جامعة المنصورة

كلية الحقوق

قسم القانون المدني

انعقاد عقد التحويل الإلكتروني للأموال

بحث مقدم استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه

مقدم من الباحث

أحمد توج الزيداوي

تحت إشراف

الأستاذ الدكتور

محسن عبد الحميد إبراهيم البيه

أستاذ القانون المدني

كلية الحقوق – جامعة المنصورة

٢٠٢٢م

مقدمة

العقد بشكل عام هو توافق إرادتين او أكثر على ترتيب أثار قانونية سواء كانت هذه الآثار هي إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه، إن نشوء عقد التحويل المصرفي الالكتروني مستوفياً للأركان انعقاده وشروط صحته هو الأساس الذي يستند إليه أطراف العقد عند مطالبتهم بتنفيذ ما جاء في العقد من التزامات متقابلة،

ويكون عقد التحويل الالكتروني للأموال بين عدة أطراف هم الآمر طالب التحويل، والمصرف المأمور بالتحويل للمستفيد سواء التحويل المباشر أو التحويل عن طريق مصرف آخر يقوم بتسليم المبلغ للمستفيد والطرف الأخير في عقد التحويل الالكتروني.

وأركان عقد التحويل هي كسائر العقود المدنية تتكون من الرضا والمحل والسبب، وفي بعض الأحيان يتطلب الشكل.

وعند تخلف أي ركن من الأركان الأساسية للعقد يصبح العقد باطل لا ينتج آثاره.

وبالرجوع إلى قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ لم نجده يتضمن تعريف لعقد التحويل الالكتروني، ولكنه تطرق إلى العقد الالكتروني بصورة عامة.

" بأنه ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر، على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، والذي يتم بوسيلة الكترونية"[١].

والمشرع العراقي جعل العقد الالكتروني لا يختلف عن العقد التقليدي سواء بإضافة عبارة (والذي يتم بوسيلة الكترونية).

ونستنتج من عدم تعريف المشرع العراقي عقد التحويل الالكتروني لأنه تطرق إلى الفرق الفاصل بين العقد الالكتروني والعقد التقليدي وهو أن يتم العقد الالكتروني بوسيلة الكترونية.

وكذلك المشرع المصري لم يتطرق إلى تعريف عقد التحويل الالكتروني في قانون التوقيع الالكتروني رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤.

---

(١) المادة (١/ عاشراً) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢.

ولكن بالرجوع إلى قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة (١٩٨٤) وقانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة (١٩٩٩) عرف التحويل للأموال هو "عملية يقيد المصرف بمقتضاها مبلغًا معينًا في الجانب المدين من حساب الآمر بالنقل، وبناءً على أمر كتابي منه، وفي الجانب الدائن من حساب آخر"[٢].

وبالمحصلة بالنظر إلى ما ورد في قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي وقانون التوقيع الالكتروني المصري سالفي الذكر بخصوص العقد الالكتروني، بالإمكان القول وتماشيًا مع ما ساقه المشرعين المصري والعراقي إن التحويل الالكتروني للأموال هو عقد، يقيد المصرف بمقتضاه مبلغًا معينًا من المالي في الجانب المدين من حساب الآمر بالنقل وبناءً على أمر كتابي منه، وفي الجانب الدائن من حساب آخر، ويتم كله أو بعضه بوسيلة الكترونية[٣].

وهذا العقد متكون من إرادتين متجهتين إلى إحداث أثر قانوني، وهذه الإرادتين هي إرادة الآمر من خلال إيجاب يصدر عنه وهذا الإيجاب يقابله قبول يصدر عن المصرف وهو الإرادة الثانية التي تقابل إيجاب وإرادة الآمر بالتحويل لإحداث أثر قانوني.

إشكالية البحث:

يثير عقد التحويل الالكتروني العديد من الاشكاليات منها التحويل الالكتروني هل هو من العقود الشكلية التي رسم القانون له شكل معين ام انه من العقود الرضائية، وهل يشترط لانعقاده شروط معينة وخاصة به؟

منهجية الدراسة:

نظرا لحداثة المضوع، اعتمدت في دراسة هذا البحث، على المنهج الوصفي التحليلي والمقارن، باعتبار ان المنهج الوصفي التحليلي يتناسب مع موضوع دراستنا من خلال تحليل

---

(٢) المادة (٥٨/ أولاً) من القانون التجاري العراقي والمادة (١/٣٢٩) من القانون التجاري المصري.

(٣) خليل إبراهيم عبد، النظام القانوني للتحويل المالي في العراق– دراسة مقارنة– رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية ، لبنان، بدون سنة نشر، ص١٣٥.

النصوص القانونية، مسترشدين في ذلك ببعض الاحكام. وكذلك مراعات الصعوبات القانونية مع الاستفادة من تشريعات الدول التي سبقتنا في هذا المضمار.

اما بالنسبة للمنهج المقارن فقد قمنا بمقارنة دراستنا بين القانون العراقي، والقانون المصري، والقانون الفرنسي وقوانين اخرى.

خطة الدراسة:

المبحث الأول:اركان عقد التحويل الالكتروني للاموال.

المبحث الثاني: شروط عقد التحويل الالكتروني للاموال

المبحث الأول

أركان عقد التحويل الالكتروني للأموال

إن أركان انعقاد العقد كقاعدة عامة وكما حددها القانون هي (الرضا والمحل والسبب).

وفي بعض العقود الشكلية تعتبر ركنًا من أركانه ونظرًا لعدم وجود نصوص قانونية في القوانين الخاصة التي نظمت التعاملات الالكتروني بخصوص أركان عقد التحويل الالكتروني للأموال فإننا سنرجع إلى أحكام القواعد العامة في القانون المدني لبحث أركان عقد التحويل الالكتروني للأموال، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

التراضي في عقد التحويل الالكتروني للأموال

يفترض في أي عقد وجود متعاقدين رضى كل منهما بالتعاقد، فتطابق الإيجاب والقبول. وقد يكون الرضا مشروطًا فيه أن يكون في شكل مخصوص كما في العقود الشكلية ففي هذه الحالة يكون هذا الشكل المخصوص ركنًا من أركان العقد، ولا يكفي أن يكون الرضا موجوداً، بل يجب أن يكون صحيحاً غير مشوبا بعيب(٤).

اولًا – وجود التراضي في عقد التحويل الالكتروني للأموال:

يجب لوجود التراضي أن توجد إرادة وأن تتجه هذه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني وأن يعبر عنها. ويجب أن توجد كذلك إرادة أخرى مطابقة لها؛ بحيث يتحقق التوافق بين الإرادتين، حتى يقوم العقد(٥).

إذن وجود التراضي يعني مطابقة القبول للإيجاب، لذا نجد القوانين المدنية تعرف الإيجاب والقبول بصفة عامة بأنها: " كل لفظين مستعملين عرفًا لإنشاء العقد" (٦).

---

(٤) عبد الرزاق أحمد السنهوري، موسوعة العقود– نظرية العقد– الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار مصر للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٢٠، ص١٤٧– ١٤٨.

(٥) عبد المجيد الحكيم؛ عبد الباقي البكري، مرجع سابق، ص٣١.

(٦) المادة (٧٧) من القانون المدني العراقي وتقابلها المادة (٩٠) من القانون المدني المصري.

ويعرف الفقه الإيجاب بأنه التعبير البات عن إرادة شخص يتجه به إلى شخص آخر يعرض عليه التعاقد على أسس أو بشروط معينة(٧).

