

**المقاصة الإلكترونية والمسؤولية المدنية التي تنجم عنها<sup>(\*)</sup>****م. صون كل عزيز عبد الكريم****مدرس القانون المدني****العهد التقني / نينوى****د. هند فالح محمود****مدرس القانون المدني****العهد التقني / نينوى****المستخلص**

تعد المقاصة الإلكترونية وسيلة لتسوية المدفوعات بين المصارف بطريقة الكترونية وهي بهذا قفزة نوعية في مجال العمل المصرفي كونها تعتمد الاستخدام الأمثل لتقنية المعلومات وتسهل عملية نقل الأموال والصكوك بين المصارف، وللمقاصة الإلكترونية خصائصها التي تميزها عن غيرها من الأنظمة الإلكترونية كالتحويل الإلكتروني للنفود والدفع الإلكتروني، فهي أداة وفاء مزدوجة اتفاقية تتصف بالأمان والسرية في نقل البيانات فضلا عن أنها أداة للتقليل من ظاهرة الصكوك المرتجعة وبذلك أصبح تطبيق هذا النظام أمر ضروري لغرض العودة بالتعامل إلى استخدام صكوك جديدة تحمل شريطا مغناطيسيا تسجل عليه المعلومات الموثقة لصحة الصك وهذا ما سيجنب تداول الصكوك الوهمية لذا فقد بدأت اغلب المصارف الخاصة وفروعها اعتماد نظام المقاصة الإلكترونية لأنه يعود بالنفع على القطاع المصرفي للسلامة التي يتمتع بها هذا النظام، وقد يتعرض المصرف في نطاق تنفيذه لعملية المقاصة الإلكترونية للمسؤولية، وتختلف هذه المسؤولية باختلاف أسبابها ونتائجها، فقد تكون مسؤولية المصرف عقدية باعتبار ان المصرف عند تنفيذه لعملية المقاصة الإلكترونية إنما يقوم بذلك بناء على عقد بينه وبين العميل فردا كان ام هيئة معنوية والتي غالبا ما تكون مصرفا آخر وقد تقوم مسؤولية المصرف التقصيرية عن الضرر الذي يلحق شخص لا تربطه بالمصرف علاقة عقدية، كما قد يسأل المصرف لمجرد تحمل العميل بضرر من جراء نشاط المصرف على أساس تحمل مخاطر المهنة وفي كل ذلك فان هذه المسؤولية تستمد أحكامها من القواعد العامة في القانون المدني وأيضا من القانون التجاري باعتبار أن هذه العملية من العمليات المصرفية التجارية فضلا عن بعض الأحكام الخاصة التي نص عليها المشرع مراعاة لخصوصية هذه العملية المصرفية.

(\*) أستلم البحث في ٢٠١٣/١٢/١٩ \*\*\* قبل للنشر في ٢٠١٤/٥/٦.

## Abstract

The electronic clearing the way for the settlement of payments between banks electronically and thus a quantum leap in the field of banking business is dependent optimal use of information technology and facilitate the transfer of funds and instruments between banks , and clearing electronic characteristics that distinguish them from other electronic systems Kalthoil electronic money and electronic payment , it is a tool Wafa Double agreement characterized by safe and confidential data transfer as well as a tool to reduce the phenomenon of instruments bounced bringing the application of this system is necessary for the purpose of back deal to use the new instruments with a ribbon magnetically recorded by documented information to the health of the instrument and this would avoid trading instruments phantom so it began most private banks and their affiliates to adopt electronic clearing system because it is beneficial to the banking sector for the safety enjoyed by this system , has exposed the bank within the implementation of the process of the electronic clearing of responsibility , and vary this responsibility according to their causes and consequences , it may be the responsibility of the bank nodal considering that the bank when the implementation process electronic clearing but does so on the basis of a contract between him and the client an individual or a body corporate which is often a bank last has the responsibility for exchange tort for damage to someone who does not bind the bank relationship nodosum , may also ask the bank just to afford the client harm as a result of the bank's activities take the risk on the basis of the profession in all of this , the provisions of this responsibility derives from the general rules of civil law and also of the Commercial Code , as the process of commercial banking as well as some special provisions stipulated by the legislator into account the specificity of this process banking .

## أقدمة

### أولا. موضوع البحث:

يعد التقدم التكنولوجي من العوامل المساعدة في تطوير تقنيات المعلومات والاتصالات بما يكفل انسياب الخدمات المصرفية بكفاءة عالية، وان حُسن استغلال تقنية الصيرفة الإلكترونية هي من عوامل عصرنه المصرفية لمواكبة تحديات العصر، إذ شهدت الساحة المصرفية في الفترة الأخيرة توسعا كبيرا في التكنولوجيا المصرفية والتي من ابرز مظاهرها المقاصة الإلكترونية التي تعد اتجاها حديثا ومختلفا عن المقاصة التقليدية لما تحققه من مزايا عديدة ان تمثل المقاصة الإلكترونية قفزة نوعية في مجال العمل المصرفي لأنها تعتمد الاستخدام الأمثل والفعال لتقنية المعلومات والاتصالات لتسهيل عملية نقل ومتابعة حركة الأموال والصكوك المتداولة بين المصارف.

وقد باشرت المصارف العراقية الخاصة بإطلاق استخدام نظام المقاصة الإلكترونية الذي اقره البنك المركزي العراقي وألزمها بتنفيذه مطلع عام (٢٠١٢) إذ دخلت المصارف الخاصة مرحلة جديدة بعد ان تبنت أنظمة صيرفة متطورة باعتمادها على وسائل الاتصال المتطورة بربط المركز الرئيس بفروع المصرف بشكل مباشر وربطها بالشبكة المصرفية التي أسسها البنك المركزي العراقي لتبادل التأديت بين المصارف لحساب زبائنه والمباشرة بتطبيق نظام مقاصة الصكوك الإلكترونية إذ يمكن تحصيل مبالغ الصكوك المسحوبة على مصارف أخرى التي يودعها العميل في المصرف الذي يتعامل معه ليقوم بتحصيل مبالغها إلكترونيا وخلال ٢٤ ساعة.

لذا أصبح تطبيق هذا النظام أمر ضروري لغرض العودة بالتعامل في السوق إلى استخدام الصكوك بدلا من التأديت النقدية بين المتعاملين إذ يتم استخدام صكوك جديدة تحمل شريطا مغناطيسيا يسجل عليه المعلومات الموثوقة لصحة الصك فضلا عن وسائل أمان أخرى لا يمكن للمزورين اقترافها سيجنب نظام المقاصة الإلكترونية تداول صكوك وهمية ان سيتوقف إصدار الصكوك المصدقة بطريقة تقليدية ويعوض بصك جديد ممغنط لأمر أية جهة يحددها العميل.

### ثانياً. أسباب اختيار الموضوع وأهميته:

تعتمد أهمية إصلاح المنظومة المصرفية العراقية التي ما زالت تتخبط في مشاكل ومataها البرامج الإصلاحية المتعددة التي جزء كبير منها عصرتة النظام واعتماد الصيرفة الالكترونية ومنها نظام المقاصة الالكترونية، فأى نظام لابد من ان يسبقه دراسة دقيقة عن إمكانية تطبيقه واعتماده ونظام المقاصة الالكترونية يحتاج اعتماده إلى دراسة واقع القطاعات المختلفة ومدى استعدادها لدعم هذا النظام، فعلى الرغم من التطورات التي عرفتها الخدمات المصرفية من ضمنها المقاصة الالكترونية إلا أن المشرع العراقي لم يتناولها بالتنظيم على الرغم من أهميتها في المرحلة الحالية ويكمن السؤال هنا في هل من الضروري ان يعالج المشرع المقاصة الالكترونية بقانون خاص ام تكفي القواعد العامة لمعالجة الموضوع، هذا ما يتم الإجابة عليه في بحثنا هذا.

### ثالثاً. منهجية البحث :

اعتمدت دراستنا على المنهج التحليلي الذي يقوم على اساس تحليل فكرة المقاصة الالكترونية بالاستناد الى نصوص القانون العراقي ليتم تأطيرها بنص قانوني ينظمها فضلاً عن الاستئناس بنصوص القوانين العربية والاجنبية كلما تطلب البحث ذلك.

### رابعاً. خطة البحث:

تقع هذه الدراسة في مبحثين إذ خصّ المبحث الأول لماهية المقاصة الالكترونية وهو يقسم إلى ثلاثة مطالب، تناول المطلب الأول : تعريف المقاصة الالكترونية، وتناول المطلب الثاني: خصائص المقاصة الالكترونية، وتناول المطلب الثالث: تمييز المقاصة الالكترونية عما يشتهر بها من أوضاع.

وخصّ المبحث الثاني للمسؤولية المدنية التي تنجم عن الإخلال بعملية المقاصة الالكترونية وهو يقسم إلى ثلاثة مطالب أيضاً تناول المطلب الأول: المسؤولية العقدية في إطار تطبيق نظام المقاصة الالكترونية، وتناول المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية في إطار تطبيق نظام المقاصة الالكترونية وتناول المطلب الثالث والأخير: المسؤولية الموضوعية في إطار تطبيق نظام المقاصة الالكترونية.

## المبحث الأول

### ماهية المقاصة الإلكترونية

لتحديد ماهية المقاصة الإلكترونية يتطلب تحديد مفهومها وبيان خصائصها ومن ثم تمييزها عما يشتهر بها من أوضاع لذا فإن طبيعة هذا المبحث تقتضي تقسيمه إلى ثلاثة مطالب الأول يتناول تعريف المقاصة الإلكترونية، ويتناول الثاني يتناول خصائص المقاصة الإلكترونية ويتناول الثالث تمييزها عما يشتهر بها من أوضاع.

