانوني شخصية من وقعه ، ويعبر عن رضا الاطراف على الالتزامات التي تنتج عن هذا السند ، وعندما يوقع موظف عام على سند ، يضفي توقيعه على هذا السند الصفة الرسمية 0 وعندما يكون التوقيع الكترونياً، يتكون من استعمال وسيلة موثوقة لإثبات الشخصية 0000، ويعبر التوقيع عن قبول الاطراف بالالتزامات المترتبة على هذا التصرف 000" 0ويدل التوقيع الالكتروني على شخص الموقع ورضاه في

(1) د . نايف عبد العال الفرا تنازع القوانين في الاوراق التجارية ، مصدر سابق ، ص 102 .

شأن تصرف معين ، ونظم القانون الفرنسي ذي الرقم 230 لسنة 2000 المتعلق بالتجارة الالكترونية مبينا ان التوقيع الالكتروني دالاً على رضا الشخص [12].

اما التشريعات العربية فقد ذهب المشرع الاردني في نص المادة (2) من قانون التوقيع الالكتروني رقم (15) لسنة 2015، وفي نص المادة (2) " التوقيع الكتروني هو البيانات التي تتخذ شكل حروف او ارقام او رموز او اشارات او غيرها ، وتكون مدرجة بشكل الكتروني او اي وسيلة أخرى مماثلة في السجل الالكتروني ، او تكون مضافة عليه او مرتبطة به بهدف تحديد هوية صاحب التوقيع وانفراده باستخدامه وتمييزه عن غيره " 0حيث يتجسد التوقيع برضا صاحبه والذي يعبر عن ارادته [13].

وذهب المشرع المصري الى نفس المعنى في قانون التوقيع الإلكتروني رقم (15) لسنة 2004 وفي نص المادة (2) منه ، واشار المشرع المصري كذلك الى التوقيع الالكتروني في المادة (1/ج) " هو ما يوضع على محرر الكتروني ويتخذ شكل حروف او ارقام او رموز او اشارات او غيرها ويكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخصية الموقع ويميزه عن غيره " 0

واشار المشرع العراقي في قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية[14] في المادة (1/ رابعاً) الى نفس المعنى ، ومن ذلك يتضح ان التوقيع الالكتروني هو العلامة التي تدل على نسبة التوقيع للموقع ، وتسمح بتحديد هويته ، وعندما نتأكد من تحديد هوية الموقع ومن خلال التوقيع على الورقة التجارية الالكترونية ، يتبين ان الشخص الموقع وافق على ما ورد في متن الورقة من بيانات ، وانصراف ارادة الشخص الموقع على الالتزام بمضمون الورقة التجارية الالكترونية ، ومن ذلك نستطيع القول ان وظيفة التوقيع الالكتروني هي تعيين صاحب التوقيع ومعرفة شخصيته ، وعند وضع الشخص بعد معرفته توقيعه على الورقة التجارية الالكترونية يكون قد عبر بإرادته ورضاه ، بمعنى انصراف ارادة الشخص بالتعامل بالورقة التجارية بطريقة الكترونية [15].

وطبقاً للقواعد العامة من القانون المدني العراقي وبقية التشريعات وفي نص المادة (25) من القانون المدني العراقي ، فأن تحديد القانون الواجب التطبيق يكون خاضعاً لقانون ارادة الاطراف واتفاقهم ، وهنا ضابط الارادة يكاد يكون فعالاً اكثر في المعاملات التجارية الالكترونية من تلك المعاملات التي تتم بصورة تقليدية ، فلابد من ان يضمن المتعاملون ما يشير الى القانون الواجب التطبيق على معاملاتهم الالكترونية ، وهنا لا توجد مشكلة عندما يتم الاختيار بصورة واضحة وصريحة ويمكن ان يتم بعدة صور ، مثل ان يتم كتابة القانون الواجب التطبيق على وجه الورقة التجارية الالكترونية ، وهنا لا توجد اي اشكالية في هذا الاجراء ، حيث يتم تطبيق القانون الذي انصرفت ارادة الاشخاص والذي يعبر عنه بركن الرضا ، شريطة ان يكون موافقاً

---

(1) د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، التوقيع الالكتروني في النظم القانونية المقارنة ، دار الفكر الجامعي ، ط1 ، 2005 ، ص 17.

(2) د سلطان عبدالله محمود الجواري ، عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق ، منشورات الحلبي ، بيروت ، ط1 ، 2010 ، ص 181 .

(1) تم نشر قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية المرقم 78 لسنة 2012 في الوقائع العراقية بالعدد 4256 في الخامس من تشرين الثاني لسنة 2012 .

(2) د صليحة حاجي ، التعاقد الرقمي ونظم الحماية الالكترونية ، مصدر سابق ، ص60 .

لقانون بلد قاضي النزاع وعدم تعارضه مع القواعد الاجرائية في بلد القانون الواجب التطبيق على الاوراق التجارية الالكترونية .

ومن الجدير بالذكر هنا فأن ما ورد اعلاه يتم تطبيقه على الارادة الظاهرة او الصريحة في الاوراق التجارية الالكترونية لمعرفة القانون الواجب التطبيق ، وهذا ما أكده المشرع العراقي في قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية وتحديداً في نص المادة (4/ثانياً)حيث نصت على ان " يكون للتوقيع الالكتروني في نطاق المعاملات التجارية ذات الحجية المقررة للتوقيع الخطي 000" 0 والتوقيع على المحرر من قبل ساحب الورقة التجارية يعني الايجاب وبالمقابل عندما يضع المستفيد توقيعه على المحرر يكون قد عبر عن ارادته بالقبول والتقاء الايجاب بالقبول يعني رضا الاطراف على التعامل بالأوراق التجارية الكترونية .

اما في حالة عدم الافصاح عن هذه الارادة فمن الممكن ان يتم اللجوء الى الارادة الضمنية ، ويتم ذلك من خلال البحث او الكشف عن هذه الارادة من خلال البيانات الموجودة على الورقة التجارية الالكترونية [16]، وهذا الضابط موجود في الاتفاقيات الدولية وكذلك التشريعات ، وهو ان يتم تطبيق قانون الدولة الاكثر صلة ، وهذا ما أكدته المادة (23) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية حيث نصت على ان " تكون للأوراق التجارية والمالية الالكترونية ذات الحجية المقررة لمثيلاتها الورقية مالم ينص القانون على خلاف ذلك " ، وهنا عندما اعطى المشرع للأوراق التجارية الالكترونية نفس الحجية التي كانت للورقة التجارية التقليدية ، لذلك يمكن البحث عن الصلة الاقوى في الاوراق التجارية الالكترونية لبيان القانون الواجب التطبيق عليه 0

الفرع الثاني

القانون الواجب التطبيق في المحل

بتزايد التعاملات عبر الشبكة العالمية ، ودخولها في شتى مجالات الحياة كان له السبب المباشر على وسائل الدفع بصورة عامة وعلى الاوراق التجارية الالكترونية بصورة خاصة، فبعد ان كان الوفاء يتم بطريقة تقليدية اضحى بعد الثورة المعلوماتية يتم بطريقة الكترونية، وتأييداً لما قاله البعض من الفقه، ان عصر الوثائق المطبوعة او المكتوبة بصورة مادية على وشك الانتهاء [17].

وان عصر المعلوماتية جاهز ليبدأ ، وان القيم المنقولة جاهزة للدخول في اغلب المجالات ، وما وسائل الدفع إلا واحدة منها، والاوراق التجارية كواحدة من وسائل الدفع هي الاخرى تأثرت بالثورة المعلوماتية ، فبعد ان كان التعامل بالأوراق التجارية المادية ، اصبحت وسيلة الدفع عبارة عن ورقة تجارية الكترونية ، وسواءً كانت كلية او جزئية ، فان التعامل بها اصبح متاح بدلاً من النقود وكذلك الاوراق التجارية التقليدية .

---

(1) رأفت رضوان ، عالم التجارة الالكترونية ، المنظمة العربية للتنمية الادارية ، القاهرة ، 1999 ، ص198 .
وسليمان احمد محمد فضل ، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الالكترونية في اطار القانون الدولي الخاص اطروحة دكتوراه ، 2010 ، ص46 .

(1) د. عزة حمد سليمان ، النظام القانوني للمصارف الالكترونية ، الشيك ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2005 ، ص 14.

ومن الجدير بالذكر ان المحل في الاوراق التجارية الالكترونية يجب ان يكون مبلغاً من النقود ، ومن غير المتصور ان يكون غير ذلك ، فمثلا اذا كان محل الحوالة التجارية القيام بعمل او كان محلها الامتناع عن القيام بعمل معين ، او كان محل الاوراق التجارية الالكترونية بتسليم بضاعة اواي شيء آخر ، فهنا لا نكون امام ورقة تجارية بالمعنى القانوني اي ان الورقة التجارية – تقليدية أو الكترونية – تفقد صفتها باعتبارها ورقة تجارية 0وتصبح سنداً عادياً .

وهذا ما بينه الملحق الاول لاتفاقية جنيف المتعلقة بالكمبيالة والسفتجة لسنة 1930 في المادة (2/1) حيث نصت " يجب ان تشتمل الورقة التجارية على أمر غير معلق على شرط بدفع مبلغ معين من النقود " ، واضافات المادة الثانية من نفس الاتفاقية في حالة خلو الورقة من احد هذه البيانات لا تعد ورقة تجارية .

وكذلك نصت المادة (3) من اتفاقية الامم المتحدة الأونسترال على الاتي " السفتجة هي السند المحرر الذي يشمل على (أ) تعهد غير معلق على شرط صادر من الساحب الى المسحوب عليه بأن يدفع للمستفيد أو لا مره مبلغًا معيناً " وبالمقابل من ذلك نصت المادة (2) من اتفاقية استخدام المراسلات الالكترونية في العقود الدولية التي اقرته الامم المتحدة في عام 2005 حيث بينت ان المحرر الالكتروني " عبارة عن بيانات في شكل الكتروني مدرجة في رسالة بيانات من معلومات 000" 0

وكذلك اشارت التشريعات العربية على ان المحل في الورقة التجارية يجب ان يكون مبلغاً معيناً من النقود ومحدد المقدار ، ومنها قانون التجارة المصري في المادة (379/ 2) ، واضافت المادة انه يجب ان يكون المبلغ معيناً من الناحيتين الكمية والنوعية ، بمعنى يجب ان يتم ذكر العملة التي تدفع عند الوفاء مثلا جنيه مصري او دولار امريكي او دينار اردني 0

وذهب المشرع العراقي في قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 الى ذات الشرط في القوانين محل المقارنة في نص المادة (40 / ثانياً) " امر غير معلق على شرط بأداء مبلغ معين من النقود " اي ان محل الورقة التجارية يجب ان يكون مبلغ معين من النقود وان يكون اداءه غير معلقاً على شرط 0

وبما ان المشرع العراقي في قانون التوقيع الالكتروني وتحديداً في المادة (22) قد اجاز انشاء الاوراق التجارية بطريقة الكترونية ، واشترط الى ذلك توفر ذات البيانات والشروط التي نص عليها قانون التجارة العراقي النافذ ، وبينت المادة (23/اولاً) من نفس القانون الى اعطاء الحجية للأوراق التجارية الالكترونية المقررة لمثيلاتها التقليدية ، وبما ان محل الورقة التجارية التقليدية هو مبلغ من المال [18]، هنا نستطيع القول ان محل الورقة التجارية الالكترونية يجب ان يكون مبلغ من المال ومعين ويمكن التعامل فيه ايضاً 0

ومن الجدير بالذكر ان الفقرة ثانياً من المادة (23) من قانون التوقيع الالكتروني النافذ والتي اكدت على سريان احكام الاوراق التجارية التقليدية التي نص عليها القانون على الاوراق التجارية الالكترونية ، وهذا يعني بإمكان تطبيق نصوص قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة

---

(1) د. فوزي محمد سامي ، د فائق محمود الشماع ، القانون التجاري ، والاوراق التجارية ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، دون سنة نشر ، ص 43.

1984 لاسيما بالأوراق التجارية التقليدية على الاوراق التجارية الالكترونية في حالة عدم وجود نص يحكم الاوراق التجارية الالكترونية[19] 0

اما فيما يخص القانون الواجب التطبيق على المحل في الاوراق التجارية الالكترونية وبصورتيها – الممغنطة بصورة كلية والممغنطة بصورة جزئية – فلم يبين المشرع ما هو القانون الواجب التطبيق ، لذلك ذهب اغلب الفقه [20] الى ان المحل في الاوراق التجارية يكون خاضعا للقانون الواجب التطبيق على العقد ، بمعنى ان القانون الواجب التطبيق سوف يكون خاضعاً لقانون الارادة ، حيث ان قانون العقد هو الذي يبين شروط المحل من حيث قابليته للتعامل والتعيين ، وهنا لابد من الاشارة ان الاتفاقيات الدولية والقوانين محل المقارنة التي تناولت تنازع القوانين في الاوراق التجارية لم تبين القانون الواجب التطبيق على المحل ، وهذا يدل ان المحل في الاوراق التجارية هو اداء مبلغ من النقود ، وهذا المبلغ لابد ان يكون مشروعاً ومعيناً ويجوز التعامل فيه 0

وعند خضوع المحل في الاوراق التجارية لقانون العقد، والذي هنا يمثل قانون ارادة الاطراف لتطبيق قانون على تعاملهم باختيارهم لان العقود التجارية تعد من العقود الاختيارية ، فأنه سوف تشكل وكما يراه البعض [21] ميداناً للمعاملات الالكترونية ، حيث ان الاوراق التجارية الالكترونية كمثيلاتها الورقية ، لابد ان يكون المحل عبارة عن مبلغ من النقود ، وبما ان التعامل بالأوراق التجارية الالكترونية لابد من حصول التوافق بين الاطراف – وبالخصوص المستفيد – فعند انشاء ورقة تجارية الكترونية سواء كانت هذه الورقة صك الكتروني او كمبيالة الإلكترونية او حوالة الكترونية ، لابد ان تتضمن دفع مبلغ معين ومحدد من النقود ويجب ان تنطبق جميع شروط المحل الاخرى في العقود من ان يكون مشروعاً وممكناً .

وهذا يستتبع تطبيق القانون الذي ارتضاه الاطراف ليكون هو الواجب التطبيق على شروط المحل من مشروعية حيث لا يجوز ان يكون المحل مخالفا للنظام العام والآداب العامة ، وهنا تخضع مشروعية المحل لقانون قاضي النزاع لأنها مسألة تتعلق بالقواعد ذات التطبيق الضروري والتي عندها يغيب التنازع من الناحية الفعلية .

---

(2) انظر نص المادة (23/ثانيا) من قانون التوقيع الالكتروني العراقي النافذ " تسري احكام الاوراق التجارية والمالية الورقية المنصوص في القانون على الاوراق التجارية والمالية الالكترونية وبما ينسجم واحكام هذا القانون"

(1) د. عز الدين عبدالله ، القانون الدولي الخاص ، ج2 في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ، الطبعة السابعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص 472. د هشام علي صادق ، تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية في التشريع المصري ، دار المعارف الاسكندرية ، 1974 ، ص671 حيث اشار البعض الى ان مشروعية المحل تعد من المسائل الامرة ولا يمكن ان تخضع لقانون العقد ، على العكس ما يراه هو، حيث يرى ان قانون الارادة يتضمن قواعد آمرة تنظم مشروعية المحل ولا يمكن استبعاده من قبل الطرفين ، ويرى آخرون " ان الوضع بالنسبة للمحل مختلف عن غيره ، لان المحل هو ركن في الالتزام ، وقد يتعدد المحل في العقد بتعدد الالتزامات ، لذلك من الافضل ان يطبق على الشروط التي يجب ان تكون موجودة في محل الالتزام قانون العقد ، باعتباره هو الذي يحكم العقد مع بقاء موقع المال محتفظاً بمجال تطبيقه ، عندما يكون محل الالتزام شيئاً مادياً " د ، عصام الدين القصبي الوجيز في القانون الدولي الخاص ، الكتاب الاول في الاختصاص القانون الدولي ، ط1، دار نصر للطباعة الحديثة ، القاهرة ، 2010 ، ص334 .

(2) استاذنا د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي ، تأثير وسائل الاتصال الحديثة في تطور قواعد القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية القاهرة ، ط1، 2019 ، ص61 .

الفرع الثالث
القانون الواجب التطبيق في السبب

يعد السبب الركن الثالث لإنشاء اي تصرف قانوني ، ومن المعروف ان اي التزام او تصرف يعتبر باطلا اذا كان السبب الذي انشأ من اجله غير مشروع أو كان بدون سبب [22] ، وان الاخير يعد ركناً اساسياً لأي تصرف ارادي ، وانشاء الاوراق التجارية ليس اعتباطا ، انما لابد ان يكون لها سبب يدفع الساحب لإنشاء هذه الورقة التجارية ، فسبب الانشاء يكون علاقة المديونية بين الساحب والمستفيد ، كأن يكون وفاء لدين في ذمة الساحب لصالح المستفيد [23] .

ويذهب البعض وهو مالا يؤيده الباحث ان السبب ليس بالضرورة ان يكون الباعث الدافع الذي اراد الساحب الوصول اليه من خلال انشاءه للورقة التجارية هو وفاء لما في ذمته لمصلحة المستفيد ، فقد يكون السبب هو ان يهب للمستفيد او قد يكون قرضاً ويكون سبب انشاء الورقة هو ضمان لهذا القرض ، وذلك لان من اخص خصائص الورقة التجارية انها يجب ان تكون قابلة للتداول ، فأسباب انشاء الحوالة في حالة كونها هبة او غير ذلك قد تعطل هذه الخاصية ، لان في الهبة وحسب القواعد العامة بإمكان الواهب والذي هنا سوف يكون منشأ الورقة التجارية ، بإمكانه الرجوع فيما وهب ، وبالتالي سوف تكون الورقة التجارية غير قابلة للتداول [24]0

وفضلاً عن ما تم بيانه فانه لابد ان يكون للورقة التجارية سبباً مشروعاً ، بمعنى غير مخالف للنظام العام والآداب ، واذا ما انشأت ورقة تجارية وكان سبب انشائها لوفاء دين جاء نتيجة لعب قمار ، فأن الورقة التجارية هنا تكون باطلة[25] .

ومن الجدير بالذكر لا يستوجب ذكر السبب في الاوراق التجارية وسواء كانت تقليدية او الكترونية ، أما اذا تم ذكره فيكون هو السبب الحقيقي ، وفي حالة عدم ذكر السبب وتبين ان للورقة التجارية سبباً آخر غير السبب الحقيقي ، فأن الورقة تبقى صحيحة ، لان الصورية في السبب لا تكون كافية لبطلان الورقة التجارية ، والسبب وراء ذلك هو للتقليل من حالات البطلان ، لان العقود ومن ضمنها الاوراق التجارية فلا نكون امام ورقة تجارية ان لم تكن قابلة للتداول بموجب الطرق القانونية التي رسمها المشرع 0

والسؤال الذي يثار هنا هو ، ما هو القانون الواجب التطبيق على السبب في الاوراق التجارية الالكترونية ؟ للإجابة على هذا السؤال وبالرجوع الى نصوص اتفاقية جنيف لسنة (1930-1931) لم تعطينا الجواب حول القانون الواجب التطبيق ، وكذلك المشرع الفرنسي في المادة (1131 – 1134) من القانون المدني بينت السبب يكون غير مشروع عندما يكون مخالفاً للنظام العام والآداب العامة ، وان اي التزام لا سبب له او غير صحيح فلا يكون له اي اثر قانوني ، اما التشريعات العربية فنجد ان المادة (19) من القانون المدني المصري اخضعت التصرف للقانون الذي يحكم العقد ، بمعنى قانون الارادة 0

---

(1) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مصادر الالتزام ، ج1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط3 ، لبنان ، بيروت ، سنة 2000، ص525.

(23) د. محمد السيد الفقي ، المعلوماتية والاوراق التجارية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2005 ، ص 19 ، د. علي البارودي ، القانون التجاري ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، سنة 1999، ص518.

(3) ينظر نص المادة (620 ، 621) من القانون المدني العراقي.

(1) أنظر نص المادة (132/ 1) من القانون المدني النافذ "يكون العقد باطلا اذا التزم المتعاقد دون سبب او لسبب ممنوع قانونا ومخالف للنظام العام او الآداب " .

اما المشرع العراقي ففي قانون التجارة والقانون المدني وقانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية ، لم يبين القانون الواجب التطبيق ، وهذا يعني ان البحث عن القانون سوف يكون ضمن القواعد العامة ، وهو هنا خضوع السبب الى قانون العقد ، وهذا ما بينته المادة (22 / اولاً) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية ، حيث نصت هذه المادة على شروط معينة في الورقة التجارية الالكترونية ، وهي ذات الاركان لأي تصرف ارادي ، وهي الرضا والمحل والسبب ، ويجب ان تخضع للقواعد العامة في القانون المدني [26]، لان الاوراق التجارية – سواء كانت تقليدية او الكترونية - تعد تصرفات ارادية ، بمعنى انه يتم الرجوع في البحث عن القانون الواجب التطبيق على الورقة التجارية بالاعتماد على قانون الارادة، مع الاخذ بنظر الاعتبار في حالة اشار القانون الواجب التطبيق الى قانون مخالف للنظام العام والآداب في دولة القاضي فأن هذا القانون سوف لا يطبق ويتم استبعاده [27]0

ومن ذلك يتضح ان القانون الواجب التطبيق في الرضا والمحل والسبب يخضع لقانون بلد نشوء الورقة التقليدية ، ولكن نشوء الورقة التجارية في الفضاء الالكتروني يصعب معه تركيزها مكانيا فهنا يعتمد على قانون بلد الساحب بوصفه قانون بلد النشوء فصحة الورقة وخلوها من التواقيع وطريقة التعبير عنها صراحة او ضمنا وما يتعلق بالرضا من نواحي اخرى ، وكذلك شرعية ووجود السبب والمحل تخضع كأصل لقانون بلد الساحب ، ولكن نفاذ الورقة الالكترونية والاحتجاج بها من جهة اخرى يتقيد بعدم مخالفتها للنظام العام والآداب التي تكون خاضعة الى القواعد ذات التطبيق الضروري ، اي يطبق قاعدة بلد التنفيذ وقد يكون هو قانون القاضي.

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للأوراق التجارية الالكترونية

تعد الشكلية من المرتكزات التي يستند عليها قانون الصرف ، والشكلية في الاوراق التجارية تتمثل بالكتابة [28] ، والتي يجب ان تكون ثابتة ، والسبب هو لمعرفة جدية هذا التصرف والتريث في انشاء الورقة التجارية ، ومراجعة الشخص لنفسه للتأكد من التصرف الذي سوف يقدم عليه ، فضلاً عن ذلك فإن الشكلية تحمي المجتمع من الخطأ والتدليس ، وتعطي للتصرف قوة ثبات ضد اي اعتراض، كذلك تساعد الاشخاص في التعرف على الورقة التجارية من مظهرها الخارجي مما يؤدي الى سهولة تداولها 0

وتعد الكتابة ركنا اساسيا في الاوراق التجارية لغرض انشائها ، حيث كما هو معروف لا يمكن ان تنشأ الورقة التجارية بطريقة شفهية لصعوبة اثباتها، ويعتبر كما قال البعض ادعاء بتصرف معدوم ولا يترتب عليه اي حق [29] .

---

(2) د. عباس العبودي ، شرح احكام قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم 78 لسنة 2012 ، مكتبة السبسبان ، بغداد ، دون سنة نشر ، ص157 .

(1) د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية في التشريع المصري ، دار المعارف ، الإسكندرية ، 1974، ص673 .

(2) د .صليحة حاجي ، التعاقد الرقمي ونظم الحماية الالكترونية ، مصدر سابق ، ص84 .

(1) د فوزي محمد سامي ، د فائق محمود الشماع ، الاوراق التجارية ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، الطبعة الجديدة ، سنة 2011 ، ص53 .

وانشاء الورقة التجارية لا يمكن تصوره إلا عن طريق المحرر، والتوقيع على هذا المحرر وعلى الرغم من اختلاف التشريعات في صور التوقيع إلا ان هدفها واحد ، وهذا هو المفهوم الواسع للتوقيع الالكتروني والتي تعني موافقة الموقع على ما ورد من بينات على المحرر الالكتروني [30].

والذي يتضمن بدوره البيانات اللازمة لإنشاء الاوراق التجارية ، وهذه البيانات قد فرضتها القوانين ، وكان المشرع العراقي من بين التشريعات التي نصت على وجوب توافر بيانات معينة ، وذلك من اجل ان تقوم الورقة التجارية بوظيفتها، من اعتبارها اداة وفاء وائتمان ونقل ، وعلى ذلك نص المشرع العراقي في قانون التجارة النافذ في المادة (39 ، 40) بوجوب توفر مجموعة من البيانات في المحرر لكي تعد ورقة تجارية ، "فمثلا لفظ كلمة حوالة مكتوباً على متن الورقة 000" ، وكذلك توقيع الساحب 0

ومن الجدير بالذكر ان غالبية التشريعات تكاد تكون متفقة على انه لا يمكن تصور انشاء الاوراق التجارية إلا اذا كانت على محرر، وهذا المحرر لابد أن يشتمل على مجموعة من البيانات ومكتوبة بشكل خاص ، وهذه البيانات يتم تحديدها من قبل المشرع في كل دولة ، وهي ان تكون الاوراق التجارية قابلة للتداول عن طريق التظهير ، وان محل الالتزام بالورقة يجب ان يكون دائما مبلغا محدداً من النقود 0وقد تختلف هذه البيانات من دولة الى اخرى وذلك حسب رؤية كل دولة للدور القانوني والاقتصادي الذي تقوم به الورقة التجارية 0

والتساؤلات التي يمكن ان نثيرها هنا ، هل ان البيانات الواجب توافرها على الاوراق التجارية التقليدية يجب ان تكون متوفرة في الاوراق الالكترونية ؟ وهل ان الشكلية المطلوبة في الاوراق التجارية الالكترونية هي نفس الشكلية المطلوبة في التقليدية ؟ وهل يجوز استخدام اي وسيلة لأنشاء الاوراق التجارية ؟ ام ان هنالك شكلاً محدداً للورقة التجارية ، وهل ان القانون الواجب التطبيق على الشكلية في الاوراق التقليدية ، هو نفس القانون اذا ما تم انشاء الورقة بصورة الكترونية ؟ واذا لم نجد ما يرشدنا الى القانون الواجب التطبيق على الاوراق التجارية الالكترونية هل يمكن البحث عن القانون الواجب التطبيق في كنف القواعد العامة ؟0

هذه الاسئلة وغيرها سوف يتم الاجابة عليها من خلال تقسيم هذا المطلب الى فرعين ، سنخصص الاول لبيان القانون الواجب التطبيق على البيانات الالزامية ، ليكون الفرع الثاني لبيان القانون الواجب التطبيق على البيانات الاختيارية وكالتالي .

الفرع الاول
القانون الواجب التطبيق على البيانات الالزامية

بينت المادة (3) من اتفاقية جنيف لعام 1930 المتعلقة بتنازع القوانين في الكمبيالة والسفتجة ، وكذلك المادة (4) من اتفاقية جنيف لعام 1931المتعلقة بالشيك، والخاصتان بالأوراق التجارية القانون الواجب التطبيق على الشكلية [31]، فجاءت بمبدأ عام ، وهو خضوع هذه

---

(2) استاذنا د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي ، تأثير وسائل الاتصال الحديثة في تطور قواعد القانون الدولي الخاص ،الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2019 ، ص171 .

(1) انظر نص المادة (3) من الاتفاقية الخاصة بتنازع القوانين في الملحق الاول لاتفاقية جنيف لعام 1930 اذ نصت على ان " يخضع شكل التعهدات الواردة في كمبيالة او سند للأمر لقانون الدولة التي حررت هذه التعهدات في اقليمها ، ومع ذلك اذا كانت التعهدات الواردة في كمبيالة أو سند للأمر غير صحيحة طبقا للفقرة

التعهدات في الاوراق التجارية الى قانون الدولة التي تم فيها تحرير هذا الورقة ، وهذا المبدأ معمول به في اغلب التشريعات ، حيث تقضي التشريعات بوجوب خضوع شكل التصرف الى قانون محل الابرام[32]0 وهذا المبدأ يسري على شكل التصرفات الاخرى التي ترد على الورقة التجارية بصورة عامة ، من تظهير الورقة وقبولها ، وبذلك يتمكن الملتزم بالورقة التجارية من ان يتعرف على الورقة التجارية بصورة لا لبس فيها ، وهذا يعني اخضاع الشكل في الورقة التجارية الى قانون محل الابرام ، اي محل اجراء التصرف ؟، وهذا من المؤكد انه سوف يؤدي الى السهولة والسرعة في تداول الاوراق التجارية ، وعندما نسحب هذه القاعدة على الاوراق التجارية الالكترونية ، فأن هذه القاعدة يرفضها الواقع العملي ، وذلك لان ابرام الورقة التجارية يتم في فضاء الكتروني ، غير تابع لإقليم دولة معينة وبالتالي لا يمكننا القول بخضوع شكل التصرف الى محل الابرام ، وذلك لغياب المعنى الحقيقي للمكان .

ومن الجدير بالذكر ان الشكلية في الاوراق التجارية تعني ، مدى وجوب ذكر البيانات الالزامية في الاوراق الالكترونية ، وذكر هذه البيانات تتم في الكتابة ، وبذلك تكون الشكلية في الاوراق الالكترونية تسمى الشكلية الالكترونية ، وهذه الشكلية تثبت على المحرر الالكتروني بالكتابة والتوقيع الالكتروني ، وانشاء الاوراق التجارية الالكترونية توصف بأنها تصرفات قانونية شكلية ، لذلك فأن الكتابة المطلوبة تكون للإنشاء وليس للأثبات ، وهنا انشاء الورقة التجارية يتمثل بالكتابة على المحرر الالكتروني [33].

وتبقى القيمة القانونية للمحرر ولا تتأثر اذا ما تمت كتابتها على دعامة الكترونية ، فالدعامة قابلة للتغيير والتطور بتغير الزمن وتطوره ، فبعدما كانت تتم الكتابة على الحجر والخشب وبعد تقدم الزمن صارت الكتابة على الجلد ومن ثم القماش الى ان وصل الى الورق ، وها هو اليوم انتهى الى الكتابة على الدعامات الالكترونية 0وتتمثل الكتابة الالكترونية بالحروف والارقام او الرموز او اي علامة تمكن الشخص من تثبيتها على الدعامة الالكترونية ومن ثم قراءتها 0

واختلفت التشريعات محل المقارنة بمفهوم الكتابة وبدأ بالتراجع المفهوم الذي كان سائداً ان الكتابة لا تتم إلا على الورق ، وبدأ المفهوم الواسع للكتابة ليشمل جميع انواع الكتابة سواء كانت ورقية او الكترونية ، وعلى ذلك التطور الحاصل في المفهوم القانوني بينت اتفاقية الامم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية ، وفي نص المادة (9) حيث بينت هذه الاتفاقية انه لا يتطلب انشاء الخطاب أو اثباته اي شكل معين ، وبينت انه اذا اشترط القانون أن يكون الخطاب كتابياً ، يعتبر ذلك الشرط مستوفياً اذا تم بصيغة الكترونية واذا تم الرجوع للبيانات والمعلومات الواردة فيه بصورة يسيرة 0

اما قانون الاونسيترال النموذجي بخصوص التجارة الالكترونية لعام 1996، وتحديداً في المادة (6) والتي نصت " عندما يشترط القانون ان تكون المعلومات مكتوبة ، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط اذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها

السابقة ، ولكنها جاءت مطابقة لتشريع الدولة التي حرر فيها تعهد لاحق ، فأن العيب الشكلي الذي لحق التعهدات الاولى لا يؤثر في صحة التعهد اللاحق، ولكل دولة من الدول المتعاقدة الحق في ان تنص على ان التعهدات الواردة في كمبيالة أو سند لأمر والصادرة في خارج اقليمها عن احد رعاياها تكون صحيحة في اقليمها بالنظر الى رعاياه الاخرين بشرط ان تكون هذه التعهدات مطابقة للشكل المنصوص عليه في القانون الوطني ".

(2) انظر المادة (26) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

(1) د. حمودي محمد ناصر ، العقد الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنيت، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة الاولى ، الاردن عمان ، 2012 ص247 .

بالرجوع اليه لاحقا" ، واكدت ذلك ايضاً اتفاقية الامم المتحدة المتعلقة بالخطابات الالكترونية لعام 2005 في المادة (9 /3 /أ) والتي بينت في حالة وجود شرط على ان الخطاب الالكتروني لابد ان يحمل توقيعاً ، يستوفي هذا الخطاب شكله اذا تم التعرف على صاحب التوقيع [34] .

من ذلك يتضح بعدم وجود لأي ارتباط لغوي او قانوني بين ما يسمى بالمحرر وبين شرط ان يكون مكتوباً على الورق ، فالمقصود بالكتابة هو كيفية الاطلاع عليها ومعرفة وظيفتها والغرض منها ، وليس على اساس الوسيط او المحرر المستخدم ، والفائدة من ذلك كله هو بالإمكان استخدام المحررات الالكترونية ولا يمكن رفضها لأنها كتبت على دعامة الكترونية 0

وقد تبنى المشرع الفرنسي في القانون المدني[35]وفي نص لمادة (1316) على الاعتراف بأي دعامة أو وسيلة بالإمكان تداولها شريطة ان تكون واضحة ، وتم الاعتراف بالدليل الكتابي والمكتوب على اي دعامة ، وجاء في الفقرة الثانية من المادة (1316) المعدلة بموجب القانون المرقم (230 لعام 2000) والتي ساوت بين الكتابة التي يتم حفظها بصيغة الكترونية وبين تلك التي يتم التعامل بها وحفظها بصورة مادية في الاثبات ، وبذلك تكون هذه المادة وحسب رأي البعض قد شملت جميع صور الكتابة وبأي اسلوب سواءً كانت ورقية أو الكترونية [36].

ونصت المادة(1/1322) من القانون المدني الفرنسي قوة الاثبات واعطت الحجية للمحرر الالكتروني نفس المرتبة التي يتمتع بها المحرر العرفي حيث نصت " تتمتع المحررات الالكترونية بذات الحجية في الاثبات التي تقرر للمحررات العرفية في الاثبات في خصوص ما يرد بشأنها من حقوق والتزامات طالما تم التوقيع عليها " ، وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد دعم التجارة الالكترونية من خلال الاعتراف بالسندات الالكترونية ، وفي ذلك قضت المحكمة الفرنسية حيث سمحت باستبدال الكتابة على الدعامة الالكترونية بدلاً من الورقية ، وساوى بين الاوراق التجارية التقليدية والاوراق التجارية الالكترونية [37]، وهذا ينسحب على المساواة واعطاء نفس القوة بين التوقيع التقليدي والتوقيع الالكتروني في الاثر القانوني[38] .

والسؤال الذي يثار هنا هو، هل ان البيانات الواجب توافرها في الاوراق التجارية المادية نفسها في حالة انشاء اوراق الكترونية ؟ وما هو القانون الذي يجب تطبيقه على الاوراق التي تم انشائها بطريقة الكترونية ؟ وبما ان الشكلية في الاوراق التجارية فضلاً عن الكتابة فأن هنالك

---

(1) انظر نص المادة (3/9 /أ) من اتفاقية الامم المتحدة المتعلقة بالخطابات الالكترونية لعام 2005 حيث نصت على ان " حيثما يشترط القانون ان يكون الخطاب او العقد موقعاً من قبل طرف ما ، او ينص على عواقب لعدم وجود توقيع ، يستوفي ذلك الاشتراط فيما يخص الخطاب الالكتروني إذا (أ) استخدمت طريقة لتعيين هوية الطرف المعني وتبين نية ذلك الطرف فيما يخص المعلومات الواردة في الخطاب الالكتروني " .

(2) من القانون المدني الفرنسي حيث نصت المادة (1316 / 1) على ما يأتي " يقبل المخطوط بالشكل الالكتروني في الاثبات كالمخطوط على ركيزة ورقية ، شرط ان يكون بالإمكان التحقق من هوية الشخص الصادر عنه وفقاً للأصول " وكذلك نصت الفقرة الثانية من نفس المادة حول الاثبات بالكتابة الإلكترونية "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 ".

(3) د. سلطان عبدالله محمود الجواري ، عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، الطبعة الاولى ، سنة 2010 ، ص177 .

(1) انظر حكم محكمة النقض الفرنسية في عام 1999 "cass. Civ . , 21 janv. 1999" مشار اليه لدى د. صفاء فتوح جمعة ، منازعات التجارة الالكترونية ، مكتبة الوفاء القانونية ، ط1 ،الاسكندرية ، 2016 ، ص434.

(2) د. قدري عبد الفتاح الزهاوي ، قانون التوقيع الالكتروني ولائحته التنفيذية والتجارة الالكترونية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 2005 ، ص 25 .

بيانات لابد من توافرها لكي يكتسب المحرر صفة الورقة التجارية بصورة عامة ، وبالأوراق التجارية الالكترونية بصورة خاصة، لذلك لابد من بيان تلك البيانات والقانون الواجب التطبيق عليها وهذا ما سيتم توضيحه من خلال الفقرات التالية .

اولاً - البيانات الالزامية الواجب توافرها في الورقة التجارية الالكترونية :

هنالك عدة بيانات الزامية اوجبتها اغلب التشريعات الغربية والعربية والمحلية فقد نصت المادة (19/ أ) من قانون التوقيع الالكتروني الاردني رقم 85 لسنة 2001 " يكون السند الالكتروني قابلاً للتحويل اذا انطبقت عليه شروط السند القابل للتداول وفقاً لأحكام قانون التجارة باستثناء شرط الكتابة، شريطة ان يكون الساحب قد وافق على قابلية التداول " ، وكذلك المشرع المصري في قانون التوقيع الالكتروني رقم 15 لسنة 2004 وفي المواد (17، 18) حيث بين المشرع على سريان هذا القانون على المحررات الالكترونية والتي تحمل التوقيع الالكتروني واعطى نفس الحجية التي تتمتع فيها المحررات التقليدية شريطة ارتباط التوقيع بالموقع [39] .

وقد اشار المشرع العراقي الى هذه البيانات في نص المادة (22/ اولا / أ ، ب) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية والتي نصت " يجوز انشاء الاوراق التجارية والمالية بطريقة الكترونية " لكن بشروط وهي 1- ان تتوفر في الورقة التجارية الالكترونية ذات الشروط الواجب توفرها في الاوراق التجارية التقليدية 2- ان يكون نظام معالجة المعلومات قادرا على اثبات الحق فيها والتحقق من ان التوقيع الالكتروني يعود للأطراف المعنية "، وهذه البيانات بينتها المادة (40) من قانون التجارة العراقي النافذ [40] .

وهذه الشروط الشكلية يجب ان تستوفيها الورقة التجارية بشكل عام وفي حالة خلو الورقة من هذه البيانات فأنها تكون باطلة - سواء كانت ورقية أو الكترونية – وهذا ما بينته تشريعات الدول محل المقارنة ، وهذا ما أشار اليه قانون التوقيع الالكتروني الاردني رقم (85 لسنة 2001) في المادة (10)[41] ولابد من اضافة بعض البيانات التي تتطلبها طبيعة التعامل الالكتروني للأوراق التجارية المحررة بطريقة الكترونية، وهي :

1- ذكر اسم البنك.
2- رقم الحساب المصرفي .
3- اسم الفرع .

من ذلك يتضح ان البيانات الالزامية الموجودة في الاوراق التجارية التقليدية يجب ان تكون متوفرة في الالكترونية، فضلاً عن بيانات اخرى تفرضها الطبيعة الالكترونية لهذه الاوراق، ويستثنى منها بيان مكان الانشاء، لان انشاء الاوراق التجارية بطريقة الكترونية يتم في الفضاء الالكتروني عبر شبكة الانترنت، ولان هذه الشبكة الغت ما يسمى بالحدود الجغرافية ، وبالتالي توجب البحث عن قانون يحكم تلك العلاقة، وهذا ما سوف نبينه في الفقرة الآتية 0

---

(1) انظر نص المواد 17 ،18 من قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 .

(2) والشروط التي نصت عليها المادة 40 من قانون التجارة العراقي النافذ هي " 1- لفظ حوالة تجارية او سفتجة مكتوب على متن الورقة وباللغة التي كتبت بها 2- امر غير معلق على شرط بأداء مبلغ معين من النقود 3- اسم من يؤمر بالأداء 4- ميعاد الاستحقاق 5- مكان الاداء 6- اسم من يجب الاداء اليه او لإمره 7- تاريخ انشاء الحوالة ومكان انشائها 8- اسم وتوقيع من انشأ الحوالة .

(3) انظر نص المادة العاشرة من قانون التوقيع الالكتروني الاردني رقم 85 لسنة 2001 " اذا استوجب تشريع نافذ توقيعا على المستند او نص على ترتيب اثر على خلوه من التوقيع فأن التوقيع الالكتروني على السجل الكتروني يفي بمتطلبات ذلك التشريع " .

ثانياً - القانون الواجب التطبيق على البيانات الالزامية في الورقة التجارية الالكترونية :

بعد ان فرضت الاوراق التجارية الالكترونية في التعاملات التجارية ، وهذا الفرض يأتي من اتفاق الاطراف على ان يتم التعامل بها ، وهنا يكون الاتفاق صريحاً ، فيتم وضع بند في اتفاقهم على ان يتم الدفع والتسديد بواسطة الاوراق التجارية الالكترونية سواء كانت حوالة او كمبيالة او صك الكتروني 0

ومن الجدير بالذكر ان المشرع العراقي في قانون التوقيع الالكتروني [42] ، وتحديداً في نص المادة (22)، نص على جواز انشاء الاوراق التجارية بطريقة الكترونية ، وفي المادة (1/23) اعطى المشرع للورقة التجارية الالكترونية نفس القوة في الاثبات لتلك المعطاة للورقة المحررة بصورة مادية ، واشار في الفقرة الثانية من نفس المادة على سريان احكام الاوراق التجارية الورقية على الاوراق الالكترونية ، وهذا يعني امكانية تطبيق احكام القانون التجاري على الاوراق التجارية الالكترونية، ومعرفة القانون الواجب التطبيق بين الفرقاء هو الرجوع للقانون التجاري وتطبيقه على الاوراق الإلكترونية كلما دعت الحاجة الى ذلك ، وبالبحث في ثنايا قانون التجارة العراقي نجد ان المادة (48) من قانون التجارة العراقي النافذ جاءت بمبدأ عام وهو، ان الورقة التجارية تكون خاضعة من حيث الشكل لقانون الدولة التي انشأت فيها ، وكذلك قانون التجارة المصري في المادة (387) جاء مطابقاً لنفس المبدأ بخضوع الورقة التجارية الى قانون الدولة التي نظمت فيها .

من كل ما تقدم يتبين ان الورقة التجارية الالكترونية تعد ورقة تجارية متطورة من الورقة التقليدية من حيث البيانات ، لان المشرع استوجب توفر البيانات الالزامية فضلاً عن بيانات اخرى كي تكتسب الورقة خصائص الاوراق التجارية، لذلك يمكننا القول ان بالإمكان تطبيق احكام القانون التجاري على الاوراق الالكترونية طالما ان المشرع اجاز استعمالها ودعت الضرورة الى التعامل بها لتحقيق السهولة وكسب الوقت حيث ان السرعة في الانجاز من اهم خصائصها .

وهنالك من يرى[43] ، ان الاوراق التجارية الالكترونية لا يتم العمل بها من قبل الافراد ، وانما تكون محصورة فقط فيما بين المصارف ، وهنا نقول في ضوء التشريعات الجديدة من اغلب الدول لقانون المعاملات الإلكترونية ، وتشريع البعض الاخر قانون للتوقيع الالكتروني صار بإمكان الافراد ادخال الأوراق التجارية الالكترونية في تعاملاتهم كوسيلة للوفاء بدلا من النقود ، ولكن هنالك صعوبات ترافق عملية البحث عن القانون الواجب التطبيق وذلك لانعدامها المادي ووجودها بصورة افتراضية، فيتطلب هنا لبحث عن القانون الذي يحكم العلاقة التي تنشأ لأطراف الورقة التجارية الالكترونية من ساحب ومستفيد ومسحوب عليه ومظهر .

وهنا نجد ان البيانات الواجب توفرها في الورقة التجارية الالكترونية ، لابد من استيفائها بشكل قانوني ، لان هذه البيانات هي التي تعطي الصفة الشرعية للورقة، بحيث تمكن الاخرين بمجرد الاطلاع على بياناتها ، يتم التعرف عليها والتعامل معها على انها ورقة تجارية الكترونية

---

(1) تقابلها المادة (15) من قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 ، المادة (10) من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية لدولة الامارات العربية رقم (1) لسنة 2006 ، والمادة (5) من قانون المعاملات الالكترونية رقم (28) لسنة 2002 لمملكة البحرين .

(1) د. محمد بهجت عبدالله قايد ، الاوراق التجارية ، دار النهضة العربية ، الطبعة الاولى ، القاهرة ، 2001، ص26 .

، اما القانون الواجب التطبيق عليها وبعد تشريع اغلب الدول قانون للمعاملات الالكترونية او التوقيع الالكتروني ، وان اختلفت التسميات لكنها اجازت التعامل بها وحلت الاوراق التجارية الالكترونية محل النقود بالوفاء ، وبالمقابل اجاز المشرع العراقي انشائها بصفة الكترونية ويكون بحسب اتفاق الاطراف من لحظة انشاء الورقة عبر الانترنت من قبل الساحب وموافقة المستفيد ، وهنا لإتمام العملية لابد ان يكون للساحب والمستفيد حساب في المصرف ، حيث لابد ان يكون التعامل من خلال المصرف ، وسواء كانت حساب الاشخاص المتعاملين بالورقة في نفس المصرف ام في مصارف متفرقة ، وهذا الحال ينطبق على الاوراق التجارية الالكترونية بصورة كلية او جزئية ، بمعنى بإمكان اتفاق الاطراف على ان القانون الواجب التطبيق سوف يكون قانون محل الابرام ، وهنا وحسب ما يراه الباحث سوف يكون قانون محل التنفيذ في نهاية الامر وهو محل وجود رصيد الساحب لدى المصرف 0

وبما ان الساحب يقوم ابتداءً بأنشاء الورقة التجارية بطريقة الكترونية وضمن الفضاء الالكتروني ، لكن بالإمكان القول ان الساحب والمسحوب عليه والمستفيد موجودين في نفس الفضاء لذلك عندما ينشأ الساحب ورقة تجارية بطريقة الكترونية فأن القانون الواجب التطبيق على البيانات سوف يكون قانون محل انشاء الورقة، مع مراعاة الاستثناءات التي ترد على الورقة ، وهنا سوف يكون القانون الواجب التطبيق، هو قانون محل وجود رصيد الساحب لدى المسحوب عليه ، اي قانون بلد التنفيذ .

ومن الجدير بالذكر ان البيانات التي جاء بها المشرع العراقي تحت مسمى البيانات الالزامية ، التي تعطي للورقة التجارية وصفها القانوني ، واي نقص في هذه البيانات فأن الورقة التجارية سوف تكون ناقصة ، وعلى الرغم من ذلك في حالة تخلف بعض البيانات التي اشارت اليها المادة (40) تجارة عراقي، تبقى الورقة محتفظة بصفتها التجارية وهي تاريخ الاستحقاق ومكان الانشاء ومكان الاداء [44]، وهنا سوف يكون القانون الواجب التطبيق على الشكل هو الذي يحدد هل ان الورقة صحيحة ام لا ، وكذلك فأن القانون الواجب التطبيق هو الذي يحدد هل ان الورقة تعد سنداً عادياً ام ان النقص يؤدي الى بطلان الورقة التجارية الالكترونية .

ويمكننا القول ان المحل الذي تشترك فيه الورقة التجارية الالكترونية مع الورقة التجارية التقليدية، يكون القانون الواجب التطبيق واحد فيهما ، وفي حالة اختصت الورقة التجارية الالكترونية بنقص بعض الاوصاف ، وشابها نقص بتلك البيانات مثل تحديد مكان الانشاء او وقت الارسال فهنا تفترق عن الورقة التقليدية .

الفرع الثاني
القانون الواجب التطبيق على البيانات الاختيارية

يتطلب انشاء الاوراق التجارية بصورة عامة - التقليدية والالكترونية – مجموعة من البيانات وهذه البيانات هي التي تعطي للورقة التجارية هويتها ، ونصت القوانين على ذلك بضرورة

(1) وهذا ما نصت عليه المادة (41) من قانون التجارة العراقي في مطلعها حيث بينت في حالة خلو الورقة التجارية من احد البيانات الالزامية فأنها تعد ناقصة ولا تعد ورقة تجارية .

وجود هذه البيانات ، وسميت بالبيانات الالزامية ، والتي اوردها المشرع على سبيل الحصر ، وبوجود هذه البيانات ينشأ الالتزام بما موجود بالمستند 0

وبمقابل ذلك ايضا اجاز المشرع انشاء بيانات اختيارية في الاوراق التجارية يتفق عليها الاطراف ، ويمكن ان توصف بأنها شروط اضافية تثبت على الورقة التجارية تتلاءم مع طبيعة الورقة التجارية ، وان تكون هذه الشروط او البيانات غير مخالفة للنظام العام والآداب [45] ، وعند ترك اي بيان من البيانات الالزامية التي اوجب القانون ذكرها فإنها لا تكون ورقة تجارية، وانما تتحول الى سند عادي او تكون باطلة حسب البيان الذي تخلف ، اما البيانات الاختيارية فلها عدة صور وهي تعد وصف اضافي اتفاقي بين منشأ الورقة والمستفيد ، ولا يتسبب عدم ذكرها اي اثر قانوني ، وعندما يتم ذكرها يجب ان يتم مراعاة تلك الشروط ، ومن صور البيانات الاختيارية منها ما هو متعلق بمكان السحب ، ومنها ما يتعلق بنسبة الفائدة على مبلغ الكمبيالة ، وكذلك البيان المتعلق على مكان الوفاء ، وبيان اخطار او عدم اخطار المسحوب عليه ، وكذلك بيان عدم القبول ، ولم يحدد المشرع البيانات الاختيارية بعدد معين وجعلها على سبيل المثال، وللأطراف ان يأتوا بما شاءوا من البيانات شريطة عدم مخالفتها للنظام العام والآداب كلاً حسب دولته[46].

اما القانون الواجب التطبيق على البينات الاختيارية في الاوراق التجارية ، فأن المبدأ العام يعد هذه البيانات تصرفات واردة على الورقة التجارية ، وبذلك تكون خاضعة لقانون الدولة التي تم تحرير الورقة فيها ، وهذا ما بينته اتفاقية جنيف لعام 1930 ، واعتبرت ان هذه البيانات تعد من ضمن التصرفات التابعة لشكل الورقة ، والشكل هنا يكون خاضعاً لقانون الدولة التي تم فيها وهذا هو المبدأ العام وهنا يكون الدور لقانون الارادة [47] .

اما القانون الواجب التطبيق على المعاملات الإلكترونية ، وتحديداً على الاوراق التجارية الالكترونية ، فأن البيانات الاختيارية محل الدراسة يتم الاتفاق عليها بين اطراف العلاقة ، الساحب والمستفيد لان هذه البيانات جاءت نتيجة لانصراف ارادتهم الصريحة لدرج هذه البيانات في الورقة التجارية الالكترونية ، اي ان القانون الواجب التطبيق سوف يكون ما انصرفت الارادة الصريحة للأطراف للتعبير عن رغبتهم بإضافة بيان يتفق مع مصلحتهم، وهنا في حالة ادراج اي بيان وعلى سبيل الفرض ، ادراج بيان مقدار الفائدة ووجود بيان صريح حول تطبيق قانون معين فيصار الى تطبيقه ، اما اذا لم يتم ذكر القانون الواجب التطبيق فهنا يتم تطبيق الارادة الضمنية او المفترضة من قبل اطراف العلاقة[48] 0

---

(1) د . فوزي محمد سامي د فائق محمود الشماع ، الاوراق التجارية ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، 2011، ص 100.

(2) د . محمود سمير الشرقاوي ، تنقيح د. وائل انور بندق ، الاوراق التجارية في قانون التجارة الجديد ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2014 ، ص132.

(3) د . عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين في الاوراق التجارية ، مصدر سابق 37 .

(1) د. محمود محمد ابو فروة ، الخدمات البنكية الالكترونية عبر الانترنت ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة الاولى ، عمان ، الاردن ،2009 ، ص97.

وبالمقابل من ذلك ذهب البعض[49] الى ان شبكة الانترنت تثير العديد من المشاكل في شأن القانون الواجب التطبيق ، وان القانون الواجب التطبيق في المعاملات المادية لا يمكن ان يطبق على المعاملات الالكترونية ، لأن شبكة الانترنت جاءت بمجتمع افتراضي يغيب فيه الوجود المادي للأشخاص ، وهذا المجتمع الافتراضي – وكما سموه – له ادواته واشخاصه ولا تحده حدود سياسية حيث اختزلت العالم المادي بجهاز حاسوب صغير 0

وهنا نقول بعد تشريع معظم الدول لقانون المعاملات الالكترونية والتوقيع الالكتروني بات لزاماً من تطبيق القوانين التي تشير اليها بشأن القانون الواجب التطبيق ، فالمشرع المصري في قانون التجارة وتحديدا في المادة (1/ 371) 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 تم الاتفاق عليها مسبقاً 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 (26) من القانون المدني العراقي في حالة انتفاء الموطن المشترك للأطراف .

ومن الجدير بالذكر ان القانون جاء بالبيانات الاختيارية على سبيل الفرض وليس الحصر ، وان لهذه البيانات اهمية كبيرة في الاوراق التجارية الالكترونية ، وفي حالات معينة يفرض البنك بيانات تتعلق بالأوراق التجارية الالكترونية ، من شأنها ان تؤدي بالنتيجة الى سهولة المعالجة الالكترونية وتبسيط عملية الوفاء [50] ،

وهنا نجد ان التعامل بالوسائل الالكترونية وبالخصوص الاوراق التجارية وتداولها بطريقة الكترونية موضوع حديث النشأة ، وجاء بناءً الى الحاجة للسرعة في عملية الوفاء الالكتروني ، حيث تعد الاوراق التجارية احدى الوسائل المعتمدة في عملية الوفاء، لذلك لابد من افساح المجال للأشخاص المتعاملين بالأوراق التجارية الالكترونية ان يضيفوا ما يشاؤون من البيانات التي تعزز الثقة بين المتعاملين، وتبعث الطمأنينة لديهم للتعامل والوفاء الالكتروني بالورقة التجارية 0[51]

فبإمكان الاطراف على ان يختاروا قانونا معينا يحكم العلاقة بينهم في حالة النزاع وتثبيت ذلك على اصل الورقة التجارية، وبالتالي سوف يكون هو القانون الواجب التطبيق ، فالأصل هو اتفاق الاطراف عند التفاوض وتحرير الورقة التجارية على طريقة التعامل بالأوراق فيما اذا كانت الكترونية او تقليدية وكذلك القانون الواجب التطبيق، وكذلك يجوز للأطراف على اختيار قانون غير القانون الذي تم الاتفاق عليه اولاً، وهذا ما يسمى بشرط الاختصاص التشريعي ، اما اذا اغفل الاطراف اختيار قانون معين او رأوا انه غير مهم بلحظة الانشاء ، فبإمكان القضاء ان

---

(2) د . احمد الهواري ، عقود التجارة الالكترونية في القانون الدولي الخاص ، بحث تم تقديمه الى كلية الشريعة والقانون ، جامعة الامارات العربية المتحدة ، 2003 ، ص61 ، مشار اليه لدى د. صفاء فتوح جمعة ، منازعات التجارة الالكترونية ، مصدر سابق ، ص75 .

(1) د. هاني د ويدار ، الوفاء بالأوراق التجارية المعالجة الكترونياً ، مصدر سابق ، ص38 .

(2) د. احمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص النوعي الالكتروني ، ط1 ، دار النهضة العربية ، 2000 ، ص 34 .

يتوصل الى القانون الواجب التطبيق من خلال مكان الابرام او مكان التنفيذ لصعوبة الاعتماد على الوسائل الاخرى المتمثلة بلغة العقد او العملة المستخدمة [52].

وهنا يرى البعض ونؤيده ، على ان حداثة الوسائل الإلكترونية يتطلب اعطاء الاطراف حرية تعديل القانون الواجب التطبيق، بعد أن تم انشاء الورقة التجارية وادراج البينات الالزامية واكتساب الورقة الشكل القانوني بمجرد الاطلاع عليها ، واضافة الاطراف بياناتهم الاختيارية ، واتفاق الاطراف على القانون الواجب التطبيق ، واطلاق الورقة للتداول تكون الورقة التجارية قد استقرت بالتعامل ، وعند الاختلاف وعدم التوصل الى حل او ان الاطراف لم يجدو حلا بالقانون المختار من قبلهم ، هنا ومن اجل فض النزاع و تحقيق العدالة لابد من اعطاء حرية للأطراف لاختيار قانون اخر ليحكم المسألة موضوعة النزاع [53]

المبحث الثاني

صعوبات تطبيق القواعد الموضوعية على الاوراق التجارية الالكترونية

ضمت الشبكة العالمية للأنترنت قرابة مئتي دولة وجعلتهم في حالة اتصال مستمر، وذلك من خلال تبادل المعلومات والبيانات والتي يتم تحميلها على الشبكة خلال ثواني معدودة ، وسمحت للمستخدمين من الدخول الى هذه الشبكة – الانترنت – وهذا جعل الملايين من المستهلكين والتجار الدخول الى الشبكة ومن خلالها الى السوق والتعامل فيه ونستطيع ان نطلق عليه السوق العالمي [54]0

وبناءً على ذلك تعد وسائل الاتصال الحديثة قد استحدثت وفتحت اسواقاً عالمية تخدم الملايين من التجار والمستهلكين ، وكذلك المواطنين العاديين بإمكانهم الدخول والتعامل عبر الشبكة ، شريطة ان تتوفر لديهم الاجهزة الحديثة المطلوبة ، حيث بإمكان هؤلاء الحصول على ما يريدون من خدمات وسلع دون مغادرة أمكنتهم ودون أن يتحملوا ادنى مشقة بالسفر او تحمل المخاطر من دولة الى اخرى ، وهنا يعتبر الاشخاص الذين يتعاملون ويتعاقدون عبر الشبكة العنكبوتية اطرافاً في علاقات دولية ، لان المعاملات التي يبرمونها ويتعاملون معها ، تتم بين اشخاص لا يجمعهم مجلس عقد واحد، وكذلك انتمائهم لدول مختلفة ، حيث ان المستخدم يقيم في دولة، والطرف الاخر المتعاقد او مقدم الخدمة او التاجر يقيم في دولة اخرى ، وقد اتسعت هذه التعاملات في الآونة الاخيرة بفعل انتشار فايروس كورونا، وانعزال الدول بعضها عن البعض الاخر، ونشط التعامل الالكتروني واعتبر هو البديل الامثل للتواصل .

وهنا سوف تكون المعاملات والعقود التي يبرمها الاشخاص تحتاج الى الايجاب والقبول ، ولإتمام المعاملة لابد ان يبادر المتعاملين الى دفع قيمة البضاعة ، اما نقداً او بواسطة البدائل المتمثلة بالأوراق التجارية الإلكترونية محل البحث ، وهذه التعاملات تتمتع بالطابع الدولي لأنها

---

(3) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، سنة 1995 ، ص 414 .

(1) د. زياد حلف شنداخ ، المعاملات الالكترونية والقانون الدولي الخاص المشكلات والحلول ، الاردن ، عمان ، دار وائل للنشر ، الطبعة الاولى ، 2010 ، ص121.

(2) القاضي بلال عدنان بدر ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ، مكتبة بدران الحقوقية ، ط1، 2017 ، ص13 .

تتم بواسطة فضاء الكتروني افتراضي عابر للحدود ، وهذا الاخير يثير صعوبات قانونية مختلفة ، منها ما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على المسائل الشخصية المتمثلة بأهلية الشخص المتعامل بالأوراق التجارية الالكترونية ، ومنها ما يتعلق بالتحديات التقنية المتعلقة بالحاسوب والانترنت ، ولأجل ذلك لابد من تقسيم هذا المبحث الى مطلبين ، نبين في الاول منه الصعوبات المتعلقة بحالة الاشخاص ، ونخصص المطلب الثاني لبيان الصعوبات والمشاكل الفنية والتقنية المتعلقة بالأنترنت وكيفية معالجتها وكالآتي .

المطلب الاول

الصعوبات المتعلقة بمسائل حالة الشخص

الانترنت وكما يطلق عليه عالم بلا حدود [55]، حيث بإمكان اي شخص من الدخول اليه من اي مكان في العالم ، وسواء كان هذا الشخص متمتعا بالأهلية اللازمة لأبرام التصرفات القانونية ام لا ، وبما ان الاشخاص في المجال الالكتروني ذات الطابع الدولي غير متواجدين في مكان واحد، فسوف نكون امام تحدي متمثلاً بمعرفة اهلية الاشخاص المتعاملين عبر الشبكة العنكبوتية ، حيث ان صحة أي تصرف قانوني لابد ان يكون الشخص متمتعاً بالأهلية المطلوبة لإتمام هذه التصرفات وترتيب الاثار القانونية عليها ، وهذا يتطلب أن يكون الأشخاص كاملي الاهلية لتحقيق النتائج المرجوة من التصرف القانوني ، وتثور الصعوبة في معرفة اهلية الشخص في المعاملات التي يتم ابرامها بوسائل الكترونية ، وكذلك طريقة اختيار الاشخاص للقانون الواجب التطبيق ، ومن اجل ذلك يتحتم علينا تقسيم هذا المطلب الى فرعين نبين في الاول منه معرفة الصعوبات المتعلقة بالأهلية لتحديد القانون الواجب التطبيق على الشخص الطبيعي ، ونخصص الثاني لمعرفة الصعوبات المتعلقة بالأهلية لتحديد القانون الواجب التطبيق على الشخص المعنوي وكالتالي .

الفرع الاول

الصعوبات المتعلقة في تحديد القانون الواجب التطبيق على حالة الشخص الطبيعي

توجد عدة وسائل للدفع والسداد في التعاملات التجارية بصورة عامة ، وهي تكاد تكون حجر الزاوية لتطور ونجاح التجارة ، والطريقة المثلى في كل التعاملات المادية الملموسة ، وتعد الاوراق التجارية احدى وسائل الدفع التي تستعمل في تسوية المعاملات بين التجار ، والذين يتواجدون في عدة دول ، فبإمكان الشخص ان يحرر ورقة تجارية في دولة ما ويتم تداولها في عدة دول اخرى بالتظهير ، وهذه هي الاوراق التجارية التقليدية ، وبالمقابل ادى التطور الهائل في مجال التجارة الالكترونية الى ايجاد وسائل اخرى تحل محل النقود والاوراق التجارية ، وهي الاوراق التجارية الالكترونية 0

وتثور المشكلة في معرفة القانون الواجب التطبيق على اهلية الشخص المنشئ والمتعامل بهذه الاوراق ، وذلك لان الطبيعة اللامادية للأنترنت لا تنسجم مع منهجية تنازع القوانين ، لان هذه الشبكة من اخص خصائصها انها غير محسوسة ، ولا يمكن ان نحصرها في نطاق دولة محددة ، وهذا يؤدي الى عدم تركيز العلاقات العقدية من انشاء الورقة وتظهيرها وتداولها في

---

(1) د بلال عدنان بدر ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ، مصدر سابق ، ص 74 .

داخل الدولة الواحدة ، ومعرفة مكان الانشاء يعني تركيز العلاقة التعاقدية والذي بدوره يعتبر اساس لحل تنازع القوانين [56].

وتعد حالة الشخص الطبيعي هي الصفة التي تبين مركز الشخص من الدولة التي ينتمي اليها وكذلك الاسرة ، وهذه تتحدد من خلال مجموعة اسس تستند الى الواقع ، مثل السن والذكورة والانوثة ، أو يتم تحديدها على مجموعة اسس تستند الى القانون ، مثل الجنسية والزواج [57] ، والقاعدة في اغلب التشريعات [58] تذهب الى تطبيق قانون الدولة التي يحمل الاشخاص جنسيتها ، وهذا ما بينته المادة 18 من القانون المدني العراقي حيث نصت "الاهلية تسري عليها قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته "[59] ، ولا يوجد اشكال في ذلك 0عندما يتعامل الشخص بالأوراق التجارية بصورتها التقليدية ، وهذه هي الاهلية في المسائل المدنية ، اما بالنسبة للأهلية في المسائل التجارية فلم يشر لها قانون التجارة النافذ ، مما يقتضي تطبيق القواعد العامة بشأن الاهلية .

لكن المشكلة تثور عندما يتم التعامل بصورة الكترونية ، حيث سيكون غياب تام للأشخاص وعدم وجودهم بالصورة المادية التقليدية المعروفة ، فعند ظهور التجارة الالكترونية ، والتي تمثل المجال الطبيعي لظهور وسائل جديدة للدفع الالكتروني ، برزت الحاجة الى الوفاء بالطرق الالكترونية ، والتي تجسدت بالنقود الالكترونية ، والاوراق التجارية الالكترونية وكذلك بطاقة الوفاء الالكتروني ، حيث ظهرت صعوبة تحديد اهلية الاشخاص المتعاملين بالأوراق التجارية بطريقة الكترونية ، وذلك لعدم ثقة الاشخاص المتعاملين بالتجارة الالكترونية بعضهم بالبعض الاخر لانهم غير مرئيين وغير معروفين[60] ، فبإمكان اي شخص تحرير ورقة تجارية الكترونية ومن ثم اطلاقها للتداول دون معرفة الاشخاص الاخرين بأهلية منشئ الورقة التجارية ، وهذه المخاطر التي تحيط بكيفية التعرف اهلية الشخص تؤدي بالنتيجة الى زعزعة الثقة بالتجارة الالكترونية ، والتي تؤدي الى عزوف الاشخاص عنها على الرغم من الحاجة اليها ، لما تمتاز به من سرعة في التداول واتمام المعاملات والتبادل التجاري بين الاشخاص [61]0

---

(1) د. نبيل زيد مقابلة ، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص ، دار الثقافة ، عمان ، ط1، 2009 ، ص89 .

(2) د. زياد خلف شنداخ ، المعاملات الالكترونية والقانون الدولي الخاص المشكلات والحلول ، مصدر سابق ، ص80 .

(1) اخضعت اغلب التشريعات حالة الاشخاص الى قانون الجنسية ، حيث اعتمدت الدول العربية على قانون الجنسية باعتبارها القانون الواجب التطبيق في الاهلية على الشخص الطبيعي ، وهذا ما أشار اليه المشرع المصري في القانون المدني في المادة 11 ، وبالمقابل اخضعت تشريعات دول اخرى الى قانون الموطن ، مثل الدول الانكلوسكسونية، د. هشام علي صادق ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، دار الجامعة للمطبوعات ، 2006 ، ص244 0استاذنا الدكتور عبد الرسول عبد الرضا الاسدي ، القانون الدولي الخاص ، دار السنهوري ، بيروت ، 2018 ، ص303 .

(2) والى نفس المعنى اشارت الفقرة الاولى من المادة 11 للقانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 حيث نصت يسري على الحالة المدنية للأشخاص قانون الدولة التي ينتمون اليها بجنسيتهم.

(3) د. مصطفى كمال طه والاستاذ وائل بندق ، الاوراق التجارية ووسائل الدفع الالكترونية الحديثة ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2013، ص328 .

(1) د. عادل ابو هشيمة حوته ، عقود المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، 2004 ، ص23 .

حيث تعد الاوراق التجارية اداة للوفاء تقوم مقام النقود ، لكن وجود عامل نفسي يقف عائقاً امام البعض من المتعاملين بالأوراق التجارية الالكترونية بصورة عامة، وبوسيلة الدفع الالكتروني والتي تعد الاوراق التجارية احدى صورها بصورة خاصة [62].

وهذا العامل النفسي مبرر من وجهة نظر الباحث ، لان الشخص اكثر ما يكون حريصا على امواله، ويفضل اللقاء المباشر ضمن مجلس عقد يجمعه مع الشخص الاخر ، او ان تكون معرفة سابقة او تعامل مستمر، لان في التعاملات الالكترونية نكون امام اشخاص غير موجودين في العالم المادي، وانما موجودين في الفضاء الالكتروني ، وصعوبة تحديد اهلية الاشخاص قد يؤدي الى ان الشخص يفقد امواله ، لعدم معرفته بالقانون الواجب التطبيق على حالته اذا ما حصل خلاف بين المتعاملين بالأوراق التجارية الالكترونية0

وقد تكون هذه الصعوبات معاصرة لاختيار وسيلة الدفع الالكتروني لإتمام العقد ، وقد تكون هنالك صعوبات لاحقة على الاختيار ، وما يترتب على هذه الصعوبات من إشكاليات تتمثل بصعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق على الورقة التجارية الالكترونية[63]0

وتتفق اغلب التشريعات في التعرف على اهلية الشخص عند التعامل بالأوراق التجارية التقليدية ، وسهولة التحقق من الاهلية عندما يتواجد الطرفان في مجلس عقد واحد ، اما اهلية الشخص المتعامل بالأوراق التجارية الالكترونية فهنالك صعوبة لان التعامل قد تم عن بعد – عبر شبكة الانترنت – فبإمكان الشخص ان يتم هذه العملية عن بعد وهو ناقص الاهلية ، وهذا بدوره يؤثر على صحة هذا التعامل اذ ثبت ان احد الطرفين او كلاهما لا تتوفر لديه الاهلية اللازمة لا نشاء الورقة التجارية الالكترونية [64]0

فقد يتمكن القاصر من التعرف على الرقم السري لأحد الاشخاص، وسواء أكانت تربطه به علاقة أو لا ، أو قد يقوم احد الاطراف بالإدلاء بمعلومات غير صحيحة عن اهليته ، وتزداد الصعوبة عندما يتم اختراق الشبكة ويتدخل اشخاص للتلاعب بالبيانات و تحريف الحقيقة 0

لذلك نجد دائما جهود تبذل من قبل المختصين في مجالات الكمبيوتر والانترنت في الدول للحد من التلاعب والاختراقات للبيانات والمعلومات الموجودة لدى الاشخاص ، فقد نصت المادة (13 /1) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لسنة 1996 " تعد رسالة البيانات صادرة عن المنشئ اذا كان المنشئ هو الذي ارسلها بنفسه "، وهذه هي القاعدة ، حيث يفترض وجود طرفين لهذه الرسالة ، الطرف الاول "المنشئ " والطرف الثاني " المرسل اليه " وعرف منشئ رسالة البيانات في المادة (2/ج) من نفس القانون " هو الشخص الذي انشئ او ارسل رسالة البيانات قبل ان يتم تخزينها ، ان حدث قد تم على يديه أو نيابة عنه ، ولكنه لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهذه الرسالة " ، وكذلك نصت المادة 13 /1 من القانون النموذجي باعتبار الرسالة صادرة من المنشئ اذا تم ارسالها بنفسه، وبينت الفقرة الثانية

---

(2) د. صالح جاد المنزلاوي ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ، مصدر سابق ، ص 353.

(3) د. نايف عبد العال الفرا ، تنازع القوانين في الاوراق التجارية ، مصدر سابق ، ص103 ، وعلي حميد عبد الرضا ، تنازع القوانين في الاوراق التجارية ، اطروحة دكتوراه ، 2005 ، ص 98.

(1) د. بشار طلال احمد ، مشكلات التعاقد عبر الانترنت ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة المنصورة ، 2003 ، ص 57 .

من نفس المادة على نسبة الرسالة الى المنشئ في ظروف محددة [65] ، بينتها المادة المشار اليها اعلاه ، حيث بينت المادة الحالات التي تدعو للتساؤل عن مرسل الرسالة ، هل هو المنشئ ام لا 0

وهنا سوف يكون القانون الواجب التطبيق على منشئ الورقة التجارية الالكترونية هو قانون دولة منشئ الورقة ، وهذا ما بينته المادة 2/13 من نفس القانون حيث اعطت الأحقية للمرسل اليه على اعتبار ان الرسالة صادرة من المنشئ عندما يتم تطبيق الرسالة التطبيق الصحيح والتأكد من البيانات الصادرة من المنشئ وسبق ان وافق المنشئ عليها ، او كانت رسالة البيانات الى المرسل اليه ناتجة عن تصرفات لشخص تربطه علاقة بالمنشئ ، وتمكنه هذه العلاقة من الوصول الى الطريقة التي يستخدمها المنشئ لتعد صادرة عن المنشئ 0

اما في مجال الاتفاقيات الدولية وكما يراه البعض[66] - وهو ما لا يؤيده الباحث - بإمكانية تطبيق نصوص اتفاقية لاهاي لسنة 1955 على المنازعات التي تحصل في التجارة الالكترونية ، والتي يكون دفع قيمتها بواسطة وسائل الدفع الالكترونية ، وذلك لان الاتفاقيات الموجودة والتي تخص التجارة ومنها اتفاقية لاهاي 1955 وكذلك لعام 1956 وايضا الاتفاقية المعقودة سنة 1986 واخيرا اتفاقية لاهاي لسنة 1998 ، جميع هذه الاتفاقيات تخص التعاملات القانونية المادية ، ذات الطابع الدولي ، وليس المعاملات التي تتم عن بعد - اللامادية - بمعنى لا يمكن تطبيق بنود اتفاقية على معاملة او وسيلة دفع لم يتم الاتفاق عليها بين الدول المتعاقدة ، وانما المطلوب وكما نرى عقد اتفاقيات ما بين الدول التي سنت تشريعات تتعلق بالمعاملات الالكترونية ، والتي تتم بواسطة الشبكة العنكبوتية ، وهذه الاتفاقيات تكون خاصة بالمعاملات التي تتم بطرق الكترونية وذلك لثبات بنود الاتفاقية 0

ومن الجدير بالذكر هنا ان اتفاقية الامم المتحدة لعام (2005) المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية وفي نص المادة (1/1) ولاسيما بنطاق تطبيق هذه الاتفاقية حيث اجازت استخدام الخطابات الالكترونية في تكوين العقد او تنفيذه على الرغم من وجود اطرافه في دول مختلفة ، ولكنها استبعدت التعامل بالأوراق التجارية الالكترونية وذلك في نص المـادة (2 / 2) حيث نصت " لا تنطبق هذه الاتفاقية على السفاتج (الكمبيالات) او السندات الاذنية او بيانات الشحن او سندات الشحن او ايصالات المستودعات او اي مستند قابل للإحالة او صك يعطي حامله او المستفيد منه حقا في المطالبة بتسليم بضاعة او بدفع مبلغ من المال " ، وبهذه الصورة تكون اتفاقية الامم المتحدة ولاسيما بشأن استخدام الخطابات الالكترونية تكون قد استبعدت الاوراق التجارية من التعامل .

ومن المعوقات التي نسجلها هنا ان الاتفاقيات الدولية المبرمة مثل اتفاقية لاهاي لسنة 1955 وكذلك اتفاقية فينا لسنة 1980 والتي تتعلق في البيع الدولي للبضائع ، اعتمدت مجموعة من القواعد التي نستطيع القول بأنها مادية ، واذا اردنا تطبيق بنود الاتفاقية وسحبها على الواقع الافتراضي فأننا سوف نكون امام اختلاف في التفسير، فعندما يتم سحب احد البنود من الواقع المادي لغرض تطبيقه في الواقع الافتراضي سوف نصطدم في تفسير نصوص الاتفاقية ، لأنها

---

(2) انظر نص المادة 13 /2 من قانون الاونسيترال النموذجي حيث نصت " في العلاقة بين المنشئ والمرسل اليه ، تعد رسالة البيانات انها صادرة عن 1- من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ فيما يتعلق برسالة البيانات او2- من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ أو نيابة عنه للعمل تلقائيا " 0

(1) د. بلال عدنان بدر ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ، مصدر سابق ص398.

جاءت لتسهيل عمل التجارة العالمية التي تتم بالواقع المادي المحسوس ، وليست التجارة والتعاملات التي تتم بطريقة غير محسوسة – لامادية – ومنها طريقة الدفع الالكتروني والاوراق التجارية الالكترونية والتي تعد احدى وسائل الدفع الالكترونية التي تنسجم مع التعامل الالكتروني ، وتعد هذه الاخيرة الوسيلة المثلى في اتمام المعاملات الالكترونية ، لذلك لا يمكن تطبيق بنود الاتفاقيات المبرمة بين الدول والتي تخص التعاملات التجارية على المعاملات التي تتم عبر الانترنت ، لاختلاف الطبيعية القانونية لكل منهما ، وبذلك لا يمكن تطبيق قانون دولة متعاقدة في اتفاقية ما على معاملة الكترونية ، إلا بالاختيار الصريح من قبل اطراف العلاقة[67] .