وكذلك عرفت محكمة النقض المصرية الإيجاب بأنه " العرض الذي يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد"(٨).

أما القبول فعرفه الفقه بأنه: " التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب"(٩).

أما التعبير عن الإرادتين بالطرق الالكترونية فيكون بمطابقة القبول للإيجاب الالكترونين فالإيجاب والقبول الالكترونيان يبدوا أنهما بصورتهما التقليدية ذاتها من حيث الجوهر والمضمون أن اختلفت الأدوات والوسائل فالتشريعات رغم إقرارها جواز التعبير عنها بالوسائل الالكترونية لم تضع تعريفًا للإيجاب والقبول الالكترونيين(١٠).

بخلاف المشرع الأمريكي في القانون التجاري الموحد في مادته (٢٠٤- ٢) من الفصل الثاني والذي تطرق من خلالها إلى التعبير عن الإرادة عن طريق الوسيط الالكتروني أو أية وسيلة الكترونية أخرى إذ نصت على " يجوز إبرام عقد بيع البضائع بأي طريقة كافية لإظهار الإنفاق، بما في ذلك سلوك كلا الطرفين الذي يعرف بوجود مثل هذا العقد".

وهذا النص جاز لأطراف التعاقد أن يعبروا عن إرادتهم من خلال وسيلة الكترونية، وإن كان أحد الأطراف عبر عن إرادته تقليديًا فيجوز للآخر التعبير عن إرادته من خلال نظام الكتروني.

وكذلك المشرع العراقي تطرق إلى التعبير عن طريق الوسيط الالكتروني أو أية وسيلة الكترونية أخرى وذلك من خلال المادة (١٨/ أولاً) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية، والتي تنص على " يجوز أن يتم الإيجاب والقبول في العقد بوسيلة الكترونية".

أما بالنسبة للمشرع المصري فنجد المادة (١٥) من قانون التوقيع الإلكتروني تنص على "للكتابة الإلكترونية وللمحررات الإلكترونية ، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات

---

(٧) عبد المجيد الحكيم؛ عبد الباقي البكري، المرجع السابق، ص٣٨.

(٨) طعن رقم ٣١٩٧ في ١٩٩٠/١/٨ السنة القضائية ٥٨ مجموعة أحكام النقض،

(٩) عبد المجيد الحكيم؛ عبد الباقي البكري، مرجع سابق، ص٤١.

(١٠) خضير مخيف فارس، النظام القانوني للتحويل الالكتروني للنقود، دراسة مقارنة، المركز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة، ص٧٦.

الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقا للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون" .

نلاحظ على هذه التشريعات إنها لم تعرف الإيجاب والقبول الالكتروني وإنما أجازت التعبير عن الإرادة من خلال الوسائل الالكترونية(١١). مما يعني انهما لا يختلفان عن الإيجاب والقبول العاديين إلا باستخدام الوسيلة الالكترونية للتعبير عنهما.

في حين يعرف البعض الإيجاب الالكتروني بأنه (كل اتصال عن بعد يتضمن كافة العناصر اللازمة لتمكين المرسل إليه الإيجاب من أن يقبل التعاقد مباشرة ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان) (١٢).

أما القبول الالكتروني فهو القبول التقليدي ذاته ما عدا أنه يتم من خلال وسيلة الكترونية وإن كان يتميز ببعض القواعد الخاصة والعائدة إلى طبيعته القانونية(١٣).

وفي القبول لم يتشرط القانون شكلاً معيناً لإفراغ الإرادة فيه، وبالتالي ليس هناك ما يمنع من أن يتم القبول الالكتروني من خلال أية وسيلة من وسائل التواصل الالكتروني، سواء أكانت شفاهاً أم كتابة أم غيرها من الوسائل التي يتوصل إليها العقل البشري، ما لم يتفق المتعاقدان على وسيلة معينة للقبول، إذ يلزم القابل هنا باتباع ما اتفق عليه. وأن يتم القبول بصيغة تمكن القابل والموجب من إثبات ذلك عند الحاجة(١٤).

---

(١١) خضير مخيف فارس، مرجع سابق، ص٧٧.

(١٢) اسامة أحمد بدر، الوسائط المتعددة بين الواقع والقانون، دار النهضة العربية، بدون سنة طبع، القاهرة، ص١٧٨.

(١٣) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الالكتروني، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٣، ص٩٣.

(١٤) فائق الشماع، التجارة الالكترونية، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية- بيت الحكمة، السنة الثانية، العدد٤، ٢٠٠٠، ص٤٥.

وتتعدد صور التعبير عن الإرادة بتعدد الوسائل المستخدمة فيها، وهي تشمل كل دلالة قاطعة على انصراف إرادة الموجب والقابل إلى إحداث الأثر القانوني بالشروط والعناصر الجوهرية التي اندرجت في الإيجاب[١٥].

وقد نصت التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية على إعطاء الحجية القانونية للمستند الالكتروني، ومساواته بنظيره التقليدي ولعل أهمها ما ورد في القانون النموذجي الخاص بالتوقيعات الالكترونية لعام ٢٠٠١ الصادر عن لجنة القانون التجاري الدولي في الأمم المتحدة (الأونسترال) الذي أكد في المادة (٦) منه على إعطاء الحجية الكاملة للكتابة الالكترونية[١٦].

وهو ما ذهب إليه كذلك المشرع العراقي في قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢ في المادة (٤ / ثانياً) التي أعطت الحجية الكاملة للتوقيع الالكتروني في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية[١٧].

وفي نفس الاتجاه ذهبت المادة (١٤) من قانون تنظيم التوقيع الالكتروني المصري رقم (٥١) لسنة ٢٠٠٤[١٨].

فوجود الرضا في عقد التحويل الالكتروني للأموال يكون في صدود الإيجاب من الآمر يقابله قبول من المصرف، ويكون قبول المصرف من خلال تنفيذه لأمر التحويل الصادر من قبل الآمر[١٩]،

---

(١٥) خليل إبراهيم عبد، النظام القانوني للتحويل المالي الالكتروني في العراق، مرجع سابق، ص١٤٠.

(١٦) المرجع نفسه، ص١٤٠.

(١٧) نصت المادة (٤/ ثانياً) من ذات القانون على " يكون للتوقيع الالكتروني في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للتوقيع الخطي إذا روعي في إنشائه الشروط المنصوص عليها في المادة (٥) من هذا القانون.

(١٨) نصت المادة (١٤) من القانون أعلاه على " للتوقيع الالكتروني، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للتوقيعات في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، إذا روعي في إنشائه واتمامه الشروط المنصوص عليها في هذا القانون...".

(١٩) خضير مخيف فارس، مرجع سابق، ص٧٧.

فإن الآمر لا ينتظر صدور القبول من البنك لأن البنك ملزم بتنفيذ العملية وسكوت البنك في هذه الحالة يعتبر قبولاً استناداً إلى نص المادة (٢/٨١) مدني عراقي والمادة (٢/٩٨) مدني مصري.

أما في حالة ما إذا رفض المصرف إيجاب الآمر فعليه أن يبين رفضه في وقت مناسب، وفي حالة عدم إخبار الآمر بالرفض ولم يقم بتنفيذ الأمر فإنه يتحمل مسؤولية التأخير ما لم يقضي الاتفاق بغير ذلك(٢٠).