### المطلب الأول

#### تعريف المقاصة الإلكترونية

المقاصة لغة هي المساواة والمقابلة في الحساب، يقال تقاص القوم اذ قاص كل واحد منهم صاحبه في الحساب أي مماثلة دينك على فلان لدينه عليك ومساواته له والمقابلة بينهما<sup>(١)</sup>.

اما اصطلاحا فتعرف المقاصة بأنها وسيلة ينقضي بها دينان في ان واحد بقدر الأقل منهما<sup>(٢)</sup>.

اما قانونا فقد عرفتها المادة (٤٠٨) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ بأنها "إسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه".

ونلاحظ مما تقدم بأن معنى المقاصة وفق المنظور اللغوي والقانوني لا يفرض شكلا خاصا للمقاصة مما يتلاءم مع ظهور نوع جديد من المقاصة ألا وهي المقاصة الإلكترونية التي جاءت نتيجة طبيعية للتطور التكنولوجي وزيادة انتشار وسائل المعلوماتية .

(١) محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، مختار الصحاح، دار الرسالة، الكويت، ص ٥٣٨، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، رتبة خليل مأمون شيما، معجم القاموس المحيط، ط ٥، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ٢٠١١، ص ١٠٦٣.

(٢) فؤاد قاسم مساعد الشعبي، المقاصة في المعاملات المصرفية، دراسة مقارنة بين القانون والشريعة الإسلامية (المقاصة المصرفية الإلكترونية)، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٨، ص ٣١.

وقد تناول الفقهاء تعريف المقاصة الالكترونية فعرّفها البعض<sup>(١)</sup> بأنها " إجراء تقاص الشيكات بين البنوك عن طريق البنك المركزي بموجب صور الكترونية للشيكات من دون ان يجري تبادل الشيكات فعليا بين البنوك" ، كما عرفت بأنها " نظام لتسوية مدفوعات الصكوك الكترونيا بين المصارف بدلا من المدفوعات الورقية في غرف المقاصة وتسجيل المدفوعات الكترونيا على شريط ممغنط"<sup>(٢)</sup>.

وعرفت بأنها "نظام يمكن المصارف المشاركة وفروعها من تبادل أوامر الدفع فيما بينهم بطريقة آلية وتتم معالجة وإرسال صافي التسوية النهائية إلى نظام التسوية الإجمالية الآتية"<sup>(٣)</sup>.

ويلحظ على التعريفات المتقدمة أنها أشارت إلى الوسيلة التي تتم بها المقاصة من دون ان تشير إلى الأثر الذي ترتبه الا وهو إسقاط دين بدين لذا نجد ان المقاصة الالكترونية تعرف بانها "إسقاط دين مطلوب لدائن بدين مطلوب منه لمدينه باستخدام الوسائل الالكترونية".

اما على الصعيد القانوني فابتداء لابد من ملاحظة عدم وجود تنظيم قانوني خاص يعالج أحكام المقاصة الالكترونية سوى لائحة التعليمات الصادرة من البنك المركزي العراقي بالأمر المرقم ٥٩٣٢٣ في ٢٠١٠/٨/١٩ والخاصة بنظام المقاصة الالكترونية التي جاءت خالية من أي تعريف للمقاصة الالكترونية والأمر نفسه بالنسبة لقانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي ذي الرقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢ الذي لم نجد في نصوصه أية اشارة إلى المقاصة الالكترونية.

(١) د. وسيم محمد الحداد و د. شقيري نوري موسى و د. محمود إبراهيم انور و د. صالح طاهر الزرقان، الخدمات المصرفية الالكترونية، ط١، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، ٢٠١٢، ص ١٢٥. احمد زكريا صيام، احمد عارف المزاري، الخدمات المصرفية الالكترونية، دراسة حالة البنوك التجارية الأردنية، ٢٠٠٨، ص ١٥، مقالة علمية متوفرة على الموقع الالكتروني: [www.ivsl.org](http://www.ivsl.org)

(٢) حازم نعيم الصمادي، المسؤولية في العمليات المصرفية الالكترونية، ط١، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٣، ص ٣٢.

(٣) نظام المدفوعات العراقي، كراس مستخدم نظام المقاصة الالية ACH للمشاركة، صادر عن البنك المركزي العراقي، غير منشور، ص ٢.

في حين عرفته المادة (٢) من أصول وقواعد العمل والتعليمات الخاصة بالمقاصة الإلكترونية الصادرة عن البنك المركزي الأردني الصادرة استنادا على أحكام ف(ب) من المادة (٣٧) من قانون البنك المركزي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ وتعديلاته بأنها "تبادل المعلومات للشيكات في مركز المقاصة وتحديد صافي الأرصدة الناتجة من عمليات التقاص بين الأعضاء واستخراج التقارير الناتجة عن هذه العملية، وعرفته لائحة غرفة المقاصة في البنك المركزي اليمني بأنها"<sup>(١)</sup> عملية تبادل الشيكات وأوامر الدفع والحوالات والسندات القابلة للتداول بين البنوك.

ونستنتج مما تقدم من التعريفات القانونية والفقهية ان المقاصة الإلكترونية لا تعدو ان تكون وسيلة حديثة لتسوية المدفوعات بين البنوك بدلا من الطريقة اليدوية ومن ثم تقوم الوظيفة ذاتها التي تقوم بها المقاصة اليدوية مع الأخذ بالاعتبار ما تتميز به المقاصة الإلكترونية من السهولة والسرعة في التعامل وبساطة في إجراء المعاملات بما يتوافق وطبيعة العمليات المصرفية ان يتم تسوية الحسابات بين البنوك عن بعد في الصور الإلكترونية للصكوك.

(١) أشار إليه فؤاد قاسم مساعد الشعبي، المصدر السابق، ص ٣٤١.

## المطلب الثاني

### خصائص المقاصة الإلكترونية

تتمتع المقاصة الإلكترونية بخصائص عديدة منها ما ينسجم مع القواعد العامة في القانون المدني ومنها ما ينسجم مع الهدف الذي تسعى إلى تحقيقه كأحد الخدمات المصرفية وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب على وفق ما يأتي:

**أولاً. المقاصة الإلكترونية مقاصة اتفاقية:**

المقاصة الإلكترونية مقاصة اتفاقية تقع باتفاق الطرفين على تطرح ما في ذمتيهما من دينين متقابلين متماثلين، والمقاصة الاتفاقية هي احد أنواع المقاصة الواردة في القواعد العامة للقانون المدني العراقي وأساسها إرادة الطرفين فإذا يعود سبب منع المقاصة الإلكترونية إلى مصلحة الطرفين فلا مانع من موافقتهم معا لإجراء المقاصة الاتفاقية، وطرفا المقاصة هي البنوك التي تنوب عن عملائها، وتتميز المقاصة الاتفاقية عن المقاصة الإلكترونية بان الأخيرة تقع بقوة القانون ومتى ما توفرت شروطها<sup>(١)</sup>، وهي تتميز عنها بوقت الأثر الذي يترتب عليها ففي حين يكون اثر المقاصة القانونية في لحظة تلاقي الدينين واكتمال شروطها في حين نجد ان المقاصة الاتفاقية لا يترتب أثرها إلا من لحظة الاتفاق عليها<sup>(٢)</sup>.

والمقصود بالمقاصة محل الدراسة هي مقاصة البنوك التي تقع في غرفة المقاصة في البنك المركزي وهي الغرفة التي يجتمع فيها مندوبو البنوك الاعضاء لعمل المقاصة وتسوية الشيكات المسحوبة على هذه البنوك والشيكات المسحوبة لصالحها<sup>(٣)</sup>، متى ما تحققت الشروط اللازمة لإجرائها التي تتمثل بأن تكون الأوراق التجارية مقومة بالعملية

(١) ينظر نص المادة (٤٠٩) من القانون المدني العراقي ولمزيد من التفصيل راجع د. توفيق حسن فرج ود. مصطفى الجمال، مصادر واحكام الالتزام "دراسة مقارنة" منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٩، ص٦٣٥.

(٢) د. انور سلطان، النظرية العامة للالتزام "احكام الالتزام"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص٣٨٩ وما بعدها، ود. مصطفى احمد ابو عمرو، احكام الالتزام، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٠، ص٢٤٩.

(٣) فؤاد مساعد الشيعبي، المصدر السابق، ص٣٤٩.



الوطنية وان تكون قابلة للدفع من تاريخ تقديمها إلى غرفة المقاصة وان يكون محل الوفاء بها احد البنوك الأعضاء في غرفة المقاصة<sup>(١)</sup>.

### ثانيا. المقاصة الالكترونية أداة وفاء مزدوج:

يعد الهدف الأساس للمقاصة الالكترونية هو الوفاء إذ تتميز المقاصة الالكترونية بأنها أداة وفاء مزدوج<sup>(٢)</sup> لان كل طرف من الطرفين يوفي دينه بحقه ولكن اذا اختلف مقدار الدينين وهذا هو الغالب فان انقضاءهما يكون بقدر الأقل منهما وهي في الوقت الذي تؤدي فيه إلى إيفاء الديون تؤدي إلى ذلك بسهولة ويسر من دون الحاجة إلى نقل عناصر من ذمة المدين إلى ذمة دائنه نقلا ماديا .