وما يؤيد وجهة النظر المتقدمة هذه ، هو الخلاف الذي حصل بين فقهاء القانون في القارة الاوربية حول طبيعة البضائع ، حيث تم استبعاد البعض من البضائع من نطاق تطبيق نصوص الاتفاقية ، مثل سندات الاستثمار والصكوك القابلة للتداول والاوراق المالية والاسهم ، وذلك لان تطبيق بنود اتفاقية جاءت لتحكم تصرفات مادية على اعمال الكترونية ، سوف يصطدم بكثير من الصعوبات ، ويزداد الموضوع صعوبةً عندما يتعلق بمعرفة اهلية الشخص المتعامل بالأوراق التجارية ، وذلك لعدم وجود الاشخاص في مجلس عقد واحد مثلما بينا سابقاً لكي يستطيع احدهما ان يتعرف على اهلية الآخر ، حيث بدون ان يكون الشخص كامل الاهلية ، فأننا سوف نكون امام التزامات غير صحيحة من الناحية القانونية ، وهذا ما تناولته المادة (1147) من قانون العقود المدنية الفرنسية الجديد حيث نصت " يعتبر عدم الاهلية سبباً للبطلان النسبي " ، وذلك لان اي التزام لا يكون صحيحاً الا اذا تم بين اشخاص يتمتع جميعهم بالأهلية المطلوبة لأبرام التصرف ، وهذا ما بينته المادة (1145) من القانون المدني الفرنسي حيث نصت " يجوز لكل شخص طبيعي ان يتعاقد مالم ينص القانون على عدم اهليته " وتقابلها المادة 109 من القانون المدني المصري ، والى نفس المعنى ذهب المشرع العراقي في القانون المدني [68] 0

ولغرض التحقق من هوية الشخص منشئ الورقة التجارية والمتعامل بها ، وكذلك صحتها من حيث الشكل فقد اوصى التوجيه الاوربي في المادة الخامسة ، وكذلك الامم المتحدة بخصوص التعاقد الالكتروني في المادة (14) ، والتي اتاحت لمؤدي الخدمة اعطاء متلقيها وبصورة دائمة من التعرف على المنشئ من حيث الاسم والعنوان الجغرافي الحقيقي والعنوان الالكتروني ، وكذلك اسم السجل التجاري المسجل فيه ، واي معلومات تمكن المرسل اليه من تحديد هوية وأهلية المرسل [69] 0

فإذا ما اجرى ناقص الاهلية تعاملا الكترونياً وحرر ورقة تجارية الكترونية ، فهنا سعت التشريعات الى حماية المتعامل بالأوراق التجارية ، واعتبرت الاشخاص كاملي الاهلية ، وهذا ما نصت عليه المادة (4) من قانون التوقيع الالكتروني النافذ ، حيث اعتبرت التوقيع الإلكتروني صحيحا وصادرا عن موقعه في حالة اتفاق الاطراف – المرسل والمرسل اليه - حول اجراء المعاملة بصورة الكترونية ، وبما ان الاشخاص يتعاملون عبر الفضاء الالكتروني ، فعند قيام احد الاطراف بأنشاء ورقة تجارية الكترونية وكان كامل الاهلية وفقا لقانون بلده ، وكان الطرف

---

(1) www. dspace. Univ – eloued. Dz . com تاريخ الزيارة 22 / 7 / 2021 .

(2) المادة 93 نصت على ان " كل شخص اهل للتعاقد مالم يقرر القانون عدم اهليته أو يحد منها " وكذلك المادة 53 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 والتي نصها " يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم اذا كان احد طرفي اتفاق التحكيم وقت ابرامه فاقد الاهلية او ناقصها وفقا للقانون الذي يحكم اهليته ".

(1) د. أسامة ابو الحسن مجاهد ، خصوصية التعاقد عبر الانترنت ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000، ص 113 .

الاخر المرسل اليه ناقص الاهلية بموجب قانون بلده ، فهنا لابد من مراعاة مصلحة الطرف كامل الاهلية اعمالاً للوضع الظاهر 0

ويجد هذا الرأي سنده المادة (2/18) من القانون المدني العراقي [70] ، والتي نصت " ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في العراق وتترتب اثارها فيه ، اذا كان احد الطرفين اجنبيا ناقص الاهلية وكان سبب نقص اهليته يرجع الى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الاخر تبينه ، فأن الاجنبي يعتبر في هذا التصرف كامل الاهلية " 0

من هنا يتبين ان عدم وجود الاطراف في مجلس عقد واحد ، ولاختلاف الجنسية للأشخاص بين مفهومها المادي الملموس وبين جنسية الاشخاص داخل الوسط الافتراضي [71] ، يؤدي بالنتيجة الى صعوبة التحقق من هوية واهلية الطرف الاخر ، لان التعامل يتم عن بعد وضمن فضاء الكتروني ، وبعد ان ساوى المشرع بين السندات الالكترونية المبرمة الكترونياً واعطائها الحجة القانونية لمثيلاتها الورقية ، تكون الهوه بين العالم المادي والعالم الالكتروني قد تقلصت بعض الشيء ، وهذا يجد سنده في المادة (2/4) من قانون التوقيع الالكتروني رقم 78 لسنة 2012 ، والذي ساهم مساهمة فعالة بفض الاشكاليات المتعلقة بالسندات الالكترونية 0

وبالنظر للتطورات الهائلة والمتسارعة في المجال المعلوماتي ، ولمواكبة هذه التطورات وللتغلب على الصعوبات ، ولخصوصية التجارة الالكترونية ، حيث انها تتم في عالم يختلف عن العالم المادي الملموس ، ولتوفير العامل المهم والاساسي وهو ما يسمى بعامل الامان ، شرعت الكثير من الدول قوانين تتعلق بالمعاملات الالكترونية ، وبالرغم من هذه التشريعات لازالت المخاوف موجودة لدى اغلب المتعاملين بالوسائط الالكترونية ، حيث انها لم تصل الى ما يسمى بالظاهرة العامة او العرف السائد ، وينسحب الحال على وسائل الدفع الالكتروني ، فعلى الرغم من القفزات في وسائل الدفع الالكتروني ، الا ان الكثير يفضلون الطرق التقليدية في الدفع ، وذلك لعدم معرفة الاشخاص بعضهم للبعض الاخر[72]0

وهنا سوف تكون المشكلة اصعب عند معرفة القانون الواجب التطبيق على التعاملات الالكترونية ووسيلة الدفع المتمثلة بالأوراق التجارية الالكترونية ، واذا قلنا ان الحل يكون بالاختيار الصريح من قبل الاطراف لقانون دولة معينة على المنازعة ، حيث ان القانون بدوره اعطى حق للأطراف المتعاملين في اختيار قانون دولة ما، لحكم العلاقة فيما بينهم ، لما قد يحصل بينهم من منازعات، وذلك يتم من خلال التعبير عن هذه الارادة بواسطة الموقع الالكتروني او البريد الالكتروني، فمن الممكن تصور ان يتم اختيار الاطراف لقانون دولة لم تشرع قانون للمعاملات الالكترونية او التوقيع الالكتروني ، وعند اختيار الاطراف لقانون هذه الدول سوف لا يجدون حلا لمشكلتهم ، لعدم سن هذه الدول التشريعات لاسيما بالمعاملات الالكترونية ، وهنا سوف تبقى المشكلة قائمة 0

---

(2) تقابلها المادة (3/3) من القانون المدني الفرنسي ، والمادة (1/11) من القانون المدني المصري ، والمادة (12) من القانون المدني الاردني .

(3) استاذنا د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي ، تأثير وسائل الاتصال الحديثة في تطور قواعد القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ص 29 .

(1) وهذا ما بينه المشرع العراقي في قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية في الاسباب الموجبة لتشريع هذا القانون حيث نص " علن تشريع هذا القانون يأتي انسجاماً مع التطور الحاصل في مجال تكنلوجيا المعلومات ومواكبة التطورات تم تشريع هذا القانون " .

وهنا يذهب البعض [73] الى اختيار قانون آخر ليكون هو القانون الواجب التطبيق على المنازعة الالكترونية ، ويؤيد الباحث وجهة النظر المتقدمة ، وذلك لأنه عندما اتاح المشرع للأشخاص ان يختاروا قانون دولة معينه ليكون هو القانون الواجب التطبيق [74]، كان المشرع قاصدا حل النزاع ، وعندما لم يجد الاشخاص تشريعا ينسجم مع مشكلتهم ، لأنها تمت في فضاء الكتروني ، والبعض من الدول لم تشرع بعد قوانين خاصة بالتعاملات الالكترونية ، وذلك لان التعاملات بواسطة الانترنت من المواضيع التي تعد حديثة وبتطور مستمر ، والبعض الاخر من الدول التي شرعت قوانين لاسيما بالتوقيع الالكتروني جاءت بتشريعات متباينة 0

فمن باب اولى اعطائهم الحرية في اختيار قانون آخر ينسجم مع المشكلة لتذليل الصعوبات والخروج بحل ملائم يتفق مع ارادة الاطراف ، وللأسباب المبينة اعلاه نجد ضرورة اعطاء الحرية للأشخاص في اختيار قانون آخر غير القانون الذي تم الاتفاق عليه ، ليكون هو الواجب التطبيق، وذلك لعدم امتلاك الاطراف المعلومة الالكترونية الصحيحة واعتقادهم بأنهم عندما اتفقوا على القانون الاول سوف يجدون الحل، ونتيجة لجهلهم بالقوانين وكذلك اختلاف القوانين الالكترونية بالاعتراف بالمحررات الالكترونية، وكذلك طرق الاثبات، ولجهل الكثير من الاشخاص بالوسائل الالكترونية وعدم معرفتهم بالوسائل التقنية الحديثة والذي نستطيع ان نطلق عليه الأمية الالكترونية ، أو الجهل بالمعلومات الالكترونية ، لان الاخيرة تحتاج الى ادوات فنية ومعرفة بالتقنيات الإلكترونية، والتي تتسم بالتطور الدائم ، لذلك نعتقد اعطاء الاحقية للخصوم ان يختاروا قانوناً آخر غير القانون الذي تم الاتفاق عليه في بداية التعامل ينسجم مع رغبتهم للوصول الحل 0

اما في حالة عدم الاتفاق الصريح ما بين الاطراف لتحديد القانون الواجب التطبيق ، فأن المشكلة ستتعقد اكثر، وذلك بأن يتم البحث عن الارادة الضمنية الغير مصرح بها ، وهذه الأخيرة يتم تحديدها عن طريق عدة وسائل يكاد يكون الفقه مستقر على اعتمادها [75] ، ولا يمكن الاكتفاء بواحدة منها ، فلابد من استخلاص اكثر من قرينه للوصول الى الارادة الضمنية للأطراف، ومن هذه القرائن اللغة التي يتم بها كتابة العقد بين الاطراف، او التي تم بها كتابة الورقة التجارية ، وهذه القرينة غير كافية مثلما بينا ذلك ، وذلك لاتفاق الكثير من التشريعات بأن اللغة المعتمدة هي اللغة الانكليزية ، لذلك لا يمكن الركون اليها ، ومن القرائن الاخرى ، تحرير الورقة بعملة معينة ، او بالإمكان استخدام مصطلحات قانونية معتمدة في تشريع محدد ، او بإمكان الاطراف الاعتماد على مكان تنفيذ العقد أو مكان ابرامه 0

---

(1) د. صالح المنزلاوي ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ، دار الجامعة الجديدة ،2006، ص 285 .

(2) وهذا ما أشارت اليه المادة (1/25) من القانون المدني العراقي وتقابلها بنفس المعنى المادة (1/19) من القانون المدني المصري ، والمادة (203/ 1) من القانون المدني الاردني ، وكذلك كان بنفس الاتجاه موقف المشرع السويسري في المادة (116/ 3) من القانون لعام 1968 ، والتي اعطت الحرية للأطراف باختيار قانون اخر .

(1) د. هشام علي صادق ، د. حفيظة السيد حداد ، د.عكاشة عبد العال ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، دار المطبوعات الجامعة ، 2006 ، 347 ، د عز الدين عبدالله ، القانون الدولي الخاص ، مكتبة النهضة ، ط2 ، ص314 ، د .احمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع اصولا ومنهجا ، مكتبة الجلاء الجديدة ، ط1 ، 1991 ، ص1100 .

اما بالنسبة لمعرفة الارادة الضمنية التي تتم عبر الشبكة العنكبوتية ، ما بين الاشخاص لمعرفة القانون الواجب التطبيق على الاوراق التجارية الالكترونية ، فيمكن تصور البحث بواسطة تللك القرائن للوصول الى نية الاشخاص الضمنية ، باستثناء لغة الكتابة وهي اللغة الانكليزية ، حيث ان التعامل بالأوراق التجارية عبر شبكة الانترنت اذا ما تم باللغة الانكليزية لا يمكن اتخاذه كمعيار على انه القانون الانكليزي 0

وفي حالة عدم وجود الارادة – الصريحة أو الضمنية – فيتم تطبيق ضوابط الاسناد التي تتعلق بالموطن ، ففي التعاملات الالكترونية التي تتم بواسطة الوسائل الالكترونية من الممكن اعتماد الموطن الطبيعي للأشخاص بناء على التصور الحكمي ، حيث يتم اعتماد المكان الذي تتركز به اغلب الاعمال ، وفي حالة لم يتم التحديد وفقا للحالة المتقدمة ، للوصول الى القانون الواجب التطبيق ، فيمكن اللجوء الى اعتماد الموطن الحقيقي وهو محل الاقامة المعتاد [76]0

وهذا التصور يجد له سندا في قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي النافذ وفي المادة (21 / اولاً و ثانياً)[77] ، نصت الفقرة الاولى " تعد المستندات الالكترونية قد ارسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل الموقع وأنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل اليه وإذا لم يكن لأي منهما مقر عمل يعد محل الاقامة مقرا للعمل مالم يكن الموقع والمرسل اليه قد اتفقا على غير ذلك " 0

اما الفقرة الثانية فقد نصت " اذا كان للموقع او المرسل اليه اكثر من مقر عمل فيعد المقر الاقرب صلة بالمعاملة هو مكان الارسال او التسلم وعند تعذر التحديد يعد مقر العمل الرئيسي هو مكان الارسال او التسلم "، وهو ما يسمى معيار الاداء المميز 0

وبما ان المشرع في المادة (13) من قانون التوقيع الإلكتروني[78]، قد اعطى للسندات الالكترونية التي يتم انشائها من خلال الانترنت نفس الحجية والقوة في الاثبات في حالة توفر شروط معينة ، فيمكن القول ان المكان الذي تم منه ارسال المستند الالكتروني – الورقة التجارية الالكترونية - هو مقر العمل للشخص المرسل او الذي انشئ الورقة التجارية 0

اما الصعوبات التي تأتي بعد اختيار الاطراف للقانون الواجب التطبيق فتتمثل تلك الصعوبات في كيفية التحقق من جدية التعامل وطرق اثباته ، حيث ان من المعروف ان الاثبات من اهم القواعد القانونية التي تنظم الحقوق ، لأن الحق بدون دليل يعتبر عند المنازعة كالعدم ، وبذلك فأن الاوراق التجارية الالكترونية تنحصر طرق اثباتها في الكتابة والتوقيع عليها ، وحسب ما يراه البعض [79] ، ان الطرق التقليدية في الاثبات لا تنسجم مع العمليات الالكترونية 0

---

(2) انظر نص المادة (6) من اتفاقية الامم المتحدة التي تتعلق بالخطابات الالكترونية والتي نصت على ان " لأغراض هذه الاتفاقية يفترض ان يكون مقر عمل الطرف هو المكان الذي يعينه ذلك الطرف ، مالم يثبت الطرف الاخر ان الاول ليس له مقر عمل فيه " .

(1) وجاءت معظم قوانين المعاملات الإلكترونية بنصوص متقاربة ، مثل قانون المعاملات الالكترونية الاردني في المادة (18 / ب) ، وقانون امارة دبي في المادة (17 /4 /ج) حيث نصت " اذا لم يكن للمنشئ او المرسل اليه مقر عمل يشار الى محل اقامته المعتاد "، والى نفس المعنى ذهب قانون المعاملات الالكترونية البحريني في المادة (15/ 3) .

(2) انظر نص المادة 13 من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم 78 لسنة 2012 .

(3) نايف عبد العال حنون الفرا ، تنازع القوانين في الاوراق التجارية ، مركز الدراسات العربية ، ط1 2016 ، ص106 .

وهنا نجد ان الصعوبات التي تم بيانها لا تحول دون التعامل بالأوراق التجارية الالكترونية ، حيث تعد هذه الاوراق تطورا كبيرا ، وهذا التطور يتلاءم مع تطلعات المجتمعات ، في الحصول على افضل واسرع الخدمات، وهذا التطور لابد ان يقابله تطور في القوانين لمعالجة المشاكل التي تحصل وايجاد الحل المناسب لها، ويبقى العامل النفسي هو اللاعب الاساس في التعاملات الالكترونية، فكلما اطمأن الاشخاص لبعضهم البعض يمضون في اتمام معاملتهم بواسطة الوسائل الالكترونية ومنها وسائل الدفع المتمثلة بالأوراق التجارية الالكترونية ، التي تعد عصب التجارة الالكترونية 0

الفرع الثاني

الصعوبات المتعلقة بمعرفة القانون الواجب التطبيق على الاشخاص المعنوية

قد يكون منشئ الورقة التجارية الالكترونية شخصا طبيعيا ،يقوم بأبرام التصرفات القانونية بنفسه، وقد يكون شخصا اعتبارياً، والذي يقوم بأبرام التصرفات القانونية عن الاخير، شخص آخر، يمثل ارادة الشخص الاعتباري ويكون نائبا عنه في التصرفات القانونية ومنها تحرير الاوراق التجارية الالكترونية 0

من السهولة تحديد القانون الواجب في العقود التقليدية والتجارية بصورة عامة ، والاوراق التجارية بصورة خاصة ، حيث يتم تحديد هوية الاشخاص الاعتبارية من خلال موطن الشركة، والذي يتمثل بمركز الإدارة الرئيسي ، او من خلال مركز ادارة الشركة او المؤسسة الموجودة في العراق اذا كان مركز ادارتها الرئيسي في خارج العراق ، وهذا ما بينته المادة (6/48) من القانون المدني العراقي [80] .

وعدم امكانية الشخص الاعتباري من الناحية العملية التعامل بنفسه ، او ادراكه لذلك وجب من ينوب عنه في جميع التصرفات القانونية ، وكما هو معروف اختلفت تشريعات الدول في اعتماد اساس موحد لتحديد جنسية الشخص المعنوي ، فقد ذهبت البعض من الدول الى اعتماد معيار محل التأسيس ليكون ، هو البلد الذي يمنح الجنسية ، والبعض الاخر اعتمد معيار نشاط الشركة ، وذهب البعض الاخر الى اعتماد مركز الادارة الرئيسي للتمتع بالجنسية ، ويمكن التحقق من اهلية الاشخاص الاعتبارية عن طريق مركز الادارة الرئيسي وصعوبة تحديد البديل ومنها التأسيس، ويبقى السؤال ما هو القانون الواجب التطبيق على الاوراق التجارية الالكترونية المحررة من قبل الاشخاص المعنوية ، وهل ان الوسائل التقليدية المتبعة تصلح لتطبيقها على الوسائل الالكترونية .

للإجابة على هذه التساؤلات، وبالرجوع الى اتفاقية الاونسيترال للتجارة الالكترونية ، وتحديدا في المادة (5/11) والتي نصت " تعد رسالة البيانات قد ارسلت من المكان الذي يوجد به مكان عمل المرسل اليه "، ولتحديد المكان في المعاملات الالكترونية اهمية حيث يعطي عامل اطمئنان ، ويمنح الثقة للأطراف المتعاملين عبر الشبكة العنكبوتية ، ويساهم هذا الامان بصورة او بأخرى بازدهار التعاملات الالكترونية ، لما تمتاز بها من خصائص وفوائد متمثلة بالسرعة في التعامل ، وكذلك العمل بصورة مستمرة - ليلا ونهارا - ودون انقطاع .

اما المادة السابعة من قانون الاونسيترال النموذجي الخاص بالتجارة الالكترونية ، فقد بينت ان الشروط الواجب توافرها عند وجود التوقيع الالكتروني على السندات الالكترونية هو ان تكون هنالك طريقة للتعرف على هوية الشخص الموقع ، وعند التعرف على هذا الاخير ، وبالنظر الى

---

(1) انظر نص المادة 48 من القانون المدني العراقي .

قيامه بوضع توقيعه على سند الكتروني فأن هذا يدلل على موافقته على جميع المعلومات الواردة في هذا السند ، وهذا ما أشارت اليه المادة (2/أ) من نفس القانون اعلاه حيث نصت " التوقيع الالكتروني يعني البيانات في شكل الكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافاً اليها أو مرتبطاً بها منطقياً ، ويجوز ان تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة لرسالة البيانات ، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات "والتوقيع ينسب للشخص الموقع وعند التعرف على هوية الشخص – سواء كان طبيعيا او معنويا – يمكن التعرف على اهليته وصلاحيته على القيام بالتصرفات القانونية ، ومنها انشاء الاوراق التجارية الالكترونية .

وقد نصت اغلب القوانين التي سنت تشريعات تتعلق بالمعاملات الالكترونية على التوقيع الالكتروني [81]، حيث يدل هذا الاخير دلالة واضحة على انتسابه وصدوره من الموقع، اذ ان الشخص الذي يقوم بأجراء التوقيع على الاوراق التجارية الالكترونية قد يكون شخصاً طبيعياً وقد يكون شخصاً اعتبارياً ، فقد نصت المادة (2/1145) من قانون العقود الفرنسي الجديد رقم 131 لسنة 2016 حيث نصت " تتحدد اهلية الاشخاص المعنوية بالأعمال اللازمة لتحقيق موضوعها وفق ما هو معين في انظمتها وبالأعمال التابعة لها، مع مراعاة القواعد الممكن تطبيقها على كل منها " [82] ، وكذلك اشارت المادة (1369) من القانون الفرنسي الى امكانية استخدام الوسائل الالكترونية لأجراء التصرفات المالية 0

وبينت المادة (1128 / 2) من نفس القانون حيث نصت على ان " يكون ضروريا لصحة العقد رضاء الاطراف المتعاقدين واهليتهم للتعاقد " [83] ، وعند تحقق ارادة الاطراف والتعبير عنها بالوسائل الالكترونية لاختيار قانون دولة ما ، فأن ذلك يكون متاح لهم ولا يوجد اشكال في هذا الاختيار، اما في حالة لم يبين الاطراف القانون الواجب التطبيق، فهنا سوف يتدخل القضاء للبحث عن القانون الواجب تطبيقه على المنازعة، عن طريق البحث عن المعايير الاخرى مثل مكان الارسال أو مكان الاستلام أو مركز الإدارة الرئيسي [84] ، اما المادة (17/ 4 البند ج) من قانون امارة دبي فقد نصت " يعتبر مقر الاقامة المعتاد فيما يتعلق بالشخص الاعتباري يعني مقره الرئيسي او الذي تأسس فيه " 0

والورقة التجارية الالكترونية ينشئها الشخص المعنوي مثلما ينشئها الشخص الطبيعي وهذا ما بينته المادة (18/ 2) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي ، حيث

---

(1) قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية لسنة 2001 ، قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 حيث اشارت الى الموقع وحددته بأنه الحائز على البيانات والذي يوقع عن نفسه او عن شخص آخر ينيبه ، و قانون المعاملات الإلكترونية الاردني رقم 85 لسنة 2001 في المادة 15 منه ، قانون التجارة الالكترونية البحريني في الفقرة الثالثة من المادة 15حيث نصت " يعتبر مقر اقامة الشخص الاعتباري هو المكان الذي تأسس فيه " ، وقانون المعاملات الالكترونية لإمارة دبي حيث نصت هذه القوانين على احكام مماثلة حول تحديد هوية واهلية الاشخاص المعنوية.

(1) Art . 1145." La capacitye`des personnes molraes est limite`e aux actes utiles a` la re`alisation de leur objet tel que de`fini par leurs statuts et aux actes qui leur sont accessoires , dans le respect des re`gles applicables a` chacune d` entre ells" .

Art . 1128. –" sont n`ecessaires `a lavalidit`e d`un contrat; "1 le consentement des parties" .

(2) leur capacity`e de contracter ," .

(3) طه كاظم حسين المولى ، تطويع قواعد الاسناد في عقود التجارة الالكترونية ، منشورات زين الحقوقية ، ط1 ، 2018 ، ص 194 .

نصت " تعد المستندات الالكترونية صادرة عن الموقع سواء صدرت عنه او نيابة عنه او بواسطة وسيط الكتروني معد للعمل أوتوماتيكيا بوساطة الموقع او بالنيابة عنه " 0 وكذلك بينت المادة 18 في الفقرة الثالثة بأن المستندات الالكترونية تعد صادرة من الشخص المعنوي والطبيعي في حالة وصولها للمرسل اليه وان الشخص الموقع تابع له او حاصل على تخويل بالإنابة في التوقيع وليكن مثلاً المدير المفوض ، وذلك لغرض تحديد هوية الشخص الموقع 0

من ذلك يتضح ان الاوراق التجارية الالكترونية يمكن ان يقوم بتحريرها الاشخاص – الطبيعيين او المعنويين – ، وعندما يقوم المخول او النائب عن الشخص المعنوي بتحرير ورقة تجارية واطلاقها للتداول عبر الشبكة العنكبوتية، فأن هذه الشخصية الاعتبارية تعد هي من اصدرت هذه الورقة التجارية الالكترونية، ولغرض معرفة القانون الواجب التطبيق فيصار الى البحث عن المعايير المعتمدة لتحديد موطن الشخص المعنوي ، ومثلما اشارت القوانين محل المقارنة اعلاه فأن البعض من هذه القوانين تذهب باتجاه اعتماد البلد الذي تم فيه تأسيس الشخصية المعنوية، وتذهب قوانين اخرى باتجاه المركز الرئيسي لتحديد موطن الشخص المعنوي ، ومن خلال تحديد موطن الشخص المعنوي يمكننا التعرف على اهلية الشركة.

وتتكرر الصعوبات التي رأيناها في تحديد اهلية الاشخاص الطبيعيين على الشخصية المعنوية ، فنجد نفس الصعوبات عند اختيار الاطراف للقانون الواجب التطبيق على المنازعة التي تحصل ، حيث عندما يتفق الاطراف على اختيار قانون دولة معينة ليكون هو الفيصل لفض النزاع ، فأن الصعوبة تكمن في ان هذه الدولة المختارة لا تعترف بالمعاملات الالكترونية الالكترونية ولا حتى التوقيع الالكتروني، وهذا يحصل في الدول التي لم تسن بعد قوانين للتوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية 0

ونجد ان الحل في هذه الحالة ذهاب الاطراف باتجاه اختيار قانون آخر تابع لدولة تعترف بالتعاملات الالكترونية، والتي بدأت بالتزايد في الآونة الاخيرة للحاجة للتجارة الالكترونية ، وازدادت الحاجة في ظل الظروف التي مر بها العالم بأسره عندما ضربت جائحة كورونا العالم والتي تعطلت فيها اغلب جوانب الحياة ، وصار التوجه الى التعامل الالكتروني كبديل ضروري وأساسي ونستطيع القول هو البديل الامثل ، وذلك لأنه لا يتطلب التواجد المادي للأشخاص ، ودون الحاجة الى السفر، وفرضت اغلب دول العالم حظراً للتجوال خوفا من انتشار وباء ما يسمى ب " coved 19 " ، وانما فقط على من يمثل الشخص المعنوي تحرير ورقة تجارية تمثل قيمة البضاعة ، واطلاقها للتداول بالاتفاق مع الطرف الاخر المرسل اليه ، وهذه العملية تتم عن طريق تبادل جميع البيانات بصورة الكترونية ، لذلك لابد من التأكد أهلية منشئ الرسالة وصحتها، لأنه عندما يتم تحرير ورقة تجارية بصورة صحيحة ومستوفية لجميع بياناتها، ومحرر الورقة التجارية متمتعا بالأهلية اللازمة بموجب القانون، فهنا سوف نكون امام تعامل صحيح ومرتب لآثاره 0

ويزداد التعامل اتساعاً وانتشارا عندما تكون هنالك تعاملات مادية بواسطة تداول الاوراق التجارية بالطرق التقليدية ما بين التجار وكذلك الاشخاص، فهنا يعتبر التعامل الالكتروني بصورة عامة ، والتعامل بالأوراق التجارية الالكترونية بصورة خاصة وسيلة بديلة للطرق التقليدية 0

وهنا نستطيع القول، في حالة وجود تعامل سابق ما بين الاشخاص بالطرق التقليدية بالأوراق التجارية يشكل عاملاً مساعداً ومطمئناً للبحث عن طريقة اخرى تساعد في اتمام العملية ، ولا

تثار اي صعوبة بالتعامل بالأوراق التجارية الالكترونية لوجود المعرفة السابقة ، والتي تعد عاملاً مطمئنا للأشخاص الذين تربطهم تعاملات سابقة ، وان الذي تغير هو استحداث طريقة جديدة للدفع ، وهي الاوراق التجارية الالكترونية، وهنا نستطيع القول ان التعامل السابق بالطرق التقليدية يوفر ما يسمى بالأمان القانوني للتعامل بالأوراق التجارية بطرق الكترونية.

المطلب الثاني

الصعوبات المتعلقة بالمسائل الموضوعية

على الرغم من المزايا التي تمتاز بها وسائل الدفع الالكترونية بصورة عامة ، والاوراق التجارية بصورة خاصة من السرعة في التداول ، وسهولة وصول هذه الاوراق بثواني معدودة الى ابعد مكان في العالم ، وكذلك ضمان استمرار العمل والتداول ليلاً ونهاراً وبدون انقطاع ، وفضلاً عن مزايا اخرى كثيرة جميعها تصب بمصلحة المتعاملين بالتجارة الالكترونية ، والسرعة في الانجاز 0

إلا انه توجد صعوبات تتعلق باختيار القانون الواجب التطبيق على الورقة التجارية التي يتم انشائها وتداولها بصورة الكترونية ، وقد تكون هذه الصعوبات تأتي بالتزامن مع اختيار القانون المراد تطبيقه على الحالة التي تتم بوسيلة الكترونية ، وقد تكون هذه الصعوبات تنهض بعد ان يتم اختيار القانون من قبل اطراف الورقة التجارية الالكترونية ، وعلى ذلك لابد من بيان تلك الصعوبات والحلول المقترحة لتجاوزها او لتذليل تلك الصعوبات ، وهذا ما سيتم توضيحه من خلال تقسيم هذا المطلب الى فرعين ، نخصص الاول منه لبيان الصعوبات المتزامنة مع اختيار القانون الواجب التطبيق على الاوراق التجارية الالكترونية، ليكون الفرع الثاني مخصص الصعوبات المتعلقة بعد ان يتم اختيار القانون وكالآتي .

الفرع الاول

الصعوبات القانونية المتزامنة مع اختيار القانون الواجب التطبيق

تطلق تسمية العالم الافتراضي على ما يتكون ويحدث ويثار في اطار التعامل من خلال منظومة الوسائل الكترونية ومنها الانترنت ، وذلك لان الاخيرة لا تحدها حدود ، ويشكل العالم بأجمعه موطن واحد ، بمعنى ان الانترنت لا حدود له ، وبذلك يكون جميع المستخدمين ضمن هذا الموط ، وهذا يؤدي الى صعوبة تحديد القانون الذي يحكم المنازعة التي قد تحصل بصورة عامة، والقانون الذي يحكم الاوراق التجارية الالكترونية بصورة خاصة، لا نها تتداول من شخص الى آخر ضمن فضاء الكتروني ، ويرى البعض[85]، ان الصعوبة تكمن في معرفة الموطن الذي يتحدد الاختصاص التشريعي بموجبه وسواء أكان موطن المدعي أو المدعى عليه ، وتزداد الصعوبة اذ اعرفنا ان الموقع الالكتروني للأشخاص لا يشير الى الموطن الحقيقي ، وذلك لان ما يسمى بالبريد الالكتروني رابطة بين الشخص والشبكة العنكبوتية ، والأول لا يدلل بصورة حتمية على المكان ، والذي يعتبر بدوره العنصر الاول في الموطن ، فمفهوم المرتكزات المكانية تتراجع في ظل منظومة العالم الافتراضي .

---

(1) استاذنا د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، تأثير وسائل الاتصال الحديثة في تطور قواعد القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص36.

وتعد الاوراق التجارية الالكترونية من النظم القانونية التي جاءت نتيجة الحاجة المشتركة لدى العديد من الدول، وتنتقل هذه الاوراق من شخص الى آخر عن طريق التظهير، وعندما يتم تظهير الورقة التجارية وتداولها بين اشخاص يقيمون في نفس الدولة ويحملون جنسيتها ، فهنا سوف يكون القانون الذي يحكم المنازعة هو القانون الوطني ، وسواءً اكان الشخص الذي أجرى التصرف القانوني الساحب نفسه أو المظهر أو القابل أو حتى الضامن، وهذا ما بينته اتفاقية جنيف لعام 1930 في المادة الثانية ، وذهبت القوانين محل المقارنة [86] الى نفس المعنى وهو الحل المعتمد في القانون الدولي الخاص لدى اغلب التشريعات 0

ومن الجدير بالذكر ان قانون التوقيع الالكتروني العراقي اجاز للأشخاص – منشئ الورقة والمرسل اليه – ان يتفقوا على نوعية الوسيلة الالكترونية للدفع ، وان يتم التنفيذ باستعمال الوسائل الالكترونية الحديثة – الانترنت – في الوفاء ، والأخيرة تعد من الوسائل العلمية الحديثة والتي زاد استعمالها من قبل الاشخاص ، ويذهب الباحث بنفس الاتجاه الذي ذهب اليه البعض ، على اعتبار الوسائل الأخرى تقليدية مقارنة باستعمال الوسائل الالكترونية [87]، وذلك لان حداثة هذه الوسائل وما تمتاز به من خصائص تتمثل بالسرعة في انجاز المعاملة ، وكذلك عدم حضور الاشخاص، جعل الوسائل الاخرى تصبح تقليدية ولا تنسجم مع عصر السرعة ، وبالمقابل فأن اتساع مساحة التعامل بالطرق الحديثة ادى الى زيادة التجارة الالكترونية ، وتعد وسائل الدفع الالكتروني العصب الرئيسي للتعامل بالتجارة الالكترونية ، والاوراق التجارية المحررة بطريقة الكترونية احدى هذه الوسائل 0

وعند حصول منازعة بين اشخاص موجودين في الفضاء الالكتروني وينتمون الى بلد واحد ويحملون جنسيته ، فأن القانون الذي يحكم تصرفاتهم هو القانون الوطني ، وذلك لانهم يحملون جنسية نفس البلد ويقيمون فيه ، حيث يتم الفصل عن طريق تطبيق القانون المشترك للأطراف ، وهنا تبقى العلاقة وطنية ، حيث ان الذي حصل هو انشاء ورقة تجارية واطلاقها للتداول بصورة الكترونية ، وهذا ما بينه المشرع العراقي في قانون التوقيع الالكتروني في المادة (22) ، حيث اجازت هذه المادة تحرير الورقة التجارية بصورة الكترونية، وذهبت تشريعات اغلب الدول المتعاملة بالأوراق التجارية والتي سنت قوانين للتوقيع الالكتروني حول تحديد القانون الواجب على المنازعات في نفس الاتجاه[88] 0

والواقع العملي يبين ان العقد يتكون من التقاء ارادتين على ترتيب اثر معين مالم يحدد القانون شكلية معينه لأنشائه مثل التوقيع والكتابة [89] ، اما الصعوبة فأنها تكمن في كيفية التأكد من وجود ارادة حقيقية للتعاقد، حيث يجري التعامل والتعاقد بدون الحضور المادي للأطراف – عن بعد - ففي الحضور المادي للأطراف يمكنهم التعرف على بعضهم البعض، وكذلك بالإمكان

---

(1) انظر المادة (3/أ /3) من القانون المدني الفرنسي ، وكذلك المادة (11) من القانون المدني المصري ، والمادة (12) من القانون المدني الاردني .

(2) د. عباس العبودي، شرح احكام قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم 78 لسنة 2012، مصدر سابق ، ص22 .

(1) انظر المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي والمادة (7) من قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 ، والمادة (5) من قانون المعاملات الالكترونية الاردني حيث بينت ان تطبيق هذا القانون يكون على المعاملات التي يتم الاتفاق بين اطرافها على تنفيذ معاملاتهم بطريقة الكترونية .

(2) انظر المادة (73) مدني عراقي وتقابلها المادة (89) من القانون المدني المصري والمادة (1108) من القانون المدني الفرنسي .

فحص الاوراق والسندات المثبتة لأصل الحق وهوية الاشخاص المتعاقدين، وكذلك يمكن معرفة القانون الواجب التطبيق من خلال الارادة الحقيقية للأطراف[90]، وهو غائب في المعاملات التي تتم عن طريق الانترنت .

ويثير البعض من الفقه عدة تساؤلات حول كيفية التعبير عن الارادة في العقود الالكترونية بصورة عامة ، وفي الاوراق التجارية الالكترونية بصورة خاصة ، واعتبروها من الصعوبات التي تواجه المتعاملين بالأوراق التجارية الالكترونية، وهذه الصعوبات تنسحب ايضا لمعرفة حقيقة هذه الارادة وهل هي صادرة بصورة صحيحة، واذا ما علمنا ان الشبكة العنكبوتية يمكن اختراقها ، أو قد يصار الى التدخل من قبل الغير، هذه المخاوف والصعوبات جاءت من النظرة القديمة للمحرر، والتي تبين ان المحرر يجب ان يكون ورقيا حتى يمكن اللجوء الى قواعد قانون الصرف ، ويذهب الفقه الى ابعد ذلك حيث يقسم الاوراق التجارية الالكترونية الى نوعين ، الاولى اوراق تجارية الكترونية يتم انشائها بصورة ورقية ومن ثم يصار الى تداولها بصورة الكترونية ، وهذه وحسب الرؤية المتقدمة يطبق عليها احكام قانون الصرف ، والثانية اوراق تجارية تنشئ وتتداول بطريقة الكترونية ، وهذه لا يمكن تطبيق احكام قانون الصرف عليها 0

هذه الرؤية ومن وجهة نظر البعض من الفقه تعد محل نظر ، ويذهب الباحث بنفس الاتجاه ، وتبرير ذلك ان العديد من الدول اصدرت قانون للتوقيع الالكتروني ، وان اغلب هذه الدول لم تشترط في ان يكون المحرر ورقياً ، وبذلك اجازت التعامل بالمحرر الالكتروني ، وهذا الاعتراف من الدول يؤدي الى ان يكون التعبير عن الارادة عبر الوسائل الالكترونية [91] ، وهذا ما تبنته اتفاقية الامم المتحدة المتعلقة بالتعاملات الالكترونية لسنة 2005 ، حيث اعترفت في المادة الثامنة الفقرة اولا من الاتفاقية بالخطابات الالكترونية ،وكذلك المادة (5) من قانون الأونسترال الخاص بالتجارة الالكترونية ، حيث اعترف بالرسائل والبيانات التي يتم التعامل بها بواسطة الانترنت واوضحت ان هذه البيانات لا تفقد مفعولها القانوني او القابلية على التنفيذ وان كانت في شكل رسالة بيانات ، وهذا بحد ذاته يعتبر اعتراف بالتطور التكنلوجي والذي شمل الاوراق التجارية كوسيلة لتداول الاوراق التجارية والوفاء بقيمتها 0

وبالمقابل تم الاعتراف بالوسائل الإلكترونية من قبل العديد من الدول التي سنت قوانين للتوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية، فقد اصدرت جمهورية مصر العربية قانون التوقيع الالكتروني ذي الرقم (15) لسنة 2004 وبينت في المادة (1/ب) الاعتراف برسالة البيانات التي يتم التعامل بها بالوسائل الالكترونية واشارت بصورة صريحة الى التعامل بالمحررات الالكترونية ، وكذلك المشرع الاردني في قانون المعاملات الالكترونية رقم (15) لسنة 2015 حيث اعترف باستخدام الوسائل الالكترونية الحديثة بكل انواعها للتعبير عن الارادة 0

وذهب المشرع العراقي في قانون التوقيع الالكتروني رقم 78 لسنة 2012 في نفس الاتجاه حيث بين في المادة (1/ حادي عشر) ان العقد الالكتروني هو ان يرتبط الايجاب بالقبول وان صدر بطريقة الكترونية ، كذلك بينت المادة (18) من القانون اعلاه على جواز اتمام العقد بوسيلة

---

(3) د. حسين عبدو الماحي ، نظرات قانونية في التجارة الالكترونية ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ، العدد(31) ، سنة 2002 ، ص293.

(1) انظر المادة (1/حادي عشر) من قانون التوقيع الالكتروني العراقي والتي نصت "العقد الالكتروني هو ارتباط الايجاب الصادر من احد المتعاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه والذي يتم بوسيلة الكترونية " وتقابلها المادة (13) من قانون التوقيع الالكتروني الاردني رقم 85 لسنة 2001 .

الكترونية اذا ما تم الايجاب والقبول الكترونياً [92] ، ونضيف الى ذلك ان القواعد العامة في القانون المدني العراقي النافذ ، لم تشترط شكل معين للتعبير عن الارادة .

من هنا يتضح ان تشريعات الدول اجازت التعبير عن الارادة بصورة الكترونية ، حيث نستطيع القول ان هذه التشريعات اوجدت بدائل للأشكال الورقية التي كانت معتمدة في التعاملات ، والتي كانت تعتمد في عملها على الاوراق المادية الملموسة للتعبير عن الارادة ، والذي يتم بواسطة التوقيع الخطي على اصل الورقة او بصمة الابهام .

ونجد انه عندما يحصل تنازع بشأن الورقة التجارية الالكترونية ، فأن الاصل ان للأشخاص ان يبرموا ما يشاؤون من التصرفات ، وان يتعاقدوا بأي طريقة يرونها مناسبة ، وهذا يعني ان بإمكان الشخص ان يتعامل بالورقة التجارية الالكترونية ، طالما كان هنالك اتفاق بين الاطراف على ان التعامل سوف يكون بالأوراق التجارية عن طريق الوسائل الالكترونية ، وطالما كان هناك تشريع يرسم التعاقد الالكتروني ،وهنا لابد من بيان ان هنالك ثلاثة انواع من الاوراق التجارية الالكترونية ، تتمثل الاولى بالأوراق التجارية التي تنشأ بطريقة تقليدية ويتم تداولها بطريقة الكترونية ،اما النوع الثاني فهي الاوراق التي تنشأ بطرقة الكترونية ليتم تنفيذها بطريقة مادية ، والنوع الثالث هي الاوراق التجارية التي يتم انشائها وتداولها وتنفيذها بطريقة الكترونية ، وهنا يثار تساؤل عن كيفية التعرف على صاحب الارادة ، اذا وضعنا امامنا عقبة اسمها اختراق الغير للشبكة ، وكذلك معرفة القانون الواجب التطبيق .

هنا يمكننا الاجابة على هذه التساؤلات بما ان الاتفاق الصريح بين الاطراف – منشئ الورقة والمستلم – على اعتماد رمز معين او شفرة يتم وضعها على الورقة محل التعاقد سوف يؤدي الى الاطمئنان ويزيد من عامل الثقة بين المتعاملين ، بمعنى لابد ان يكون هنالك اتفاق بين الاطراف على اعتماد الورقة التجارية الالكترونية بالتعامل 0وفضلاً عن ما تقدم وكما يراه البعض ان وسائل الاتصال الحديثة تكون اكثر اماناً وتتفوق بكثير على الاجراءات التقليدية ، ونؤيد هذه النظرة ، لان اغلب البرامج والمواقع الالكترونية يتطلب الولوج والوصول اليها كلمة مرور ، وهذه الكلمة تعطى فقط للأشخاص المرخص لهم بالدخول ، وبذلك سوف يتوفر العامل المهم وهو الامان ، فضلاً عن المميزات الاخرى 0

وهنالك عوامل اخرى تقلل من حجم الصعوبات التي تتزامن مع اختيار القانون الواجب التطبيق، ولغرض زيادة الثقة بالورقة التجارية لابد من بيان ان هنالك بعض الحالات التي قد تحصل ، ويثار بشأنها تساؤلات ، ما هو مصير ورقة تجارية انشأت على خلاف ارادة المنشئ ، او ان يجري تحريف لهذه الورقة التجارية ، ولغرض الاجابة على هذه التساؤلات ، وبالنظر من جهة اخرى لحداثة التعاملات الالكترونية ولحداثة التشريعات الدولية بخصوص التجارة الالكترونية ولتوفير الحماية اللازمة فقد وجدت الحماية للمعلومات الالكترونية بواسطة انظمة وبرامج يتم تنزيلها على جهاز الحاسوب ، وهذه البرامج تقوم بعمل ما يسمى بالجدار النـــاري (fire wall) ، والذي يقوم بدوره بحماية البيانات التي يتم ارسالها بصورة الكترونية من التدخل

---

(2) انظر الى قانون التبادلات والتجارة الالكترونية التونسي رقم (83) لسنة 2000 حيث بين في الفصل الاول من الباب الاول على اجازة التعبير عن الارادة بطرق الكترونية ، وكذلك قانون المعاملات الإلكترونية لإمارة= =دبي رقم (2 لسنة 2000)، وقانون التجارة الالكترونية البحريني الصادر عام 2002 حيث بين ذلك في المادة العاشرة منه .

او التطفل الخارجي ، ويرسل رسالة تحذيرية عندما يريد شخص اختراق الشبكة او ان هذا الشخص غير مصرح له [93] 0

وبعد ان بينا موضوع الصعوبات المتزامنة مع اختيار القانون ، وتبين لنا ان الارادة لها الدور الفاعل في تحديد القانون الواجب التطبيق على الورقة التجارية الالكترونية ، وبالاتفاق فيما بينهم يصار الى تطبيق القانون الذي تم الاتفاق عليه ، وهذا الاجراء يتم العمل به عندما تكون الارادة ظاهرة ، حيث تم ادراج نصوص واضحة وصريحة تتيح للأطراف التعبير عن الارادة عن طريق الانترنيت، وسمحت للأشخاص الاتفاق على خلاف ذلك ، إلا اذا كانت هنالك تصرفات تتطلب شكلية معينة لإبرام التصرف فلابد من مراعاة هذه الشكلية، وفي حالة عدم مراعاة الشكلية المطلوبة يؤدي الى اعتبار التصرف غير صحيح ، مثل التصرفات التي ترد على العقار والأحوال الشخصية والتصرف المطلوب عند التعامل ببيع المركبات والسيارات ، وهذا ما بينته بصورة صريحة المادة (3/ ثانيا) من قانون التوقيع الالكتروني العراقي لسنة 2012 ، وهذا مالا يجوز التعامل به الكترونياً .

الفرع الثاني

الصعوبات القانونية بعد اختيار القانون الواجب التطبيق

بعد ان يتفق الاطراف على اختيار قانون يحكم تصرفاتهم التجارية التي تتم بالأوراق التجارية الإلكترونية بمحض ارادتهم ، وبعد ان تم تحديد هوية الاطراف، نواجه صعوبات اخرى بعد ان تم الاتفاق على اختيار قانون معين يحكم تلك التصرفات ، ومن هذه الصعوبات وحسب ما يراه البعض[94] هو صعوبة اثبات الاتفاق بين الاطراف على اختيار قانون محدد يكون هو الواجب التطبيق على الاوراق التجارية الالكترونية ، والتحدي الاخر هو في حالة تم الاتفاق بين الاطراف على قانون معين ليكون هو الواجب التطبيق ، وهذا القانون الذي تم الاتفاق عليه لا ينظم المعاملات التي تتم بطريقة الكترونية ، وهنالك صعوبات اخرى منها ما قد تكون فنية واخرى قانونية 0

وللإجابة على هذه التساؤلات نود ان نبين الاتي

ان الاوراق التجارية الالكترونية والتي تعد عصب التجارة الالكترونية ، تعمل في فضاء الكتروني ، حيث ترتبط اغلب دول العالم بهذا الفضاء، ويتم تبادل المعلومات بغياب تام لكل شيء ، وعندما تحصل منازعة او خصومة بين الاطراف ، يثار التساؤل حول معرفة القانون الذي يتم تطبيقه على هذه الحالة ، وخصوصا اذا ما عرفنا ان الخصومة ترتبط بأكثر من دولة لانتقال الورقة التجارية الالكترونية عبر الحدود ، واختلاف جنسيات الاطراف ، حيث يتم التبادل بصورة الكترونية كلية 0

وبالعودة الى قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي وفي المادة (الرابعة / ثانياً) والتي نصت على ان " يكون للتوقيع الالكتروني وفي نطاق المعاملات المدنية والتجارية ذات الحجية المقررة للتوقيع الخطي 000"، من ذلك يتضح ان المشرع العراقي اعطى للتوقيع الالكتروني نفس الحجية التي كانت للتوقيع الخطي ولكن بشروط معينة بينتها المادة الخامسة من نفس القانون ، وهذا يعني في حالة توافر تلك الشروط سوف يحوز التوقيع الالكتروني الحجية في

---

(1) د. احمد شرف الدين ، عقود التجارة الالكترونية ، جامعة عين الشمس القاهرة ، 2001 ، ص126 .

(1) د. عصام الدين القصبي ، تنازع الاختصاص القانوني والقضائي الدوليين في مجال التجارة الالكترونية ، مجلة جامعة الامارات العربية المتحدة ، المجلد الرابع ، سنة 2000، ص1629.

الاثبات بنفس درجة حجية التوقيع التقليدي ، وعندما تكون للتوقيع الالكتروني تلك الحجية ، سوف يتمتع المستند المثبت عليه ذلك التوقيع حجية المستند التقليدي ، وبذلك يصبح لدينا مستند الكتروني يحمل توقيعا الكترونيا [95] ، وهذا المستند الالكتروني تكون له الحجية القانونية الكاملة التي اعطاها المشرع للمستندات الورقية ، ولكن بشروط معينة بينتها المادة (13) من قانون التوقيع الالكتروني النافذ ، حيث نصت الفقرة (ج) شرط ان تكون المعلومات المثبتة في الورقة التجارية تدل بصورة واضحة على من حرر تلك الورقة التجارية ، وبالرجوع الى المادة الرابعة ، حيث اعتبرت ان التوقيع الالكتروني يعتبرا صحيحا وصادرا عن الشخص الذي وقعه في حالة توفر وسائل معينة تكشف وتحدد هوية منشأ الورقة التجارية ، وبما ان التوقيع الالكتروني هو العلامة الشخصية – من ارقام او حروف او اشارات او رموز او اصوات - التي يتخذها الموقع لتدل عليه 0

يتضح مما تقدم ان المستندات الالكترونية ومنها الاوراق التجارية الالكترونية تتمثل صعوبتها في الاثبات ، وتزداد تلك الصعوبة في ظل عدم وجود المستندات المحررة بصورة الكترونية واثبات هذه المستندات تتمثل في الكتابة والتوقيع ، فالأخيرة هي الدليل على حصول هذا التصرف ، ولإثبات ذلك لابد من وجود دليل والذي يعتبر هو حياة المستند الالكتروني ،وبما ان المشرع العراقي اعطى للمستندات الالكترونية وكذلك الكتابة الالكترونية ذات الحجية التي اعطاها للمستندات الورقية ولكن بشروط معينة [96] ، فعند تحقق تلك الشروط يثبت الحق لوجود الدليل شريطة ان يكون المظهر الخارجي للورقة التجارية خاليا من العيوب وان لا يبعث على الشك وعدم وجود عيوب مادية مثل الاضافة ، فاذا كان هذا المستند خالي من تلك العيوب تصبح له حجية المستندات الورقية .

ومن الجدير بالذكر ان محكمة التمييز الاتحادية اخذت بالتفسير الواسع والمتطور في الاثبات، وهذا التوجه كان قبل صدور قانون التوقيع الالكتروني ، حيث ذهبت الى اعطاء التوقيع الالكتروني ذات الحجية التي اعطتها للتوقيع المادي ، وهذا التوجه جاء لسد النقص التشريعي للفصل في الموضوع ، حيث ان العالم دخل على ثورة معلومات جديدة ، وهذا يلقي على عاتق القضاء الفصل في الموضوعات، لان القاضي ملزم بموجب القانون من الفصل في الموضوعات التي تعرض عليه ، فإذا وجدت وسائل حديثة الكترونية وعدم وجود نص قانوني يحكم الواقعة المعروضة امام القاضي بإمكان القاضي ان يعتمد على تلك الوسائل لسد هذا النقص ومن ثم الفصل في الموضوع [97] ، ان هذا التوجه من قبل محكمة التمييز يعد اعترافاً بالوسائل الحديثة في الاثبات واعطاء السندات الالكترونية ذات الحجية التي للمستند الورقي والذي لا يعترف بها الا بوجود الدليل الكتابي التي نص عليها قانون الاثبات 0

وبالرجوع الى التساؤل حول اثبات الاتفاق بين الاطراف لتحديد قانون معين يتم تطبيقه في حالة حصول منازعة بينهم ، وبما ان اتفاقية روما وفي المادة (2/9) لتعين القانون الواجب

---

(2) وهذا ما بينته المادة الاولى الفقرة التاسعة من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي النافذ

(1) نصت الفقرة الاولى من المادة 13 من قانون التوقيع الالكتروني العراقي على " تكون للمستندات الالكترونية والكتابة الالكترونية والعقود الالكترونية ذوات الحجية لمثيلاتها الورقية اذا توافرت فيها الشروط التالية 0000ج"ان تكون المعلومات الواردة فيها دالة على من ينشؤها او يتسلمها وتاريخ ووقت ارسالها وتسلمها " .

(2) محكمة التمييز الاتحادية ، الهيئة الموسعة ، رقم القرار (60) في 2012 /6/24 ، منشور في مجلة التشريع والقضاء العراقية س5 ، ع1 ، 2013 ، ص 226 .

التطبيق على العقود ، اعطت الحرية للأطراف في ان يختاروا قانوناً معيناً يحكم العلاقة فيما بينهم [98] .

وبما ان اغلب التشريعات [99] اجازت التعبير عن الارادة بصورة الكترونية ، وهذا ما نص عليه قانون الاونسيترال النموذجي في المادة (1/11) [100] ومن نص هذه المادة يتضح ان بإمكان الاشخاص ان يعبروا عن ارادتهم بطريقة الكترونية ، وتبقى الورقة التجارية صحيحة ومنتجة لآثارها القانونية ولا تفقد هذه الورقة اثارها القانونية لأنها انشأت بطريقة الكترونية ، فإذا حصل نزاع بين اطراف الورقة التجارية ، كان الزاما على القاضي لفض هذا النزاع ان يبحث في اصل المحرر ، ويعتبر المحرر الالكتروني دليلا في الاثبات بنفس مرتبة الدليل الكتابي الذي تم تحريره بصورة ماديه ، وكذلك قانون المعاملات الالكترونية المصري ، وان غالبية الدول تعترف بالمبدأ القائل ان العقود تنشأ بتراضي الطرفين ، وهذا ما بينه المشرع العراقي في المادة (18) من قانون التوقيع الالكتروني النافذ حيث نصت " يجوز ان يتم الايجاب والقبول في العقد بوسيلة الكترونية "، وبالتمعن في نص المادة اعلاه يتبين ان المشرع اجاز التعبير عن الارادة بقيام الموجب بالتوقيع على الورقة التجارية بطريقة الكترونية [101] ، وكذلك المادة (22/ اولاً) من نفس القانون حيث اجازت انشاء الاوراق التجارية بطريقة الكترونية شريطة ان تتوفر فيها شروط معينة ، ومن هذه الشروط هو ما بينته الفقرة (ج) من المادة اعلاه حول اظهار اسماء اصحاب العلاقة في الورقة التجارية ، هذا يدل على ان اطراف الورقة التجارية اتفقوا على ان يتم الوفاء عن طريق الاوراق التجارية الالكترونية ، ودليلنا على ذلك قيام الساحب بوضع توقيعه على اصل الورقة المعدة الكترونيا ، وهذا يعني انصراف ارادة الساحب على انشاء ورقة تجارية بطريقة الكترونية ، ومن ثم اختيار قانون معين يحكم تصرفاتهم ، ومن ذلك يتضح ان اثبات الاتفاق في اختيار القانون الواجب التطبيق يحكم الاوراق التجارية ، ينحصر في الكتابة اولاً ومن ثم التوقيع ، حيث يعبر الأخير عن انصراف ارادة الشخص – محرر الورقة التجارية – على ما ورد في متن الورقة التجارية من بيانات وان تم تحريرها بطريقة الكترونية ، ولكي يحوز التوقيع الالكتروني حجيته القانونية في الاثبات لابد ان يكون معتمداً من جهة التصديق ، وجهة التصديق التي بينها المشرع هدفها ينحصر اعطاء الثقة والاطمئنان الى اطراف الورقة التجارية التي تم انشاءها بطريقة الكترونية عن طريق اصدار ما يسمى بالشهادة الالكترونية ، والتي من خلالها تتم المصادقة على توقيع الشخص ونسبته اليه ، وبمعنى آخر ان جهة التصديق تتحقق من عائدية التوقيع الالكتروني واعتباره صحيحا وصادر ممن وقعه ومرتبط به ، وهذا سوف يحقق

---

(1) Pierre Breeze Guiede juridique de Linter net et du commerce electronique ,et entreprender informatiqe, Vuibert, 2000 ,P354.

(2) انظر نص المادة (13) من قانون المعاملات الالكتروني الاردني والمادة (1/13) من قانون التجارة الالكترونية الاماراتي ، حيث اجازت تلك القوانين التعبير عن الارادة بوسائل مادية او الكترونية

(3) انظر نص المادة 1/11 من قانون الاونسيترال النموذجي " في سياق تكوين العقود وما لم يتفق على غير ذلك يجوز استخدام رسائل بيانات للتعبير عن العرض والقبول 000" .

(4) هنالك استثناءات اوردها المشرع على قاعدة جواز ان يتم التعبير عن الارادة بصورة الكترونية وذلك لان القانون يتطلب شكلية معينه لإجراء هذه التصرفات وهذا ما أشار اليه المشرع العراقي بصورة صريحة في المادة (2/ثانيا) حيث بين في المادة عدم سريان هذا القانون على المعاملات التي تتعلق بالأحوال الشخصية= =والوصية والمعاملات المتعلقة بالتصرف بالأموال الغير منقولة لان القانون رسم لا نشاءها شكلية معينة ولابد من مراعاة هذه الشكلية 0

لنا تطابق ما بين الوظيفة المرسومة للتوقيع التقليدي وهي تحديد هوية الشخص الموقع على الورقة التجارية بصورة تقليدية وبين الشخص الموقع على الورقة التجارية بصورة الكترونية .

اما اذا اتفق اطراف الورقة التجارية على ان يتم التعامل بالأخيرة بصورة الكترونية ، وتم الاتفاق على تعيين قانون ما ليحكم العلاقة القانونية بينهم في حالة حصول منازعة ، وفعلا تم تثبيت قانون الدولة ليتم الرجوع اليه ويكون هو القانون الذي سوف يطبق على الواقعة ، ولكن عند رجوع الاطراف الى القانون الذي تم الاتفاق عليه ، وجدوا ان الدولة التي تم الاتفاق بأن يكون قانونها هو الواجب التطبيق لم تنظم قانون للتوقيع الالكتروني ، في هذه الفرضية ما هو القانون الذي يحكم هذه المنازعة ، وكيف يتم التوصل الى القانون الواجب التطبيق .

ونجد ان الحل يتمثل بإعطاء الحرية للأشخاص من اختيار قانون آخر غير القانون الذي تم الاتفاق عليه عند انشاء الورقة التجارية ليكون هو الواجب التطبيق على تلك الواقعة ، وذلك لان للأشخاص ان يبرموا ما شاءوا من العقود ، ولهم الحرية في اختيار الوسيلة التي يتفقون عليها لتحرير الورقة اذا ما اتجهت ارادتهم الى ذلك ، فعند توجه ارادتهم لاختيار قانون معين يكون هو الواجب التطبيق على الاوراق التجارية المحررة بصورة الكترونية ، ووجد القاضي المعروضة امامه الدعوى بعدم تنظيم تلك الدولة لقانون المعاملات الالكترونية ، هنا يتم اعطاء الحرية لهم في اختيار قانون آخر ينظم تلك المعاملات ، وهذا هو تأكيد للمبدأ في اعطاء الحرية للأشخاص في ابرام ما يشاؤون من التصرفات القانونية التي تنسجم واحتياجهم للتعامل بالأوراق التجارية الالكترونية ، وبذلك يعتبر قانون الارادة هو الوسيلة في تحديد قانون آخر غير القانون الذي تم الاتفاق عليه بين الاطراف ليحكم العلاقة القانونية بينهم ، وهذه الرؤية تنسجم ما توصل اليه مؤتمر سان فرانسسكو الذي انعقد للفترة من 10- 11 أيلول / سبتمبر 2000 ، والذى دعى فيه كافة الدول المشاركة الى منح المتعاقدين على الشبكة العنكبوتية الحرية الكاملة في اختيار اي قانون يحكم العلاقة القانونية بينهم [102] ، وهذا ينسحب على الاوراق التجارية الالكترونية حيث ان الاخيرة تعد اداة التجارة الالكترونية ومتعلقة بأراده الاطراف حول اختيار وسيلة دفع الالكتروني مناسبة في عقودهم .

(1) مشار اليه لدى د. محمد ابراهيم ابو الهيجاء ، عقود التجارة الالكترونية ، مصدر سابق ، ص222 .

الفصل الثاني

القانون الواجب التطبيق في مرحلة تداول الاوراق التجارية الالكترونية

تنتقل الحقوق المدنية عن طريق الحوالة ، حيث اجاز القانون انتقال تلك الحقوق بطريقة سلسه، وهذا ما أشار اليه المشرع في المادة (362) من القانون المدني العراقي ، وتنتقل تلك الحقوق بموجب قواعد حوالة الحق المدنية ، لكن هذه العملية لانتقال الحقوق لا تنسجم مع التعاملات التجارية القائمة على اساس السرعة والائتمان ، حيث كانت الحاجة الى الاوراق التجارية والتي اجاز المشرع انتقالها وتداولها بين الاشخاص ، فيقوم شخص بأنشاء ورقة تجارية ويطلقها للتداول عن طريق تظهيرها من شخص لآخر ، وهذا ما بينته الفقرة الاولى من المادة (51) من القانون التجاري العراقي ، وتقابلها المادة(391) من قانون التجارة المصري.

وتعد الاوراق التجارية الالكترونية امتداداً وتطوراً للأوراق التجارية التقليدية ، وبما ان الاخيرة من اخص خصائصها هي قابليتها للتداول باعتبارها احدى وسائل الوفاء لأنها تقوم مقام النقود ، ومن اخص خصائص الورقة التجارية هي خاصية التداول والانتقال ما بين الاشخاص، وهذا يعني نقل ملكية الورقة بموجب القانون الى شخص الحامل ، وهذا يسمى بالتسليم المادي ، او بالتظهير ، وبما ان الاوراق التجارية الالكترونية امتداد للأوراق التقليدية لذلك لابد ان تكون للأخيرة قابلية التداول لأنها تعد سنداً الكترونياً كمثيلاتها الورقية ، والتي اعطاها المشرع ذات الحجية التي اعطاها للورقة التقليدية ، حيث بينت التشريعات ان للمستندات الالكترونية حجية قانونية لا تقل عن الحجية التي اعطاها القانون لمثيلاتها التي اعدت بصورة ورقية ولكن بشروط معينه ، متى ما توفرت تلك الشروط بالمستند الالكتروني تحققت له الحجية 0

وبذلك نستطيع القول ان الاوراق التجارية الالكترونية تعد سندا قابل للتداول والانتقال من شخص الى آخر وبالطرق التجارية التي رسمها القانون ، وهذا التداول يتم عن طريق المناولة اليدوية في الاوراق التجارية التقليدية ، ويسمى بالتظهير وهو القيام بإجراءات معينة من شأنها اذا ما تمت بصورة صحيحة ان تقوم بنقل الحقوق الثابتة في الورقة التجارية .

وهذا ما بينته اتفاقية جنيف لسنة 1930 وفي نص المادة (2/4) وكذلك المادة (5) من اتفاقية جنيف لسنة 1931 ،اما ما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على تلك الاوراق التجارية التي تم تظهيرها ، والتزام المظهر بما مدون في متن الورقة ، وقد عالجت اتفاقية الاونسيترال لعام 1988 تداول الاوراق التجارية عن طريق التظهير بالمواد (44-45) ، اما المشرع المصري فقد بين في المادة (1/349) الاثر الذي يترتب على التظهير وهو عبارة عن تصريح من قبل المظهر بنقل جميع الحقوق المثبتة في الورقة التجارية الى الشخص الاخر والذي يسمى المظهر اليه ، وذهب المشرع العراقي في قانون التجارة العراقي النافذ في المواد(51-61) واشار بصورة صريحة على ان الاوراق التجارية يتم تداولها من شخص الى آخر عن طريق التظهير، ولتحديد القانون الواجب التطبيق على التزامات المظهر لابد من الرجوع والبحث في قانون التجارة العراقي النافذ ، وعند الرجوع الى نصوص القانون الاخير ، لم نجد ما يوصلنا لمعرفة القانون الواجب التطبيق على التزامات المظهر ،وبما ان القاضي ملزم بالفصل بالقضية

المعروضة عليه بموجب المادة الاولى من القانون المدني العراقي ، بات لزاما على القاضي ان يبحث في قانون آخر ، وعند الرجوع الى نصوص القانون المدني العراقي، وتحديدا في المواد لاسيما بتنازع القوانين المواد (17 -33) لم نجد ما يرشدنا الى الحل حول تحديد القانون الواجب التطبيق على التزامات المظهر .

هنا تثار التساؤلات حول معرفة التزامات المظهر بالأوراق التجارية التقليدية وبظل غياب نص قانوني يحكم تلك التصرفات، يثار التساؤل اذا كان المشرع لم ينص صراحة على قانون معين يتم تطبيقه على الاوراق التجارية التقليدية ، فما هو القانون الواجب الاتباع على التزام المظهر في الاوراق التجارية الالكترونية والتي انشأت بصورة الكترونية ، ومى مدى قابلية الاخيرة على التداول بصورة الكترونية0

وللإحاطة بالموضوع لابد من تقسيم هذا الفصل الى مبحثين نبين ، سنعقد الاول لمعرفة القانون الواجب التطبيق على التزامات المظهر ، ونخصص المبحث الثاني لدراسة ومعرفة مدى ملائمة تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص التقليدية على الاوراق التجارية الالكترونية وكالاتي :

المبحث الاول

القانون الواجب التطبيق على تظهير الاوراق التجارية الالكترونية

الورقة التجارية سواء كانت تقليدية أو الكترونية تبدأ حياتها عند انشائها اولاً من قبل الساحب ، ويسمى بتحرير الورقة التجارية الى شخص آخر يسمى المستفيد ، ولهذا الاخير ان يستوفي قيمتها من الشخص الثالث والذي يسمى بالمسحوب عليه ، وبذلك تنتهي حياة هذه الورقة التجارية ، اما اذا اراد المستفيد تداول هذه الورقة التجارية والتعامل بها مرة اخرى ، فعليه ان يقوم بتظهيرها واعادة الحياة اليها لتداولها مرة اخرى ، وهنا يثار التساؤل الآتي ، هل بالإمكان تظهير الاوراق التجارية المحررة كلياً بصورة الكترونية ومن ثم قابليتها للتداول ، وما هو القانون الواجب التطبيق على تلك الاوراق ، وللإجابة على هذه التساؤلات لابد من تقسيم هذا المبحث الى مطلبين نخصص الاول لدراسة وبيان القانون الواجب التطبيق على التزامات المظهر ، وسنعقد الثاني الى قابلية الورقة التجارية للتداول والقانون الواجب عليها وكلاتي :

المطلب الاول

القانون الواجب التطبيق على التزامات المظهر

ان التطورات الكبيرة والمتسارعة التي شهدها العالم من استخدام شبكة الانترنت ، القت بظلالها على التجارة الالكترونية ، وعدم انسجام الاوراق التجارية التقليدية مع التجارة الالكترونية ، بات الاحتياج الى اكتشاف اوراق جديدة تحل محل الاوراق التجارية التقليدية ، لعدم قابلية الأخيرة على التعامل والتعاطي مع المعلوماتية بنفس السرعة التي تتطلبها التجارة

الالكترونية ، وتعد الاوراق التجارية الالكترونية وكما يراه البعض من ابتكار المصارف وكان للأخيرة الدور المميز في ظهور هذه الاوراق [103] ، بمعنى ان الاوراق التجارية الالكترونية لم يكتشفها الفقهاء ولم تكن من عمل المشرع ، وانما اقتصر دور المشرع هنا على تقنين قواعد العمل المصرفي ، ولازدياد الحاجة للتعامل بالأوراق التجارية الالكترونية وتشجيع صناعة الانترنت وتكنلوجيا المعلومات وتنظيم المعاملات الالكترونية ومواكبة التطور اجاز المشرع ان يتم التعامل بالأوراق التجارية الالكترونية[104]، واعطى للأخيرة حجية قانونية مساوية لنظيرتها التقليدية، وهنا يثار التساؤل حولة معرفة القانون الواجب التطبيق على التزامات مظهر الورقة التجارية وكما هو معروف فأن للتظهير انواع مختلفة ، فهل ان القانون الذي يتم تطبيقه على التظهير التمليكي ينسحب على التظهير التوكيلي وكذلك التظهير التوثيقي ، هذا ما سوف نبينه من خلال هذه الدراسة .

التعامل بالأوراق التجارية الالكترونية عن طريق الانترنت يؤدي الى حصول تنازع بين القوانين لحكم المسائل المتعلقة بها ، وذلك لأن المشرع لم يبين القانون الواجب التطبيق على هذه الالتزامات ، وهذه تبدو مسألة ضرورية ، لوجود فرق بين وسائل الوفاء الالكترونية وتلك التقليدية [105]، لكي يتمكن الاطراف من معرفة ما يترتب عليهم من التزامات وما لهم من حقوق ، وبالرجوع الى الاتفاقيات الدولية حول تحديد القانون المتعلق بالأوراق التجارية التقليدية ، نجد ان اتفاقية جنيف لسنة 1930 المشار اليها سابقاً قد اخضعت التزامات المظهر لقانون الدولة التي تم فيها التظهير وهذ ما بينته في المادة (2/4) ، وكذلك اتفاقية جنيف لسنة 1931 المتعلقة بالشيك ، وتحديدا المادة (5) ذهبت الى نفس الاتجاه .

وقد بين المشرع العراقي التظهير والاثار التي تترتب عليه في قانون التجارة النافذ في المواد (51- 61) ولكنه لم يشر بصورة صريحة الى تطبيق قانون محدد عند اختلاف الاطراف ، والتظهير التمليكي يؤدي الى نقل جميع الحقوق المثبتة في الورقة التجارية ناقلا الحق الثابت فيها الى المظهر اليه .

اما حول معرفة القانون الواجب التطبيق على تظهير الاوراق التجارية والتزامات المظهر فلم نجد نص قانوني في القانون اعلاه يحكم تلك التصرفات ، وكما بينا سابقا ان القاضي ملزم بالفصل المنازعة المعروضة امامه ، هنا لابد من الذهاب الى قواعد تنازع القوانين التي نص عليها المشرع العراقي في القانون المدني ، وعند الرجوع الى نصوص القوانين لم نعثر على نص مادة تحدد لن القانون الواجب التطبيق ، وهنا ذهب الفقـــه المصري الى تطبيق نص المـادة (19 /1) من القانون المدني حيث اشارت الى اخضاع التزامات المظهر الى القانون الذي اختاره الطرفان ليكون هو الواجب التطبيق ، وهذا يعني اعطاء الدور الاكبر لإرادة الاطراف على اختيار قانون معين يطبق على تصرفاتهم ومعاملاتهم ، وفي حالة عدم اختيار الاطراف قانون معين هنا سوف يخضع الاطراف الى قانون الموطن المشترك في حالة اتحاد الموطن ، وهذه

---

(1) د . باسم علوان العقابي ، الحوالة الالكترونية ، مجلة جامعة كربلاء ، مجلد 10، عدد 2012، ص177

(1) انظر نص المادة (22/ اولاً) من قانون التوقيع الالكتروني العراقي النافذ حيث نصت "يجوز انشاء الاوراق التجارية والمالية بطريقة الكترونية وفقً للآتي 0000000000" وبهذا يكون المشرع قد واكب التطورات الحاصلة في التجارة بصورة عامة والتجارة الالكترونية بصورة لاسيما 0

(2) د. يوسف حسن يوسف ، البنوك الالكترونية ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، 2012 ، 137 .

المادة تتطابق تماما مع المادة (25 ف 2)[106] من القانون المدني العراقي اما اذا اختلف الموطن فسوف يكون القانون الذي يجب تطبيقه هو قانون الدولة التي نشأ فيها التظهير، هذا ما بينته التشريعات حول القانون الواجب التطبيق في تظهير الاوراق التجارية التقليدية .

ويعد التظهير التمليكي اهم التظهيرات التي تجري على الاوراق التجارية ، حيث يؤدي الى نقل جميع الحقوق الموجودة في الورقة التجارية الى المظهر اليه ، ومن المعروف ان الورقة التجارية يتم تداولها بالتظهير ، وهنالك العديد من الاتفاقيات الدولية اعطت الحرية للأطراف على اختيار قانون محدد يحكم تصرفاتهم ، ومنها اتفاقية لاهاي لسنة 1955 حيث بينت المادة (1/2) ان القانون الذي يطبق هو القانون الذي حددته ارادة الاطراف ، وكذلك جاءت اتفاقية جنيف لعام 1964 واتفاقية روما لسنة 1980 حيث سارت بنفس الاتجاه ، وكذلك اتفاقية مكسيكو لسنة 1994على ان القانون الواجب التطبيق هو الذي تم اختياره من قبل الاطراف .

والى ذات المعنى اشارت المادة (1/28) من قانون لجنة الامم المتحدة لسنة 1985 ، كما بينت اتفاقية لاهاي لسنة 1986 في المادة السابعة على ان القانون الواجب التطبيق هو القانون الذي اتفق عليه الاطراف ، من ذلك يتضح ان القانون الواجب التطبيق على التصرفات التي يجريها المظهر او المظهر اليه من بعد على الورقة التجارية التقليدية خاضعة لإرادة الأطراف في اختيار قانون محدد بعينه لينطبق على التزاماتهم ولضمان تداول الورقة التجارية ، وهذا المعيار تبناه المشرع الفرنسي في المادة (511/ 12) من قانون التجارة الفرنسي [107] .

اما في مجال التعامل بالأوراق التجارية بصورة الكترونية واطلاقها للتداول عن طريق التظهير ، فقد جاءت نتيجة نشاط الحركة التجارية ، وظهور التجارة الإلكترونية على المستويين الدولي والوطني ، ويعد التعامل عن طريق الشبكة العنكبوتية ذات طابع دولي ، لان شبكة الانترنت عابرة للحدود ، اي انها ذات طابع عالمي دولي مفترض ، وهذا هو الاصل مالم يثبت العكس ، وهذا يجعل العلاقة القانونية ترتبط بأكثر من دولة ، وهذا الارتباط سوف يثير تنازعا بين القوانين لحكم تلك العلاقة التي تمت عن طريق هذه الشبكة .

ولمعرفة القانون الواجب التطبيق على الاوراق التجارية الالكترونية لابد ان نبين الخطوات الواجب اتباعها لتحقيق تداول آمن للورقة التجارية ، حيث يقوم المشتري بشراء بضاعة من البائع وهنا لابد من الاشارة انه يجب ان يكون البائع والمشتري لديهما حساب جاري لدى نفس الجهة وليكن مصرف ، حيث يتم تحديد التوقيع الالكتروني للبائع والعميل من قبل المصرف كلا على انفراد – وهذا ما يجري الان في المصارف – وعند طلب العميل لشراء بضاعة معينة يقوم البائع بتجويل هذا الطلب الى جهة التصديق ، والاخيرة تعد الجهة الرسمية المخولة لإصدار الشهادات الالكترونية ، وهذا ما نصت عليه الفقرة الرابعة عشر من المادة الاولى من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية النافذ والتي نصها "جهة التصديق هي الشخص

---

(1) نصت المادة (25ف1) من القانون المدني العراقي "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا ، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا مالم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف ان قانونا آخر يراد تطبيقه .