ويمكن أن يتم التعبير عن الإيجاب والقبول بأي وسيلة الكترونية معتمدة إذا لم يتفق الأطراف على استخدام وسيلة معينة،

ولكن هناك سؤال يثور وهو هل يجوز الرجوع عن الإيجاب أو القبول سواء بالإرادة المنفردة أو باتفاق الأطراف؟ سنجيب على هذا التساؤل فيما يتقدم من الدراسة عند بحث موضوع الزمان والمكان.

ثانيًا – صحة التراضي في عقد التحويل الالكتروني للأموال:

إن وجود التراضي لا يكفي لأن يكون العقد صحيحًا، بل لابد من أن يكون الرضا صحيحاً صادر من شخصين ذو أهمية لازمة لانعقاد العقد ولم يكن مشوباً بعيب من عيوب الرضا(٢١).

ووجود التراضي لا يعطي للعقد قوته الملزمة، ولا يمكن أن يستقر العقد بشكل نهائي وينتج آثاره القانونية ما لم يكن التراضي صحيحاً(٢٢).

وبما أن عقد التحويل الالكتروني ثنائي التكوين وثلاثي الآثار. فعليه لابد من أن تتوفر الأهلية اللازمة لانعقاد عقد التحويل الالكتروني للأموال للأطراف الثلاث وهم الآمر والمصرف والمستفيد تقسم الأهلية إلى قسمين: أهلية الوجوب وأهلية الأداء. فأهلية الوجوب هي صلاحية الإنسان لثبوت الحقوق له ولوجوب الالتزامات عليه.

---

(٢٠) خليل إبراهيم عبد، مرجع سابق، ص١٥٠.

(٢١) عبد الرزاق السنهوري، موسوعة العقود– نظرية العقد– الجزء الأول، مرجع سابق، ص٣١٢– ٣١٣؛ عبد المجيد الحكيم، وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مرجع سابق، ص٦٢.

(٢٢) إيهاب محمود راغب، التنظيم القانوني لعقد التحويل المصرفي الالكتروني، مرجع سابق، ص٣٣.

أما أهلية الاداء وهي التي تكون محل بحثنا فهي صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني منه على وجه يعتبر به شرعاً. أي إنها صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية ومناط هذه الأهلية هو العقل والتمييز[٢٣].

ولابد من الإشارة ابتداء أن الأهلية تثبت للشخص سواء كان طبيعي أم معنوي.

وبما أن عقد التحويل الالكتروني يتم عادة بين شخص طبيعي وشخص معنوي متمثل بالمصرف لابد من التطرق لأهلية المصرف.

- أهلية المصرف:

المصرف هو الطرف الثاني في عقد التحويل الالكتروني للأموال فلابد أن يتمتع بالأهلية القانونية (كالآمر) طالما المصرف هو دائماً شركة أو مؤسسة مالية متخصصة فبالتالي فإنه يعتبر شخص معنوي. وتتحدد أهلية المصرف بموجب الغرض الذي من أجله أنشئ، من تاريخ صدور شهادة تأسيسه[٢٤].

وبما أن تقديم الخدمات المصرفية ومنها التحويل الالكتروني للأموال هي من أغراض تأسيس المصرف. وهذه الخدمات لا يمكن أن يقدمها المصرف من دون ترخيص. فالمشرع العراقي منع ممارسة الأعمال المصرفية من دون الحصول على ترخيص من البنك المركزي العراقي، وذلك في المادة (٣) من قانون المصارف العراقي رقم (٩٤) لسنة (٢٠٠٤)[٢٥].

وكذلك منع تداول كلمة (مصرف) أو مشتقاتها بأي لغة إذا كان هذا الاستخدام يتعلق بالأنشطة المصرفية دون الحصول على ترخيص أو تصريح صادر عن البنك المركزي العراقي[٢٦].

---

(٢٣) عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ص٦٤.

(٢٤) به ختيار صديق رحيم، النقل المصرفي الالكتروني، دار الكتب القانونية، القاهرة، ص١٠٨.

(٢٥) المادة (١/٣) والتي تنص على "لا يحق لأي شخص في العراق ممارسة الأعمال المصرفية دون الحصول على ترخيص أو تصريح صادر عن البنك المركزي العراقي ....."

(٢٦) المادة (٣/ ٤) من ذات القانون والتي تنص على "لا يجوز لأحد استخدام كلمة " مصرف" او مشتقات كلمة " مصرف" بأي لغة فيما يتعلق بأي أعمال او منتجات او خدمات دون الحصول على ترخيص او تصريح صادر عن البنك المركزي العراقي اذا اذا كان هذا الاستخدام منصوصاً عليه او يعترف به القانون او اتفاق دولي الا اذا كان وضاحاً من السياق الذي يستعمل فيه كلمة " مصرف" على انها لا تتعلق بالأنشطة المصرفية ولا يجوز لمكاتب التمثيل استخدام كلمة " مصرف" باسمهم الا في الحالات التي تشكل فيها كلمة " مصرف" جزء لا يتجزأ من اسم المصرف الأجنبي الذي تنتمي اليه تلك المكاتب شرط ان تضاف عبارة مكتب التمثيل في هذه الحالات .

نفهم من ذلك أن أي مؤسسة تحمل اسم مصرف أو مشتقاتها أو تقوم بالأعمال المصرفية هي حاصلة على إذن أو ترخيص أو تصريح من البنك المركزي وهذا إن دل فإنه يدل على أن المصرف الذي يمارس الأعمال المصرفية هو دائماً ذو أهلية كاملة وتكون أهليته مفترضة لا حاجة للخوض بتفاصيلها.

أهلية الآمر:

قد يكون الآمر شخصاً معنوياً أو شخصاً طبيعي اصالة عن نفسه أو نيابة عن غيره فهؤلاء تختلف الأهلية المطلوبة منهم والأهلية تتأثر بالتصرف كما تتأثر بالسن وعلى الأغلب أن يكون الآمر هو شخص طبيعي يروم من خلال تصرفه في التحويل الالكتروني للأموال لأغراض شخصية أو خاصة بعمله الشخصي. وقد يكون ذلك التصرف هو تبرع أو معاوضة.

فهنا تثور مسألة النفع والضرر هل التصرف الذي قام به الآمر هو ضار ضرراً محضاً أو نافع نفعاً محضاً أو دائر بين الضرر والنفع.

فهذا التساؤل يرجعنا إلى القواعد العامة للأهلية فالتصرفات النافعة نفعاً محضاً هي من شأنها أن تباشر دون أن يدفع مقابلاً. وتشمل أعمال الاغتناء، كقبول الهبة.

أما التصرفات الضارة ضرراً محضاً هي التي يفتقر من يباشرها دون أن يأخذ مقابلاً. وتشمل أعمال التبرع، كهبة الشخص لحاله أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر. هي التي تحمل باطل ومنها الربح والخسارة. وتشمل أعمال التصرف التي تنطوي على تقرير حق عيني للغير على شيء وأعمال الإدارة التي ترمي إلى استغلال الشيء دون المساس بأصله(٢٧).

وقد يكون التحويل الالكتروني للأموال من قبيل المعاوضات عندما يكون ذلك لقاء عوض تلقاه من المستفيد، وقد يكون ضاراً عندما يكون تبرعاً من الآمر للمستفيد.

فعملية التحويل الالكتروني للأموال تعد دائماً من الأعمال الضارة ضرراً محضاً في حالة إذا نظرنا إلى عملية التحويل الالكتروني للأموال نظرة مجردة عن سبب التحويل ومبرراته(٢٨).

---

(٢٧) عبد المجيد الحكيم، نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مرجع سابق، ص٦٤.

(٢٨) به ختيار صديق رحيم، النقل المصرفي الالكتروني، مرجع سابق، ص١٠٥- ١٠٦.