### ثالثا. المقاصة الالكترونية تتصف بالأمان والسرية في نقل البيانات:

تعد خاصية الأمان والسرية في نقل البيانات من أكثر خصائص المقاصة الالكترونية أهمية وأكثرها تأثيرا على سعة انتشارها وقبولها في التعامل لأن القصور في أمان النظام من شأنه ان يسهل معارضتها والطعن بها من هذا الطرف او ذاك، ان يعتمد نظام المقاصة الالكترونية على أساس السيطرة المزدوجة<sup>(٣)</sup> وهذه ميزة من المزايا الأمنية المتوفرة في النظام إذ ان الشخص الذي يقوم بإدخال البيانات لا يكون هو الشخص الذي يقوم بالمصادقة على تلك البيانات (مما يعني ان أي تحويل لا يمكن إتمامه من مستخدم واحد) مما يحقق ضمانة تنفيذ التحويلات بصورة صحيحة ودقيقة وتجنب الأخطاء التي تكون عادة في العمل اليدوي ويتم هذا بتحديد الصلاحيات الممنوحة لكل شخص.

فضلا عن ان ربط المشارك بالنظام المركزي بشبكة ربط المصارف العراقية، يحقق السرية والأمنية العالية إذ يعمل النظام على تشفير البيانات المرسله والصادرة كلها في النظام ولا يمكن إضافة او حذف او تغيير دفعات بإرسالها بعد إنهاء إجراءات عملية الإدخال كافة إذ لا تكون الدفعة قابلة للنقض بعد الموافقة عليها، ومن مظاهر الأمنية العالية ان النظام يمتلك خاصية توثيق كامل للتفاصيل الدقيقة كلها ومنفذوها من حيث

(١) فؤاد قاسم مساعد الشعبي، المصدر السابق، ص ٣٤٩.

(٢) د. انور سلطان، المصدر السابق، ص ٣٩١.

(٣) ينظر نظام المدفوعات العراقي كراس مستخدم نظام المقاصة الآلية ACH للمشارك، ص ٣.

اسم القائم بالمصادقة ووقت وتاريخ إجراء العملية وعليه لا يستطيع المستخدم إنكار أي حركة قام بتنفيذها .

ويعد وجود سيرفرات<sup>(١)</sup> بديلة في مواقع مختلفة ميزة من مزايا النظام إذ تخزن مستندات التدقيق جميعها لحركات المالية جميعها وحركات الحسابات اليومية في الموقع الأساس والمواقع البديلة في سجلات تظهر البيانات كافة مع اسم المشغل وتاريخ ووقت كل نشاط لذا يستطيع المستخدمون الاطلاع على رسائل وحركات وعمليات إيداعاتهم في حال حدوث نزاع يستطيع المدققون والمشرفون فحص النشاطات جميعها التي أجريت على النظام<sup>(٢)</sup> .

يعتمد نظام المقاصة الالكترونية على وجود أنواع من صكوك جديدة<sup>(٣)</sup> إذ تحمل شريطا مغناطيسيا يسجل عليه المعلومات الموثقة لصحة الصك إذ لا يمكن للمزورين اختراقها ومن ثم سيتم تجنب تداول المتعاملين بصكوك وهمية إذ سيتوقف إصدار صكوك مصدقة بطريقة تقليدية ويعوض بصك جديد ممغنط لأمر أية جهة يحدها العميل مما يعد احد مظاهر الأمان التي تكفلها المقاصة الالكترونية .

#### رابعا. المقاصة الالكترونية أداة للتقليل من ظاهرة الصكوك المرتجعة:

يسهم الاعتماد على نظام المقاصة الالكترونية في تخفيف حدة ظاهرة الصكوك المرتجعة (المعادة) ولاسيما إننا عرفنا ان هذا النظام يقوم على استخدام نوع خاص من الصكوك تتوفر فيها من المزايا الأمنية التي تحول من دون اختراقها ومن ثم قل استخدام الصكوك التقليدية وما يترتب عليها من أمور قد تكون سببا في رفض المصرف التعامل بالصكوك ومن ثم إعادتها وتتمثل أسباب إعادة الصك بما يأتي:

(١) السيرفرات (خادم ويب) هو البرنامج الذي يسمح لك بالتجول على شبكة الانترنت باستخدام متصفح ويب وذلك بتوفير الصفحات بصيغة لغة رقم النص (HTML) او غيرها من الصيغ والبرنامج يقوم بانتظار طلبات خدمة من الزبائن ومن ثم معالجتها والرد عليها، مشار اليه لدى د. ماهر سليمان و م. حسام عابد و م. اياد خدام، أساسيات الانترنت، ط١، دار الرضا للنشر، ٢٠٠٠، ص٢١ .

(٢) كراس البنك، مصدر سابق، ص٣ .

(٣) ينظر نص ف(١) من لائحة التعليمات الخاصة بنظام المقاصة الالكترونية الصادرة من البنك المركزي العراقي بالأمر المرقم ٥٩٣٢٣ في ١٩/٨/٢٠١٠ .

١. عدم كفاية الرصيد.
٢. عدم اكتمال اسم المستفيد في الصك.
٣. نقص او مخالفات التظاهرات.
٤. تحريف في متن الصك.
٥. اذا كان التوقيع الموضوع على الصك المقدم إلى البنك لا يطابق شكل التوقيع في النموذج المعتمد لدى المصرف.
٦. انتهاء فترة الاستحقاق التي تكون عادة في (١٠) أيام من إصدار الصك اذا كان مسحوباً في العراق ومستحق الوفاء فيه و(٦٠) يوماً من تاريخ إصدار الصك إذا كان مسحوباً خارج العراق ومستحق الوفاء فيه<sup>(١)</sup>.

#### خامساً. المقاصة الالكترونية يتم تنفيذها بوسائل الكترونية:

ان الهدف الرئيس من المقاصة الالكترونية هو تحويل عملية التقاص من الطريقة اليدوية التي كانت تجري في غرف المقاصة التقليدية ليتم تنفيذها بوسائل الكترونية، ويقصد بالوسائل الالكترونية الأجهزة او المعدات او الأدوات الكهربائية او المغناطيسية او الضوئية او الكهرومغناطيسية او أية وسائل أخرى مشابهة تستخدم في إنشاء المعلومات ومعالجتها وتبادلها وتخزينها<sup>(٢)</sup>، إذ لا يتم تداول الصكوك وتحصيل قيمتها داخل مجلس فعلي تلتقي فيه إرادة الأطراف في ان واحد وإنما تتم هذه العملية من خلال شبكة اتصالات الكترونية يتم فيها تبادل الصور الرقمية للصكوك المتبادلة بين المصارف الأعضاء.

وتتم المقاصة الالكترونية بقيام مصرف المستفيد باستلام أصل الصك من العميل والتأكد من سلامته الظاهرية ثم مسحه وتصويره وقراءة بيانات خط الترميز آلياً وإجراء التدقيق اللازم ثم إرساله الكترونياً بمركز المقاصة إلى مصرف الساحب والذي يستلم صورة الشكل الكترونياً وبيانات ثم يقوم بعملية التدقيق المالي ومن ثم الرد على مصرف المستفيد بمركز

(١) ينظر نص المادة (١٥٦) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤، ولمزيد من التفصيل ينظر د. فوزي محمد سامي ود. فائق محمود الشماع، القانون التجاري الأوراق التجارية، دار ابن الأثير للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ٢٠٠٥، ص ٣٣٣ وما بعدها.

(٢) ينظر نص المادة (٧) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي ذي الرقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢.

المقاصة اما بقبول الصك او برفضه والتأكد من وجود الرصيد فإذا كان الرصيد موجودا يسحب النظام المبلغ ويودعه في حساب المستفيد اما اذا لم يكن لديه رصيد فيمكنه الحصول على تأييد بذلك، وهكذا نستغني عن أيام الانتظار التي كانت تواجه العمل في نظام المقاصة اليدوية فأصبحت المقاصة تتم في اليوم نفسه بعد ان كانت تستغرق المقاصة اليدوية فترة من (٣-٥) أيام<sup>(١)</sup>.

---

(١) لم تشر تعليمات البنك المركزي العراقي الخاصة بالمقاصة الالكترونية الى الية العمل بهذا النظام، وقد تم معرفة ملخص هذه الآلية من دراسة علمية ميدانية قام بها الباحث في مصرف الشرق الاوسط العراقي للاستثمار فرع المورد في الموصل والاستعانة بموظفي المصرف في الاطلاع على خطوات اجراء عملية المقاصة الالكترونية وبوصفه احد المصارف التي تطبق نظام المقاصة الالكترونية في يوم الاربعاء الموافق ٢٠١٣/٤/١٠ صباحا.

## المطلب الثالث

### تمييز المقاصة الإلكترونية عما يشتهر بها من أوضاع

نبين في هذا المطلب الفرق بين المقاصة الإلكترونية وبين التحويل الإلكتروني للنقود من جانب والوفاء (الدفع) الإلكتروني من جانب آخر وعلى وفق ما يأتي:

#### أولاً. تمييز المقاصة الإلكترونية عن التحويل الإلكتروني للنقود:

يعرف التحويل الإلكتروني للنقود بأنه "كل تحريك للنقود من حساب إلى آخر يتم بوسيلة الكترونية"<sup>(١)</sup>.

ويشير تحويل النقود الكترونياً إلى التحويلات النقدية التي تتم فيها النهايات الطرفية الإلكترونية أو الوسائل التليفونية أو باستخدام شبكات الحاسب الآلي أو الأشرطة الممغنطة لتوجيه أوامر الدفع للمؤسسة المصرفية وتعليماته، ولكي تصح عملية التحويل الإلكتروني للنقود لابد من ان تتوفر فيه شروط معينة هي:<sup>(٢)</sup>

١. ضرورة وجود حسابين مصرفيين.
٢. يجب أن يرد التحويل على مبلغ من النقود أو المثليات.
٣. يجب أن يكون أمر التحويل الإلكتروني مكتوباً.
٤. وجود رصيد كافي في حساب الأمر لتنفيذ أمر التحويل الإلكتروني.