(2) ونص المادة (511 / 12) باللغة الفرنسية هو =

=ART (511 / 12) " Les personnes actionne'es en vertu de la letter de change ne peuvent pas opposer au porteur les exceptions fonde'es sur leurs rapports persnnels aves le tireur ou aves les porteurs ante'rieurs ,a'moins que le porteur, en acque'rant la letter , n'ait agi sciemment au de'tirment du de'biteur."

المعنوي المرخص له اصدار شهادات تصديق التوقيع الالكتروني وفق احكام هذا القانون " [108] ،وهنا يقوم مقدم هذه الخدمة وبصورة مباشرة بأرسال اشعار رسمي الى الاطراف يبلغهم بصلاحية العملية التجارية ، وبعد ذلك يقوم العميل بتحرير ورقة تجارية بمبلغ البضاعة ، ويتم ايداعه في حساب البائع وبعد ذلك يتم اعداد كشف من قبل الوسيط وارساله الى البائع ، وبهذه الاجراءات قد تكون عملية البيع والشراء قد تمت بطريقة الكترونية .

مما تقدم يتضح ان عملية البيع والشراء عن طريق الشبكة العنكبوتية يتم حسب اتفاق الاطراف – التفاوض فيما بينهم - حتى يصلوا في النهاية الى تحديد سعر البضاعة ، وبعد الاتفاق النهائي على المبلغ وكذلك اختيار وسيلة الدفع – تقليدية ام إلكترونية - يقوم العميل بملء البيانات المطلوبة بصورة الكترونية ، ويستمر بمتابعة الايعازات الكترونية التي ستظهر للساحب وعند اكتمال ملئ هذه الورقة التجارية بصورة الكترونية يتم توقيع الساحب على هذه البيانات للدلالة على موافقته على هذه العملية ، والتوقيع هنا يتم بصورة الكترونية ، وهذه التقنية تظهر – التوقيع الالكتروني بصورة مشفرة - حيث لا يمكن قراءة الكلمات المكتوبة لأنها ستظهر بشكل رموز مشفرة ، ويقوم المستفيد بقراءة هذه الكلمات المشفرة عن طريق نظام مقابل وهذا الاخير يكون خاصا بالمستفيد فقط – او من يخوله – وهذه العملية هي لزيادة الاطمئنان والتأكد من ان الورقة التجارية لم تتعرض للتلاعب أو القرصنة من قبل الغير ، ومن ثم يقوم بأرسال هذه الورقة التجارية الى المستفيد عبر الشبكة العنكبوتية ، ومن الجدير بالذكر هنا ان الورقة التجارية الالكترونية بعد ارسالها لا يمكن تعديلها 0واثار البعض الفقه [109] اشكالية الورقة التجارية الالكترونية حول صعوبة اجراء بعض العمليات عليها مثل التظهير

ونجد ان الصعوبة لا تعني الاستحالة لتنفيذ هكذا عملية بصورة الكترونية ، وعندما لا يوجد نص قانوني يطبق على التظهير التمليكي للورقة التجارية المحررة بصورة الكترونية فيمكن الرجوع للقواعد العامة كلما امكننا اجراء العملية ، وهذا يعني ان المعاملات التجارية ومنها الاوراق التجارية التي تتم بصورة مادية والتي يتم تحريرها في دولة وتداولها في دولة اخرى لا تشكل اي صعوبة في تحديد القانون الذي يحكمها ، وذلك لسهولة تحديد المكان الذي تم فيه الانشاء والتظهير ، وسوف تخضع لقواعد تنازع القوانين ، أما العمليات التي تتم على الورقة

---

(1) اعدت لجنة الامم المتحدة قانون تجارة دولي وساوت فيه بين المحررات الالكترونية وبقية الادلة الكتابية فقد الزمت المادة (1/3) من مشروع القانون الاوربي الدول الاعضاء بتشريع نصوص لاسيما تسمح فيها من قيام جهات معينة وتحت اشراف الدولة تتبنى موضوع التوقيع الالكتروني ، وتصدر شهادة لاسيما تمنح الثقة للأشخاص في التوقيع الالكتروني ، والزم القانون الاوربي بوضع النصوص التي من شأنها ان تصدر شهادة اعتماد من جهة مختصة يتم انشائها تسمى جهة تصديق التوقيع الالكتروني ، ونصت المادة (1/ و) من قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 بأن شهادة التصديق الالكتروني هي " الشهادة التي تصدر من الجهة المرخص لها بالتصديق وتثبت الارتباط بين الموقع وبيانات انشاء التوقيع " ويشترط لإصدار شهادة التصديق ان يكون التوقيع الالكتروني مستوفيا للشرائط حتى يعتد به ومنها ان يكون التوقيع مرتبط بالشخص= =الموقع وان يتم انشاؤه بواسطة اجراءات وتقنيات لا تسمح بأجراء اي تعديل على المحرر بعد اصداره ، وبين قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاماراتي رقم 2لسنة 2002 في المادة الثانية منه على شهادة التصديق حيث نصت (شهادة التصديق يصدرها مزود خدمات التصديق يفيد فيها تأكيد هوية الشخص او الجهة الحائزة على اداة توقيع معينة ، ويشار اليها بهذا القانون بالشهادة " .

(1) د . مراد عبد الفتاح ، شرح قوانين التوقيع الالكتروني في مصر والدول العربية ، ط1، شركة البهاء للبرمجيات والكمبيوتر والنشر الالكتروني ، بدون سنة نشر ، ص122 ، د. مصطفى كمال طه ، ود. وائل انور بندق ، الاوراق التجارية ووسائل الدفع الالكترونية الحديثة ، مصدر سابق ، ص 349 .

التجارية في البيئة الالكترونية من تظهير وضمان وغير ذلك ، فأن هذه العمليات اذا لم يشر القانون بصورة صريحة الى تطبيق قانون محدد ، فأنها لا تكون خاضعة لأي قانون ، بمعنى انها سوف تكون خاضعة لأكثر من قانون ، وهنا سوف تزداد مساحة التنازع لحكم هذه العلاقة ، هنا وكما يراه البعض ولحل هذه الاشكالية لابد من تطويع القواعد التقليدية للعمل في البيئة الالكترونية [110]، وهذا ما بينه المشرع العراقي في قانون التوقيع الالكتروني حيث نصت المادة (2/23) " تسري احكام الاوراق التجارية والمالية الورقية المنصوص عليها في القانون على الاوراق التجارية والمالية الالكترونية وبما ينسجم واحكام هذا القانون " .

من ذلك يتضح ان التطور الحاصل في التجارة الالكترونية الدولية ، قد ازدادت بشكل متسارع لانتشار الشبكة العنكبوتية واجهزة الحاسبات ، وكذلك سهولة الدخول الى هذه الشبكة ساعد على ازدياد الاعداد التي تستخدم شبكة الانترنت في تعاملاتهم وهذا بدوره القى بظلاله على التجارة الالكترونية لان التبادلات التجارية بصورة الكترونية تتطلب وسيلة دفع الكترونية ، وظهور الورقة التجارية الالكترونية بنوعيها كبديل للورقة التجارية التقليدية في التعاملات الالكترونية ، والتي تعد عصب التجارة زاد من حجم التبادلات ونشطت التجارة بشكل كبير ، وطاما لا يوجد مانع من اجراء التظهير على الاوراق التجارية المحررة بصورة الكترونية ، وطالما كان هناك نظام معالجة للورقة التجارية يستطيع ان يثبت الحق ويتحقق من عائدية التوقيع الالكتروني للمظهر ، بات بالإمكان اجراء التظهير التمليكي ويكون ذلك عن طريق مصرف ، وهذا ما نصت عليه المادة (22/ 2) من قانون التوقيع الالكتروني النافذ حيث بينت في الشروط الواجب توافرها في الورقة التجارية الالكترونية هي " أ- ضمان تداول آمن للورقة التجارية ب - ضمان تداول الورقة التجارية بصورة غير قابلة للتغيير ج – إظهار اسماء اصحاب العلاقة في الورقة التجارية " .

يرى البعض من الفقه ان ما نصت عليه المادة (22/ ثانيا) من شروط تعد مشكلة تعيق تداول الأوراق التجارية ، ويبرر الفقه هذه الرؤية لعدم امكانية خلق بيئة موحدة آمنه لتداول هذه الاوراق لعدم وجود نظام موحد يمكن الركون والاتفاق عليه ، سيما عندما تتداول هذه الاوراق وتنتقل من شخص الى آخر بصورة الكترونية ، فضلاً عن ذلك وجود صعوبات قانونية تتمثل بإمكانية حيازة الورقة ، وهل بالإمكان عرضها للقبول ومن ثم دفع قيمتها ، وقد تتعرض هذه العمليات الى الاحتيال لعدم وجود نظام موحد للتداول الامن [111] .

ونجد ان حجم الصعوبات التي ناقشها الفقه لا يحول دون التعامل بالأوراق التجارية ، حيث سنت الكثير من الدول الاوربية والعربية قوانين للتوقيع الالكتروني والمعاملات الالكتروني ، حيث ضمنت الكثير من التشريعات في نصوص موادها التعامل بالأوراق التجارية الالكترونية ، والمتفق عليه بين التشريعات ان الورقة التجارية لا تكتسب هذه الخاصية إلا اذا كانت قابلة للتداول ، وتداول الورقة التجارية يكون بالتظهير ، حيث يتم نقل الحق المثبت في الورقة التجارية من شخص الى آخر بسهولة ، حيث يقوم المظهر بوضع توقيعه على ظهر الورقة ، حيث بالإمكان التغلب على الصعوبات من خلال اعتماد وسائل لتشفير الورقة التجارية وكذلك اعتماد

---

(1) طه كاظم حسن المولى، تطويع قواعد الاسناد في عقود التجارة الدولية ، مصدر سابق, ص111 .

(1) أ د . عباس العبودي ، شرح احكام قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم 78 لسنة 2012 ، مصدر سابق ، ص160 .

جهة التصديق الالكتروني التي تبنتها اغلب القوانين التي سنت قانون للتوقيع الالكتروني ، حيث ان هذه الحلول سوف تساعد في تحقيق شروط الورقة التجارية وتضمن تداول آمن لها [112].

من ذلك يتضح ان القانون الواجب التطبيق على التظهير التمليكي ، يتطلب اتفاق الاطراف مبدئيا على اختيار قانون معين يحكم تصرفاتهم ، حيث ان التعامل بالأوراق التجارية بصورة الكترونية يتصف بالخاصية الاختيارية ، اي ان للأطراف حرية اختيار وسيلة الوفاء [113] ، واذا ما اتفقوا على ان تكون الاوراق التجارية الالكترونية هي الوسيلة المفضلة لديهم ، هنا لابد من تحديد قانون معين يحكم تصرفاتهم ، لاسيما اذا ما تم تظهير الورقة التجارية تظهيراً اسمياً ، والذي يعني ذكر اسم المظهر اليه على الورقة من قبل المظهر ، وهذا هو مناط التمييز بين التظهير التمليكي وبقية انواع التظهير ، حيث العمليات التي تجري على الاوراق التجارية لضمان تداولها تتمثل بالتظهير .

والتظهير يعني اجراء عملية التوقيع على ظهر الورقة التجارية ، وله اشكال متعددة تتمثل بالتظهير التمليكي والتوثيقي بالإضافة الى التوكيلي والتظهير على بياض، والاتفاقيات الدولية وكذلك قوانين الدول التي نظمت المعاملات الالكترونية والتوقيع الالكتروني قد عرفت التوقيع الالكتروني [114] وان اختلفت في التعريفات في اللفظ فأنها قد اجتمعت عند مفهوم واحد هو ان البيانات التي يتم وضعها على المحرر إلكتروني من حروف او اشارات او ارقام او غير ذلك وتكون مدرجة بشكل الكتروني او اي وسيلة اخرى ، ويكون ذو طابع يسمح بتحديد هوية الاشخاص الذين وضعوا توقيعهم على المحرر ليدل دلالة واضحة على شخص الموقع [115] ، وهذا يدل دلالة واضحة ان العمليات التي تجري على الاوراق التجارية من تظهير عبر الشبكة العنكبوتية وكما يصفها البعض رحلة عبر الارقام [116] ، وبذلك يعتبر التوقيع الالكتروني صادرا عن الموقع متى ما باشر الشخص بإجراءات ناتجة عن حركة اليد ولكن بطرقة تختلف عن التقليدية ، حيث لا يمكن قراءة الاولى ، وإنما تحتاج لجهاز حاسبة ، حتى يتمكن من حل التشفير وينسب التوقيع الى صاحبه .

وهنا لابد من بيان ان القانون الذي يحكم التوقيع الالكتروني من اجراء عملية وضع التوقيع على الورقة التجارية التي تم انشاءها بطرقة الكترونية هو قانون الدولة التي وضع الموقع توقيعه عليها ، ومن المفيد هنا ان نشير ان التعامل بالأوراق التجارية الالكترونية يتم عن طرق المصارف ، حيث لا يمكن التعامل بالأوراق التجارية الالكترونية من الناحية الواقعية إلا من

---

(2) د. صليحة حاجي ، التعاقد الرقمي ، مصدر سابق ، ص147 .

(3) أقرت هذا المبدأ العديد من الاتفاقيات الدولية ، حيث اخضعت التجارة الالكترونية لهذا المبدأ وذلك لان بإمكان الاطراف اختيار قانون معين يحكم تصرفاتهم ، وهذا بدوره يؤدي الى الترابط بين التكنلوجيا الحديثة – ثورة المعلومات - والتجارة الدولية .

(1) انظر نص المادة (39) من اتفاقية الاونسترال ، والمادة الاولى من اتفاقية الامم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية حيث نصت الفقرة الاولى على ان بنود هذه الاتفاقية تطبق على الخطابات الالكترونية في حالة الانشاء أو التنفيذ محرر معين بين اشخاص متواجدين في دول مختلفة ، وانظر المادة 1316 /1 من التشريع الفرنسي للتوقيع الالكتروني والمادة (1/ج) من قانون تنظيم التوقيع الالكتروني المصري والمادة (5/1) من قانون التوقيع الالكتروني العراقي .

(2) د منير الجنبيهي ، د ممدوح الجنبيهي ، البنوك الالكترونية ، مصدر سابق ، ص 75 .

(3) Matthew Burn stein , A Global network in a compartmentalized legal environment, p . 23 .

خلال تلك المصارف ، وهذا يتطلب بدوره الاتفاق المسبق – كما بينا سابقا – بين اطراف العلاقة على اختيار آلية الدفع ، فلهم ان يختاروا بين التعامل بالأوراق التقليدية ام الالكترونية .

واذا ما اتفق الاطراف على اختيار الدفع عن طريق ما يسمى بالنظام الالكتروني ، هنا لا توجد اشكالية في تحديد القانون الواجب التطبيق عند تحرير ورقة تجارية بطرق تقليدية ولكن الوفاء بها يكون بطريقة الكترونية ، وهذا يسمى بطرق الوفاء الالكتروني ، ففي هذه الحالة يتم تطبيق قانون الدولة التي يوجد فيها مصرف المسحوب عليه ، حيث يوجد مقابل الوفاء ، وهذا يعني انه لابد ان يوجد تنسيق مسبق بين الساحب والمسحوب عليه على ان يتم التعامل عن طريق ورقة تجارية الكترونية تنشأ بصورة تقليدية ويتم تداولها بصورة الكترونية ، وهذه تعد ورقة تجارية بالمعنى الحقيقي وكما يراه البعض تنشأ بطريقة تقليدية وتتداول بطريقة الكترونية ، وهنا سوف تخضع لقواعد قانون الصرف [117] .

ويرى البعض الاخر من الفقه [118] وهو ملا يؤيده الباحث ، ان الورقة التجارية الممغنطة بصورة كلية لا تعد ورقة تجارية ، ويدافعون عن وجهة النظر المتقدمة هذه ان الورقة التجارية تتطلب وجود مادي حقيقي للسند المستخدم كدعامة لتثبيت البيانات والتظهيرات التي تتطلبها الورقة التجارية ، اما بالنسبة للورقة التجارية الالكترونية فقد وصل فيها التجريد المادي الى الغاء المحرر الورقي بصورة تامة ، وبهذا الوصف سوف تفقد الورقة التجارية شكلها كورقة ، فضلاً عن ذلك الورقة التجارية يتطلب القانون تداولها ، وتتداول الاخيرة عن طريق التظهير ، ويتطلب التظهير ان توجد ورقة مادية وهو ما نفتقده بالمحرر الالكتروني ، وبذلك عدم امكانية اجراء عملية التظهير ، وهذا سوف يؤدي الى فقدان الورقة التجارية احدى وأهم خاصية وهي قابليتها للتداول بالتظهير[119] .

ويذهب الباحث الى رأي مغاير لوجهة النظر المتقدمة ، وكما بينا سابقا ان المشرع اطلق تسمية محرر ولم يشترط ان يكون هذا الأخير ورقيا ، لان مصطلح محرر لا يقتصر معناه على نوع معين ومحدد سواء كان ورقيا او اي شكل آخر ، وبذلك فأن مصطلح محرر يشمل المحرر الورقي والالكتروني بنفس المرتبة ، لذلك وعلى رأي البعض لابد من اجراء تغيير للمفهوم القانوني التقليدي للمحرر ليشمل المحرر الذي يتم بصورة الكترونية ، وهذا التغيير وحسب وجهة النظر المتقدمة لابد ان يكون قانونيا ويكون ايضا مقبولا نفسياً ، بحيث يتقبله رجال القانون ، وتأتي هذه الصورة منسجمة مع تشريع العديد من الدول الاوربية والعربية قانون للتوقيع الالكتروني ، واعطت اغلب القوانين التي تم تشريعها مكانة وقيمة للتوقيع الالكتروني ذات المكانة والقيمة المعطاة للتوقيع التقليدي ، ويذهب الباحث مع الرأي القائل ان الاوراق التجارية

---

(1) د محمد السيد الفقي ، المعلوماتية والاوراق التجارية ، الطبعة الاولى ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، 2005 ، ص 78 ، د نبيل صلاح محمود العربي ، الشيك الالكتروني والنقود الرقمية دراسة مقارنة ، بحث مقدم للمؤتمر حول الاعمال المصرفية بين الشريعة والقانون ، جامعة الامارات العربية المتحدة ، مشار اليه لدى د نايف عبد العال حنون الفرا ، تنازع القوانين في الاوراق التجارية ، مصدر سابق ، ص 478

(2) د . نايف عبد العال الفرا ، تنازع القوانين في الاوراق التجارية – دراسة مقارنة – المصدر نفسه ص 478-480 .

(1) انظر نص المادة (51) من قانون التجارة العراقي ، وتقابلها المادة (391) من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999، والمادة (1326) من قانون التجارة الفرنسي الجديد لعام 2000 واشارت الى نفس المعنى المادة 391 من قانون التجارة المصري والمادة (51) من قانون التجارة العراقي النافذ .

الإلكترونية الممغنطة بصورة جزئية أو كلية تخضعان الى قواعد قانون الصرف [120]، وهذا ما بينته المادة (23/ ثانيا) من قانون التوقيع الالكتروني النافذ ، وكذلك اجاز القانون تداول الاوراق التجارية ، ولا يمكن تداول الأخيرة إلا عن طريق التظهير وهذا ما سنوضحه في المطلب الثاني من هذه الدراسة .

وبالرجوع الى قواعد قانون الصرف ، فأن القانون الواجب التطبيق على التظهير سوف يكون قانون محل اجراء التظهير، وان اختلف نوع التظهير بين الانواع المتقدم ذكرها ، وقانون محل اجراء التظهير هو قانون المستفيد ، حيث ان محرر الورقة التجارية حررها لوجود تعامل تجاري يتطلب ذلك واتفق الاطراف ان يتم الدفع بواسطة الورقة التجارية الالكترونية ، وعندما استلم المستفيد الورقة التجارية بصورة الكترونية اطلقها للتداول عن طريق تظهيرها الى مستفسد اخر هو المظهر اليه ، وبالإمكان تطبيق قانون البنك، في حالة تظهير الورقة التجارية لمصلة الاخير ، بمعنى اذا تم تظهير الورقة التجارية لمصلحة البنك من قبل المستفيد المظهر السابق . أما التظهير على بياض فلا يمكن تصوره في الاوراق التجارية الالكترونية ، وهو عدم ذكر المظهر اليه ، بمعنى يتم التوقيع فقط على ظهر الحوالة دون ذكر اسم للمستفيد .

المطلب الثاني
تداول الاوراق التجارية الالكترونية بالتظهير

يتمثل استعمال الاوراق التجارية في تسوية المعاملات التجارية التي تتم بين اطراف يقيمون في دول مختلفة ، وسواء كانوا اشخاص طبيعيين أو معنويين على حد سواء ، وتتم عن طريق تحرير ورقة تجارية في دولة ما ، ومن ثم تتداول هذه الورقة الى شخص آخر يقيم في دولة اخرى ، هذه العملية تتم دون الوصول الى الدولة التي يوجد فيها مقابل الوفاء لاستيفاء قيمة الورقة التجارية ، وتنتقل الى دولة ثالثة ورابعة وهكذا ، وهنا سوف يحصل تنازع بين بين تلك القوانين ، حيث يتم رفع دعوى في دولة بينما العمليات التي اجريت على الورقة التجارية تمت في دول مختلفة ، كما لو تم تحرير ورقة تجارية في العراق وتم تظهير هذه الورقة في مصر وتم تقديم الورقة للوفاء في الاردن ، فهنا اي القوانين سوف يتم تطبيقه ، هل هو قانون بلد الانشاء ام قانون بلد التظهير ام قانون بلد الوفاء [121].

حيث من المعروف – وكما بينا سابقا – ان حياة الورقة التجارية تبدأ بتحريرها وتستمر حياتها بالتداول والتنقل من شخص الى آخر بالطرق القانونية ، وتنتهي تلك الرحلة بالوفاء ، ولا يوجد اشكال اذا ما انشأت الورقة التجارية في دولة معينة وتم تداولها بين الاشخاص ضمن حدود تلك الدولة ، حيث سوف يذهب القاضي الى تطبيق القانون الوطني لتلك الدولة لفض الخصومة الحاصلة ، ولكن المشكلة سوف تثور في حالة عبرت هذه الورقة التجارية تلك الحدود وتم تداولها بين الدول ، فهنا سوف تتنازع القوانين لحكم تلك العلاقة ، فهنا لابد من معرفة القانون الواجب التطبيق في ظل القانون الدولي الاتفاقي وكذلك بيان القانون الواجب التطبيق في ظل القانون العراقي والقوانين محل المقارنة .

---

(2) د. محمد حسام لطفي ، الاطار القانوني للمعاملات الالكترونية ، دراسة في قواعد الاثبات المدنية والتجارية مع اشارة لاسيما لبعض قوانين الدول العربية ، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 ، ص 26 .

(1) د. صليحة حاجي ، التعاقد الرقمي ونظم الحماية الالكترونية ، مصدر سابق ، ص 82 وما بعدها .

وفي ظل التطورات المتسارعة في التجارة بصورة عامة ونشاط التجارة الالكترونية ، وارتباط الاشخاص من دول مختلفة في موطن واحد ان صح التعبير، ووجودهم في اماكن مختلفة ولكن بنفس الزمان ، وابتكار وسائل حديثة لتداول النقود بصورة عامة ، والاوراق التجارية بصورة لاسيما ، حيث تم استعمال الوسائل الالكترونية لإتمام هذه العمليات ، وهنا سوف تحصل منازعات بين الاشخاص المتعاملين بهذه التقنية الالكترونية ، وهنا يثار التساؤل ما هو القانون الواجب التطبيق على هذا التداول الذي تم عن طريق المعلوماتية وبصورة غير مادية ,

وللإجابة على هذه الاسئلة لابد من بيان ذلك من خلال تقسيم هذا المطلب الى فرعين نبين في الاول منه الى معرفة القانون الواجب التطبيق في ظل الاتفاقيات الدولية والقانون العراقي وكذلك القوانين محل المقارنة ليكون الفرع الثاني لبيان صعوبات تداول الاوراق والحلول المقترحة للتغلب على تلك الصعوبات وكالآتي .

الفرع الاول

القانون الذي يحكم تداول الورقة التجارية الالكترونية في القوانين المقارنة

تتميز شبكة الانترنت بالصفة الدولية وذلك لعدم وجود حدود جغرافية تفصل المتعاملين عبر هذه الشبكة لأنها تشكل منظومة افتراضية لا تحدها حدود مكانية ، وتعد الحدود الجغرافية هي الاساس لتحديد القانون الواجب على المعاملة لوجود عنصر اجنبي يتواجد خارج الحدود ، ولكن هذه الرؤية اصبحت معطلة في ظل وجود الشبكة العنكبوتية واصبح العالم بأسره عبارة عن قرية صغيرة يتنقل خلالها الشخص بضغطة زر ، حيث الغيت الحدود والمسافات ، وكذلك تم اختزال الزمن لتتم عملية التفاوض والبيع والشراء ودفع الثمن دون ان ينتقل الشخص من مكان الى اخر ، لذلك سوف تكون قواعد الاسناد التي يتم اللجوء اليها والتي يتم الاعتماد عليها لتحديد القانون الواجب غير قابلة للتطبيق في البيئة الالكترونية [122]، ويبرر البعض من الفقه تلك الرؤية بأن المعاملات التي تتم عن طريق الشبكة العنكبوتية بصورة عامة ، والاوراق التجارية بصورة خاصة تواجه صعوبة في تحديد المكان والذي يعتبر الركيزة الاساسية لتحديد القانون الواجب التطبيق الذي تمت في العملية [123] .

ونجد ان الفكرة المتقدمة تتمثل في شقين ، اما الاول وهو ما يؤيده الباحث ، بأن الشبكة العنكبوتية عابرة للحدود ولا تعترف بها ، حيث اختزلت المسافات والحدود التي وضعها الانسان واصبح الاخير يتواجد في كل مكان وبنفس الوقت ، فبإمكان الشخص ان يتواجد في أكثر من دولة بنفس الوقت وهو جالس في نفس مكانه ، ويجري تعاملا تجارياً ، ويبرم صفقة تجارية ولا يوجد فرق بين ان تتم هذه العملية وانت جالس على مكتبك ، أو ان تذهب الى تلك الدول وتقطع الاف الكيلومترات وتنفق اموالاً طائلة لا تمام هذه الصفقة .

أما الشق الثاني من الفكرة المتقدمة يتمثل بظهور التجارة الالكترونية كأنما اعطت ايعازا للمشرع في البحث عن سبيل لمعالجة النقص التشريعي الحاصل ، فالمسؤولية الملقاة على عاتق

---

(1) نافع بحر سلطان الباني ، تنازع القوانين في منازعات التجارة الالكترونية ، رسالة ماجستير ، جامعة بغداد ، 2004 ، ص57 .

(1) د هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مجلة الدراسات القانونية ، العدد 2004 ، ص 20 ، د . بلال عبد المطلب بدوي ، البنوك الالكترونية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006 ص 147 .

المشرع هو البحث عن حلول تتوافق وتتلاءم مع المعطيات المستحدثة ، فعندما نشطت التجارة الالكترونية ، اصبح التعامل والدخول الى هذه الشبكة متاحا للأشخاص – الطبيعي والمعنوي – وهنا تطلب تدخل المشرع لإيجاد الحلول المناسبة في حالة حصول النزاع ، فنشطت التشريعات على المستوى الدولي والمحلي المتعلقة بالمعاملات الالكترونية والتوقيع الالكتروني ، وعلى ذلك صدرت مواثيق دولية ومنها اتفاقية الامم المتحدة في استخدام الخطابات الالكترونية للعقود الدولية والصادرة عام 2005[124] ، وهذا ما نصت عليه المادة العاشرة من هذه الاتفاقية ، وتعد هذه الاتفاقية الاكثر تصديا لحلحلة المشكلات ذات العلاقات الدولية ، اذ تهدف هذه الاتفاقية الى تسهيل استخدام الخطابات الالكترونية في التجارة الالكترونية ، حيث بينت ان العقود التي يتم ابرامها عن طريق الانترنت قابلة للتنفيذ شأنها شأن العقود والخطابات التي يتم ابرامها بطريقة تقليدية .

وبالتالي فأن المعاملة التي تتم بصورة الكترونية تعد صحيحة ، ويمكن تطبيقها على كل العمليات التي تستخدم الخطابات الالكترونية بين اطراف يوجد مقر عملهما في دول مختلفة ، وهنا اوضحت الاتفاقية لابد ان يكون احد الاشخاص على الاقل منتميا الى دولة مصادقة على الاتفاقية ، وبالتالي فأن بنود الاتفاقية تطبق في الدولة التي طلب من محكمتها البت في المنازعة باعتبارها دولة متعاقدة هذا في حالة ما اذا اشار التشريع الداخلي لتلك الدولة على تسوية المنازعة باستخدام الاتفاقية وهنا تعد الاتفاقية قانون الدولة المصادقة على بنود الاتفاقية ، أو بإمكان الاشخاص وان لم تكن دولهم قد صادقت على الاتفاقية على تطبيق بنود الاخيرة باختيارهم ، وهنا سوف تكون الاتفاقية هي الواجبة التطبيق .

وتمثل وسائل الدفع الالكترونية عصب التجارة الالكترونية ، ومنها الاوراق التجارية الالكترونية ، وهذ ما نصت عليه المادة خامسا من قانون الاونسترال النموذجي والذي يخص التجارة الالكترونية لسنة 1996 والذي اعترف فيه بالبيانات والرسائل التي يتم التعامل بها بصورة الكترونية ، حيث بين ان تلك البيانات والخطابات تبقى محتفظة بصورتها ولا تفقد مفعولها القانوني ، وكذلك قانون جنيف الموحد اعترف بشأن التطورات والتعاملات الحاصلة على الاوراق التجارية الالكترونية ، واستعمال البنوك اجهزة الحاسبات وابتكار وسيلة دفع تتماشى مع التطورات الحاصلة في العالم الافتراضي .

ويثور التساؤل حول التطورات الحاصلة والمتسارعة في مجال الشبكات العنكبوتية تقدم الحلول القانونية الكافية للمشاكل التي تواجه تداول واصدار الاوراق التجارية بطريقة الكترونية ؟ ، ام انها تقف عاجزة عن ايجاد الحلول ومن ثم الرجوع الى المبادئ العامة في القانون المدني والتجاري ، ام يصار الى عدم امكانية تطبيق قواعد القانون الصرفي لمواجهة هذه الاشكاليات الالكترونية ، وبالتالي وكما يراه البعض سوف تتحول هذه الابتكارات من وسائل لتسهيل وتداول الاوراق التجارية والمعاملات بطريقة الكترونية الى مشاكل ونزاعات بين الاشخاص [125] .

---

(2) تم اصدار اتفاقية الامم المتحدة واقرت من قبل الجمعية العامة في 1/9 / 2005 ، وتتكون من خمسة وعشرين مادة ، وهذه الاتفاقية جاءت للاستخدام الواسع والمتزايد للخطابات الالكترونية ، وتساهم هذه الاتفاقية بتذليل الصعوبات الموجودة بين الخطابات الالكترونية والتقليدية من خلال ردم الهوة وجعل الخطاب الالكتروني سهلا ، وعززت بالمقابل التكافؤ الوظيفي بين الخطاب الالكتروني والمستند الورقي .

(1) د هاني دويدار ، الوفاء بالأوراق التجارية المعالجة الكترونياً ، مصدر سابق ، ص 12

وللإجابة على هذه التساؤلات فقد ذهب البعض من الفقه الى القول ، ان التجارة الالكترونية والتعامل بها عبر الانترنت مازالت حديثة النشأة ، ولم تتضح بعد معالمها النهائية بصورة كاملة حتى يتمكن المشرع من وضع القواعد القانونية الملائمة لها ، ومن ثم التصدي ووضع الحلول لكل ما يثور بصددها من تنازع واشكاليات حول معرفة القانون الواجب التطبيق على تلك الواقعة [126]، ونجد انه على الرغم من حداثة التجارة الالكترونية والتعامل بها ، لكنها ادت الى ابتكارات متسارعة في الكثير من الامور القانونية التي يتوقع ان يثار بشأنها نزاع ، وعلى ذلك اصدرت العديد من الدول الاوربية والعربية قوانين للتوقيع الالكتروني [127]، وبالتالي فإذا ما عرض نزاع على القاضي وكان هذا النزاع متعلقا بالتجارة الالكترونية بكل جوانبها سواء كانت المعاملة من لحظة انشائها ولحين انتهائها بصورة الكترونية ، أم انشأت بصورة مادية وتم تداولها بطريقة الكترونية ، فهنا القاضي سوف يطبق القواعد القانونية الموجودة في تشريعات التجارة الالكترونية ، وذلك لان التشريعات صيغت بطريقة لتلائم التعاملات الالكترونية ، اما في حالة عدم وجود نص قانوني يلائم الحالة المعروضة فيصار الى تطبيق المبادئ العامة كلما امكن ذلك .

من ذلك يتضح ان بيان القانون الواجب التطبيق على الواقعة ايسر في حالة اذا ما وجد بند في اتفاقية يشير الى تطبيق قانون معين ، فهنا سوف يكون العمل بموجب بنود الاتفاقية ، هذا ويتطلب اعمال هذه الاتفاقية ان يكون احد اطراف العلاقة ينتمي الى دولة على الاقل موقعة ومصادقة عليها ، فهنا سوف يعمل بتلك الاتفاقية ، اما اذا لم يكن من بين اطراف العلاقة اي دولة عضو في الاتفاقية ، فيصار الى البحث عن ارادة الاطراف لتطبيق القانون الذي تم اختياره من قبلهم ، وبإمكان الاطراف ان يختاروا الاتفاقية التي يرون انها مناسبة لإيجاد الحلول للمنازعة التي تحصل بمناسبة تعاملات الكترونية ، وهنالك من يرى ان بإمكان الاشخاص من تطبيق الاعراف المستقرة من خلال مستخدمي شبكة الانترنت ، وهذه الاعراف تعد مصدرا من مصادر القانون الدولي الالكتروني ان صح التعبير، فهي مجموعة من العادات جاءت بصورة عفوية من قبل اشخاص يستخدمون الشبكة العنكبوتية ، بمعنى هي لم تصدر من جهة رسمية ، ولكن بالإمكان الركون اليها واعتبارها قواعد قانون الكتروني [128] .

---

(1) د بلال عبد المطلب ، التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الالكترونية ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، جامعة عين الشمس ، العدد الاول ، 2006 ص48-70 .

(2) من الاتفاقيات الدولية بخصوص المعاملات الالكترونية اتفاقية الامم المتحدة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية لسنة 2005 ، وقانون الاونسيترال النموذجي الخاص بالتجارة الالكترونية لعام 1996، قانون الاونسيترال النموذجي بشأن التوقيع الالكتروني لعام 2001 ، اما قوانين الدول الاوربية فقد شرعت الكثير منها قانون للتوقيع الالكتروني مثل قانون التجارة الالكتروني للولايات المتحدة الامريكية وكذلك التعديلات الاخيرة في نصوص القانون المدني الفرنسي والتي اعترفت بالتوقيع الالكتروني واعطته نفس القوه في الاثبات ، ومن القوانين العربية قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000 ، قانون المعاملات الالكترونية الاردني رقم 85 لسنة 2001 ، قانون المعاملات الالكترونية البحريني رقم 28 لسنة 2002 ، قانون المعاملات والتجارة الالكترونية لإمارة دبي رقم 2 سنة 2002 ، قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 ، وقانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم 78 لسنة 2012 .

(1) د .حمودي محمد ناصر ، العقد الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت ، دار الثقافة والنشر والتوزيع ، ط1 ، الاردن ، عمان ، 2012، ص488 ، د محمد حسين منصور ، المسؤولية الالكترونية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2006 ، ص356 .

وبما ان التعامل بالأوراق التجارية الالكترونية يتم من خلال الشبكة العنكبوتية ، اذا ما كانت وسيلة الوفاء هي الورقة التجارية ، فهنا اوجبت اغلب التشريعات اعطاء الحجية القانونية للمستندات الالكترونية ، وفعلا قد ساوى القانون الذي اعدته الامم المتحدة بين المحرر الالكتروني ونظيره الورقي ، والزم القانون الدول الاعضاء بإصدار تشريعات تعتمد فيها المستندات الإلكترونية ، واعتماد التوقيع الالكتروني في المعاملات التي تتم بطرقة الكترونية ، وكذلك المشرع الفرنسي قد اعتمد التوقيع الالكتروني في المعاملات التي تتم بالفضاء الالكتروني واستعمال البريد الالكتروني وبينت ذلك المادة(1125) وما بعدها من التعديل الذي اجري على القانون المدني سنة 2016 حيث اعطى نفس الحجة التي كانت للتوقيع التقليدي اعطاها للتوقيع الالكتروني وكذلك المادة (1322) من التشريع الفرنسي بصدد المساواة بين المحررات الورقية والالكترونية ، وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد واكب التطورات الحاصلة في التجارة الالكترونية ، فعنما ساوى بين المستندات الورقية والمستندات الالكترونية ، يكون قد دعم التجارة الالكترونية وعالج نقصا تشريعيا ، وبذلك وكما يراه البعض قد اعطى نموذجا يقتدى به في تعديل وصياغة النصوص القانونية الموجودة لتستوعب التطورات الحاصلة في التجارة الالكترونية ، وهذا ينسحب على انشاء وتداول الاوراق التجارية بصورة الكترونية ، هذا وبأتساع استخدام الانترنت اتسعت التجارة الالكترونية وزادت حجم التبادلات التجارية ، نتيجة الحاجة اليها في ظل الحظر الشامل الذي عم العالم بأسره نتيجة لانتشار وباء covid 19 حيث ازدادت الحاجة الى التعامل عن طرقة الشبكة ، حيث ان اغلب الدول منعت الدخول والخروج من اراضيها ، وهنا جاءت الحاجة الى التعامل بالأوراق التجارية كبديل وامتداد للورقة التجارية التقليدية .

هذا ويرى البعض [129] ان الدول تباينت في تشريع قوانين تنظم المعاملات الالكترونية الى قسمين ، اما الاول فكانت تعاني من القصور في ايجاد الحلول للمعاملات التي تتم بصورة الكترونية ، لأنها تأخرت في تنظيم قوانين تعالج العقود والمعاملات التي تتم بهذه الصورة على الرغم من اتساع استخدام الانترنت ، وعدم تشريعها لقوانين تعالج هذا النقص ، واما القسم الثاني من الدول فأنها سنت قوانين تزامناً مع ظهور التجارة الالكترونية وبوقت مبكر ، ولاستمرار التطور الهائل والمتسارع في مجال التجارة الالكترونية ، اصبحت التشريعات لا تغطي التطورات الحاصلة في هذا المجال ، وبذلك اصابها القصور وولد نوعا من الفراغ التشريعي ، حيث ان المشرع في اي دولة لا يستطيع مسايرة التطورات بصورة مستمرة .

ونجد ان التعامل والدخول الى الشبكة العنكبوتية في الواقع العملي يحتاج من الشخص الالمام بكثير من الامور ، ومنها اللغة وكذلك معرفته بالقوانين التي تحكم المعاملة التي سوف تتم بصورة الكترونية ، لان البيئة الالكترونية تمتاز بخصوصيتها لان الوفاء يتم بصورة الكترونية اذ يعتبر هذا النوع من الوفاء يتلاءم مع التجارة الالكترونية ، ولم تبين التشريعات والقوانين محل المقارنة القانون الواجب التطبيق على الاوراق التجارية الالكترونية بصورة مباشرة ، وهنا يصار الى تطبيق القانون الذي تم الاتفاق عليه بين الاطراف .

هذا وبما ان اغلب التشريعات اعطت للمستندات الالكترونية نفس القيمة المعطاة للسندات الورقية ، وهذا ما بينه المشرع العراقي في المادة (23)من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الإلكترونية النافذ ، واشار في الفقرة ثانيا من نفس المادة على ان احكام الاوراق

---

(1) د .عبد الرسول عبد الرضا الاسدي ، تأثير وسائل الاتصال الحديثة في تطور قواعد القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص88.

التجارية الورقية التي نص عليها القانون تسري على الاوراق التجارية الالكترونية ، ولتجاوز الاشكاليات التي من الممكن توقعها لخصوصية الاوراق التجارية الالكترونية التي تتم في فضاء الكتروني ، وهنا يمكننا الركون الى المادة (21) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية ، حيث بينت مكان ارسال البيانات الكترونيا ، وهو مقر عمل المرسل وبذلك يكون القانون الواجب التطبيق على الاوراق التجارية الالكترونية هنا هو مقر عمل المرسل ، وهذا يمكن تطبيقه على مقر عمل المرسل في حالة استلامه الورقة التجارية ، وبالنظر الى الطبيعة لاسيما للشبكة العنكبوتية من الممكن ان تتعدد اماكن عمل الاطراف هذا من جهة ، ومن الممكن ان لا يوجد مقر عمل فيصار الى تطبيق قانون مقر الاقامة واجاز المشرع للأطراف من اختيار قانون محدد يحكم تصرفاتهم وهذا ما نصت عليه المادة (21) " تعد المستندات الالكترونية قد ارسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل الموقع وانها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل اليه واذا لم يكن لأي منهما مقر عمل يعد محل الاقامة مقرا للعمل مالم يكن الموقع والمرسل اليه قد اتفقا على غير ذلك . ثانيا – اذا كان للموقع والمرسل اليه اكثر من مقر عمل فيعد المقر الاقرب صلة بالمعاملة هو مكان الارسال او التسليم وعند تعذر التحديد يعد مقر العمل الرئيسي هو مكان الارسال او التسليم " .

وهنا بين المشرع قرينه يحدد بمقتضاها المكان الذي تم فيه التصرف ، والذي على اساسه يتم تحديد القانون الواجب التطبيق، وهنا سوف نتمكن من تطبيق قواعد الاسناد التي تحدد الاختصاص الدولي وذلك لعدم وجود اي اشكال في ان يثبت الاختصاص للمشرع الوطني ، وذلك في حالة كون المدعى عليه عراقيا او اجنبيا مقيما في العراق ، اما تحديد الاختصاص للمحاكم العراقية عندما يتعلق النزاع بورقة تجارية الكترونية ، فأن القانون العراقي يكون هو الواجب التطبيق في حالة كان المدعى عليه عراقيا او كان اجنبيا وجد بالعراق ، هنا يعتبر قد انشأ ورقة تجارية بصورة الكترونية وقام بأرسالها من مقر عمله ، وهنا يثبت الاختصاص الى محكمة ابرام التصرف او مكان التنفيذ .

وبالرجوع الى اتفاقية الاونسيترال نجد انها اوردت حكما في المادة (5/11) ، وهذه المادة تتعلق بتحديد المكان الذي يتم ارسال واستلام البيانات ، واعتبرت هذه المادة ان رسالة البيانات قد تم ارسالها من المكان الذي يوجد فيه مكان عمل المرسل - محرر الورقة التجارية - ، وتعد رسالة البيانات قد استلمت في المكان الذي يوجد فيه عمل المرسل اليه – المستفيد – ولمعرفة مكان عمل الطراف اهمية كبيرة تتجلى في زيادة الثقة والاطمئنان في التعاملات الالكترونية ، لان مكان العمل يعتبر معيارا عالميا لتحديد القانون الواجب ، ومما لاشك فيه ان العقود التجارية التي تبرم عبر الشبكة العنكبوتية تعد عقود دولية، والتعامل بالأوراق التجارية في الفضاء العالمي يعتبر ذات صفة عالمية ، ولا يمكن اعتباره عقدا او تعاملا داخلياً ، والزمت المادة (14) من الاتفاقية على ضرورة معرفة مكان عمل الاطراف عن طريق معلومات ضرورية مثل الموقع الجغرافي أو الالكتروني . وبينت كذلك في حالة تعدد اماكن العمل فيصار الى تحديد المكان الاكثر صلة ، وفي حالة عدم وجود مكان معين يمكن من خلاله معرفة القانون الواجب التطبيق هنا وكما اشارت الاتفاقية يتم البحث عن عنوان البريد الالكتروني الذي تم من خلاله انشاء وارسال الورقة التجارية وكذلك البريد الالكتروني الذي ارسلت اليه الورقة التجارية ، ويتم معرفة ذلك من خلال استخدام الاطراف لعنوان الكتروني يرتبط بدولة محددة ، مثلا عنوان ينتهي (Iq) اشارة الى العراق ، وهنا سوف يستطيع كل طرف من معرفة مكان الطرف الاخر ،

وهذه تعد قرينة قانونية بسيطة على وجود الشخص المستخدم للشبكة موجود فعلا في ذلك البلد ، لأنها تفترض وجود ارتباط بين البريد الالكتروني واسم البلد الذي يجب الإشارة اليه ضمن عنوان البريد الالكتروني [130].

وبين المشرع المصري في قانون التجارة الالكترونية في الفصل الاول منه على ان عنوان البريد الالكتروني او ما يسمى(بالدومين) بأنه "عناوين منفردة للمواقع على شبكة الانترنت تسمح بتحديد الموقع وتميزه عن غيره " ، هذا وتذهب اغلب البلدان بعدم اعطاء موافقة على تخصيص هذه الخدمة – الدومين – الا اذا تم التحقق من صحة المعلومات التي قدمها صاحب الطلب ، مبينا فيها موقعه الجغرافي الذي يتواجد فيه مقر عمله الفعلي .

ونجد ان المواقع الالكترونية لا يمكن الاعتماد عليها بشكل مطلق لتحديد القانون الواجب التطبيق ، وانما بشكل نسبي ، فبإمكان الاعتماد على البريد الالكتروني في حالة تحرير ورقة وارسالها من موقع الكتروني موضح فيه اسم البلد وذلك بإضافة مختصر لبلد مستخدم البريد الكتروني مثل (nz) بالإشارة الى نيوزلندا (Iq) بإشارة الى العراق وكما بينا اعلاه ، ويعتبر معيار لتحديد القانون الواجب التطبيق ، هذا اذا لم يوجد اتفاق بين الاشخاص يقضي بغير ذلك حيث يرى البعض ان بالإمكان الوصول الى تسوية للنزاع عن طريق التفاوض[131] ، اما الرؤية الثانية فأن البريد الالكتروني او اسم الحقل لا يعبر دائما عن مكان محرر الورقة التجارية او المستفيد ، خصوصا اذا ما عرفنا ان اسماء مواقع الانترنت لم تصمم لتراعي الموقع الجغرافي للمستخدم ، فقد يتم استخدام والتعامل بالأوراق التجارية في بلدان تعتمد عناوين الكترونية لا تنتهي بأسم البلد ، وانما تنتهي ب (org, edu, net, .com) وهذه المواقع لا تشير الى دولة معينة .

ويرى البعض ان الحلول التي جاء بها قانون الاونسيترال النموذجي الذي عنى بالتجارة الالكترونية وكذلك القوانين التي تأثرت به ، من اعتماد مقر العمل الذي يتواجد فيه المرسل اليه – المستفيد – هو المكان الذي بموجبه يتحدد القانون الواجب التطبيق ، وجديرا بالاهتمام وهو ما نؤيده لأنه اكثر ارتباطا وملائمة في البيئة الكترونية 0 ولا يخفى على احد هنالك صعوبات ترافق تداول الاوراق التجارية بطريقة الكترونية ، تصل في بعض الاحيان الى الغاء اطلاق تسمية ورقة تجارية لصعوبة اجراء العمليات على هذه المحررات .

الفرع الثاني

صعوبات تداول الاوراق التجارية الالكترونية بالتظهير

ان من اهم خصائص الورقة التجارية ان تكون قابلة للتداول، لأنها تعد وسيلة للوفاء وتقوم مقام النقود ، والتداول كما بينا سابقا تعني انتقال الورقة من شخص لآخر ، وقد حدد المشرع العراقي في قانون التجارة العراقي رقم 83 لسنة 1984 في المادة 39 طرق التداول وهي اما المناولة، وهذه الطرقة لا تتماشى مع التعاملات الالكترونية ، حيث لا يتطلب الوجود المادي للأشخاص ، أو بالتظهير ، وبالرجوع الى قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم

---

(1) د. مراد محمود المواجدة ، مخاطر تداول الاوراق المالية عبر شبكة المعلومات الدولية ، بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية ، المجلد 15 ، العدد 2 ، 2018 ، ص 20.

(2) د حسن علي كاظم . الوسائل البديلة لحل التنازع واثرها على التجارة الدولية ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، كلية القانون ، جامعة كربلاء ، 2013 ، ص 95 .

78 لسنة 2012 نجد ان المشرع لم يحدد طرقا لتداول الاوراق التجارية الالكترونية ، وانما بين في المادة (23/ثانيا) على ان الاحكام التي تسري على الاوراق التجارية التقليدية تنطبق على الاوراق التجارية الالكترونية ، وهذا يتطلب منا الرجوع الى احكام قانون التجارة كما يراه البعض [132] .

وهنالك من يرى [133] ان الصعوبات تارة تكون متعلقة بتداول الورقة التجارية بطريقة الكترونية بعيدا عن الوسط المادي ، وهذا يؤدي الى ان يكون مكان التصرف مجهولا ومن ثم صعوبة تحديد قانون معين يطبق على تلك الواقعة ، أو ان تكون متعلقة بالقانون الصرفي تارة اخرى ، حيث ان الاوراق التجارية الالكترونية تحرر وتتداول عبر الشبكة العنكبوتية بطريقة الكترونية ومن ثم صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة كون احدى عناصرها اجنبيا ، وهذا هو الامر الغالب في الاوراق التجارية الالكترونية التي يتم التعامل بها في البيئة الالكترونية ، وحتى تتمكن الورقة التجارية من اداء دورها الذي رسمه لها المشرع .

وبسبب طبيعة الورقة التجارية الالكترونية وحسب ما يراه البعض ، ان الأخيرة لا ظهر لها وبالتالي يتطلب تداول الورقة التجارية ان يتم وضع توقيع يفيد بنقل الحق الموجود في الورقة الى الغير ، وهذا التوقيع يجب ان يوضع على ظهر الورقة التجارية التي انشأت بطريقة الكترونية ، وهذا ما بينه المشرع العراقي في المادة (53 / ثانياً) من قانون التجارة النافذ والتي نصها "- - -ويشترط لصحة التظهير ان يكون على ظهر الحوالة او على ظهر الورقة المتصلة بها " وكذلك المادة 327 من قانون التجارة اللبناني والمادة 13 من قانون جنيف الموحد ، وبين ذلك المشرع الفرنسي في المادة (117/ فقره السابعة والثامنة) على ان يتم التظهير على ذات الورقة التجارية .

ومن خلال قراءة النصوص اعلاه ، وبالرجوع الى طبيعة الاوراق التجارية الالكترونية ، فأن الاخيرة لا ظهر لها حتى نتمكن من اجراء التظهيرات او الكتابة عليها ، وليس لها وجود مادي ملموس يعتد به وحسب ما يراه البعض ان لا يمكن اعتبار الورقة التجارية الالكترونية نوعا من انواع الاوراق التجارية بالمعنى الحقيقي وانما تعد سند عادي يثبت فيه مديونة الاشخاص لأنها فقدت خاصية التداول عن طريق التظهير[134] ، بالتوقيع عليها ، وفي هذه الحالة انتفت صفة الورقة باعتبارها ورقة تجارية للأسباب التي بينها الفقه ، واما الطرق الاخرى لتداول الورقة التجارية الالكترونية فهي المناولة اليدوية ، وهنا لا يمكن اجراء هذه العملية ، لصعوبة نقل الحقوق الثابتة في الاوراق التجارية الالكترونية عن طريق المناولة ، لعدم الوجود المادي الملموس لهذه الاوراق ولكنها عبارة عن بينات مثبته على دعامة الكترونية ، وبالتالي لا يمكن تناولها إلا عن طريق ارسالها من دعامة الى اخرى عن طريق الشبكة العنكبوتية ، وبالتالي سوف تظهر لنا فجوة تمنع تداول الاوراق التجارية الالكترونية التي احالتها التشريعات الى احكام الاوراق التجارية التقليدية ، للاختلاف في طبيعة كل منهما .

---

(1) د. بشار محمود دودين ، الاطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت ، عمان ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2006 ، ص156 .

(1) د .سمر بنت محمد عمر السقاف ، التجارة الالكترونية وفرص عمل الخريجات في المملكة ، جامعة الملك عبد العزيز ، سنة 2010 ، ص33.

(2) د .عصام حنفي محمود ، الاوراق التجارية ، دار الجامعة الجديدة ، دون ذكر مكان النشر ، سنة 1995 ، ص105 .

ونذهب الى اتجاه مغاير ، فمن ناحية ان الورقة التجارية لا ظهر لها تعد صعوبة ولا يوجد شك في ذلك ، ولكن هذه الصعوبات لا تجعلنا عاجزين عن ايجاد الحلول والسبل لتجاوز هذه الصعوبات ، فالأوراق التجارية الالكترونية نوعين ، اما الاول فهي الاوراق التجارية التي يتم تحريرها بصورة مادية واطلاقها للتداول بطريقة الكترونية ، واما النوع الثاني هو الورقة التجارية الممغنطة ، وتعني انشاء وتداول الورقة التجارية بصورة الكترونية كلية .

فعندما تكون الورقة التجارية معالجة بصورة جزئية فهنا يمكن للساحب ان يقوم بأرسال الورقة التجارية الالكترونية الى المستفيد عن طريق ما يسمى بالوسيط ، وفي الغالب يكون الاخير عبارة عن مصرف ، ومن ثم يبادر المصرف بناء على طلب المرسل بأرسال الورقة التجارية الالكترونية الى الطرف الاخر وهو المستفيد ، ويقوم بوضع رقم سري عليها ولكي يتمكن المستفيد من تظهيرها لابد ان يقوم بسحب الورقة التجارية ومن ثم كتابة البيانات التي يتطلبها التظهير بالكتابة على ظهر الورقة وبإمكانه ان الكتابة بصورة مستقلة على ورقة اخرى ويتم ارفاقها بالورقة التجارية الالكترونية ، ومن ثم يعيد ارسالها الى نفس الوسيط ليضع عليها رقما سريا آخر ومن بعد ذلك يقوم بأرسالها الى المستفيد الاخر – المظهر اليه – وهنا يثار تساؤل الا هو عندما يتم سحب الورقة التجارية بالشكل التقليدي من قبل الشخص المستفيد ، ألا تصبح ورقة تجارية عادية وتفقد صفتها الالكترونية ، ألا تعد نسخة مصورة وليست اصلية ، واذا تم اعتبارها فأن الوفاء بصورة الورقة التجارية غير مبرء للذمة .

للإجابة على هذه التساؤلات نقول ان القانون قد اعطى قيمة ثبوتية لمستخرجات الورقة التجارية الالكترونية التي اعطاها للأوراق التجارية التقليدية هذا من جهة ، وحدد القانون الوفاء بالنسخة الاصلية واعتبره مبرءً للذمة ، هو لمنع التلاعب والتزوير بالأوراق التجارية ، وتعد هذه الورقة غير قابلة للتزوير لأنها تتضمن رقم سري تمكن المظهر اليه – المستفيد – من متابعة الموقع الالكتروني للمصرف والتأكد من دقة البيانات المثبتة على الورقة التجارية . وهنا يمكن ان نقول ان القانون الواجب التطبيق على هذا النوع من الاوراق هو قانون المستفيد الذي سحب الورقة التجارية للوجود المادي الملموس للشخص وكذلك للمحرر ، فسوف يصار الى تطبيق قانون المستفيد للعلم بمكانه ، اذا لم يكن هنالك اتفاق بين المظهر والمظهر اليه على تطبيق قانون معين ليكون هو الواجب التطبيق .

اما اذا كانت الورقة التجارية الالكترونية محررة الكترونيا وبصورة كلية ، بمعنى ان الورقة تم تحريرها واطلاقها للتداول بصورة الكترونية تامة ، هنا عندما تصل الورقة التجارية من خلال البريد الى المستفيد ستكون على شكل صورة ، وهذه الاخيرة لا يمكن اجراء اي عملية عليها سواء كان بالتظهير او اضافة اي بيان آخر ، وهذا لإعطاء هذه الورقة عامل أمان لعدم امكانية تزويرها أو التلاعب في بياناتها ، وهذا هو الاصل حيث اشترطت الورقة التجارية ان تكون خالية من العيوب التي تؤثر في صحتها ، من حك او شطب لما له من تأثير على صحة الورقة التجارية ، ويعود تقدير ذلك للمحكمة المختصة من اعتمادها كورقة تجارية او الغائها واعتبارها سندا عاديا مثبت لحق مديونية ولا يمكن تداوله ، وهذا الحال ينسحب على الورقة التجارية المحررة بصورة الكترونية ، حيث بإمكان الاطراف من اجراء التصرفات والتعديل على الكتابة الالكترونية الموجودة على الورقة التجارية الالكترونية من دون ترك اي اثر يمكن اكتشافه .

هنا تدخل المختصون ووضعوا قواعد اذا ما تم تطبيقها سوف تكشف البيانات التي تم التلاعب بها او اضافتها ، وكذلك تبين تاريخ التلاعب بالبيانات ، وذلك بواسطة تحويل النص الالكتروني

الى صورة الكترونية ثابته ، وبالتالي حفظها من اي تلاعب ، بمعنى اخر يتولد لدى اطراف الورقة التجارية الالكترونية عامل اطمئنان نفسي وثقة بالتعامل بالأوراق المحررة بصورة الكترونية [135] ، ولإيجاد الحل وجعل الورقة التجارية تتداول بأن نجعل الورقة التجارية على شكل صورة اثناء تحريرها وترك حواشي هذه الورقة تحت خدمة ما يسمى (تحرير) وهذه تعني امكانية اضافة تصرف قانوني على الورقة التجارية ، وبالتالي يمكن تحريرها واجراء اضافات عليها من خلال بيانات معينة ومن ثم امكانية التوقيع عليها ، وبعد اكمال الاجراءات المطلوبة من قبل المستفيد سوف تندمج مع الاصل وتتحول الى جزء لا يتجزأ من الورقة التجارية الالكترونية الاصلية التي كانت في الاصل عبارة عن صورة ، ويمكن التأكد من الشخص الموقع عن طريق الاستدلال بالتوقيع الالكتروني والذي سوف يكون عن طريق القلم الالكتروني ، ويعد الاخير اداة من ادوات انشاء التوقيع بطريقة الكترونية وهذا ما نصت عليه المادة (الاولى فقرة 17) من قانون التوقيع الالكتروني النافذ والتي نصت " الاداة الالكترونية هي وسيلة من وسائل او انظمة إنشاء التوقيع الالكتروني " [136]، حيث من خلال التوقيع يمكن التعرف على الشخص الموقع وبالتالي امكانية تحديد القانون الواجب التطبيق ، وعلى الرغم من ذلك يرى البعض من الفقه وهو مالا نؤيده بما ان الورقة التجارية تفتقر الى ما يسمى بالورقة التجارية والمطلوب هنا تحديدا ورقة مادية ملموسة ، وحسب الرؤية المتقدمة لا يمكن اجراء اي من العمليات المطلوبة على الورقة التجارية بصورة الكترونية ، بمعنى لا يمكن اجراء التظهير وهذا سوف ينفي الصفة التجارية عن الورقة [137].

اما اذا اردنا تظهير الورقة التجارية تظهيرا تجاريا ، بمعنى لابد ان يتم على ظهر الورقة التجارية الالكترونية ، فهنا يكون الحل بكتابة البيانات المطلوبة من قبل المستفيد على ورقة الكترونية ثانية ترتبط بالورقة الاولى ارتباطاً تشعبياً [138] ، بحيث عند قيام المستخدم بالنقر على النص الموجود في الورقة التجارية الالكترونية ، سوف يتيح له بأنشاء ورقة اخرى لكنها مرتبطة

---

(1) د. عباس العبودي ، تحيات الاثبات بالسند الالكتروني ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط1 ، 2010 ، ص175.

(1) هنا يقوم مرسل الرسالة بوضع توقيعه عن طريق استخدام القلم الالكتروني على شاشة الحاسبة ، وعن طري ق برنامج معين ، حيث يؤدي ذلك الى التقاط هذا التوقيع والتحقق من صحته ، وهذا يتطلب حاسبات واجهزه حديثة ذات مواصفات لاسيما ، وهذا البرنامج يؤدي وظيفتين تتمثل الاولى بحفظ حركة اليد والالتواءات في التوقيع وكذلك سرعة اليد ، اما الثانية فيقوم البرنامج بالتدقيق الظهر على الشاشة ، وللمزيد انظر د حسن = =فضالة موسى ، التنظيم القانوني للأثبات الالكتروني ، دار السنهوري ، بيروت ، الطبعة الاولى ، 2016 ، 135

(2) رشيد علام ، عوائق تطور التجارة الالكترونية في الوطن العربي ، رسالة ماجستير ، الاكاديمية العربية البريطانية للتعليم العالي ، فرع التجارة الالكترونية ، 2010 ، ص153 ، حمزة عائد كريم ، تداول الورقة التجارية الالكترونية ، رسالة ماجستير ، بيروت ، 2018 ، ص 99 ،

(3) النص التشعبي او ما يسمى بالنص الفائق (Hypertext) وهو عبارة عن نص على شاشة الحاسبة عند النقر عليه يأخذ المستخدم الى معلومات اضافية ، وتعد النصوص التشعبية تقدما مهما في مجال المعلوماتية ، بحيث تساعد على التغلب على النصوص المكتوبة ، لتقوم بعمليات عديدة ، وتتم هذه بواسطة وصلات وروابط تسمى بالروابط التشعبية ، فعندما يضع المستخدم المؤشر او يقوم بالنقر على نص تشعبي سوف تظهر له ما يشبه الفقاعة ، وهذه اما ان تتضمن تعريفا أو تظهر المعلومات المتعلقة بالموضوع أو تقوم بتشغيل تطبيق ، انظر الى/https;//www.gcflearnfree.org/word2016/hyperlinks/1 تمت زيارة الموقع في 15 /7/ 2021 .

بها ومن ثم يتم ارسالها مع الورقة التجارية الاصلية ، ويناقش البعض حالة ما اذا امتلئ ظهر الورقة التجارية الالكترونية فما هو الحل بهذه الحالة .

وللجواب على ذلك في حالة التظهير على الورقة التجارية عن طريق ورقة ثانية غير الورقة الاصلية ولوجود الارتباط الاصلي بواسطة الارتباط التشعبي ، فيكون بالإمكان من تكرار العملية وسحب ورقة ثالثة ، وتعد هذه الاخيرة بمثابة الوصلة التي بينتها التشريعات ، ويتم ارسالها مع الورقة التجارية الالكترونية الاصلية ، وبذلك يمكن القول بإمكانية تظهير الاوراق التجارية الالكترونية ، وبالخصوص اذا ما سلمت الورقة التجارية الى مصرف ، فيكون التعامل من خلال الاخير ، ولما يمتلكه المصرف من خبرة فيقوم المشتري بتحرير ورقة تجارية بطريقة الكترونية تمثل الاتفاق بين الاطراف على ان يكون التعامل بواسطة الورقة التجارية الالكترونية ، وهنا يتم تداول الورقة التجارية بصورة كلية، وهذا يتطلب مثلما بينا في السابق توافر مجتمع قادر على التعامل ولديه الرغبة في التجارة الالكترونية .

وبالنظر الى التطورات التقنية الحديثة بات بالإمكان انشاء ورقة تجارية ثلاثية الابعاد ، وتتيح هذه التقنية امكانية قلب الورقة التجارية كما لو كانت ورقة تقليدية ، وهذه التقنية موجودة في كثير من مواقع التسوق التي تعرض البضاعة بطريقة تتيح لك فحص البضاعة من جوانب متعددة ، لذلك يرى البعض الى امكانية سحب هذه التقنية على الاوراق التجارية الالكترونية

ويذهب البعض من الفقه لتجاوز الصعوبات المتعلقة بالأوراق التجارية الالكترونية وتحديد القانون الواجب التطبيق الى طرق بديلة في ايجاد الحلول للمنازعات ، وتتمثل هذه الطرق بما يسمى بالمفاوضات الالكترونية المباشرة ، وكذلك بالوساطة الالكترونية والتحكيم الالكتروني في حين يرى البعض الاخر من الفقه الى ايجاد حلول اخرى نظرا لخصوصية الاوراق التجارية الالكترونية ومن ثم اخضاعها الى القانون الدولي الخاص الذي يستمد احكامه من الاعراف والعادات السائدة في التعاملات الالكترونية ، لتطبيقه على الوراق التجارية الالكترونية دون الرجوع الى قواعد التنازع ، وتأتي هذه الاعراف من العادات التي استقر التعامل بها في العالم الافتراضي ، وهي مجموعة من القواعد ثبتها المستخدمون للشبكة وتضع تنظيم مباشر للروابط القانونية التي تتم من خلال الشبكة العنكبوتية ، والذي يسمى بالقانون التلقائي النشأة [139] ،

وانتقد البعض الاخر من الفقه[140] وقال بعدم وجود قانون تلقائي يحكم العلاقات التي تنشأ نتيجة التعامل بالأنترنت وشككوا بوجوده ، وقالو بعدم قدرته على فض المنازعات المتولدة بشأن التعامل بالأوراق التجارية الالكترونية ، ولايزال هذا القانون في بداياته وانه غير ملزم ، وهنا لابد من الرجوع الى قواعد القانون الدولي الخاص لتحديد القانون الواجب التطبيق على الاوراق التجارية الالكترونية ، وهنا عالج المشرع العراقي الاشكاليات التي تثار بمناسبة استعمال اوراق تجارية الكترونية ، والتي تتعلق بمعرفة المكان الذي تمت فيه المعاملة ووضع قرينة تدل عليه ، وهنا افترض المشرع ان رسالة البيانات يتم ارسالها من المكان الذي يتواجد فيه مكان المرسل ، وانها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المستلم ، وبذلك قد عالج الصعوبات التي تتحدث عن ضابط الاسناد المكاني ، وبذلك بالإمكان اللجوء الى لقواعد تنازع القوانين في القانون الدولي

---

(1) د. محمد احمد علي المحاسنة ، تنازع القوانين في العقود الالكترونية ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، الطبعة الاولى ، الاردن ، عمان ، 2013 ، ص 176 .

(2) د. باسم علوان العقابي ، القانون العالمي العولمة في ثوبها الجديد ، مجلة رسالة الحقوق ، العدد 3 /2013 ص 62 .

الخاص لمعرفة القانون الواجب التطبيق على الورقة التجارية الالكترونية وهذا ما نصت عليه المادة 21 من قانون التوقيع الالكتروني النافذ .

وبناءً على ما تقدم فأن مكان الورقة التجارية التي تم تظهيرها هو المكان الذي يقع فيه مقر عمله ، وكذلك مكان المظهر اليه او المستفيد هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المستفيد ، وهنا اذا تم معرفة المكان تمكن الاطراف على الاتفاق على اختيار قانون معين يحكم تصرفاتهم اما قانون الارسال او قانون الاستلام ليكون هو القانون الواجب التطبيق على تصرفاتهم ، والملاحظ هنا انه بالمكان تطبيق القواعد المتقدمة على الاوراق التجارية الالكترونية لأنها جاءت منسجمة مع نص المادة 21 من القانون اعلاه.

وبالرجوع الى القوانين محل المقارنة فأن المشرع المصري لم يعالج المشكلة التي تثور بمناسبة بيان القانون الواجب التطبيق على المعاملات الالكترونية ، وهذا يؤدي الى صعوبة في تطبيق قواعد التنازع لعدم معرفة مكان الارسال والاستلام .

المبحث الثاني

القانون الواجب التطبيق على الاجراءات في الاوراق التجارية الالكترونية

يعد التراضي بصورة عامة عبارة عن تبادل بين ارادتين متطابقتين في احاث اثر قانوني ، وهو اساس العقود التي تبرم بين الاشخاص وبذلك بين المشرع العراقي في القانون المدني وفي المادة (77) على التراضي بالعقود بصورة عامة حيث نصت الفقرة الاولى " الايجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفا لا نشاء العقد ، واي لفظ صدر فهو ايجاب والثاني قبول " وتعد مسألة الايجاب والقبول من المسائل التي حازت على مساحة واسعة من التنظيم في العالم المادي ، ومن خلال تعريف المشرع للتراضي في الفقرة الاولى من المادة اعلاه يتبين ان انه لآجل احداث اثر قانوني يتطلب وجود ثلاثة عناصر ، اما الاول فهو الايجاب الصادر من احد الاطراف للدلالة على الرضا ، واما الثاني فهو القبول الذي يصدر من الطرف الاخر للدلالة على الرضا ايضا ، واما العنصر الثالث فهو الاقتران بين تلك العناصر لترتيب الاثر القانوني وهذه هي القاعدة .

وبالنظر الى العقود التجارية التي تبرم عبر الفضاء الالكتروني فأنها لا تخرج عن هذه القاعدة ، والاختلاف يكون بوسيلة التعبير ، فهنا يكون التعبير عن الارادة بوسائل الكترونية ، غير ان السؤال الذي يثار هنا ما هو القانون الواجب التطبيق على الايجاب والقبول في التعاملات التي تتم عبر الشبكة العنكبوتية على الاوراق التجارية الالكترونية ، وهل بالإمكان تطبيق قانون واحد على هذه التصرفات ام يصار الى تطبيق عدة قوانين ، وهل ان منطقة الفضاء الالكتروني خاضعة لقانون معين ، وما هو القانون الواجب على مكان تنفيذ الورقة التجارية ، سوف تتم الاجابة على هذه التساؤلات من خلال تقسيم هذا المبحث الى مطلبين نبين في الاول منه القانون الواجب التطبيق على التعاملات التي تجري على الاوراق التجارية الالكترونية ليكون المطلب الثاني لتحديد القانون الواجب التطبيق على نوعية الاوراق التجارية الالكترونية وكالآتي :

المطلب الاول

القانون الواجب التطبيق على المعاملات الالكترونية

ان الاوراق التجارية الالكترونية كأي محرر يمكن ان تجري عليه تصرفات كالتي تجري على الاوراق التجارية التقليدية ، ولكن يكمن الفرق هنا بأن التصرف يتم بطرقة الكترونية دون الحضور المادي للأشخاص ، وتجري التصرفات الصرفية مثل الايجاب والقبول والضمان والسؤال الذي ممكن ان يثار هنا ما هو القانون الواجب التطبيق على الاوراق التجارية الالكترونية من حيث الزمان ، فمن ناحية الزمان هنالك عقود تتم بين شخصين حاضرين في مكان واحد ولا يوجد اشكال في تحديد زمن تلاقي الايجاب بالقبول وكذلك مكان تحقق الاتقاء بين الايجاب الالكتروني والقبول الالكتروني وهل يعتبر الفضاء الالكتروني ملائما لتحديد القانون الواجب التطبيق، وما هو القانون الواجب التطبيق على مكان نشوء الالتزام ، وللإجابة على هذه التساؤلات لابد من تقسيم هذا المطلب الى فرعين ، نبين في الاول منه تحديد القانون الواجب الذي يحكم التعامل بالأوراق الالكترونية من حيث الزمان ، ليكون الفرع الثاني الى تحديد القانون الواجب التطبيق على الاوراق التجارية الالكترونية من حيث المكان، وكالاتي :

الفرع الاول

دور الزمان في تحديد القانون الواجب التطبيق على الاوراق التجارية الالكترونية

يعد العقد الالكتروني من العقود التي تثير مشكلات وصعوبات قانونية ، وهذا يرجع الى طبيعة تلك العقود لأنها تتم عن بعد ، وتوصف بأن ارادة الاطراف تلتقي في الفضاء ، ولذلك اختلف الفقه في تحديد طبيعتها القانونية ، فهل يعتبر العقد بين اشخاص حاضرين ام غائبين ، وبذلك ذهب البعض الى ان في العقود الالكترونية يعتبر حضور الاطراف في مجلس عقد واحد هو حضور افتراضي من حيث الزمن .

وبين المشرع العراقي في المادة (87) من القانون المدني النافذ على ان " يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم الموجب بالقبول مالم يوجد اتفاق او صريح او ضمني او نص قانوني يقضي بغير ذلك " ، ولمعرفة زمان انعقاد العقد الالكتروني لابد من الرجوع الى النظريات التي يتم تطبيقها على العقود التقليدية ، وهل من الممكن تطبيقها على المعاملات الالكترونية ، حيث توجد اربع نظريات يتم من خلالها تحديد الزمن ، ولما للأخير من تأثير في معرفة القانون الواجب التطبيق ، وهذه النظريات هي :-

اولاً - نظرية اعلان القبول : وتتمثل هذه النظرية ان العقود تتم بمجرد اعلان القبول دون ان يصل الى علم الموجب ، وتم انتقاد هذه النظرية لصعوبة معرفة وقت اعلان القبول ، واستناداً الى هذه النظرية فأن العقود التجارية الالكترونية تنعقد من لحظة اعلان القبول ، فعندما تكون الوسيلة المستخدمة لإعلان القبول من خلال الانترنت هي البريد الالكتروني (email) فهنا يتحقق العلم بالقبول من لحظة انتهاء القابل من كتابة رسالة البيانات التي تتضمن القبول ، حتى وان لم يتم ارسال هذه الرسالة . واذا ما اردنا تطبيق هذه النظرية على الاوراق التجارية الالكترونية يكون الموضوع قد ازداد تعقيدا ، حيث تعني ان يتم تحرير الورقة التجارية بصورة الكترونية وارسالها الى المستفيد ، وعند قيام المستفيد بأي اجراء على الورقة التجارية دون ان يقوم بأرسالها تولد صعوبة بالغة بالنسبة للموجب – المرسل – في اثبات ان القابل –المرسل اليه – قد اضاف بيان او ظهر الورقة التجارية او كتب عبارة تفيد القبول ، وبذلك لا يمكننا تحديد وقت ارسال الورقة التجارية لا علان القبول ، بمعنى ان هذه النظرية – نظرية اعلان القبول لا

يمكن الاعتماد عليها لتحديد الزمن وبذلك يصعب تحديد القانون الواجب التطبيق على الورقة التجارية الالكترونية[141] .

ثانياً - نظرية تصدير القبول : وبموجب هذه النظرية فأن انعقاد العقد يتم من لحظة ارسال القبول ، ويعتبر القبول قد حصل في الاوراق التجارية الالكترونية عندما يقوم المستفيد بوضع البيان الذي يريده او اجراء يتخذه من شأنه ان يدلل على قبول هذه الورقة التجارية ومن ثم ارسالها الى مستفيد اخر بغية تداولها ، وهذه النظرية تعد مقبولة من قبل بعض الفقه [142] وهو ما يؤيده الباحث ، وسندنا في ذلك نص المادة (20/ اولا) من قانون التوقيع الالكتروني النافذ[143]،

اذا ما تم الاخذ بها في مجال التعاملات الالكترونية – الاوراق التجارية الالكترونية – انموذجاً ، لان المطلوب من المستفيد ان يقوم بالاطلاع على الورقة التجارية اولا ، ومن ثم تظهيرها ثانياً وبعد ذلك ارسالها الى مستفيد ثاني ، وبالتالي تكون الورقة التجارية الالكترونية قد تم تداولها وارسالها من قبل الشخص القابل ، وهنا سوف تتحقق العلاقة بين الطرف الاول - المرسل – والثاني - المستفيد - ، وتكون الورقة التجارية قد ادت دورها في التعامل ، حيث بينت المادة المشار اليها اعلاه ان لحظة خروج الرسالة التي تتضمن القبول والمتمثل بتظهير او اضافة بيان اخر على الورقة التجارية الالكترونية ، ومن ثم ارسالها وخروجها من سيطرة المستفيد – المظهر اليه – هي زمن تطابق القبول مع الايجاب ، وعلى ضوء ذلك يتم تحديد القانون الواجب التطبيق ، فيكون القانون الذي يحكم هذه العلاقة هو القانون الذي اتفق عليه الطرفان ، وفي حالة غياب اتفاق الطرفين يكون القانون الواجب التطبيق على الورقة التجارية الالكترونية هو قانون زمان صدور القبول وسوف يكون هنا قانون المستفيد الذي قام بتظهير الورقة ،والمناط هنا هو عدم خضوع الورقة التجارية الالكترونية بعد ارسالها الكترونيا لسيطرة المستفيد .