وبالتالي فإن الآمر لابد أن يتمتع بأهلية الأداء حتى ينعقد عقد التحويل الالكتروني للأموال صحيحاً منتجاً لأثاره ورغم خلو القانون التجاري العراقي من تنظيم أحكام الأهلية السن القانوني المحدد لها. لكن عالجها المشرع العراقي في القانون المدني العراقي وبين السن القانوني للأهلية(٢٩).

أما قانون التجارة المصري فإنه كان أكثر وضوحاً في تنظيم أحكام الأهلية فإنه اشترط أن تكون الأهلية الكاملة هي (٢١سنة) (٣٠).

ولابد لعرض التمييز بين الحالتين، **الأولى:** إذا كان الآمر بالتحويل الالكتروني للأموال هو نفسه المستفيد، كأن يقوم بتحويل مبلغ بين حسابين عائدين له. **والثانية:** إذا كان الآمر يختلف عن المستفيد. والغرض من ذلك لتحديد كون الأهلية المطلوبة هل هي أهلية إدارة أم أهلية تصرف.

فالحالة الأولى نكون أمام أعمال الإدارة فالأهلية المطلوبة هي أهلية الإدارة. لأن الأموال المراد تحويلها لا تخرج من ذمة الآمر المالية، وإنما تحويلها من دون نقصان من جانب إلى جانب آخر في نفس الذمة المالية وهذا التصرف يتفق مع التصرفات الدارة بين النفع والضرر تحت أعمال الإدارة وهذا لا يكون ذا أهمية للشخص الطبيعي بقدر ما يكون مهم بالنسبة للشخص المعنوي. وذلك بأن يكون الشخص الذي يتعاقد عنه أو الذي يصدر أمر التحويل عن الشخص المعنوي يجب أن يكون مفوضاً بأعمال الإدارة ليكون تصرفه صحيحاً عندما يكون المستفيد هو الشخص المعنوي ذاته. أما إن كان التحويل من حساب الشخص المعنوي إلى حساب آخر يجب أن يكون الشخص الطبيعي الذي ينوب عن الشخص المعنوي مفوضاً بذلك قانوناً(٣١).

أما الحالة الثانية فهي التحويل الذي يكون المستفيد منه شخصاً غير الآمر بالتحويل، والتمييز بين الحالتين هو أن التحويل يرد على ملكية الأموال من جانب إلى جانب آخر بخروج الممال من ذمة الآمر وينتقل إلى ذمة المستفيد. وبالتالي فهذا يندرج ضمن أعمال التصرف وبين أعمال الإدارة. والأهلية في هذا النوع من التصرفات تختلف عن الأهلية المطلوبة بأعمال الإدارة الكاملة،

---

(٢٩) المادة (١٠٦) من القانون المدني العراقي (سن الرشد ثماني عشر سنة كاملة).

(٣٠) تنص المادة (١١) من قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة (١٩٩٩) على أنه " يكون أصلاً لمزاولة التجارة مصرياً كان أو أجنبياً من بلغت سنه إحدى وعشرون سنة كاملة .....".

(٣١) خضير مخيف فارس، مرجع سابق، ص٨٢؛ به ختيار صديق رحيم، مرجع سابق، ص١٠٧.

لذلك يستوجب توفر الأهلية الكاملة في حالة قيام الآمر، أما عند الشخص المعنوي فيجب أن يكون من يمثله متمتعًا بالأهلية الكاملة وذلك من خلال ان يكون تعويضه تعويضًا صحيحًا وعاملاً في الأمور الإدارية والمالية والقانونية، وبخلافه يقتصر التعويض الممنوح له على أعمال الإدارة وفي حينها أي تصرف يصدر منه يعتبر تصرفه تصرف الفضولي في ملك الغير، وبالتالي عدم نفاذ التصرف لأنه تصرف موقوف على إجازة من يملك الحق[٣٢].

إذن عموم الكلام يجب أن يكون الآمر سواء كان شخصًا طبيعيًا أم كان شخصًا معنويًا فلابد أن يكون متمتعًا بالأهلية الكاملة حتى يصبح تصرفه ناجز للآثار القانونية ومنتج لها:

أهلية المستفيد: إن الأهلية المطلوبة لدى المستفيد الذي هو الطرف الثالث في عملية التحويل الالكتروني فإنها تتوقف على طبيعة التحويل هل هو من التصرفات النافعة نفعًا محضًا أم من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر.

وبالتالي فإن الأمر لا يخرج عما تقرره القواعد العامة بالنسبة للأهلية المطلوبة لكلا النوعين من الأعمال[٣٣].

سلامة الإرادة من العيوب:

أما من جانب سلامة تلك الأهلية من عيوب الإرادة[٣٤] التي تشوب عقد التحويل الالكتروني. وبما أننا أمام عمل يتم بين أطراف محترفين في العمل المصرفي وعلى الأقل أحدهم محترف لمهنة التجارة.

فيبدو من غير المتصور أن تشوب إرادتهم عيب من عيوب الإرادة سواء الغلط فقط[٣٥].

قد يقع الغلط ي شخص الآمر أو المستفيد أو مبلغ التحويل.

---

(٣٢) محمد عمر ذوابة، عقد التحويل المصرفي الإلكتروني، دار الثقافة، الطبعة الاولى، ٢٠٠٦، ص٧٤.

(٣٣) به ختيار صديق رحيم، مرجع سابق، ص١١١.

(٣٤) التي نصت على أحكامها المواد (١١٢- ١٢٥) وهي الإكراه والغلط والتغرير مع الغبن والاستغلال.

(٣٥) الغلط هو حالة من الوهم تقوم بالنفس، تحمل على توهم غير الواقع. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص٣١١.

الغلط الصادر من الآمر:

قد يقع غلط الآمر بشخص المستفيد أو بمبلغ التحويل قصد بأمر الآمر بتحويل مبلغ إلى شخص متفيد على أساس أنه مدين له وبالواقع أنه مدين لشخص آخر.

أو بأمر الآمر بتحويل مبلغ معين إلى المستفيد فيأمر بتحويل مبلغ أكثر من المبلغ أو أقل من المبلغ المطلوب تحويله فهنا تثور مسألة وقف التصرف وهل بإمكان الآمر أو المصرف أن يوقف هذا التصرف.

وهنا نقابل حالتين وهي تقييد وعدم تقييد المبلغ المزمع تحويله. فإن المصرف يمكنه وقف الأمر إذا لم يقيد المصرف المبلغ في الجانب الدائن من حساب المستفيد بالنسبة للقانون المصري.

أما القانون العراقي إذا لم يقيد المصرف المبلغ في الجانب المدين من حساب الآمر، فبإمكانه وقف التصرف وتصحيح الغلط وبعكسه يكون المبلغ ملكًا للمستفيد لا يمكن للمصرف إعادة القيد عكسيًا لأن المبلغ دخل في الذمة المالية للمستفيد وأصبح حقًا له لا يمكن التصرف به إلا بإذنه[٣٦].

مما يوجب اللجوء إلى القواعد العامة التي تنظم الغلط[٣٧]. فيكون التحويل الالكتروني باطلاً أو موقوفًا فإذا كان الغلط في شخص المستفيد فهو يعدم الإرادة فيكون التصرف باطلاً أما في حالة إذا كان الغلط في المبلغ فتكون الإرادة معيبة ولكنه غير باطل بل يكون التصرف أي التحويل الالكتروني للأموال صحيحاً موقوفًا على إجازة الآمر.