ويمر التحويل الإلكتروني بثلاث مراحل يتم في الأولى توجيه أمر التحويل من العميل الأمر أو ممن له سلطة تشغيل الحساب إذ يكون مضمون هذا الأمر بتحويل مبلغ معين إلى حساب آخر له في البنك نفسه أو في بنك آخر أو ان يكون مضمون هذا الأمر في تحويل مبلغ من حسابه إلى حساب شخص آخر في البنك نفسه الموجه إليه هذا الأمر أو في بنك آخر، وثاني هذه المراحل: هو تنفيذ هذا الأمر من البنك الذي وجه له هذا الأمر بعد

(١) د. أحمد السيد لبيب إبراهيم ، الدفع بالنقود الإلكترونية الماهية والتنظيم القانوني - دراسة تحليلية ومقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٨٧، و د. شريف محمد غنام، مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الإلكتروني للنقود، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص ١٦.

(٢) سليمان ضيف الله الزين، التحويل الإلكتروني للأموال ومسؤولية البنوك القانونية، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٢، ص ٨٠. محمد عمرو ذوابة، عقد التحويل المصرفي الإلكتروني، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٦، ص ٩٤ وما بعدها.

التأكد من بيان هذا الأمر وبعد التأكد من كفاية الرصيد ومن ثم يقوم بتنفيذه بقيده في الحسابات بالطرائق الالكترونية وبعد انتهاء البنك من هذه القيود بالإضافة لصالح المقصود بالتحويل والقيود بالخصم من حساب العميل الأمر تبدأ المرحلة الثالثة وهي إشعار ذوي العلاقة بإتمام عملية التحويل وإجراء القيود<sup>(١)</sup>.

نلاحظ مما تقدم بان العلاقة بين المقاصة الالكترونية والتحويل الالكتروني للنقود هي علاقة الجزء بالكل، فالمقاصة الالكترونية هي احد أشكال التحويل الالكتروني للنقود فضلا عن أشكال أخرى كنظام الدفع في مركز البيع (Point-of-sale system) وشبكات الاتصال فيما بين المصارف (Inter bank network) وبيوت المقاصة (Automated clearing Houses)<sup>(٢)</sup>.

وتتمثل أوجه الشبه بين التحويل الالكتروني للنقود والمقاصة الالكترونية في المسائل الآتية:

١. يتم الدفع في المقاصة الالكترونية والتحويل الالكتروني بطريقة الكترونية .
٢. من حيث الوظيفة يؤدي كلاهما إلى براءة ذمة المدين.
٣. ضرورة حيابة المدين لحساب خاص لدى المصرف.

**على الرغم من التشابه في أعلاه إلا أنه هناك أوجه اختلاف بينهما يتمثل فيما يأتي:**

١. من حيث الأثر : إذ يترتب على التحويل الالكتروني للنقود نقص في رصيد المدين وزيادة مماثلة في رصيد الدائن ويترتب عن المقاصة الالكترونية إسقاط دينين متقابلين بين طرفين فيوفي كل طرف دينه بحقه.

٢. من حيث الجهة التي تقوم بالتصرف : إذ يتم التحويل الالكتروني للنقود بالمصرف المصرف الذي يقوم بتنفيذ أوامر الدفع الصادرة من العميل ولا قيمة لهذه الأوامر إلا إذا قام المصرف بتنفيذها بإجراء القيد المزدوج بين الحسابين، ويظل الدين الذي صدر أمر النقل وفاء له قائماً في ذمة المدين إلى ان تقيد القيمة فعلا في الجانب الدائن من حساب المستفيد ولذا يقوم المصرف بدور رئيس في عملية التحويل الالكتروني، كما انه يمكن أن يتم التحويل بشركات الصيرفة، وتتم المقاصة الالكترونية في غرفة المقاصة الموجودة في البنك المركزي وتعرف غرفة المقاصة بأنها: اتحاد البنوك الذي يكون وظيفته الأساسية تسهيل عملية تبادل الشيكات وغيرها من الأوراق على وفق

(١) سليمان ضيف الله الزين، المصدر سابق، ص ١٠٣ وما بعدها.

(٢) صفاء يوسف القواسمي، المسؤوليات القانونية الناشئة عن عمليات المقاصة الالكترونية للشيكات في القانون الأردني، رسالة ماجستير، مقدمة الى جامعة الشرق الاوسط للدراسات العليا، كلية الحقوق، عمان، ٢٠٠٩، ص ٣٩.

الاتفاق الذي تم بين الأعضاء لتسوية الحسابات بين الأعضاء إذ يمكن تجنب الانتقال غير اللازم للأرصدة<sup>(١)</sup>.

٣. من حيث إمكانية الرجوع في التصرف: إذ يمكن للعميل الأمر بالتحويل بوصفه قاعدة عامة الرجوع في أمر التحويل في أي وقت كان ما لم يكن المصرف قد قام بإجراء عملية القيد فعلا، لأنه بإجراء القيد تخرج النقود من حيازة الأمر بالنقل، ويفقد السيطرة عليها بصورة نهائية ويتعلق بها حق المستفيد<sup>(٢)</sup>.

ولا دور للعمل في المقاصة الإلكترونية لأنها تتم في غرفة المقاصة بين حسابات البنوك.

### ثانيا. تمييز المقاصة الإلكترونية عن الوفاء الإلكتروني:

الوفاء الإلكتروني بمعناه الواسع هو كل عملية دفع لمبلغ من النقود تتم بأسلوب غير مادي لا يعتمد على دعوات ورقية بل يرجع إلى آليات الكترونية. وينحصر معناه الضيق في عمليات الوفاء فحسب التي تتم من دون وجود اتصال مباشر بين الأشخاص الطبيعيين<sup>(٣)</sup>.

وتكون وسائل الوفاء الإلكتروني التي لاقت تطبيقا عمليا اما مجرد تطوير لوسائل الوفاء التقليدية كالصك والتحويل بين الحسابات، او وسائل دفع مستخدمة مثل البطاقة الدائنية (البلاستيكية) والنقود الإلكترونية.

### ويتميز الوفاء الإلكتروني بالخصائص الآتية:

أ. الخصائص العملية: التي تتمثل في الخصائص الآتية:

١. الخصائص المرتبطة بالاستعمال<sup>(٤)</sup>: إذ يجب ان يحظى الوفاء الإلكتروني بقبول عام ويجب ان تتناسب تكلفة استخدامه مع قيمة الصفقة وان تتصف بالمرونة مما يعني قدرة آلية الدفع الإلكتروني لتلبية الاحتياجات كافة من دون ان يرتبط بموقع بذاته او بنوع محدد من عمليات تسوية الديون النقدية.

(١) فؤاد قاسم الشعبي، المصدر السابق، ص ٤٣١.

(٢) د. أحمد السيد لبيب إبراهيم، المصدر السابق، ص ٩١.

(٣) د. عدنان إبراهيم سرحان، الوفاء (الدفع) الإلكتروني، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية والإلكترونية بين الشريعة والقانون، المنعقد في جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٣، ص ٢٦٩، متوفر على الموقع الإلكتروني [www.arablib.com](http://www.arablib.com)

(٤) د. احمد السيد لبيب إبراهيم، المصدر السابق، ص ٦١.

٢. **الخصائص المرتبطة بالسهولة:** إذ يتميز الدفع الإلكتروني ببساطة النظام وعدم التعقيد بحيث يمكن للجميع استخدامه في كل وقت ومن دون انقطاع ويسمح بتجزئة الوحدات النقدية المستخدمة في تسوية الديون بما يسمح استخدام النظام لعمليات الدفع بمبالغ كبيرة وصغيرة.

ب. **الخصائص القانونية:** التي تتمثل في الخصائص الآتية:

١. **الخصائص المرتبطة بالأمان:** إذ توفر لكل مستخدم توثيقاً كاملاً لحقيقة وجود الطرف الآخر وتضمن وجود صلاحية أداة الدفع وبيان النقود المقترحة لم يسبق استعمالها سابقاً، وتقوم على نظام تشفير للبيانات واستخدام الأرقام السرية وأخيراً فإنها تتضمن آلية مناسبة لمنع الآثار السيئة التي يترتب عن العطل الفني أو التشغيل المعيب للأجهزة المستعملة في الدفع<sup>(١)</sup>.

٢. **عدم إمكانية الرجوع في الوفاء:** إذ يتم بصورة لحظية ويترتب على ذلك عدم إتاحة الفرصة أمام المستهلك في الرجوع في عملية الدفع أمامه ان أراد ان يسترد ما دفعه سوى إلغاء الصفقة التي أبرمها التاجر ومطالبتة برد المبالغ التي تسلمها في مقابلها<sup>(٢)</sup>.

وعلى الرغم من تشابه الوفاء الإلكتروني مع المقاصة الإلكترونية في ان كليهما وسيلة لانقضاء التزام المدين تجاه الدائن إلا أن هناك أوجه اختلاف بينهما تتمثل فيما يأتي: المقاصة الإلكترونية نظام مصرفي خاص بتسوية الحسابات بين البنوك تتم في غرفة المقاصة تحت إشراف البنك المركزي ورقابته.

في حين يعد الوفاء الإلكتروني من أنظمة الدفع الحديثة التي تؤدي إلى تحريك أموال محددة عن بعد ولا سيما نقل النقود التي تبقى محتفظة بطبيعتها وخصائصها إلا ان هذه النقود الرقمية تتم إدارتها بشكل الكتروني، وتتم بين ثلاثة أطراف هي البنك والبائع والمستهلك.

(١) جلال عايد الشورى ، وسائل الدفع الإلكتروني، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩، ص ٧٠.

(٢) د. أحمد السيد لبيب إبراهيم، المصدر سابق، ص ٩١.