وقد تبنى المشرع المصري هذه النظرية في المادة (2) من القانون المعاملات الالكترونية رقم 15 لسنة 2004 حيث نصت " تسري على الالتزامات التعاقدية في مفهوم احكام هذا القانون قانون الدولة التي يوجد بها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا ، فأن اختلفا موطنا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد مالم يتفق المتعاقدان على غير ذلك ، ويعتبر العقد قد تم بمجرد تصدير القبول " ، ففي حالة عدم وجود الاطراف في مجلس عقد واحد يعتبر التعاقد تاما في لحظة صدور القبول[144] ، وهذا يعني ان المشرع المصري اخذ بنظرية التصدير في التعاملات الالكترونية ، وبذلك قد خالف القاعدة العامة استنادا الى المادة (97 / 1) من القانون المدني والتي اخذت بنظرية علم الموجب بالقبول ،ولم يبين قانون الاونسترال النموذجي المنظم

---

(1) د. محمد ابراهيم ابو الهيجاء ، عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب ، الطبعة الثالثة ، دار الثقافة ، عمان ، 2017 ، ص 106 .

(2) د. عباس العبودي ، شرح احكام قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم (78) لسنة 2012 ، مصدر سابق ، ص77

(3) نصت المادة (20) من قانون التوقيع الالكتروني النافذ على " تعد المستندات الالكترونية مرسلة من وقت دخولها نظام معالجة معلومات لا يخضع لسيطرة الموقع أو الشخص الذي ارسلها نيابة عنه مالم يتفق الموقع والمرسل اليه على غير ذلك "

(1) ومن القوانين التي اخذت بهذه النظرية قانون المعاملات الالكترونية الاردني رقم 15 لسنة 2015 في المادة (13/ أ) والتي نصها " تعد رسالة المعلومات قد ارسلت من وقت دخولها الى نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ او الشخص او الوسيط الالكتروني الذي ارسل الرسالة نيابة عنه مالم يتفق المنشئ والمرسل اليه على غير ذلك " ، كذلك ذهبت المادة (17) من قانون التوقيع الالكتروني والتجارة الالكترونية في دولة الامارات العربية رقم 2 لسنة 2002 الى نفس المعنى.

للتجارة الالكترونية تحديد الزمان بصورة مباشرة ولكنه بين في المادة (11) والتي تتعلق بتكوين العقد ، حيث نظم مسألة الزمان من خلال ارسال واستلام البيانات ، وقد بينت المادة (15) من قانون الاونسترال زمان ارسال واستلام البيانات ، وحددت الزمان على اساس دخول رسالة البيانات الى نظام المعلومات الواقع تحت سيطرة المرسل اليه . والاخير هنا يمثل المستفيد ، والذي سوف يقوم بتظهير الورقة التجارية واطلاقها للتداول ، الا ان البعض الفقه [145]لم يأخذ بهذه النظرية في المجالات الالكترونية ، وبرر ذلك ان اصدار رسالة البيانات التي تتضمن لحظة القبول من قبل المظهر اليه لا يعني بالضرورة اتمام العملية ، فقد تتعرض الى شتى المخاطر اثناء تصديرها ، مما يستتبع ذلك عدم استلامها من قبل نظام المعلومات الالكتروني التابع للشخص ، وسوف يؤدي ذلك الى عدم تحقق واقعة التصدير ، حيث من الممكن ان تبقى الورقة التجارية اثناء ارسالها في صندوق البريد الالكتروني .

ثالثاً - نظرية استلام القبول : وهي لحظة استلام الموجب للقبول ، حتى وان لم يصل الى علمه بحصول القبول [146]، اما في مجال التجارة الالكترونية فيعتبر وصول الرسالة الالكترونية التي تتضمن القبول ودخولها الى صندوق الموجب وان لم يطلع عليها ، ويرى البعض انه بالإمكان الاخذ بهذه النظرية في التعاملات الالكترونية التي تخص الاوراق التجارية الالكترونية وهو ما لا يؤيده الباحث ، لان النظرية السابقة يمكن اعمالها على العقود التي تتم لبيع وشراء السلع ، فلا بد من تطابق الايجاب والقبول واستلام القبول من قبل الموجب ليعتبر العقد قد تم ، اما في مجال الاوراق التجارية الالكترونية ، فان الورقة التجارية يتم تحريرها بالاتفاق المسبق بين الاطراف ، ومن ثم يتم تحرير الورقة التجارية ، وارسالها الى المستفيد ويقوم المستفيد بتظهيرها الى شخص آخر غير الموجب ، وبذلك ينتفي استلام القبول من قبل محرر الورقة التجارية ، وهنا سوف يكون القانون الواجب اذا لم يوجد اتفاق بين الاطراف على تحديد قانون معين يكون هو الواجب التطبيق ، سوف يصار الى تطبيق قانون المستفيد وهو هنا الشخص الذي ظهر الورقة التجارية الالكترونية واطلقها للتداول ، بمعنى هنا سوف يكون قانون الدولة التي حصلت فيها عملية التظهير ، وهنا تثور الصعوبة بما ان العملية تمت في فضاء الكتروني عبر شبكة النت ، وصعوبة تحديد قانون دولة معينة فهنا وكما يراه البعض يتم اللجوء الى العقود النموذجية والتي على اساسها يتم الوصول الى القانون الواجب التطبيق في حالة غياب الموطن المشترك [147]

رابعاً - نظرية علم الموجب بالقبول : وتسمى لحظة العلم اليقيني ، بمعنى ان الموجب قد علم فعلا بالقبول ، وهذا ما بينه المشرع العراقي في المادة (87 /1) من القانون المدني ، فضلاً عن ذلك يتمكن الموجب من قراءة تللك الرسالة ، وعلمه بوجود القبول على الرسالة ، وبالرجوع الى القواعد العامة نجد ان المشرع العراقي في المادة والذي اعتبر زمان العلم بالقبول هو وقت وصول هذا القبول الى علم الموجب ، وتقابلها المادة (91) من القانون المدني المصري [148] .

---

(1) د محسن شفيق ، اتفاقية الامم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع ، دار النهضة ، القاهرة ، من دون سنة طبع ، ص 114 .

(2) وبهذه النظرية اخذت اتفاقية فينا لعام 1980 والمتعلقة بالبيع الدولي للبضائع حيث بينت في المادة (23) على لحظة انعقاد العقد هي لحظة استلام الموجب للقبول ، وكذلك اشارت المادة (24) من الاتفاقية اعلاه الى نفس المعنى .

(1)د. صالح المنزلاوي ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005 .

(2) واشار المشرع الاردني الى نفس المعنى في المادة (102) من القانون المدني.

اما في التعاملات الالكترونية فقد بين المشرع العراقي في قانون التوقيع الالكتروني وتحديدا المادة(19/ 1) والتي نصت " اذا طلب الموقع من المرسل اليه بموجب مستند الكتروني اعلامه بتسلم ذلك المستند او كان متفقا معه على ذلك ، فأن قيام المرسل اليه بأعلام الموقع بالوسائل الالكترونية او بأي وسيلة اخرى وقيامه بأي تصرف او اجراء يشير الى انه تسلم المستند ، يعد استجابة لذلك الطلب او الاتفاق " ، وبالتمعن بالنص القانوني اعلاه وفي نهاية الفقرة الاولى ، قيام المرسل اليه – المستفيد – اما بأشعار محرر الورقة التجارية باستلامها أو بأجراء اي تصرف من شأنه اذا ما تم بطريقة قانونية ان يرتب اثرا ، والاجراء الذي يقوم به المستفيد هو تظهير الورقة التجارية وارسالها الى مستفيد آخر هو المظهر اليه الثاني وبذلك يكون علم الموجب بالقبول متحققاً ، وتعد لحظة التظهير هي لحظة توافق الارادات وانعقاد العقد ، وهنا سوف يكون القانون الواجب في هذه الحالة هو قانون المظهر اليه لأنه تعد لحظة الاقتران ، اما اذا وصل علم الى الموجب الاول فهذا يعتبر تأكيدا للقبول .

وبين المشرع الفرنسي في المادة (1127) على امكانية ارسال المعلومات والتعامل بالوسائل الإلكترونية بواسطة البريد الالكتروني ، وتعد لحظة العلم بالقبول في حالة دخولها البريد الالكتروني للمرسل اليه وتم ابلاغه بالأرسال عن طريق النموذج المعد سلفاً لذلك [149].

وبينت الفقرة الثانية من نفس المادة على القبول بمعنى الاقرار بالاستلام حيث نصت " يعتبر الامر وتأكيد قبول العرض والاقرار بالاستلام يتم تلقيها عندما يمكن للأطراف التي توجه اليهم الوصول اليها " .

وهنا نجد ان الانسان بطبيعته حريص على امواله ، وشرعت القوانين للحفاظ على هذا المال ، فهنا نقول ان العملية تتم باتفاق الاطراف على التسديد بواسطة الورقة التجارية الإلكترونية ، فقيام الطرف الاول بتحرير ورقة تجارية الكترونية لحساب المستفيد ووصول هذه الورقة الى الاخير ، ومن ثم قيام المستفيد بتظهير هذه الورقة واطلاقها للتداول يعتبر هنا هو لحظة التطابق والموافقة ، ولكن اذا تم التأكيد على وصول القبول للشخص الاول محرر الورقة التجارية ، هنا سوف يحصل تأكيد على القبول وهنا سوف تكون لحظة التطابق بين الموجب والقابل هي لحظة استلام المظهر تأكيد من المحرر بوصول القبول اليه ، وهذا بدوره يزيد من الاطمئنان والثقة الذين يتعاملون بالأوراق التجارية عن بعد .

حيث وكما يراه البعض يتم العقد ويتأكد محرر الورقة التجارية الالكترونية انه ارسلها الى الشخص الذي اتفق معه والمقصود بعينه ، وهذا بدوره يلقي بظلاله على اتساع التعامل بالأوراق التجارية بطريقة الكترونية ، وينسجم مع الدقة في التعامل ويبعث الاطمئنان في نفوس الاطراف ، ويزيد هذا الاطمئنان عند معرفة الاشخاص القانون الذي يطبق عليهم ، وهنا يطبق قانون الدولة التي اتفق عليها الاطراف ليكون هو الواجب التطبيق لأنه يمثل ارادتهم .

ومن الجدير بالذكر هنا ان اللحظة التي يتم فيها تلاقي الارادتين تؤثر في اختيار القانون الواجب التطبيق الذي سوف يحكم تصرفاتهم ، وهو هنا سيكون القانون النافذ لحظة ابرام التصرف ، هذا في حالة لم يتم الاتفاق بين الاطراف على اختيار قانون محدد .

---

(1) نص المادة 1127 من القانون المدني الفرنسي " يمكن ارسال المعلومات المخصصة للمحترف اليه عبر البريد الالكتروني انه ابلغ عن عنوان بريده الالكتروني ، اذا كان يجب ادخال هذه المعلومات في نموذج ، يتم ارسالها الكترونياً الى الشخص المطلوب " .

الفرع الثاني

دور المكان في تحديد القانون الواجب التطبيق على الاوراق التجارية الالكترونية

بينا فيما سبق القانون الواجب التطبيق على الورقة التجارية الالكترونية من حيث الزمان ، وتعد التعاملات التجارية التي تتم بواسطة العالم الافتراضي داخلة ضمن نطاق العقود التي ابرامها عن بعد ، وهذا يؤدي ان التصرفات التي تجري في هذا الوسط تعد قد تمت بين اشخاص غائبين في المكان بصورة دائمة ، وغياب المكان وعدم الوجود المادي للأشخاص سوف يؤدي الى صعوبة في تحديد القانون الواجب التطبيق .

ولأهمية تحديد المكان في التعاملات الالكترونية ، ذهبت التشريعات التي اهتمت بالتجارة الالكترونية الى وضع نصوص قانونية يتم من خلالها معرفة مكان الارسال والاستلام للبيانات والرسائل والمستندات ، والتي تعد هي الوسيلة للتعبير عن الايجاب والقبول الالكتروني ، ومن ثم ترتيب اثر قانوني على ذلك .

وذهب البعض من الفقه[150]في مسألة تحديد مكان المعاملة التي يتم ابرامها في الفضاء الالكتروني الى معالجة موضوع تحديد المكان بعيدا عن النظريات الاحادية ، واتجه هذا الفقه الى طرح نظرية ثنائيه وهي نظرية (ما لوري وشيفاليه) ، وتعتمد هذه النظرية على احكام القضاء الفرنسي ، والذي وصف بأنه قضاء يتمتع بالطابع الواقعي ، لأنه يعطي حلولا مختلفة لمكان انعقاد العقد الالكتروني، وبذلك يكون حسب هذه النظرية مكان انعقاد العقد الالكتروني يختلف عن زمان انعقاده ، لذلك يعتبر العقد قد تم بين شخصين حاضرين حكما من حيث المكان ، فبالإمكان ان يتحقق التطابق بين ارادتين في وقت محدد ، لكنه لا يتحقق في مكان محدد [151] ، وذهبت هذه النظرية الى اعتماد المكان الذي يصدر فيه القبول هو الذي يعد معتبرا وينعقد العقد فيه ، وذلك لان القاعدة تقول انه الاصل براءة الذمة ، وعلى المدعي ان يلجأ الى موطن المدعى عليه ، وهنا سوف يكون مكان انعقاد العقد وهو المكان الذي صدر منه القبول .

والاصل ان الاشخاص احرار في اجراء اي تصرف شريطة عدم مخالفته للنظام ، فهنا ارادة الاطراف لهل الدور الاكبر في اختيار قانون معين ، فأن لم يحددا سلفا القانون الواجب التطبيق فهنا يؤخذ بنظرية تصدير القبول ، وتعد موطن أو مكان الموجب ليكون موطنا للتقاضي ، وهذا ما سار عليه المشرع العراقي في المادة (21) والتي نصت " تعد المستندات الإلكترونية قد ارسلت من المكان الذي يقع فيه عمل الموقع وانها استلمت في المكان الذي يقع فيه عمل المرسل اليه ، واذا لم يكن لاي منهما مقر عمل يعد محل الاقامة مقرا للعمل ، مالم يكن الموقع والمرسل اليه قد اتفقا على غير ذلك " .

وبالرجوع الى قانون الاونسترال النموذجي لسنة 2005 وتحديدا المادة (15) حيث حددت مكان ارسال واستلام البيانات حيث نصت " مالم يتفق المنشئ والمرسل اليه على غير ذلك يعتبر ان رسالة البيانات ارسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ ، ويعتبر انها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل اليه " وهذا النص يشير الى ان القانون الواجب التطبيق

---

(1) د. عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، ج 1 ، الكويت ، 1982 ، ص 68 .

(2) د. ابراهيم رفعت الجمال ، انعقاد البيع بوسائل الاتصال الحديثة ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2005 ، ص59 ، د . عباس العبودي ، مصدر سابق ، ص 80 .

هو القانون الذي انصرفت ارادة الاطراف ليطبق على الواقعة اي القانون المختار ، اما اذا لم توجد هذه الارادة يصار الى تطبيق قانون المرسل اليه – القابل - اما في حالة تعدد الاماكن ، فيحدد القانون المقر الاكثر صلة بالعقد ، ويبحث القاضي عن الصلة الاقوى بالعقد وتسمى مركز ثقل الرابطة العقدية ، من ذلك يتضح ان ان ارادة الاطراف هي الاصل في اختيار القانون الواجب التطبيق ، اما في حالة عدم الاختيار فيتم الرجوع الى قانون الموطن المشترك ، وهذا ما بينته المادة 25 من القانون المدني العراقي .

ويرى البعض ان لتحديد المكان دورا كبيرا في ايجاد القانون الواجب التطبيق ، وعلى ذلك بإمكان الاطراف الاتفاق مسبقا على تحديد مكان العقد ، من خلال رسائل البيانات ، وتماشيا مع ما ذهب اليه قانون الاونسترال ، وما له من تأثير في اتساع وتطور التجارة الالكترونية ليكون مكان ابرام العقد الالكتروني هو مقر عمل الموجب ، واعتباره منعقدا عند استلام القبول ، ويأتي هذا الحل لسهولة معرفة القانون الواجب وبالتالي سوف يسهم هذا الحل بأتساع التجارة الالكترونية وتطورها [152] ، واذا اردنا تطبيق هذه الرؤية على الاوراق التجارية الالكترونية وبالرجوع الى نص المادة (1/21) من قانون التوقيع الالكتروني حول تحديد مكان الموجب والقابل من خلال رسالة البيانات اعتبر ان مكان مرسل الرسالة هو الموجب أو محرر الورقة التجارية الالكترونية او الساحب ، وعند ارسالها عبر الفضاء الالكتروني فيكون القانون الواجب التطبيق هو مكان العمل الذي يتواجد فيه الموقع ، وتعد الورقة التجارية الالكترونية انها استلمت في مكان عمل المستفيد ، وعند تحديد المكان صار بالامكان تحديد القانون الواجب التطبيق بناءً على ذلك .

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على نوعية الورقة التجارية الالكترونية

ادى التطور العلمي والتقدم التكنلوجي الى تطور وازدهار التجارة الالكترونية ، والقى بظلاله الى انتشار اجهزة الكمبيوتر واكتشاف وسائل جديدة تمتاز بالسرعة وتقديم الخدمات دون الحضور المادي للأشخاص.

وتعد الاوراق التجارية الالكترونية احدى وسائل الوفاء الالكترونية ، وتم تداولها عام 1973[153] ، وان الاوراق التجارية الالكترونية من النظم القانونية التي افرزتها الحاجة ، وبتزايد الانتشار لشبكة الاتصالات العالمية (الانترنت) ، اصبحت هذه الوسيلة من وسائل الدفع الالكترونية ضرورية ولاسيما في مجال التجارة الالكترونية ، وان الاختلاف بين العالم الافتراضي والعالم المادي هو اختلافهما من حيث المكان ، فالأول يغيب فيه عنصر المكان ، وبالتالي يجعل تحديد الموقع للمستخدم امر غير متاح ، وبالإمكان اجراء المعاملات الالكترونية وتحرير الاوراق التجارية بطريقة الكترونية دون الحاجة الى معرفة الموقع الجغرافي – المكان – لان ادارة وعمل الانترنت لا يعتمد على المواقع الجغرافية للمستخدمين ، وبالتالي ليس له اهميه فيما بين العاملين على هذه الشبكة أو لتنفيذ اعمال تقنية معنية .

---

(1) د. محمد ابراهيم ابو الهيجاء ، عقود التجارة الالكترونية ، مصدر سابق ، ص 116 .

(1) ظهرت الاوراق التجارية لأول مرة في فرنسا وجاءت نتيجة لجهود الباحثة جيلة (Gilet) وذلك من اجل السرعة وكذلك لتخفيف النفقات التي تصاحب الاوراق التجارية التقليدية .

وللموقع الجغرافي في العالم المادي اهمية كبيرة في تحديد الالتزامات وكذلك معرفة القانون الواجب التطبيق لأنه يرتبط بما يسمى عالم الحدود ، وغياب الاخير والغاء الجغرافية هو ما يسمى بالعالم الافتراضي وما تكتنفه من صعوبات ، لأنه لا يمثل الحقيقة الواقعية ، وكذلك فأن غياب الجغرافية يلقي بظلاله على اهدار الفوارق الزمنية بين المستخدمين ،وذا ما طبقنا هذه الحقائق على الورقة التجارية الالكترونية نجد انها لا تختلف عن نظيرتها التقليدية من حيث الشروط والاركان ، وهذا ما أكده الفقه الفرنسي حيث بين ان " كل اتفاق يتلاقى فيه الايجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد ، من خلال وسيلة مسموعة او مرئية ، وذلك بفضل التفاعل بين الموجب والقابل " (154) ،

وقد عرف المشرع العراقي في قانون التجارة النافذ في المادة (39) الورقة التجارية " محرر شكلي بصيغة معينة يتعهد بمقتضاه شخص او يأمر شخصا آخر فيه بأداء مبلغ محدد من النقود في زمان ومكان معينين ويكون قابلا للتداول بالتظهير أو بالمناولة "

ولم يعرف المشرع العراقي الاوراق التجارية الالكترونية في قانون التوقيع الالكتروني النافذ بصورة مباشرة ، وبالرجوع الى المادة (1/ بند تاسعاً) من القانون اعلاه عرف المستندات تحت اسم المستندات الالكترونية " هي المحررات والوثائق التي تنشأ او تدمج او تخزن او ترسل او تستقبل كليا او جزئيا بوسائل الكترونية بما في ذلك تبادل البيانات الكترونيا او البريد الالكتروني او -----" ، وتسري على الاوراق التجارية الالكترونية الاحكام العامة التي تحكم الاوراق التجارية التقليدية ، هذا اذا لم توجد قاعدة لاسيما تعيق ذلك ، وهذا ما نصت عليه المادة (22) من قانون التوقيع الالكتروني النافذ . وحدد المشرع ثلاثة انواع من الاوراق التجارية وهي الحوالة التجارية والكمبيالة والشيك ، وبين ان هنالك مجموعة من البيانات لابد من توافرها في الورقة التجارية الالكترونية .

ومن خلال قراءة نصوص المواد حيث بين ان المستندات الالكترونية هي المحررات والوثائق ، وبالمقارنة مع نص المادة (22) والتي اجازة انشاء الاوراق التجارية بطريقة الكترونية والمادة (23 / 1ولا ، ثانيا) التي اعطت ذات الحجية للأوراق التجارية الالكترونية لمثيلاتها الورقية ، وتطبيق احكام الاخيرة على الاوراق التجارية الالكترونية ،وهنا لابد ان نميز بين نوعين من الاوراق التجارية الالكترونية الاولى هي الاوراق التجارية الالكترونية الورقية ، والثانية هي الاوراق التجارية الالكترونية الممغنطة وما نواجهه من صعوبات في تحديد القانون التطبيق ، لذلك يمكننا القول ان الاوراق التجارية الالكترونية تتأرجح بين النطاق التقليدي والنطاق الالكتروني ، ولأجل ذلك لابد من تقسيم هذا المطلب الى فرعين ، نخصص الاول منه لبيان القانون الواجب التطبيق على الاوراق التجارية الالكترونية الورقية ، ونبين في الفرع الثاني القانون الواجب التطبيق على الاوراق التجارية الالكترونية الممغنطة وكالاتي :

الفرع الاول
القانون الذي يحكم الاوراق التجارية الالكترونية الورقية

---

(1) Olivier iteanu , internet et le droit, aspects juridiques du commerce electroniqe,paris,Editions Eyrolles, avril 1969, p. 23 مشار اليه القاضي بلال عدنان بدر , القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ، مصدر سابق ، ص 88 .

تعد الاوراق التجارية سنداً قابلاً للتداول بالطرق التي رسمها القانون ، والاوراق الغير قابلة للتداول لا تعد اوراقا تجارية ، فالفكرة الرئيسية هنا هو تارةً انشاء محرر بصورة تقليدية – ورقية – وتداوله بصورة الكترونية ، وتارةً اخرى انشاء ورقة تجارية بطريقة الكترونية ليتم تنفيذها بطرقة تقليدية ، ولأجل اضفاء صفة التجارية على الاول لابد ان يكون قابلا للتداول ، ومن المعروف ان الاوراق التجارية التقليدية تتداول بالتظهير والمناولة ، بمعنى يتم انشاء الاوراق التجارية بصورة ورقية وتداولها بالتوقيع على ظهرها باليد او مناولتها الى المستفيد ، وفي حالة التنازع بين القوانين لحكم الورقة التجارية ، يتم تحديد القانون الواجب التطبيق بموجب قانون الارادة وفي حالة عدم وجود الارادة يتم تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين في حالة اتحادهما في الموطن ، وفي حالة اختلاف الموطن فأن القانون الذي يطبق هو قانون محل العقد ، وهذا ما بينته المادة (25) من القانون المدني العراقي المشار اليها سابقا ،

وهذا الحال لا يستقيم مع التعاملات الجارية بواسطة الانترنت على الاوراق التجارية ، وما تثيره من اشكاليات لمعرفة القانون الواجب التطبيق ، فالأوراق التجارية الالكترونية الورقية يتم تحريرها بصورة مادية ، بمعنى يتم انشاء ورقة تجارية على محرر ورقي ومن ثم تتم معالجة هذه الورقة بطريقة الكترونية في المراحل اللاحقة على الانشاء ، اي تنشأ ورقيا ويتم تداولها الكترونيا ، وبعد ان اصبح الدخول الى الشبكة العنكبوتية متاح للكثير من الاشخاص وامكانية الدخول واجراء التعاملات الالكترونية ، وازدهار التجارة الالكترونية صار لازما ان يتدخل المشرع ، لتنظيم التعاملات التي تجري في الفضاء الالكتروني ، وتدخل المشرع العراقي وخصص الفصل السادس من قانون التوقيع الالكتروني النافذ لتنظيم العمليات التي تجري على الاوراق التجارية الالكترونية من معاملات الكترونية .

والورقة التجارية الالكترونية الورقية هي الاوراق التي يتم اصدارها من البداية على اوراق مادية ، ومن ثم تتم المعالجة بطرقة الكترونية ، حيث يتمكن الساحب – محرر الورقة – من انشاءها ومن ثم ارسالها الى المستفيد عن طريق ما يسمى بالوسيط ، ويقوم هذا الاخير بأرسال الورقة التجارية الكترونياً الى المستفيد بعد ان يقوم بوضع ارقام سرية على وجه الورقة ، ولتمكين المستفيد من تظهير الورقة التجارية او اجراء العمليات الاخرى عليها ، فبإمكان الاخير من سحب الورقة التجارية ومن ثم الكتابة على وجهها او على ظهرها او على ورقة منفصلة عنها – الوصلة الخارجية – ومن بعد ذلك دمج هذه الورقة الاضافية واعادة ارسالها الى الوسيط مرة اخرى ، ويقوم الاخير بكتابة رقم كودي جديد ومن بعد ذلك يرسلها الى المظهر اليه . وبهذه الطرقة يتم تداول الورقة التجارية بطريقة الكترونية على الرغم من تحريرها ابتداءً بطريقة تقليدية .

ويرى البعض [155]انه وعلى الرغم من صدور عدة قوانين عربية واوربية ، ولكن يلاحظ عدم وجود تنظيم قانوني يتبنى فكرة الاوراق التجارية الالكترونية بشكل كامل ، والتشريعات التي صدرت لم تعنى بتنظيم المسائل التي تتعلق بالأوراق التجارية ، ومنها تداول الاوراق وتظهيرها ومعرفة القانون الواجب التطبيق ، لذلك يذهب البعض الى ان الحل لهذه المشكلة يتمثل في تطبيق قواعد القانون الخاص ، وعلى الرغم من وجود الصعوبات وبالأخص المسائل التي تتعلق

---

(1) د .هاني دويدار ، الوفاء بالأوراق التجارية المعالجة الكترونياً ، مصدر سابق ص 12 ، د محمد بهجت عبدالله قايد ، الاوراق التجارية الالكترونية ، مصدر سابق ، ص 53 .

بمعرفة مكان اجراء التصرف ، وهنا لابد من الركون الى القواعد العامة المتمثلة بقواعد قانون الصرف والمتعلقة بالأوراق التجارية التقليدية .

وذهب البعض الاخر من الفقه وهو ما يؤيده الباحث ، ان هنالك نوعين من الاوراق التجارية الالكترونية ، اما الاول فيتمثل بالموضوع محل البحث وهو الاوراق التجارية الالكترونية الورقية ، واما النوع الثاني من الاوراق فيتمثل بالأوراق التجارية الالكترونية الممغنطة بصورة كلية – انشاء وتداول - فعندما يتم تحرير ورقة تجارية الكترونية ورقية وارسالها الى المستفيد ، هنا لابد من الموائمة بين بين العالم المادي – قواعد قانون الصرف – والعالم الافتراضي الانترنت والذي يصفونه انه عصب التجارة الالكترونية ، ويسمي هذا الفقه ان الورقة التجارية التقليدية عبارة عن دعامة يتم تثبيت البيانات والمعلومات ولذلك يمكن ان تستبدل بأخرى ممغنطة ، وتأسيساً على هذا عندما تحرر ورقة تجارية فان البيانات التي تحتويها يمكن تداولها على اشرطة ممغنطة (156) ، وتعد الطباعة او التظهير على ظهر الورقة التجارية من الامور الممكنة ولاسيما عندما تكون الطابعة تدعم ما يسمى بالطباعة المزدوجة بصورة تلقائية ، وهذا ما بينه المشرع العراقي في قانون التوقيع الالكتروني النافذ في نص المادة (15) حيث نصت " يجوز عند اجراء معاملة بوسائل الكترونية تقديم المعلومات المتعلقة بها او ارسالها او تسليمها الى الغير بوسائل ورقية اذا كان المرسل اليه قادرا على طباعة تلك المعلومات وتخزينها والرجوع اليها في وقت لاحق بالوسائل المتوفرة لديه " ، وتعد الطابعة احدى هذه الوسائل التي تساعد اجراء المعاملات بصورة الكترونية ، اما اذا لم تكن الطابعة المستخدمة تدعم الطباعة المزدوجة تلقائيا ، هنا بالإمكان اجراء عملية التظهير على ظهر الورقة التجارية بواسطة الطباعة المزدوجة اليدوية ، وفي حالة تم سحب الورقتان بصورة مستقلة احدهما عن الاخرى ، فهنا يسمى هذا التظهير عن طريق الوصلة المتصلة بالورقة التجارية الالكترونية (157) ، وهنا يثار تساؤل هل تبقى الورقة التجارية الالكترونية محتفظة بهذه الصفة على الرغم انها سحبت بصورة ورقية واصبحت ورقة ملموسة ، الا تعد صورة من الاصل ، والوفاء بالصورة غير مبرء للذمة ,

للجواب على هذا التساؤل ان القانون ساوى بين الاوراق التجارية التقليدية والالكترونية ، وجعله بنفس المرتبة في الاثبات وذلك في نص المادة (23) من قانون التوقيع الالكتروني (158)، وبذلك اذا ما سحبت ورقة تجارية تم تحريرها بصورة ورقية وتم ارسالها بطريقة الكترونية ، ومن ثم تم سحبها من قبل المستفيد بصورة ورقية فأنها تتمتع بنفس القيمة ، وان حرص المشرع على ان يكون الوفاء بالورقة الاصلية فهو لمنع التلاعب والتزوير ، والورقة التجارية هذه غير قابلة للتلاعب لأنها تتضمن رقم سري ، وبين المشرع العراقي في قانون التوقيع الالكتروني النافذ ، ان السند يعتبر الكترونيا في حالة انشاءه او تخزينه او تم ارساله او

---

(1) د امين بدر ، الالتزام الصرفي في البلاد العربية ، محاضرات في معهد الدراسات العالمية ، مشار اليه لدى د محمد السيد الفقي ، المعلوماتية والاوراق التجارية ، مصدر سابق ص 16 .

(2) https:// support.office.com تم زيارة الموقع في 2021/9/12 ، عندما لا تكون طابعتك تدعم الطباعة المزدوجة بصورة تلقائية ، فيوجد خياران الاول استخدام الطباعة المزدوجة اليدوية والثاني طباعة الصفحات بشكل منفصل .

(3) د عباس العبودي ، تحديات الاثبات بالسندات الالكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها ، منشورات الحلبي ، ينظر البند ثانيا من المادة (23) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي والمادة (16) من قانون التوقيع الالكتروني المصري ، والى ذات المعنى نصت المادة الثانية من قانون التوقيع الالكتروني لدولة الامارات العربية المتحدة رقم (2) لسنة 2004 .

استلامه بصورة جزئية او كلية ، وهذه كلها تشترط ان يكون السند الالكتروني موقعا توقيعا الكترونياً ، من ذلك يتبين ان الاوراق التجارية تعد الكترونية في جميع الحالات سواء تم تحريرها بصورة ورقية ومن ثم تم تداولها الكترونيا او تم تحريرها الكترونيا وتداولها الكترونيا ، شريطة ان يتم التوقيع عليها بطريقة الكترونية [159] .

ومن ذلك يتضح ان التشريعات المنظمة لقانون التوقيع الالكتروني قد سايرت الاتفاقيات المعقودة والقوانين العالمية التي نظمت التجارة الالكترونية والتوقيع الالكتروني ، وباستقراء البعض من القوانين المقارنة نرى ان نصوص المواد جاءت منسجمة مع نصوص الاتفاقيات الدولية بما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق ، وهذا ما بينته (المادة الثالثة الفقرة الاولى) من اتفاقية روما لعام 1980 ، وكذلك المادة (1/7) من اتفاقية لاهاي لعام 1986 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق ، والمادة (2) من قانون الاونسيترال النموذجي الخاص بالتوقيع الالكتروني ، وكذلك المادة (2) من قانون الاونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية .

وبالرجوع الى قانون التوقيع الالكتروني العراقي النافذ وفي نص المادة (2 / اولاً) والتي بينت ان هدف القانون هو لتوفير الاطار القانوني في ابرام المعاملات الالكترونية ، وكذلك المادة (1/3 / ج) والتي اوضحت ان القانون يسري على الاوراق التجارية الكترونية ، واثبتنا في الصفحات السابقة ان الاوراق التجارية وان تم انشاءها بطريقة تقليدية فأنها تبقى محتفظة بصفتها كورقة تجارية الكترونية اذا ما تم تداولها وتنفيذها بطرقة الكترونية ، وهنا من الممكن ان نرى امكانية تطبيق اكثر من قانون على الورقة التجارية ، وهو اما قانون دولة محل تحرير الورقة التجارية حيث تم في العالم المادي أو قانون محل التنفيذ لأنه تم في العالم الإلكتروني ، وهذا يؤدي بدوره الى تطبيق اكثر من قانون على نفس الواقعة ، وهذا ربما يؤدي الى تجزئة العقد وبالتالي سوف يؤدي الى عدم الاستقرار [160] .

وهنالك من يرى اعطاء الحرية للأطراف في ان يتفقوا على قانون محدد ليكون هو الواجب التطبيق على التزاماتهم وتنظيم التعامل فيما بينهم بما يشاؤون [161]، وهذا يعد مبدأ مستقر عليه في القوانين الداخلية والقانون الدولي الخاص ، وهذا ما بينه القانون المدني العراقي المادة (25) والى ذات المعنى نصت المادة (19) من القانون المدني المصري، وقد بينت المادة (1134) من القانون المدني الفرنسي بأن العقود التي تم تنظيمها بشكل اصولي تشكل شرعة من اجراها ، بمعنى ان العقد شريعة المتعاقدين[162] ،وعلى اعتبار ان الهدف من تطبيق مجموعة القوانين واحد وبالتالي اذا ما تم الاتفاق على قانون معين يتحقق الهدف وهو فض النزاع بأقصر وايسر السبل ، وبالتالي يضمن وحدة القانون وعدم تجزئته التي ربما سوف تؤدي الى اصدار احكام قضائية في النهاية لا يمكن تطبيقها وهذا ما تأباه العدالة .

---

(1) انظر البند تاسعا من المادة الاولى لقنون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية النافذ وكذلك الفقرة (ب) من قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 .

(2) د .احمد عبد الكريم ، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع اصولا ومنهجا ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، الطبعة الاولى ، 1996، ص 1019 .

(1)سليمان احمد محمد فضل ، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الالكترونية في اطار القانون الدولي الخاص ، اطروحة دكتوراه ،القاهرة ، كلية الحقوق جامعة عين الشمس ، 2010 .

(2) Les conventions le'galement forme'es tiennent lieu de loi a' ceux que les ont faites مشار اليه لدى القاضي بلال عدنان بدر ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ، مصدر سابق ، 113 .

وبهذه الصورة يكون الباحث قد خالف البعض من الفقه ، الذي يرى ان المتعاقدين احرار في اخضاع تصرفاتهم القانونية الى قانون معين ، وكذلك يؤدي الى تحقيق المرونة في التعاملات الالكترونية والتي تؤدي في النهاية الى امكانية تجزئة العقد ، وهذا يعني خضوع كل جانب من جوانب العقد الى قانون معين .

هنا نقول صحيح انه لابد من احترام ارادة المتعاقدين لما تحققه من رضا الاطراف عن النتائج والحلول التي يتم التوصل اليها في حالة تطبيق القوانين على منازعتهم ، ولكن هذه الصورة تؤدي الى تطبيق اكثر من قانون ،وهذا ربما يؤدي الى استحالة التنفيذ او صدور احكام متناقضة ، لعدم وجود قانون دولي موحد ، وهذه نتيجة منطقية لاختلاف التشريعات من دولة الى اخرى ، وهنا لابد من التمييز بين التصرفات التي يتم انشاؤها الكترونياً وتنفيذها بطريقة تقليدية وبين التصرفات والمعاملات التي يتم انشاؤها وتنفيذها الكترونياً ، ففي الحالة الاولى اعطاء الحرية للأطراف على اختيار اكثر من قانون ليحكم تصرفاتهم لان ليس هناك ما يمنعهم من ممارسة هذه الحرية ، وبالتالي الى امكانية تجزئة العقد شريطة ان يكون منسجما ومتوائما مع التصرفات القانونية ، حتى يؤدي الى نتائج مرضية ويمنع التضارب بين الاحكام ، وهذا يحصل عندما يتم تحرير ورقة تجارية بصورة الكترونية في دولة نظمت احكام التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية واريد تنفيذها بطريقة مادية في دولة لم تنظم احكام هذا القانون ، وبالتالي لا تعترف الدولة الثانية بهذه المعاملات على الرغم من اتفاق الاطراف عليها ، لذلك لابد من مراعاة ذلك ، اما في حالة انشاء ورقة تجارية الكترونياً وتنفيذها الكترونياً فهذا ما سيتم بيانه في الفرع اللاحق .

الفرع الثاني
القانون الذي يحكم الاوراق التجارية الالكترونية الممغنطة

يعد اختيار القانون الواجب التطبيق على التجارة الإلكترونية بصورة عامة – والاوراق التجارية الالكترونية بصورة لاسيما – من الوسائل المهمة التي تساهم في حلحلة المنازعات التي تثور في مجال التجارة الالكترونية ، واجراء التصرفات في العالم الافتراضي هو الوجود في كل العالم او الاتصال بجميع الدول في وقت واحد ، وهذا نتيجة الانفتاح على العالم .

وهنالك من يرى بوجود تناقض بين العالم الافتراضي والقوانين المطبقة المادية ، مما يستتبع ذلك عدم امكانية تطبيق القوانين الوضعية على التعاملات الالكترونية .

والاوراق التجارية بصورة عامة تمتاز بالخاصية الاختيارية ، بمعنى اتفاق الاطراف الساحب والمستفيد على اختيار التعامل بالطريقة الالكترونية لما تمتاز به من خصائص ، وهذا الامر متروك لإرادتهم بأتباع ما يرونه مناسبا من النظام التقليدي او الالكتروني ، ولا يوجد ما يمنع من ان يكون التعامل بواسطة الاوراق التجارية الالكترونية وبالخصوص بعد الاعتراف من قبل المشرع بالمستندات الالكترونية وكذلك جهة التصديق الالكتروني حيث زادت ثقة الاطراف التي تتعامل بالسند الالكتروني [163] ،

(1) د مصطفى طه ، وائل بندق ، الاوراق التجارية ووسائل الدفع الالكترونية الحديثة ،مصدر سا بق ، ص16.

ويرى البعض الاخر من الفقه [164] ان تحرير الورقة التجارية الكترونياً وتداولها بطريقة الكترونية يجعل من موضوع تحديد القانون الذي يحكم التصرفات امرا صعبا ، وبالخصوص موضوع التنفيذ لوجود التناقض بين الطبيعة المادية والالكترونية لاتصالها بأكثر من دولة في نفس اللحظة ، مما يثير صعوبة معرفة ضابط مكان التنفيذ والذي من خلاله يتم معرفة القانون الواجب التطبيق.

والرأي السابق محل نظر ، حيث شهدت التطورات التقنية المتسارعة نموا كبيرا ، وبالتالي تم التوصل من خلال الاكتشافات الى معرفة الحدود الجغرافية التي تم الغائها من قبل الشبكة العالمية ، والذي ادى بدوره الى امكانية معرفة انتماء الاشخاص والدول التي ينتمون اليها وذلك من خلال شركات لاسيما يتم الاتفاق معها على تأمين هذه الخدمة ، وهذه الشركات تعتمد على ما يسمى (geo – location technologies) والمتخصصة بتحديد المواقع ، وبمعرفة مكان الاشخاص يمكننا ان نحدد القانون الواجب التطبيق ، هذا اذا لم يكن هنالك اتفاق بين الاطراف على قانون معين بالذات ليكون هو القانون الواجب التطبيق هذا من جهة ، ومن جهة اخرى اجازت التشريعات التعامل بالأوراق التجارية بطريقة الكترونية ، واعطتها ذات الحجية المعطاة لمثيلاتها الورقية وهذا ما بينه المشرع العراقي في المادة (13) من قانون التوقيع الالكتروني النافذ واشارت الفقرة (ج) من نفس المادة الى الشخص الذي انشأ الورقة التجارية بصورة صريحة حيث بينت انه يجب ان تكون البيانات والمعلومات التي ترد على الورقة التجارية الالكترونية دالة بصورة صريحة وواضحة على الشخص الذي انشأ الورقة وكذلك الشخص الذي استلمها ، وبذلك يكون المشرع قد ازال الابهام الذي يكتنف تحديد القانون الواجب التطبيق ، فمن معرفة البلد الذي تم فيه انشاء الورقة التجارية وكذلك اسم المستلم والبلد الذي يتواجد فيه ، حيث اصبح بالإمكان تحديد القانون الواجب التطبيق بناء على هذه المعطيات[165] ، والى ذات المعنى اشارت المادة (9) من قانون التوقيع الالكتروني المصري [166] ، وكذلك المادة (8) من قانون الاونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية .

ومما تقدم يتضح ان المكان في شبكة الانترنت يتم تحديده اما بتحديد مكان الموجب او القابل ، إلا ان المشكلة تكون في كيفية تحديد المكان الذي يتواجد فيه الموجب وكذلك مكان القابل ، حيث اتاحت شبكة الانترنت للمستخدمين استخدام هذه الشبكة من اي مكان في العالم كأن يكون المستخدم موجود في العراق او مصر او اي دولة اخرى ، واذا ما استخدم الهاتف في تحرير الورقة التجارية فبالإمكان تحديد الموقع عن طريق رقم الهاتف ، ولكن الصعوبة تكون في استخدام المواقع الالكترونية عن طريق الانترنت ، وان تمكنا من تحديد الموقع الالكتروني ولكن تنشأ صعوبة اخرى وهي تحديد مكان الموجب او القابل الذي استخدم الموقع الالكتروني .

---

(2) د عادل ابو هشيمة ، عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة ، القاهرة ، 2005 ، ص96 .

(1) لمزيد من الايضاح حول هذه التقنية – تحديد المواقع الجغرافية – ينظر :

DA N JERKER B. SVANTESSON, HOW DOSE THE ACCURACCY OF GEO-LOCATION TECHNOLOGIES AFFECT THE LAW ? Masaryk University Journal of Law and Technolgy ,vol .2,N1 ,2008 ,p / 12 وتشير الشركة الى ان الدقة في تحديد الموقع الجغرافي وصلت الى نسبة 99,9 % على مستوى البلد الذي يتواجد فيه الشخص

(1) صدرت اللائحة التنفيذية لوزارة الاتصالات وتكنلوجيا المعلومات ذي الرقم 109 لسنة 2005 لقانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 .

والمواقع الالكترونية بالإمكان تحديدها بواسطة ما يسمى بروتوكول الانترنت (internet protocol address وهي عبارة عن مجموعة من الاسس والقواعد التي تحدد كيفية استقبال وارسال البيانات عبر الشبكة ، وتتم العملية بواسطة وحدات صغيرة تسمى (packet) ، ومثبت داخلها عنوان الجهاز على الشبكة ، واي كان نوع هذا الجهاز ، ويضم هذا العنوان من ارقام مقسمة الى وحدات البعض منها يمثل الشركة المؤسسة المزودة لخدمة الانترنت ، والبعض الاخر تم تخصيصه لرقم جهاز الشركة ، وهنا سوف يكون كل جهاز متصل بالشبكة يحتوي على عنوان بروتوكول ، وعن طريق هذا العنوان يمكن التعرف على الجهاز وكذلك استقبال المعلومات ، فلحظة اتصال الجهاز بالشبكة يتم كشفه عن طريق بروتوكول الانترنت (IP ADDRESS) وهو نوعين ثابت ومتغير .والاول يتم منحه الى للمواقع الالكترونية الدائمة الاتصال بالشبكة ، اما البروتوكول المتغير يتم منحه للمواقع الالكترونية التي لاتكون على اتصال دائم بالشبكة .

فالمواقع الالكترونية للهوتميل () www.hotmail.comلها عنوان ثابت هو "19.213.160.188" ، وهذا العنوان تم اعطائه من قبل شركات الانترنت الموجودة في المملكة المتحدة ، وتم اعطاء المواقع الالكترونية للغرف العربية للتوفيق والتحكيم (www.arab-cca.org)، وايضا يمتاز بثبات البروتوكول والذي هو (72..72.52.149) وهذه العناوين تم منحها من قبل شركات الانترنت في الولايات المتحدة الامريكية ، وتبادل الرسائل يكون عن طريق هذه المواقع ، حيث يتم الارسال والاستلام من خلال هذه العناوين ، وبالتالي ومن خلال معرفة الشبكة وهذا يوصلنا لمعرفة الدولة التي تمت على اراضيها هذه النشاطات ، وبالعودة الى عناوين البروتوكولات فأن الرقم الاول والثاني خاص بالشركة المزودة لخدمات الانترنت ، اما الرقم الثالث والرابع يمثل رقم الجهاز، ومن خلال معرفة الارقام الاولى يمكن معرفة الدولة ، وعند اجراء المراسلة بين الاطراف او تبادل البيانات يمكن تحديد مكان الشخص عن طريق ما يسمى بروتوكول الانترنت[167] ، وبالتالي يمكننا التوصل الى تطبيق قانون المرسل او المستلم ، ويتم اللجوء الى هذه الطرق كبديل في حالة لم يوجد اتفاق ما بين الاطراف على استخدام قانون معين ليكون هو الواجب التطبيق .

(1) د. راسم سميع عبد الرحيم, التجارة الإلكترونية والمصارف العربية, مجلة اتحاد المصارف العربية, العدد192, مجلد 16, 1996, ص72, وينظر ايضاً علي الاعسم, الانترنيت وسيلة هامة للمعلومات والتبادل التجاري, اتحاد المصارف العربية, العدد 198, 1997, ص20

الباب الثاني

القانون الواجب التطبيق على أحكام الاوراق التجارية الالكترونية

نعيش اليوم في عصر الثورة المعلوماتية التي زاد انتشارها بشكل متسارع في دول العالم ، والقت بظلالها على التجارة الالكترونية بشكل كبير جدا ، فتعد الاخيرة المستفيدة الاولى من هذه الثورة المعلوماتية ، لما توفره من سرعة في انجاز المعاملات بطريقة الكترونية وفي التفاوض والاتفاق النهائي الى ان نصل الى دفع الثمن حيث يكون الكترونياً ،والبيع والشراء ، والتجول في اكثر من دولة في نفس الوقت ، وتعد وسائل الدفع الالكترونية بكل انواعها المحرك الاساس للتجارة الالكترونية ، حيث تمثل الاخيرة البيئة المناسبة لوجود وسائل للدفع الالكتروني ، مما ادى الى تنوع هذه الوسائل بشكر كبير ، وهذه تعد من ضمن الانجازات التي تم تحقيقها في العصر الحالي ، حيث ظهرت اساليب متنوعة في مختلف المجالات .

وازاء هذا التطور والغير مسبوق في ميادين الحياة بصورة عامة ، وفي التجارة الالكترونية بصورة لاسيما ، وما تبعه من تطور في وسائل الدفع الالكترونية والتي تعد وليدة الحاجة لإتمام المعاملات بطرقة الكترونية ، حيث اصبحت لدينا طريقة بديلة بصورة تامة للعمليات التي كانت تتم بطريقة تقليدية ، وتبدأ من مرحلة التفاوض والاتفاق على ان تتم المعاملة بطريقة الكترونية وصولاً الى دفع الثمن حيث يكون ايضا بطريقة الكترونية ، وحصول هذا التطور التقني قد عبر الحدود بدون استئذان ، وهذه التقنية الجديدة التي تعمل في الوسط الافتراضي تثير كثير من الاشكاليات وسواء كان العملية تمت بصورة كلية او جزئية ، ومن الاشكاليات الرئيسية التي تثار هنا هو معرفة القانون الذي يجب ان يحكم العلاقة القانونية التي تمت – بصورة كلية او جزئية – في العالم الافتراضي .

وازاء هذه الاشكاليات وفي ظل غياب الحدود الجغرافية بصورة تامة والتي تعد اساس تنازع القوانين واساس التمييز بين دولة واخرى ، واساس وجود القانون الدولي الخاص ، كان لابد على فقهاء القانون وبالخصوص فقهاء القانون الدولي الخاص عن البحث عن قاعد قانونية لتنظم هذه الحالات وتساهم في حل الاشكاليات لغرض تقليص الهوة الموجودة بين العالم المادي والافتراضي ، وحتى نكون امام تنظيم تشريعي يطبق على المعاملات التي تتم بين اشخاص يحملون جنسيات مختلفة بطريقة الكترونية ، وبالمقابل ادى عجز قواعد القانون الدولي الخاص التقليدية على يجاد الحلول للإشكاليات المتوقعة في العالم الافتراضي ، والتطور الهائل في مجال التجارة الالكترونية ، وصدور القانون النموذجي للتجارة الالكترونية لعام 1996 ، والذي سمي (بقانون الاونسترال) ،كل ذلك ادى الى تبني العديد من الدول الى اصدار تشريعات تنظم المعاملات التي تتم بطريقة الكترونية ، وكان العراق من بين الدول التي اصدرت قانون للتوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية ذي الرقم 78 لسنة 2012 ، وكذلك انضمام العراق للاتفاقية التي عقدت في القاهرة والتي سميت ب " اتفاقية تنظيم احكام التوقيع الإلكتروني في الدول العربية التي تم توقيعها في القاهرة ، كل ذلك يعتبر خطوة من المشرع العراقي باتجاه الامام - وان جاءت متأخرة – لإيجاد الحلول للتبادلات التجارية التي تجري عبر الشبكة العنكبوتية ، وتعد الورقة التجارية الالكترونية احدى وسائل الدفع الالكتروني التي اعتمدها المشرع العراقي في قانون التوقيع الالكتروني النافذ وفي المادة (3/ اولا) حيث بين على سريان هذا القانون على الاوراق التجارية الالكترونية وكذلك على المعاملات التي يتفق اطرفاها على تنفيذها بطريقة

الكترونية ، وما يثيره التعامل عبر الفضاء الالكتروني من البحث عن القانون الواجب التطبيق على احكامها من حيث اثارها وتنفيذها ، ولبيان ذلك يتطلب منا تقسيم هذا الباب الى فصلين ، سنعقد الاول لدراسة القانون الواجب التطبيق على الاثار التي تترتب على التزامات الاطراف في الفضاء الالكتروني بمناسبة التعامل بالأوراق التجارية الالكترونية ، ليكون الفصل الثاني لبيان القانون الواجب التطبيق على تنفيذ الاوراق التجارية بطريقة الكترونية وكالآتي :

الفصل الاول

القانون الواجب التطبيق على اثار تداول الاوراق التجارية الالكترونية

يعد التعامل عن طريق العالم الافتراضي خطوة متقدمة اذا ما تمت مقارنتها مع التعاملات التقليدية ، وتعد التجارة الالكترونية اهم التعاملات التي تتم عبر الفضاء الالكتروني التي تمتاز بالسرعة ، وسائل الدفع الإلكتروني هي اهم مقومات التجارة الالكترونية ، فأغلب التعاملات التجارية تصل في النهاية الى بالالتزام بدفع مبلغ نقدي ثمن الصفقة التي تم ابرامها ، والاوراق التجارية تقوم مقام النقود بالوفاء وكذلك لتسوية العلاقات المالية بين الاشخاص الذين يقيمون في عدة دول ، وتعد الاوراق التجارية بصورة عامة وليدة الحاجة بين مختلف الشعوب نتيجة الحاجيات المتشابه بينهم ، لسرعة تداولها بين الاشخاص .

ولأجل ذلك ومن اجل ازدهار التجارة الالكترونية لابد من تأمين وسائل دفع تتناسب مع الطريقة التجارية المتبعة ، وهي عدم الحضور المادي للأشخاص وبالمقابل دفع ثمن البضاعة ، هذا التناقض ان صح التعبير يثير كثير من الاشكاليات التي تعيق ازدهار التجارة ، فالعامل النفسي مثلا حاضرا في هذه الاشكاليات ، فالإنسان حريص دائما على امواله بحيث يبحث عن ما يسمى بالأمان المعلوماتي ، ولذلك يحاول الشخص ان يتفق مع غيره على ان تتم العملية التجارية بطريقة تقليدية ، ولكن التطورات المتسارعة والتقدم العلمي والتقني وتشريع الكثير من الدول لقوانين تتعلق بالتجارة الالكترونية قد قلل من الفجوة الموجودة بين العالم المادي والعالم الافتراضي ، فضلاً عن مشكلات قانونية اخرى تتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الاثار التي تتم بين اطراف المعاملة الالكترونية .

فكما هو معروف ان الورقة التجارية –التقليدية والالكترونية – تتضمن مجموعة من الالتزامات ، تتمثل بالتزام الساحب – منشئ الورقة التجارية – والتزام المستفيد وكذلك المسحوب عليه ، ووجود الاطراف في دول مختلفة يثير مبدأ التنازع بين القوانين لحكم هذه المسألة ، فالسؤال الذي يثار هنا هل تخضع اثار هذه التصرفات لقانون واحد ، وهل يكون هو القانون

المختار من قبل الاطراف ، ام يخضع الى قوانين متعددة على الرغم من وحدة الموضوع الذي يتمثل بالحق الموجود بالورقة التجارية والذي يمثل ديناً في ذمة الساحب وينتقل هذا الدين من ذمته الى ذمة المظهر وهكذا تستمر هذه الورقة في التداول لحين موعد الاستحقاق ، والاشكالية التي تثار هن هي ان هذه الالتزامات نشأت في دول متعددة فإلى اي القوانين تخضع ، وهل بالإمكان تقديم الورقة التجارية للقبول ، وما هو القانون الواجب التطبيق على القابل ، وهل ان التطورات والاختلافات في طريقة الايجاب والقبول لها دور في تحديد القانون الواجب ، وما هو القانون الواجب التطبيق على مقابل الوفاء في الاوراق التجارية الالكترونية بأنواعها التي اجازها المشرع العراقي في قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية النافذ ، وما هو موقف التشريعات المقارنة ازاء هذه التساؤلات ، وللإجابة على هذه التساؤلات ارتأينا تقسيم هذ الفصل الى مبحثين ، سنعقد الاول لبيان القانون الواجب التطبيق على التزام الاطراف في الاوراق التجارية الالكترونية ، ونخصص المبحث الثاني لمعرفة القانون الواجب التطبيق على مقابل الوفاء في الاوراق التجارية الالكترونية وكالآتي .

المبحث الاول

القانون الواجب التطبيق على آثار الالتزامات في الاوراق التجارية الالكترونية

احتلت التجارة الالكترونية في العالم المعاصر الاهمية الكبيرة للاحتياج المتزايد لها ولما تقدمه من خدمة في اختصار الزمن وتقليل التكاليف وانجاز المعاملات بسرعة عالية وبدون الحضور المادي للأشخاص ، والتعامل بالأوراق التجارية بنوعيها – التقليدية والالكترونية – يرتب التزامات على اطرافها ، فيلتزم الساحب بالوفاء بقيمتها في ميعاد استحقاقها ويلتزم ايضا بضمان قبولها ، والمسحوب عليه يقع على عاتقه الالتزام بالوفاء بقيمة الورقة التجارية ، والبحث هنا يكون عن القانون الواجب التطبيق على التزامات الاطراف وفق القانون العراقي والقوانين محل المقارنة وكذلك القانون الواجب التطبيق على التزامات المسحوب عليه القابل ، واذا ما عرفنا ان قانون التوقيع الالكتروني العراقي النافذ عندما اجاز التعامل بالأوراق التجارية الالكترونية اشترط ان تتوفر فيها نفس الشروط التي يتطلب وجودها في نظيرتها التقليدية ، وبذلك لا يمكن مغادرة القواعد العامة التي بينها المشرع في الاوراق التقليدية ، والتي بالإمكان الارتكاز عليها كلما تطلب الامر ذلك ، والسؤال هنا ما هو القانون الواجب التطبيق على التزامات اطراف الورقة التجارية الالكترونية وما هو القانون الذي يتم تطبيقه على مقابل الوفاء في الاوراق التجارية الالكترونية .

وللإجابة على تلك الاسئلة لابد من تقسيم هذا المبحث الى مطلبين نعقد الاول لبيان القانون الواجب التطبيق على اطراف الورقة التجارية الالكترونية ، ونخصص المطلب الثاني لبيان القانون الواجب التطبيق على مقابل الوفاء في الاوراق التجارية الالكترونية وكالآتي

المطلب الاول

القانون الواجب التطبيق على التزام اطراف الورقة التجارية الالكترونية

تمتاز التجارة الالكترونية بإتمام العمليات الكترونيا ، اي دون التواجد المادي لأطراف الورقة التجارية ، وعدم وجود اي اوراق مادية ودون ان يجمع الاطراف مجلس عقد واحد ، وبقاء الالتزامات على الرغم من ذلك ، ومناط ذلك هو التقاء الايجاب بالقبول في الفضاء الالكتروني

والاتفاق المسبق بين اطراف المعاملة التجارية على ان تكون وسيلة الدفع هي الورقة التجارية الالكترونية .

وأطراف الورقة التجارية الألكترونية – كما في التقليدية – هم ثلاثة الساحب وهو الشخص الذي حرر الورقة التجارية والمسحوب عليه وما يقوم به من تصرف يزيد الامان والثقة بالورقة التجارية وهو ان يضع توقيعه على الورقة للدلالة على قبولها والطرف الثالث والمستفيد من الورقة التجارية الالكترونية وهنا يثار السؤال الذي طالما سألناه ما هو القانون الواجب التطبيق على التزامات اطراف الورقة التجارية الالكترونية ، وما هو موقف التشريعات محل المقارنة من الساحب والمسحوب عليه القابل ، وهل للاتفاقيات الدولية التي تبنت التجارة الإلكترونية دور في تحديد القانون الواجب التطبيق ، وما هو دور الارادة في تحديد هذه الالتزامات ، هذا الامر استدعانا للإجابة على هذه التساؤلات الى تقسيم هذا المطلب الى فرعين نبين في الاول القانون الواجب التطبيق على التزامات الساحب ، وسنعقد الثاني الى بيان القانون الواجب التطبيق على التزامات المسحوب عليه وكالآتي

الفرع الاول

القانون الذي يحكم التزام الساحب

الاوراق التجارية الالكترونية محرر شكلي معالج بطريقة الكترونية , وتعد سندا قابلا للتداول والانتقال من شخص الى آخر ، فهي كنظيرتها التقليدية ولكن بغياب ما يسمى بالأورق التقليدية – الورقية - بصورة كلية او جزئية، وتنشأ الاوراق التجارية الالكترونية على وسط غير محسوس يسمى المحرر الالكتروني [168] ، وبين المشرع العراقي في قانون التوقيع الالكتروني النافذ المستندات الالكترونية في المادة (1 / تاسعا) والتي نصت " المستندات الالكترونية هي المحررات التي تنشأ او تدمج او تخزن او ترسل او تستقبل كليا او جزئيا بوسائل الكترونية بما في ذلك تبادل البيانات الكترونيا او البريد الالكتروني او البرق او التلكس او النسخ البرقي ويحمل توقيعا الكترونيا " ، وبالتمعن بالنص الذي اورده المشرع العراقي نجد ان الورقة التجارية الالكترونية تشترك مع الورقة التجارية التقليدية من خلال الاطراف وكذلك الشروط التي يتطلبها القانون لتحريرها ، فمن الممكن ان يكون نفس الاطراف يتعاملون بالطريقة التقليدية تارةً وبالإلكترونية تارةً اخرى ، الا ان الاختلاف بينهما يتمثل بطريقة انشاء الورقة التجارية وكذلك تداولها .

وبين قانون الاونسيترال النموذجي للتجارة الالكترونية[169] في المادة (2/أ) رسالة البيانات هي المعلومات التي يتم انشائها بطريقة الكترونية ، اما المشرع المصري فقد بين في المادة (1

---

(1) د. باسم علوان العقابي ، الحوالة الالكترونية ، بحث منشور في مجلة جامعة كربلاء ، المجلد العاشر ، العدد 4 ، سنة 2012 ، ص 179 .

(2) صدرت التشريعات الالكترونية كالآتي : قانون الاونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لعام 1996 ، وقانون الاونسيترال النموذجي بشأن التوقيع الالكتروني ، قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000 ، قانون منطقة دبي الحرة للتكنلوجيا والتجارة الالكترونية رقم 1 لسنة 2000 ، قانون المعاملات والتجارة الالكترونية لدولة الامارات العربية المتحدة رقم 2 لسنة 2002 ، قانون المعاملات الإلكترونية الاردني رقم 85 لسنة 2001 ، قانون المعاملات الالكترونية البحريني لسنة 2002 ، قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 ، اتفاقية الامم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية لسنة 2005 ،وقانون المعاملات الالكترونية السوداني لسنة 2007 وقانون التوقيع الالكتروني الاردني رقم 15 لسنة 2015.

/ب) المحرر عبارة عن " رسالة تنشأ او تدمج او تخزن او ترسل او تستقبل كليا او جزئيا بوسيلة الكترونية او رقمية او بأي وسيلة اخرى مشابهة " .

تنشأ الورقة التجارية من التزامات متعددة ، وهذه الالتزامات تمثل خاصية التداول التي تتصف بها الورقة التجارية – التقليدية والالكترونية – بنوعيها على حد سواء ، وهذه الالتزامات رغم تعددها إلا انها تمثل حق واحد وهو المبلغ الموجود في الورقة التجارية ، وهذه الالتزامات المتعددة تمثل التزام الساحب الاصلي – منشأ الورقة – والتزام المظهرين الذين وصلت اليهم الورقة بسلسلة التظهيرات الصحيحة ، ونشوء هذه الالتزامات في عدة دول هو الذي يثير موضوع القانون الواجب .

واختلف الفقه القانوني حول القانون الواجب التطبيق بالتزامن مع محل نشوء الالتزام ، فكل شخص يضع توقيعه على الورقة التجارية - وكما هو معروف - يزيد من ضمانة الورقة التجارية وقوتها ، ولكن بالمقابل تتسع فرصة التنازع بين القوانين ، فهل تخضع لقانون واحد رغم تعدد الدول التي حصل فيها الالتزام أم يصار تطبيق قانون الدولة التي نشأ فيها الالتزام ، وهذا سوف يؤدي الى مجموعة قوانين تكون واجبة التطبيق على كل التزام بصورة مستقلة [170]. وذهب الفقه الى اتجاهين ، الاول اعتمد المذهب القائل الى خضوع الالتزامات في الورقة التجارية لبد الانشاء ، اي ان محرر الورقة التجارية يخضع لقانون الدولة التي انشأ فيها الورقة ، والمظهرين يخضع كلاً منهم الى قانون الدولة التي نشأ فيها التزامه ، اي تخضع الورقة التجارية لما يسمى بمذهب تعدد القوانين ، وهذا الرأي الفقهي تبنته الاتفاقيات الدولية مثل اتفاقية جنيف لعام 1930 في المادة الرابعة ، حيث ميزت بين الاثار التي تترتب على القابل في الاوراق التجارية الالكترونية وبين الاثار التي تترتب على باقي الملتزمين في الورقة ، وأخضعت الاولى الى قانون دولة الوفاء ، والثانية الى قانون دولة الموقع ، وهذا يؤدي الى تعدد القوانين ، اما اتفاقية جنيف لعام 1931 الخاصة بالشيك فقد بينت في المادة (5) بأن الاثار التي تنشأ على الشيك تخضع لقانون دولة الانشاء ، ويبرر هذا الفقه اخضاع الورقة التجارية لعدة قوانين ، من مبدأ استقلالية التوقيع على الورقة التجارية ، فيعتبر كل توقيع مصدر للالتزام مستقلا ومميزا عن بقية الالتزامات المثبتة على الورقة التجارية ، وتأييداً لذلك في حالة كون احد التواقيع باطلاً تبقى الورقة صحيحة رغم هذا البطلان [171].

وذهب الفريق الثاني من الفقه الى اعتماد مذهب وحدة القانون الذي يحدد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات من قبل الاطراف على الورقة التجارية الالكترونية ، وانصار هذا المذهب من الفقهاء الفرنسين الذي ينادي بوحدة القانون ، الفقيه "ارمنجون" والفقيه "باتيفول" و"فونتين" و "بوتييه" ، ويرى هذا الفقه ان اخضاع الالتزامات الى قانون واحد يؤدي الى الحصول على نتائج مرضية للملتزمين بالورقة التجارية ، وتبرير ذلك ان تداول الاوراق التجارية بين محرر الورقة التجارية وبقية المظهرين الذين يضعون تواقيعهم على الورقة

---

(1) د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص 837 ، د عكاشة عبد العال ، تنازع القوانين في الاوراق التجارية ، مصدر سابق ، ص 187 ، د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص وفق القانون العراقي والمقارن ، دار الحرية ، ط1 ، بغداد ، ص 356 .

(2) HAMEL,LAGARDE JAUFFRET: Traite' de droit commercial T.ll,Dallos,Paris, 1966 P.618. LYON-CAEN RENAAULT Traite' de droite du commercial,5e'mee'd.,parisT IV,4e'm partie P.1212 .

التجارية ، وعدم معرفة بعضهم البعض ، فضلاً عن ان الاوراق التجارية غير قابلة للانقسام ، فيكون اخضاعهم لقانون واحد امر مفروض ، لأنه يؤدي الى التخلص من الصعوبات التي تتولد من اخضاع الورقة التجارية الواحدة الى قوانين متعددة ، والتي يتطلب من الملتزمين معرفتهم المسبقة بجميع القوانين التي تخضع لها الورقة التجارية طيلة فترة حياتها ، وهذا امر في غاية التعقيد ، وهذا يعيق من عمل التجارة بصورة عامة وسرعة تداول الاوراق التجارية بصورة خاصة [172].

ويؤيد الباحث الى الرأي الثاني وهو أن يتم تطبيق قانون واحد على اثار الملتزمين بالأوراق التجارية ، لما يحققه هذا الرأي من الحفاظ على وحدة الورقة التجارية من التجزئة التي نادها بها الفريق الاول ، فضلاً عن ذلك فأن معرفة الملتزمين بالأوراق التجارية المسبقة بالقانون الذي سيطبق عليهم يزيد من فرص التعامل بهذه الاوراق وبالتالي اتساع رقعتها لوجود عامل الاطمئنان بأن قانون دولة الساحب هو الواجب التطبيق أو قانون دولة المسحوب عليه أو قانون البنك ، والمعرفة السابقة بالقانون الذي يحكم التصرف يبعث رسالة اطمئنان للمتعاملين بالأوراق التجارية الالكترونية .

واتجه الفقه الى خضوع الورقة التجارية الالكترونية الى احكام المادة (25) مدني عراقي ، بمعنى تخضع التزامات الساحب في الاوراق التجارية الالكترونية الى القانون الذي اتفق عليه الاطراف بصورة صريحة او ضمنية [173] ، والاتفاق الذي يحصل على الشبكة العنكبوتية هو الذي يلتقي فيه الايجاب والقبول ، ففي الاوراق التجارية الالكترونية لابد من وجود اتصال مسبق بين المحرر والمستفيد على اختيار قانون بعينه ليتم تطبيقه على الورقة التجارية ، وهذا بدوره يحقق السرعة في التداول لمعرفة الاطراف المسبقة بالقانون الواجب التطبيق وتزداد الثقة بين الاطراف.

والملاحظة التي نثبتها هنا هي على الرغم من صدور تشريعات تتعلق بالمعاملات الالكترونية والتوقيع الالكتروني الا انها لم تشر بصورة صريحة الى القانون الواجب التطبيق مما يجعل فراغ تشريعي مهم يكون المشرع قد اغفله ، وعدم وجود هذا التنظيم القانوني ولتلافي هذا النقص لابد من الرجوع الى القواعد العامة التي تنظم الاوراق التجارية التقليدية ، ويوجد رأي فقهي مناهض وهو انه بالإمكان تطبيق قواعد قانون الصرف على السند الالكتروني الورقي ، ولكن من غير الممكن ان يتم تطبيقه على المحرر الالكتروني الممغنط وذلك لان الاول يتضمن الورق الذي تتم عليه العمليات الصرفية ، اما السند الالكتروني فلا يوجد فيه المحرر الورقي [174].

والرأي المتقدم محل نظر وبالخصوص بعد صدور التشريعات الخاصة بالمعاملات الالكترونية حيث ساوت بين المحرر الورقي والالكتروني ، وكما بينا سابقا ان كلمة محرر تشمل المادي والالكتروني ولم تقتصر على الورق المادي فقط ، لذلك بات النظر في هذه الآراء التي قيلت ، واشارت المادة (5) من قانون الاونسيترال النموذجي والتي اعترف بموجبها برسالة

---

(1) د. محسن شفيق ، القانون التجاري المصري ، الاوراق التجارية ، ط1 ، دار المعارف ، الاسكندرية ، ص1220 ، د ادوار عيد ، الاسناد التجارية ، مطبعة النجوى ، ص 92 ، د . رزق الله انطاكي السفتجة وسند الشحن ، مطبعة جامعة دمشق ، ص 476 .

(2) تقابلها المادة 19 من القانون المدني المصري .

(1) د. مصطفى كمال طه ، د وائل بندق ، الاوراق التجارية ووسائل الدفع الالكترونية ، دار الفكر الجامعي ، 2013 ، ص343 .

البيانات التي يتم تحريرها بغض النظر عن المحرر [175] ، ولم تشر التشريعات المقارنة الى وجوب ان يكون المحرر ورقيا.

واذا اتفقنا ان يكون القانون الواجب التطبيق هو محل الوفاء ، لان هذا القانون يشير الى وحدة الحل لتمركز محل الوفاء بمكان واحد ، هذا من جانب اطراف الورقة التجارية الالكترونية ، والسؤال الذي يثار هنا ما هو القانون الواجب التطبيق على الورقة التجارية في حالة قيام النائب بتحرير ورقة تجارية ، وما هو القانون الذي يحكم العلاقة بين الاصيل والنائب ؟، والقانون الواجب التطبيق على حامل الورقة التجارية الالكترونية ، واذا ما حصل التوقيع بدون تفويض او تجاوز الحد المتفق عليه فما هو القانون الواجب التطبيق ؟ .

للإجابة على هذه التساؤلات فأن القانون الواجب التطبيق على الاوراق التجارية الالكترونية التي حررها النائب ، فأن ارادة النائب هنا تحل محل ارادة الاصيل – الساحب – وهنا تخضع العلاقة الى القانون الذي تم الاتفاق عليه بين الاطراف ، ونفس الحال ينسحب على العلاقة بين الاصيل والنائب فيكون هو قانون ارادة الاطراف وهذا ينطبق مع نص المادة (25) مدني عراقي ، اما اذا تم تحرير ورقة تجارية بأسم شخص من غير تفويض او يكون قد تجاوز الاتفاق دون اذن من الاصيل [176]، فهنا يكون القانون الواجب التطبيق هو القانون الساري على الوكالة لبيان التزام الاصيل من عدمه [177] .

ويمكن تصور ان يتفق الاطراف على قانون محدد يحكم تصرفاتهم ، ولجهلهم بالقانون وعند التطبيق يتبين ان القانون المتفق عليه يخالف النظام العام في تلك الدولة ، فهنا يثار تساؤل هل يتم اهدار حق الطرف الضعيف ، أم يصار الى ابطال الورقة التجارية ؟ للإجابة على هذه الاسئلة نقول ، بما ان النظام العام فكرة مرنة تختلف من دولة الى اخرى، وكل دولة تسن تشريعات قد تختلف عن الاخرى ،لذلك لا يمكن الاحتجاج بالقانون الذي انصرفت ارادة الاطراف الى تطبيقه لأنه يخالف التشريع الوطني ولا يعتد به ، وبما ان الاطراف احرار في اختيار القانون لذلك لابد ان تنصرف الارادة الى اختيار قانون آخر حفاظاً على حقوقهم ، اما في حالة عدم وجود اتفاق على اختيار قانون محدد – وهذه الصورة غير عملية – فهنا يلجأ القاضي الى البحث عن البديل الذي بينه المشرع العراقي في القانون المدني المادة (25) .

الفرع الثاني

القانون الذي يحكم التزام المسحوب عليه القابل

تنشأ الورقة التجارية بصورة عامة – والالكترونية بصورة لاسيما – متى توصل الاطراف فيما بينهم على التعامل بالأوراق التجارية بدلا من النقد ، ومتى ما قيل الاطراف على اعتماد الاوراق التجارية الالكترونية كوسيلة دفع بديلة عن النقود ، وهو ما يعبر عنه التقاء الايجاب بالقبول ، وبالرجوع الى نصوص القانون المدني وتحديدا نص المادة (1/25) حيث اخضعت الملتزم في الورقة التجارية الى القانون الذي يتم الاتفاق عليه وهو قانون ارادة الاطراف او

---

(2) انظر نص المادة (5) من قانون الاونسيترال النموذجي.

(1)Cass.Civ, 23 janvier 2007,Rev.Crit,RIP ,2007 , P.760 .

(2) انظر المادة 39 من قانون التجارة العراقي والمادة 389 من قانون التجارة المصري اتفاقية الامم المتحدة والمادة 49 من القانون التجاري العراقي .

القانون المشترك او قانون الذي وضع فيه القابل قبوله على الورقة التجارية [178] ، وهنا يثار التساؤل التالي ما هو القانون الواجب التطبيق في حالة تقديم الورقة التجارية للقبول ، وما هو القانون الواجب التطبيق في حالة رفض الورقة .

في البدء لابد من الاشارة الى ان خيار القبول من البيانات الاختيارية والتي اشار اليها المشرع العراقي في المادة (70) والتي نصت " يجوز لحامل الحوالة ولأي حائز لها حتى ميعاد الاستحقاق تقديمها للمسحوب عليه لقبولها " ، وهنا لا يوجد الزام لتقديم الورقة التجارية [179].

اما عن تقديم الورقة التجارية للقبول فأنها تكون خارج التزامات المسحوب عليه ، حيث يمثل الاخير مكان محل الوفاء ، وبما ان المسحوب عليه يتم تقديم الورقة التجارية اليه قبل ميعاد الاستحقاق ، لذلك فأن مسألة التقديم تكون سابقة على القبول ، والورقة التجارية التي يتم تقديمها للمسحوب عليه تخضع لقانون محل وجود المسحوب عليه وهو محل الوفاء [180] ، واجازت التشريعات تقديم الورقة التجارية الى ما قبل موعد الاستحقاق .

وتقديم الورقة التجارية للقبول اجراء يحظى بأهمية كبيرة لأنه يضفي على الورقة التجارية القوة والائتمان فهو يعتبر عامل ثقة وأمان للحامل ، ويزيد من عدد الملتزمين بوفاء الورقة التجارية في حالة رفضها عند تقديمها من قبل المسحوب عليه ، والقبول نعني به هو التعهد الصادر من قبل المسحوب عليه بوفاء الورقة التجارية عند ميعاد الاستحقاق ، وعند وضع المسحوب عليه توقيعه على الورقة التجارية تنشأ علاقة مباشره بين المسحوب عليه والحامل ، ولابد من الاشارة هنا الى ان القبول يجري على الحوالة التجارية بصورة لاسيما [181].

ويجوز اجراء القبول على الاوراق التجارية الالكترونية الورقية فقط دون الاوراق التجارية الممغنطة ، وذلك بأن يقوم المسحوب عليه بالتوقيع عليها في المكان المخصص له ، وتقديم الورقة التجارية للقبول امر جوازي ، فللحائز تقديمها للقبول الى ما قبل موعد استحقاقها ، وتقديم الورقة التجارية من قبل نفس الحامل او من خلال وسيط متمثلا بالمصرف عندما يستلم الورقة التجارية لكي يقوم بتحصيل قيمتها بالوسائل الالكترونية [182] .

ومن الجدير بالذكر ان المشرع العراقي وكذلك المصري[183] في قانون التوقيع الالكتروني لم يبين لنا الوسائل التي يتم من خلالها تقديم الورقة التجارية للقبول ، وهذا يعني جواز ان يتم تقديم

---

(3) د. فؤاد عبد المنعم رياض ، مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1992 .

(1) د. هشام خالد ، موجز تنازع القوانين ، ط3 ، مطبعة جامعة طنطا ، 2008 ، ص 256 .

(2) والى هذا المعنى اشارت المادة (78) من قانون التجارة العراقي والتي نصت " اذا قبل المسحوب عليه الحوالة كان ملزما بوفاء قيمتها في ميعاد استحقاقها " ، والتي تقابلها المادة (511 / 15) من القانون التجاري الفرنسي ، والتي اشارت الى في حالة استعداد المسحوب عليه لقبول الورقة التجارية يتطلب من الحامل تقديمها في موطن المسحوب عليه .