- الغلط الصادر عن المصرف:

أما الغلط الصادر عن المصرف فهو مقارب ولا يختلف عن الغلط الذي يصدر عن الآمر بالتحويل فالمصرف كذلك قد يغلط بشخص المستفيد أو بالمبلغ المراد تحويله كأنه يتلقى أمر تحويل من الآمر إلى شخص وقام المصرف بتحويل هذا المبلغ إلى شخص آخر. أو يتلقى أمر تحويل

---

(٣٦) خضير مخيف فارس، مرجع سابق، ص٨٣.

(٣٧) المادة (١/١١٧) مدني عراقي تنص على " إذا وقع الغلط في محل العقد وكان مسمى ومشار إليه فإن اختلف الجنس تعلق العقد بالمسمى وبطل لانعدامه وان اتحد الجنس واختلف الوصف فإن كان الوصف مرغوباً فيه تعلق العقد بالمشار إليه وينعقد لوجوده إلا أنه يكون موقوفًا على إجازة العاقد".

مبلغًا معين وأثناء تنفيذ الأمر قيد مبلغ أكثر أو أقل من المبلغ المراد تحويله. وكل ذلك يكون غلطًا منه قد يعدم الإرادة ويبطل التحويل، أو يعيبها ويوقف التحويل على الإجازة[٣٨].

المطلب الثاني

المحل في عقد التحويل الالكتروني

يعتبر المحل مرتكز العقد. ولكل التزام محل أيًا كان مصدر هذا الالتزام[٣٩]. وهو ما نص عليه القانون العراقي بأن " لكل عقد التزام محل يضاف إليه، ويكون قابلاً لحكمه"[٤٠].

ونحن بصدد البحث عن محل عقد التحويل الالكتروني للأموال لا متسع لإعادة الكلام عن المحل في العقود التقليدية. إذن يعد المبلغ النقدي الذي يطلب الآمر تحويله من حسابه إلى حساب المستفيد محل هذا التصرف القانوني[٤١].

ترى غالبية التشريعات التي نظمت عقد التحويل الالكتروني للأموال لم تشر إلى محل العقد، مستندة على ما ورد في القوانين التي عالجت التحويل التقليدي للأموال[٤٢]. إلا أن القانون التجاري الأمريكي الموحد أشار للمحل عند تعريفه التحويل بأن يدفع مبلغًا محدداً أو قابلاً للتحديد.

أما المشرع العراقي لم يتطرق في قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكتروني إلى محل العقد، ولعل السبب في ذلك أوكل للبنك المركزي إصدار تعليمات تنظم هذا العقد، أو أنه اكتفى بما ورد في قانون التجارة العراقي الذي نظم أحكام التحويل التقليدي للأموال.

إذ إنه نص على " يجوز أن يرد أمر النقل على مبلغ مقيد فعلاً في حساب الآمر بالنقل، أو على مبالغ يتفق مع المصرف على قيدها في حسابه خلال مدة معينة"[٤٣].

---

(٣٨) به ختيار صديق رحيم، مرجع سابق، ص١١٤.

(٣٩) عبد المجيد الحكيم وأخرون، الوجيز في نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص٩٥.

(٤٠) المادة (١٢٦) مدني عراقي تقابلها المادة (١٣٢) مدني مصري.

(٤١) خضير مخيف فارس، مرجع سابق، ص٨٤.

(٤٢) نجد المشرع العراقي أنه أشار في المادة (٢٦٠) من قانون التجارة العراقي إلى المحل حيث نصت على " يجوز أن يرد أمر النقل على مبلغ مقيد فعلاً في حساب الآمر بالنقل أو على مبالغ يتفق مع المصرف على قيدها في حسابه خلال مدة معينة". وفي الاتجاه نفسه نجد المادة (٣٣١) من قانون التجارة المصري.

إن عبارة يجوز الواردة في نص المادة أعلاه توعزنا على أن المبلغ الذي أودعه الآمر بالتحويل في حسابه الخاص به في المصرف، هو محل عقد التحويل.

ولكن يثور السؤال هي يجوز للآمر أن يطلب من المصرف أن يقوم بتحويل مبلغ معين بالنظر للثقة بين المصرف والآمر المتولدة عبر الزمن والتعاملات السابقة وقد يكون ذلك من خلال وعد الآمر بإيداع المبلغ خلال فترة معينة؟

للإجابة على هذا التساؤل نجد أن المادة (١٢٩/ ١) من القانون المدني العراقي نصت على أنه "يجوز أن يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد، إذا كان ممكن الحصول في المستقبل، وعين تعيناً نافياً للجهالة والضرر".

وكذلك نصت المادة (٢٦٠) من قانون التجارة العراقي التي أجازت أن يرد أمر التحويل على مبالغ يتفق مع المصرف على قيدها في حسابه خلال مدة معينة.

ونفهم من ذلك أنه يجوز للآمر أن يطلب من المصرف تحويل المبلغ المراد تحويله في وقت لاحق. بشرط أن يكون للآمر حساب وتعامل سابق مبني على الثقة، ويعتبر ذلك المبلغ هو المحل لعقد التحويل الالكتروني للأموال.

وتطبيقًا للقواعد العامة التي تنظم أحكام المحل يشترط فيه أن يكون موجوداً أو ممكن الوجود ومعيناً أو قابل للتعيين وأن يكون مشروعاً وتنطبق ذلك على التحويل الالكتروني للأموال نجد أن المبلغ موجود في حساب الآمر أو ممكن الوجود حسب نص القانون، وكذلك أن الآمر حدد المبلغ للمصرف مع تحديد نوع العملة، فإن المحل محدد تحديداً نافياً للجهالة[٤٤].

وبخصوص قابلية المحل للتعامل ومشروعيته فما دامت النقود هي محل هذا التصرف القانوني فهي مشروعة[٤٥].

ولكن من الممكن أن تكون غير مشروعة، وذلك في حالة تقدم الآمر بالتحويل نقوداً مزورة أو يقوم المصرف بإجراء التحويل خلافًا لأحكام مراقبة[٤٦].

---

(٤٣) مقابلها المادة (٣٣١) من قانون التجارة المصري.

(٤٤) به ختيار صديق رحيم، مرجع سابق، ص١١٦.

(٤٥) المرجع نفسه، ص١١٧.

(٤٦) محمد عمر ذوابه، مرجع سابق، ص٧٩.

وكذلك قد يكون التصرف مخالفً لأحكام قانون غسيل الأموال[٤٧] أو مخالفة أو عدم التقيد بتعليمات البنك المركزي فإن ذلك يعد مخالفة للنظام العام وبالتالي يعد التصرف باطل لعدم مشروعية المحل.

المطلب الثالث

السبب في عقد التحويل الالكتروني

السبب هو الغرض المباشر المجرد الذي يعقد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه[٤٨]. ويفترض القانون لكل التزام سببًا مشروعًا ما لم يقم الدليل على عكس ذلك[٤٩].

والأصل الفرنسي لهذه النصوص العربية أدق فهو يقضي بأن " الالتزام لا يوجد إلا إذا كان له سبب حقيقي مشروع"[٥٠].

أما المشرع الفرنسي فقد كرس المادة (١١٣١) من القانون المدني الفرنسي على أن "الالتزام لا ينتج أي أثر إذا لم يكن مبنيًا على سبب أو كان مبنيًا على سبب كاذب، أو على سبب غير مشروع".

أما المادة (١١٣٢) من ذات القانون فإنها نصت على " إن الاتفاق يكون صحيحًا حتى لو لم يذكر سببه"[٥١].