## المبحث الثاني

### المسؤولية المدنية التي تنجم عن الإخلال بالمقاصة الإلكترونية

بيئاً فيما تقدم ان المصرف يقدم لعمليه خدمات مصرفية ومنها خدمة المقاصة الالكترونية وقد يتعرض المصرف عند تنفيذه لإحدى خدماته المصرفية للمسؤولية، وتختلف هذه المسؤولية باختلاف أسبابها ونتائجها فقد تكون مسؤولية مدنية او جنائية او إدارية على ان المسؤولية التي نحن بصددنا هنا هي المسؤولية المدنية التي تترتب حال القيام بأي عمل غير مشروع من دون الحاجة إلى نصوص قانونية تحددها<sup>(١)</sup>.

وتنقسم المسؤولية المدنية إلى عقدية تنتج عن الإخلال بالالتزامات التي يقرها العقد المبرم بين المسؤول والمتضرر وأخرى تقصيرية تقوم على أساس الإخلال بالتزام قانوني يفرض على الجميع وهو عدم الإضرار بالغير، فأى من هذه المسؤوليتين تثار تجاه المصرف عند تنفيذه لعملية المقاصة الالكترونية؟

للإجابة على هذا التساؤل لابد ان نبين ان المصرف عندما يقوم بتنفيذ عملية المقاصة الالكترونية فانه يقوم بذلك بناءً على عقد بينه وبين العميل فردا كان ام هيئة معنوية - التي غالباً ما تكون مصرفاً آخر- ويحدد في هذا العقد حقوق الطرفين والتزاماتهما وان أي إخلال بهذا العقد يرتب المسؤولية العقدية في الطرف المخل ولكن أحيانا يسأل المصرف على وفق قواعد المسؤولية التقصيرية اذا اخل بالتزام قانوني ترتب عليه ضرر لشخص لا تربطه بالمصرف علاقة عقدية او تربطه به علاقة عقدية إلا ان إخلال المصرف لا يعد إخلالاً بأحد التزاماته التي تنشأ عن عقد وإنما إخلال بالتزام قانوني<sup>(٢)</sup>.

وقد يتعرض المصرف للمسؤولية المدنية التي تقوم على أساس توفر ركن الضرر فحسب من دون ان يتسبب المصرف بأي خطأ وهو ما يعرف بالمسؤولية الموضوعية فقد يشكل فعل المصرف في عملية المقاصة الالكترونية او فعل احد موظفيه او احد عملائه المخالف لواجباته عناصر مسؤولية واحدة من هذه المسؤوليات الثلاث وقد يشكل عناصر

(١) للتفصيل عن المسؤولية المدنية ينظر د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني العراقي الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، ح٢، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٢، ص ١٠٤.

(٢) القاضي حازم نعيم الصمادي، المصدر السابق، ص ٣٩.

أكثر من مسؤولية واحدة<sup>(١)</sup>، وسنتناول في هذا المبحث المسؤولية المدنية بأنواعها الثلاثة في إطار تطبيق المصرف لنظام المقاصة الالكترونية مع مراعاة ما لهذا النظام من خصوصية في المطالب الثلاث الآتية:

## المطلب الأول

### المسؤولية العقدية في إطار تطبيق نظام المقاصة الالكترونية

تعد المسؤولية العقدية جزءاً لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه الذي ينشأ عن عقد في التنفيذ أو تأخيره شريطة وجود عقد صحيح يرتب التزامات في ذمة عاقديه<sup>(٢)</sup> والنصوص المدنية كثيرة في هذا الشأن من ذلك نص المادة (١/٢٤٦) من القانون المدني العراقي الذي جاء فيه "يجبر المدين على تنفيذ التزامه عينا متى كان ذلك ممكناً" ونص المادة (١٦٨) منه والذي جاء فيه "إذا استحال على الملتزم بالعقد ان ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه..... وكذلك يكون الحكم اذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه".

ولكي تقوم المسؤولية العقدية ينبغي توفر خطأ عقدي ينشأ عنه ضرر بين هذا الخطأ وذلك الضرر علاقة سببية، والخطأ العقدي هو عدم تنفيذ الالتزام او التأخر فيه، ويعد المدين مخطئاً اذا هو لم ينفذ التزامه الذي ينشأ عن العقد او تأخر في تنفيذه سواء كان ذلك ينشأ عن عمد او إهمال او عن مجرد الفعل من دون عمد او إهمال<sup>(٣)</sup>، وفي إطار تنفيذ عملية المقاصة الالكترونية فان مسؤولية المصرف العقدية عن أي إخلال بالتزام عقدي هي في الغالب مسؤولية شخصية على اساس ان المصرف شخصاً معنوياً وكذلك الأمر بالنسبة للعميل سواء أكان شخصاً طبيعياً او معنوياً.

(١) د. عبد الفتاح مراد، التعليق على القانون المدني، بلا سنة طبع ولا مكان طبع، ص ١٥٩.

(٢) عدنان إبراهيم السرحان ونوري محمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٠، ص ٣١٣.

(٣) د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام مع مقارنة بين القوانين العربية، الدار الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٨، ص ٣٠٧.

وتحكم هذه المسؤولية العلاقة بين المصرف وعميله فضلاً عن ان هناك علاقة عقدية تربط المصرف المقدم للصك مع المصرف المسحوب عليه هذا الصك ويمكن إجمال صور إخلال المصرف بالتزاماته التعاقدية تجاه عميله في عملية المقاصة الالكترونية التي يترتب عليها نشوء المسؤولية التعاقدية هي :

١. عدم تنفيذ المصرف للمقاصة الالكترونية او التأخر عن تنفيذها في الوقت المحدد وعندئذ يسأل المصرف عن التأخر في تنفيذ أمر النقل - تنفيذ عملية المقاصة الالكترونية- اذا ما ترتب عن هذا التأخير ضرراً للعميل سواء أكان سبب التأخير ينتج عن المصرف المقدم للصك او المصرف المسحوب عليه هذا الصك<sup>(١)</sup>.

لأن المصرف يعد متعهداً ضمناً بتنفيذ أوامر التحويل الصادرة بهذا الشأن اذا توفرت في هذه الأوامر الشروط التي يقضي بها العرض المصرفي ويكون عندئذ المصرف مسؤولاً عن تعويض الضرر الذي ينشأ عن التأخير في التنفيذ<sup>(٢)</sup> على أساس العقد المبرم بينهما، وتقضي بعض التشريعات التجارية بمسؤولية المصرف الذي يرفض عن سوء قصد أداء قيمة صك مسحوباً سحباً صحيحاً وله مقابل وفاء ولم تقدم بشأنه أية معارضة عن تعويض الساحب عما أصابه من ضرر لعدم التنفيذ عما لحق ائتمانه من أذى<sup>(٣)</sup>.

٢. مسؤولية المصرف عن تنفيذ المقاصة الالكترونية بناء على صك مزور: إذ تنص المادة (١٧٣) من قانون التجارة العراقي على انه "يتحمل المسحوب عليه وحده الضرر المترتب على وفاء شيك زور فيه توقيع الساحب او حُرِفَت البيانات الواردة في متنه اذا لم يمكن نسبة أي خطأ إلى الساحب المبين اسمه في الشيك وكل شرط على خلاف ذلك يعتبر كأن لم ويعتبر الساحب مخطئاً على وجه الخصوص اذا لم يبذل في المحافظة على دفتر الشيكات المسلم إليه عناية الشخص المعتاد"، فيسأل المصرف عن تنفيذه أمر تحويل مزور لم يصدر من العميل او صدر الأمر من العميل بحدود مبلغ معين وتم تزوير هذا الأمر لمصلحة جهة معينة، وتقوم المسؤولية في نطاق عملية

(١) صفاء يوسف قواسمي، المصدر السابق، ص ٩٥.

(٢) د. أكرم يا ملكي، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٩، ص ٢٢.

(٣) ينظر المادة (٢٧٩) من قانون التجارة الأردني رقم (١٢)، لسنة ١٩٦٦، ولا يوجد نص مماثل يقابله في قانون التجارة العراقي.

المقاصة الالكترونية بناءً على العقد المبرم بين المصرف والعميل - عقد الحساب المفتوح-<sup>(١)</sup>.

ولا يستطيع المصرف التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي ولا سيما خطأ العميل كأن يسمح للغير بالاطلاع على رقم حسابه او رقمه السري او بطاقة الدفع الخاصة به مما يمكن الغير من إصدار مثل هذا الأمر المزور<sup>(٢)</sup>، اذا نفذ المصرف عملية المقاصة الالكترونية على أساس صك مزور لحساب العميل ولا سيما اذا كان التزوير من الممكن اكتشافه بسهولة قبل إجراء العملية وقام المصرف بالوفاء من دون إجراء التدقيق اللازم لصحة توقيع العميل على دفتر الصكوك المسلم إليه مما سهل سرقة وتزوير أوراق الصكوك المأخوذة منه، فتوزع المسؤولية عليهما بنسبة جسامه الخطأ الصادر من كل منهما<sup>(٣)</sup>.

يتبين مما تقدم ان المصرف المسحوب عليه يتحمل وحده المسؤولية مادام انه لم يصدر عن العميل إهمال او خطأ، ولكن مالا يقرب عن البال انه في نطاق عملية المقاصة الالكترونية لذا يتطلب الأمر تدخل مصرفين لإنجاز هذه العملية، المصرف المسحوب عليه الذي يتلقى الصورة الالكترونية للصك الأصلي والمصرف المقدم للصك، فهل يتحمل الأخير المسؤولية المشار إليها؟

يجب التمييز بين حالتين : **الحالة الأولى:** التزوير واقعاً على أصل ورقة الصك بعد تحريره وتوقيعه من العميل (الساحب) كحذف او إضافة بعض البيانات او تغييرها ففي هذه الحالة تقع المسؤولية على عاتق المصرف المقدم للصك لأنه هو الذي تسلم الصك من العميل ويقوم بتصويره وقراءة بياناته الكترونياً وتدقيق هذه البيانات وإدخالها على جهاز الحاسوب، أي انه المخول بالاطلاع على الصك الأصلي وتدقيقه ومن ثم فهو الأقدر على كشف مثل هذا التزوير.