(3) د .عزيز العكيلي ، القانون التجاري ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1997 ، ص449. وكذلك الدكتور هاني دويدار ، الوفاء بالأوراق التجارية الالكترونية ، مصدر سابق ص ، 421 .

(1) د. ناهد فتحي الحموري ، الاوراق التجارية الالكترونية ، دار الثقافة والنشر ، عمان ، ط2 ، 2010 ، ص131 .

(2) بالمقابل من ذلك اشار المشرع الامريكي في المادة (3/ 1-501-b) من قانون التجارة الموحد " ان التقديم قد يكون في مكان دفع السند ويجب ان يكون في مكان الدفع اذا كان السند واجب الدفع في مصرف في الولايات المتحدة وهو قد يحصل بأي وسيلة تجارية معقولة ، بما في ذلك التقديم الشفوي او بالكتابة او بالاتصال الالكتروني " والنص باللغة الانكليزية " Presentment may be made at the place of payment of

الورقة التجارية الالكترونية بأي وسيلة الكترونية او غيرها ، ويعتبر موطن المسحوب عليه هو المكان الذي يقدم اليه القبول .

وهنا قد يتم تقديم الورقة التجارية للقبول عن طريق الوسائل الالكترونية ولا يتواجد المسحوب عليه في موطنه، حيث ان المعروف عند تقديم الورقة التجارية للقبول لابد من اعطاء مهلة للمسحوب عليه من مراجعة اوراقه وفحص سجلاته للتأكد من صحة البيانات الواردة اليه ، وهذا اجازه المشرع ، حيث يبلغ الحامل من المراجعة في اليوم الذي يليه ، وهذا ما نصت عليه المادة (73) من قانون التجارة العراقي النافذ ، وتقابلها المادة (412) من قانون التجارة المصري [184].

ويعد القبول التزام يقع على عاتق المسحوب عليه بأن يقوم بوفاء قيمة الورقة التجارية في حالة رفضها من قبل المسحوب عليه في يوم الوفاء ، حيث بعد ان يتم وضع التوقيع الالكتروني على الورقة التجارية مع اضافة كلمة للدلالة على القبول مثل(مقبولة)او ما يدل على التعهد بالوفاء يكون ملزما بالوفاء وهذا ما بينه المشرع العراقي في المادة (75) من القانون التجاري النافذ وكذلك المادة (413) من قانون التجارة المصري ، وهذا يعني ان القبول تصرف قانوني يلزم المسحوب عليه بدفع قيمة الورقة التجارية ، واذا ما عرفنا ان احد اطراف الورقة التجارية هو البنك بات بالإمكان القول بإجراء القبول بطريقة الكترونية ، لما يمتلكه من امكانيات تقنية وفنيه تمكنه من اجراء القبول ، وبناء على ذلك فأن القانون الواجب التطبيق على القبول في الاوراق التجارية الالكترونية يتحدد في المكان الذي تم فيه القبول ، وهو هنا محل الوفاء على اعتبار ان القبول بصورة عامة من قبل المسحوب عليه ، وعندما يكون المسحوب عليه مصرف فهنا سوف يصار الى تطبيق قانون الدولة التي يتم فيها الوفاء بالأوراق التجارية الالكترونية ، وهذا يتلاءم مع تطلعات الاطراف ويتحقق من خلاله وحدة القانون الواجب التطبيق .

واذا تم اختيار قانون محل الوفاء ليكون هو الواجب التطبيق ، فيتم الرجوع الى هذا القانون عندما يتعلق الموضوع بالتزامات القابل اتجاه الحامل ، وكذلك الدفوع وبقية الالتزامات ، اما اذا تم رفض القبول من قبل المسحوب عليه فأن القانون اجاز للحامل الرجوع على بقية الملتزمين وذلك قبل ميعاد الاستحقاق ، وهنا يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون محل الوفاء [185].

وبالعودة الى قانون الاونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية وبالتحديد في نص المادة (1/15) ، والتي بينت ان القانون الواجب التطبيق يتم تحديده من خلال الاتفاق بين اطراف الورقة التجارية الالكترونية ، وهذا يمكن سحبه على التزامات المسحوب عليه القابل ، حيث عندما عرضت عليه الورقة التجارية لقبولها كان قد ابدى تصرفاً قانونيا يتمثل هذا التصرف بالتوقيع على الورقة التجارية ، وهذا التوقيع يعني الموافقة على ما ورد في متن هذه الورقة من بيانات ، وبالتالي يكون قد الزم نفسه بوفاء قيمة الورقة التجارية في ميعاد استحقاقها ، وبذلك

---

the instrument and must be made at the place of payment if the instrument is payable at a bank in the united states may be made by any commercially reasonable means , including an oral , written ,or electronic communication "

(3) نصت المادة (73) من قانون التجارة العراقي النافذ "يجوز للمسحوب عليه ان يطلب تقديم الحوالة للقبول مرة ثانية في اليوم الاتي للتقديم الاول ، ولا يقبل من ذوي المصلحة الادعاء بأن هذا الطلب قد رفض الا اذا اشير اليه في احتجاج " .

(1) د. محسن شفيق ، القانون التجاري المصري ، الاوراق التجارية ، ط1 ، دار المعارف ، الاسكندرية ، ص167 .

يكون قانون الاونسترال النموذجي الانطلاقة الاولى لجميع الدول فيما يتعلق بالتجارة الالكترونية لتضمين تشريعاتها والاخذ بعين الاعتبار لغرض ايجاد قانون موحد ليكون هو الواجب التطبيق على المعاملات الالكترونية ، وهذا ما طالبت به لجنة الامم المتحدة من جميع الدول .

وهذا القى بظلاله على مستوى الوطن العربي ، فقد ابرمت اتفاقية تظم تسعة دول عربية في 15/ 6/ 2008 والتي تتعلق بتنظيم احكام التوقيع الالكتروني ، حيث بينت في المادة الثانية من الاتفاقية " تنطبق بنود هذه الاتفاقية على اي نوع من المعلومات يكون في شكل رسالة بيانات مستخدمة في سياق المعاملات الالكترونية بين الدول العربية الاطراف والمواطنين العرب الحاملين لجنسية احدى هذه الدول سواء كانوا اشخاص طبيعيين او اعتباريين .

ويسري على العقود الالكترونية نظام العقود الكتابية والاحكام العامة للعقد من حيث التعبير عن الارادة ومفعولها القانوني وصحتها وقابليتها للتنفيذ فيما لا يتعارض واحكام هذه الاتفاقية ، وتطبق احكام التشريعات الوطنية للدول الاطراف في حالة عدم وجود نص في الاتفاقية ، ولا تطبق هذه الاتفاقية على التصرفات التي يحدد لها المشرع الوطني شكلا معينا لانعقادها او لترتيب اثر قانوني معين عليها " [186] ، وقد ساوت هذه الاتفاقية بين بين المحررات الكتابية والتقليدية وبين التوقيع الالكتروني والتوقيع التقليدي ، وبذلك تكون الاتفاقية قد اجازت التعبير عن الارادة بطريقة الكترونية وتترتب اثار على هذا التوقيع الذي يعد قبولا .

واذا ما طبقنا هذه النصوص على الاوراق التجارية الالكترونية ، وكذلك اجازة المشرع العراقي في قانون التوقيع الالكتروني النافذ ، نجد ان القبول الحاصل على الورقة التجارية ممكنا ، وبالتالي عند تقديم الورقة التجارية للمسحوب عليه – ونفضل ان يكون بنك - فهنا المسحوب عليه يقوم بمراجعة الورقة التجارية بصورة الكترونية ويثبت قبوله عليها ، وهنا سوف يكون القانون الواجب التطبيق هو القانون الذي اختاره الطرفان ، واذا لم يوجد هذا الاختيار فيكون القانون الواجب هو قانون محل الوفاء ، فمن جهة يعد اكثر العلاقات ثقلاً في العمليات التجارية ، ومن جهة أخرى لثباته بسبب الوجود الحقيقي لرأس المال الذي يسعى الملتزمون الحصول عليه[187].

المطلب الثاني
القانون الواجب التطبيق على اثار الالتزام بالضمان

(1) تم ابرام الاتفاقية بين تسعة دول عربية وهي ومصر والسودان وفلسطين وموريتانيا واليمن والاردن وسوريا والصومال والعراق حيث صادق على الاتفاقية بالقانون رقم (101) لسنة 2012 وتتم نشره في الوقائع العراقية بالعدد (4274) في 15 /4 / 2013 .

(2) انظر قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء ذي العدد 653 /2004 ، مشار اليه لد ى محمود محمد ابراهيم ابو فروة ، مصدر سابق ص 153.

تعد الاوراق التجارية الالكترونية الحالة المتطورة للأوراق التجارية التقليدية ، وسيلة جديدة من وسائل الدفع الالكتروني ، ومن المعروف ان الاوراق التجارية لا يتم تحريرها اعتباطاً ، فلابد ان يكون هناك التزام يتم بموجبه تحرير هذه الورقة بين الاطراف ، والمستفيد من الورقة التجارية هو الدائن او الحامل او المنتفع والذي تم تحرير الورقة التجارية لمصلحته ، وتثار مخاوف لدى المستفيد بعدم وفاء الورقة التجارية من قبل المسحوب عليه ، وبالخصوص عند تقديم الورقة التجارية للقبول ويتم رفضها من بل المسحوب عليه ، وهذه المخاوف تعد مشروعة.

وعلى ضوء ذلك اعطى المشرع للحامل- المستفيد - حق تقديم الورقة التجارية الى المسحوب عليه قبل ميعاد استحقاقها ، لبيان موقفه من قبول الورقة التجارية من عدمه ، وعندما يتم قبول الورقة التجارية والتوقيع عليها من قبل المسحوب عليه يكون بذلك قد ضمن الوفاء بقيمتها ، وبذلك هنا سوف تتبدد المخاوف لدى المستفيد .

ويحظى الضمان الاحتياطي بأهمية في الاوراق التجارية ، لما يحققه من زيادة في الثقة في التعامل بالأوراق التجارية ، وتتحقق هذه الثقة عندما يتم رفض قبول الورقة التجارية من قبل المسحوب عليه ، حيث تزداد مخاوف الحامل - المستفيد - من الورقة التجارية ، وبالتالي كلما زاد عدد الموقعين على الورقة التجارية تزداد قوة الورقة لوجود ضامنين لها في حالة امتناع المسحوب عليه عن وفاء قيمتها ، وهنا يثار التساؤل ، ما هو القانون الواجب التطبيق الذي يحكم التزام الضامن[188] .

والضمان بصورة عامة هو الكفالة التي يلتزم بموجبها الكفيل للوفاء بقيمة الورقة التجارية مع الاشخاص الذين جرى هذا الضمان لمصلحتهم[189] ، وبين المشرع العراقي احكام الضمان في المواد من (80 – 83) من قانون التجارة العراقي النافذ ، والضمان يقبل الاحتمالين معا فقد يصدر الضمان من شخص ملتزم بالورقة التجارية ابتداءً ، وقد يأتي الضمان من شخص اجنبي عن الورقة التجارية ولكن يتم تحديده بالقدر الذي جرى الضمان لمصلحة المضمون ، بمعنى ان يأتي الضمان من الاجنبي على الورقة التجارية لشخص ملتزم اصلا بالورقة وبنفس القدر الذي التزم به الاصيل[190] .

وبما ان الضمان الذي يقع على الورقة التجارية يعتبر تصرفاً قانونياً ، لذلك يكون خاضعاً لأحكام القانون الذي يتم الاتفاق عليه بين الاطراف ، وهو قانون الارادة او قانون المحل الذي تم فيه اجراء الضمان ، او قانون الموطن المشترك للضامن والمضمون ، وهذا ما أيده البعض من الفقه المصري الذي نادى بفكرة تعدد القوانين التي تحكم الالتزامات المترتبة على الاوراق التجارية ومنها الضمان [191]، حيث بالإمكان تطبيق عدة قوانين تحكم التصرفات القانونية والتي تنطبق على ورقة تجارية واحدة من حيث الشكل وكذلك من حيث الموضوع .

---

(1) د. سعيد يوسف البستاني ، القانون الدولي للأسناد التجارية ، منشورات الحلبي ، الحقوقية ، ط1 ، لبنان ، بيروت ، 2006، ص62 .

(1) والكفالة نظم احكامها القانون المدني العراقي في المواد من (1008 – 1047) ، واطلق المشرع العراقي على الكفالة لاسيما في الورقة التجارية اسم الضمان الاحتياطي وهو معنى كلمة (Aval) باللغة الفرنسية ، اما في قانون التجارة الجديد رقم 30 لسنة 19984 فأطلق عليه الضمان .

(2) د. فوزي محمد سامي ، د. فائق الشماع ، القانون التجاري ، الاوراق التجارية ، ط1 ، بغداد ، 1986 ، ص222 .

(3) د. هشام صادق ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص 837 ، د محسن شفيق ، القانون التجاري المصري ، الاوراق التجارية ، مصدر سابق ، ص 1227 .

ويرى البعض الاخر من الفقه ان الهدف من الضمان هو لزيادة الثقة بالأوراق التجارية ، وعندما يجد المدين نفسه امام قوانين متعددة تحكم هذه الورقة التجارية فما فائدة الضمان في هذه الحالة ، ولاسيما اذا ما تبين له ان عليه ان يطلع على القوانين التي تحكم التصرفات التي وردت على الورقة التجارية هذا من ناجية ، ومن ناحية اخرى يتعلق الموضوع بالضامن نفسه وبالأخص عندما يكون اجنبيا عن الورقة التجارية ، وعندما لا يكون ملما بالقوانين التي تحكم الورقة التجارية فأنه سوف يتردد بضمان من له مصلحة في ذلك ، وبذلك قلة الثقة بهذه الورقة التجارية ، لذلك تم الذهاب الى خضوع القانون الذي يحكم الضمان وبقية التصرفات القانونية الى نفس القانون الذي يطبق على المدين بالورقة التجارية ، لان هذه التصرفات محكومة بالكفالة وتتم بالتبعية ، وعلى ذلك لابد ان يكون التزام الضامن تابعا الى التزام المضمون – المدين بالورقة التجارية – وبذلك يكون القانون الواجب التطبيق واحداً يطبق على اطراف الورقة التجارية بما فيهم الضامن لأنه عند توقيعه على الورقة التجارية اصبح طرفاً فيها[192] .

وتبقى الورقة التجارية صحيحة على الرغم من عدم وجود ضامن احتياطي ، وذلك لان جميع الموقعين بالورقة التجارية ضامنين لها ، ولكن يأتي دور ضمان الورقة التجارية عندما يرفض المظهر اليه او المستفيد استلام الورقة التجارية او قبولها ، ولأجل استمرار الورقة التجارية بالتداول والتي هي اهم خاصيه لها يطلب ان يكون هنالك ضامن يقع على عاتقه الوفاء بقيمة الحوالة في حالة امتناع احد الموقعين عن الوفاء بقيمتها .

وبينت الاتفاقيات الدولية خضوع الالتزامات المترتبة على الضامن الى محل نشوء الالتزام بالضمان ، وهذا ما بينته المادة (4) من اتفاقية جنيف لعام 1930 ، وهذا الاتجاه الذي ذهبت اليه الاتفاقية ويؤكده البعض من الفقه [193] ، حيث يؤكد الفقه ان المبدأ السائد في الاوراق التجارية بصورة عامة وهو استقلال التواقيع ، ولكن وكما بينا سابقا ما يؤخذ على هذه الاتفاقية تعدد القوانين التي تحكم محل الحق ، والى نفس المعنى اشارة اتفاقية جنيف لعام 1931.

ولابد من توافر الشروط التي يتطلبها اي تصرف قانوني آخر ليرتب اثاراً قانونية ، وتتمثل هذه الشروط بالرضا والمحل والسبب ، وقد سبقت الاشارة اليه في ثنايا الرسالة فلذلك نحيل عليها لمنع التكرار ، واختلف الفقه بشأن المركز القانوني للضامن الى عدة اراء ، ذهب الرأي الاول المساواة بين الضامن ومركز الكفيل ، وذلك لأنه يكون ملتزما بذات ما التزم به من تمخض الضمان لمصلحته ، وهذا يؤدي الى الارتباط بين التزامات المضمون والضامن حيث تدور معها وجوداً ، وبذلك سوف يخضع التزام الضامن هنا الى القانون الـذي يحكـم المضمون [194] .

وذهب الرأي الثاني ان الضمان هو نوع خاص من انواع الكفالة ، لاختلاف المركز القانوني للضامن ، وذلك لان الاخير تارة يكون بمركز كفيل ضامن ، وتارة اخرى يخضع لأحكام القانون الصرفي ، وان الكفيل تتحقق صفاته من خلال اعتبار الضامن شخص تابع للالتزام المضمون ، بمعنى التزام الكفيل الضامن يدور وجوداً وعدماً مع التزامات من حصل التدخل او الضمان لمصلحته ، في حين تتطلب احكام القانون الصرفي الاستقلال في التواقيع ، والمبدأ الاخير تلزم

---

(1)lyon caen et Renault , T.IV, No .665 ; Surville,No.490; Pillet, ,no.764,P,855; champcommunal,p,60.

(2) LES'COT et ROBLOT .no .1089 ,ARMINGON ; no . 175 مشار اليه لدى علي حميد عبد الرضا ، تنازع القوانين في الاوراق التجارية ، مصدر سابق ، 164 .

(3) د. رزق الله انطاكي ، الاوراق التجارية ، مصدر سابق ، ص 481 .

الضامن باعتباره توقيعا مستقلا عن بقية الالتزامات ، وهذا المبدأ – استقلال التواقيع – هو المعمول به في نطاق الاوراق التجارية ، وهذا يؤدي الى تعدد القوانين على الورقة التجارية الواحدة بتعدد حالات الضمان [195] .

ونجد ان الرأي الأول جديراً بالتأييد لعدة اسباب ، اما الاول فهو وجود مصلحة تربط الضامن الاجنبي بالملتزم بالورقة التجارية او المضمون تتطلب منه التدخل ، وبالتالي هو يلتزم بما التزم به المضمون ، ويدور هذا الالتزام وجوداً وعدما معه ، ولضمان حقوق الضامن اعطاه القانون حق الرجوع على المضمون بما قام به من الوفاء ، واما السبب الثاني فإذا كان الضامن من الموقعين لابد ان تكون هنالك مصلحة او ارتباط سابق يتطلب التدخل لضمان بقاء تداول الورقة التجارية حتى ميعاد استحقاقها ، وبهذا التدخل تحقق الغرض .

ويرى البعض انه بالإمكان اجراء الضمان في الاوراق التجارية الالكترونية الورقية اي المعالجة جزئيا ، وعدم امكانية ذلك فيما يتعلق بالأوراق التجارية الالكترونية الممغنطة, ويبرر هذا الرأي لوجود مكان مخصص في الورقة التجارية المعدة مسبقاً والتي تتم فيها التصرفات القانونية [196] ، وهو رأي منتقد لان التطورات التقنية التي تم التوصل اليها اتاحت للضامن بعد الاتفاق مع المضمون وتبادل المعلومات وسحب الورقة وتحريرها صار بالإمكان من اجراء العمليات الصرفية عليها من تظهير وقبول وضمان .

اما القانون الواجب التطبيق على اطراف العلاقة والعمليات التجارية التي تمت فأن القانون الذي يحكمها هو قانون الارادة الصريحة التي طالما تمسكنا به ، وهذا القانون لابد ان يكون ظاهرا على الورقة التجارية والذي انصرفت ارادة الاطراف الى تطبيقه ، فإذا كان الاتفاق مكتوباً وظاهراً على ان يكون قانون دولة معينه هو الواجب التطبيق فأنه سيتم تطبيقه احتراما لأراده الاطراف ، اما اذا لم يوجد اتفاق بين الاطراف فهنا يصار الى تطبيق قانون الدولة التي تم فيها الالتزام بالضمان ، اما الارادة الضمنية فنجدها معدومة في التعاملات التجارية الالكترونية طالما يتدرج القاضي في البحث عن القانون الواجب بموجب المادة (25 /1) مدني عراقي ، وفي حالة عدم وجود ما يشير الى القانون الواجب التطبيق فهنا على القاضي ان يبحث عن الارادة الضمنية من خلال مجموعة معطيات .

ومن الجدير بالذكر ان الضمان يتم على وجه الورقة التجارية ، ولابد من الكتابة بالطرق القانونية الالكترونية ، حيث اعطى المشرع للكتابة الالكترونية والمستندات الالكترونية ذات الحجية التي منحها لنظيرتها الورقية ، ولكن بشروط معينة بينها المشرع في المادة (13/ اولاً / أ) حيث نصت " تكون للمستندات الالكترونية والكتابة الالكترونية والعقود الالكترونية ذات الحجية القانونية لمثيلتها الورقية اذا توافرت فيها الشروط التالية أ- ان تكون المعلومات الواردة فيها قابلة للحفظ والتخزين بحيث يمكن استرجاعها في اي وقت ب- امكانية الاحتفاظ بها بالشكل الذي تم انشاؤها او ارسالها او تسلمها به او بأي شكل يسهل به اثبات دقة المعلومات التي وردت فيها عند انشائها او ارسالها او تسلمها بما لا يقبل التعديل فضلاً عن والحذف " .

ومن قراءة النص اعلاه يتبين ان الكتابة الالكترونية على وجه الورقة التجارية لها نفس الحجية لمثيلتها الكتابة العادية ، وبالتالي اذا ما تمت هذه الكتابة على الورقة التجارية الالكترونية فأننا

---

(1) د .عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين في الاوراق التجارية ، مصدر سابق ، ص 266 .

(2) د. محمد بهجت عبدالله قايد ، الاوراق التجارية الالكترونية ، ، دار النهضة ، ط1 ، القاهرة ، 2006 ، ص56 ، د. محمد السيد الفقي ، المعلوماتية والاوراق التجارية ، مصدر سابق ، ص 80 .

نكون امام ورقة تجارية الكترونية ، ويعتبر التوقيع الالكتروني على وجه الحوالة وبدون ذكر اي كتابة اخرى يعتبر ضمانا وان لم يتم ذكر اسم المضمون ، وبالتالي يتم تطبيق القانون الذي توافق عليه الاطراف ليكون هو القانون الواجب التطبيق .

اما في حالة لم يتم تعين الشخص المضمون والذي جرى الضمان لمصلحته ، اي جرى التوقيع على الورقة التجارية الالكترونية دون ان يتم ذكر الشخص المضمون ، فهنا بين المشرع العراقي في قانون التجارة العراقي النافذ ان هذا الضمان يكون للساحب ، وهذا ما بينته المادة (81) من قانون التجارة العراقي النافذ [197] .

وازاء هذه الحالة وكما نرى لا يوجد اتفاق بين الساحب والضامن ، ورغم ذلك جرى الضمان ولكن دون ان يتم ذكر اسم المضمون ،هنا وكما بين المشرع العراقي في قانون التجاري يعد الضمان حاصلا لمصلحة الساحب ، وسوف يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون محل وفاء قيمة الورقة التجارية ولا يمكن القول بتطبيق قانون الارادة وذلك لان الارادة لم تنصرف الى هذا الضمان ولكنه حصل فهنا يكون انصراف الضمان الى الساحب لذلك سوف يكون قانون محل وفاء قيمة الورقة التجارية هو المختص ، باعتبار ان الضامن عندما وضع توقيعه على الورقة التجارية وتحديداً على وجهها ، وهذا المكان مخصص للساحب وكذلك عند قيام المسحوب عليه بالتزام القبول ، فإذا لم يتم ذكر اسم المضمون فيسري الضمان للساحب .

ويتساوى في المراكز الضامن والمضمون ، فيكون للأول ما للثاني من حقوق وما يترتب عليه من التزامات ، ويترتب على ذلك ان الضامن يضمن الاشخاص الموقعين بعده وفي نفس الوقت فأن الضامن يعد مضمونا بالأشخاص الموقعين قبله وفي هذه الحالة ولغرض معرفة القانون الواجب التطبيق على الضامن في هذه الحالة ينظر اذا كان هنالك اتفاق بين الضامن والشخص الذي جرى الضمان لمصلحته فهنا يتم تطبيق القانون المتفق عليه وكما بينا سابقا ، فإذا اوفى الضامن ما تمثله الورقة التجارية كان له حق الرجوع على الملتزمين بالورقة السابقين له وهنا يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون محل الوفاء .

اما اذا التزم الضامن قبالة الساحب ، فهنا الضامن يرجع على الساحب وحده دون بقية المظهرين ، لان الضامن يضمن جميع الموقعين على الورقة التجارية الالكترونية وهذا ما نصت عليه المادة (82 /ثانيا) وتقابلها المادة (420 /3) من قانون التجارة المصري [198]، وكذلك المادة (47 / 1) من اتفاقية الامم المتحدة [199] اما القانون الذي يحكم هذا التصرف هو قانون محل وفاء الورقة التجارية لما يحققه من مزايا تحافظ على وحدة القانون وتعطي الثقة والاطمئنان للضامن بالمعرفة المسبقة للقانون الذي سيحكم تصرفاتهم . ويعد مكان وفاء الورقة التجارية قانون مكان الاداء المميز ، ويثار تساؤل هنا هل يمكن اجراء الضمان على ورقة مستقلة ، وان أمكن ذلك ما هو القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة .

للإجابة على هذا التساؤل ومن تتبع بنود اتفاقية جنيف لسنة 1930 وفي نص الفقرة الرابعة حيث اعطت الحق للدول المتعاقدة بأن يصدر الضمان في اراضيها بصورة مستقلة ويعين فيه

---

(1) انظر نص المادة (81/ ثالثاً) "يذكر في الضمان اسم المضمون ، وإلا اعتبر الضمان حاصلا للساحب ".

(1) نصت المادة (82 / ثانياً) " اذا اوفى الضامن الحوالة الت اليه الحقوق الناشئة عنها قبل المضمون وقبل كل ملتزم بمقتضى الحوالة تجاه هذا المضمون " .

(2) نص المادة (47) من اتفاقية الامم المتحدة " 1- يكون التزام الضامن في الصك من الطبيعة نفسها لالتزام المضمون " .

المكان الذي تم فيه هذا الضمان ، واخذت التشريعات الدولية من هذه الاتفاقية وادخلت في تشريعاتها على اجازة ان يكون الضمان بصورة مستقلة عن الورقة التجارية ، وهذا ما نصت عليه المادة (83) من قانون التجارة العراقي النافذ حيث نصت " يجوز اعطاء الضمان على ورقة مستقلة يبين فيها المكان الذي تم فيه ولا يلزم الضامن في هذه الحالة إلا اتجاه من اعطى له الضمان " .

وذهب قانون التجارة المصري النافذ الى عكس ذلك ، اما قانون التجارة الفرنسي فقد بين بنفس المعنى على جواز ان يكون الضمان على ورقة مستقلة وذلك في المادة (511 / 21) ، ولأجل ان يعتبر الضمان الذي تم بصورة مستقلة عن الورقة التجارية لابد ان يتم ذكر المكان الذي تمت فيه عملية الضمان ، واكدت ذلك المادة (1/3) من اتفاقية جنيف والتي بينت بصورة صريحة ان شكل الالتزام يخضع لقانون البلد الذي تم فيه الالتزام .

المبحث الثاني

القانون الواجب التطبيق على مقابل الوفاء في الاوراق التجارية الالكترونية

يعد مقابل الوفاء من الضمانات الاساسية التي بينتها التشريعات لحماية حق حامل الورقة التجارية ، فضلاً عن الالتزامات الاخرى المتمثلة في ضمان الورقة التجارية وقبولها ،والتي تعطي للورقة التجارية الثقة وتزيد من عامل الاطمئنان النفسي بها ، ومقابل الوفاء يتطلب وجود علاقة او ارتباط سابق بين اطراف الورقة التجارية ليكون احد الاطراف دائناً والاخر مدين بناءً على هذه العلاقة ، والتي من خلالها يستطيع الدائن ان يأمر المدين – المسحوب عليه – بموجب ورقة تجارية بتأدية مبلغ من النقود ، وهذا المبلغ موجود اصلا لدى المسحوب عليه والذي بموجبه اصبح الساحب دائنا للمسحوب عليه ، ووجود هذا المبلغ لدى المسحوب عليه هو ما يسمى مقابل الوفاء [200] .

وقد عالج المشرع العراقي مقابل الوفاء في قانون التجارة العراقي النافذ في المواد من (62 – 69) ، وعرف الاوراق التجارية في المادة (39) " بأنها محرر شكلي بصيغة معينة يتعهد بمقتضاه شخص او يأمر شخصا اخر فيه بأداء مبلغ محدد من النقود في زمان ومكان معينين ويكون قابلا للتداول بالتظهير أو المناولة " ، ومن تعريف المشرع للورقة التجارية يتضح بأنها محرر ، بات بالإمكان القول من الممكن ان ننشأ الالتزامات على اي شيء يتميز بالثبات ، وبما ان الاوراق التجارية تمثل سندات تم اعدادها وفقا لنصوص القانون ، وتتمثل هذه الاوراق بالسفتجة والكمبيالة والصك والتي استقر التعامل بها بصورة مادية واعتبرت من وسائل وادوات المتعاملين بالتجارة لما لها القدرة من الايفاء بالالتزامات التي تتطلب دفع مبلغ من النقود ، وبذلك حلت محل النقود في الوفاء .

ونتيجة لازدهار التجارة الالكترونية بظل التطور الحاصل في مجالات ما يسمى بالثورة المعلوماتية ، والتي جاءت بآفاق ورؤى جديدة تنسجم وعصر السرعة وتبادل الرسائل والمعلومات بطريقة تحقق نفس الاهداف بالطرق التقليدية ولكن يكمن الفارق في السرعة الفائقة التي تتيح للمستخدمين من التواجد في نفس الوقت في اكثر من دولة ، وابرام الصفقات ، وكذلك

---

(1) د. فائق محمود الشماع ، د فوزي محمد سامي ، القانون التجاري ، الاوراق التجارية ، مصدر سابق ، ص 183 .

يتمثل الفارق بالتعاملات التجارية التي كانت تتطلب الوجود المادي للأشخاص في مجلس عقد واحد ، بات بالإمكان ان يتواجد الاشخاص في نفس الزمان ولكن في اماكن مختلفة ، وكذلك في طريقة دفع الثمن حيث اصبح بالإمكان ان تتم العملية برمتها من مرحلة التفاوض ومن ثم ابرام العقد ودفع الثمن بطريقة الكترونية .

ومما ساعد هذه التجارة بالتطور ان التشريعات واكبت هذه التصرفات القانونية لإضفاء الصفة القانونية عليها وكذلك لإيجاد الحلول للمنازعات التي تحصل نتيجة التعامل بالأوراق التجارية ، واجازة المشرع على انشاء الاوراق على دعامات الكترونية كبديل للدعامات الورقية اضفى على التجارة حلة جديدة تتمثل بالأوراق التجارية الالكترونية ، وقد تم تكريس هذه التطورات بإصدار قانون التوقيع الالكتروني رقم (78) لسنة 2012 ، وخصص الفصل السادس من القانون الى الاوراق التجارية الالكترونية ، واعطى لها حجية الاوراق التقليدية .

وعند قيام الاشخاص بنشاطاتهم التجارية وازدياد التعامل تثور اشكاليات لابد من ايجاد الحلول المناسبة لها في ظل التشريعات القانونية المنظمة لها ، والسؤال الذي يثار هنا – والذي يمثل موضوع البحث - والمتعلق بالقانون الواجب التطبيق على مقابل الوفاء ، والذي يمثل الدين النقدي بذمة المسحوب عليه لمصلحة الساحب ، وبالخصوص في الاوراق التجارية الالكترونية ، وماهي الصعوبات التي يمكن ان نواجهها وما هي الحلول المقترحة لهذه الاشكاليات وبالخصوص عندما عرفنا ان المشرع العراقي في قانون التوقيع الالكتروني لم يحدد القانون الواجب التطبيق على هذه التعاملات التجارية التي تتم في الوسط الافتراضي . ولأجل ذلك لابد من دراسة المشاكل وبيان الحلول لها ومن ثم بيان القانون الواجب التطبيق .

ولأجل ذلك ارتأينا تقسيم هذا المبحث الى مطلبين نعقد الاول لبيان القانون الواجب التطبيق على مقابل الوفاء, ونخصص المطلب الثاني لتوضيح اهم الاشكاليات التي تواجه الاوراق التجارية الالكترونية والحلول المقترحة لحلها .

المطلب الاول

القانون الذي يحكم مقابل الوفاء وشروط وجوده

تعد الضمانات في الاوراق التجارية من الامور التي تتعلق بحياة الورقة وتدعيم الثقة بها ، ومن الضمانات التي اوردها المشرع العراقي في قانون التجارة هي مقابل الوفاء والقبول والضمان ، ووجود مقابل الوفاء في الاوراق التجارية كضمانة للوفاء ليس على شاكلة واحدة ، ويسمى مقابل الوفاء في الاوراق التجارية بالضمان العادي .

ويعتمد مقابل الوفاء على العلاقة القائمة بين اطراف الورقة التجارية ، وهذه العلاقة تكون بحسب الاحوال سابقة على وجوده ، ويمثل مقابل الوفاء الدين النقدي الذي يترتب للساحب على المسحوب عليه نتيجة لنشوء علاقة تجارية بينهما ، وكنتيجة لهذه الاخيرة يقوم الساحب بإصدار ورقة تجارية تمثل الدين الذي بذمته لصالح المستفيد [201] ، ويعتبر اصدار الورقة التجارية بمثابة امر شريطة ان يكون مقابل الوفاء مبلغا نقديا مستحق الدفع في مواعيد الاستحقاق المثبتة على الورقة التجارية ، وعند حلول الاجل يبادر الحامل الى الملتزم بالورقة لاستيفاء القيمة المتمثلة بالورقة التجارية ، وباعتبار ان مقابل الوفاء من الضمانات الاساسية في الاوراق التجارية الا انه

(1) فاروق احمد زاهر ، القانون التجاري ، الاوراق التجارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2008 ، ص 195 .

ليس على درجة واحدة من حيث شرط وجوده عند تحرير الاوراق التجارية ، وهنا يثار تساؤل ما هو القانون الواجب التطبيق على مقابل الوفاء في الاوراق التجارية اذا ما تمت بصورة الكترونية ، وان وجد القانون هل يمكن تطبيقه على جميع انواع الاوراق التجارية ام ان هنالك اختلاف .

ولاسيما اذا ما عرفنا ان الاوراق التجارية تختلف في ما بينها من حيث شروط وجود مقابل الوفاء لكل منهما ، وتنقسم الى نوعين ، النوع الاول لا يتطلب في لحظة الانشاء وجود مقابل وفاء ورغم ذلك اذا تم تحريرها فتعد صحيحة على الرغم من عدم وجود مقابل ، اما النوع الثاني يتطلب لإنشاء الورقة التجارية وجود مقابل ، وبالتالي تنعدم قيمته على اعتباره اداة وفاء مثلى .

وللإجابة على هذه التساؤلات لابد من تقسيم هذا المطلب الى فرعين ، سنخصص الاول لبيان القانون الواجب التطبيق على مقابل الوفاء بالأوراق التجارية التي لا يستلزم وجود مقابل وفاء عند انشاءها ، وسنعقد الثاني لمعرفة القانون الواجب التطبيق على الاوراق التجارية التي يتطلب وجود مقابل لحظة تحريرها ، وبذلك يكون تقسيم هذا المطلب منظورا اليه من ناحية شرط وجود مقابل وفاء من عدمه ، وكالآتي :

الفرع الاول
القانون الذي يحكم مقابل الوفاء في حالة عدم وجوده

يمثل مقابل الوفاء الدين النقدي التي يترتب بذمة الساحب لحماية الحامل ، ومثلما بينا سابقاً ان هنالك نوعين من الاوراق التجارية التي تحتاج الى مقابل وفاء بها كضمانه اساسية ، النوع الاول هو الاوراق التجارية التي لا تحتاج عند انشاءها الى وجود مقابل وانما تتطلب الحاجة الى وجوده عند ميعاد الاستحقاق وتتمثل هذه الاوراق بالسفتجة والكمبيالة ، والنوع الثاني من الاوراق التي يتطلب عند انشاءها وجود رصيد لها مثل الصك .

وقد عالج قانون التجارة العراقي احكام قانون الوفاء بالمواد من (62 – 69) ، وعرف البعض من الفقه مقابل الوفاء بأنه " الدين النقدي الذي يكون للساحب على المسحوب عليه ، بحيث يمكن لهذا الاخير ان يأخذ منه ما يفي قيمة الحوالة في ميعاد استحقاقها " [202] ، ومن التعريف يتضح ان مقابل الوفاء قد يكون موجوداً لدى المسحوب عليه ، وقد يكون غير موجود ولكن يقتضي وجوده عند حلول اجل الاستحقاق ، فبالتالي لا يوجد ما يمنع من قيام الساحب بسحب ورقة تجارية – سفتجة أو كمبيالة – دون ان يكون لديه مقابل للوفاء بقيمتها ، ولكن عدم وجود الاخير يؤدي الى رفض قبول الورقة التجارية .

وهنا سوف تنشأ العلاقة بين اطراف الورقة التجارية وتكون بالصورة التالية :

اولاً : العلاقة بين الساحب والمسحوب عليه في هذه العلاقة لا يلتزم المسحوب عليه في الورقة التجارية الا اذا تم قبولها بعد تقديمها اليه ، حيث لا توجد علاقة بين المسحوب عليه والورقة التجارية ، وتنشأ هذه العلاقة عندما يتم تقديمها للقبول ، هنا تتولد العلاقة ، فله ان يقبلها أو يرفضها ، فإذا وجد مقابل للوفاء يتم قبولها والالتزام بالوفاء بقيمتها للحامل ، اما في حالة عدم وجود مقابل فليس عليه قبولها ، وهنا يكون القانون الذي يحكم هذه الحالة هو قانون دولة

(1) د. فوزي محمد سامي ، د فائق الشماع ، القانون التجاري ، الاوراق التجارية ، مصدر سابق ، ص 183 .

المسحوب عليه ، وهنا يثار سؤال هل بالإمكان قبول الورقة التجارية بدون وجود مقابل للوفاء لدى المسحوب عليه ؟

وللجواب على هذا السؤال نقول ان قبول الورقة التجارية بدون وجود مقابل للوفاء أمر راجع الى المسحوب عليه وعلاقته بالساحب ، ففي حالة قبولها على الرغم من عدم وجود مقابل وفاء فأنه من الممكن ان نتصور تعرض الساحب الى خطر الافلاس ، وبالتالي لابد من دفع قيمة الورقة التجارية التي اجري عليها القبول ، وفي حالة وفائها من قبل المسحوب عليه سيكون له حق الرجوع على الساحب للمطالبة بما اثرى ، وهذا ما اوضحته المادة (69 /اولاً) من قانون التجارة العراقي النافذ ، حيث يفهم من المادة انه في حالة كون لدى المسحوب عليه مقابل وفاء وكان غير كافي لإداء قيمة الاوراق التجارية جميعها فيكون الاداء حسب النص " تكون الاولوية للحوالة المقبولة " [203]، والقانون الواجب التطبيق في حالة عدم وجود مقابل وفاء راجع الى معيار شخصي يتعلق بعلاقة المسحوب عليه بالساحب وملائته المالية ، وهنا يتحمل البنك مسؤولية الوفاء لعدم وجود مقابل وفاء ، وبمعنى آخر سوف يحكم العلاقة قانون دولة البنك .

ثانياً : العلاقة بين الحامل والمسحوب عليه ، بينتها المادة (65/ 1) من قانون التجارة العراقي وتقابلها المادة (402 /2) من قانون التجارة المصري والتي نصها " ينتقل الحق في مقابل الوفاء بحكم القانون الى حملة الحوالة المتعاقبين " ، ويحق للحامل ان يستوفي قيمة الورقة من المسحوب عليه لأنه يمتلك المقابل ، وللحامل ان يطالب المسحوب عليه عند الامتناع نوعين من الدعاوى ، الاولى ناتجة عن المطالبة بالمقابل نتيجة قبولها ، واذا لم يقبلها فللحامل ان يقيم دعوى مطالبة بالوفاء ، وهنا سوف يكون القانون المختص في نظر المنازعة هو قانون القابل والممتنع عن الوفاء ، ومحل وجود الدين .

ثالثاً : العلاقة التي تنشأ بين الساحب والحامل تترتب عليها عدة التزامات على الاخير القيام بها ، فعند ميعاد الاستحقاق على الحامل تقديم الورقة للوفاء في موعدها المحدد ، فإذا اهمل الحامل الواجبات التي تطلبها القانون فهنا يتولد حق للساحب بالدفع بسقوط حق الحامل بالمطالبة وهذا ما بينته المادة (2/111) من قانون التجارة النافذ والتي نصت " لا يستفيد الساحب من سقوط حق الحامل تجاهه الا اثبت انه اوجد مقابل الوفاء في ميعاد الاستحقاق وفي هذه الحالة لا يبقى للحامل إلا حق الرجوع على المسحوب عليه " ، وتقابلها المادة (1/403) من قانون التجارة المصري [204] ، وفي هذا الاتجاه انقسمت التشريعات الى فئتين :

اما الاولى فلم تشترط وجود مقابل وفاء وبينت ان الالتزام ينشأ كأي التزام آخر من التوقيع على نفس السند بمعنى ان ضمانات مقابل الوفاء تأتي من توقيع الشخص على الورقة التجارية وكذلك بقية التواقيع للملتزمين بالورقة التجارية ، وهذا ما ذهبت اليه النظرية الجرمانية .

اما الفئة الثانية والتي اعتبرت ان مقابل الوفاء هو الضمان ، وهذه هي النظرية اللاتينية والتي اعتبرت ان مقابل الوفاء ينتقل الى الحامل عند سحب الحوالة او تظهيرها وهذا ما أخذ به المشرع الفرنسي ومن التشريعات العربية العراقي والمصري .

---

(1) وللتوضيح اكثر راجع د اكرم ياملكي ، القانون التجاري ، الاوراق التجارية ، دراسة مقارنة للسفتجة ، والكمبيالة ، والصك ، الطبعة الثانية ، بغداد ، 1978 ، ص 152 وما بعدها .

(2) نصت المادة (1/403) من قانون التجارة المصري على الاتي " يعتبر قبول الكمبيالة قرينة على وجود مقابل الوفاء لدى القابل ولا يجوز نقض هذه القرينة في علاقة المسحوب عليه بالحامل " .

وعلى الرغم من الانتقادات الى هذه النظرية الا انها تركت المجال لتشريعات الدول لمعالجة موضوع مقابل الوفاء في الاوراق التجارية ، فقد اخذ التشريع العراقي بمقابل الوفاء وخصص له المواد من (62 – 69) ، وكذلك المشرع المصري في قانون التجارة بالمواد من (401 -408) اما المشرع الفرنسي فقد نص على مقابل الوفاء في المادة (511) من قانون التجارة الفرنسي الجديد من الكتاب السابع لسنة (2000) [205] .

ومن الجدير بالذكر ان اتفاقية جنيف لعام 1930 المتعلقة بالسفتجة والكمبيالة قد نظمت فقط مقابل الوفاء ولم تنظم القبول على مقابل الوفاء ، وهذا القى بظلاله على التشريعات حيث كل دولة نظمت احكام مقابل الوفاء بما يتناسب مع نظامها التشريعي ، وعلى ذلك تبنى المشرع العراقي مقابل الوفاء ونص في المادة (62) من قانون التجارة النافذ " على ساحب الحوالة أو من سحبت لحسابه ان يوجد لدى المسحوب عليه مقابل وفائها ، ومع ذلك يسأل الساحب لحساب غيره تجاه مظهري الحوالة وحاملها دون غيرهم عن ايجاد مقابل الوفاء " [206]

ويعد مقابل الوفاء موجود عندما يكون المسحوب عليه مدين للساحب ولكن ححده بوقت هو ميعاد الاستحقاق ، ولاختلاف صور ميعاد الاستحقاق سوف يختلف مقابل الوفاء تبعا لذلك ، والسؤال الذي يثار هنا ما هو القانون الواجب التطبيق على مقابل الوفاء اذا ما اثير نزاع حول التزام الساحب بتقديم مقابل وفاء ام لا ، واذا كان الجواب بنعم ، هل هل يعتبر دينا نقديا ، وهل يعتبر القبول على الورقة التجارية دليلاً على وجود مقابل ، وما هو القانون الواجب التطبيق على هذه الحالات .

ذهب البعض من الفقه الفرنسي الى تطبيق قانون المكان الذي تم تحرير الورقة التجارية فيه ، وتبريرهم الى ذلك هو ان قانون الساحب هو اوثق صلة بالورقة التجارية وهو الذي يحدد التزاماته اتجاه توفير مقابل الوفاء في موعد الاستحقاق [207] ، وتعرض هذا الرأي للانتقاد باعتبار قانون محل اصدار الورقة التجارية قانون عرضي ومتغير لان تطبيق قانون محل تحرير الورقة التجارية على مقابل الوفاء يفضي الى نتائج غير مرضية ولا يحقق العدالة ، فمن غير المنطقي ان يتساوى مقابل الوفاء وشروط وجوده ومدى التزام الساحب بتوفير مقابل وفاء ، فضلا عن ذلك اذا ما تم اعتماده فأنه سوف يكون خاضعا لتحكم الساحب الذي سوف يختار القانون الذي يناسبه دون الاكتراث لبقية اطراف الورقة التجارية[208] .

اما الاتجاه الثاني من الفقه فيرى ان القانون الواجب التطبيق على مقابل الوفاء هو قانون العقد والذي على اساسه توفر مقابل الوفاء فينظر فيما اذا كان بيعا او غير ذلك ، والنقد الذي وجه الى هذا الرأي هو اهمال وظيفة مقابل الوفاء التي تعد ضمان للوفاء بقيمة الورقة التجارية والمطلوب هو تحديد القانون الواجب التطبيق على مقابل الوفاء وهذا يعني ان هذا الفقه عن تحديد القانون [209] .

---

(1) نظم قانون التجارة الفرنسي الجديد لعام 2000 مقابل الوفاء في المادة (511- 7) والتي نصها " "Laprovision doit e'tre faite par le tireur ou par celuri pour le compte de qui la letter de change sera tire'e , sans que le tereur pour compte d 'autrui casse d'e'tre "personnellement oblige' envers les endosseurs et le porteur seulement "

(2) تقابلها المادة 401 من قانون التجارة المصري .

(1) Lyon-Caen et Renault , Traite' de droit commercial ,op. cit , no. 643; .

(2) Arminjon , pre'cis de Droit international prive' commercial ,paris 1984,p . 178

(3) د . عكاشة عبد العال ، تنازع القوانين في الاوراق التجارية ، مصدر سابق ، ص 251 .

ويذهب رأي ثالث الى اعتماد تعدد القوانين حسب العلاقات القانونية المتكونة بين اطراف الورقة التجارية ففي العلاقة بين الساحب والمسحوب عليه فأن القانون الواجب التطبيق على مقابل الوفاء هو القانون الذي الساري على العقد بين الساحب والمسحوب عليه ، ويخضع مقابل الوفاء عندما تكون العلاقة بين الساحب والمستفيد فأن القانون الواجب على مقابل الوفاء هو قانون محل انشاء الورقة التجارية [210] .

وهنا نجد بما ان مقابل الوفاء يمثل الدين النقدي الموجود للساحب في ذمة المسحوب عليه والمتمثل بالمبلغ النقدي ، وهذا المبلغ لم يجد من اجل تحرير ورقة تجارية فحسب بل هو يوجد في الاصل لدى المسحوب عليه والذي هنا يعتبر مديناً للساحب ، هنا وعند قيام الساحب بتحرير ورقة تجارية سوف يكون القانون الواجب التطبيق هو محل وجود مقابل الوفاء والذي هو محل وجود المسحوب عليه ، وعليه فأننا نرى تحقق الامان والثقة بالتعامل والمعرفة المسبقة من قبل اطراف الورقة التجارية بقانون الدولة التي يوجد فيها محل وجود المال هو القانون الواجب التطبيق ، والسؤال الذي يثار هنا ان الورقة التجارية التي يتم تحريرها في العراق والمستفيد من الاردن والمستفيد الاخر من مصر وهكذا قد يكون هذا عائقا امام تداول الورقة التجارية ، وما هو القانون الواجب التطبيق في حالة تحرير ورقة الكترونية ، نجيب على هذا التساؤل بالقول ، ان الورقة التجارية منذ تحريرها تتضمن مواعيد الاستحقاق ، فهي وجدت كي يتم تداولها ويتم الوفاء بها في يوم استحقاقها ، ولا نجد اشكال في ذلك طالما ادت وظيفتها ، اما القانون الذي يطبق على المنازعة فينظر الى مركز ثقل العلاقة القانونية وهو هنا مكان وجود المال .

ويثار تساؤل حول انتقال ملكية مقابل الوفاء هل يتملك المستفيد الاول مقابل الوفاء ومن ثم ينتقل الى الذين بعده عند تداول الورقة التجارية ، وما هو القانون الواجب التطبيق على ذلك. وللإجابة على هذه الاسئلة لم نجد في التشريع العراقي ولا في التشريعات المقارنة ما يشير إلى القانون الواجب التطبيق وذهب المشرع العراقي في قانون التجارة النافذ وفي نص المادة (65 اولاً) بالنص " ينتقل الحق في مقابل الوفاء بحكم القانون الى حملة الحوالة المتعاقبين " والى ذات المعنى بينت المادة (404 / 1) من قانون التجارة المصري . وهنا بين المشرع انتقال الحق وليس القانون الواجب التطبيق ،

واختلفت الفقه حول انتفال ملكية مقابل الوفاء الذي يمثل صاحب الحق فهل يعتبر محرر الورقة التجارية –الساحب – هو صاحب الحق ام ان الحق ينتقل من طرف الى آخر ، فذهب رأي ان انتقال ملكية مقابل الوفاء يعد اثر من اثار تحرير الورقة التجارية ، ويخضع هذا باعتباره تصرف الى محل نشوء هذا التصرف والذي يتمثل بتحرير ورقة تجارية ، وهذا الراي اخذت به محكمة النقض الفرنسية في احدى قراراتها والتي بينت فيها " ان انتقال ملكية مقابل الوفاء في الاوراق التجارية لا يمكن تحديده الا وفقا لإحكام القانون الذي في كنفه تم اصدار هذه الورقة [211]

وذهب رأي آخر الى ان القانون الواجب التطبيق على ملكية مقابل الوفاء هو قانون الدولة الذي صدر فيه قبول من قبل المسحوب عليه بالتصرف بالورقة التجارية وبوضع توقيعه عليها كإشارة الى انها اعتبرت مقبولة [212].

---

(4) د محسن شفيق ، القانون التجاري ، الاوراق التجارية ، مصدر سابق ، ص 160 .

(1) " Lyon –Cacn et Renault , traite' de droit commercial ,op .p.644; Lescot ,(r)Roblot Les effets de commerce ,Lettre de change ,billets a' order ,2e'meT.paris , p.551. "

(1) د .هشام صادق تنازع القوانين ، مصدر سابق ، 843 .

ونجد ان هذا الرأي الفقهي 'يمَكن الحامل من التعرف المسبق على القانون الذي يخضع له في حالة اثير نزاع بصدده ، ويعد مقابل الوفاء كضمان من الضمانات للإيفاء بالورقة التجارية وكذلك يجب ان يكون القانون واحد وغير متعدد لاختلاف الحلول في حالة التعدد ، لانفراد مشرع كل دولة بتنظيم بما ينسجم مع باقي القوانين مراعياً في ذلك مصلحة دولته ، وبذلك من المتصور ان يصار الى صدور احكام متعارضة ، ولهذه الاسباب ، ولأسباب اخرى تتمثل بمصلحة الحامل حيث بإمكانه التعرف المسبق على القانون الذي سوف يتم تطبيقه في حالة النزاع ، ومن ناحية ثانية تتمثل بالنتيجة التي يصبوا الى تحقيقها الحامل الا وهي استيفاء قيمة الورقة التجارية وانهاء حياتها لما فيه تحقيق لمصلحته [213] .

وخلاصة القول ان اختلاف آراء الفقه انحصرت بين اعتماد قانون محل الوفاء باعتباره القانون الاقرب الى تحقيق الامان بالنسبة للحامل وقانون محل الابرام ، وذهب الباحث مع الرأي الاول للأسباب التي تم بيانها ، وهذ الحال يطبق على الاوراق التجارية ، وبعد التطورات الهائلة والتغير بالمفاهيم القانونية ، هل بالإمكان تطبيق هذه الاحكام على الاوراق التجارية الالكترونية التي تتداول في الفضاء الالكتروني ؟ وهل من الممكن تحديد ملكية مقابل الوفاء ؟ وما هو القانون الواجب التطبيق على مقابل الوفاء على الاوراق التجارية الالكترونية بصورتيها الورقية والممغنطة ؟ .

ان التطورات التكنلوجية المتسارعة القت بظلالها على التعاملات بصورة عامة ، وعلى وسائل الدفع الالكتروني بصورة لاسيما ، وهذا التطور المستمر والمتسارع لابد ان يتبعه تغير وتطور في عمليات البنوك بصورة عامة والتي تسعى دائما لجذب العملاء من خلال المنافسة في الخدمات والعروض التي تقدمها ، لأنها تسعى دائما الى تحقيق الربح ، وتحقيق الاخير يتطلب مواكبة التطورات وتقديم الخدمات بشكل الكتروني ، وتعد وسائل الدفع الالكترونية هي المحرك الاساسي لأغلب العمليات التجارية ، وتعد الاوراق التجارية الالكترونية احدى هذه الادوات المستخدمة في هذه التجارة ، لذلك يصار الى البحث عن قانون محدد ليتم تطبيقه على مقابل الوفاء في الاوراق التجارية والذي يمثل المبلغ الموجود لدى المسحوب عليه والذي يعود للساحب فأي القوانين يتم تطبيقه على هذا المقابل اذا ما اثير نزاع بصدده .

وللإجابة على هذه التساؤلات ذهب البعض الى ما يسمى البنوك الالكترونية [214]حيث اتاحت الشبكة العنكبوتية للشركات التجارية من تقديم خدماتها المتمثلة بوسائل الدفع الالكتروني ومنها الاوراق التجارية الالكترونية [215] ، ولأجل اتمام العملية التجارية لابد ان يكون بنك الكتروني وهذا البنك الالكتروني يتعاقد مع مقدم خدمة الانترنت – خدمة الايواء – والتي تمثل تسكين الموقع الالكتروني عل الشبكة العنكبوتية وبذلك سوف يكون البنك الالكتروني يتمتع بموقع بمكان مخصص له في العالم الافتراضي ، ويدخل البنك الالكتروني بالتعاقد مع مورد الخدمة حول

---

(2) د .محسن شفيق ، القانون التجاري المصري ، مصدر سابق ، ص1158 ، د هشام صادق ، تنازع القوانين المصدر نفسه ، ص 844 .

(1) عرف البعض من الفقه البنوك الالكترونية " البنك الذي يقدم الخدمات المصرفية عبر الموقع الالكتروني له على شبكة الانترنت " د محمود محمد ابو فروة ، الخدمات البنكية الالكترونية عبر الانترنت ،مصدر سابق ، ص 25 .

(2) د عدنان الهندي ، التجارة الالكترونية والخدمات المصرفية والمالية عبر الانترنت ، اتحاد المصارف العربية ، سنة 2000 ، ص 11.

تخصيص مكان له يتناسب وحجم الاعمال والسرعة المطلوبة لأرسال وأستلام البيانات بكفاءة عالية [216] .

والبنوك الإلكترونية تشبه الى حد ما صاحب عقار معين يعرض عقاره للإيجار بمقابل مبلغ يتم الاتفاق عليه ، ليتمكن في النهاية المستأجر من الاقامة في العقار ، فإذا ما سحبنا الحال على مورد الايواء الذي يقوم بتأجير حزمة معينة على الأجهزة لاسيما بالمواقع الالكترونية ليتم استغلالها من قبل البنك [217] ، وبالتالي سوف يكون الموقع معروف على الشبكة ، صحيح انه لا يوجد له مكان مادي كما في البنوك العادية ، ولكن موجود في عالم افتراضي بمعنى انه ليس وهميا أو من نسج الخيال .

ولمعرفة القانون الواجب التطبيق على مقابل الوفاء في الاوراق التجارية الالكترونية التي لا تستلزم وجوده اثناء تحريرها ، نقول عند تحرير ورقة تجارية فأنه لا توجد علاقة بين المسحوب عليه والحامل وتنشأ العلاقة وتترتب المسؤولية بعد ان يتم تقديمها للقبول – شأنها شأن الورقة التجارية التقليدية - فهنا يتطلب وجود مقابل الوفاء ، وبما انه لا توجد علاقة بين الحامل والمسحوب عليه إلا بعد تقديم هذه الورقة للقبول، فهنا لا يوجد قانون معين يحكم مقابل الوفاء في هذه اللحظة ، حيث من الممكن ان يكون مقابل الوفاء موجود ومن المحتمل ان يكون غير موجود ، وينظر في ذلك للبحث عن القانون التطبيق عند تقديم الورقة للمسحوب ، وهنا لا تنتقل ملكية مقابل الوفاء الى البنك الالكتروني ، وهنا يكون التزام البنك الالكتروني بتحصيل قيمة الورقة بعد التقديم ، وهنا سوف يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون محل انشاء الورقة التجارية ، بمعنى قانون الساحب وذلك لوجود تفاوض سابق ومعرفة بين الساحب والحامل ، فيكون محل انشاء الورقة التجارية هو الاولى بالتطبيق .

وتبرير ذلك ان الاوراق التجارية الالكترونية التي لا يتطلب عند انشاءها وجود مقابل ، وفي هذه الاثناء اذا تعرض البنك للتصفية ولم تكن الورقة التجارية قد قدمت اليه ولم تكن ضمن الموجودات فلا يلزم البنك بدفع قيمة الورقة التجارية الالكترونية ، ويكون دور البنك هنا وحسب ما يراه بعض الفقه هو تحصيل قيمة الورقة من دون ان يوفر البنك للحامل ائتمان حقيقي [218] ، اما الذي يجري على الاوراق التجارية الورقية فهو امكانية تقديم الورقة التجارية واستلامها من قبل البنك اما لتحصيل قيمتها او بالإمكان اجراء مقاصة بين بين الخصوم .

الفرع الثاني

القانون الذي يحكم مقابل الوفاء في حالة وجوده

تعد الاوراق التجارية بصورة عامة والشيك بصورة لاسيما من وسائل الدفع التي جرى التعامل بها ، ولما تقدمة هذه الوسائل من امان بدلا من حمل النقود ، ولما تتطلبه التجارة من السرعة في التعامل لغرض تحقيق الارباح ظهر البديل للتعاملات التجارية بدلا من النقد .

---

(3) عرف التوجه الاوربي ذي الرقم 31 لسنة 2003 الى تعريف خدمة الايواء في المادة 13 منه بأنه " عبارة عن تخزين آلي ووسيط مؤقت للمعلومات لتسهيل تقديم عملية ارسال هذه المعلومات بكفاءة " .

(4)"htt :// www . libyanspider . com / Arabic /hosting / hostingfag . php ; Chris Reed.,p.19.

(1) د . نايف عبد العال الفرا ، تنازع القوانين في الاوراق التجارية ، مصدر سابق ، ص 528 .

ويعد الصك احدى هذه الوسائل وهو عبارة عن محرر يتم تنظيمه وفق الشروط التي يتطلبها القانون ، ليتم الوفاء به عند الاطلاع ، والشيك يكون مستحق الوفاء لدى الاطلاع بصورة دائمة ، واطراف الشيك هم الساحب والمسحوب عليه والمستفيد .

والشيك كورقة تجارية كباقي الاوراق التجارية يتطلب لأنشائه شروطا شكلية واخرى موضوعية [219]، وقد جرى التعامل بقيام المصارف بتزويد عملائها الشيكات وعلى هيئة دفاتر (Carnets de cheques) ، وبموجب هذا الشيك يقوم الساحب بعد املاء البيانات المطلوبة بإصدار امر يتضمن اداء مبلغ محدد من النقود ، ويعد هذا المبلغ هو مقابل الوفاء او يسمى كذلك محل الالتزام .

والذي يميز الشيك عن غيره من الاوراق التجارية هو يجب ان يكون المسحوب عليه مصرف [220] ، وكذلك فيما يخص مقابل الوفاء حيث رأينا في الانواع الاخرى من الاوراق التجارية لا يتطلب ان يكون مقابل الوفاء موجوداً عند انشاءها ، اما الشيك فلابد ان يكون مقابل الوفاء موجوداً [221]ويسمى الاخير في الجانب العملي بالرصيد [222]، وهذا ما بينه المشرع العراقي في قانون التجارة النافذ في نص المادة (141/ اولاً) والتي نصت " لا يجوز اصدار شيك مالم يكن للساحب لدى المسحوب عليه وقت انشاء الشيك مقابل وفاء نقدي يستطيع التصرف فيه بموجب شيك طبقا لاتفاق صريح او ضمني ، ومع ذلك ان عدم وجود مقابل الوفاء لا يؤثر على صحة الشيك " [223] .

واطلق عليه المشرع العراقي في قانون التجارة النافذ (مقابل الوفاء) في المادة (62) والى نفس المعنى اخذ المشرع المصري بنفس التسمية في ثلاث مواد من قانون التجارة المصري وهي (497، 498 ، 499) ، ويبقى السؤال قائما ما هو القانون الواجب التطبيق على مقابل الوفاء – الرصيد - في الشيك ، وللإجابة على هذا السؤال لابد لنا من بيانه في الاتفاقيات الدولية ومن ثم القوانين محل المقارنة .

وعند الرجوع الى بنود اتفاقية جنيف لعام 1930 لم نجد ضالتنا حول القانون الواجب التطبيق على مقابل الوفاء ولكن اشارت المادة(28) من الاتفاقية الى ان " يكون الشيك مستحق الاداء لدى الاطلاع " وبما اننا متفقون ان محل وجود مقابل الوفاء لابد ان يكون في مصرف ، والشيك يكون مستحق الاداء عند اطلاع المصرف عليه اي عند تقديمه للوفاء ، لذلك نستطيع القول ان الدولة التي يوجد فيها مصرف الساحب سوف يكون هو القانون الذي يجب ان يتم تطبيقه في حالة المنازعة .

---

(1) ونص المشرع العراقي على هذه البيانات بالنسبة للشيك في المادة 137 من قانون التجارة النافذ ب " تسري على الشيك احكام الحوالة بالقدر الذي لا تتعارض مع ماهيته " .

(2) عرفت المادة الاولى من قانون المصارف رقم 94 لسنة 2004 والصادر بأمر سلطة الاتلاف المؤقتة النحلة المصرف " هو شخص يحل ترخيصاً او تصريحاً بمقتضى هذا القانون لمباشرة الاعمال المصرفية بما في ذلك شركة حكومية منشأة وفق قانون الشركات الحكومية المرقم 22 لسنة 1997 المعدل " .

(3) واشارت الى المادة 459 من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل حيث عاقب القانون كل من اصدر صكاً بسوء نية وهو يعلم ان ليس له مقابل .

(4) د محمود سمير الشرقاوي ، الاوراق التجارية ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 2014 ، ص 329 .

(5) تقابلها المادة (1/503 من قانون التجارة المصري والتي نصت " يكون الشيك مستحق الاداء لدى الاطلاع ، وكل بيان يخالف ذلك يعتبر كأن لم يكن " .

اما اتفاقية جنيف لعام 1931 وتحديدا في الفقرة السادسة من المادة السابعة والتي نصها " يعين قانون الدولة التي يكون الصك فيها ما اذا كان للحامل حقوق لاسيما على مقابل الوفاء وطبيعة هذه الحقوق " ، وبهذا النص حددت هذه المادة من الاتفاقية القانون الواجب التطبيق على مقابل الوفاء هو قانون محل الوفاء ، وهو قانون وجود الرصيد وبمعنى آخر يخضع لقانون الدولة التي يوجد فيها مصرف الساحب ، حيث ان المصارف هي التي تتولى اصدار دفاتر الشيكات والتعليمات الخاصة به [224] .

ومقابل الوفاء هو من التزام الساحب حصراً ، والاول هو احد الضمانات الحقيقية التي يقدمها الساحب للمسحوب عليه ليكون بالتالي دائناً ، وتخوله هذه السلطة حق التصرف بأمواله ، وتعد معرفة القانون الواجب من المسائل المهمة للحامل ، ومعرفتها ابتداءً تبعث في نفس المتعامل بالأوراق التجارية الثقة والاطمئنان بأن قانون الدولة المعينة هو الذي يتم تطبيقه ، فما هو القانون الذي يسري على مقابل الوفاء – الرصيد – في الشيك .

اختلف الفقه في الاجابة على هذا السؤال الى قسمين ، ذهب الاول[225] الى اعتماد قانون محل الانشاء ، وقال ان محل اصدار الصك هو الذي يمكن تطبيق على مقابل الوفاء ، في حين ذهب القسم الثاني من الفقه [226] الى اعتماد محل قانون الوفاء ، واعتبر ان الرصيد الموجود في البنك هو محل الخلاف لذلك من باب اولى يتم تطبيق القانون الذي يوجد فيه هذا المقابل ، ويذهب الباحث مع بعض الفقه الى تأييد هذا الرأي الذي يتعلق باعتماد المحل الذي يوجد فيه مقابل الوفاء لاعتبارات معينة منها ما هو قانوني ومنها ما هو عملي .

أما الاعتبار القانوني فهو بما ان المسحوب عليه وحسب العلاقة بين الاطراف هو مدين للساحب ، وبما ان مقابل الوفاء موجود لدى المسحوب – لان القانون يعاقب على اصدار صك بدون رصيد – وبذلك يكون موطن المسحوب عليه هو الاولى بالتطبيق ، لأن تركيز العلاقة تتحقق بين الدائن والمدين في محل وجود المدين ، وهنا هو المصرف وهو محل وجود مقابل الوفاء ، وهذا يتطابق مع نص المادة (7 فقرة 6) من اتفاقية جنيف لعام 1931 ، زد على ذلك يوصف مقابل الوفاء هو المركز الذي ترتبط به الحقوق ، ويتوطن حق الحامل فيه وتتم مراجعة الساحب أو المستفيد اليه ليستوفي مقابل الوفاء ، ويوصف من هذه الناحية بأنه قانون المدين بالأداء المميز [227] .

وبالرجوع الى بنود اتفاقية جنيف لسنة 1931 وتحديداً نص المادة (5) والتي اعطت الحق لأي دولة متعاقدة من ان تبين موقفها من مقابل الوفاء الذي يترتب بذمة الساحب ، وبهذا النص

---

(1) ونص المادة (7/ 6)من اتفاقية جنيف لعام 1931 باللغة الفرنسية ART "La loi du pays ou' le de'terminie. 6 Si le porteur a des droits sp'eciaux sur :che'que est payable laprovision et quelle est la nature de ceux –ci"

(1) د . هشام صادق ، تنازع القوانين في المبادئ العالمة والحلول ، مصدر سابق ، 843 ، محسن شفيق ، القانون التجاري ، الاوراق التجارية ، مصدر سابق ، ص 1159 .

(2) د. عكاشة عبد العال ، تنازع القوانين في الاوراق التجارية ، مصدر سابق ، ص 264 .

(3) د. مصطفى كمال طه ، وسائل الدفع الالكترونية ، مصدر سابق ، ص 452 د عز الدين عبدالله ، القانون الدولي الخاص ،ج2 ، ط1 ، لبنان ، ص403 .

يتبين ان الدول الاعضاء في اتفاقية جنيف لهم الحق في ا ن يضمنوا تشريعاتهم الوقت المعين لوجود مقابل الوفاء [228].

اما الاعتبارات العملية فتتمثل بمركز ثقل الشيك حيث ان مقابل الوفاء هو المعول عليه وهو موطن الحق ، اما محل الانشاء فقد يتم اصدار الصك في اي دولة وبالتالي اذا ما تم الاخذ به من الممكن ان تتعدد القوانين التي تحكم مقابل وفاء هذا من جانب ، ومن جانب آخر فأن المسحوب عليه مصرف ، وهو الذي يقوم بالوفاء الذي يتم تقديم الورقة التجارية اليه للوفاء ، فبذلك يكون من السهل الرجوع الى قانون تلك الدولة لمعرفة القانون الذي يجب ان يطبق ، وبالمقابل اذا ما الزمنا المصرف بالرجوع الى قانون الدولة التي تم فيها تحرير الشيك فأن في ذلك اضافة اعباء تقع عاتق الحامل حيث يتطلب منه معرفة قوانين الدول التي يصدر فيها الشيك، ومن شأن ذلك ان يجعل من الشيك اداة لتعطيل التجارة التي من المفترض انها تمتاز بالسرعة.

وعلى ذلك سار القضاء الفرنسي اذا ما تم سحب شيك في فرنسا على مصرف دولة اخرى فان القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي يوجد فيها مقابل الوفاء بمقتضى قواعد الاسناد الفرنسية ، ومن مفهوم المخالفة يتم تطبيق القانون التجاري الفرنسي على مقابل وفاء متى ما كانت فرنسا هي دولة الوفاء [229].

ومن الجدير بالذكر هنالك انواع مختلفة من الصكوك تتميز بأن لها طبيعة لاسيما فهل يتطلب لها وجود مقابل وفاء وما هو القانون الواجب التطبيق عليها .

هنالك انواع من الصكوك لها طبيعة لاسيما وهذه الشيكات يتدخل فيها المصرف لأبداء المساعدة للساحب وهذه الشيكات هي الشيك المقبول والشيك المسطر والنوع الثالث هو شيك المسافرين ، والشيك المقبول هو الشيك الذي يقدمه الساحب للبنك للقبول ، حيث يختلف عن الشيكات العادية التي استوجب المشرع العراقي في قانون التجارة النافذ في المادة (1/142) انه لا قبول في الشيك وهذا هو الاصل ، الا ان المشرع بين في نفس المادة ولكن في الفقرة الثانية (142 / ثانيا) ومن اجل مساعدة الساحب وبناء على طلبه ان يقوم المصرف بتثبيت توقيعه على وجه الشيك ، وذلك لكي يطمئن المستفيد من وجود مقابل وفاء والتي نصت " يجوز للمسحوب عليه ان يؤشر على الشيك باعتماده ، ويفيد الاعتماد وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه في تاريخ التأشير به ، ويعتبر توقيع المسحوب على وجه الشيك اعتماداً له " .

وقد نص المشرع المصري على الشيكات المقبولة لان لها مقابل وفاء يمثلها في المادة (482) وتوقيع البنك على الشيك دلالة قاطعة على وجود المقابل وهنا تكون الاجابة على السؤال حول القانون الواجب التطبيق ، حيث يقتضي هنا تطبيق قانون موطن مقابل الوفاء وهو بالتالي سوف يكون قانون دولة المصرف الذي يوجد فيه مقابل الوفاء .

ومن الجدير بالذكر هنا ان المشرع استوجب في المادة (142 / رابعا) بقاء مقابل وفاء الشيك لديه لمصلحة المستفيد ويبقى هذا المقابل مجمدا الى ان يتم تقديمه للوفاء ، فعلى سبيل المثال لو طلب الساحب من مصرفه الموجود بالعراق بأن يوقع على الشيك بالقبول ، وكان اطراف الصك – الساحب والمستفيد – اردنيا الجنسية ، هنا سوف يكون القانون الواجب التطبيق هو القانون العراقي محل وجود مقابل الوفاء .

---

(4) نصت المادة (5) من نصوص اتفاقية جنيف المعلقة بالصكوك على الاتي " لكل من الدول المتعاقدة ان تحددا لوقت الذي يجب ان تتوفر فيه للساحب اموال لدى المسحوب عليه يمكنه من التصرف بها " .

(1) Cass.C, 20 october 1959,Recueil ,Dalloz , 1960 . p . 300 .

وهذا الحكم ينسحب على الشيك المسطر وكذلك شيك المسافرين .

وبتطور التجارة بصورة عامة – والتجارة الالكترونية بصورة لاسيما - مما القى بظلاله على وسائل الدفع التي هي ما عادت تواكب التطورات السريعة فأدى ذلك الى ظهور وسائل الدفع الالكترونية ومنها الشيكات الإلكترونية ، والاخيرة لا تختلف عن التقليدية سوى ان تحريرها والتعامل بها يتم بطريقة الكترونية [230] .

ويعد الشيك الالكتروني الامتداد الطبيعي والمكافئ للشيك التقليدي ، حيث يتضمن نفس بيانات الشيك التقليدي وشروطه ، وعرف البعض الشيك الالكتروني" هو البيانات التي يقوم بأرسالها المشتري الى البائع عن طريق بريده الالكتروني او اي وسيلة اخرى وتتضمن هذه الشيكات ذات البيانات التي يتطلبها الشيك التقليدي "[231] ، ولتحرير الشيك الالكتروني يتطلب ان يكون لطرفي الشيك حسابا في نفس البنك ، ويطلب البنك منهما نموذج للتوقيع ومن ثم يسجل هذا النموذج في قاعدة بيانات البنك ، ومن ثم بعد الاتفاق بأن يكون التعامل من خلال الشيكات الالكترونية بين الطرف ليكون المصرف هو الطرف الثالث المسحوب عليه والذي يوجد فيه مقابل الوفاء ، وبالطبع ان لمصرف لا يفتح حسابا الا بعد التأكد من كافة البيانات المقدمة اليه .

ومن المناسب ان نذكر هنا الضمانات التي يتمتع بها الشيك الورقي هي نفسها التي يتمتع بها الشيك الالكتروني ومنها مقابل الوفاء ، وفي حالة عدم وجود نص يحكم التصرف يتم الرجوع الى قواعد الاعراف الصرفية ، اما في حالة اصدار شيك ولم يكن له مقابل – رصيد – ويختلف الشيك كورقة تجارية عن بقية الاوراق التجارية حيث عاقب المشرع على اصدار صك بدون رصيد في المادة (459) من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 ، وعاقب المظهر ايضاً ، اما القانون الذي يحكمه فهو قانون الدولة التي عاقبت على اصدار صك بدون رصيد[232] .

وخلاصة القول ان القانون الواجب التطبيق على مقابل الوفاء في الاوراق التجارية الالكترونية التي لا يتطلب وجود مقابل للوفاء ، هو قانون الساحب على اعتبار انه الشخص الوحيد الذي يعرف عند سحبه الورقة التجارية ومواعيد استحقاقها وهو الذي يلتزم في النهاية بوفاء قيمتها اذا ما تم رفضها ، وهو الذي يتحكم بها ويضيف اليها البيانات الاختيارية التي تناسبه ، وهنا لابد ان نميز بين امرين ، الاول في حالة كون الورقة التجارية الالكترونية ومقابل الوفاء فيها محكوم بقواعد آمرة ، فإن قانون دولة المال الذي يمثل مقابل الوفاء هو الواجب التطبيق ، اما الامر الثاني في حالة كون الورقة التجارية الالكترونية محكومة بقواعد مفسرة فستكون هنا فرصة لتطبيق قانون الارادة الصريحة أو الضمنية ، وإلا فقانون الاداء المميز .

المطلب الثاني

التحديات التي تواجه الاوراق التجارية الالكترونية ومعالجتها

---

(1) Cather Ine Lee Wilson, Banking on The Next ,Extanding Bank Regulation To Electronic Money And Beyond 30 Creighton Law Review .May 1997 , p . 686 .= =بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة عين الشمس ، العدد الاول ، 2004 ، ص 97 .

(2) منية نشناش ، حجية المحررات الالكترونية في اثبات المعاملات المبرمة عبر وسائل الاتصال الحديثة ، دار وائل للنشر ، ط1 ، عمان ،2017 ، ص 154 .

(1) د. واثبة السعدي ، قانون العقوبات الخاص ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، دون سنة نشر ، ص210.

تعد العمليات التي تتم عبر الفضاء الالكتروني ذات طابع دولي ، كما انها في الغالب تتم في منظومة تتصف بالصفة الدولية مالم يقم على عكس ذلك بين اشخاص يتواجدون في دول مختلفة ، فالمعاملات الالكترونية تنشأ بين شخص وآخر لا يجمعهما مجلس عقد واحد وانما يلتقون في وقت واحد ، ودون ان يغادروا اماكنهم ، واوجدت البيئة الافتراضية هذه سوقا عالمية بإمكان الاشخاص ان يزوروها في اي وقت شاءوا، وكل ما هو مطلوب هو ان يكون للشخص حاسب الي ليتمكن من خلاله الدخول الى هذا العالم الافتراضي[233] .