---

(٤٧) إذ نصت المادة (٣) من قانون مكافحة غسيل الأموال العراقي رقم (٩٣) لسنة ٢٠٠٤ على أنه "كل من يدير او يحاول ان يدير تعامل مالي يوظف عائدات بطريقة ما لنشاط غير قانوني عرافاً بان المال المستخدم هو عائدات بطريقة ما لنشاط غير قانوني او كل من ينقل او يرسل او يحيل وسيلة نقدية او مبالغ تمثل عائدات بطريقة ما لنشاط غير قانوني عارفاً بان هذه الوسيلة النقدية او المال يمثل عائدات بطريقة ما لنشاط غير قانوني ."

(٤٨) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني– مصادر الالتزام، الجزء الأول، ص٣٣٤؛ عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ص١٠١.

(٤٩) المادة (١٣٢/ ٢) مدني عراقي تقابلها المادة ( ) من القانون المدني المصري.

(٥٠) مشار إليه لدى: عبد الرزاق السنهوري، موسوعة العقود نظرية العقد، ص٥٣٥.

(٥١) نصت المادة (١١٣٣) على أن " السبب يكون غير مشروع إذا حرمه القانون، أو إذا كان مخالفًا للآداب والنظام العام".

أما بالنسبة للتحويل الالكتروني فيجب أن يكون السبب موجود فضلاً عن صحته ومشروعيته، لكن هل يشترط أن يذكر السبب في أمر التحويل؟ وهل يجوز للمصرف أن يمتنع عن تنفيذ التحويل إذا لم يكن له سبب أو سببه غير مشروع أو لم يذكر الآمر سبب للتحويل؟

وللإجابة عن هذه التساؤلات التي ولدت احتدام شديد بين الفقه ، لابد أن نتطرق إلى الاتجاهين.

فالاتجاه الأول ذهب إلى أن التحويل الالكتروني للأموال من التصرفات غير المجردة[٥٢] مثل عقد الاعتماد المستندي وخطاب الضمان، فإذا كان سببه غير مشروع وجب الحكم ببطلانه[٥٣].

وبالتالي يجب على المصرف أن يتحرى أو يبحث على مشروعي سبب التحويل للوصول إلى تنفيذ سليم فإذا علم أن البت غير مشروع أو غير موجود فعليه أن يمتنع عن تنفيذ أمر التحويل.

بينما يرى الاتجاه الثاني إن التحويل الالكتروني للأموال يعد تصرفًا قانونيًا مجردًا فلا يعتد بالعلاقة بين عملية القيد الحسابي المزدوج في الحسابين، أو العلاقة الخارجية القائمة بين الآمر بالتحويل والمستفيد، بمعنى إن حق المستفيد تجاه المصرف بعد إجراء الغير يعد حقًا ثابتًا ومستقلاً تمامًا عن العلاقة بين الآمر والمستفيد والتي كانت سببًا في إصدار أمر التحويل.

فإذا بطل التصرف الذي على أساسه تم التحويل فهذا البطلان لا تأثير له على صحة عملية التحويل[٥٤].

وذهب الفقيه (ريبير) إلى أن صحة عملية التحويل لا تتوقف على صحة العملية القانونية المراد تسويتها به فإذا كانت هذه العملية باطلة كان للآمر دعوى ضد المستفيد لكن هذا البطلان لا يمنع نشأة حق المستفيد في مواجهة المصرف بالمبلغ المنقول إلى حسابه في حالة تنفيذ الأمر بالتحويل وترتيب تمام آثاره[٥٥].

---

(٥٢) ندى الفيل، النقل المصرفي، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، ١٩٩٥، ص٨٠.

(٥٣) محي الدين إسماعيل، موسوعة أعمال البنوك من الوجهتين القانونية والعملية- الجزء الأول، بدون دار نشر، ص٤١.

(٥٤) محمد حسن الجبر، العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، الرياض، ١٩٩٧، ص١٣٧.

(٥٥) ندى الفيل، مرجع سابق، ص٨١- ٨٢.

إلا أن هذا الرأي ترد عليه بعض الإشكالات منها أنه لا سند له في القانون، حيث لا يجود نص يجرد التحويل الالكتروني للأموال من سببه(٥٦)،

وإن تجريد التحويل الالكتروني للأموال يعد ذلك خلافًا للقواعد العامة التي تقرر بطلان أي تصرف خالي من الأركان والسبب يعتبر ركنًا من أركان التحويل الالكتروني(٥٧).

وفي افتراض التجريد فإن التجريد يكون شكلي وليس موضوعي ويظل الإجراء به مسببًا(٥٨).

وفي التجريد الشكل يجعل قلب عبء الإثبات بأن من يدعي عدم وجود السبب أو عدم مشروعيته عليه أن يثبت ذلك ومن ذلك يتضح أن المشرع العراقي أخذ بالتجريد الشكلي دون الموضوعي في التصرفات الإرادية ومنها التحويل الالكتروني للأموال(٥٩).

وعليه ولما تقدم نرى أن التحويل الالكتروني يجب أن يكون مسبب تسبيب مشروع وموجود ونرى أن على المصرف التأكد من وجود السبب ومشروعيته وكذلك دليل يثبت صحة وجود السبب كأن يكون عقد بيع أو أي سند آخر يثبت صحة السبب ومشروعيته.

المطلب الرابع

الشكلية في عقد التحويل الالكتروني

الشكلية: هي وسيلة فنية يهدف بها المشرع إلى ضمان وجود الإرادة وجوداً قانونيًا وهي ليست الإرادة بذاتها وإنما هي الشكل الخارجي للتعبير عن الإرادة، يفرض إتباعها المشرع في تصرفات معينة مراعاة لاعتبارات خاصة بذات التصرف(٦٠).

---

(٥٦) باسم علوان العقابي، النقل المصرفي، دراسة معمقة، ٨٧.

(٥٧) المادة (١٣٢) مدني عراقي، والمادة (١٣٦) مدني مصري.

(٥٨) عبد الحي حجازي، مشار إليه لدى: ندى الفيل، مرجع سابق، ص٨٢.

(٥٩) ندى الفيل، مرجع سابق، ص٨٢.

(٦٠) حازم أكرم الربيعي، الشكلية في التعاقد عبر الانترنت– دراسة تحليلية مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، ٢٠٢٠، ص٢١.

ويرى جانب من الفقه إن الشكلية هي ركن من أركان عقد التحويل الالكتروني ويعتبر تخلف الشكل إبطالاً للعقد مستندين في ذلك إلى نص المادة (٢٥٨) من قانون التجارة العراقي النافذ.

والتي تنص على " أولاً: النقل المصرفي عملية يقيد البنك بمقتضاها مبلغًا معينًا في الجانب المدين من حساب الآمر بالنقل، بناءً على أمر كتابي منه، وفي الجانب الدائن من حساب آخر"(٦١).

في حين يرى جانب آخر أن لا أهمية للشكل في أمر التحويل الالكتروني للأموال سواء أكان كتابة أم شفاهًا أم محررًا اسميًا أم قابل للتداول(٦٢)،

وأن القيد مجرد تجسيد لعملية التحويل الرضائية(٦٣).

وذهبت العديد من التشريعات العربية والأجنبية كالقانون اللبناني والقانون الفرنسي إلى أن الشكلية في عقد التحويل الالكتروني غير ملزم يمكن إصداره من قبل العميل الآمر بصورة شفوية أو بالهاتف وقد درج العرف المصرفي على ذلك.