**الحالة الثانية:** اذا كان التزوير واقعاً على أصل الصك عند تحرير بياناته وتوقيعه فهنا تقع المسؤولية على عاتق المصرف المسحوب عليه لأنه هو الذي يقع عليه تدقيق البيانات

(١) القاضي حازم نعيم الصمادي، المصدر السابق، ص ٦٧.

(٢) ينظر المادة (١٣٣) من قانون التجارة العراقي.

(٣) د. مؤيد حسن محمد طوالبه، حسابات الصكوك ومسؤولية المصارف (الشيكات)، ط ١،

دار وائل للنشر، ٢٠٠٤، ص ٢٠١.

المبينة في الصورة والتأكد من صحتها ومطابقتها مع البيانات الموجودة لديه وهو الأقدر على تدقيق صحة توقيع العميل<sup>(١)</sup>.

لذا نقترح وضع ضوابط قانونية في قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي تنظم عملية المقاصة الالكترونية على ان تشتمل على ما يأتي:

"يتحمل المصرف المقدم المسؤولية القانونية عن صرف صك مزور اذا وقع التزوير على أصل الصك بعد تحريره وتوقيعه من قبل الساحب، ويكون المصرف المسحوب عليه هو المسؤول اذا وقع التزوير عند تحرير بيانات الصك وتوقيعه من قبل غير الساحب".

ولابد من الإشارة إلى انه بالإمكان تلافي المشكلة العملية في أعلاه فيما يسمى بشهادة التصديق فقد أصبح وجود جهة تقوم بعملية التصديق على صحة التوقيع الالكتروني امر غاية في الأهمية مما ما دفع المشرع العراقي في المادة (١) فقرة (حادية عشر) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية إلى تعريف شهادة التصديق الالكتروني بأنها "الوثيقة التي تصدر من جهة التصديق على وفق أحكام هذا القانون التي تستخدم لإثبات نسبة التوقيع الالكتروني إلى الموقع".

(١) صفاء يوسف قواسمي، المصدر السابق، ص ٨٣.

وسعت المادة (١٠) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي بفقراتها الثلاث إلى تأكيد الثقة في صحة التوقيع الالكتروني المستفاد من شهادة التصديق اذ جاء فيها "يلتزم المرخص له بالاتي:

أولاً. إصدار وتسليم وحفظ شهادات التصديق الالكتروني باستعمال آليات وبرامج موثوقة من اجل حمايتها من التقليد والاحتيال.

ثانياً. مسك سجل الكتروني لشهادات التصديق مفتوح للاطلاع عليه الكترونياً باستمرار من المتعاملين مع الموقعين على المعلومات ذوات العلاقة بما فيها تاريخ تعليق الشهادات او إلغائها على ان يلتزم حمايته من كل تغير غير مشروع.

ثالثاً. ضمان صحة المعلومات المصادق عليها في الشهادة في تاريخ تسلمها والصلة بين الموقع ومنظومة التدقيق والمراجعة الخاصة بتوقيعه وانفراد الموقع بمسك منظومة إنشاء توقيعه الالكتروني".

وبناء على ذلك يكون مقدم خدمة التصديق مسؤولاً عن صحة البيانات والمعلومات المتضمنة في شهادة التصديق الصادرة عنه فإذا ما حدث خلل في التوقيع أدى إلى تنفيذ أمر تحويل مزور عند تنفيذ عملية المقاصة الالكترونية كان للعميل الرجوع على مقدم خدمة التصديق بالتعويض<sup>(١)</sup>.

### ٣. مسؤولية المصرف عن التحويل المصرفي الالكتروني الذي تم بطريق الخطأ:

في مجال أمن الحاسوب والبرامج المستخدمة في عملية المقاصة الالكترونية يمكن إجمال الأفعال والأخطاء بالصورتين الآتيتين:

(١) د. حسن محمد بودي، التعاقد عبر الانترنت، دراسة فقهية مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، ٢٠٠٩، ص ٨١.

أ. رفض المصرف أداء قيمة الورقة التجارية (الصك) لخطأ في الحاسبة الالكترونية، ففي ميدان تطبيق المقاصة الالكترونية قد يحدث ان يقدم الصك للمصرف مسحوب على حساب الساحب ومع ذلك يرفض المصرف أداء قيمة الصك للخطأ في البيانات المزودة بها الحاسبة الالكترونية، فعندئذ يسال المصرف عن رفض الأداء واما يسببه ذلك الرفض من ضرر للعميل نتيجة زعزعة الثقة في ائتمانه المالي<sup>(١)</sup>.

وهذا ما ذهبت إليه محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية في قرار لها حملت فيه المصرف المسؤولية عن الضرر المترتب على العميل لرفض أداء قيمة الصك لان الحاسبة لم تعط المعلومات الدقيقة عن حساب الساحب لعدم برمجة أرقام الصك العائدة للساحب على الحاسبة الالكترونية وعدم تقبل الحاسبة أرقام الصك<sup>(٢)</sup>.

ب. رفض المصرف أداء قيمة الورقة التجارية (الصك) لخطأ في تشغيل الحساب: إذ يقع على المصرف التزام تشغيل الحساب ومراقبة القيود بشكل دقيق فقد يحدث ان يرتكب المصرف خطأ بهذه القيود فيرفض نتيجة لذلك أداء قيمة الصك بدعوى عدم وجود رصيد كافي في حين ان الساحب لديه ما يكفي من الرصيد لوفاء قيمة الصك وعندئذ يسال المصرف عن تعويض الإضرار التي تسبب بها الساحب<sup>(٣)</sup>.

#### ٤. مسؤولية المصرف في إطار الحفاظ على السر المصرفي:

من المعلوم ان السرية هي أساس المعاملات المصرفية وان مجرد الاطلاع عليها يمثل خرقاً لأحد أركان العمل المصرفي ولما كانت العمليات المصرفية الالكترونية تتم بين العميل والمصرف باستخدام وسائل الكترونية حديثة بشبكة اتصال مفتوحة يمكن للغير الدخول إليها ولاسيما اثناء تنفيذ العملية المصرفية مما يعرض الحسابات المصرفية لخطر القرصنة الذين لا يترددون بالعبث بها سواء بالسحب او التحويل المالي، لذا يلزم المصرف بالحفاظ على السر المصرفي وان لم يرد بشأنه نص صريح في العقد وهذا ما أكدته المادة

(١) د. مؤيد حسن طوالبه، مصدر سابق، ص ١٨٩-١٩١، وينظر ايضا نص المادة (١٤٢/ثالثاً) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.

(٢) قرار محكمة بداءة الرصافة رقم ٩٣/٢٢١٨ في ٢٣/٤/١٩٩٤ نقلا عن د. مؤيد حسن محمد طوالبه، مصدر سابق، ص ١٩٠.

(٣) د. مؤيد حسن محمد طوالبه، مصدر سابق، ص ١٩٢، وينظر ايضا المادة (١٤٢/ثالثاً) من قانون التجارة العراقي.

(٢٥) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي ان جاء فيها "على كل مؤسسة مالية تمارس أعمال التحويل الالكتروني للأموال اتخاذ الإجراءات الكفيلة بتقديم خدمات مأمونة للزبائن والحفاظ على سرية المعاملات المصرفية"، ان يجب على المصرف مراعاة السرية التامة لحسابات العملاء جميعاً وودائعهم وأماناتهم وخزائنها لديه والحفاظ على الصكوك المودعة لديه بالطرائق شتى وعدم إفشاء أية معلومة تتعلق بها او بعلاقات الأعمال بين المصرف والعميل<sup>(١)</sup> مما يتطلب من المصرف التزود بأنظمة أمن وحماية لتفادي أية خروقات خارجية للنظام الالكتروني للتجسس على البيانات فضلاً عن استخدام أنظمة حاسوبية تحتوي على خطوات أمنية مشددة لمنع الموظفين العاملين بالمصارف - والذين هم معنيون أساساً بالحفاظ على سرية الحسابات وعدم إفشاؤها- من الحصول على أي معلومات غير مسموح الاطلاع عليها<sup>(٢)</sup>.

هذا بالنسبة لالتزامات المصرف على وفق القواعد العامة<sup>(٣)</sup> أما فيما يتعلق بالالتزامات المترتبة على المصرف عند تطبيقه لنظام المقاصة الالكترونية فقد نصت عليها المادة (٢٥) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي إذ جاء فيها "على كل مؤسسة مالية تمارس أعمال التحويل الالكتروني للأموال اتخاذ الإجراءات الكفيلة بتقديم خدمات مأمونة للزبائن والحفاظ على سرية المعاملات المصرفية"، وهذا يتحقق بربط المصرف المشارك بالنظام المركزي بشبكة على درجة عالية من السرية والأمنية، ان يعمل النظام على تشفير البيانات المرسله والصادرة كلها ولا يمكن حذف او تغيير الدفعات يارسالها بعد إنهاء إجراءات عملية الإدخال كافة إذ لا تكون الدفعة قابلة للنقض بعد الموافقة عليها، فضلاً عن وجود سيرفرات بديلة في مواقع مختلفة وان مستندات التدقيق للحركات المالية جميعها وحركات الحسابات اليومية يتم تخزينها في الموقع الأساس والمواقع البديلة إذ يستطيع العملاء الاطلاع على رسائل وحركات عمليات إيداعاتهم وفي

(١) القاضي حازم نعيم الصمادي، المصدر السابق، ص ٦٠.