وتعد الاوراق التجارية احدى الوسائل الالكترونية التي تقوم مقام النقود بالوفاء ، لما تؤمنه هذه الاداة من سرعة في التداول ، وكذلك تحقق استبعاد للمحررات الورقية ، حيث تتم العملية من خلال فضاء الكتروني بين الاطراف ، وان التعامل بالأوراق التجارية الالكترونية على الرغم من سهولة اجراء التعاملات عليها ، لكن قد ترافقها صعوبات اذا ما تم علاجها فأنها تؤدي الى عدم قبولها في التعاملات ، وقد ترجع هذه الصعوبات الى عدة اسباب منها ما هو قانوني بسبب عدم وجود تشريع يغطي هذه التصرفات القانونية ، وكذلك عدم امكانية تطويع قواعد القانون الصرفي على المعاملات الالكترونية ، ومنها ما هو متعلق بالجانب الفني والتقني التي تحدث اثناء اجراء المعاملات في الوسط الافتراضي .

بيد ان هذه الاشكاليات والمعوقات يجب ان يتم مواجهتها بالحلول التي من شأنها ان وجدت تكون قد تجاوزت هذه الاشكاليات واستمرار التعامل بالأوراق التجارية بطريقة الكترونية ، وبذلك نكون قد واكبنا التطورات الحاصلة في الدول المتقدمة ، حيث وكما يسميه البعض ان الانترنت حقق احلام التجار ورجال الاعمال عن طريق التبادل السريع والغير المسبوق للمعلومات والبينات والمستندات بطرقة الكترونية ، وكذلك شرعت العديد من دول العالم قوانين تخص التجارة الالكترونية والمعاملات الالكترونية والتوقيع الالكتروني ، وتعد حجر الزاوية في كل هذه التطورات هي وسائل الدفع بجميع انواعها ، ومنها الاوراق التجارية الالكترونية هي المحرك الاساس للتجارة الالكترونية ، حيث اعترفت اغلب التشريعات بهذه الوسائل .

وللوقوف على هذه الاشكاليات لابد من تقسيم هذا المطلب الى فرعين سنخصص الفرع الاول لدراسة الصعوبات القانونية وطرق معالجتها ، في حين نعقد الثاني للصعوبات التقنية والامنية وكالاتي :

الفرع الاول
التحديات القانونية

تواجه التجارة الالكترونية بصورة عامة صعوبات متمثلة في نظر البعض ، هو عدم اعتراف القوانين التقليدية بوسائل التقدم العلمي المتمثلة بالشبكة العنكبوتية العالمية ، وذلك لعدم وجود مكان ترتبط به هذه التصرفات ، وبالتالي يجعل من الفضاء الالكتروني خارج نطاق جميع القوانين وغير خاضعة لقانون معين ، وهذا يؤدي الى عدم صلاحية الضوابط التقليدية لحكم

(1) بولين انطوينوس ايوب ، تحديات شبكة الانترنت ، منشورات الحلبي ، ط1 ، 2006 ، ص 51 .

المسائل المتعلقة بالمعاملات الالكترونية وذلك لضعف المرتكزات المكانية الرابطة لها [234] ، وبذلك سوف يكون الحال كالتالي، اذا لم يكن هنالك نصوص تشريعية يمكن تطبيقها على الواقعة ، وعدم امكانية تطويع القواعد المادية سوف يكون هنالك انكار للعدالة ، ويقع ايجاد الحلول على المعنيين بالشأن القانوني ، ومن الصعوبات القانونية التي يمكن بيانها هي :

اولاً : جهل الكوادر البشرية في مجال التقنيات والمعلومات الالكترونية ، حيث ان التجارة الالكترونية تتم من خلال التعامل بين الاشخاص ، وهؤلاء يمثلون العنصر البشري ، والذي يعتبر هو الركيزة الاساسية في التجارة الالكترونية ، وان الاخيرة تتطلب المهارات البشرية المدربة والعاملة والتي لديها مهرات في مجال المعلومات التقنية والفنية ، وكذلك تتمتع بالقدرات العالية من حيث تشغيل البرامج ونظام الدفع الالكتروني ، والتي تعد الاوراق التجارية اهم هذه النظم .

زد على ذلك وجود عوامل اجتماعية اخرى تشكل نسبة عالية من الاشخاص تحول دون اتساع التعاملات الالكترونية ، وهو عامل اللغة حيث من المعروف ان اللغة الانكليزية هي اللغة السائدة في التعاملات والبرامج التي تتم عن طريق الشبكة العنكبوتية ، وهذا ما يسميه البعض بالجهل المعلوماتي[235]، والتي تتمثل بعدم القدرة الفنية لدى الاشخاص من الدخول والتعامل مع الأجهزة والبرامج الالكترونية .

ثانياً : وجود الفراغ التشريعي في البيانات الواجب توافرها في الاوراق التجارية الالكترونية ، حيث ان المشرع تطلب الى انشاء الاوراق التجارية الالكترونية توفر نفس بيانات الاوراق التجارية التقليدية ليتم تداولها ، فكان الاجدر بالمشرع من ان ينص صراحة ان الاوراق التجارية الالكترونية يتم تداولها عن طريق البريد الالكتروني ، لعدم امكانية تداول الورقة التجارية بالمناولة ، لان ذلك يتطلب وجود مادي ، وزد على ذلك اضافة بينات شخصية من شأنها اذا ما وجدت تزيد من الثقة بالورقة التجارية ، وبدون البريد الالكتروني لا يمكن التعامل بالأوراق التجارية ، لان الورقة التجارية تتطلب ان تنتقل من شخص الى اخر ويتم تقديمها للقبول او للوفاء وهذا الامر لا يمكن ان يتم الا عن طريق البريد الالكتروني[236] .

ثالثاً : يرى البعض [237] ان من الصعوبات القانونية هو عدم امكانية تطبيع قواعد البعض من احكام القانون الصرفي على الورقة التجارية ، والتي تتمثل بالورقة التجارية الالكترونية الممغنطة بصورة كلية ، حيث ان النظام الذي تم من خلاله انشاء الورقة التجارية لا يسمح بأجراء بعض العمليات الضرورية والتي تتعلق بحياة الورقة التجارية والمتمثلة بالقبول والتظهير والضمان ، على عكس النوع الثاني من الاوراق التي تكون ممغنطة بصورة جزئية ، حيث بالإمكان اجراء العمليات السابقة عليها ، وهو ما لا نؤيده .

---

(1) استاذنا د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي ، تأثير وسائل الاتصال الحديثة في تطور قواعد القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص 45 .

(2) د. سمر بنت محمد عمر السقاف ، التجارة الالكترونية وفرص عمل الخريجات في المملكة ، جامعة الملك عبد العزيز ، 2010 ، ص38 .

(1) انظر المادة (22) من قانون التوقيع الالكتروني العراقي النافذ.

(2) د. رشيد علام ، عوائق تطور التجارة الالكترونية في الوطن العربي ، رسالة ماجستير ، الاكاديمية العربية البريطانية للتعليم العالي ، فرع التجارة الالكترونية ، 2010 ، ص 153 .

وهنا نجد ان وعلى الرغم من وجاهة هذا الرأي الا ان التطورات التكنلوجية والتقنية تمكنت من الوصول الى التحرير الجزئي للورقة التجارية ، وبات بالإمكان من اجراء العمليات التي تتطلبها الورقة التجارية لكي تستمر بالتداول .

رابعاً / توفر الوسائل التقنية ، وضعف وسائل الاتصال الالكترونية مثل الحاسبات وغيره التي تعد مفتاح الدخول للشبكة العنكبوتية والتعامل بالأوراق التجارية ،والملاءة المالية للأشخاص ، حيث يتطلب شراء اجهزة وكذلك الاتصال بالشبكة ليتم تحديث البرامج عن طريق الانترنت [238].

واثار البعض الاخر مشكلة الاثبات الإلكتروني[239] ، حيث ان المعاملة تجري في الفضاء الالكتروني والتقاء الارادات الكترونيا، وعدم امكانية تطويع قواعد الاسناد ليتم تطبيقها على المنازعة الالكترونية ، على الرغم من ان قواعد الاثبات بينت بالإمكان الاستفادة من وسائل التقدم العلمي [240] ، وذلك لان التطور الهائل في المجال الالكتروني ينمو بشكل متسارع ونتيجة لذلك يصبح هنالك فراغ تشريعي متولد من عدم الثبات نتيجة المستجدات والابتكارات الحديثة ، مما يلقي بظلاله على التجارة الالكترونية بشكل عام والاوراق التجارية بصورة لاسيما ، وتصبح الجوانب التقليدية غير ملائمة كي يتم تطبيقها على المعاملات الإلكترونية ، لوجود زيادة في المتغيرات عن بسبب التطورات المتسارعة يقابلها محدودية في الثوابت [241] .

كذلك من ضمن الاشكاليات التي تثار هنا ولعدم الوجود الحقيقي لأطراف الورقة التجارية في مجلس واحد تثار مسألة هوية الشخص الاخر او الطرف الثاني من الورقة التجارية الالكترونية ، وعدم الثقة بهذا التعامل بسبب الانفتاح العالمي للشبكة العنكبوتية وتمكن اي شخص من الدخول اليها لكي يتم التعامل في جو آمن لضمان حقوق الاطراف وان الشخص الموجود هو الشخص الحقيقي وليس متطفلاً [242] .

وبالنظر الى حجم الصعوبات الا انها يجب ان لاتقف حائلا دون التعامل بهذه التقنية المتطورة ، عن طريق ايجاد الحلول المناسبة والقانونية لفض الاشكاليات التي تحصل ، وهنالك عدة حلول تبنت حلحلة هذه الاشكاليات ، ونجد ان التطور المستمر في الجانب المعلوماتي يحتاج الى تدخل من فقهاء القانون والمختصين بالقانون الدولي الخاص لان يجدوا الحلول المناسبة والملائمة كلما حصل تغيير في الجانب التقني والبرمجي ، والتقنيات التي تستخدم في التجارة الالكترونية .

ومن الحلول التي تم التوصل اليها بصدد التعامل بالأوراق التجارية واعتمادها كوسيلة وفاء الكترونية ، منها ما يقع على عاتق المشرع ، ومنها ما يقع على عاتق اطراف الورقة التجارية الالكترونية ، ومنها ما يقع على عاتق المجتمع حتى يتسنى استخدامها والتعامل بها هي .

---

(3) د. ناهد فتحي الحموري ، الاوراق التجارية الالكترونية ، مصدر سابق، ص 135.

(4) د. فاروق ابراهيم جاسم ، الجوانب القانونية للتجارة الالكترونية ، دار السنهوري ، لبنان ، بيروت ، 2016 ، ص 69 .

(1) د. الدكتور عبد الرسول عبد الرضا الاسدي ، تأثير وسائل الاتصال الحديثة في تطور قواعد القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص 148 .

(2) د نايف عبد العال الفرا ، تنازع القوانين في الاوراق التجارية ، مصدر سابق ، ص 105 - 106 .

(3) د. هادي مسلم يونس ، النظام القانوني للتجارة الالكترونية ، دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر والبرمجيات ، المحلة الكبرى ، مصر ، 2009 .

1- لغرض ازدهار التجارة الالكترونية بشكل عام لابد من خلق الثقة والاطمئنان لدى المتعاملين بهذه التجارة ، وهذا الاطمئنان يأتي من تطور الوسائل التقنية والبرمجية بالتوصل الى ازالة الغموض عن الاجراءات التي تتم بالعالم الافتراضي ، حيث كما بينا سابقاً ان الانسان بطبيعته حريص على امواله ، واذا ما حصل لديه الثقة والاطمئنان بهذه التقنية فأنه لا يغادرها ، لما فيها من وسائل راحة حيث يجري الشخص العملية واتمام الصفقة دون ان يغادر مكتبه[243].

وكذلك ان يكون هنالك ما يسمى بالاستعداد الالكتروني ، بمعنى ان تكون هنالك رغبة حقيقية من قبل المجتمع للتعامل والتعاطي مع وسائل الاتصال الحديثة ، والدخول الى هذا العالم يرافقه صعوبات لغياب المكان والذي يلقي بظلاله ما يبنى عليه لصعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق على الاوراق التجارية باعتبارها اداة وفاء والتي تعد العصب الرئيسي للتجارة الالكترونية ، وبهذه الطريقة تزداد الثقة والاطمئنان لدى المجتمعات[244] .

2- يتم التقاء الارادات من خلال تبادل البيانات ، والبريد الالكتروني هو الوسيلة المعول عليها في نقل البيانات عبر الشبكة العنكبوتية ، وتتم هذه العملية بأرسال البينات من المرسل الى المرسل اليه ، ومن ثم يطلع عليها المرسل وبعد موافقته يتم اجراء التصرفات من خلال معرفة الرقم الكودي – السري – وهذا ما بينه قانون الاونسيترل النموذجي للتجارة الالكترونية في المادة (2/2) والتي نصت " نقل المعلومات الكترونياً من كمبيوتر الى كمبيوتر آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات " ، وعرف البعض من الفقه تبادل البيانات الكترونيا " بأنه مجموعة من القواعد والعمليات المتعارف عليها التي تسمح للعمليات التجارية بأن تتم الكترونياً " ، ونص المشرع العراقي الى نفس الاتجاه في قانون التوقيع الالكتروني النافذ وتحديدا في المادة (1 /ثالثاً) والتي نصت " المعلومات هي البيانات والنصوص والصور والاشكال والاصوات والرموز وما شابه ذلك التي تنشأ أو تدمج أو تخزن أو تعالج أو ترسل أو تستلم بوسائل الكترونية " ، وبهذا التشريع بين المشرع ان بالإمكان تبادل البيانات والتواصل وابرام العقود وتحرير الاوراق التجارية بصورة الكترونية .

واطلق البعض الاخر من الفقه على هذه العمليات التي تجري بالفضاء الالكتروني عن طريق البريد الالكتروني " بمكننة التبادل الالكتروني " [245] ، فالمشرع العراقي في نص المادة (1 / سادسا) وهو يعرف المعاملات الالكترونية بالنص عليها بأنها الطلبات والمستندات ، وبقراءة بسيطة للفقرة التاسعة من المادة الاولى من نفس القانون عرف المستند الإلكتروني " بأنه محرر ينشأ او يدمج او يرسل " وبالرجوع الى قانون التجارة العراقي النافذ وفي المادة (39) عندما عرف الورقة التجارية بالقول " انها محرر شكلي بصيغة معينة يتعهد بمقتضاه شخص او يأمر شخصا آخر فيه بأداء مبلغ محدد من النقود في زمان ومكان معينين ويكون قابلاً للتداول بالتظهير او المناولة " .

---

(1) د . محمد بهجت عبدالله قايد ، الاوراق التجارية الالكترونية ، مصدر سابق ، ص56 ، د محمد السيد الفقي ، المعلوماتية والاوراق التجارية الالكترونية ، مصدر سابق ، ص 80 ، محمد مجيد كريم ، النظام القانوني للحوالة التجارية الالكترونية ، دار السنهوري ، بيروت ، 2017 ، ص 220 .

(2) د .حسن فضالة موسى ،التنظيم القانوني للإثبات الالكتروني – دراسة مقارنة ، مكتبة السنهوري ، الطبعة الاولى ، بيروت ، 2016 ، ص219 .

(1) د عبد الهادي فوزي العوضي ، الجوانب القانونية للبريد الالكتروني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005 ، ص23 .

يتضح لنا ان المشرع العراقي قد عالج موضوع البريد الالكتروني وان لم ينص عليه بصورة مباشرة حيث بين ذلك في المواد (22و23) من قانون التوقيع الالكتروني النافذ حينما اجاز انشاء الاوراق التجارية بالطرق الالكترونية شريطة ان تتوافر فيها البيانات اللازمة في الاوراق التجارية التقليدية ، وكذلك اعطى المشرع للأوراق التجارية الالكترونية ذات الحجية المقررة للأوراق التقليدية ، وبذلك لا نستطيع القول بخلو التشريع من المعالجة ، ولكن لم يشر بصورة مباشرة الى البريد الالكتروني كبيان من البيانات التي يجب ان تتوفر في الورقة التجارية الالكترونية ، ولكن استعاض عن كلمة البريد الالكتروني في المادة (23 /ثانيا) حين بين ان احكام هذا القانون تسري عليه احكام الاوراق التجارية التقليدية بما ينسجم واحكام هذا القانون ، والانسجام ما بين العالم التقليدي والافتراضي هو ايجاد الحلول والبدائل التي تمكن من اتمام التصرف على اتم وجه ، ويدخل تحت كنفها البحث عن الحلول التي من شأنها تبين القانون الواجب التطبيق .

وبذلك اعطى مرونة للتعامل بهذا النوع من الاوراق ، وهذا المرونة تحسب للمشرع لرؤيته المستقبلية حول التطورات التي تتزايد في مجال المعلوماتية [246] ، كي لا تكون حائلا دون استخدام وسائل التطور العلمي الذي نص عليها المشرع في قانون الاثبات وتحديداً في المادة (104) من قانون الاثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 ، حيث نصت " للقاضي ان يستفيد من وسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القضائية " ، وتعد الشبكة العنكبوتية – الانترنت – احدى وسائل التطور العلمي .

3- اما فيما يخص بعدم امكانية تطويع احكام القانون الصرفي على الاوراق التجارية الالكترونية و بالخصوص الاوراق الالكترونية الممغنطة كلياً فهو رأي منتقد من قبل الباحث ، وذلك ان التطورات المتسارعة التي اشرنا اليها سمحت بتحرير الورقة التجارية بصورة الكترونية ابتداءً ، ومن ثم امكانية اجراء العمليات اللاحقة عليها بصورة الكترونية ايضا مثل التظهير والقبول والضمان .

وذهب البعض من الفقه بأن القبول على الورقة التجارية الالكترونية يشمل الممغنطة جزئياً[247] ، والتي يتم تحريرها بصورة الكترونية وتنفيذها بصورة مادية ، متناسياً حجم التطورات الهائلة في مجال التكنلوجيا ، فقد اصبح بالإمكان من بقاء متن الورقة التجارية ثابتا لا يمكن اجراء اي تصرف عليه ، بمعنى تجميد الورقة وتبقى على شكل صورة ، ويتم تحرير الحقول السفلية لها والقيام بالعمليات التي تتطلبها الورقة للاحتفاظ بذاتيتها من مثل القبول والتظهير والضمان والموجودة في اصل الورقة التجارية الالكترونية عند انشاءها ، اما القانون الذي يحكم هذه التصرفات التي تتم على هذه الورقة هو قانون محل وجود مقابل الوفاء بمعنى قانون دولة البنك.

وحسب ما يراه الفقه ان الورقة التجارية الممغنطة بصورة كلية تبقى كورقة تجارية الكترونية ويتم تداولها عن طريق محرر مستقل بصورة الكترونية عن الورقة التجارية الالكترونية الاصلية ، وبذلك ورغم القصور التشريعي الذي نراه حافظ على استمرار الورقة التجارية الالكترونية

---

(1) انظر نص المادة (23/ ثانياً) من قانون التوقيع الالكتروني النافذ " تسري احكام الاوراق التجارية والمالية الورقية المنصوص عليها في القانون على الاوراق التجارية والمالية الالكترونية وبما ينسجم مع هذا القانون " .

(2) د. محمد السيد الفقي ، المعلوماتية والاوراق التجارية ، مصدر سابق ، ص ، 80 ، وكذلك ينظر د. محمد بهجت عبدالله قايد ، الاوراق التجارية الالكترونية ، ، مصدر سابق ، ص 56 .

بالتداول ، عن طريق اجراء العمليات الصرفية بورقة مستقلة ، وبذلك يتم الرجوع الى القانون الذي يحكم الورقة التجارية التقليدية في حالة اضافة وصلة عند امتلاء الورقة الاصلية، وبالتالي سيكون قانون دولة الملتزم بالورقة هو الواجب التطبيق [248].

ونجد ان ذلك يعد مؤشر جيد لان الفقه كان حريصا على الحفاظ على الورقة التجارية واستمرارها في التداول ، وبعد التقدم العلمي في مجال التقنيات والبرمجيات اصبح من باب اولى الحفاظ على الورقة التجارية الالكترونية بنوعيها – الممغنطة بصورة جزئية او كلية – حيث وكما بينا سابقاً اصبح بإمكان اطراف الحوالة ، بعد ان تدخل الى موقعه الالكتروني من اجراء العمليات التجارية عليها من قبول وضمان وتظهير .

4- الاثبات بصورة عامة هو وكما يسمى حامي الحقوق وقوامها ، وهو ضروري لان بفقدانه يفقد الحق ، والتطور في المجال المعاملات الالكترونية ادى بالتوجه الاوربي الى اصدار اتفاقية الامم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية لسنة 2005 ، وجاء في ديباجة هذه الاتفاقية " تهدف اتفاقية الخطابات الالكترونية الى تسهيل استخدام الخطابات الالكترونية في التجارة الدولية عن طريق التأكد من ان العقود المبرمة وغيرها من الخطابات المتبادلة الكترونياً صحيحة وقابلة للتنفيذ بقدر مثيلاتها من العقود والخطابات الورقية التقليدية " .

ونص المشرع العراقي بصورة صريحة على ان الاوراق التجارية الالكترونية تتمتع بذات الحجية التي لمثيلاتها التقليدية ,ذلك في المادة (23 / اولا) ، ومن ناحية اثبات الحقوق فقد اعطى المشرع للمستند الالكتروني والكتابة الالكترونية الحجية الكاملة اذا استوفت الشروط التي تطلبها القانون وقد بينت ذلك المادة (13 / اولاً) من قانون التوقيع الالكتروني النافذ ، وبذلك سوف يسري على ادلة الاثبات في الورقة التجارية قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى عن بعد[249] ، وبالتالي سوف يكون قانون المرافعات في تلك الدولة هو الحاكم فيما يخص الاجراءات القضائية [250] .

اما المشرع المصري في قانون التوقيع الالكتروني رقم (15) لسنة 2004 وفي نص المادة (15) قد اعطى للمحررات الالكترونية ذات الحجية المعطاة للمحررات الورقية في المواد التجارية [251].

وبين في المادة (17) من نفس القانون ولاسيما بأثبات المحررات الالكترونية والتوقيع الالكتروني في حالة عدم وجود نص يحكمها يتم الرجوع الى احكام قانون المرافعات، وتهدف هذه المادة في حالة خلو القانون من وسيلة اثبات يتم الرجوع الى الوسائل الاخرى المتوفرة في قانون المرافعات .

---

(1) انظر نص المادة (53/ اولا) من قانون التجارة العراقي النافذ وتقابلها المادة (419/ 1) من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 والتي نصها " يكتب الضمان الاحتياطي على الكمبيالة او على وصلة ".

(2) نصيف جاسم محمد عباس الكرعاوي ، التقاضي عن بعد ، منشورات الحلبي ، الطبعة الاولى ، 2017 ، ص 136 .

(3) ينظر نص المادة (13 / اولا) من قانون التوقيع الإلكتروني العراقي النافذ .

(1) نصت المادة (15) من قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم (15) لسنة 2004 على ما يلي " للكتابة الالكترونية والمحررات الالكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والادارية ، ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في احكام قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية ، متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقاً للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون ".

والى نفس المعنى اشار المشرع الفرنسي في المادة (1316 / 3) والتي نصها " يكون للمخطوط على ركيزة الكترونية القوة الثبوتية ذاتها العائدة للمخطوط على ركيزة ورقية " [252] واباح المشرع الفرنسي لحامل الورقة التجارية الالكترونية الاثبات بالدليل الكتابي ، وهو ما أسماه بالإثبات الحر[253]، واشترط المشرع الفرنسي في المادة (1369 /10) على توافر الشروط لاسيما بالمستند التقليدي من ناحية الشكل ، يجب ان تتوافر في المخطوط بالشكل الالكتروني مقتضيات موازية حيث نصت " عندما يكون المخطوط على الورق خاضعا لشروط لاسيما لناحية كونه مقروءاً او لناحية الشكل ، يجب ان تتوفر في المخطوط بالشكل الالكتروني مقتضيات موازية " [254] .

وهنا يرى البعض من الفقه ويؤده الباحث الى امكانية تطويع بعض القواعد المتعلقة بالإجراءات في مواضيع الاثبات ومنها اعتماد الكتابة على المحررات الورقية والالكترونية على حد سواء وذلك بالاعتماد على القاعدة التي تقول ان المطلق يجري على اطلاقه ، ومستفيدين من نص المادة (104) من قانون الاثبات العراقي النافذ والتي بينت ان للقاضي ان يستفيد من من الوسائل الحديثة الالكترونية ، وهنا لابد للقاضي من الاستفادة من هذه الوسائل لاستنباط القرائن القانونية[255].

الفرع الثاني
التحديات الفنية

لعبت التكنلوجيا الحديثة دوراً هاماً في التجارة الالكترونية وما وصلت اليه ، وكان لهذه التقنية الفضل في تطور ونمو هذه التجارة ، والاكتشافات التي توصلت اليها ، مما القى بظلاله على تطور وسائل الدفع ليتناسب مع عالم السرعة حيث يتمكن الاشخاص من التعامل عن بعد مع اي شخص في دولة شريطة ان يكون داخل الشبكة العنكبوتية بكل سهولة .

ومن جهة اخرى فأن الاسلوب الالكتروني بالتعامل لا يخلوا من صعوبات ومخاطر من شأنها اذا وجدت ولم يتم التغلب عليها ان تعرقل هذه التجارة اذا لم يتوفر عامل الامان ، وقد تكون هذه المخاطر من اختراق البعض ممن لديهم الخبرة العالية من التطفل والدخول الى الشبكة ، وبذلك عدم توفر عنصر الامان ، مما يتسبب بإعاقة عمل الاوراق التجارية كوسيلة وفاء الكترونية ،

---

(2) 1316/ 3 " l'e'crit sur support e'le'ctronique la nuene force proboute que l'ecrit sur support popier"

(3) chamoux "commentaries de laloidu12juill ,.p143.

مشار اليه لدى د. عباس العبودي و د . جعفر الفضلي ، حجية السندات الالكترونية في الاثبات المدني في القانون الفرنسي رقم 230 لسنة 2000، منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، جامعة الموصل ، كلية القانون ، العدد 11 لسنة 2001 ، ص7 .

(4) نص المادة (1369 /10) من القانون الفرنسي باللغة الفرنس Article 1369 /10 " L'acte authentique est celui qui a e'te' recu , avce les solennite's requises, par un officier puplic ayant compe'tence et qualite'pour instrumenter . Il peut e'tre dresse' sur support e'lectronique s'il est e'tabli et conserve' Lorsquil est recu par un notaire , i les t dispense' de toute mention manuscrite exige'epar la loi .

(1) استاذنا د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي ، تأثير وسائل الاتصال الحديثة في تطور قواعد القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص 148 .

وبذلك يتعطل العمل بالأوراق التجارية الالكترونية .فالسؤال الذي يثار هنا ماهي المخاطر التي من الممكن ان تعطل عمل الاوراق التجارية الالكترونية وهل توجد سبل لحلها ؟ وما هي الاخطاء التي تسبب في تعطيل الورقة التجارية عن اداء عملها ؟ وهل توجد وسائل لتأمين الورقة التجارية من التحريف والتلاعب ؟

للإجابة على هذه التساؤلات لابد ان نبين ان هنالك نوعين من التصرفات الخاطئة التي تجري على الورقة التجارية .

اولا - التصرفات الخاطئة الغير عمدية وهذه الاخطاء تحصل نتيجة ما أسميناه بالأمية الالكترونية للأطراف المتعاملين بالورقة التجارية الالكترونية - وسواء احدهما او كليهما – او قد يكون الخطأ غير عمدي نتيجة عطل فني يصيب الاجهزة وبالنتيجة يؤدي الى تعطيل العمل بالورقة التجارية الالكترونية

فالأخطاء التي تحصل نتيجة عدم معرفة الاشخاص بالتعاطي مع الشبكة العنكبوتية ، او ان يقوم احدهم بإدخال بيانات خاطئة او ان يستخدم اجهزة قديمة لا تتناسب والتطور الحاصل او يحصل خطأ في اعداد البرامج او اي عطل يصيب الاجهزة مثل الفيروسات ، هذه كلها ان صح التعبير تسمى اخطاء لكنها نتيجة جهل الشخص او عطل تقني يعطل عمل الأجهزة وبالتالي يؤدي عدم الاتصال بالشبكة العنكبوتية – الانترنت – والذي يعتبر هو المجال الذي تعيش فيه الورقة التجارية الالكترونية ، ويرى البعض ان الاخطاء التقنية قليلة اذا ما قورنت مع الاخطاء بسبب جهل الاشخاص في التعامل مع البيانات التي تتم بصورة يدوية ، وهذا يلقي بظلاله على زعزعة الثقة بالورقة التجارية الالكترونية [256] .

ولمعرفة التكييف القانوني لهذه المسألة ، وما اذا كانت هذه الاخطاء تخضع الى نظرية الظرف الطارئ ام الى القوة القاهرة مسألة يحددها قانون الدولة التي تتم بها هذه الإجراءات ، وبما ان التعامل يتم بالفضاء الالكتروني ، لذلك يتم الرجوع الى المادة (17) من القانون المدني العراقي في مسألة التكيف لتحديد المسؤولية ومن ثم يصار الى تحديد القانون الواجب التطبيق .

وهنالك قد تحصل احداث خارجية لا شأن للأطراف بها ، وهي تأتي نتيجة انقطاع الخدمة وكذلك التيار الكهربائي الذي يعتبر المغذي الرئيسي للأجهزة المستخدمة في التعاملات الالكترونية ، جميع هذه الحالات تؤدي الى تعطيل عمل وسائل الاتصال وبالتالي تتعرض البيانات والسندات الالكترونية التي اعدت للتعامل بها عن طريق تقنية الانترنت للتوقف عن العمل ، ومن جهة اخرى اذا ما تم تجاوز هذه الاشكاليات فأن حجم الاعمال التجارية التي تتم من خلال الاجهزة عند عملها بصورة طبيعية كبيرة وبالتالي فأنها تكون معرضة للخطأ نتيجة الاستخدام المتزايد [257] .

ولم يتعرض المشرع العراقي وكذا المصري [258]الى ايجاد الحلول المباشرة للأخطاء التي تحصل دون قصد من اي من الاطراف ، وانما اوجد ما يسمى بجهة التصديق الالكتروني ، حيث بعد التفاوض والاتفاق بين الاطراف على اجراء المعاملة الالكترونية والوفاء بواسطة الاوراق

---

(1) د. باسم علوان العقابي ، د اسراء فهمي ناجي ، التأمين ضد الاخطار الالكترونية ، بحث غير منشور ص8.

(1) د. عباس العبودي ، تحديات الاثبات بالسندات الالكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها ، ، مكتب الوئام للحاسبات ، العراق / بابل ، 2008 ، ص 96 .

(2) اوجد المشرع الامريكي حلا لهذه الاخطاء عن طريق ما يسمى بالوكيل الالكتروني وهذا ما بينته المادة (9/ أ) من قانون المعاملات الامريكي الموحد (UETA) .

التجارية الالكترونية ، هنا لا يوجد اي دور لجهة التصديق لان العملية في بداياتها ، ولذلك تبقى في سبات ، ولكن عند ارسال الورقة التجارية الى المستفيد عبر الانترنت ، هنا سوف تنشط جهة التصديق الالكترونية وتصدر شهادة تسمى (شهادة التصديق) ليتم اعتمادها من قبل الجهة المصدقة وارسالها الى المستفيد كأشعار بأن الجهة او الشخص الذي يتعامل معه معرف وتصادق على التوقيع ، وعرفت المادة (1/ 11) من قانون التوقيع الالكتروني النافذ شهادة التصديق " هي الوثيقة التي تصدرها جهة التصديق وفق احكام هذا القانون والتي تستخدم لإثبات نسبة التوقيع الى الموقع " وهذه الشهادة تصدرها جهة مخولة لهذا الغرض وتتبنى عملية المصادقة على التواقيع الالكترونية [259].

واشترط المشرع العراقي لإصدار شهادة تصديق عدة شروط تناولها في المواد من (5 -12) ، وتخضع شهادة التصديق لقانون الدولة التي منحت الاجازة لهذه الجهة لمزاولة عملها وفق الشروط [260]

وعرف المشرع المصري شهادة التصديق الالكتروني المادة (1/ و) بأنها " الشهادة التي تصدر من الجهة المرخص لها بالتصديق وتثبت الارتباط بين الموقع وبيانات انشاء التوقيع " ومن خلال قراءة النص يتبين انه جاء بنفس المعنى ، وللتصديق الالكتروني اهمية كبيرة في اعطاءه المصداقية لوجود جهة تسمى جهة التصديق الالكتروني تقوم هذه الجهة بالمصادقة على التواقيع ونسبتها الى الموقع مما يلقي بظلاله على الاطراف وتزداد ليهم الثقة والامان في الورقة التجارية ، ويعطي اهم اشعار بأن الورقية التجارية لم تتعرض الى التحريف مما يساعد في التغلب على الصعوبات التي تم ذكرها [261] .

والتصديق الالكتروني هو احد الشروط التي اعتمدها المشرع العراقي للاعتراف بالتوقيع الالكتروني ، وهذا ما بينته المادة (5) من قانون التوقيع الالكتروني النافذ والتي نصت " يحوز التوقيع الالكتروني الحجية في الاثبات اذا كان معتمدا من جهة التصديق وتوافرت فيه الشروط التالية ----" . وبذلك اذا لم تصادق جهة التصديق على التوقيع الالكتروني وتصدر شهادة بذلك فلا يمكن اعتماد التوقيع [262] .

وهذه الخطوة من المشرع جاءت منسجمة مع ما تضمنه قانون الاونسيترال النموذجي بشأن التوقيع الالكتروني وفي نص المادة (2 / ب) حيث عرفت الشهادة بأنها " تعني رسالة البيانات او سجل آخر يؤكد ان الارتباط بين الموقع وبيانات انشاء التوقيع " والفقرة (ه) من نفس المادة نصت على ان مقدم خدمات التصديق " يعني شخصاً يصدر الشهادات ويجوز ان يقدم خدمات اخرى ذات صلة بالتوقيعات الالكترونية " .

وبين المشرع الفرنسي في الفقرة الثانية من المادة (4/1316) والتي نصت " ومتى ما كان الكترونياً فأنه يتمثل في وسيلة تعريف مأمونة تؤكد ارتباط التوقيع بالتصرف المعني ، ، ويكون الامان الذي تمنحه هذه الوسيلة مفترضاً مالم يثبت العكس اذا تم انشاء التوقيع الالكتروني ،

---

(3) د. اسامة احمد المليجي ، استخدام مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة واثره على قواعد الاثبات المدني ، القاهرة ، 2000 ، ص 13 .

(4) ينظر نص المادة (8) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي النافذ .

(1) القاضي حسين محمد المهدي ، القوة الثبوتية للمعاملات الالكترونية ، مجلة البحوث القضائية ، العدد 7 ، سنة 2008 .

(2) د . قدري عبد الفتاح الشهاوي ، قانون التوقيع الالكتروني ولائحته التنفيذية والتجارة الالكترونية في التشريع المصري والعربي والاجنبي ، مصدر سابق ، ص23 .

وتحقق تحديد شخص الموقع ، وامكن ضمان سلامة التصرف ، ضمن الشروط المحددة بمرسوم من مجلس الدولة " [263] .

وتعد جهة التصديق الالكتروني الوسيلة التي من خلالها يتم التأكد من صلاحية وصحة السندات الالكترونية وتنسب التوقيع المثبت على السند الى الشخص الموقع ، وبذلك فهي تزرع الثقة والاطمئنان بين اطراف الاوراق التجارية للتعامل بها من خلال اصدار شهادة التصديق [264].

وتزداد ثقة الاطراف اذا ما عرفوا ان جهة التصديق لها مكان ثابت لتمارس فيه الاعمال المتعلقة الموكلة اليها بموجب القانون ، وهذ ما بينه المشرع العراقي في المادة (8/ سابعاً) من قانون التوقيع الالكتروني حيث نصت " تراعي الشركة عند منح ترخيص بمزاولة نشاط اصدار شهادة التصديق الشروط التالية ، ان يكون له موقع عمل ثابت ومعلوم لممارسة النشاط المتصل بالترخيص " .

واختلف الفقه والقوانين محل المقارنة في الاسم الذي يطلق على جهة التصديق فأطلق عليه المشرع العراقي اسم جهة التصديق في المادة (1/ رابع عشر) والتي نصت " جهة التصديق هي الشخص المعنوي المرخص له اصدار شهادات تصديق التوقيع الالكتروني وفق احكام هذا القانون " واطلق عليه البعض من الفقه تسمية (الكاتب العدل الالكتروني) [265] ، وتم تسميته من قبل البعض الاخر بسلطة الاشهار .

وهنا نجد ان عمل هذه الجهة واحد على الرغم من اختلاف التسمية ، ولكن شريطة ان تكون هذه الجهة مرخص لها لاستعمال وسائل فنية اكثر تطورا وبرامج معدة لكشف حالات التلاعب والتزوير التي يتطفل البعض للتلاعب بالأوراق التجارية، لذلك تطلب القانون ان تكون المعلومات التي تطلع عليها جهة التصديق سرية ولا يجوز افشاؤها [266].

ثانياً / التصرفات الخاطئة المتعمدة يرتكب البعض من الاشخاص قاصدين تحقيق غايات غير مشروعة ويسلكون عدة سبل للوصول الى غاياتهم ، وهذه الاخطاء ترتب عليهم مسؤوليات جزائية ومدنية ، والاخطاء المتعمدة مثلما تكون مادية تكون الكترونية وهي السلوكيات الغير مشروعة التي يسلكها البعض لتحقيق اما الضرر بأطراف الاوراق التجارية او للقرصنة وتحقيق

---

(3) نص الفقرة الثانية من المادة (4/1316) باللغة الفرنسية هو "Lorsqu' elle est e'le'ctronique ,elle consist en l'usage d'un proce'de' faible d' identification garantissont son lien aves l'acte aquel elle s'attach. Lafiabilite' de ce proce'de' est pre'sume'e , jusqu'a prevue contraire, lorsque lasignature e'le'ctronique est cre'e , l'identite' du signataire assure'e et l'integrite' de l'acte garantie , dans des conditions-fixe'es par de'cret en consiel d'Etat".

(1) د عايض راشد المري ، مدى صحة التكنلوجيا في اثبات العقود ، اطروحة دكتوراه ، القاهرة ، كلية الحقوق ، 1998 ، ص 100 .

(2) د عباس العبودي ، شرح احكام قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي ، ، مصدر سابق ، ص133 .

(3) انظر نص المادة (12 / ثانيا)من قانون التوقيع الالكتروني العراقي ونصت المادة (9/ثانياً) من نفس القانون " تعد شهادة التصديق ملغاة في احدى الحالات التالية ثانياً / اذا تبين ان المعلومات المتعلقة بأنشاء التوقيع الالكتروني خاطئة او مزورة او غير مطابقة للواقع او انه قد تم اختراق منظومة انشاء التوقيع الالكتروني او عند الاستعمال غير المشروع للشهادة " .

ارباح غير مشروعة ، والاخطاء العمدية التي تحصل على الاوراق التجارية الالكترونية هي التلاعب الذي يحصل على المحرر الالكتروني .

وباعتبار ان الاوراق التجارية مالا منقولا فتكون عرضة للتحايل والتزوير ، ولذلك عقدت الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات الصادرة من جامعة الدول العربية عام 2010 ، حيث نصت المادة (5) من الاتفاقية " تلتزم كل دولة طرف بتجريم الافعال المبينة في هذا الفصل ، وذلك وفقاً لتشريعاتها وأنظمتها الداخلية " [267] .

والسبل الكفيلة لمواجهة الاخطاء العمدية هي الاجراءات المتبعة في التوثيق الالكتروني ، فجهة التصديق الالكتروني هي التي تبين حقيقة هذا التصرف من زيفه ، وبما ان الاوراق التجارية الالكترونية هي احدى وسائل الدفع الالكتروني لذلك لابد من ايجاد طرق اخرى لحمايتها ، وهنا نجد ان جهة التصديق الالكتروني تقلل بنسبة كبيرة من العمليات المشبوهة ان صح التعبير .

واخذت بعض الدول الاوربية بما يسمى بنظام التشفير ، وهي الوسائل التي توفر الضمان والسرية للمستندات الالكترونية والتأكد من سلامتها وعدم حصول تزوير او تلاعب ، والتشفير وهو معادلة رياضية تستخدم لنقل البيانات والرسائل وتحوله الى اشارات ورموز لا يتمكن الغير من ان يطلع عليها واخذ بنظام التشفير قانون الاتصالات الفرنسي رقم 90 لسنة 1990 ، ومن التشريعات العربية لم يأخذ المشرع العراقي ولا المشرع المصري بنظام التشفير[268].

ومن الجدير بالذكر هنا في حالة اتفاق الاطراف على استخدام الأوراق التجارية الالكترونية كوسيلة للوفاء ، يعطي البنك للاطراف امكانية الوصول الى الاجهزة المتصلة بالحاسب الالي ، عن طريق اجهزتهم الخاصة وامتلاكهم الارقام السرية ، والتي يتمكن من خلالها الزبون من تبادل الرسائل ، سواء كانت بين التاجر والبنك او فيما بين الاطراف ، ودور المصرف هنا الرقابة على صحة البيانات وصحة الرقم السري ، ويتم تبادل المعلومات التي تتعلق بالوفاء بالأوراق التجارية بين الاطراف بصورة مباشرة وقد تتم بصورة غير مباشرة [269]

---

(1) صادق العراق على الاتفاقية بقانون رقم 131 لسنة 2013 .

(2) اخذ المشرع الامريكي بنظام التشفير في قانون المعاملات الالكترونية الموحد في المادة (1 / n) واطلق عليه اسم (اجراء الامان) .

(1) محمود محمد ابراهيم ابو فروة ، مسؤولية البنك عن عمليات التحويل الالكتروني ، اطروحة دكتوراه ، جامعة محمد الاول ، المغرب ، 2012 ، ص52 .

الفصل الثاني

القانون الواجب التطبيق على تنفيذ الاوراق التجارية الالكترونية

يعد الوفاء بالالتزام بصورة عامة – وبالأوراق التجارية بصورة خاصة - الصورة الطبيعية لانتهاء الرابطة بين الاطراف ، والمقصود بالوفاء بالأوراق التجارية هو استلام مقابل الوفاء المثبت في الورقة التجارية والمتمثل بالمبلغ النقدي ، والذي يعتبر حقاً للساحب على المسحوب عليه ، ولأهمية الوفاء باعتباره انهاء لحياة الورقة التجارية فقد اوجب القانون على الحامل ان يقوم بتقديم هذه الورقة في مواعيد معينة اسماها بمواعيد استحقاق الاوراق التجارية والتي يجب مراعاتها من قبل اطراف الاوراق التجارية .

والسؤال الذي يثار هنا ما هو القانون الذي يحكم الالتزامات التي تترتب على اطراف الاوراق التجارية كي يتم استيفاء قيمتها ؟ والمعروف ان عند حلول اجل الوفاء يقوم الحامل بتقديمها ليستوفي قيمتها ، وعند الوفاء يكون المسحوب عليه قد اوفى بالتزاماته منهياً بذلك حياة الورقة التجارية ، ولكن قد يرفض المسحوب عليه وفاء قيمة الورقة التجارية لأي سبب ، هنا سوف يثبت للحامل حق الرجوع على باقي الملتزمين بالورقة التجارية ، ولابد للحامل ان يسلك الطريق القانوني ليثبت حقه ، وهذا المسلك يسمى الرجوع الصرفي فلابد هنا وبعد رفض المسحوب عليه من وفاء قيمة الورقة التجارية من عمل احتجاج ، وهنا يثار تساؤل حول معرفة القانون الذي يحكم هذه التصرفات، وبصورة لاسيما اذا كانت هذه الاوراق الكترونية بصورتيها الورقية والممغنطة .

وللإجابة على هذه الاسئلة يستوجب تقسيم هذه الدراسة الى مبحثين ، نبحث في الاول القانون الواجب التطبيق على الوفاء بالأوراق التجارية ، وسنعقد المبحث الثاني لمعرفة القانون الواجب في حالة رفض المسحوب عليه الوفاء بقيمة الورقة التجارية ، وهل بالإمكان تطبيق هذا القانون على الأوراق التجارية الالكترونية .

المبحث الاول

القانون الواجب التطبيق على الوفاء بقيمة الورقة التجارية الالكترونية

للأوراق التجارية بصورة عامة ثلاثة اشكال منها ما هو تقليدي حيث يتم تحرير الورقة التجارية على النموذج الورقي الذي جرى التعامل فيه ، ومن ثم اطلاقها للتداول بين الاطراف بالمناولة اليدوية من شخص الى آخر ، وتبقى بالتداول والتنقل عبر الحدود الى حين موعد الاستحقاق حيث يتم تقديمها للمسحوب عليه لاستيفاء قيمتها وبذلك تنتهي حياتها .

اما النوع الثاني فهي التي يتم تحريرها بصورة ورقية كسابقتها ولكن يتم اطلاقها للتداول بصورة الكترونية ، حيث يتم انتقالها بواسطة ما يسمى الاجهزة الالكترونية والتي اتت نتيجة الحاجة الى السرعة في التعامل ، بعد ان عجزت الاوراق التقليدية من مواكبة التطورات المتسارعة في مجال التجارة الالكترونية والتي تسمى بعصر السرعة ، والتي تحتاج بدورها الى وسائل دفع الكترونية تتناغم معها وتحقق ما يصبوا اليه التجار من اتمام معاملاتهم بسهولة وسرعة .

والنوع الثالث من الاوراق التجارية هي الاوراق التجارية الالكترونية الممغنطة بصورة كلية، بمعنى ان يكون انشائها بصورة الكترونية وكذلك تداولها ، وهذا النوع من الاوراق يفتقد للوجود المادي ويتم العمل من تحرير الورقة واطلاقها الى التداول وتنفيذها في عالم افتراضي، ولما لأهمية الوفاء بصورة عامة وفي الاوراق التجارية بصورة لاسيما ، باعتباره الغاية التي يسعى اليها الحامل في ان يحصل على استحقاقه المتمثل بحصوله على مقابل الوفاء عند تقديمه الى المسحوب عليه ، واذا ما عرفنا ان الورقة التجارية باعتبارها تمثل اداة وفاء تتعلق بجميع الملتزمين بها ومن مقتضى مصالحهم ان يتم الوفاء بها ، ويسميه البعض بتنفيذ محل الالتزام [270] ، وهل اتفق الفقه على اعتماد قانون واحد يتم تطبيقه على الوفاء ، ام يتم تطبيق اكثر من قانون لتعدد الملتزمين بالورقة التجارية واختلاف اماكنهم ، ولأجل هذه الاختلافات رأينا ان نقسم هذا المبحث الى مطلبين ، سنتكلم في الاول عن التزامات الحامل والحقوق التي تترتب اليه والقانون الواجب التطبيق عليه ، ثم نتصدى في المطلب الثاني لنتكلم عن التزامات وحقوق المسحوب عليه والقانون الواجب التطبيق عليه وكالآتي .

المطلب الاول

القانون الذي يحكم تصرفات حامل الورقة المتعلقة بالوفاء

الزم القانون حامل الحوالة بمجموعة من الالتزامات ، واعطاه حقوق مقابل هذه الالتزامات ، فيتوجب على المستفيد ان يتقدم الى المسحوب عليه – المصرف – في مواعيد الاستحقاق ، وللاختلافات الفقهية والتشريعية في هذا المجال لذلك يحصل تنازع ما بين القوانين لحكم هذه المسألة ومقارنتها ببنود اتفاقية جنيف الموحدة ، واختلاف مواعيد الاستحقاق واثرها على موعد

(1) د سميحة القليوبي، الأوراق التجارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1987، ص 225

تقديم الورقة التجارية من قبل الحامل للمسحوب عليه ، وهل هنالك اختلاف في مواعيد الاستحقاق ؟ وكذلك ماهي المدة التي يجب ان تقدم فيها الورقة للوفاء ، فيما بين انواع الاوراق التجارية التي تم ذكرها ام ان هنالك اختلاف بين ورقة تجارية واخرى ، وما هو القانون الذي يحكم هذه التصرفات ؟

واذا ما تم بيان ذلك هل من الممكن تطبيق هذا القانون على مواعيد الاستحقاق ، وكذلك المدد المطلوبة لتقديم الاوراق التجارية الالكترونية ، وخصوصا بعد ان اجاز المشرع العراقي استعمال الاوراق التجارية الالكترونية كإحدى ادوات الوفاء التي تتناسب مع المعاملات الالكترونية لتسويتها الكترونياً ، واستبعاد كل ما هو تقليدي من اوراق ونقود ليكون البديل عبارة عن ومضات الكترونية تتم قراءتها ومعالجتها عن طريق الحاسب المربوط على الشبكة العنكبوتية [271].

وسنجيب على هذه التساؤلات من خلال تقسيم هذا المطلب الى فرعين ، نخصص الاول لبيان القانون الواجب التطبيق على مواعيد استحقاق الاوراق التجارية ، ليكون الفرع الثاني لبيان القانون الذي يحكم وقت تقديم الورقة التجارية ،وكالآتي :

الفرع الاول

القانون الذي يحكم مواعيد استحقاق الاوراق التجارية الالكترونية

تعد الاوراق التجارية الالكترونية احدى ادوات وسائل الدفع الإلكترونية والتي تعد وليدة الحاجة وليست من قبل المشرع ، فحاجة التجارة الالكترونية الى وسيلة دفع تتناغم مع السرعة التي تتطلبها التجارة الالكترونية ، وتعد الاخيرة من اكثر المجالات التي ازدهرت وتطورت في ظل شبكة الاتصال العالمية [272]، وكذلك تستخدم لتسوية الديون بين اطراف المعاملات التجارية ، لسهولة العمل بهذه الادوات ولعدم الحاجة الى تحمل عناء السفر والانتقال من دولة الى اخرى وزيادة اعباء المصاريف المترتبة عليها ، وبذلك فهي تعد اداة وفاء بدلا من النقود فضلاً عن التي الوظائف الاخرى التي تقوم بها [273].

وللحصول على قيمة الورقة التجارية يقع على عاتق الحامل الالتزام بتقديمها في موعدها المحدد – مواعيد الاستحقاق – وهذه الاخيرة بينها المشرع العراقي في نص المادة (40 / رابعاً) من قانون التجارة العراقي النافذ ، وذكر نفس القانون في المادة (41 / أولاً) ونصها " اذا خلت الورقة التجارية من احد البيانات الالزامية المذكورة في المادة (40) من هذا القانون فتعد ورقة ناقصة ولا يكون لها اثر كورقة تجارية إلا في الاحوال التالية أولاً عدم ذكر تاريخ

---

(1) د. ذكرى عبد الرزاق محمد ، النظام القانوني للبنوك الالكترونية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2010 ، ص 50 .

(1) د . مصطفى كمال طه ، والدكتور وائل انو بندق ، الأوراق التجارية ووسائل الدفع الالكترونية ، مصدر سابق ، 323

(2) تقوم الأوراق التجارية بوظائف متعددة ، فهي تعد اداة نقود وهذه الوظيفة اساس لنشأة الأوراق التجارية ، فحلت محل النقود في الوفاء ، فضلاً عن ذلك فهي تعد اداة وفاء وبكل انواعها التقليدية منها والالكترونية ، زد على ذلك الاتفاق الذي يحصل بين البائع والمشتري على ان يقوم المشتري بشراء بضاعة ويقوم بدفع قيمة البضاعة بعد مدة معينة من الشراء يتفق عليها مع البائع ، في هذه الحالة يقوم المشتري بتحرير ورقة تجارية لأمر البائع يتعهد بموجبها من دفع قيمة البضاعة في المدة المحددة ، وبذلك تكون الورقة التجارية هنا اصبحت اداة ائتمان ، وللمزيد انظر د. فوزي محمد سامي و د. فائق الشماع ، القانون التجاري - الأوراق التجارية – ، مصدر سابق ، ص 8 وما بعدها .

الاستحقاق ، وتعد في هذه الحالة مستحقة الاداء لدى الاطلاع عليها " ، وبذلك اعتبر القانون ان الورقة التجارية التي لا تتضمن تاريخ استحقاق تعد مستحقة الاداء عند تقديمها للوفاء.

وبالمقابل فقد نص المشرع العراقي في المواد من (84 – 88) مواعيد استحقاق الاوراق التجارية ، وحدد هذه الصور على سبيل الحصر ، حيث نصت المادة (84 / أولاً) " يجوز سحب ورقة تجارية مستحقة الوفاء أ- عند الاطلاع ب- بعد مضي مدة معينة من الاطلاع ج- بعد مضي مدة معينة تاريخ الانشاء د – في يوم معين " ، اما القانون الذي يحكم مواعيد الاستحقاق فلم يشر المشرع العراقي بصورة صريحة الى تعين قانون دولة ليحكم مواعيد الاستحقاق ، وعند الرجوع الى قانون التجارة العراقي النافذ نجد ان المادة (88/ اولاً) بينت ان مواعيد الاستحقاق تتعين وفقاً لمكان الوفاء ، وهذا يفهم من نص المادة " اذا كانت الحوالة مستحقة الوفاء في يوم معين وفي مكان يختلف فيه التقويم عن تقويم مكان انشائها اعتبر تاريخ الاستحقاق محدداً وفقاً لتقويم مكان الوفاء " ، اما الفقرة الثانية من نفس المادة والتي تبين في حالة سحب ورقة تجارية بين اماكن مختلفة بالتقويم وهي ايضا مستحقة الوفاء بعد مدة معينة من تاريخ الانشاء ، هنا يتطلب الرجوع الى اليوم الذي يقابل التقويم في مكان الوفاء، ويتضح من النص المتقدم ان القانون الواجب التطبيق في حالة اختلاف التاريخ بين بلد الانشاء وبلد الوفاء ، وكذلك في حالة اختلاف الورقة التجارية الالكترونية المستحقة الاداء بعد مدة معينة من تاريخ الانشاء ، فسوف يكون القانون الواجب التطبيق على الحالات المتقدمة هو قانون مكان الوفاء ، ويتراجع دور الارادة .

اما المشرع المصري فقد خلا من بيان القانون الواجب التطبيق ، ولكن يتضح من نص المادة (425) تجاري مصري في فقرتيها الاولى والثانية ، حيث بينت ان مكان الوفاء هو الذي يحكم تاريخ استحقاق الورقة التجارية ، وبتحديد هذا المكان سوف يكون القانون الواجب التطبيق محكوماً بالاختصاص المكاني [274] .

اما اتفاقية جنيف فقد عالجت مسألة اختلاف التقويم في تاريخ الاستحقاق المثبت على الورقة التجارية ما بين دولة الاصدار ومكان الوفاء في المادة (37) ، وان هذا الاختلاف يلقي بظلاله على ميعاد استحقاق الورقة التجارية بين الدول المختلفة حيث نصت " اذا كانت الورقة مستحقة الوفاء في يوم معين وفي بلد يختلف فيه التقويم عن تقويم بلد اصدارها ، تحدد تاريخ الاستحقاق طبقاً للأحكام المقررة في بلد الوفاء " ،وهنا بينت هذه الاتفاقية ان القانون الذي يحكم تاريخ الاستحقاق عندما تتداول الورقة التجارية بين دولتين يختلفان في التقويم فأن القانون الذي يتم تطبيقه هنا هو قانون دولة الوفاء [275].

وتختلف مواعيد الاستحقاق من ورقة الى اخرى ، فنجد مثلا ان اتفاقية جنيف لعام 1930 لم تبين لنا القانون الذي يحكم مواعيد الاستحقاق في الكمبيالة والسفتجة ، اما اتفاقية جنيف لاسيما بالصك لعام 1931 فقد نصت في المادة (7 / 12) " يحدد قانون البلد الذي يكون الشيك واجب الدفع فيه الامور التالية / اذا كان الشيك مستحقاً للوفاء لدى الاطلاع أو كان مستحقا بعد مدة معينة من الاطلاع وكذلك اثار الأخير في التاريخ " .

---

(1) انظر نص المادة (425/ 1 ،2) من قانون التجارة المصري والتي نصها " اذا كانت الكمبيالة مستحقة الوفاء في تاريخ معين وفي مكان يختلف فيه التقويم عن تقويم مكان اصدارها اعتبر تاريخ الاستحقاق محدداً وفقاً لتقويم مكان الوفاء "

(2) د وائل بندق ، الأوراق التجارية ، مصدر سابق ، 248

وبذلك تكون اتفاقية جنيف الخاصة بالشيك جعلت الاختصاص لقانون الدولة التي يكون فيها محل الوفاء في المسائل المتعلقة بالشيك ، وهذا ما سار عليه الفقه الفرنسي ، ومنها حق الحامل في الاعتراض على الشيك والغائه وفي الاجراءات التي يتطلبها القانون في حالة ضياع الشيك وكذلك مسألة عمل الاحتجاج والتسطير والوفاء الجزئي والقبول ومواعيد الاستحقاق سواء كانت بعد مدة معينة أوحين الاطلاع ، حيث اخضعت بنص صريح جميع المسائل التي تتعلق بالشيك ومنها مواعيد الاستحقاق الى قانون دولة الوفاء[276] .

ونظراً لاختلاف التشريعات في حكم مواعيد الاستحقاق وبالخصوص عندما تكون الورقة التجارية مستحقة الوفاء بعد مدة من انشائها أو الاطلاع عليها ، فقد سلم الفقه المصري والفرنسي ولضرورات عملية بأن يكون القانون الذي يحكم الورقة التجارية واحداً ، وذلك لأن محل الالتزام وهو مقابل الوفاء واحد لذلك استوجبت الضرورة ان يكون القانون واحد [277] .

أما المشرع الفرنسي فقد نص بصورة صريحة على ان يكون القانون الذي يحكم تاريخ الاستحقاق هو قانون محل وفاء الورقة التجارية وهذا ما جاء به في نص المادة (511 / 25) من قانون التجارة الفرنسي والتي نصت " في حالة كمبيالة سحبت من بلد على آخر ، فقررت ان تأريخ الاستحقاق يجب ان يتحدد وفقاً لمكان الدفع " وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد حدد بصورة واضحة خضوع مواعيد الاستحقاق لبلد الوفاء .

ومن ذلك يتضح ان قانون محل الوفاء هو الاولى بالتطبيق ، لسهولة التعرف على هذا القانون من جهة ، ومن جهة اخرى محل الوفاء يمثل موطن المسحوب عليه ، وهو ما أيده المشرع العراقي في قانون التجارة النافذ في المادة (88) .

أما مواعيد الاستحقاق بالنسبة للصك فيخضع لقانون محل الوفاء ، والقاعدة العامة في الشيك هي الاستحقاق ، بمعنى ان الشيك مستحق الوفاء عند الاطلاع[278] ، وذلك وحسب ما يراه البعض وننتصر له ، ان الجانب العملي يتطلب ان يكون القانون الذي يحكم الشيك هو قانون محل الوفاء لسهولة معرفته ، وبحسب هذا التوجه فأن ميعاد استحقاق الشيك وهو احد البيانات اللازم توفرها في الاوراق التجارية يتم التعرف من خلاله على الحلول التي يجب ان تتبع في حالة فيما اذا كان يوم الاستحقاق عطلة أولا ، واذا كانت كذلك متى تتم المطالبة هل هو في اليوم الذي يلي العطلة ، بمعنى آخر ان قانون محل الوفاء سيكون هو المرجع لحل كل هذه الاشكاليات [279] .

واذا ما طبقنا هذا الحال على الاوراق التجارية الالكترونية بإعتبار ان المشرع العراقي اجاز لنا ذلك في نص المادة (23/ ثانيا) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية والتي نصت على ان " تسري احكام الاوراق التجارية والمالية الورقية المنصوص عليها في القانون على الاوراق التجارية والمالية الالكترونية وبما ينسجم وأحكام هذا القانون " ، وهذا الجواز من المشرع ولحاجة التجارة الالكترونية لهذه الادوات لتحل محل النقود في الوفاء ، صار بالإمكان

---

(1) وهذا ما أيده الفقه الفرنسي حيث اوجب ان يتم اللجوء إلى قانون واحد يحكم جميع المسائل المتعلقة بالورقة التجارية (H,) Arminjon ,Pre'cis de Droit international prive' commercial , op . cit p. 347.

(2) د .عكاشة عبد العال ، تنازع القوانين في الأوراق التجارية ، مصدر سابق ، ص 309

(1) انظر نص المادة (155/ اولاً) من قانون التجارة النافذ والتي نصت " يكون الشيك مستحق الوفاء بمجرد الاطلاع عليه ، وكل بيان مخالف لذلك يعتبر كأن لم يكن " وتقابلها المادة (503) من قانون التجارة المصري

(2) د هشام خالد ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، 258

التعامل بها ، ولكن من خلال مصرف ، وفي حالة عدم وجود نص يطبق عليها يصار الى الرجوع الى قانون التجارة العراقي النافذ .

وقد تصدر الورقة التجارية بصورة مادية – تقليدية – ومن ثم تتداول بالتظهير وتنتقل من شخص الى آخر بالمناولة وتحصل عليها ضمانات ويجري القبول وجميع العمليات الصرفية وعند ميعاد الاستحقاق يتم تقديمها للبنك ليقوم بالمعالجة الكترونياً وتتم هذه العملية بين بنك الحامل وبنك الملتزم ، وهذا هو ما يسمى بالأوراق التجارية المعالجة جزئيا ليتم الوفاء بها بأجراء المقاصة بين البنوك بصورة الكترونية .

ومن الجانب الاخر قد يصار الى انشاء الورقة التجارية بطريقة الكترونية وتجري العمليات الصرفية عليها عن طريق شبكة الاتصالات العالمية ووجود محل الوفاء – البنك الالكتروني - الذي يمثل رصيد الساحب ايضا في الفضاء الالكتروني ، حيث يحل التعامل الالكتروني محل التعامل الورقي بصورة كلية ، وهذا النوع هو الاوراق التجارية الممغنطة بصورة كلية .

ونجد ان الاوراق التجارية بصورتيها الممغنطة كلياً وجزئياً ، تخضع لمواعيد الاستحقاق التي بينها المشرع العراقي في قانون التجارة النافذ ، وذلك لان الاوراق الممغنطة جزئيا ، فبالإمكان تثبيت مواعيد الاستحقاق عليها بصورة تقليدية والذي يحصل هو الوفاء بيوم الاستحقاق بصورة الكترونية ، اما الصورة الثانية وهي الاوراق الممغنطة بصورة كلية ، وبما ان التعامل بالأوراق التجارية يتم بصورة اختيارية ، وذلك يعني حصول اتفاق مسبق بين اطراف الورقة التجارية على ان يكون التعامل بصورة الكترونية ، وهذا الاتفاق جاء نتيجة الحاجة للتعامل بهذه الاوراق ، زد على ذلك ان لدى الاطراف حسابات في نفس البنك ، و وجود البنك وجهة التصديق هما عامل امان يضاف الى اتفاق الاطراف ، لذلك وان وجد فراغ تشريعي في قانون التوقيع الالكتروني يحكم المسائل المتعلقة بمواعيد الاستحقاق ، فتمت معالجته عن طريق الرجوع الى قانون التجارة النافذ وبإشارة صريحة في المادة (23 /ثانياً).

ونستطيع القول وفقاً لما تقدم ان القواعد التي تقرر اختصاص قانون بلد الوفاء هي قواعد موضوعية متعلقة بالتجارة الدولية ، وتأخذ طابع آمر لأنها تتعلق بالائتمان والوفاء ، كما انها تتعلق بالنظام العام ، لأنها تمس امن المعاملات لذا توصف هذه القواعد بأنها ذات تطبيق ضروري، وايضاً لأنها تحافظ على امن وسرعة تداول الاموال عبر الحدود .

الفرع الثاني

القانون الذي يحكم وقت تقديم الورقة التجارية الالكترونية للوفاء

يمثل ميعاد الاستحقاق وقت تقديم الورقة التجارية للمسحوب عليه لاستيفاء قيمتها ، ولابد من مراعاة هذا الوقت في التقديم ، ومثلما بينا في الفرع السابق ان وقت التقديم يختلف من ورقة الى اخرى حسب مواعيد الاستحقاق ، ويتميز الصك عن باقي الاوراق التجارية انه يكون دائما مستحق الوفاء لدى الاطلاع [280] ، وهذا ما نص عليه المشرع العراقي في المادة (155/ اولا) من قانون التجارة النافذ حيث نصت " يكون الشيك مستحق الوفاء بمجرد الاطلاع عليه ، وكل بيان مخالف لذلك يعتبر كأن لم يكن " وبذلك حسم المشرع العراقي وقت وفاء الشيك عند تقديمه للمسحوب عليه . ومن شروط الشيك هو وجود الرصيد وقت الانشاء ، ولكن قانون العقوبات

(1) د ناهد فتحي الحموري ، الأوراق التجارية الالكترونية ، مصدر سابق ، ص217

العراقي النافذ بين في المادة (1/459) فتطلب ان يكون الرصيد وقت الاصدار ، وهذا الاخير يعني الوقت الذي فيه الساحب الشيك بالتداول[281] .

وبنفس الاتجاه سار المشرع المصري في قانون التجاري المصري في المادة (503 / 1) وجاء النص مطابقا لنص المادة (155) من قانون التجارة العراقي ، وبذلك يكون الوقت هو لحظة تقديم الشيك من قبل الحامل ، وبين المشرع في الفقرة الثانية من نفس المادة الحالة التي يتم فيها تقديم الشيك لإستيفاء قيمته قبل تاريخ اصداره ، فهنا الزم القانون البنك بوفاء قيمته في وقت التقديم [282] ، واشارت الفقرة الثانية من المادة ((503) من قانون التجارة المصري الى المعنى نفسه .

ووضع المشرع مواعيد يتوجب على الحامل مراعاتها والحكمة من ذلك هي ابراء ذمة الملتزمين حتى لا تبقى ذمتهم مشغولة هذا من جانب ، ومن جانب آخر منظوراً اليها من جهة المسحوب عليه حتى لا تتراكم الشيكات في وقت واحد وعند التقديم قد لا يجد المبالغ الكافية لتسديدها مرة واحدة ، وهي الاوقات التي بينها المشرع في قانون التجارة العراقي في المواد (156 ، 157) ، حيث بين في الفقرة الاولى من المادة (156) على وجوب تقديم الشيك خلال عشرة ايام من تاريخ تحريره هذا في حالة كان الشيك مسحوبا في العراق وواجب الوفاء فيه ، وهنا يكون القانون الواجب هو القانون العراقي ولا وجود لتنازع القوانين .

أما الحالة التي يتوقع فيها سحب شيك خارج العراق ، فأن وقت تقديمه يكون خـلال الـ (60) يوماً التالية لتاريخ تحريريه، هذا في حالة كون المسحوب عليه - المصرف - في العراق ، وبهذه الحالة سوف يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون موطن المسحوب عليه.

ولم نجد في اتفاقية جنيف لسنة 1930 ولا سنة 1931 ما يشير الى القانون الواجب التطبيق على لحظة تقديم الشيك ، وبذلك اخذ اغلب الفقه بتطبيق ما نصت عليه المادة (8) من الاتفاقية لاسيما بتسوية بعض حالات القانون الواجب التطبيق المتعلقة بالصك والتي نصت " يخضع شكل الاحتجاج ومهل اجرائه وكذلك شكل الاجراءات الاخرى اللازمة لاستعمال أو لحفظ الحقوق المتـعلقة بالشيك لقـــانون الدولة التـــي يجب تنظيم الاحتجاج أو إتمام الاجراء في اقليمها " [283] .

---

(1) انظر نص المادة (459/ 1)من قانون العقوبات العراقي النافذ حيث نصت على ان " 1- يعاقب بالحبس وبغرامة لاتزيد عن ثلاثمائة دينار او بأحدى هاتين العقوبتين من اعطى بسوء نية صكاً (شيك) وهو يعلم ان ليس له مقابل وفاء كاف وقابل للتصرف فيه أو استرد بعد اعطائه إياه كل المقابل أو بعضه بحيث لايفي الباقي بقيمته أو أمر المسحوب عليه بعدم الدفع أو كان قد تعمد تحريره او توقيعه بصورة تمنع من صرفه "

(2) انظر نص المادة (155/ ثانيا) من قانون التجارة العراقي والتي نصت " اذا قدم الشيك للوفاء قبل اليوم المبين فيه كتاريخ لإصداره وجب وفاءه في يوم تقديمه " وجاء نص المادة (2/503) من قانون التجارة المصري بنفس المعنى .

(1) ونص المادة باللغة الفرنسية ART 8 " La forme et les de'lais du prote't , ainsi que la forme des autres ne'cessaires a' l' exercice ou 'a la conservation des droits en matie're de che'ques , sont re'gle's par la loi du pays sur le territoire duquel doit e'tre dresse' le "protet ou passe' l'acte en question " .

وهنا يرى الفقه ان المادة المشار اليها اعلاه يكتنفها الغموض ، وبما ان وقت تقديم الشيك يندرج مع " الاعمال الضرورية لحفظ الحقوق " ، فسوف يكون القانون الذي يحكمه هو قانون محل تقديم الشيك ، وهو بالتالي سوف يخضع لقانون محل الوفاء[284] .

وبالرجوع الى قانون التجارة المصري ، نجد ان المادة (504) بكلتا فقرتيها اوجبت تقديم الشيك للوفاء خلال فترة الستة اشهر التالية لميعاد تحريره اذا كان بلد الانشاء مصر ، وفترة ثمانية اشهر اذا تم تحريره خارج مصر[285] .

أما القانون الواجب التطبيق على وقت تقديم بقية الاوراق - السفتجة والكمبيالة – فلم يشير القانون الى تعين القانون الذي يحكم مسألة وقت تقديم الورقة للوفاء ، ولكن بين في قانون التجارة النافذ على وجوب مراعاة مواعيد الاستحقاق التي اشارت اليها المادة (84) ، حيث وكما بينها ان صور مواعيد الاستحقاق في الاوراق التجارية متعددة ، فالحوالة المستحقة الوفاء لدى الاطلاع يجب ان يتم تقديمها خلال سنة من تاريخ تحريرها ، اما الورقة المستحقة الوفاء بعد مضي مدة من الاطلاع ، فأن ميعاد استحقاقها يبدأ من تاريخ قبولها ، وهنا يكون الواجب التطبيق على الاوراق هو قانون محل الوفاء باعتباره هو المكان الذي يلجأ اليه الحامل لاستيفاء قيمة الورقة التجارية

وبتطبيق هذه الحالات على الاوراق التجارية الإلكترونية ، وبما ان المشرع العراقي في قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية النافذ اعتبر الاوراق التجارية الالكترونية عبارة عن سندات الكترونية ، وبالمقابل اعطى لهذه المستندات الإلكترونية ذات الحجية المعطاة لمثيلاتها الورقية في المادة (13) من هذا القانون ، ومن قراءة نص المادة (20 / اولاً) حيث اعتبر ان المستند مرسل من لحظة ان دخوله النظام الالكتروني، بحيث لا تكون اي سيطرة للشخص الذي حرر الورقة واطلقها للتداول [286].

اما الفقرة الثانية من نفس المادة اوضحت انه في حالة وجود اتفاق بين الاطراف على اتباع نظام الكتروني معين ، فهنا يكون الوقت هو عند دخول هذه الاوراق التجارية الى النظام الذي تم الاتفاق عليه ، اما في حالة عدم الاتفاق على نظام معين فتعد هذه الاوراق مستلمة في حالة دخوله لأي نظام تابع الى المستفيد وتحت سيطرته .

وهنا يتضح ان قانون محل وجود مقابل الوفاء الذي يمثل الدين النقدي للساحب على المسحوب هو الذي يحكم المسائل المتعلقة بأغلب العمليات المصرفية التي تجري على الاوراق التجارية ، ومحل وجود هذا المقابل هو المصرف كما هو متفق عليه .

وبين قانون الاونسيترال النموذجي الخاص بالتجارة الالكترونية لسنة 1996 وفي نص المادة (15 /2) حيث بينت شروط وقت استلام البيانات وهو وقت دخول الرسالة الى نظام المعلومات الذي تم الاتفاق عليه بين الاطراف ، أو الوقت الذي يستطيع المستفيد ان يسترجع

---

(2) د . هشام صادق ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، 840 ، و د . رزق الله انطاكي ، مصدر سابق ، ص489 .

(3) نصت المادة (504) من قانون التجارة المصري " 1- الشيك المسحوب في مصر والمستحق الوفاء فيها يجب تقديمه للوفاء خلال ستة اشهر 2- والشيك المسحوب في اي بلد آخر خارج مصر والمستحق الوفاء فيها يجب تقديمه للوفاء خلال ستة اشهر " .

(1) انظر نص المادة (20 / اولا) من قانون التوقيع الالكتروني النافذ والتي نصها " تعد المستندات الالكترونية مرسلة من وقت دخولها نظام معالجة معلومات لا يخضع لسيطرة الموقع أو الشخص الذي ارسلها نيابة عنه مالم يتفق الموقع والمرسل اليه على غير ذلك " .

البيانات من نظام تابع اليه ولكن ليس هو الذي تم الاتفاق عليه بين الاطراف ، فبالتالي سوف يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون البنك الذي يوجد لديه مقابل الوفاء ، حيث تمثل لحظة دخول الرسالة الى نظام معلومات الخاص بالمستفيد هي لحظة التقديم .

ويطرح البعض من الفقه نقاشاً حول فقدان أو تلف أو سرقة الورقة التجارية وما هو القانون الواجب التطبيق في هذه الحالات ، ولا يعتبر الحديث عن هذه الحالات نظريا ، وانما اثبت الواقع العملي ان هنالك حالات يتم فيها اتلاف المستند الالكتروني أو عطل في جهاز الحاسوب المستخدم ، أو دخول ما يسمى بالفايروس الالكتروني ، وتثور بصدده اشكاليات جديرة بالاهتمام فالساحب يقوم بالإجراءات الملقاة على عاتقه ، ولكن الورقة قد لا تصل إلى الإيميل الخاص بالمستفيد لأسباب تكون على الاغلب تقنية ومنها انقطاع شبكة الانترنت ، والضعف الحاصل في حزمة الاتصالات وكذلك ربما يكون في بعض الحالات ما أسميناه بالأمية الالكترونية ، فيثار تساؤل حول مصير هذه الاوراق التجارية الالكترونية ، لاسيما ان الساحب قد اطلقها للتداول ، وما هو القانون الذي يحكم هذه الحالات .

للجواب على هذه التساؤلات نقول من خلال قراءة نص المادة (20/ اولاً ") من قانون التوقيع الالكتروني النافذ ، حيث عد المستندات الالكترونية المتضمنة ارسال البيانات المتعلقة بالأوراق التجارية الالكترونية التي يتم انشاءها وارسالها ، قد ارسلت من وقت دخولها نظام معالجة غير خاضع لسيطرة المرسل ، وهنا ستبقى في الفضاء معلقة بانتظار دخولها الى الموقع الالكتروني الخاص بالمرسل اليه ، فإذا كان هنالك اتفاق بين الاطراف على اتباع نظام معين فتعد مستلمة من لحظة دخولها الى هذا النظام ، اما في حالة غياب الاتفاق فتعد لحظة استلامها هو وقت دخولها النظام الخاضع لإدارة المستفيد .

ونرى في ذلك تحقيق للعدالة حيث عندما تصاب الشبكة العنكبوتية بالشلل لأي سبب من الاسباب التقنية التي تم ذكرها وهذه تشبه حالة ضياع الورقة التجارية التي اشار اليها المشرع العراقي في قانو التجارة بالمادة (94/ثانياً) ، فلا يترتب بذمة المسحوب عليه اي التزام لان الورقة لازالت في الفضاء الالكتروني [287].

اما الشطر الثاني من السؤال والمتمثل بمعرفة القانون الذي يحكم الحالات المشار ايها اعلاه ، نقول بما ان التعامل بالأوراق التجارية الالكترونية يتم بإرادة الاطراف على اختيار وسيلة للوفاء عن طريق اختيار وسيلة الوفاء ، وبما ان هذا التعامل لابد ان يتم من خلال البنوك الالكترونية ، حيث ان الواقع العملي غير مهيأ لان يكون التعامل بهذه الاوراق بين الاطراف بعيداً عن البنوك ، فسوف يكون القانون الواجب التطبيق على هذه الاشكاليات هو قانون البلد الذي يوجد فيه بنك المسحوب عليه وهو قانون محل وجود مقابل الوفاء .

وأخيراً علينا القول ان لامجال لأعمال قانون الارادة في مواعيد الاستحقاق ، لأنها من المسائل المتعلقة بالنظام العام ويكون الحكم فيها حصراً لقانون بلد الوفاء .