ولكل ما تقدم فإننا نتفق مع الرأي الثاني الذي ذهب إلى أن الشكلية هي ليست ركن من أركان العقد ونرى أن الشكلية هي وصفًا للعقد لا ركن من أركانه، وكذلك هي للإثبات لا للانعقاد، فإن الآمر عندما يشعر المصرف بأمر التحويل بالكتابة التقليدية كذلك يمكنه أن يقوم بإشعار المصرف بالكتابة الالكترونية أو شفاهيًا عن طريق الهاتف أو بأي وسيلة أخرى تعبر عن إرادته فلا مبرر للمصرف على عدم تنفيذ أمر التحويل الالكتروني ولا يمكنه أن يمتنع عن التنفيذ بحجة تخلف ركن من أركان عقد التحويل وهو الشكلية لأن بذلك سيجهر المعاملات المصرفية فالكتابة الالكتروني والعبير عن الإرادة شفاهيًا عن طريق الهاتف يعتبر دليل قاطع على المصرف بإمكان الآمر التمسك به عند عدم التنفيذ.

قد تكون الكتابة الالكترونية مقيدة في السجلات الالكترونية لدى المصرف. فيعتبر ذلك دليل للإثبات في حالة إذا ما شاب نزاع بين المصرف والآمر. إذن الشكلية هي للإثبات وليست للانعقاد

---

(٦١) ندى الفيل مرجع سابق، ص٨٦؛ خليل إبراهيم عبد، مرجع سابق، ١٦٠.

(٦٢) علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص٢٠١.

(٦٣) المرجع نفسه، ص١٩٨.

وبالرجوع لنص المادة (٥٨/ أولاً) من قانون التجارة العراقي وكذلك نص المادة (١/٣٢٩) من قانون التجارة المصري فنجد إن الكتابة للإثبات لأن المشرع لم يرسم شكل معين لأمر التحويل.

المبحث الثاني

شروط التحويل الالكتروني

لا يكفي انعقاد عقد التحويل بتوافر أركانه بل لابد أن تتوافر عدة شروط إلى جانب أركان العقد ليولد العقد صحيحاً والشروط الخاصة بعقد التحويل عديدة سنقوم ببيانها بالتفصيل وذلك على النحو الآتي:

المطلب الاول

إجراء التحويل الالكتروني من خلال حسابين مصرفيين

يشترط لإجراء عملية التحويل الالكتروني للأموال أن يوجد حساب مصرفي لدى الآمر وحساب مصرفي لدى المستفيد، أو حسابين لشخص واحد.

ويرى جانب من الفقه إن عملية التحويل لا تتم إذا لم يملك المستفيد حساباً في البنك ولا يستطيع المستفيد استلام النقود، ويبقى أمر التحويل معطلاً إلى أن يصبح للمستفيد حساب(٦٤).

فمن جانبنا نطرح تساؤل وهو هل يكون عقد التحويل الالكتروني للأموال باطل إذا تم من دون وجود حساب للآمر وحساب للمستفيد أو تم بوجود حساب للآمر وتبين بأن المستفيد لم يوجه له حساب لدى المصرف المرسل إليه المبلغ.

وللإجابة على هذا التساؤل نرجع إلى قانون التجارة العراقي وقانون التجارة المصري حيث إن لم يوجد نص يبطل التصرف لعدم وجود شرط وجود الحساب المصرفي وبالتالي لا يوجد مانع قانوني يوقف تنفيذ المصرف لأمر التحويل لعدم وجود حساب مصرفي للمستفيد.

إذ لا يوجد في نصوص القانون ما يفيد بوجود التمييز بين التحويل المصرفي الحسابي أو التحويل المصرفي النقدي(٦٥).

أما إذا كان التحويل البنكي العادي يشترط وجود حسابين تنتقل النقود من أحدهما إلى الآخر. فإن التحويل الالكتروني للأموال لا يشترط فيه وجود حسابين وإنما يكفي لوجود حساب واحد على

---

(٦٤) منير الجنيهي؛ ممدوح الجنيهي، البنوك الاكترونية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٦، ص١٠٧.

(٦٥) عمر محمد الذوابة، مرجع سابق، ص١٠٢.

الأقل من خلاله يتم استخدام الوسائل الالكترونية فالبنك عندما يقوم بفتح حساب لشخص ما يعبر عن وجود علاقة بينه وبين المستفيد(٦٦).

صفوة القول: إن شرط وجود حساب مصرفي للآمر وحساب مصرفي للمستفيد وبخلافه يعطل تنفيذ أمر التحويل لا يوجد له سند قانوني يبرره وهناك عدة صور للتحويل الالكتروني للأموال سواء أكان تحويلاً خارجيًا أو داخليًا لا يحتاج إلى فتح حساب أو وجود حساب أصلاً مثل (الوسترن يونن– والميني غرام) فهذا يعتبر بنوك عالمية لا تحتاج إلى وجود حساب مصرفي على الأقل لدى المستفيد وإنما تنفذ الطلب عن طريق الهوية التعريفية المدنية للشخص.

– أن يكون أمر التحويل أسميًا:

نصت (الفقرة ثالثًا من المادة ٢٥٨) من قانون التجارة العراقي على " ... لا يجوز أن يكون أمر النقل لحامله".

يفهم من هذا النص إن أمر التحويل من الضروري أن يكون اسميًا، ويجب على المصرف عند تنفيذ أمر التحويل التأكيد على درج اسم الآمر واسم المستفيد حتى يتمكن من إجراء التنفيذ، هذا على الصعيد التقليدي.

أما من جانب التحويل الالكتروني للأموال فالأمر أكثر تعقيدًا لأنه يفتقد الوجود المادي للأطراف على الرغم من عدم الإشارة لذلك في قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي ولكن عند رجوعنا لنص الفقرة (ثالثًا من المادة ٢٥٨) نجد المشرع العراقي لا يسمح أن يكون الأمر إلا اسميًا.

وهناك جانب من الفقه يرى أن يكون أمر التحويل لحامله مع اشتراط موفقة المصرف على اعتبار أن هناك نماذج معدة مسبقًا لأوامر التحويل(٦٧).

---

(٦٦) محمود محمد أبو فروة، الخدمات البنكية الالكترونية عبر الالانترنت، دار الثقافة، الطبعة الاولى، ٢٠٠٩، ص٥٢؛ علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص٢٠٢.

(٦٧)عمر محمد ذوابه، مرجع سابق، ص٩٩.

وهذا الرأي معرض للانتقاد إذ يتعذر الأمر من الناحية القانونية إذ يؤدي إلى رد الطلب أما من الناحية العلمية يؤدي إلى صعوبات أو أخطاء تجعل مسؤولية المصرف مفترضة[٦٨].

ومن جانبنا لا نؤيد هذا الاتجاه لأن في التحويل الالكتروني يتم عن طريق شفرات بين الآمر ومصرفه وبين مصرف المستفيد، وأيضاً عدم اعتبار أمر التحويل ورقة تجارية، تستخدم بالتظهير ومن جميع الجوانب التي يصعب أن يكون لحامله سهولة تعرضه للسرقة والتزوير.

المطلب الثاني

يجب ألا يكون أمر التحويل معلقًا على شرط

لم يوجد نص في قانون التجارة العراقي وقانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي يمنع تعلق التحويل على شرط سواء أكان شرطًا فاسخا أو واقفا ، فضلاً عن إجازة القواعد العامة بتعليق الالتزامات على شرط أو أجل.