(٢) صفاء يوسف قواسمي، المصدر السابق، ص ٦٣.

(٣) قانون البنك المركزي العراقي رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٤ وايضا نص المواد (٤٩، ٥٢) من قانون المصارف رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤.



حالة حدوث أي نزاع يستطيع المدققون والمشرفون فحص العمليات جميعها التي أجريت على النظام من حيث الحركات المالية وتعديلات البيانات الثابتة<sup>(١)</sup>.

##### ٥. مسؤولية المصرف عن الإخلال بالتزام السلامة:

يقوم الالتزام بالسلامة على فكرة التزام احد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته العقدية بطريقة تتفق مع حسن النية، من دون ان يصيب المتعاقد الآخر بضرر فإذا لم يسلك المتعاقد هذا السلوك وأصيب المتعاقد الآخر بضرر جراء ذلك قامت مسؤولية المتعاقد المقصر<sup>(٢)</sup> وقد تقرر هذا الالتزام لمواجهة مخاطر التقدم العلمي وكفالة حق المضرور في تعويض الضرر ولو كان ينشأ عن أسباب لم يسمح العلم بإظهارها<sup>(٣)</sup>، وفي نطاق المقاصة الإلكترونية فان المصرف يعد مسؤولاً عن الإخلال بالتزام ضمان السلامة من المخاطر المالية التي يتعرض لها العميل المتعاقد مع المصرف اذ يعد الأخير مسؤولاً على ان يضع في مكنة العميل نظاماً إلكترونياً له القدرة على أن يؤمن خدمة مصرفية منتظمة وعلى معالجة أوامر وتعليمات العميل بشكل صحيح ومنظم وآمن<sup>(٤)</sup> فإذا ما تعرض العميل لأضرار جراء مثل هذا النظام يكون المصرف قد اخلّ بالتزامه بضمان سلامة تنفيذ أوامر وتعليمات العميل مما يستوجب مسؤوليته التعاقدية<sup>(٥)</sup> ولاسيما ان هذا النظام يعمل تحت إشراف المصرف ورقابته.

يتبين مما تقدم ان إخلال المصرف بالتزامه في تنفيذ المقاصة الإلكترونية - وهي احد عقود الخدمات المصرفية الإلكترونية- لا يختلف عن الإخلال بالتزام عقدي مصرفي غير الكتروني، اذ لا يوجد اختلاف من حيث الطبيعة القانونية لكل منهما، إذ تتم هذه الخدمة

(١) ينظر: كراس مستخدم نظام المقاصة الإلكترونية، مصدر سابق، ص ٣.

(٢) د. محمد جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج٧، القاهرة، ١٩٧٨، ص ٢٢٨، وينظر ايضا نص المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي.

(٣) د. شريف محمد غنام، مسؤولية البنك عن اخطاء الكمبيوتر في النقل الإلكتروني للنقود، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٠، ص ٤٥.

(٤) ينظر نص المادة (٢٢) (أثانياً) والمادة (٢٥) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي.

(٥) د. شريف محمد غنام، المصدر نفسه، ص ٤١.

بأجهزة الكترونية وبالشروط الشكلية والموضوعية نفسها ومن ثم فلا اختلاف في المسؤولية عن الخطأ العقدي المادي مادامت قد روعيت فيه خصوصية التعاقد الالكتروني<sup>(١)</sup>.

لذا تطبيق قواعد المسؤولية العقدية على مسؤولية المصرف عن تنفيذ عملية المقاصة الالكترونية على اساس ان واجبه بذل عناية بفضل الواقع التعاقدى الذي بموجبه يستطيع المتعاقدون ان يدرجوا ما شاءوا من الشروط التعاقدية التي تنظم العلاقة بينهما بشكل يمكن ان يحدد او يغير من طبيعة الالتزامات المفروضة عليهم وهذا ما أكدته اغلب المصارف في عقود تقديمها لخدماتها المصرفية الالكترونية بشكل صريح على ان التزامها هو التزام ببذل عناية او أنها ستبذل العناية المطلوبة لتنفيذ الأوامر الصادرة من العملاء وفي أفضل مدة ممكنة<sup>(٢)</sup>، على اساس ان المصرف في تنفيذه لعملية المقاصة الالكترونية هو مورد خدمة وكل ما يلتزم به هو القيام بالعناية والمهارة المطلوبتين من مزود الخدمة، وان كان البعض<sup>(٣)</sup> يتشدد ويجد ان مسؤولية المصرف هي التزام بنتيجة إلا أننا نتفق مع ما يذهب إليه جانب من الفقه<sup>(٤)</sup> إلى انه بالنظر إلى ان وسيلة تقديم الخدمات المصرفية الالكترونية هي شبكة الانترنت التي لا يملك المصرف السيطرة الكاملة عليها ولا القدرة على التحكم بها، ان يشرف عليها عديد من الجهات وتدار من جهات غير المصرف بل ان البرامج التطبيقية التي تحتويها أجهزة المصرف وطريقة التحكم بها يضعها في بعض الأحيان أشخاص غير المصرف فمن الطبيعي اذن ان يكون التزاما ببذل عناية ويستطيع المصرف ان يتخلص من المسؤولية بإثبات انه بذل العناية المطلوبة وانه لم يحد عن سلوك الرجل المعتاد، ان لا يمكن توسيع الإخلال بالالتزام العقدي ليشمل عناصر لم يلتزم بها المصرف

(١) د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، بحث منشور في كتاب

الجواب القانونية للتجارة الالكترونية، القاهرة المجلس الأعلى للتعاقد، ٢٠٠٣، ص ٣١.

(٢) محمود أبو فروة، الخدمات البنكية الالكترونية عبر الانترنت، ط٢، دار الثقافة للنشر، ٢٠١٢، ص ١٦٩.

(٣) د. حسام كامل الاهواني، حماية انظمة البنوك ومخاطر استخدام الحاسبات الالكترونية، بحث منشور في كتاب الجوانب القانونية الناتجة عن استخدام الحاسب الالى في المصارف، منشورات اتحاد المصارف العربية، ١٩٩١، ص ٦٤، وينظر د. شريف محمد غنام، المصدر السابق، ص ٦٣، د. محمود محمد ابو فروة، المصدر السابق، ص ١٧١.

(٤) د. محمود محمد ابو فروة، المصدر نفسه، ص ١٧٣.

بموجب العقد إلا اذا افترضنا ان المصرف يلزم بأمن العميل وسلامته من أضرار النظام الالكتروني اذ يعد هذا الافتراض أساسا لتحمل المصرف لمخاطر العمل الالكتروني.

## المطلب الثاني

### المسؤولية التقصيرية في إطار تطبيق نظام المقاصة الإلكترونية

تقوم المسؤولية التقصيرية في الأصل خارج نطاق المسؤولية العقدية فهي تقوم على الإخلال بالتزام مصدره القانون وتتنوع المسؤولية التقصيرية وتتعدد، فقد يسأل المصرف في مواجهة العميل عن الضرر على أساس المسؤولية عن فعله الشخصي أو على أساس المسؤولية عن فعل الأشياء.

#### أولاً. مسؤولية المصرف عن فعله الشخصي:

تنص المادة (٢٠٤) من القانون المدني العراقي على انه "كل تعدٍ يصيب الغير بأي ضرر..... يستوجب التعويض".

واستناداً للمادة في أعلاه فان المصرف يسأل عن الضرر الفعلي الصادر عنه تجاه الأطراف التي يتعامل معها في إطار تطبيق المقاصة الالكترونية وهما العميل في حالات محدودة والغير في تطبيقات عديدة، فيسأل المصرف على وفق قواعد المسؤولية التقصيرية تجاه عميله في أي من الحالات الآتية:

١. إذا كان العقد الالكتروني المبرم مع العميل باطلا وترتب على تنفيذه ضرر للعميل جاز للأخير الرجوع على المصرف بالتعويض استناداً إلى قواعد المسؤولية التقصيرية كما لو فتح المصرف حساباً للقاصر الذي تقدم إليه بشبكة الانترنت فوافق المصرف على فتح حساب للقاصر - بصرف النظر عن معرفته انه قاصر ام لا- ثم تقرر بطلان العقد، جاز لممثل القاصر مطالبة المصرف بالتعويض عما لحق القاصر من ضرر<sup>(١)</sup>.

(١) القاضي حازم نعيم الصمادي، مصدر سابق، ص ١٠٠.

٢. اذا كان العقد المبرم مع العميل قابلاً للفسخ وتم فسخه بالفعل وأصاب العميل ضرراً من تنفيذ المصرف للعقد على الرغم من تمام فسخه<sup>(١)</sup> جاز للعميل الرجوع على المصرف بالتعويض على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية.

وتكون مسؤولية المصرف التقصيرية تجاه الغير في حالات من أهمها:

١. اذا امتنع المصرف عن إجراء المقاصة الالكترونية لقيمة الصك المسحوب عليه بحجة عدم ذكر وصول القيمة فيه إلا ان الامتناع في هذه الحالة لا سند له من القانون لأن إغفال ذكر بيان وصول القيمة في الصك لا يعيبه ولا يفقده صفته لأنه بيان اختياري فهو مجرد تصريح بسبب التزام الساحب قبل المستفيد<sup>(٢)</sup>.

٢. يسأل المصرف إذا أجرى المقاصة الالكترونية بالإيفاء بقيمة الصك لحساب شخص أجنبي غير المستفيد، كما لو قام المصرف بالإيفاء بقيمة الصك للعميل بعد إشهار إفلاسه فيجب في هذه الحالة لوكيل التفليسة أن يرجع عليه بتعويض الضرر الذي عاد على الدائن من جراء هذا الوفاء على وفق قواعد المسؤولية التقصيرية<sup>(٣)</sup>.