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على حقوق المسحوب عليه والتزاماته

تنقضي الالتزامات بصورة عامة بعدة صور ، منها المقاصة والتجديد واتحاد الذمة ومنها بدون وفاء ومنها بالوفاء ، والمعروف ان اطراف العلاقة في الورقة التجارية بصورة عامة –

(1) انظر نص المادة (94 /ثانياً) والتي نصت " يقصد بالضياع فقدان حيازة الحوالة بسبب غير ارادي "

والالكترونية بصورة لاسيما - هم ثلاثة ، وبينا سابقا ان الوفاء عن طريق الاوراق التجارية يتم بأراده الاطراف ، اي ان الالتزام ينقضي اذا ما اتفق الاطراف على ان يكون الوفاء عن طريق الاوراق التجارية وتم الوفاء حسب المواعد المبينة في تلك الاورق ، بمعنى ان انقضاء الالتزام يخضع لقانون الارادة ، وهذا وحسب ما يراه البعض ربما يؤدي الى تعدد القوانين التي تحكم الحالة .

وتعدد القوانين يؤدي في كثير من الحالات الى تنازع القوانين على حكم مقابل وفاء واحد ، والمسحوب عليه هنا يقع عليه التزام وهو الوفاء بقيمة الورقة التجارية اذا ما تم تقديمها في مواعيد استحقاقها والتي يجب مراعاتها لأنها وجدت في الاصل لمصلحة الاطراف ، والسؤال هنا ما هو القانون الواجب التطبيق على التزام المسحوب عليه بوفاء قيمة الورقة التجارية ، وهل من الممكن ان يتم الوفاء بقيمة الورقة بعملة اخرى غير التي تم ذكرها في متن الورقة .

وللإجابة على هذه الاسئلة يتطلب ان نقسم هذا المطلب الى فرعين سنخصص الاول لبيان القانون الواجب التطبيق على التزامات المسحوب عليه ، وسنعقد الفرع الثاني لمعرفة القانون الواجب التطبيق على العملة التي يجب الوفاء بها ، وهل يجوز الوفاء بعملة مغايرة للعملة المثبتة على الورقة التجارية، وكالاتي :

الفرع الاول

القانون الواجب التطبيق على الوفاء بالأوراق التجارية

يلتزم المدين بوفاء قيمة الورقة التجارية بحلول مواعيد الاستحقاق ، ولا يحق للدائن مطالبة المدين بالوفاء قبل حلول ميعاده ، وهذا ما بينه المشرع العراقي في المادة (394) من قانون المدني النافذ ، وكذلك قانون التجارة العراقي النافذ في المادة (91 /1 و2) ، حيث نصت الفقرة الاولى " لا يجبر حامل الحوالة على قبض قيمتها قبل الاستحقاق " أما الفقرة الثانية بينت مسؤولية المسحوب عليه عند وفاءه ورقة تجارية قبل مواعيد الاستحقاق التي نص عليها القانون ونصت على ذلك بالقول " إذا اوفى المسحوب عليه قبل الاستحقاق فيتحمل تبعة ذلك " ، وبذلك يتبين ان للوفاء صوراً متعددة لذلك سوف نبين القانون الواجب التطبيق على كل صورة من هذه الصور وكالاتي :

اولاً- الوفاء المبرئ : بيّن المشرع العراقي الحالة التي يتم فيها وفاء قيمة الورقة التجارية ، ويعتبر المسحوب عليه قد اوفى بالتزاماته وتبرأ ذمته عندما يتم الوفاء الى الدائن ، ولابد للمدين من التأكد من ان الشخص هو نفسه الحامل الشرعي ، اذ عليه ان يتأكد من سلسلة التظهيرات ، ولم يشترط المشرع العراقي في قانون التجارة النافذ من ان يقوم المسحوب عليه من التأكد هل ان التوقيع يعود للمظهر ام لا ، وانما اشترط المشرع في المادة (91 / ثالثاً) على المسحوب عليه ان يستوثق من سلسلة التظهيرات حيث نصت " من اوفى في ميعاد الاستحقاق دون معارضة صحيحة برئت ذمته إلا اذا وقع منه غش أو خطأ جسيم ، وعليه ان يستوثق من انتظام تسلسل التظهيرات ولكنه غير ملزم بالتحقق من صحة توقيعات المظهرين " ، وتقابلها المادة (3/428) من القانون التجاري المصري ، والتي تتطابق مع نص المشرع العراقي .

وهذا يؤدي بنا الى القول ان الدول التي اخذت باتفاقية جنيف ضمن تشريعاتها المحلية ، واعتبرت ان الوفاء صحيح ومبرء للذمة تم في المواعيد المحددة ولم يصدر غش من قبل المسحوب عليه ، اما الدول التي لم تدخل اتفاقية جنيف بتشريعاتها فتطلبت ان يم التحقق من تواقيع المظهرين ونسبتها اليهم ، وهنا الزم القانون المسحوب ان يدقق ويتأكد من عائدية التوقيع ، وبين هذه الاتجاهات من المتوقع حصول تنازع بين القوانين التي اخذت بقانون جنيف وادخلتها في قوانينها وبين التي لم تأخذ بها .

فالبعض من التشريعات جعلت من التزام المسحوب عليه هو التحقق فقط من سلسلة التظهيرات دون ان يبحث عن صحة التظهير، وهو ما أخذ به المشرع العراقي والمشرع المصري ، فسوف يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون محل وفاء الورقة التجارية ، وهو القانون المختص الذي بموجبه يتم معرفة هل ان من واجبات المسحوب عليه ان يتحقق من عائدية التظهير ونسبته الى الموقع ، ام يكون من واجبات المسحوب عليه التحقق فقط من تسلسل التظهيرات [288]، وهذا ما نصت عليه المادة (1/4) من اتفاقية جنيف لاسيما بتنازع القوانين في الكمبيالة والسند لأمر والتي نصها " تخضع آثار التزامات قابل الكمبيالة ومحرر السند للأمر لقانون المكان الذي تكون فيه هذه السندات مستحقة الوفاء " [289] .

فلو ان ورقة تجارية كانت مستحقة الوفاء في العراق ، والتي تعد من الدول الى اخذت ببنود الاتفاقية لاسيما بتنازع القوانين في الكمبيالة ، وهذا واضح من المادة (91 /ثالثا) من قانون التجارة العراقي ، والحامل من دولة لم تأخذ بقوانينها بنود اتفاقية جنيف ، هنا سوف يكون من حق المسحوب عليه في العراق ان يحتج بموجب المادة المشار اليها اعلاه ، والتي تلزم البنك من التحقق من تسلسل التظهيرات ويعتبر وفاءه صحيحاً ومبرئاً ، اذا ما تم الوفاء لشخص وصلت اليه الورقة عن طريق الغش أو التزوير ، وذلك لان الالتزام الذي يقع على عاتق البنك فقط هو التأكد من تسلسل التظهيرات ، وليس من شأنه البحث عن اهلية الحامل .

وهنالك حالة واحدة فقط استوجب فيها المشرع العراقي وهي المادة (91 / ثانياً) ان يقوم المسحوب عليه بالتدقيق وفحص كل التواقيع ومن ثم التأكد من عائدتيها للموقعين وإلا تحمل مسؤولية الوفاء اذا ما ظهر ان هنالك تزوير أو غش من قبل الحامل ،وهذه الحالة هي وفاء قيمة الورقة التجارية قبل موعد استحقاقها ، فهنا سوف يتحمل المسحوب عليه ويقوم مرة ثانية بالوفاء اذا قدمت الورقة التجارية اليه في يوم الاستحقاق ، حيث لتبرأ ذمته وانما يبقى مديناً ، وفي هذه الحالة سوف يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة الوفاء التي يوجد فيها رصيد الدائن[290] .

---

(1) د عكاشة عبد العال ، تنازع القوانين في الأوراق التجارية ، مصدر سابق ، 221

(2) ونص المادة (1/4) من اتفاقية جنيف لاسيما بتنازع القوانين في الكمبيالة والسند للأمر باللغة الفرنسية هو ART 4.-" Les effets des obligations de I' accepteur d' une letter de change et du souscripteur d'un billet a' ordere sont de'termine's par la loi du ou' ces titers sont payables . "

(1) نصت المادة (91 / ثانيا) من قانون التجارة العراقي النافذ " اذا اوفى المسحوب عليه قبل الاستحقاق فيتحمل تبعة ذلك " وتقابلها المادة (428/ 2) من قانون التجارة المصري والتي جاءت مطابقة لنـــص المادة (91 / ثانياً) من القانون التجاري العراقي النافذ .

اما القانون الواجب التطبيق في الحالة المتعلقة بالأوراق التجارية الالكترونية وهل يعتبر الوفاء مبرء ام على المسحوب عليه ان يتحقق من عائدية التظهريات، هنا أجابت المادة (22) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي النافذ ، عند انشاء الورقة التجارية ابتداءً تطلب لإنشائها ان يكون النظام الذي يكون من خلاله تحرير الورقة وتداولها بالتظهير وانتقالها من شخص الى اخر وصولا الى وفائها في موعد الاستحقاق ، ضمن نظام معد سلفاً يستطيع التحقق من عائدية التواقيع للأطراف .

وهنا نجد أن التعاملات الالكترونية وبالخصوص الاوراق التجارية الالكترونية ، عندما تطلب القانون ان يكون لها نفس البيانات التي لمثيلاتها التقليدية ، واعطاها نفس الحجية ، نجد ان الانظمة الالكترونية والتعامل بها ادق من نظيرتها التقليدية بإكتشاف حالات التلاعب والتزوير من الانظمة التقليدية والفحص من خلال موظف ، لان البرنامج يتطلب ادخال بيانات ومن ثم نماذج للتوقيع للساحب والمظهرين اللاحقين وصولا للحامل الاخير ، الذي بدوره يقدمها للوفاء هنا سوف يتدخل المسحوب عليه من خلال جهة التصديق التي تفحص التوقيع واما ان تنسبه الى الحامل الذي قدم الحوالة وبالتالي تعطي ايعاز للمسحوب عليه بأطلاق الوفاء وتبرء ذمة المسحوب عليه ، وأما ترفض التوقيع وبالتالي ليس للمسحوب عليه الوفاء بقيمة الورقة التجارية ، وهذا النظام اذا ما تمت مقارنته مع الانظمة التقليدية يعتبر اكثر امانا وتطورا ، وهنا سوف يكون القانون الذي يحكم هذه التصرفات هو قانون محل الوفاء لأنه يكون دائما عبارة عن مصرف ، ويقوم هذه الاخير بمعالجة البيانات بطريقة الكترونية للتحقق من التوقيع الالكتروني ، ويكون من خلال برنامج الكتروني معد لذلك ويتضمن تواقيع الساحب والمظهرين ، ففي هذه الحالة يكون هو اولى بالتطبيق لأنه يحقق العدالة .

ثانياً- الوفاء الجزئي : ويعني ان يستلم الدائن جزء من الدين الذي له على المدين ، وهنا نصت المادة (392) من القانون المدني العراقي على ان يكون الدائن بالخيار في موضوع الوفاء الجزئي ، ولا يجبر على استلام جزء من الدين حيث نصت " اذا كان الدين حالاً فليس للمدين ان يجبر دائنه على قبول بعضه دون البعض الاخر ولو كان قابلاً للتبعيض " ، وهذه تعد قاعدة عامة ، وتعني ان التزام المدين يتمثل بوفاء بذات ما التزم به وليس له اجبار مدينه على الوفاء الجزئي . وتقابلها المادة (1/ 243) من القانون المدني المصري [291] .

وبين المشرع الفرنسي المادة (1244) من القانون المدني والتي اتت بنفس المعنى " لا يمكن للمدين اجبار الدائن على قبول الايفاء مجزأً حتى لو كان الدين قابلاً للتجزئة "

ومن خلال النصوص المذكورة أعلاه يتضح لنا بأن المشرع قد حافظ على حق الدائن وألزم المدين بالوفاء بمواعيد الاستحقاق ، واذا ما حل أجل الدين، لا يستطيع المدين إلزام الدائن أن يقبل جزءاً من الدين ، حتى لو كان هذا الدين يقبل التجزئة بطبيعته مثل النقود .

أما موقف المشرع العراقي في قانون التجارة ، فقد جاء بنصوص مغايرة لما جاء به القانون المدني ، حيث بينت المادة (90/ ثانياً) تجاري عراقي بعدم أحقية الحامل من ان يقبل بالوفاء الجزئي [292]، والحكمة من هذه التجزئة هي لمصلة الطرفين ، حيث كما هو معروف ان

---

(1) انظر نص المادة (1/ 243) من القانون المدني المصري والتي نصت " لا يجوز للمدين ان يجبر الدائن على ان يقبل وفاءاً جزئياً لحقه "

(2) انظر نص المادة (90 / ثانيا) من قانون التجارة العراقي حيث نصت " لا يجوز للحامل الامتناع عن قبول الوفاء الجزئي " ، وتقابلها المادة (2/ 427) من قانون التجارة المصري

الموقعين على الورقة التجارية ضامنين للوفاء بقيمة الورقة التجارية ، وان ذمتهم تبقى مشغولة إلى ان يتم الوفاء بقيمة الورقة ، وعند ميعاد الاستحقاق ، اذا ما عرض المدين على الحامل الوفاء الجزئي ، فأن ذمة الموقعين تبرأ بالقدر المعروض ، وبهذا سوف يخفف على الموقعين التزامهم ، والى هذا المعنى اشارت المادة (90 / رابعاً) من القانون نفسه، حيث ان براءة الموقعين على الورقة تتمثل بقيام المسحوب عليه بالوفاء ، فإذا اوفى بكل المبلغ الثابت بالورقة التجارية برئت ذمة الموقعين جميعهم ، اما اذا اوفى بصورة جزئية برئت ذمة الموقعين بالقدر الذي تم دفعه من قيمتها الاصلية [293] .

اما القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة فيخضع لأحكام بلد الوفاء على اعتبار ان المشرع هو الذي منع الحامل من الموافقة على الوفاء الجزئي ، وبمعنى آخر سوف يخضع المتعاملون الى قانون الدولة التي يتم الوفاء بها ، لأنها تتعلق بالنظام العام ، وهنا سوف يتعطل دور الارادة مرة أخرى .

واشار المشرع المصري في قانون التجارة الى ذات المعنى حيث بينت المادة (427 / 4) ، بالقول في حالة دفع جزء من قيمة الحوالة – الوفاء الجزئي - فأن الملتزمين بالورقة التجارية من مظهرين وكذلك الساحب تبرأ ذمتهم بالقدر الذي تم دفعه ، واعطى الحق للحامل بعمل احتجاج على الجزء المتبقي من مبلغ الورقة التجارية ، وذلك للتخفيف عن كاهل الملتزمين من جهة يعتبر الوفاء الجزئي افضل بكثير من الرفض لأنه ييسر للمستفيد الاستفادة من هذا المال في باقي اعماله من جهة اخرى [294].

ويرى البعض من الفقه الفرنسي ان الوفاء الجزئي يتعلق بجميع الاطراف الملتزمين بالورقة التجارية ، ومن مصلحتهم ان يتخلصوا ولو بجزء من الدين للتخفيف من التزاماتهم هذا من جانب ، ومن جانب آخر فأن وجود المال لدى الدائن يتيح له ما يسمى بدوران المال ، حيث يتمكن الدائن من الحصول بصورة مستمرة على المبالغ التي تتيح له ادارة امواله ولو جزئياً . اما المشرع الفرنسي [295] فقد ذهب الى نفس المعنى في المادة (511 / 27) من قانون التجارة الفرنسي لسنة (2000)[296].

---

(3) انظر نص المادة (90 / رابعاً) من قانون التجارة العراقي حيث نصت " تبرأ ذمة الساحب والمظهرين وغيرهم من الملتزمين في الحوالة بقدر ما يدفع من اصل قيمتها . وعلى الحامل ان يعمل الاحتجاج عن القدر غير المدفوع " ، وتقابلها المادة (427 / 4) من قانون التجارة المصري

(1) د . كمال محمد ابو سريع ، الأوراق التجارية في القانون التجاري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1983

(2) انظر عكس ذلك المادة (73) من اتفاقية الامم المتحد لسنة 1988

(3) نص المادة (27/511) من قانون التجارة الفرنسي عند دفع الكمبيالة يجوز للمسحوب عليه ان يطلب تسليمها مظهرة بعلم من الاستلام من قبل حاملها ، ولا يجوز لحاملها رفض الدفع الجزئي . وفي حالة الدفع الجزئي يجوز للمسحوب عليه ان يطالب بتأكيد الاستلام الجزئي على الفاتورة ، وان يتم اقرار بأستلامها ، من قبل الساحب ، ويجب على حامل الكمبيالة ان يعمل احتجاج عن الرصيد المستحق ، والنص باللغة الفرنسية هو L. 511 -27 " Le tire' peut exger , en payant la letter de change , qu'elle lui soit remise acquitte'e par le porteur. Le porteur ne peut refuser un paiement partiel En cas de paiement partiel , le tire' peut exiger que mention de ce paiement soit faite sur la lettere et que quittance lui en soit donne'e. Les paiements faits a' compte sur le montant d'une letter de change sont a' la de'charge des tireur et endosseur. Le porteur est tenu de faire portester la letter de change pour le surplus.".

وهنا لابد من معرفة المسؤولية التي تقع على عاتق المستفيد في حالة رفضه الوفاء الجزئي ، حيث تنشأ مسؤوليته عن عدم قبول الوفاء الجزئي ، لأن في الاخير تتحقق مصالح جميع الملتزمين بالورقة وتبرأ ذممهم بالقدر الذي تم وفائه ، ففي حالة رفضه الوفاء الجزئي يكون قد فوت فرصة على بقية الملتزمين تتمثل بالتخفيف من التزامهم ، فمن الممكن ان يتعرض المسحوب عليه الى حالة الافلاس ، وهنا سوف يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون محل الوفاء .

اما القانون الذي يحكم الوفاء الجزئي فقد انقسم الفقه بشأن القانون الواجب التطبيق الى اتجاهين ، ذهب الاتجاه الاول الى القول بتطبيق قانون الارادة حسب التدرج فإذا لم تكن هنالك ارادة فيصار الى تطبيق قانون الموطن المشترك لأطراف الورقة التجارية ، ومن ثم القانون الذي تم تحرير الورقة التجارية فيه ، بمعنى آخر اعتمد هذا الفقه مبدأ تعدد القوانين ، وهذا مالا نؤيده لأسباب تم بيانها سابقا لأنها سوف تؤدي الى عزوف الاشخاص عن التعامل بهذه الاوراق، لأنها تتطلب من الاطراف المعرفة بكل القوانين التي يحصل فيها التزام جديد من قبل مظهر جديد اثناء تداول الورقة التجارية[297] .

ويذهب الباحث مؤيدا للرأي الثاني ، وهو تطبيق قانون محل التنفيذ ، لان هذا الاتجاه جاء منسجماً مع الجانب العملي لصعوبة معرفة اطراف الورقة التجارية لجميع نصوص قوانين الدول ، وبذلك فأن القانون الواجب التطبيق على صلاحية الحامل بقبول الوفاء الجزئي ، وهل له رفضه ، ام يجبر على القبول ، يكون هو قانون محل وفاء الورقة التجارية [298] .

ويثار التساؤل هنا هل بالإمكان تطبيق ما يجري من عملية الوفاء الجزئي التي تمت في الاوراق التجارية التقليدية على الاوراق التجارية الالكترونية ، واذا كان الجواب نعم ، فما هو القانون الذي يجب تطبيقه على عملية الوفاء الجزئي بالأوراق التجارية الالكترونية .

للإجابة على هذه السؤال نقول ان الاوراق التجارية اكتسبت هذه التسميه لأنها تتمتع بخاصية الوفاء وكذلك التداول ، وبما ان الاوراق التجارية الالكترونية قابلة للتداول عن طريق التظهير وكذلك قابلة لإجراء العمليات الصرفية عليها ، من قبول وضمان ، وبما ان الاوراق التجارية التقليدية قابلة للوفاء الجزئي بموجب القانون المواد (90 / رابعاً) من قانون التجارة العراقي و المادة (427 / 4) من قانون التجارة المصري والمادة 511 / 27) من قانون التجارة الفرنسي ، هذا يعني امكانية اجراء بقية التصرفات القانونية عليها ومنها الوفاء الجزئي شأنها شأن الاوراق التقليدية ، وهنا اشارت المواد يحق للمسحوب عليه ان يضع اشارة على الورقة التجارية تفيد ما تم الوفاء به ، وهنا سوف يكون القانون الواجب التطبيق بالنسبة للوفاء الجزئي ، والقانون الواجب التطبيق على المتبقي من قيمة الورقة التجارية الالكترونية هو قانون وجود الدين الثابت وهو بالنتيجة قانون الدولة التي يوجد فيها مقابل الدين ، وهنا يعتبر من النظام العام، وبذلك يتبن ان القانون الذي يحكم هو قانون دولة المال .

ومن الجدير بالذكر هنا وبناءً على ما نصت عليه القوانين محل المقارنة بإيجابيه الوفاء الجزئي والزام الحامل على القبول لما فيه مصلحة له وللموقعين ، فهنا بإمكان الدائن اذا لم يكن

---

(1) " H .) Arminjon , pre'cis de Droit internatinal prive' commercial , op . cit , no 110 p " مشار اليد لدى د. ، نايف عبد العال الفرا ، تنازع القوانين في الأوراق التجارية ، مصدر سابق ، ص 572 .

(2) د .عكاشة عبد العال ، تنازع القوانين في الأوراق التجارية ، مصدر سابق ، ص 294

موافقاً على تجزئة الالتزام ان يتمسك بنص المادة (392) من القانون المدني العراقي وتقابلها المادة (1/342) من القانون المدني المصري والتي نصها " لا يجوز للمدين ان يجبر الدائن على ان يقبل وفاءً جزئياً ، مالم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك " ، ومن هنا نستنتج عند حلول الاجل في الورقة التجارية الالكترونية ولم يتقدم الدائن بالمطالبة بالوفاء بقيمتها ، فلا تبرأ ذمة المدين عند قيامه بتسليم المقابل الى صندوق المحكمة ، بل يتطلب ان يقوم المدين بعرض المبلغ عرض فعلي على الدائن قبل الايداع لكي تبرأ ذمته [299]، وهذا ما بينه المشرع العراقي في المادة (385) من القانون المدني العراقي ، والمادة (277) من قانون المرافعات العراقي رقم 83 لسنة 1969[300] .

الفرع الثاني

القانون الواجب التطبيق على العملة التي يجب الوفاء بها

يعد التعامل بالأوراق التجارية اختيارياً بين الاطراف ، ولا يوجد اشكال في حالة تحريرها وتداولها داخل حدود البلد الواحد حيث سوف يكون القانون الوطني هو المختص لفض النزاعات التي تنشأ بين الاطراف ، ويكون الوفاء بالعملة الوطنية ، ولكن الاشكالية تثور عند عبور الحدود ، وتزداد الاشكالية عندما يتم ذكر المبلغ بعملة تختلف عن العملة المتداولة في الدولة التي يجب الوفاء بها ، وهذه تثير اشكاليات تتطلب البحث عن القانون الواجب التطبيق لحل هذه المسائل .

ومن المعروف ان الورقة التجارية تمثل دين الساحب على المسحوب عليه ، وهي بالنتيجة تمثل مبلغ من النقود [301] ، واشترط المشرع العراقي في قانون التجارة النافذ على مجموعة بيانات تطلب وجودها حتى نكون امام ورقة تجارية ، ومن هذه البيانات هو ان يكون الامر بدفع مبلغ محدد من النقود [302] ، وهذا ما نصت عليه المادة (40/ ثانياً) من قانون التجارة العراقي النافذ حيث نصت " يجب ان تشتمل الحوالة التجارية على البيانات الاتية ثانياً / امر غير معلق على شرط بأداء مبلغ معين من النقود " ، بمعنى يجب ان يكون مقابل الوفاء مبلغاً من النقود ، واشتراط المشرع بأن يكون مقابل الوفاء هو النقود لإزالة اللبس واعطاء الوصف الحقيقي لما مكتوب بالورقة التجارية .

وبالتالي فأن القانون الذي يحكم ما تتضمنه الورقة التجارية هو قانون بلد الوفاء ، ومن هنا فأن هذا القانون هو الذي يحدد ما اذا كان هل بالإمكان ان يتم الوفاء بعملة اخرى غير عملة بلد الوفاء ، أو بالإمكان دفع قيمة الورقة التجارية بشيء آخر غير النقود ، هذه الامور يحددها قانون بلد الوفاء لأنها تتعلق بالنظام العام لتلك الدولة ، وهذا يعني اذا ما تم تحرير ورقة تجارية بعملة

---

(1) د .محمد السيد الفقي ، المعلوماتية والأوراق التجارية ، مصدر سابق ، ص80 , وكذلك د. هاني دويدار , الوفاء بالأوراق التجارية الالكترونية ، مصدر سابق ، ص 27

(2) انظر نص المادة (277) من قانون المرافعات العراقي رقم 83 لسنة 1969 حيث نصت " للمدين اذا اراد الوفاء ان يعرض على الدائن ما التزم بأدائه من نقود أو منقولات وذلك بواسطة الكاتب العدل . ويخبر الكاتب العدل الدائن بالعرض الواقع ويطلب اليه في الزمان والمكان المعينين للتسلم " .

(1) علي حميد عبد الرضا ، تنازع القوانين في الأوراق التجارية ، مصدر سابق ، ص 197.

(2) تقابلها المادة (379/ ب) من قانون التجارة المصري والتي جاءت مطابقة لنص المادة (40 /ثانياً) من قانون التجارة العراقي .

مغايرة لعملة بلد الوفاء ، وقانون هذا الاخير يمنع اشتراط الوفاء بعملة مغايرة ، فلا مجال لإجبار المدين ان يوفي بالعملة المذكورة بالورقة التجارية .

ومنع قانون التجارة العراقي النافذ التعامل بالأوراق التجارية خلافاً لتعليمات البنك المركزي ، وبهذه الحالة اوجب المشرع العراقي ان يكون الوفاء بالدينار العراقي ، حتى وان تم تحرير الورقة التجارية بالدولار أواي عملة اجنبية اخرى ، وبينت المادة (161) في حالة تقديم ورقة تجارية للوفاء في العراق بعملة غير الدينار العراقي ، فالوفاء يكون بالدينار العراقي حسب سعر الصرف في ذلك اليوم ، ونص المشرع في الفقرة الثانية من نفس المادة على عدم اجازة التعامل بالأوراق التجارية خلافا لقوانين وتعليمات البنك المركزي[303] . وببلك فإن هذه القواعد مانعة لتنازع القوانين ، لأنها قواعد امن مدني .

واعطى المشرع العراقي الخيار لحامل الورقة التجارية الواجبة الدفع في العراق بعملة اجنبية ، ان يستوفي قيمتها في موعد استحقاقها وان يطالب بقيمتها بالدينار العراقي ، اما بيوم الوفاء أو بيوم الاستحقاق وحسب سعر الصرف وهذا ما بينته المادة (92) من قانون التجارة العراقي النافذ[304] .

ومن خلال قراءة نص المواد اعلاه يتبين ان المشرع العراقي قد تأثر بالتحفظ الذي جاءت به اتفاقية جنيف لعام 1930 في المادة (7) من الملحق الثاني ، والذي سمحت به لأي دولة ان تخرج من شرط الوفاء بالعملة الاجنبية ، اي ان هنالك اصل في اتفاقية جنيف لعام 1930 يتمثل بالمادة (41) والذي بينت فيه على جواز الوفاء بالعملة الوطنية لبلد الوفاء [305] ، في حين ان المادة (7) من نفس الاتفاقية اعطت الحق للدول المتعاقدة ان تخرج عن شرط الوفاء بالعملة الاجنبية حيث نصت " لكل من الدول المتعاقدة ان تقرر في حالة قيام ظروف استثنائية تتعلق بسعر عملتها الوطنية ، عدم سريان الشرط المبين في المادة (41) والتي تتعلق بالوفاء الفعلي بعملة اجنبية بشأن الكمبيالات المستحقة الاداء في اقليمها ويجوز تطبيق ذات القاعدة عند تحرير الكمبيالات بعملة اجنبية في الاقليم الوطني " [306] .

وذهب المشرع المصري الى جواز الوفاء بالعملة الاجنبية التي اشترطها الساحب ، ولكن اوجب ان تكون من العملات التي اجاز البنك المركزي التعامل معها وحدد لها اسعار صرف بالعملة الوطنية ، ولكن في حالة وجود نص في الورقة التجارية يفيد بأن يتم الوفاء بالعملة

---

(1) انظر نص المادة (161/ اولاً) من قانون التجارة العراقي " اذا اشترط وفاء الشيك في العراق بعملة اجنبية وجب الوفاء به في العملة العراقية حسب سعره يوم التقديم ، فإذا لم يتم الوفاء به في هذا اليوم كان للحامل الخيار في المطالبة بمبلغه مقوما بالعملة العراقية حسب سعره لدى البنك المركزي العراقي يوم التقديم أويوم الوفاء "

(2) نصت المادة (92) من قانون التجارة العراقي النافذ " اذا اشترط وفاء الحوالة في العراق بعملة اجنبية وجب وفائها بالعملة العراقية حسب سعرها يوم الاستحقاق فإذا لم يتم الوفاء بها في هذا اليوم كان للحامل الخيار بين المطالبة بمبلغها مقوما بالعملة العراقية حسب سعرها لدى البنك المركزي العراقي يوم الاستحقاق أويوم الصرف " وتقابلها المادة (148) من قانون التجارة الفرنسي

(3) نصت المادة (41) من اتفاقية جنيف الوحدة " اذا اشترط وفاء الكمبيالة بعملة غير متداولة في بلد الوفاء جاز وفاء قيمتها بعملة هذا البلد حسب سعرها في يوم الاستحقاق "

(1) نص المادة (7) من الملحق الثاني لاتفاقية جنيف باللغة الفرنسية ART ,7 " la loi du pays ou' la letter de change est payable re'gle la question de savoir si l' acceptation peut e'tre restreinte a' une partie de la somme ou si le porteur est tenu ou non de recevoir un payment partie

La me'me re'gle s'applique quant au payment en matie're de billet a' order ".

الوطنية حسب الاسعار المعلنة من قبل البنك المركزي اعطاء الخيار الى الحامل من استيفاء قيمتها وحسب السعر بيوم الاستحقاق أو بيوم الوفاء [307] .

اما المشرع الفرنسي فقد اوجب ان يكون الدفع باليورو ، واضاف الى امكانية الدفع بعملة اخرى في حالة نشوء الالتزام من معاملة تمت بين شخص وطني وأجنبي ، وذلك في حالة وجود اتفاق بين الاطراف على الوفاء بعملة اجنبية ، وهذ يعني ان الاصل الوفاء باليورو ، والاستثناء في حالة الاتفاق يتم الوفاء بالعملة الاجنبية ، وهذا ما نصت عليه المادة (1343 /3) حيث نصت " يتم دفع مبلغ الالتزام المالي في فرنسا باليورو ، ومع ذلك قد يتم الدفع بعملة اخرى اذا نشأ الالتزام بصيغته هذه من المعاملات الدولية او الاحكام الاجنبية ، وقد يتفق الاطراف على ان الدفع سيحدث بالعملة المتفق عليها ، عندما تكون العملات الاجنبية مقبولة بشكل عام للعملية المعنية "

وبذلك يمكن القول ان القانون الذي يحكم مسألة الوفاء بالعملة الاجنبية وجواز التعامل بها ، أو دفع ما يقابلها بسعر الصرف حسب تعليمات البنك المركزي كلها مسائل تتعلق وتخضع لقانون دولة الوفاء من ناحية تحديد العملة – وطنية أو اجنبية – أو العمل على صرف ما يقابلها بالعملة الوطنية ، فقانون بلد الوفاء هو الواجب التطبيق على هذه الحالات ، فضلاً عن ذلك يعد هذا المبدأ هو المعمول به في بقية الالتزامات والتعاملات التي تتطلب لإتمامها دفع مبلغ من النقود ، وبالتالي لا يوجد ما يمنع من ان يطبق على الاوراق التجارية [308] .

وبما ان قانون بلد الوفاء معين بالورقة التجارية ، وان لكل دولة قوانينها التي تطبقها على اقليمها ، وبما ان التعامل بالأوراق التجارية يتطلب في النهاية وفاء قيمتها ، ومحل الوفاء واحد لأنه يمثل مركز ثقل العلاقة التجارية ، فالقانون الذي يطبق هنا سوف يكون قانون الدولة التي يوجد فيها المبلغ النقدي ، ولتعلق هذه المسائل بالنظام العام ، فبالتالي لا يجوز مخالفة القوانين التي تشرعها الدولة، ويتم تحديد العملة بموجب قانون البنك المركزي لتلك الدولة [309].

واذا كان قانون بلد الوفاء هو الذي يتم تطبيقه في بشأن العملة في الاوراق التجارية التقليدية ، فما هو القانون الواجب التطبيق الذي يتعلق بالعملة اذا كانت الورقة التجارية الكترونية ، للإجابة على هذا التساؤل لابد ان نبين الاتي

يعد التعامل بالأوراق التجارية الالكترونية نتاج لحاجة التجارة الالكترونية لوسائل دفع الكترونية من شأنها ان تقدم للأطراف خدمات تمتاز بالسرعة والثقة وتتلاءم مع عصر السرعة ، وبما ان هذا التعامل يتم دون الوجود المادي للأطراف لذلك تمت تغطيته من خلال البنوك الالكترونية، الذي سيتم التعامل من خلاله بالأوراق التجارية ، وطالما ايدنا الآراء الفقهية التي تبنت قانون دولة محل الوفاء ليتم تطبيقه على الاوراق التجارية الالكترونية ، وقانون الاخير هو الذي يجب ان يتم تطبيقه لتحديد عملة الوفاء ، ويبقى السؤال اي القوانين يتم تطبيقها .

اختلف الفقه في تحديد مكان وجود البنوك الالكترونية فذهب البعض بالقول ان البنوك الالكترونية ليس لها وجود مادي وانما يقدم خدمات عن طريق الشبكة العالمية ويتم التواصل مع

---

(2) د. وائل انور بندق ، الأوراق التجارية في قانون التجارة الجديد ، مصدر سابق ، ص442.

(1) د عز الدين عبدالله ، القانون الدولي الخاص ، ، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1986 ، ص 457.

(2) بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية ، المجلد 15 ، العدد الاول ، 2018 ، منشور على الموقع الالكتروني www.sharjah . ac.ae // : https تاريخ الزيارة 17 / 8 / 2021 .

عملائه عن طريق الوسائل الالكترونية ، وهذه الاخيرة تتصل بشبكة الانترنت مثل الصراف الالي وغيرها [310].

في حين ذهب البعض الاخر الى القول ان البنوك الالكترونية هي " المواقع الالكترونية التي تقدم الخدمات في البيئة الافتراضية " [311] ، وذهب البعض الى القول ان البنوك الالكترونية عبارة عن مواقع الكترونية تتصل بالشبكة الالكترونية وتحتوي على كافة البرامج التي تؤهلها للقيام بالعمليات المصرفية دون ان تكون لها تواجد مادي[312] .

ومن هنا ومن اجل توفير بيئة آمنة للأطراف للتعامل بالأوراق التجارية ، فلابد ان يكون التعامل عن طريق البنوك الالكترونية ، والتي تكون خاضعة بدورها لتعليمات البنك المركزي التابعة له ، حيث ان التعامل وتداول الاوراق التجارية الالكترونية يكون بطريقة الكترونية ، وهنالك الصورة الاخرى من الاوراق التجارية الالكترونية التي يتم انشائها وتداولها وتنفيذها بطريقة الكترونية ، عن طريق البنوك الالكترونية حيث يكون وفاء قيمتها في ايداع مبلغ الورقة التجارية عند الاستحقاق في حساب الدائن .

وبما ان الوفاء بالورقة التجارية الالكترونية يتمثل بتسليم مقابل الوفاء الثابت الى الدائن وهذا ممكن بواسطة قيده في حساب الدائن ، وتحديد العملة يتم وفقا لقانون محل الوفاء ، ومحل الوفاء هو بنك المدين ، والاخير يتمثل بالموقع الالكتروني والذي اسماه البعض من الفقه بالموطن الافتراضي [313]، وذلك لان الاخير يحقق الغرض التجاري وهو التعامل بالأوراق التجارية وكذلك لم يقتصر على فئة معينة فهو متاح للجميع عن طريق الدخول الى الموقع الالكتروني بعد ادخال (password) والالتزام بالتعليمات التي يصدرها ، وهذا الموطن يتم تنظيم احكامه عن طريق التشريعات التي تصدرها الدول والتي تتعلق بالمعاملات الالكترونية والتوقيع الالكتروني والتي بدأت بالتزايد وكان العراق من الدول التي واكبت التطورات بإصدارها قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية ذي الرقم (78) لسنة 2012 .

ونجد ان على الرغم من تشريع قانون للتوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية ، والذي جاء ليلبي التطورات والتعاملات التجارية التي تتم عن طريق الشبكة العنكبوتية ، ولكن الخطى المتسارعة التي تسير بها الاخيرة تركت فراغاً تشريعياً واضحا حول القانون الواجب التطبيق على الاوراق التجارية الالكترونية حيث ترك الباب مفتوحاً بالعودة الى الاحكام التي تنظم الاوراق التجارية التقليدية .

وهنا نجد ان العودة الى القانون المشار اليه ربما تشكل عقبة في التعامل بهذه الاوراق ، لاسيما ان الاخيرة تتضمن مبلغ من النقود وللاختلافات الحقيقة بين عملة الدولة التي ينتمي اليها المدين عن عملة بلد باقي الموقعين ، فلابد من ايجاد تشريعات تنسجم مع هذه التجارة التي تعد بحد ذاتها دولية ، وهنا يتطلب ان يتم السماح للمتعاملين بالأوراق التجارية ان يترك لهم الخيار بين استلام العملة المذكورة بالورقة التجارية في يوم الاستحقاق أو ما يعادل قيمتها حسب سعر

---

(3) د علاء التميمي ، التنظيم القانوني للبنوك الالكترونية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ط1 ، سنة 2012 ، ص50 .

(1) د . عامر ابراهيم ، التجارة الالكترونية وتطبيقاتها ، دار المسيرة ، ط2 ، عمان ، 2016 ، ص 172 .

(2) shaoyi Liaoa and other, p. 63 مشار اليه لدى نضال سليم برهم ، احكام عقود التجارة الالكترونية ، دار الثقافة ، عمان ، ط3 ، 2010 ، ص 163.

(3) استاذنا د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي ، القانون الدولي الخاص ، بيروت ، 2018 ، ص162 وما بعدها .

الصرف ، حيث ان التشدد على ان يكون الوفاء بنفس العملة المثبتة بالورقة التجارية ربما لا يكون متاحا للبنك من الوفاء بتلك القيمة اذا ما اريد الوفاء بها في دولة تختلف بالعملة عن دولة الانشاء .

المبحث الثاني

القانون الواجب التطبيق على الرجوع في حالة عدم الوفاء

يعد الوفاء بالأوراق التجارية – الالكترونية والتقليدية – الوضع الطبيعي لإنهاء حياة هذه الاوراق وتبرأ ذمة المسحوب عليه وباقي الملتزمين ، حيث وكما هو معروف ان الاوراق التجارية بصورة عامة يتم تحريرها لأجل محدد يسمى موعد الاستحقاق الذي تم بيانه في الصفحات السابقة ، وضرب هذا الاجل لمصلحة جميع الاطراف ، فعندما يبادر المسحوب عليه يكون قد اوفى بما التزم به منهياً بذلك حية الورقة التجارية ، ولكن عند امتناع المسحوب عليه عن الوفاء ، هنا ينشأ حق للحامل يمكنه من مطالبة الملتزمين بالورقة التجارية بالوفاء بقيمة الورقة التجارية ، وهذا الحق المنشئ يسمى حق الرجوع ينشط في لحظة امتناع المسحوب عن الوفاء ، ولا يستطيع الحامل من الرجوع بصورة مباشرة على الملتزمين بالورقة التجارية ، بل لابد من سلوك الطريق القانوني وهو عمل احتجاج ، واختلفت التشريعات بشأن ذلك ، وهذا القى بظلاله على القانون الذي يحكم هذه التصرفات ، حيث ان هذا الاختلاف سوف يؤدي الى التنازع بين القوانين نتيجة لتباين الحلول في التشريعات ، زد على ذلك اذا ما عرفنا ان اتفاقية لسنة 1930 -1931 لم تبين لنا الحل الواجب اتباعه في جميع المسائل المتعلقة بالأوراق التجارية ومنها حالة الرجوع .

وهنا سوف تثار الاشكاليات حول معرفة القانون الواجب التطبيق لحالة الرجوع والقانون الذي يحكمه ، وكذلك طرق الرجوع والمدد التي تحكمه وكذلك ، وما هو القانون الذي يتم تطبيقه في حالة فقدان الحامل لهذا الحق ، ولبيان ذلك سنقسم هذا المبحث الى مطلبين ، سنعقد الاول لبيان القانون الذي يحكم حالة الرجوع ، وسنخصص المطلب الثاني لبيان القانون الواجب التطبيق على فقدان حق الحامل بالرجوع وكالاتي .

المطلب الاول

القانون الواجب التطبيق على الرجوع

من اجل توفير فرصة للحامل بالحفاظ على حقه من السقوط ، اعطته اغلب التشريعات حق ما يسمى بحق الرجوع على كل من المظهرين والساحب عند رفض المسحوب عليه الوفاء بقيمة الورقة التجارية لسبب معين يتعلق بالأخير، وهنا تكاد تكون اغلب التشريعات التي تبنت حالات الرجوع في اعطاء الحق للحامل من الرجوع على كل الاشخاص الذين وضعوا توقيعهم على الورقة التجارية ، وهذا ما سار عليه المشرع العراقي في قانون التجارة النافذ ، حيث نص على حالات الرجوع في المواد من (102 – 114) ، وكذلك المشرع المصري في المواد من (438 – 449)[314].

---

(1) نظم قانون التجارة الاردني احكام الرجوع في المواد من (181 – 198) ، وعكس ذلك قانون التجارة اللبناني حيث لا يتطلب اقامة الدعوى التي تطلبتها باقي التشريعات خلال (15) من تاريخ عمل الاحتجاج ، و إنما ترك هذا الالتزام للتقادم الذي يتراوح بين ستة اشهر وثلاث سنوات .

وبالمقابل اختلفت التشريعات في احقية الحامل في الرجوع عند الافلاس وعند عم قبول الورقة التجارية قبل ميعاد الاستحقاق ، ويلقي هذا الاختلاف بين التشريعات بظلاله على القانون الواجب التطبيق الذي يحكم هذه المسائل ، فهنالك من التشريعات سمحت للحامل من الرجوع قبل ميعاد الاستحقاق ، والاخرى تطلبت ان يقوم الحامل بأجراء احتجاج حتى يتسنى له الرجوع على الملتزمين بالورقة التجارية ، وهنا اختلف القانون الواجب التطبيق لاختلاف حالات الرجوع [315].

ولبيان ذلك يتطلب ان نقسم هذا المطلب الى فرعين ، سنخصص الاول لبيان القانون الواجب التطبيق على حالات الرجوع الممكنة ، ليكون الفرع الثاني لبيان القانون الواجب التطبيق لحق الحامل من الرجوع واقامة الدعوى بالطرق القانونية لضمان حقه وكالاتي :

الفرع الاول

القانون الذي يحكم حق الحامل بالرجوع

تباينت التشريعات في اعطاء الحق للحامل بالرجوع على الاشخاص الموقعين على الورقة التجارية قبل ميعاد الاستحقاق ، والتشريعات التي اجازت الرجوع قبل ميعاد الاستحقاق بنت قناعتها على حالات معينة واعطت للحامل الحق في ذلك ، ومن هذه الحالات عندما يقدم الحامل الورقة التجارية للقبول ويتم رفضها من قبل المسحوب عليه ، وكذلك في حالة اعسار المسحوب عليه أو افلاسه وبالتالي عجزه عن دفع ما للحامل من حقوق [316] . وهنا يثار تساؤل مبني على نتيجة التباين الواضح في التشريعات ، هل ان هذه الحالات يحكمها قانون واحد ، ام يحصل تنازع بين عدة قوانين لحكم هذه حالة واحدة .

اجاب البعض من الفقه الذي يؤيد العمل بمبدأ تعدد القوانين واعطت الحق للحامل بالرجوع على من التزم بالورقة التجارية ، ويتولد هذا الحق باللحظة التي يتم رفض المسحوب عليه الوفاء بها في موعد الاستحقاق ، وكذلك اعطاه الحق عند رفض المسحوب عليه قبول الورقة التجارية قبل موعد استحقاقها ، والى ذلك بينت اتفاقية جنيف لعام 1930 المتعلقة بالأوراق التجارية – الحوالة والسند لأمر – في المادة (43) ، حيث اعطت الحق للحامل لتقديم الورقة التجارية قبل موعد الاستحقاق حيث نصت " لحامل الكمبيالة عند عدم وفائه له في الاستحقاق الرجوع على المظهرين والساحب وغيرهم من الملتزمين به ، وله حق الرجوع على هؤلاء قبل الاستحقاق في الاحوال التالية [317] :

---

(1) د.علي البارودي ، القانون التجاري ، الأوراق التجارية والافلاس ، الدار الجامعة ، بيروت ، 1985 ، ص 176 .

(2) د حسين محمد احمد ، رجوع حامل الورقة التجارية على الملتزمين بالوفاء ، اطروحة دكتوراه ، جامعة عين الشمس ، كلية الحقوق ، ص 145.

(1) ونص المادة (43) من قانون جنيف الموحد باللغة الفرنسية هو Art . 43 " Le porteur peut exercer ses recours contre les endosseurs , le tireur et les autres oblige's ; Al'e'che'ance sile paiement n' a pas eu lieu; Me'avant l'e'che'ance ; 1- s'ily a eu refus total ou partiel , d' acceptation 2- Dans les cas de faillite du tire' ,accepteur ou

1- في حالة الامتناع عن القبول كلياً أو جزئياً .
2- في حالة افلاس المسحوب عليه ، سواء كان قابلا للسند ام غير قابل له ، وفي حالة توقفه عن الدفع ولو لم يثبت توقفه بحكم ، وفي حالة الحجز على امواله حجزاً غير مجد .
3- في حالة افلاس ساحب السند المشترط عدم تقديمه للقبول " .

ونص المشرع العراقي في قانون التجارة النافذ على اعطاء الحق للحامل من الرجوع عند عدم الوفاء في ميعاد الاستحقاق على كل الملتزمين بالورقة ، وذهب الى ابعد من ذلك حيث اعطى للحامل الحق في الرجوع قبل ميعاد الاستحقاق ، ولكن حدده في حالات معينة وهي عند الامتناع عن القبول وعند صدور حكم بالإعسار، وبين المشرع العراقي هذه الحالات في المادة (102 / اولاً) والتي نصت " لحامل الحوالة عند عدم وفائها في ميعاد الاستحقاق الرجوع على المظهرين والساحب وغيرهم من الملتزمين بها " .

أما الفقرة الثانية من نفس المادة بينت الحالات التي يمكن للحامل الرجوع فيها على الملتزمين قبل حلول ميعاد الاستحقاق حيث نصت (102 / ثانيا) على ما يأتي " يجوز للحامل الرجوع على قبل ميعاد الاستحقاق في الاحوال التالية أ . الامتناع الكلي أو الجزئي عن القبول ، ب. صدور حكم بإعسار المسحوب عليه سواء كان قابلا أو للحوالة ام غير قابل لها أو وقوفه عن الدفع ولو لم يثبت ذلك بحكم أو حجز امواله حجزاً غير مجد . ج . اعسار ساحب الحوالة المشروط عدم تقديمها للقبول " [318] .

اما القانون الواجب التطبيق الذي يحكم حق الرجوع ، فيتضح مما تقدم ومن خلال قراءة نصوص المواد التي قدمها المشرع العراقي والقوانين محل المقارنة ، ولاسيما في مجال الحقوق التي تترتب للحامل من الرجوع على الموقعين على الاوراق التجارية ، فقد اعطت الحق للحامل من الرجوع ولا اشكال في ذلك ، حيث تستند التشريعات الى الاحكام القضائية التي تثبت حالات الافلاس ، ومن ثم يبنى الحكم القضائي وفقاً للقواعد العامة التي تبين حالات الافلاس في القانون الدولي الخاص [319]، وهذه الاخيرة هي التي تحدد المحاكم المختصة بمسائل الافلاس ، حيث تكون المحاكم المختصة هي محكمة الدولة التي يوجد فيها موطن المسحوب عليه ، وبمعنى آخر

---

non , de cessation de ses paie ments , me'me non constate'e par un jugement , ou de saisie de ses biens demeure'e infructueuse

3- Dans les cas de faillite du tireur d'une letter non acceptable ."

(1) وإلى نفس المعنى ذهب المشرع المصري في المادة (428 /1) حيث اعطى للحامل الحق في الرجوع على جميع الملتزمين عند عدم الوفاء في مواعيد استحقاق الورقة التجارية ، وبينت الفقرة الثانية من نفس المادة واعطت حق الرجوع للحامل قبل مواعيد الاستحقاق عند امتناع المسحوب امتناعاً كلياً أو جزئياً عن الوفاء ، وكذلك عند الافلاس .

(2) بينت الاتفاقية الاوربية الموقعة في اسطنبول لعام 1990 حيث جاءت بقاعدة في المادة (19) مفادها ان القانون الواجب التطبيق التي تحكم الافلاس الذي يتعرض له المسحوب عليه هو قانون الموطن وبالتالي سيكون قانون الدولة التي يتم الوفاء فيها .

سوف يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون محل الوفاء ، وذلك لان عدم وفاء قيمة الورقة التجارية بسبب الافلاس يكون محكوماً بقانون المحل الذي يوجد فيه مقابل الوفاء[320].

اما القانون الواجب التطبيق على الورقة التجارية في حالة امتناع المسحوب عليه عن الوفاء ، فهنا سوف يعطي الحق للحامل بصورة مباشرة من الرجوع على الملتزمين ، ولا فرق فيما اذا كانت الورقة التجارية قدمت للقبول ام لم تقدم ، وكذلك لا فرق فيما اذا كان المسحوب عليها قد قبلها ام لم يقبلها . فهنا ينظر الى ان الورقة التجارية تهيأت لها الاسباب لتقديمها قبل ميعاد استحقاقها ، وهنا سوف يكون القانون الذي يحكم هذه المسائل هو قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا وجدا في موطن واحد ، وهذا ما بينه المشرع العراقي في المادة (25) من القانون المدني العراقي ، وكذلك المادة (19) من القانون المدني المصري .

يتضح مما تقدم في حالة امتناع المسحوب عليه من الوفاء بقيمة الورقة التجارية ، سينشأ حق للحامل من الرجوع الملتزمين ، وبالتالي فأن القانون الذي يجيز يعطي الحق الحامل من الرجوع قبل ميعاد الاستحقاق ، يتوجب هنا الاعتراف ان للحامل الحق في الرجوع على الرغم من ان بعض القوانين التي تحكم تصرفات الملتزمين لا تعترف بهذا الحق ، وهذا بحد ذاته هو القرار بالأخذ بمبدأ تعدد القوانين الذي رفضناه [321] .

فهنا لابد من البحث عن قانون واحد يحكم حق الحامل من الرجوع ، وذلك لان تطبيق قوانين متعددة على التزامات الموقعين على الورقة التجارية قد يؤدي الى سقوط حقوق البعض من الملتزمين وبالمقابل يبقى حق البعض الاخر قائماً ، وهذا بالنتيجة يؤدي الى نتائج غير عادلة ، فهنا لابد ان يكون القانون الذي يحكم حالة الرجوع واحدة ، فما هو ؟

يذهب البعض [322] باتجاه اختيار قانون محل اصدار الورقة التجارية [323]، وذهب البعض الاخر من الفقه الى اختيار قانون محل الوفاء[324] ، ولا يؤيد الباحث الراي الاول الذي ينادي بتطبيق قانون محل الاصدار ، لان الاخير من الممكن ان يكون بصورة عرضية ، أويتم اصدار الورقة التجارية من مكان يتواجد فيه الشخص لمدة قليلة من الزمن وبالتالي لا يمثل المكان

---

(3) د احمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1988 ، ص 411 ، والدكتور محمد حمدي محمد ، الجوانب القانونية للإفلاس الدولي ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 2006 ، ص 7 .

(1) د سعيد يوسف البستاني ، القانون الدولي للإسناد التجارية ، القواعد الموحدة وقواعد تنازع القوانين ، دراسة مقارنة لقوانين التجارة العربية بقانون جنيف الموحد ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي ، بيروت ، 2006 ، 393

(2) د عكاشة عبد العال ، تنازع القوانين في الأوراق التجارية ، مصدر سابق ، ص 306 ، علي محمد عبد الرضا ، اطروحة دكتوراه ، مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة بغداد ، ص 203

(3) نصت المادة (4 / 2) من اتفاقية جنيف لعام 1930 المتعلقة بالسفتجة والكمبيالة إلى ان القانون الواجب التطبيق الذي يحكم الالتزامات الصرفية يخضع لقانون الملتزم بالورقة التجارية ، وبالتالي سوف يتم تطبيق قانون المحل الذي نشأ به الالتزام ونص المادة باللغة الفرنسية هو ART. 4 " Les effets que produisent les signatures des autres oblige's par letter de change ou billet a' ordre sontde'termine's par la loi du pays sur le territoire duquel les signatures ont e'te' donne'es

(4) (Y.) Loussouarn et (J – D) Bredin , Droit du commerce international , paris , sirey,1969 , p477.

الحقيقي لإصدار الورقة ، ونؤيد الرأي القائل بتطبيق قانون محل وفاء الورقة التجارية لأن ضمانات الوفاء تكون حاضرة في هذه اللحظة وهي وحدة محل الوفاء .

ومن الجدير بالذكر ان اتفاقية جنيف لعام 1930 بينت المواعيد المحددة لاقامة دعوى الرجوع ، لذلك لابد من البحث عن القانون الواجب التطبيق الذي يحكم هذه المواعيد ، فقد اوردت المادة (5) من اتفاقية جنيف والمتعلقة بالكمبيالة وتقابلها المادة (6) المتعلقة بالصك ، على خضوع دعوى الرجوع الى قانون الدولة التي تم فيها انشاء الصك ، وتبرير ذلك ان مكان انشاء الصك واحد ، وبذلك نتجنب النتائج المتقاطعة التي تنجم في حالة تطبيق عدة قوانين ، وقد يحتفظ بعض الموقعين بحقه في الرجوع ويسقط حق الاخرين لاختلاف مدد الرجوع ، فالقانون الواجب التطبيق الذي يحكم المدة المحددة للحامل من اقامة دعوى الرجوع ، هو قانون مكان الانشاء ، اما القانون الذي يحكم الاجراءات فهو قانون الدولة التي يجب الوفاء فيها .

اما اتفاقية الامم المتحدة التي تتعلق بالأوراق التجارية لسنة 1990 فبينت في المادتين (60، 61) احكام الرجوع والاجراءات المتعلقة به ، واخضعت حق الرجوع وعدمه وكذلك الشكلية في الاجراءات الى قانون الدولة التي يقتضي ان يتم الاجراء على اراضيها .

وللبحث عن الرجوع الصرفي في الاوراق التجارية الالكترونية ، نقول بعد صدور قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي لسنة 2012 ، واجازته للتعامل بالأوراق التجارية بطريقة الكترونية ، لذلك لابد من معرفة هل بالإمكان الرجوع واذا كان الجواب بنعم فما هو القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة ، والسؤال بطريقة اخرى هل بالإمكان تطبيق ما يسري على الاوراق التجارية التقليدية على الاوراق التجارية الالكترونية .

للإجابة على هذا السؤال ، ومن خلال قراءة نص المادة (3 / اولاً / ج) ، حيث بينت سريان هذا القانون على الاوراق التجارية الالكترونية ، وبعد منح الاخيرة نفس الحجية الممنوحة لمثيلاتها التقليدية ، وكذلك بين المشرع العراقي في المادة (23) على ان القانون الذي يتم تطبيقه على الاوراق التجارية التقليدية يسري على الاوراق التجارية الالكترونية .

ومن خلال ما تقدم بيانه يتبين ان الاوراق التجارية الالكترونية كمثيلاتها التقليدية ، ترسل من قبل الحامل للقبول وبنفس شروط الورقة التجارية التقليدية ، واذا ما رفض المسحوب عليه القبول ، سيتم اشعار مصرف المستفيد الكترونياً بالرفض ، وهذا الاشعار يتضمن رفض الاول قبول الورقة التجارية ، هنا وكما بينا في الورقة التجارية التقليدية سينشأ حق للحامل من الرجوع على الاشخاص الملتزمين بالورقة التجارية الالكترونية ، وبما ان الاخيرة قابلة لأجراء العمليات الصرفية عليها من تظهير وضمان وقبول لكي تبقى محتفظة بخاصيتها كورقة تجارية قابلة للتداول .

هنا نقول بما ان شرط القبول والضمان وردت ضمن البيانات الاختيارية ، فهنا يخضع تقديم الورقة للقبول من عدمه لإرادة الاطراف الساحب والمستفيد ، ومطالبة الحامل المسحوب عليه بقبول الورقة التجارية يتم في موطن الاخير أوفي محل اقامته ، وقد يتم تقديم الورقة التجارية بطرقة الكترونية في الوقت الذي يكون المسحوب عليه غير متواجد في موطنه مما يشكل صعوبة لغرض تدقيق الاوليات المتعلقة بالبيانات الموجودة على الورقة التجارية ، لذلك اعطى المشرع للمسحوب عليه ان يطلب من الحامل مهلة امدها يوم واحد وليس للحامل رفض هذه المهلة ، وهذا ما نص عليه المشرع العراقي في المادة (73) وتقابلها المادة (412) من قانون التجارة المصري .

ونجد ان اعطاء مهلة من قبل الحامل للمسحوب عليه مفروضة بموجب القانون ، ولكن تقديم الورقة التجارية الالكترونية من قبل المستفيد بعد انتهاء المهلة امر غير ضروري ، وذلك لان عند دخول الورقة التجارية الى نظام المعلومات الخاضع لسيطرة المسحوب عليه يبقى محتفظاً بالورقة التجارية الالكترونية ، وعند اجراء التدقيق والتأكد من صحة البيانات ، وبموجب النتيجة التي يصل اليها يقرر اما القبول أو الرفض ، وعلى ضوء ذلك اتاح المشرع للمستفيد من عمل الاحتجاج ليتسنى له الرجوع على الموقعين على الورقة التجارية .

وهنا سوف يكون القانون الواجب التطبيق على الحالات المتقدمة هو قانون محل الوفاء ، وهو الذي يقرر هل يتطلب الرجوع عمل احتجاج ام لا ، ويمثل القانون الاخير المكان الذي يتم فيه القبول ، وبالنتيجة سوف يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون البنك الذي يوجد فيه مقابل الوفاء ، وبالتالي فأن تركيز الالتزام وتنفيذه بالوفاء بالأوراق التجارية الالكترونية من قبل البنك يعتبر هو مركز الثقل وهو الاداء المميز ، والذي يتناسب مع ارادة الاطراف ، ويؤدي الى تحقيق وحدة القانون الواجب التطبيق ويستبعد تعدد القوانين ، بمعنى ادق ان قانون بلد الوفاء هو الواجب التطبيق في الحالات المتقدم ذكرها .

الفرع الثاني
القانون الذي يحكم حق الاحتجاج

للرجوع على الملتزمين بالأوراق التجارية لابد من عمل احتجاج (protest) ، وهذا الاخير يقوم به الحامل ، ولتحقيق ذلك لابد من ان يثبت الأخير امتناع المسحوب عليه عن الوفاء أو القبول ، ويعمل الاحتجاج بورقة رسمية ، حيث ان من المعروف ان للأوراق التجارية مواعيد استحقاق ، وعند تقديم الورقة التجارية قد يمتنع المسحوب عليه من وفاء قيمتها أو قبولها ، هنا لابد للحامل اذا اراد الرجوع ان يعمل احتجاج وحسب حالة الرفض – عدم وفاء أو قبول - ويعتبر عمل الاحتجاج وسيلة للمحافظة على حق الحامل لا غنى عنها في حالة انصراف ارادته للرجوع على الملتزمين ، ويبدأ الحامل اولا بمطالبة المسحوب عليه بالوفاء ، فأن رفض هنا ينشأ للأول حق عمل الاحتجاج يسمى احتجاج عدم الوفاء وهذا ما نص عليه المشرع العراقي في قانون التجارة النافذ في نص المادة (103) ، والتي الزمت الحامل بعمل احتجاج يتضمن عدم وفاء قيمة الورقة التجارية من قبل المسحوب عليه والتي تم تقديمها في مواعيده استحقاقها [325].

ونص المادة اعلاه بفقراتها الست جاءت متوائمة مع نص المادة (44) من اتفاقية جنيف لعام 1930 ، والتي بينت ، في حالة امتناع أو رفض المسحوب عليه القبول أو الوفاء واراد المستفيد ان يرجع على الملتزمين فلابد من عمل الاحتجاج [326] ، حيث نصت " يجب اثبات الامتناع عن

---

(1) انظر نص المادة (103 / ثالثاً) " يلزم عمل احتجاج عدم الوفاء عن الحوالة المستحقة الوفاء في يوم معين أو بعد مدة معينة من تاريخ انشائها أومن تاريخ الاطلاع عليها في احد يومي العمل الآتيين ليوم الاستحقاق ، واذا كانت الحوالة مستحقة الوفاء لدى الاطلاع وجب عمل احتجاج عدم الوفاء وفقاً للشروط المبينة بالفقرة (ثانياً) من هذه المادة المتعلقة باحتجاج عدم القبول "

(2) انظر نص المادة (44 /1 و2) من اتفاقية جنيف لعام 1930 باللغة الفرنسية هو

ART. 44 " Le refus d'acceptation ou de paiement doit e'tre constate' par un acte authentique (prote't faute d' acceptation ou faute de paiement). Le prote't faute d' acceptation doit e'tre fait dans Les de'lais fixe's pour la pre'sentation a' l' acceptation .

القبول أوعن الوفاء بوثيقة رسمية ، ويجب تقديم الاحتجاج لعدم القبول في المهلة المعينة لعرض السند للقبول ، ويجب تقديم الاحتجاج لعدم الوفاء عن السند المستحق الاداء في يوم معين أو بعد مضي مدة معينة من تاريخه الاطلاع عليه "

ويعد الزام الحامل بعمل الاحتجاج في حالة رغبته لأثبات امتناع المدين الاصلي عن الوفاء بصورة رسمية ، وهذه الورقة التي يتم تثبيت امتناع المسحوب عليه عن الوفاء أو القبول تسمى بالاحتجاج وهذا ما بينه المشرع المصري في المادة (439 / 1) ، والتي بينت ان امتناع المسحوب عليه من الوفاء او القبول لابد من عمل احتجاج حتى يتسنى الرجوع على الموقعين ، وهذا ما بينته المادة (148) من قانون التجارة الفرنسي ، فعندما يكون ميعاد استحقاق الورقة التجارية في يوم معين أو بتحديد مدة من تاريخ الانشاء أو عند الاطلاع ، هنا لابد من عمل الاحتجاج في اليوم الذي يلي ميعاد الاستحقاق ، اما الصورة الاخرى من مواعيد الاستحقاق التي تكون لدى الاطلاع ،فحددها المشرع على ان يتم عمل الاحتجاج لعدم الوفاء خلال مدة سنة على تاريخ الانشاء.

من تلك النصوص التشريعية يتبين ان اغلب التشريعات اوجبت على الحامل قبل ان يرجع على الموقعين لابد من عمل احتجاج سواء لعدم القبول أو لعدم الوفاء ، والسؤال الذي يثار هنا ما هو القانون الواجب التطبيق على لزوم عمل الاحتجاج والرجوع . وهل بالإمكان التخلي عن عدم الاحتجاج ومن ثم الرجوع على الموقعين على الرغم من عدم وجود احتجاج .

لبيان ذلك ومن خلال قراءة نص المواد (103 – 105) من قانون التجارة العراقي وكذلك نصوص التشريعات محل المقارنة ، متى ما اثبت الدائن امتناع المدين عن الوفاء جاز له الرجوع على الموقعين ، وهذه الاجراءات يحكمها قانون الدولة التي نشأ فيها الالتزام ، وبمعنى اخر سيكون القانون الواجب التطبيق هو قانون الشخص الملتزم – الموقع – على الورقة التجارية ، وهذا الحالة بتطبيق قانون كل ملتزم على الورقة التجارية سيؤدي الى تعدد القوانين التي يتم تطبيقها .

فعلى سبيل المثال، تم سحب ورقة تجارية في دولة لا يشترط فيها عمل احتجاج للرجوع على الملتزم ، والوفاء بها في نفس الدولة ، وتم تداول هذه الورقة في دولة اخرى يتطلب قانونها عمل احتجاج لعدم الوفاء ، هنا اذا ما رغب الحامل من الرجوع على الملتزم ، اي القوانين سيتم تطبيقها هل بإمكان الحامل من الرجوع بدون احتجاج طبقا لقانون الدولة الاولى ام يصار الى طلب عمل احتجاج حسب قانون الدولة الثانية .

هنا اختلف الفقه في الاجابة على هذه الاسئلة ، فهنا يرى الفقه الذي يؤيد مبدأ تعدد القوانين بضرورة عمل الاحتجاج حتى يتمكن المستفيد من الرجوع على الموقعين [327] ، وعلى ضوء هذا

Si, dans le cas pre'vu par l'art . 24, premier aline'a , la premie're pre'sentation a eu lieu le dernier jour du de'lai , le prote't peut encore e'tre dresse'le lendemain. "

(1) انظر تأكيد محكمة النقض المصرية في الطعن المرقم 1507 في 11/1 / 1993 والمشار اليه لدى الدكتور احمد حسني ، قضاء النقض التجاري ، الطبعة الاولى ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، سنة 2000 ، ص 196 حيث بينت " ان تحرير البر وتستو شرط لرجوع الحامل على المظهرين وضمانهم الاحتياطي وليس شرطا لمطالبة المدين الاصلي الملتزم بالأداء في ميعاد الاستحقاق " .

الرأي سوف يخضع موضوع الاحتجاج والرجوع لقانون كل من التزم بالورقة التجارية ، وبذلك لابد من عمل الاحتجاج حتى يتمكن المستفيد من الرجوع [328] .

أما البعض الاخر من الفقه الذي يؤخذ بوحدة القانون فيتم تطبيق قانون المحل الذي اجري فيه التصرف ، بمعنى سيطبق قانون محل امتناع المدين عن قبول أو وفاء الورقة التجارية والذي يستوجب تقديم احتجاج ، ونؤيد هذا الاتجاه لأنه يخضع لقاعدة الشكلية التي تكون محكومة بقانون محل الابرام ، وهذا ينطبق مع القاعدة العامة في القانون المدني العراقي وتحديداً نص المادة (26) والتي نصها " تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها " ، اما اذا تعددت القوانين وجميعها تستوجب عمل الاحتجاج ، فأن المستفيد لا يستطيع الرجوع الا بعد عمل الاحتجاج ، حيث هنالك تشريعات لا تتطلب عمل احتجاج مقارنة بتلك التي تستوجب ذلك ، وهنا ربما يصار الى اهدار الحقوق من تنازع تلك القوانين على نفس المقابل ، وهنا يكون القانون الذي يحكم هذه المسائل هو قانون الدولة التي تستوجب شكلية معينة .

ويثار سؤال فيما اذا تم الوفاء من قبل ضامن ، فما هو القانون الذي يتم تطبيقه ، علما ان هذا الاخير يخضع لقانون دولة يستوجب اقامة الاحتجاج ، للإجابة على هذا التساؤل، في هذه الحالة سوف يحرم الضامن من الرجوع على الموقعين السابقين ، وذلك لان القانون الذي يحكم تصرفاتهم يتطلب عمل احتجاج قبل الرجوع ، وبما ان الاحتجاج يعتبر من الاجراءات الشكلية يتطلبه القانون ليوصل من خلاله الى الرجوع ، فلذلك سينعقد الاختصاص الى قانون محل رفض القبول أو الوفاء ، وبالتالي سيخضع لقانون محل الوفاء ، وهذا النتيجة تأتي منسجمة مع الرأي الراجح ، لأن مكان تقديم الورقة التجارية للقبول ومن ثم رفضها ، هو نفسه قانون محل الوفاء [329] .

وخضوع هذه التصرفات من رفض الوفاء والقبول وكذلك عمل الاحتجاج والطريق القانوني للوصول اليه تخضع جميعها لقانون الدولة التي تتم بها هذه الاجراءات ، وهذا ما نصت عليه المادة (28) من القانون المدني العراقي والتي نصها " قواعد الاختصاص وجميع الاجراءات يسري عليها قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى أو تباشر فيها الاجراءات " ، وتقابلها المادة (22) من القانون المدني المصري والتي جاءت متطابقة ، وخلاصة القول ان القانون الواجب التطبيق الذي يحكم موضوع الاحتجاج ، وهل هو ضرورة في حالة رفض المسحوب عليه القبول أو الوفاء ، هو قانون محل الرفض وبمعنى آخر قانون وجود المسحوب عليه .

ونأتي على السؤال المهم ألا وهو هل من الممكن تطبيق الاحكام التي تقدم ذكرها على الاوراق التجارية الالكترونية . وهل من الممكن عمل الاحتجاج على الاخيرة ، وبالتالي الى امكانية الرجوع على من التزم بالورقة التجارية الالكترونية ، بمعنى ادق ، هل تختلف الاحكام بين الاوراق التجارية التي تحكم مسألة الاحتجاج والرجوع عن تلك التي تحكم الاوراق الالكترونية . ام توجد طرق بديلة يتم اللجوء اليها في حالة وجود فراغ تشريعي .

---

(2) د هشام صادق ، تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول ، مصدر سابق ، ص846 ، د محسن شفيق ، القانون التجاري المصري ، الأوراق التجارية ، مصدر سابق ، 1167

(1) د. هشام صادق تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادئ والحلول ، مصدر سابق ، 385 ، د منصور مصطفى منصور ، مذكرات في القانون الدولي الخاص ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1957 ، ص179

للإجابة على هذه التساؤلات ، ولإيجاد الحلول للإشكاليات التي تتولد نتيجة التعامل بالأوراق التجارية الالكترونية عن طريق الشبكة العنكبوتية ، نقول في حالة عدم اتفاق الاطراف على قانون محدد يحكم تصرفاتهم فسنواجه صعوبة في تحديد ذلك القانون ، لاسيما ان التعامل بالأوراق التجارية الالكترونية يمتاز بالصفة الدولية لأن منذ البدء اعتبرت الشبكة العنكبوتية شبكة دولية ، ولا تستقل بها دولة معينة ، لذلك الاشخاص الموجودين في الشبكة سوف يكتسبون الصفة الدولية عند دخولهم الى هذا العالم ، فضلاً عن ان الشبكة العنكبوتية الغت الحدود الجغرافية بين الدول والتي تعد هي الاساس الذي من خلاله يتم معرفة القانون الواجب التطبيق اذا ما كان احد الاطراف من خارج الحدود ، لذلك يتطلب ايجاد حلول توائم الطبيعة الالكترونية في العالم اللامادي [330] .

دعي البعض الى طرق بديلة في الوصول الى القانون الواجب التطبيق على الاوراق التجارية بصورة عامة وعلى العمليات الصرفية التي تتطلبها من مثل الاحتجاج والرجوع ، وهذه الطرق تتمثل لدى البعض بالمفاوضات الالكترونية وكذلك الوساطة والتحكيم الالكتروني ، في حين ذهب البعض الاخر عن البحث عن قانون دولي خاص يتم تطبيقه على المعاملات الالكترونية ، ويعتبر الاخير مجموعة من العادات والاعراف التي نشأت بصورة تلقائية ولم تصدر من سلطة رسمية ، وانما جاءت بصورة عفوية من قبل مجموعة يطبقونها فيما بينهم ويعتبرونها ملزمة ، ويسمى هذا القانون بالقانون التلقائي النشأة .

ففي حالة عدم الوفاء أو القبول في الاوراق التجارية الالكترونية عندما يتقدم الحامل وارسالها الى المسحوب عليه لاستيفاء قيمتها ، ورفض الاخير ، فهنا يكون الاتفاق بين اطراف الورقة التجارية على ان يتم الرجوع بدون عمل الاحتجاج ، لان بيان عمل الاحتجاج بيان اختياري ، فهنا بإمكان بنك الحامل من مطالبة بنك الساحب ، عن طريق النظام المعلوماتي ، لان وكما بينا سابقا العلاقة بين الساحب والمستفيد وكذلك الملتزمين يتطلب ان يتواجد لديهم حسابات في نفس بنك الساحب ، أوفي بنوك اخرى مرتبطة فيما بينها وخاضعة لسلطة البنك المركزي ، فعند الرفض يذهب القاضي للبحث عن القانون الواجب التطبيق الذي تم تحديده من قبل الاطراف بصورة اولية ، فالورقة التجارية الالكترونية لا يستوجب عمل احتجاج ، ولذلك بالإمكان اعفاء الاطراف من هذا الاجراء ، وبالتالي يتمكن الحامل من الرجوع دون عمل احتجاج .

أما الاشكاليات التي تتعلق بالمكان الذي تتنقل فيه الورقة التجارية الالكترونية بالتداول ، فبالإمكان الرجوع الى قواعد القانون الدولي الخاص ليتم تحديد القانون الذي يحكم الورقة التجارية الالكترونية ، وحدد قانون التوقيع الالكتروني العراقي النافذ المكان الذي تتم به تحرير الورقة التجارية الالكترونية ، حيث عد الورقة مرسلة من المكان الذي يوجد فيه مقر عمل المرسل ، وتم استلامها في مكان وجود المرسل اليه – والذي هو في الغالب مصرف - وبالتالي يكون قانون التوقيع الالكتروني قد اوجد حلاً لاهم مشكلة في الدولي الخاص وهي قواعد الاسناد ، فإذا ما تم ازالة عقبة ضابط الإسناد المتعلق بالمكان وتم تحديده ، ستكون المعاملات الالكترونية ومن ضمنها وسائل الدفع الالكترونية قد خاضعة لقواعد القانون الدولي الخاص [331]، وبالتالي امكانية تحديد القانون الواجب التطبيق على العمليات التي تجري على الاوراق التجارية

---

(1) د . بلال عبد المطلب بدوي ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ، مصدر سابق ، ص 147 .

(1) محمد مجيد كريم ، النظام القانوني للحوالة التجارية الالكترونية ، مصدر سابق ، ص 241 وما بعدها .

الالكترونية - ومنها الاحتجاج والرجوع – وهذا ما نصت عليه المادة (21) من قانون التوقيع الالكتروني النافذ [332] .

ومن الجدير بالذكر هنا ان التعامل بالأوراق التجارية الالكترونية يتم بصورة اختيارية فللأطراف ان يختاروا الوسيلة التي تناسبهم في الوفاء ، فإذا ما وقع اختيارهم على الاوراق التجارية الالكترونية وبعد ان تم التعرف على مكان الارسال والاستلام ، فهنا للأطراف ايضا اختيار القانون الواجب التطبيق ما بين قانون مكان الارسال وقانون مكان الاستلام ، وهذا ما بينه المشرع في عجز الفقرة اولا من المادة (21) بالقول " مالم يكن الموقع والمرسل اليه قد اتفقا على غير ذلك " . وتقابلها المادة (15) من قانون الاونسيترال النموذجي للتجارة الالكترونية .

ولعمل الاحتجاج اهمية كبيرة لكي تتحقق عملية الرجوع ، واوكل المشرع العراقي في قانون التجارة النافذ هذه المهمة الى الكاتب العدل ، فإذا ما اراد الحامل عمل احتجاج عدم قبول أو عدم وفاء لابد ان يتم من خلال جهة تصديق الكترونية ، وهذه الجهة وان اختلفت تسمياتها فإنها تقوم بإصدار وثيقة تثبت فيها نسبة التواقيع الى اصحابها وتثبت الاعتراضات وتصدر شهادة الكترونية ، وهذه الجهة هي الكاتب الالكتروني ، وبين ذلك المشرع العراقي في المادة (1 / رابع عشر) والتي نصها " جهة التصديق هي الشخص المعنوي المرخص له اصدار شهادات تصديق التوقيع الالكتروني وفق احكام هذا القانون " [333]، ويعتبر الكاتب العدل الالكتروني هو الوسيلة الفنية الامنة التي من خلالها يتم التحقق من صحة الاوراق التجارية الالكترونية ومواعيد استحقاقها ، ليتسنى من خلالها عمل الاحتجاج .