ويرى جانب من الفقه إمكانية تعلق أمر التحويل على شرط واقف[٦٩]. في الحالة التي يكون فيها لدى المصرف وسيلة يمكنه من خلالها التحقق من ذلك الشرط[٧٠].

ومن جانبنا لا نؤيد هذا الرأي ، ونؤيد الآراء التي ذهبت لانتفائه حيث أنه يتعارض مع مبدأ السرعة الذي تتصف به المعاملات التجارية[٧١].

وأيضاً ليس من واجبات المصرف أن يقحم نفسه في البحث عن تحقق الشروط من عدمها[٧٢].

وهذا لا ينسجم وطبيعة عمل المصارف وبالخصوص عملية التحويل الالكتروني للأموال. إذ لا يوجد نص يحول دون ذلك. أو العراق أو العدالة بحسب طبيعة الالتزام وبهذا نص المشرع الجزائري في المادة (١٠٧) من القانون المدني الجزائري على أنه " يجب تنفيذ العقد طبقًا لما

---

(٦٨) خليل إبراهيم عبد، مرجع سابق، ص١٦٦.

(٦٩) محي الدين ، كتاب خليل إبراهيم، ص١٦٦

(٧٠) خضير مخيف فارس، مرجع سابق، ص١٠١.

(٧١) خليل إبراهيم عبد، مرجع سابق، ص١٦٦,

(٧٢)خضير مخيف فارس، ص١٠٢.

اشتمل عليه وبحسن نيه، ولا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقًا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب الالتزام" [٧٣].

فتحديد مضمون العقد يتضمن بيان الالتزامات التي يلتزم بها كل طرف من أطراف العقد، ذلك أن تحديد المضمون له أهمية كبيرة في إعمال مبدأ القوة الملزمة للعقد وتحديد مضمون عقد التحويل المصرفي الالكتروني يتم من خلال البحث عن الالتزامات التي ينشئها العقد في ذمة اطرافه وحدود تلك الالتزامات وكيفية تنفيذها[٧٤].

تعد عملية التحويل من حساب إلى حساب آخر هو بمثابة تسليم النقود يدوياً ولا يقوم المصرف بذلك التسليم إلا بتنفيذ الالتزامات المتفق عليها بموجب عقد فتح الحساب المبرم مع العميل الآمر، والتنفيذ المقصود في عملية التحويل ما هو إلا إجراء القيد بالخصم في الجانب المدين من حساب الآمر وفي كل ذلك على المصرف إجراء تلك القيود مع الآخذ بعين الاعتبار التقيد بالسرية المصرفية وعدم إفشاء أسرار العميل الآمر لمحافظة على ملاءته المالية أمام الغير، وبغض النظر عن الطريقة التي علم بها المصرف سواء من عملية الآمر مباشرة أو من خلال البيانات المتعلقة بالحساب كالرصيد والإيداعات أو من خلال تقديم خدمة فتح الحساب ومن الأمور التي يستوجب على المصرف عدم الإخبار عنها للغير اسم الطرف المستفيد والمبلغ المراد تحويله، وكذلك وقت إتمام عملية التحويل[٧٥].

---

(٧٣) عيسى لافي حسن الحمادي، مرجع سابق، ص٢٤٤.

(٧٤) محمد عمر ذاوبة، مرجع سابق، ص٢٠٢.

(٧٥) عيسى لافي حسن الحمادي، المرجع السابق، ص

الخاتمة

توصلنا من خلال الخاتمة الى بعض النتائج ومن ثم نعطي بعض التوصيات

النتائج:

١- عقد التحويل من العقود الرضائية ولكن بعض المشرعين رسموا له شكلا معين وجعلوه من العقود الشكلية.

٢- يجب لكي يتم العقد لابد من وجود شروط معينة يجب ان تكون متوفرة قبل انعقاده واثناء التنفيذ من قبل اطراف العقد

٣- ينقضي العقد استنادا للقواعد العامة وكذلك توجد قواعد خاصة بالعمل المصرفي لانقضائه وكذاك توجد أسباب ارادية وأخرى غير ارادية لانقضائه

التوصيات:

١- نوصي المشرعين العراقي والمصري بالاهتمام والحماية القانونية الكاملة لعقد التحويل كونه عقد يتعلق بالذمة المالية والاغفال عن ابسط الجزئيات الخاصة بانعقاده وتنفيذه وانقضائه قد يودي الى ضياع حقوق الطرفين

٢- يجب ان يكون العقد من العقود الرضائية البحتة وانما الكتابة تكون للاثبات وليس للانعقاد لان غالبا ما يكون العقد هو عن بعد والشكلية قد تسبب تأخير في انعقاده

المراجـــــع

١. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الالكتروني، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٣.

٢. اسامة أحمد بدر، الوسائط المتعددة بين الواقع والقانون، دار النهضة العربية، بدون سنة طبع، القاهرة.

٣. به ختيار صديق رحيم، النقل المصرفي الالكتروني، دار الكتب القانونية، القاهرة، بدون سنة طبع.

٤. حازم أكرم الربيعي، الشكلية في التعاقد عبر الانترنت- دراسة تحليلية مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، ٢٠٢٠.

٥. خضير مخيف فارس، النظام القانوني للتحويل الالكتروني للنقود، دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، بدون سنة طبع.

٦. عبد الرزاق أحمد السنهوري، موسوعة العقود- نظرية العقد- الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار مصر للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٢٠.

٧. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني- مصادر الالتزام، الجزء الأول.

٨. عبد المجيد الحكيم، أحكام الالتزام، العاتك لصناعة الكتاب، بغداد، ٢٠٠٩.

٩. عبد المجيد الحكيم؛ عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية االلتزام، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، المكتبة القانونية، بغداد،٢٠١٠.

١٠. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.

١١. فائق الشماع، التجارة االلكترونية، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية- بيت الحكمة، السنة الثانية، العدد٤، ٢٠٠٠.

١٢. محمد حسن الجبر، العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، الرياض، ١٩٩٧.

١٣. محمد عمر ذوابة، عقد التحويل المصرفي الإلكتروني، دار الثقافة، الطبعة الاولى، ٢٠٠٦.

١٤. محمد فريد العريني؛ محمد السيد الفقي؛ جلال وفاء البدري محمدين، مبادئ القانون التجاري، دراسة في الأدوات القانونية، الدار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية. بدون سنة طبع.

١٥. محمود محمد أبو فروة، الخدمات البنكية االلكترونية عبر االنترنت، دار الثقافة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩

١٦. محمود مختار أحمد بربري، قانون المعاملات التجارية، عمليات البنوك، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.

١٧. محي الدين إسماعيل، موسوعة أعمال البنوك من الوجهتين القانونية والعملية- الجزء الأول، بدون دار نشر وسنة طبع.

١٨. منير الجنيهي؛ ممدوح الجنيهي، البنوك الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٦.

الرسالة العلمية

١. خليل إبراهيم عبد، النظام القانوني للتحويل المالي في العراق– دراسة مقارنة– رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية ، لبنان، بدون سنة نشر.

٢. ندى الفيل، النقل المصرفي، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، ١٩٩٥.

الفهرس

الموضوع	الصفحة
مقدمة	١
المبحث الأول: أركان عقد التحويل الالكتروني للأموال	٤
المطلب الأول: الرضا والمحل في عقد التحويل الالكتروني للأموال	٤
المطلب الثاني: السبب والشكل في عقد التحويل الالكتروني	١٦
المبحث الثاني: شروط التحويل الالكتروني	٢٠
الخاتمة	٢١
المراجع	٢٥
الفهرس	٢٧