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على حالات فقدان الحق في الاوراق التجارية الالكترونية

تبقى ذمة المدين مشغولة الى حين انقضاء التزامه بالطرق القانونية المنصوص عليها في التشريعات وهي ، الوفاء والتجديد والمقاصة واتحاد الذمة والابراء والتقادم واستحالة التنفيذ ، وهذه الطرق التي رسمها المشرع لانقضاء الالتزام بينها المشرع العراقي في القانون المدني النافذ بالمواد من (399 – 434) .

أما قانون التجارة العراقي النافذ فقد بين بالمواد (111 – 114) الحالات التي تؤدي الى فقدان حق الحامل تارة اتجاه الساحب ، وتارة اخرى اتجاه بقية الملتزمين بالورقة التجارية ، والتشريعات التي نصت على فقدان الحق استهدفت الموازنة بين المراكز القانونية لأطراف الورقة التجارية من موقعين والساحب والحامل ، ويعتبر المسحوب عليه القابل هو المدين الاصلي بالورقة التجارية ، فليس له الدفع بسقوط حق الحامل ، وعلى الاخير القيام بالإجراءات

---

(2) انظر نص المادة (21) من قانون التوقيع الالكتروني العراقي " تعد المستندات الالكترونية قد ارسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل الموقع وانها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل اليه واذا لم يكن لأي منهما مقر عمل يعد محل الاقامة مقرا للعمل مالم يكن الموقع والمرسل اليه قد اتفقا على غير ذلك " .

(3) اختلفت التسميات بين الفقه والقانون الذي يطلق على جهة التصديق فاسماه المشرع العراقي جهة التصديق في المادة (14/1) اما البعض من الفقه العراقي ونؤيده أطلق عليه " الكاتب العدل الالكتروني " باعتباره الطرف الثالث في العلاقة التجارية ويهدف إلى زرع الثقة بين اطراف الورقة التجارية الالكترونية من خلال اصدار وثيقة الكترونية مصادقاً عليها من قبله ، تقابلها المادة (23) من قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 15 = =لسنة2004 والتي اسماها جهة التصديق الالكتروني ، اما المشرع الأردني فقد اطلق عليه اسم " مقدم خدمة الانترنت الالكتروني" .

التي نص عليها قانون التجارة ، ويسقط حقه اذا اهمل القيام بالإجراءات المطلوبة من احتجاج ورجوع .

وينقضي الالتزام ويمنع المستفيد من الرجوع على الملتزمين بمرور الزمن وهو ما يسمى بالتقادم ، فهنا بإمكان المدين ان يدفع بسقوط حق الحامل نتيجة لإهماله وعدم القيام بما يتطلبه القانون ، وكذلك يتمكن المدين من الدفع بالتقادم ومرور الزمان ، لأنها محكومة بمدد معينة .

وهنا يثار السؤال ما هو القانون الواجب الذي يحكم حالة فقدان الحامل لحقه في الاوراق التجارية ، واذ ما تم التوصل اليه هل من الممكن اعماله على الاوراق التجارية الالكترونية هذا من جهة ، ومن جهة اخرى ما هو القانون الواجب التطبيق على حق الحامل في حالة مرور الزمن في الاوراق التجارية – التقادم - ، وللإجابة على هذه التساؤلات يتطلب ان نقسم هذا المطلب الى فرعين ، سنعقد الاول لبيان القانون الواجب التطبيق على فقدان حق الحامل بالرجوع في الاوراق التجارية الالكترونية ، ونخصص الفرع الثاني لبيان القانون الواجب على فقدان الحق بسبب مرور الزمن وكالاتي :

الفرع الاول

القانون الذي يحكم حالة فقدان حق الحامل في الرجوع

يعد التعامل بين الاشخاص بالطرق الالكترونية سواء كان على مستوى ابرام العقود أو تنفيذها اختيارياً ، ولهم ايضا ان يتفقوا على وسيلة الدفع مادية أومن وسائل الدفع الالكتروني ، والتي تعد الاوراق التجارية الالكترونية احد هذه الوسائل ، حيث يتعلق الامر بأراداتهم فللشخص وكما بينا سابقاً ان يبرم ما شاء من العقود شريطة عدم مخالفتها للنظام العام .

والتعامل بالأوراق التجارية التقليدية يتطلب ان تكون هنالك ثلاثة اطراف ، اما الاوراق التجارية الالكترونية ، ولطبيعة المعاملة التي تتم عبر الشبكة العنكبوتية ، وباعتبار الاخيرة دولية فلابد ان تكون العلاقة في بعض الحالات بين اربعة اطراف وهم الساحب والمستفيد وبنك الساحب وبنك المستفيد ، هذا في الحالات التي لا يوجد للمستفيد حساب في نفس مصرف الساحب ، وهنا يقع على عاتق كل واحد من المتقدم ذكرهم التزامات لابد من القيام بها ، وبالتالي تترتب اثار على الاخلال بهذه الالتزامات تؤدي الى سقوط حق الحامل ، وهذا يعني ان فقدان الحق يدور وجوداً وعدماً مع التزامات العميل [334].

من ذلك يتضح استقلال العلاقات فيما بين الاطراف ، فالحامل بعلاقته بالمسحوب عليه بعد ان وضع توقيعه على الورقة التجارية بالقبول اصبح مديناً للحامل ، فإذا تمت المطالبة بالوفاء بمواعيد الاستحقاق واوفى المسحوب عليه انتهت حياة الورقة التجارية [335] .

وهنا تقع التزامات على الحامل لابد من القيام بها للحفاظ على حقه من السقوط ، فعندما يحين موعد الاستحقاق ولم يطالب الحامل بقيمة الورقة التجارية من المسحوب عليه ، ولم يباشر بالإجراءات التي يتطلبها القانون ، هنا سوف يفقد الحامل حقه في الرجوع على الملتزمين نتيجة اهماله أو تقصيره، ولتحقيق التوازن في العلاقة الصرفية بين الاطراف يجب عدم غض الطرف عن الاهمال الذي يساهم فيه الحامل ، لأنه مطالب بتنفيذ التزاماته [336] .

---

(1) د سعد علي احمد رمضان ، المسؤولية المدنية الناشئة عن الاخلال بالالتزام بالسرية ، دار النهضة العربية ، 2007 ، ص 69 .

(2) د فايز نعيم رضوان ، بطاقات الوفاء ، المطبعة العربية الحديثة ، القاهرة ، 1990 ، ص 185 .

(1) د يوسف احمد نعمة ، دفع المسؤولية بخطأ المضرور ، مطبعة دار التأليف ، القاهرة ، 1991 ، ص 25 .

فإذا اهمل المستفيد من القيام بالالتزام المفروض عليه سوف يسقط الحق بالرجوع على الموقعين على الورقة التجارية جميعهم ، ولا يقف السقوط عند الحامل فقط ، وانما يمتد ليشمل بقية الموقعين على الورقة التجارية الذين تنطبق عليهم قاعدة الحلول ، التي بينها المشرع العراقي في المادة (379) من القانون المدني العراقي النافذ ، حيث ان الاشخاص الموقعين ملزمين بوفاء قيمة الورقة التجارية ، فهنا اذا اوفى احد الموقعين للحامل حل محله بالمطالبة بقيمة الورقة التجارية وترتب عليه الالتزام الذي كان على الحامل ، فلابد للحامل الجديد من القيام بالإجراءات التي ينص عليها القانون للحفاظ على حقه من السقوط [337].

وهذا مابيته اتفاقية جنيف لعام 1930 في المادة (53) المتعلقة بالأوراق التجارية ، حيث نصت في حالة انقضاء المدد القانونية ولم يتقدم الحامل لاستيفاء حقه ، فإن هذا الحق سيسقط بالنسبة للجميع من حامل ومظهر وكذلك الساحب ، ونص المادة هو " يسقط ما لحامل السند من حقوق اتجاه المظهرين وتجاه الساحب وغيرهم من الملتزمين ماعدا القابل بانقضاء المهل المعينة 1- لتقديم السند المستحق الاداء لدى الاطلاع أو بعد مهلة معينة من الاطلاع 2- لتقديم الاحتجاج لعدم القبول أو لعدم الوفاء 3- لتقديم السند للوفاء في حال اشتراط الرجوع بلا مصاريف ، واذا لم يقدم السند للقبول في المهلة التي اشترطها الساحب سقطت حقوق الحامل في الرجوع اعدم القبول أو لعدم الوفاء مالم يتبين من صيغة الشرط ان الساحب لم يقصد سوى اعفاء نفسه من ضمان القبول ، واذا كان المظهر هو الذي اشترط في تظهيره مهلة لتقديم السند للقبول جاز له وحده الاحتجاج بهذا الشرط "[338] ، والسقوط هنا عقوبة من قبل المشرع لإهمال الحامل بالواجبات المفروضة عليه ، والتي تؤدي الى فقدان حقه ، حيث وكما بينا سابقا ان الانسان حريص على امواله فلابد من القيام بواجباته للحفاظ على هذا الحق .

وبين المشرع العراقي الحالات التي يسقط فيها حق الحامل بإنتهاء المدد التي تم تحديدها في قانون التجارة العراقي النافذ في المادة (111 اولاً) والتي نصت " تسقط حقوق حامل الحوالة

---

(2) د محمدين عبد القادر محمد ، انقضاء الالتزام الصرفي بالسقوط والتقادم في قانون التجارة المصري ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2008 ، ص11 ، د فائق الشماع ، سقوط حق حامل الورقة التجارية ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، مجلد السادس ، العدد الاول ، المغرب ، 1987 ، ص 31 .

338- Art 53 ونص المادة (53) باللغة الفرنسية هو

Apre's l' expiration des de'lais fixe's=

=- pour la pre'sentation d' une letter de change a' vue ou a' un certain de'lai de vue ;

- pour la confection du prote't faute d' acceptation ou faute de paiement ;

- pour la pre'sentation au paiement en cas de clause de retour sans frais ;

- le porteur est de'chu de ses droits contre les endosseurs , contre le tireur et contre les autres oblige's , a' l' exception de l' accepteur .

A de' faut de pre'sentation a' l' acceptation dans le de'lai stipule' par le tireur , le porteur est de'chu de ses droits de recours , tant pour de'faut de paiement que pour de'faut d'eacceptation , a' moins qu'il ne re'sulte des termes de la stipulation que le tireur n'a entendu s' exone'rer que de la garantie de l' acceptation ".

Si la stipulation d' un de'lai pour la pre'sentation est contenue dans un endossement, l' endosseur, seul, peut s' en pre'valoir " .

تجاه المظهرين والساحب وغيرهم من الملتزمين ماعدا القابل بمضي المواعيد المعينة لإجراء ما يأتي أ – تقديم الحوالات المستحقة الوفاء لدى الاطلاع أو بعد مدة معينة من الاطلاع
ب – عمل احتجاج عدم القبول أو احتجاج عدم الوفاء
ج- تقديم الحوالة للوفاء في حالة اشتمالها على شرط الرجوع بلا مصاريف "

ومن نص المادة اعلاه يتضح انه لابد من مراعاة المدد التي بينها المشرع في المادة (73) من قانون التجارة العراقي وهي انه لابد من تقديم الورقة للقبول مرة ثانية في اليوم الذي يلي التقديم الاولي بعد طلب المسحوب عليه ، وكذلك وجوب تقديم الورقة التجارية المستحقة لدى الاطلاع خلال سنة من تاريخ الانشاء وكذلك بقية المدد في بقية الاوراق التجارية ، وعمل الاحتجاج بالمدة المحددة بموجب المادة (103) من قانون التجارة ، وينسحب الحال على المدد التي بينها المشرع والمتعلقة بالوفاء .

وبالمقابل ذهب المشرع المصري وحدد حالة سقوط حق الحامل المهمل بالمواد من (447 – 449) ، ونص المشرع على أربع حالات يسقط حق الحامل فيها ، وهي :

اولاً - اذا لم يتم تقديم الورقة المستحقة الوفاء لدى الاطلاع خلال مدة سنة.

ثانيا - اذا لم يبادر الحامل بعمل احتجاج عدم قبول فيكون هنا الحامل قد فقد حقه بالرجوع ويبقى له حق واحد هو الاحتجاج لعدم الوفاء ، يفهم هذا ان الحامل بإرادته تنازل عن هذا الحق ، والاستثناء الذي يذكر هنا هو لابد من عمل الاحتجاج لحفظ الحق بالرجوع عندما تكون الورقة التجارية المستحقة الدفع بعد مدة معينة من الاطلاع ، وكذلك اذا اشترط الساحب ان يتم تقديم الورقة للقبول في تاريخ محدد وهذا ما بينته المادة (448 / 2) من قانون التجارة المصري .

ثالثاً- ا ذا لم يبادر الحامل بعمل الاحتجاج لرفض المسحوب عليه الوفاء في الوعد المحدد .

رابعا - اذا اهمل الحامل تقديم الورقة التجارية في المواعيد المحددة في حالة وجود شرط الرجوع[339] .

ويثار التساؤل حول القانون الواجب التطبيق على فقدان حق الحامل تارة نتيجة اهماله وتارة اخرى نتيجة وجود قوة قاهرة منعته من المباشرة بالإجراءات التي تتعلق بالتقديم وعمل الاحتجاج ، ويذهب اغلب الفقه الى اعتماد القانون الذي حدد تلك المواعيد اللازم مراعاتها ، حيث ان التشريعات اختلفت في المدد المطلوبة للتقديم ، وبالتالي سوف يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي حددت المدة التي يستلزم مراعاتها للحفاظ على الحقوق من السقوط [340] .

وتأسيساً على ما تقدم وحسب ما يراه البعض من الفقه ، لمعرفة الجزاء المترتب على اهمال الحامل لعدم تقديمه الورقة التجارية بالمدد التي حددها المشرع ، يتطلب البحث عن القانون الواجب التطبيق في محل وفاء الورقة التجارية ، حيث ان قانون المحل هو الذي يحدد الجزاء على الاخلال بالالتزامات الملقاة على عاتق الحامل ، اما القانون الواجب التطبيق على عدم القيام بالأعمال الضرورية من احتجاج ومن ثم الرجوع فيتم تطبيق قانون محل الملتزم بها ، اما الجزاء الذي يترتب على اهمال الحامل الذي يؤدي الى اهدار حقه بإقامة الدعوى بمواعيدها

---

(1) د فوزي محمد سامي ، مقابل الوفاء في السفتجة ، مجلة القانون المقارن ، العدد (4،5) السنة الخامسة ، ص 1972

(2) د محسن شفيق ، القانون التجاري المصري ، مصدر سابق ، 1172 .

لفوات المدد المحددة فيتم تطبيق قانون المحل الذي انشأت به الورقة [341] . وهذا يعني الاخذ بمبدأ التعدد في القوانين التي يتم تطبيقها كلاً على حدة ، بمعنى يتم تطبيق قانون الارادة الذي اشارت اليه المادة (25) من قانون المدني العراقي وتقابلها المادة (19) من القانون المدني المصري، وهذا امر يؤدي الى عدم الانسجام وكذلك يقلل الثقة بالتعامل بالأوراق التجارية لأنه يتطلب علم الاطراف بجميع القوانين بالقوانين ،وهذا في غاية التعقيد وتتنافى مع هدف الاوراق التجارية والسرعة في التداول .

ومن الجدير بالذكر ان الفقه اختلف في اعتبار الاحتجاج والرجوع من مسائل الشكل أو الموضوع ، فتارةً يورد البيانات الخاصة لأنشاء الاوراق التجارية من قبيل الشكل ، وتارةً يوردها من قبيل الموضوع ، ولما في ذلك من تأثير في تحديد القانون الواجب التطبيق ، فالمسائل الشكلية تخضع لقانون محل انشاء التصرف ، أما المسائل التي تتعلق بمسائل الموضوع فتخضع لقانون محل التنفيذ ، ولم يتفق الفقه على تحديد البيانات الخاصة بالشكل تحديداً حصرياً ، اما قانون التجارة العراقي وفي المادة (48/ أولاً) فقد اخضع المسائل المتعلقة بالشكلية لقانون الدولة التي نشأت فيها ، وهذا ينطبق مع القاعدة التي تقول " قانون محل الابرام يحكم شكل التصرف " ، وهذه تأتي متطابقة مع نص المادة (387 /1) من قانون التجارة المصري ، وهذا يأتي منسجما مع اتفاقية جنيف الخاصة بتنازع القوانين في الاوراق التجارية حيث نصت المادة (8) من الاتفاقية على ان " يخضع شكل الاحتجاج ومهل اجرائه وكذلك شكل الاجراءات الاخرى اللازمة لاستعمال أو لحفظ الحقوق المتعلقة بالكمبيالة والسند للأمر لقوانين الدولة التي يجب تنظيم الاحتجاج او إتمام الاجراءات في اقليمها "[342] .

ونذهب مع البعض من الفقه باتجاه مغاير للآراء المتقدم ذكرها ، حيث ان القانون الواجب التطبيق الذي توصلنا الى تطبيقه على الاحتجاج والرجوع وكذلك اقامة الدعوى والاجراءات المتبعة سيكون قانون الدولة التي صدرت فيها الورقة التجارية ، لأن الشكلية تخضع لقانون بلد الابرام ، وهذا ما بينه المشرع العراقي في المادة (26) ، وهنا ولنفس الاسباب سيكون القانون الواجب التطبيق على فقدان حق الحامل كجزاء لإهماله بسقوط حقه في المطالبة ، لقانون محل الدولة التي يتم فيها الوفاء ، وبهذه الحالة سيكون القانون الواجب التطبيق الذي يتم به مراعاة الحقوق منذ نشأتها الى وفائها مروراً بالاحتجاج والرجوع ومن ثم مراعاة اجراءات اقامة الدعوى هو من حصة قانون دولة الوفاء في حالة اكتساب الورقة التجارية هذه الصفة واعتبارها صحيحة [343] .

وقد عالج المشرع العراقي حالة القوة القاهرة التي تمنع الحامل من القيام بالإجراءات المطلوبة منه للحفاظ على حقه من السقوط دون تعد منه أو إهمال ، في المادة (112) من قانون التجارة العراقي حيث بينت الفقرة الأولى من المادة اعلاه " اذا حالت قوة قاهرة دون تقديم الحوالة أو عمل الاحتجاج في المواعيد المقررة لذلك فتمتد هذه المواعيد " [344]، والذي نريد ان

---

(1) (y.) Loussouarn et (J – D) Bredin , Dariot du commerce international, op cit , no, 477، ود محسن شفيق ، القانون التجاري ، المصدر نفسه ، ص 1173.

(2) انظر نص المادة (48 / اولاً) من قانون التجارة العراقي والتي نصت على ان " يخضع شكل الحوالة الى قانون الدولة التي تم تنظيمها فيها . ومع ذلك لا تعتبر الحوالة باطلة لعيب في الشكل متى روعي فيها الشكل الذي يتطلبه القانون . وتقابلها المادة (387/ 1) من قانون التجارة المصري .

(1) د نايف عبد العال الفرا ، تنازع القوانين في الأوراق التجارية ، مصدر سابق ، ص 612 .

(2) انظر نص المادة 448 من قانون التجارة المصري والمادة (511) من قانون التجارة الفرنسي .

نبينه هنا ، ان اغلب التشريعات جاءت متفقة باعتبار هذا الظرف الخارج عن ارادة الحامل يعد عذراً مخففاً يستوجب مراعاته ، ولكن المشرع لم يجعلها مطلقة ، بل قيد القوة القاهرة بشروط ، وهي يجب على الحامل عند انتهاء هذا المانع ان يباشر بالإجراءات المطلوبة منه في حالة الظروف الطبيعية ، من عمل احتجاج اذا كان مشروطاً أو تقديم الورقة التجارية للوفاء أو للقبول دون تأخير .

واختلفت التشريعات في تحديد الظروف التي تعد من القوة القاهرة فقد نص المشرع العراقي في المادة (146 / 2) من القانون المدني العراقي والمادة (112/ سادساً) من قانون التجارة العراقي حيث نصت " لا يعتبر من القوة القاهرة الامور المتعلقة بشخص حامل الحوالة أومن كلف بتقديمها أو بعمل الاحتجاج " ، ومن حلال قراءة النصوص اعلاه يتبين ان الامور التي تحث للشخص بصفته الشخصية لا تعد من القوة القاهرة وانما يكون المعيار موضوعي ، ومن هنا جاء الاختلاف ، وبالتالي هذا الاختلاف ينسحب على القانون الواجب التطبيق على الورقة التجارية .

فالتشريعات التي تأخذ بالمذهب الانكلوسكسوني ، تعد القوة القاهرة التي تمنع الحامل من القيام بالأعمال المطلوبة منه ومراعاة المدد القانونية ، لها تأثير يتطلب مراعاته ، ولكن بشرط ان يباشر الحامل بالإجراءات عند زوال هذه القوة ، اما الفقه اللاتيني والتشريعات التي تأثرت به فأجازت للحامل الرجوع على الموقعين من دون عمل احتجاج أو القيام بالإجراءات الاخرى ، وهذا ما نصت عليه المادة (112/ رابعاً) " اذا استمرت القوة القاهرة اكثر من ثلاثين يوماً محسوبة من يوم الاستحقاق ، جاز الرجوع على الملتزمين دون الحاجة الى تقديم الحوالة أو عمل احتجاج إلا اذا كان حق الرجوع موقوفاً لمدة اطول من ذلك بمقتضى القانون " [345] .

وهذا الاختلاف بالمفاهيم المتقدم ذكرها انسحب على القانون الواجب التطبيق ، فالتشريعات التي اخذت بالاتجاه الانكلوسكسوني وتأثرت به اخذت بقانون محل الاصدار ، وتم انتقاد هذا الاتجاه لأنه يؤدي الى تطبيق قانون غير قانون الاطراف وبالتالي لا تربطهم به اي صله سوى انه قانون الساحب ويعتبر هذا القانون بعيد عنهم وقد يحتاج الى معرفة وربما يكون بلغة غير لغة الموقعين وهذا لا ينسجم مع ماتتطلبه الورقة التجارية ويؤدي بالنتيجة الى العزوف عن الاوراق التجارية .

أما التشريعات التي اخذت بالاتجاه اللاتيني فأن القانون الواجب التطبيق يتطلب ان نميز بين فرضين ، الاول يتم تطبيق قانون الدولة التي تتم بها اجراءات تقديم الاحتجاج ، لأنه القانون الاقرب للحامل حيث كان المطلوب من الحامل القيام بأجراء معين لكن حالت دون ذلك القوة القاهرة ، اما القانون الواجب التطبيق المتعلق بمراعاة المدد المتعلقة بتقديم الورقة التجارية للوفاء فهو قانون الوفاء ، والقانون الواجب التطبيق على الاحتجاج والمدد المتعلقة به فيتم تطبيق قانون المحل الذي يتم فيه الاحتجاج ، فهنا اذا كان القانون الواجب قد اعطى للقوة القاهرة الاستثناء

---

(1) تقابلها المادة (448 / 4) من قانون التجارة المصري ،حيث جاء نص المادة مطابق لنص المادة (112 / رابعا) من قانون التجارة العراقي النافذ ويقابلها الشطر الاول من المادة (511 / 50) من قانون التجارة الفرنسي والتي نصها باللغة الفرنسية " Quand la pre'sentation de la letter de changeou la confection du prote't dans les de'lais prescrits est empe'che'e par un obstacle insurmountable tel quela prescription le'gale d'un Etat quelconque ou tout autre cas de "force majeure , ces de'lais sont prolonge's ."

بشأن المدة ، استلزم سحبها على جميع من وقع على الورقة التجارية ، اما الفرض الثاني فينظر اذا كانت هنالك شروط يستوجب من الحامل التقيد بها عند وجود القوة القاهرة ، فيجب هنا تطبيق قانون كل ملتزم بصورة منفردة [346].

واذا ما سحبنا الكلام على التعاملات الالكترونية والاوراق التجارية الالكترونية فما هو القانون الواجب التطبيق في حالة سقوط حق الحامل المهمل وكذلك في حالة وجود قوة قاهرة ، هنا نود ان نبين ، بما ان قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية اجاز التعامل بالأوراق التجارية بصورة الكترونية وذلك في المادة (اولاً / ب ، ج) حيث نصت الفقرة (ب) " تسري احكام هذا القانون على المعاملات التي يتفق اطرافها على تنفيذها بوسيلة الكترونية " أما الفقرة (ج) من نفس المادة فبينت سريان القانون على الاوراق التجارية الالكترونية ، ومن ذلك نستطيع القول ان اهمال الحامل وعدم قيامه بالإجراءات التي يتطلبها القانون ، يعد طريقا لفقدان الحق وسقوطه سواء كان في الاوراق التجارية التقليدية أو الالكترونية وبالتالي تنطبق نص المادة (23 / ثانياً) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي والتي نصها " تسري احكام الاوراق التجارية والمالية الورقية المنصوص عليها في القانون على الاوراق التجارية والمالية الالكترونية ، وبما ينسجم وأحكام هذا القانون " ، فهنا الحامل المهمل سوف يحرم من الرجوع على الملتزمين ، لان ما يسري على الاوراق التقليدية يسري على الاوراق الالكترونية .

أما فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق بالنسبة للحامل المهمل ، وبما ان تواجد الاطراف في العالم الافتراضي ، والملتزمين بالأوراق التجارية يعرفون مسبقا محل الوفاء ، وهو قانون البنك الذي يوجد فيه مقابل الوفاء ، حيث ان التعامل بالوراق التجارية الالكترونية يستلزم ان يكون للمتعاملين حساباً في البنك ليتم الوفاء عن طريق نقل مبلغ الورقة التجارية الالكترونية من حساب الملتزم الى حساب المستفيد – الحامل – فإذا ما اهمل الاخير القيام بالإجراءات المطلوبة منه من تقديم الورقة للقبول والوفاء وعمل احتجاج ، وهذه كلها ممكنة في الاوراق التجارية فسيكون القانون الواجب التطبيق هو قانون محل الوفاء ، لان الاخير هو من يتطلب عمل احتجاج من عدمه ، زد على ذلك وكما بينا سابقاً ان التعامل بالأوراق التجارية الالكترونية اختياريا ، لذلك سوف تكون ارادة الاطراف حاضرة في اختيار القانون المناسب الذي يتفقون عليه ، لما فيه من وحدة الحل .

اما القانون الواجب التطبيق في حالة لم يكن هنالك اهمال من قبل الحامل في الاوراق التجارية وهل من الممكن حدوث قوة قاهرة ، نجد ان الاخيرة تختلف في العالم المادي عن العالم الافتراضي ، حيث نجد ان الحالات التي تعد من قبيل القوة القاهرة مثل الفيضانات والحرائق والاوبئة ، لاتعد كذلك في العالم الافتراضي ، وبالتالي ليس لها وجود ومنعدمة في العالم الاخير ، ولكن قد تحدث ظروف طارئة لم يكن بالوسع توقعها مثل انقطاع شبكة الانترنت مثل ما حصل في الآونة الاخيرة ، لم يتطرق المشرع الى هذه الحالات مما يولد فراغ تشريعي يتطلب النص عليه عند تشريع قانون جديد يراعي فيه حقوق الاطراف عند حدوث مثل هذه الانقطاعات مما يسبب اشكاليات يتطلب التصدي لها ، وهنا نجد تطبيق القانون الذي يختاره الاطراف ليضع حلاً لهذه الاشكاليات ، ويعد ذلك من انسب الحلول لأنه يلبي رغبة المتعاملين بالأوراق التجارية الالكترونية .

---

(1) د عكاشة عبد العال ، قانون العمليات المصرفية – دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية ، الطبعة الاولى ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2007 ، ص 53 .

الفرع الثاني

القانون الذي يحكم حالة فقدان حق الحامل بسبب التقادم

يعد التقادم بصورة عامة الوسيلة التي تؤدي الى اكتساب الحق أو فقدانه ، ويختلف التقادم من دولة الى اخرى باختلاف التشريعات التي تتبعها تلك الدول عند تنظيمها احكام التقادم ، وتحصل الاختلافات بين التشريعات من حيث المدة وكذلك بقية الاحكام المترتبة عليه [347] . وينقسم التقادم الى نوعين تقدم مكسب وهو خارج نطاق دراستنا ، وتقادم مسقط .

والتقادم المسقط هو مضي المدة التي حددها القانون ، و بانتهاء هذه المدة يزول حق الحامل بالمطالبة بالدين الذي كان له على المدين قبل ان تنقضي المدة ، ويرى البعض ان التقادم يؤدي الى نتائج قانونية جديدة ، فعند عدم مطالبة الدائن بحقه وسكوته ضمن المدة التي حددها القانون سوف يعطي الحق للمدين بعدم الوفاء واعفائه من الالتزام ، وهذا وضع قانوني جديد تغير فيه مركز المدين ، والتقادم المكسب يشترك مع التقادم المسقط بمضي المدة ، إلا ان الاخير يكون بوضع سلبي وهو عدم مطالبة الدائن بالحق الذي له على المدين ، وهذا ما بينه المشرع العراقي في المادة (429) من القانون المدني العراقي والتي نصت " الدعوى بالالتزام أياً كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة مع مراعاة ما وردت فيه احكام لاسيما " ، وتقابلها المادة (374) من القانون المدني المصري ، حيث بينت ان الالتزام ينقضي بمرور خمسة عشر سنة ، اما القانون الفرنسي فقد بين في المادة (2219) على ان التقادم المسقط هو عقوبة للحامل نتيجة عدم مراعاته المدد القانونية ، ونص المادة هو " ان التقادم المسقط هو وسيلة لإسقاط حق ناتجه عن عدم تصرف صاحبه خلال فترة زمنية معينة" .

اما قانون التجارة العراقي النافذ فقد بين موضوع سقوط الحق بسبب التقادم ، والمدد التي يجب على الحامل مراعاتها إلا سقط حقه بالرجوع بسبب مضي المدة ، والمدد تختلف بين الاوراق التجارية من الحوالة والكمبيالة والصك ، فقد نصت المادة (132) من قانون التجارة العراقي النافذ على ما يأتي " **أولاً** - تتقادم الدعوى الناشئة عن الحوالة تجاه قابلها بمضي ثلاث سنوات من تاريخ الاستحقاق[348].**ثانياً** تتقادم دعاوى الحامل تجاه المظهرين أوالساحب بمضي سنة من تاريخ الاحتجاج المحرر في الميعاد القانوني أومن تاريخ الاستحقاق اذا اشتملت على شرط الرجوع بلا مصاريف. **ثالثا** تتقادم دعوى المظهرين تجاه بعظهم البعض أواتجاه الساحب بمضي ستة اشهر من اليوم الذي اوفى فيه المظهر الحوالة أومن يوم اقامة الدعوى عليه " .

وبذلك يكون المشرع العراقي قد حدد المدة التي يجب مراعاتها من قبل المستفيد ، وإلا سقط حقه بمضي هذه المدد واختلفت المدد التي تتقادم فيها الاوراق التجارية بحسب نوع الورقة التجارية ، وكذلك حسب العلاقة بين الملتزمين بالورقة التجارية [349].

---

(1) د. اشرف وفا محمد ، تنازع القوانين في مجال التقادم ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006 ، ص 7 .

(1) تقابلها المادة (465) من قانون التجارة المصري والتي جاءت بنص متطابق

(2) تسري المدد القانونية لسقوط الحق بالتقادم اتجاه القابل بمضي ثلاث سنوات ، ودعوى الحامل تجاه المظهرين بمدة سنة ، اما المظهرين بعظهم اتجاه البعض الاخر أو اتجاه الساحب فتتقادم بعد مرور ستة اشهر هذا بالنسبة للحوالة ، ويسري على الكمبيالة نفس مواعيد التقادم السارية على الحوالة ، وهذا ما بينه المشرع

وتختلف مدد التقادم المتعلقة بالشيك عن بقية الاوراق التجارية – السفتجة والكمبيالة – فقد بينت المادة (175) من قانون التجارة العراقي على تقادم دعاوى الشيك [350] ، والسؤال هنا هو ما هو القانون الواجب التطبيق على سقوط حق الحامل بانقضاء المدة – التقادم – هذا من جهة ، ومن جهة اخرى هل من الممكن تطبيق هذا القانون على الاوراق التجارية الالكترونية .

و التقادم يعنى به مضي المدة كما بينا سابقا ، وهو يهدف الى تحقيق مصالح الاطراف ، الحامل والساحب والمسحوب عليه وبنوك كلا الاطراف ، والمصلحة التي يستهدفها التقادم من جهة المدين حتى لا يبقى تخت رحمة الدائن الذي قد يفاجئه في تقديم الاوراق التجارية ، فلذلك حدد اوقات معينة يستوجب منه ان يقدمها ، وبذلك يتحرر كلا من المسحوب عليه وبقية الملتزمين ، ومن خلال هذه الامر يتم البحث عن القانون الواجب التطبيق سيكون قانون موطن المدين هو الذي يتم تطبيقه على مسألة التقادم ، لأنه يراعي مصلحة المدين [351] ، ومن جهة اخرى اذ اعتبرنا ان الدائن قد تنازل ضمنيا عن حقه في الاوراق التجارية بعدم تقديمها للوفاء ، فهنا يتم تطبيق قانون الحامل ، ومن الممكن تطبيق قان القاضي باعتباره اقرب القوانين للإجراءات ، وبذلك يختلف القانون الواجب التطبيق على التقادم حسب المصلحة .

ذهب البعض الى ان القانون الواجب التطبيق على التقادم لعدم مراعاة الممدد التي تطلبها القانون ، الى اعتماد قانون موطن المدين ، لأنه يتناغم مع القاعدة التي تتبنى اخضاع الدين لقانون المدين هذا من جهة ، ومن جهة اخرى في التقادم ينقضي حق الحامل لان الحق متمركز في موطن المدين [352] .

أما البعض الاخر فذهب باتجاه تطبيق قانون محل الوفاء على اعتباره القانون الذي يتضمن جميع الالتزامات والاجراءات التي يستلزم الحامل القيام بها ، ومن ضمنها التقادم ، ويذهب اغلب الفقه الفرنسي الى القول ان التقادم الصرفي يخضع لقان محل تحرير الورقة التجارية ، وحجتهم في ذلك ان هذا الرأي يأتي منسجما مع نص المادة الخمسة من اتفاقية جنيف لعام 1930 والمادة سادسا من اتفاقية جنيف لعام 1931 المتعلقة بالصك ، حيث نصت المادة (5) من الاتفاقية لاسيما بتسوية حالات تنازع القوانين المتعلقة بالأوراق التجارية على الاتي " يخضع تحديد مهل استعمال دعوى الرجوع بالنسبة لجميع الموقعين لقانون المكان الذي انشئ فيه السند " ، ومن خلال النص اعلاه المتعلق بالكمبيالة والسفتجة يتبين ان القانون الواجب التطبيق هو قانون محل الانشاء ، اما المادة (6) من الاتفاقية لاسيما بالقانون الواجب التطبيق المتعلقة بالشيكات على الاتي " يخضع تحديد مهل استعمال دعوى الرجوع بالنسبة لجميع الموقعين لقانون المكان الذي

العراقي في المادة (135) من قانون التجارة العراقي النافذ ، حيث نصت بصورة صريحة على سريان الاحكام المتعلقة بالحوالة على الكمبيالة .

(1) نصت المادة (175) من قانون التجارة العراقي على ما يلي **اولاً** " تتقادم دعوى رجوع حامل الشيك على الساحب والمظهرين وغيرهم من الملتزمين بدفع قيمته بمضي ستة اشهر من انقضاء ميعاد تقديمه **ثانياً** تتقادم دعوى رجوع الملتزمين بعضهم على البعض الاخر بمضي ستة اشهر من اليوم الذي اوفى فيه الملتزم قيمة الشيك أومن يوم مطالبته قضائياً بالوفاء " وتقابلها المادة)531) من قانون التجارة المصري .

(2) د عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الاول ، نظرية الالتزام بوجه علم ، منشورات الحلبي ، بيروت ، 2000 ، 748 .

(3) د هشام صادق ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص 375 ، د عز الدين عبدالله ، القانون الدولي الخاص ، ج 2 ، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1986 ، 469 .

انشئ فيه الشيك " [353]، وبذلك اخضعت هذه المادة مدد التقادم كما في السفتجة والكمبيالة الى قانون محل الانشاء ، وبمعنى آخر ان قانون محل انشاء الاوراق التجارية هو الذي يحكم مدد التقادم [354] .

وللدائن ان يتخلص من موضوع التقادم وسقوط حقه بمضي المدة بأن يحرص على تقديم الاوراق التجارية المستحقة في مواعيدها ويعمل الاجراءات القانونية في حالة الرفض ، وذلك يسهم في استقرار الحقوق ، وبين القانون المدني الفرنسي في المادة (511 / 71) من قانون التجارة لسنة 2000 التقادم قرينة على الوفاء [355].

ونصت المادة (221) من نفس القانون على " يخضع التقادم المسقط للقانون الذي يخضع له الحق المتعلق به " ، بمعنى ان القانون الواجب التطبيق هو قانون محل وجود الحق – مقابل الوفاء – وهو قانون المدين عندما يضع قبوله على الورقة التجارية أو عند الاستحقاق ، وهنا يعتبر البنك هو المسحوب عليه وتخضع مدد التقادم الى نفس القانون .

ونذهب مع البعض من الفقه الذي يرى ان القانون الواجب التطبيق هو القانون الذي يحكم الالتزام ويكون متصلا بالحق وهو قانون محل الوفاء ، وتبرير ذلك ان هذا القانون يجعل الدائن على علم بالقانون الذي يطبق عليه عند الاستحقاق ، ويطمئن الحامل بالحفاظ على حقه ، ويجنبه الضياع فيما اذا خضع لقانون موطن المدين ، وغير هذا الاخير موطنه ، وكذلك يحقق مبدأ وحدة القانون[356] .

أما القانون الواجب التطبيق على التقادم لمرور الزمان في الاوراق التجارية الالكترونية ، فقد خلا قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي النافذ من بيان ذلك ، ولكن القانون الاخير اشار في المادة (23) في الفقرة ثانياً على سريان احكام الاوراق التجارية التقليدية على الاوراق التجارية الالكترونية ، ولتطبيق ذلك لابد ان نبين الاتي :

يتم التعامل بالأوراق التجارية الالكترونية بصورة اختيارية ، وهذا من شأنه ان يقلل التعقيدات التي تحصل اثناء رحلة الورقة الالكترونية – ان صح التعبير – وانتقالها عبر الشبكة العنكبوتية وتداولها ، حيث على الاغلب يحصا اتفاق بين الاطراف على ان تكون وسيلة الدفع هي الاوراق التجارية الالكترونية ، لان ذلك يقلل من كاهل الاشخاص وييسر عليهم عملية الوفاء دون

---

(1) واخذ المشرع المصري بهذا الاتجاه في المادة (22) من القانون المدني .

(2) عبد الحكيم محمد عثمان ، النظام القانوني الموحد للكمبيالات والسندات الاذنية الدولية في اتفاقية الامم المتحدة نيويورك لعام 1988 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1995 ، ص 332

(3) - L 511 -71 نص المادة(511/ 71) من قانون التجارة الفرنسي باللغة الفرنسية هو

" Le payeur par intervention acqiert les droits re'sultant de la letter de change contere celui pour lequel il paye'et contre ceux qui sont tenus vis- a'- de ce dernier-- -- en vertu de la lteere de change . toutefois, il ne peut endosser la letter de change a' nouveau .

Les endosseurs poste'rieurs au signataire pour qui le paiement a eu lieu sont libe're's En cas de concurrence pour le payment par intervention, celui qui ope're le plus de libe'ration est pre'fe're'. Celui qui intervient, en connaissance de cause= =contrairement a' cettere'gle, perd ses recours contre ceux qui auraient e'te libe're's."

(1) د . عكاشة عبد العال ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، 363 .

الحضور المادي ، وبنا ان الاوراق التجارية لها مواعيد استحقاق يستوجب مراعاتها، وبما ان التعامل يكون لا مادياً عبر الفضاء الالكتروني ، وبوجود البنوك الالكترونية، فهنا سوف يقوم الحمل بأرسال الورقة التجارية الى البنك الخاص به ، ومن ثم يقوم البنك بمراسلة بنك الساحب لاستيفاء القيمة ، ولا يوجد اشكال في ذلك .

ولكن المشكلة تظهر عند مضي المدة المحددة للوفاء أو للقبول . وبقاء الورقة التجارية الالكترونية لدى الحامل ، لأنها ستكون تحت سيطرته ، وعند عدم ارساله للورقة ضمن المدد المحددة ، سوف يرتكب خطأ ويكون هو المسؤول عن الاخير ، وعند البحث عن القانون الواجب التطبيق لا نجد ما يسعفنا سوى المادة (23 / ثانياً) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية ، وهنا سوف يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون محل الوفاء ، لأنه يكون اكثر الماما بالقوانين والتعليمات ويراعي المدد القانونية التي تحقق مصالح كلا الاطراف ، وهنا الحامل بخطئه يكون قد فقد حقه لعدم مراعاته المدد القانونية ، اما الاشكاليات التي تتعلق بإجراءات اقامة الدعوى لمرور الزمن ، وهل يحق للقاضي التدخل ام يتطلب دفع قبل الاطراف (357).

و زد على تلك الاشكاليات تحديد القانون الواجب التطبيق في ظل وجود الشبكة العنكبوتية، وعند العودة الى المادة (23) من قان التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي ، نجد انها توجهنا الى تطبيق القواعد التقليدية ، والاخيرة قائمة على مرتكزات مادية ملموسية مثل الحدود الجغرافية وغيرها ، واذا ما طبقنا القواعد المادية على الاوراق التجارية الالكترونية ومنها سقوط حق الحامل بالتقادم ، نجد لها مجالاً للتطبيق لان الاخير يتعلق بشخصية المستفيد ومدى حرصه على حقوقه ، حيث بإمكانه القيام بالعملية دون تكليف وانما تتم بضغطة زر يتم من خلالها ارسال الورقة التجارية الى البنك الذي يتعامل معه ، وهنا سوف يكون القانون الواجب التطبيق قانون البنك - المدين – ونعني به المسحوب عليه ، لان الاخير عبارة عن مؤسسة خاضعة الى تعليمات لابد من مراعاتها . ويعتبر مكان محل الحق .

نموذج للورقة التجارية الالكترونية

الخاتمة

تعد الاوراق التجارية بصورة عامة والاوراق التجارية الالكترونية بصورة خاصة ، احدى وسائل الدفع التي اجازت اغلب التشريعات التعامل بها لما تقدمه من مميزات الى المتعاملين بها ، وتعد الاوراق التجارية الالكترونية بأنواعها الثلاث السفتجة والكمبيالة والصك البديل المكافئ للأوراق التجارية التقليدية ، حيث ان ظهور الاولى جاءت نتيجة الحاجة والتطورات الكبيرة وتغير التعاملات التجارية بصورة عامة من التجارة التقليدية الى التجارة الالكترونية لما تمتاز به من السرعة في التعاملات وتوفير الجهد والمال .

ومن خلال هذه الدراسة توصلنا الى مجموعة استنتاجات ترتب عليها مجموعة من التوصيات ويتم توضيحها خلال فقرتين ، لتكون الاولى للاستنتاجات والفقرة الثانية لأهم التوصيات وكالاتي

اولاً – الاستنتاجات :

1- لم ينظم المشرع العراقي في قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية القانون الواجب التطبيق على الاوراق التجارية الالكترونية ، على الرغم من ان المشرع قد خصص لها فصلاً وهو الفصل السادس من القانون ، وبذلك ترك فراغاً تشريعياً يستوجب الخوض فيه لتفادي الحلول المتعارضة نتيجة تنازع القوانين حول معرفة القانون الواجب التطبيق على الاوراق التجارية الالكترونية .

2- ظهرت الاوراق التجارية الالكترونية الى حيز الوجود نتيجة حاجة التجارة الالكترونية لوسيلة دفع تلائم وتنسجم معها ، فهي وجدت نتيجة الحاجة ، ولم تكن من ابتكار المشرع ، فجاءت لتلبي مطلب التجارة الالكترونية باعتبارها وسيلة دفع الكترونية ، وكذلك لسد الفراغ التشريعي ، مما يتطلب ذلك مواجهة هذا المستجد تشريعياً .

3- في الاوراق التجارية الالكترونية الممغنطة يختفي دور الاوراق التقليدية بصورة تامة ، وبدون حضور الاطراف اي ان العملية من تاريخ تحرير الورقة التجارية الالكترونية مروراً بالعمليات الصرفية التي تجرى عليها خلال حياتها ، لا يتطلب الوجود المادي لا للأشخاص ولا للأوراق .

4- تراجع دور معيار الجنسية في موضوع تحديد القانون الواجب التطبيق على الاوراق التجارية الالكترونية ، مقابل تعاظم دور موطن المدين بالوفاء .

5- تعاظم دور الارادة في الاوراق التجارية الالكترونية لغياب القواعد ذات التطبيق الفوري والمباشر – القواعد الآمرة – ويتراجع دور الارادة عند حضور الاخيرة .

6- تشترك الاوراق التجارية الالكترونية مع التقليدية في بعض الخصائص ، مما يتطلب وحدة التعامل معها ، من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق ، حيث يتطلب الرجوع الى القواعد التي تحكم الاوراق التقليدية ليتم تطبيقها على الاوراق الالكترونية كلما امكن ذلك .

7- ان القانون الواجب التطبيق على الاوراق التجارية الالكترونية يكون هو قانون محل الوفاء ، والاخير قد يختلف من دولة الى اخرى فتارة يسمى دولة مقابل الوفاء وتارة اخرى قانون دولة الوفاء ، ويتم تطبيق الاخير على العمليات التجارية التي تتم على الورقة التجارية من تظهير وقبول وضمان .

8- يمكن التعامل مع الورقة التجارية الالكترونية من زاويتين ، تارةً نتعامل معها من زاوية انها تمثل دين ، فتخضع في هذه الحالة لقواعد الاسناد المعينة والواردة في المادة (25 / 1) ، وتارةً اخرى نتعامل معها على انها تمثل دين خاص ورد بصيغة فنية يخضع لضوابط تنظيمية ، ومن هذه الناحية سيخضع للقواعد الموضوعية المتعلقة بالتجارة الدولية .

9- تخضع اغلب احكام الورقة التجارية الالكترونية لقواعد القانون ذات التطبيق الضروري وذلك لان القيمة الائتمانية للورقة التجارية من تداول والثقة والائتمان تتغلب على المصالح الشخصية التي يبتغي من خلالها الاطراف الى اختيار قانون آخر واستبداله بقانون الارادة ، اما في حالة ترك الامر الى قواعد الاسناد التي تقر بحرية الارادة ، فإن ذلك سيفضي الى انهيار السوق التجارية لتعارض المصالح وتضارب القوانين ، ولكن عالمية القانون مثل اتفاقية جنيف يحفظ للورقة التجارية قيمتها ، اي ان سيطرة القواعد ذات التطبيق الضروري تحفظ للورقة التجارية قيمتها القانونية .

10- لأطراف الاوراق التجارية الالكترونية ان يتعاملوا بها في وقت ، والمعول عليه هو وقت ارسال الورقة وخروجها من سيطرة الساحب ، ودخولها تحت سيطرة الحامل أو المسحوب عليه لإجراء العمليات الصرفية عليها مثل التظهير أو القبول أو الضمان ، فالمعيار هو وقت الارسال ووقت الاستقبال . .

11- لم يتكلم المشرع العراقي في قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية عن عملة الوفاء ، ولكنه احال الى قانون التجارة النافذ ، وعند الرجوع الى الاخير اكتفى بذكر مبلغ من النقود ولوجود اختلافات حقيقية بين الدول في العملات النقدية ، وعند حلول ميعاد الاستحقاق قد يفاجئ الاطراف ان دولة الوفاء لا تتعامل بتلك العملة المثبتة في الورقة التجارية الالكترونية، وقد لا يوجد لديها نفس العملة لقلة التعاملات بها.

ثانياً - التوصيات :

من خلال البحث عن القانون الواجب التطبيق على الاوراق التجارية الالكترونية توصلنا الى مجموعة من التوصيات آملين ان يتم الاخذ بها وهي

1- وجود شبكة الانترنت العالمية اصبح امراً واقعيا ، ودخلت في كل مجالات الحياة ، لذلك بات على العراقي ان يتعامل معها وفق هذه المعطيات ، وان يجمع كل الاحكام التي تتعلق بالأوراق التجارية الالكترونية من انشاء وتظهير واحتجاج ورجوع واقامة الدعوى ويضمنها ضمن الفصل السادس من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكتروني ، ويبن القانون الواجب التطبيق في حالات التنازع ، وذلك للخصوصية التي تتمتع بها الاوراق التجارية الالكترونية ، حيث ان المشرع كان قد اورد لها فصلاً تحت عنوان الفصل السادس (الاوراق التجارية والمالية الالكترونية) ، ولم يبين القانون الواجب التطبيق على العمليات الصرفية التي تتم على تلك الاوراق ،لذلك نقترح ان تضاف فقرة الى قانون التوقيع الالكتروني بالصيغة التالية (ثالثاً : يكون القانون الواجب التطبيق على الاوراق التجارية الالكترونية القانون الذي اتفق عليه الاطراف مالم يكن مخالفا للنظام العام) .

2- نقترح ان يكون للبنك المركزي دور بما له من سلطة رقابة على البنوك ، ان توسع هذه السلطة لتشمل البنوك الالكترونية حتى يشعر الاشخاص بالثقة والامان من خلال اضافة مادة للفصل الخامس والعشرين والذي هو بعنوان(الضبط الداخلي) من قانون المصارف رقم (94) لسنة 2004 ، ونقترح ان تكون المادة بالصيغة التالية (على المصرف ان يقوم بتدقيق العمليات والاجراءات المتعلقة بالأوراق التجارية والتي تتم

بصورة الكترونية من خلال اعداد برامج معدة لذلك سلفاً ، ومطابقتها مع البيانات الموجودة في المصرف) ، بمعنى آخر ان تكون للبنك المركزي سلطة على البنوك الالكترونية

3- ترك المشرع العراقي معالجة الاوراق التجارية الالكترونية في حالة انقطاع الانترنت ، وهل يعتبر من ضمن القوة القاهرة ، باعتبار ان للأوراق التجارية الالكترونية مدد محددة للتقديم وللوفاء ، وما هو مصيرها هل يسقط حق الحامل على الرغم لا يوجد تقصير ، هنا نقترح على المشرع العراقي ان يتبنى حالة الانقطاع ويعتبرها قوة قاهرة لا يتسنى للحامل توقعها او دفعها ، فنقترح ان يضيف فقرة الى المادة (22) ويكون بالصيغة التالية (ثالثا / تعد من قبيل القوة القاهرة حالات قطع الانترنت بصورة عامة ، وعلى الحامل ان يقدم الورقة التجارية الالكترونية في الساعات الاولى لعودة الخدمة وخلال 24 ساعة) .

4- نوصي المشرع العراقي الى اضافة مادة جديدة الى قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية تضع فيها جزاء على من يتعمد الدخول او التلاعب بالبيانات الخاصة العائدة للاشخاص ولتكن بالصيغة التالية (24 – يتحمل الشخص المسؤولية الكاملة التي نصت عليها القوانين في حالة ادخال معلومات او بيانات والدخول الى نظام المصارف الالكترونية) .

5- نتمنى من المشرع العراقي اعادة النظر في قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية ليشمل الاوراق المحررة بصورة كلية بالإضافة الى الاوراق المعالجة بصورة جزئية حتى تكون كورقة تجارية مستقلة لا يتطلب حل الاشكاليات المتعلقة بها الى الرجوع الى الاوراق التقليدية .

6- حتى لا يكون القانون الواجب التطبيق على الاوراق التجارية الالكترونية عائقا امام التطورات المتسارعة ، ومواكبة التطور الحاصل على التجارة الالكترونية ، يقتضي النص عليه بصورة صريحة

7- نص المشرع العراقي على ان الجزاء الذي يترتب على اهمال الحامل بتقديم الاوراق التجارية في مواعيد استحقاقها بسقوط حق الحامل ، لحثه على مراعاة المدد المحددة ، وجعل سقوط الحق بالتقادم لمضي المدة ، وهذه الجزاءات كلها موجهة للحامل ولم ينص على جزاء يترتب على المسحوب عليه او الساحب ، علما ان عبئ اثبات تقصير المسحوب عليه يقع على عاتق الحامل – الدائن – وهنا سوف يلاقي صعوبة وهنا نرى اخلال بالتوازن ما بين مصالح اطراف الورقة التجارية ، لاسيما ان اغلب الدائنين لا يتمتعون بالخبرات الفنية والتقنية اذا ما قورنت مع خبرة البنوك ، لذلك نقترح على المشرع العراقي اضافة فقرة جديدة للمادة (22/ ب) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية لتكون الجديدة كالتالي (2- تبرأ ذمة الساحب والملتزمين في الاوراق التجارية الالكترونية عند تقديم الساحب مقابل الوفاء وتبرأ ذممهم ، وعلى الساحب مطالبة المسحوب عليه) .

8- انشاء سجلات الكترونية للمواقع الالكترونية في المصارف ، التي لديها زبائن يتعاملون بوسائل الدفع الالكترونية ، لغرض ارسال رسالة اطمئنان للأشخاص المتواجدين داخل الشبكة العنكبوتية .

9- السعي باتجاه تشريع قانون دولي خاص لما له من الاهمية في فض الاشكاليات التي تحصل في كافة جوانب الحياة وبالخصوص في ظل وجود الشبكة العنكبوتية والتعاملات التجارية التي تتم خلالها ، لأنها عابرة للحدود ووجود العنصر الاجنبي ، ومن شأن ذلك ان يزيد من توسعة التعامل بالتجارة الالكترونية والتي تعد الاوراق التجارية الالكترونية حجر الزاوية فيه .

10- إضافة فقرة جديدة للمادة (22/ثانياً) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية كضمانة اخرى تضاف للضمانات التي جاءت بها المادة ولتكن بالصيغة التالية (ء- ضمان وفاء قيمة الورقة التجارية سواء بالعملة المثبتة فيها او ما يعادل قيمتها حسب سعر الصرف وترك الخيار للأطراف اختيار العملة وحسب تعليمات بنك الوفاء .

11- نتمنى من المشرع العراقي بعد تعديل قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية وللوصول حل يلائم المعاملات الالكترونية وينسجم مع تطلعات المتعاملين بالتجارة الالكترونية ولفض المنازعات ، ان ينص على اعتماد قانون محدد يكون هو الواجب التطبيق ، ليكون النص كالآتي (24- تخضع الاوراق التجارية الالكترونية لقانون محل الوفاء) ، وذلك لفض التنازع بين القوانين .

المراجع

❖ **القرآن الكريم**

أولاً : الكتب القانونية

1- ابراهيم رفعت الجمال ، انعقاد البيع بوسائل الاتصال الحديثة ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2005 .

2- د. احمد الهواري ، عقود التجارة الالكترونية في القانون الدولي الحاص ، 2003 .

3- د. احمد حسني ، قضاء النقض التجاري ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2000.

4- احمد شرف الدين ، عقود التجارة الالكترونية ، جامعة عين الشمس ، القاهرة ، 2001 .

5- د. احمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص النوعي الالكتروني ، ط1 ، دار النهضة العربية ، 2000 .

6- د. احمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع اصولا ومنهجا ، ط1 ، مكتبة الجلاء الجديدة ، 1991.

7- د. احمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع اصولا ومنهجا ، ط1 ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، 1996.

8- د. احمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1988 .

9- د. أسامة ابو الحسن مجاهد ، خصوصية التعاقد عبر الانترنت ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 .

10- د. اسامة احمد المليجي ، استخدام مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة واثره على قواعد الاثبات المدني ، القاهرة ، 2000 .

11- د. اشرف وفا محمد ، تنازع القوانين في مجال التقادم ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006 .

12- د. بشار محمود دودين ، الاطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت ، عمان ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2006 .

13- د. بلال عبد المطلب بدوي ، البنوك الالكترونية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006 .

14- بلال عدنان بدر ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ، مكتبة البدران الحقوقية ، ط1 ، 2017 .

15- بولين انطوينوس ايوب ، تحديات شبكة الانترنت ، ط1 ، منشورات الحلبي ، 2006 .

16- د. حسن فضالة موسى ، التنظيم القانوني للاثبات الالكتروني ، ط1 ، دار السنهوري ، بيروت ، 2016.

17- د. حمودي محمد ناصر ، العقد الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت ، ط1 ، دار الثقافة والنشر والتوزيع ، الاردن ، عمان ، 2012 .
18-د. خضير مخيف فارس الغانمي ، النظام القانوني للتحويل الالكتروني للنقود ، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2016.
19-د. ذكرى عبد الرزاق محمد ، النظام القانوني للبنوك الالكترونية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2010 .
20-د. رأفت رضوان ، عالم التجارة الالكترونية ، المنظمة العربية للتنمية الادارية ، القاهرة ، 1999 .
21-د. زياد خلف شنداخ ، المعاملات الالكترونية والقانون الدولي الخاص المشكلات والحلول ، ط1 ، دار وائل للنشر ، الاردن ، عمان 2010.
22- د. سعد علي احمد رمضان ، المسؤولية المدنية الناشئة عن الاخلال بالالتزام بالسرية ، دار النهضة العربية ، 2007 .
23-د. سعيد يوسف البستاني ، القانون الدولي للأسناد التجارية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط1 ، لبنان ، بيروت ، 2006 .
24-د. سلطان عبدالله محمود الجواري ، عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2010 .
25-د. سمر بنت محمد عمر السقاف ، التجارة الالكترونية وفرص عمل الخريجات في المملكة ، جامعة الملك عبد العزيز ، 2010 .
26-د. سميحة القليوبي ، الاوراق التجارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1987 .
27-د. صليحة حاجي ، التعاقد الرقمي ونظم الحماية الالكترونية ، ط1 ، مطبعة الامنية ، الرباط ، 2015 .
28-طه كاظم حسن المولى ، تطويع قواعد الاسناد في عقود التجارة الدولية ، ط1 ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، 2018 .
29-د. عادل ابو هشيمة حوتة ، عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة ، القاهرة ، 2005.
30-د. عامر ابراهيم قنديلجي ، التجارة الالكترونية وتطبيقاتها ، ط2 ، دار المسيرة للنشر ، عمان ، 2016 .
31-د. عباس العبودي ، تحيات الاثبات بالسند الالكتروني ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2010.
32- د. عباس العبودي ، شرح احكام قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم 78 لسنة 2012 ، مكتبة السيسبان ، بغداد ، دون سنة نشر .
33- عبد الحكيم محمد عثمان ، النظام القانوني الموحد للكمبيالات والسندات الاذنية الدولية في اتفاقية الامم المتحدة نيويورك لعام 1988 ، دار النهضة العربية ، القاهرة . 1995.
34-د. عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، ج 1 ، الكويت ، 1982 .
35-د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مصادر الالتزام ، ج1 ، ط3 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، بيروت ، 2000.

36-د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي ، القانون الدولي الخاص ، مكتبة السنهوري ، بيروت ، 2018 .
37-د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي ، تأثير وسائل الاتصال الحديثة في تطور قواعد القانون الدولي الخاص ، ط1 ، دار النهضة العربية ، 2019 .
38-د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، التوقيع الالكتروني في النظم القانونية المقارنة ، دار الفكر الجامعي ، ط1 ، 2005 .
39-د. عدنان الهندي ، التجارة الالكترونية والخدمات المصرفية والمالية عبر الانترنت ، اتحاد المصارف العربية ، 2000 .
40-د. عز الدين عبدالله ، القانون الدولي الخاص ، ج 2 ، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1986 .
41-د. عزة حمد سليمان ، النظام القانوني للمصارف الالكترونية ، الشيك ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، دون سنة نشر .

42-د. عزيز العكيلي ، القانون التجاري ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1997.
43-د. عصام الدين القصبي الوجيز في القانون الدولي الخاص ، الكتاب الاول في الاختصاص القانون الدولي ، ط1، دار نصر للطباعة الحديثة ، القاهرة ، 2010 .
44-د. عصام حنفي محمود ، الاوراق التجارية ، دار الجامعة الجديدة ، 1995 .
45- د. عكاشة عبد العال ، قانون العمليات المصرفية ، دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية ، الطبعة الأولى ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2007 .
46-د. عكاشة عبد العال ، تنازع القوانين في الاوراق التجارية ، الدار الجامعة الجديدة ، بيروت ، 1988 .

47- د. علاء التميمي ، التنظيم القانوني للبنوك الالكترونية ، ط1 ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2012 .
48-د. علي البارودي ، القانون التجاري ، (الاوراق التجارية والافلاس) ، الدار الجامعة الجديدة ، بيروت ، 1985 .
49-د. علي البارودي ، القانون التجاري ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 2000.

50-د. فاروق ابراهيم جاسم ، الجوانب القانونية للتجارة الالكترونية ، دار السنهوري ، لبنان ، بيروت ، 2016 .
51-د. فاروق احمد زاهر ، القانون التجاري ، الاوراق التجارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2008 .
52-د. فايز نعيم رضوان ، بطاقات الوفاء ، المطبعة العربية الحديثة ، القاهرة ، 1990 .
53-د. فؤاد عبد المنعم رياض ، مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1992
54- د. فوزي محمد سامي ، د فائق محمود الشماع ، الاوراق التجارية ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، الطبعة الجديدة ، 2011 .

55-د. قدري عبد الفتاح الشهاوي ، قانون التوقيع الالكتروني ولائحته التنفيذية والتجارة الالكترونية في التشريع المصري والعربي والاجنبي ، 2005 .
56-د. كمال محمد ابو سريع ، الاوراق التجارية في القانون التجاري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1983 .
57-د. محسن شفيق ، اتفاقية الامم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع ، دار النهضة ، القاهرة ، دون سنة طبع .
58-د. محسن شفيق ، القانون التجاري المصري ، الاوراق التجارية ، ط1 ، دار المعارف ، الاسكندرية .
59- محمد ابراهيم ابو الهيجاء ، عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب ، الطبعة الثالثة ، دار الثقافة ، عمان ، 2017 .
60- محمد احمد علي المحاسنة ، تنازع القوانين في العقود الالكترونية ، ط1 ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، الاردن ، عمان ، 2013 .
61- محمد السيد الفقي ، المعلوماتية والاوراق التجارية (الكمبيالة كنموذج) ، ط1 ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، 2005 .
62- محمد بهجت عبدالله أمين قايد ، الاوراق التجارية الالكترونية (الكمبيالة الالكترونية ، السند لأمر الالكتروني) ، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001 .
63-د. محمد حسام لطفي ، الاطار القانوني للمعاملات الالكترونية (دراسة في قواعد الاثبات المدنية والتجارية مع اشارة خاصة لبعض قوانين الدول العربية) ، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 .
64-د. محمد حسين منصور ، المسؤولية الالكترونية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2006 .
65-د. محمد حمدي محمد ، الجوانب القانونية للإفلاس الدولي ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006 .
66- محمد مجيد كريم ، النظام القانوني للحوالة التجارية الالكترونية ، دار السنهوري ، بيروت ، 2017 .
67-د. محمدين عبد القادر محمد ، انقضاء الالتزام الصرفي بالسقوط والتقادم في قانون التجارة المصري ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2008 .
68-د. محمود سمير الشرقاوي ، الاوراق التجارية ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 2014 .
69-د. محمود سمير الشرقاوي ، تنقيح وائل انور بندق ، الاوراق التجارية في قانون التجارة الجديد ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2014 .
70-د. محمود محمد ابو فروة ، الخدمات البنكية الالكترونية عبر الانترنت ، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ،2009 .
71-د. مراد عبد الفتاح ، شرح قوانين التوقيع الالكتروني في مصر والدول العربية ، ط1، شركة البهاء للبرمجيات والكمبيوتر والنشر الالكتروني ، دون سنة نشر .
72-د. مصطفى كمال طه والاستاذ وائل بندق ، الاوراق التجارية ووسائل الدفع الالكترونية الحديثة ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2010.
73-د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص وفق القانون العراقي والمقارن ، ط1 ، دار الحرية ، بغداد ، 1998 .

74-د. منصور مصطفى منصور ، مذكرات في القانون الدولي الخاص ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1957.
75-د. منية نشناش ، حجية المحررات الالكترونية في اثبات المعاملات المبرمة عبر وسائل الاتصال الحديثة ، ط1 ، دار وائل للنشر ، عمان ،2017 .
76-د. منير الجنبيهي ، البنوك الالكترونية ، ط1 ، الاسكندرية ، دار الفكر الجامعي ، 2005 .
77-د. ناهد فتحي الحموري ، الاوراق التجارية الالكترونية ، ط2 ، دار الثقافة والنشر ، عمان ، 2010 .
78-د. نايف عبد العال حنون الفرا ، تنازع القوانين في الاوراق التجارية ، ط1 ، مركز الدراسات العربية ، 2016 .
79-د. نبيل زيد مقابلة ، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص ، ط1 ، دار الثقافة ، عمان ، 2009 .
80 - نصيف جاسم محمد عباس الكرعاوي ، التقاضي عن بعد ، منشورات الحلبي ، الطبعة الاولى ، 2017.
81 د. نضال سليم برهم ، احكام عقود التجارة الالكترونية ، ط3 ، دار الثقافة ، عمان ، 2010 .
82 د. هادي مسلم يونس ، النظام القانوني للتجارة الالكترونية ، دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر والبرمجيات ، المحلة الكبرى ، مصر ، 2009.
83 د. هاني دويدار ، الوفاء بالأوراق التجارية المعالجة الكترونيا ، ط1 ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2003 .
84 د. هشام خالد ، موجز تنازع القوانين ، ط3 ، مطبعة جامعة طنطا ، 2008 .
85 د. هشام علي صادق ، القانون الدولي (تنازع القوانين) ، دار المطبوعات الجامعية ، 2007 .
86 د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1995 .
87 د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية في التشريع المصري ، دار المعارف الاسكندرية ، 1974.
88 د. يوسف احمد نعمة ، دفع المسؤولية بخطأ المضرور ، مطبعة دار التأليف ، القاهرة ، 1991 .
89 د. يوسف البستاني ، القانون الدولي للإسناد التجارية ، القواعد الموحدة وقواعد تنازع القوانين ، دراسة مقارنة لقوانين التجارة العربية بقانون جنيف الموحد ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي ، بيروت ، 2006.

ثانيا – الرسائل و الاطاريح :

1- بشار طلال احمد ، مشكلات التعاقد عبر الانترنت ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة المنصورة ، 2003

2- حسين محمد احمد ، رجوع حامل الورقة التجارية على الملتزمين بالوفاء ، اطروحة دكتوراه ، جامعة عين الشمس ، كلية الحقوق .

3- حمزة عائد كريم ، تداول الورقة التجارية الالكترونية ، رسالة ماجستير ، بيروت ، 2018 .

4- رشيد علام ، عوائق تطور التجارة الالكترونية في الوطن العربي ، ، رسالة ماجستير ، الاكاديمية العربية البريطانية للتعليم العالي ، فرع التجارة الالكترونية ، 2010 .

5- سليمان احمد محمد فضل ، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الالكترونية في اطار القانون الدولي الخاص ، اطروحة دكتوراه ،القاهرة ، كلية الحقوق جامعة عين الشمس ، 2010 .

6- صفاء تقي عبد نور ، القوة القاهرة واثرها في عقود التجارة الدولية ، اطروحة دكتوراه ، مقدمة الى كلية القانون ، جامعة الموصل ، 2005.

7- عايض راشد المري ، مدى صحة التكنلوجيا في اثبات العقود ، اطروحة دكتوراه ، القاهرة ، كلية الحقوق ، 1998 .

8- علي حميد عبد الرضا ،تنازع القوانين في الاوراق التجارية ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 2005.

9- محمود محمد ابراهيم ابو فروة ، مسؤولية البنك عن عمليات التحويل الالكتروني ، اطروحة دكتوراه ، جامعة محمد الاول ، المغرب ، 2012 .

10- نافع بحر سلطان الباني ،تنازع القوانين في منازعات التجارة الالكترونية ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 2004.

ثالثا – البحوث و الدوريات :

1- Cather Ine Lee Wilson, Banking on The Next ,Extanding Bank Regulation To Electronic Money And Beyond 30 Creighton Law Review .May 1997 , p . 686 . بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة عين الشمس ، العدد الاول ، 2004 .

2- د. باسم علوان العقابي ، الحوالة الالكترونية ، مجلة جامعة كربلاء ، المجلد العاشر ، العدد 4 ، سنة 2012 .

3- د. باسم علوان العقابي ، القانون العالمي العولمة في ثوبها الجديد ' مجلة رسالة الحقوق ، العدد 3 ، 2013.

4- د. بلال عبد المطلب ، التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الالكترونية ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، جامعة عين الشمس ، العدد الاول ، 2006.

5- د .حسن علي كاظم . الوسائل البديلة لحل التنازع واثرها على التجارة الدولية ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، كلية القانون ، جامعة كربلاء ، 2013 .

6- د. حسين عبدو الماحي ، نظرات قانونية في التجارة الالكترونية ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ، العدد 31 ، 2002 .

7- حسين محمد المهدي ، القوة الثبوتية للمعاملات الالكترونية ، مجلة البحوث القضائية ، العدد 7 ، 2008.

8- راسم سميع عبد الرحيم, التجارة الإلكترونية والمصارف العربية, مجلة اتحاد المصارف العربية, العدد192, مجلد 16, 1996.

9- د. عصام الدين القصبي ، تنازع الاختصاص القانوني والقضائي الدوليين في مجال التجارة الالكترونية ، مجلة جامعة الامارات العربية المتحدة ، المجلد الرابع ، 2000.

10- علي الاعسم, الانترنيت وسيلة هامة للمعلومات والتبادل التجاري, اتحاد المصارف العربية, العدد 198, 1997.

11- د. فائق الشماع ، سقوط حق حامل الورقة التجارية ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، مجلد السادس ، العدد الاول ، المغرب ، 1987 .

12- د. فوزي محمد سامي ، مقابل الوفاء في السفتجة ، مجلة القانون المقارن ، العدد (4،5) السنة الخامسة ، 1972.

13- د. مراد محمود المواجدة ، مخاطر تداول الاوراق المالية عبر شبكة المعلومات الدولية ، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية ، مجلد 15 ، العدد 2 ، 2018 .

14- د. نبيل صلاح محمود العربي ، الشيك الالكتروني والنقود الرقمية دراسة مقارنة ، بحث مقدم للمؤتمر حول الاعمال المصرفية بين الشريعة والقانون ، جامعة الامارات العربية المتحدة ، مجاد الرابع ، 2000 .

رابعاً ـ المواثيق و الاتفاقيات الدولية

1- اتفاقية جنيف لعام 1930 المتعلقة بالكمبيالة والسند لأمر.

2- اتفاقية جنيف لعام 1931 المتعلقة بالشيك .
3- اتفاقية فينا المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع لعام 1980.
4- اتفاقية الامم المتحد لسنة 1988.
5- الاتفاقية الاوربية الموقعة في اسطنبول لعام 1990.
6- قانون الاونسيترال النموذجي الخاص بالتجارة الالكترونية لعام 1996.
7- قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية لسنة 2001.
8- توقيع المحررات الالكترونية حسب التوجيه الاوربي رقم 93 لسنة 1993 .
9- اتفاقية الامم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية لسنة 2005 .

خامسا – الأحكام القضائية

1. Cass.C, 20 october 1959, Recueil ,Dalloz , 1960 .
2. محكمة التمييز الاتحادية ، الهيئة الموسعة ، رقم القرار (60) في 2012 /6/24 ، منشور في مجلة التشريع والقضاء العراقية س5 ، ع1 ، 2013.
3. Cass.Civ, 23 janvier 2007,Rev.Crit,RIP ,2007 , P.760 .
4- انظر قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء ذي العدد 653 /2004 ، مشار اليه لد ى محمود محمد ابراهيم ابو فروة .

سادساً - القوانين والتشريعات

أ- التشريعات العراقية :

1. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
2. قانون المرافعات العراقي رقم 83 لسنة 1969 .
3. قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل .
4. قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 .
5. قانون الشركات الحكومية المرقم 22 لسنة 1997 المعدل .
6. قانون المصارف رقم 94 لسنة 2004 والصادر بأمر سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة.

ب- التشريعات المقارنة :

1. قانون المعاملات الإلكترونية الاردني رقم 85 لسنة 2001.
2. قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 .
3. قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاماراتي رقم 2لسنة 2002.
4. قانون المعاملات والتجارة الالكترونية لدولة الامارات العربية (1) لسنة 2006.
5. قانون المعاملات الالكترونية رقم (28) لسنة 2002 لمملكة البحرين .
6. القانون المدني الفرنسي 2018 .
7. قانون التبادلات والتجارة الالكترونية التونسي رقم (83) لسنة 2000.
8. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 .
9. قانون التجارة الفرنسي رقم 230 لسنة 2000
10. قانون التجارة الاردني رقم 12 لسنة 1966 .
11. قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 .
12. قانون المعاملات الالكترونية الامريكي الموحد (UETA) .
13. قانون المعاملات الالكترونية السوداني لسنة 2007

سابعاً - المصادر الأجنبية

1. Arminjon,H , Pre'cis de Droit international prive' commercial, paris,Dall0z,1948 .
2. Dr. William H. Lawrence.
3. Pierre Breeze Guiede juridique de Linter net et du commerce electronique ,et entreprender informatiqe, Vuibert, 2000.
4. Matthew Burn stein , A Global network in a compartmentalized legal environment .
5. HAMEL,LAGARDE JAUFFRET: Traite' de droit commercial T.ll,Dallos,Paris, 1966.
6. LYON-CAEN RENAAULT Traite' de droite du commercial,5e'mee'd.,parisT IV,4e'm partie.
7. Loussouarn Y. et (J – D) Bredin , Droit du commerce international , paris , sirey,1969.

ثامناً– المواقع الالكترونية

1.www. Dspace . Univ – eloued . Dz . com.

2.https:// support.office.com.

3.http;//www.gcflearnfree.org/word2016/hyperlinks/1.

4. https: // www.sharjah . ac.ae.

Abstract:

The disruption of movement between countries, the closure of all lands, air and sea borders, the complete interruption of the world from

movement, and the issuance of strict instructions by most countries in imposing a curfew is not excluded. In 2019, when the new Corona epidemic (covid 19) spread, countries resorted to taking these measures for fear of the spread of this epidemic.

This cast a shadow over traditional trade and means of payment, as it was also disrupted, and was replaced by electronic commerce because of its connection to human life in general, and for this trade to continue, as is known to pay the price, so electronic commercial documents appeared to replace traditional commercial documents with fulfillment and as one of the electronic payment methods that Emerged as a result of the need for electronic commerce to it.

Based on the foregoing and the need for electronic commerce, which is characterized by speed in dealing for the purpose of achieving its goals and without the presence of the person in his physical capacity, electronic commercial documents were found as an alternative to traditional documents, due to the lack of compatibility of the latter with the electronic world.

Since the transaction takes place through the electronic space and the person may be present at the same moment in more than one country, and the presence of people of different nationalities, and their association with contractual relations as a result of their work in trade from inception to implementation, and the fulfillment is also done electronically through magnetic commercial documents, here a dispute arises among the laws that govern the actions of people if a dispute arose between them about the law applicable to those actions, especially that commercial documents - electronic and traditional - include many legal procedures that take place on them since their liberation and circulation by endorsement until their implementation.

And to determine the law applicable to these documents is not without difficulty due to the lack of codification of private international law in most countries, where its provisions are distributed between the general rules in civil law and commercial law, and this casts a shadow over commercial transactions where there is a conflict between laws regarding electronic commercial documents, because they Mostly it contains a foreign element.

In addition to that, the difference between the legislators of countries about the procedures required by electronic commercial documents to be counted as well, and it may cancel some of the legislation if the holder does not perform a specific procedure and his difference with the other country leads to the loss of the right, such as the act of protesting for the purpose of recourse, its condition by a specific country and its promise as a condition basic compared to other legislation, this in turn leads to the instability of rights and conflict of laws if there is no agreement between

the parties to determine a specific law governing their legal actions in conflict.

Hence, after the legislation of many countries for the electronic signature law, even if the nomenclature differs between countries, we call for addressing issues related to private international law, especially electronic commercial documents.

The Law Which is Applicable to Electronic Commercial Documents

(A Comparative study)

Thesis submitted to the Council of the College of Law / University of Babylon as a partial fulfillment of the requirements for obtaining a Ph.D in Private Law

Submitted by the student
Rahim Jassim Hamza Mohammed

Supervision of Dr.
Abd Al-Rasoul Abd Al-Rida Al-Asadi
The Prof. of International Private Law.

1443 A.H. 2021 A.D.