#### ثانياً . مسؤولية المصرف عن فعل الأشياء:

لتخفيض العبء عن المتضرر وتأمين الحماية له فقد أسس جانب من الفقه<sup>(٤)</sup> مسؤولية المصرف التقصيرية عن أخطاء الحاسوب على أساس المسؤولية عن فعل الأشياء على اساس ان الكمبيوتر من الأشياء التي تحتاج إلى عناية خاصة لظروف استعمالها حسبما تتطلبه المادة (٢٢١) من القانون المدني العراقي وهذه الخصوصية نجد مصدرها في البرامج التي يعمل بها الكمبيوتر وطريقة عمل الجهاز والمتابعة المستمرة من موظفي المصرف للجهاز<sup>(٥)</sup> وتقوم هذه المسؤولية على وفق القانون المدني العراقي على فكرة تقصير من كان تحت تصرفه شيء يتطلب عناية خاصة للوقاية من ضرره وهي فكرة

(١) المصدر نفسه، ص ١٠٠.

(٢) صفاء يوسف قواسمي، المصدر السابق، ص ١٠٦.

(٣) القاضي حازم نعيم الصمادي، المصدر السابق، ص ١٠٠.

(٤) د. حسام الدين الاهوني، المصدر السابق، ص ٦٥، د. شريف محمد غنام، المصدر السابق، ص ٨٠.

(٥) د. شريف محمد غنام، المصدر السابق، ص ٩٥، ٨١، ٨٠.

تماثل فكرة الخطأ في الحراسة التي اخذ بها القانون المدني المصري (م ١٧٨)<sup>(١)</sup> والقانون المدني الفرنسي (م ٢/٣١٨٤)<sup>(٢)</sup> فيعد المصرف حارساً قانونياً وفعلياً للكمبيوتر، فهو يعد حارساً قانونياً على أساس ان له سلطة قانونية يستمدّها من عقد بيع الكمبيوتر من الشركة المنتجة اذ تمكنه هذه السلطة من إصدار الأوامر والتعليمات الخاصة باستعمال الشيء وهو حارس فعلي على أساس انه يمارس سلطتي الاستخدام والتوجيه، فيستخدم الجهاز ويفيد من خدماته ويوجهه لتنفيذ أوامره بوساطة موظفين تابعين له لذا يسأل المصرف عن أية أضرار يسببها جهاز الكمبيوتر للعميل.

وإذا كان قوام هذه المسؤولية في القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري هو الخطأ في الحراسة إلا ان أساس هذه المسؤولية يختلف في القانونين كليهما، فهو في القانون المدني العراقي خطأ مفترض يقبل إثبات العكس (م ٢٣١ مدني عراقي) وهو في القانون المدني المصري خطأ مفترض فرضاً لا يقبل إثبات العكس (م ١٧٨ مدني مصري).

ومادام يفترض توفر ركن الخطأ في حق المصرف بقوة القانون فلا يبقى أمام المضرور (العميل) سوى إثبات ان الضرر الذي أصابه نتيجة مباشرة لعمل الكمبيوتر اذا يقع على العميل عبء إثبات وقوع الضرر ونسبته إلى الكمبيوتر<sup>(٣)</sup> ولا يستطيع المصرف التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي فيستطيع المصرف ان يثبت ان الكمبيوتر لم يكن سبباً مباشراً لوقوع الضرر وإنما تسببت فيه قوة قاهرة او خطأ الغير او خطأ المضرور نفسه<sup>(٤)</sup>.

(١) القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٨٤.

(٢) القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل، ط٣، ٢٠٠٣.

(٣) شريف محمد غنام، مصدر سابق، ص ٨٨-٩٥.

(٤) ينظر المادة (٢٢١) مدني عراقي.

## المطلب الثالث

### المسؤولية الموضوعية في إطار تطبيق نظام المقاصة الإلكترونية

للسعوبات التي يواجهها العميل لإثبات مسؤولية المصرف التقصيرية من أخطاء الكمبيوتر والأخطاء التي تنجم عن تنفيذ المصرف للعمليات المصرفية الإلكترونية التي تتمثل أهمها في صعوبة إثبات نسبة الضرر إلى جهاز الكمبيوتر وسهولة التخلص من المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي اذا ما نظرنا إلى طبيعة شبكة الانترنت والذي يظهر بوضوح أنها لا تدخل تحت سيطرة المصرف الفعلية لان هذا الأخير لا يملك القدرة على التحكم بها بشكل كامل وإزاء حاجة العميل إلى حماية أكبر وبسهولة أكثر في إثبات حقه فقد لجأ الفقه والقضاء إلى تبني مسؤولية تسهل على العميل الحصول على التعويض لمجرد تحمله بضرر ما من جراء نشاط المصرف وهذه المسؤولية هي المسؤولية الموضوعية وتسمى أيضا بنظرية تحمل المخاطر او تحمل التبعة<sup>(١)</sup>، اذ يقوم المصرف بموجب هذه المسؤولية بتحمل مخاطر المهنة ولا يستطيع المسؤول دفع هذه المسؤولية حتى لو نفى الخطأ عنه مادام ان الضرر قد وقع من جراء نشاطه ولو بغير خطأ منه<sup>(٢)</sup> فهي تقوم على أساس توفر ركنين من أركان المسؤولية فحسب هما الضرر وعلاقة السببية أي ان المصرف عندما يقوم بعمل يتضرر منه العميل بمناسبة تنفيذه إحدى الخدمات المصرفية ولو بغير خطأ منه مادام قد اوجد فرصا واحتمالات أصابت الغير بضرر<sup>(٣)</sup> وتقوم هذه

(١) ظهرت نظرية تحمل التبعة على يد العلامة (Labbe) عام ١٨٩٩ حينما تخلى عن تمسكه بالخطأ أساس المسؤولية المدنية واكتفى بتأسيس المسؤولية على فكرة تحمل التبعة التي من مؤداها ان من ينشأ مخاطر مستحدثة عليه تحمل تبعاتها. لمزيد من التفصيل ينظر د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ح٢، الخطأ، دار وائل، ٢٠٠٦، ص١١.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، العمل الضار والإثراء بلا سبب، ط٢، دار النهضة العربية، عمان، ١٩٩٦، ص١٠٧٠.

(٣) د. شريف محمد غنام، المجلد الثاني، العمل الضار والإثراء بلا سبب، مصدر سابق، ص١٠٢.

المسؤولية على مبدأ أساس هو نقل عبء الإثبات من المضرور إلى الفاعل ومساءلته دائماً حتى لو اثبت السبب الأجنبي مادام الضرر قد وقع جراء نشاطه ولو بغير خطأ منه فهو المسؤول عنه<sup>(١)</sup>.

ونجد اساس هذه المسؤولية في نص المادة (١٧٣) من القانون التجاري العراقي، إذ جاءت بحكم خاص حملت فيه المصرف وحده المسؤولية عن الضرر المترتب عن أداء قيمة صك مزور او محرّف اذا لم يثبت صدور خطأ من جانب العميل، ولا يشترط النص القيام مسؤولية المصرف وقوع خطأ من جانبه، وتقيم هذه المادة المسؤولية على أساس الخطر المهني وليس على أساس الخطأ ويعزز ذلك القاعدة الشرعية (الغرم بالغنم).

فالمصرف بوصفه مؤسسة محترفة تريح من وراء نشاطها المصرفي تكون مسؤوليته اشد من مسؤولية الشخص العادي لأن من يمارس نشاطا يجني من ورائه ربحا يجب عليه ان يعمل بنتائج هذا النشاط مهما كانت سلبية ام ايجابية<sup>(٢)</sup>.

وتعد مسؤولية المصرف عن صرف صك مزور مثالا عمليا على ترتب المسؤولية على كاهل المصرف على وفق النظرية تحمل التبعة على الرغم من عدم وجود خطأ سواء من العميل او المصرف ما دام لم يقصر العميل في المحافظة على دفتر صكوكه بحسب الأصول على الرغم من ذلك تمت سرقة إحدى أوراق هذا الدفتر وتم تقليد توقيع العميل بشكل متقن إذ لا يمكن لجهاز الكمبيوتر الخاص بعملية المقاصة الالكترونية كشفه وتم إجراء المقاصة الالكترونية لذا يتحمل المصرف قيمة وفاء الصك المزور على الرغم من عدم ارتكابه أي خطأ او إهمال وتقوم مسؤوليته على أساس تحمل مخاطر المهنة.

وقد تبنت بعض المحاكم بالفعل نظرية مخاطر المهنة اذ تعد محكمة تمييز دبي "ان ذمة البنك لا تبرأ من الوفاء بشيك مزور أيّاً كانت درجة إتقان هذا التزوير وتعد تبعة هذا الوفاء من مخاطر المهنة التي يمارسها البنك وهي مخاطر مهما بلغت أعباؤها فلا تتناسب مع المزايا التي تعود على البنك في تدعيم الثقة وبت روح الاطمئنان لدى جمهور المتعاملين"<sup>(٣)</sup>.

(١) د. عبدا لرزاق السنهوري، المجلد الثاني، مصدر سابق، ص ١٠٧٤.

(٢) محمود محمد ابو فروة، مصدر سابق، ص ١٧٥.

(٣) تمييز دبي قرار ١٩٩٥/٢/٢ جلسة ١٧، نقلا عن المصدر نفسه، ص ١٧٨.

ولقد وجه لهذا النوع من المسؤولية عديداً من الانتقادات منها ان المسؤولية الموضوعية ليس موضوعها معالجة الأضرار في إطار البحث عن المسؤول بل هدفها معالجة الإضرار التي تحدث قضاءً وقدرًا او البحث عن الشخص الأقدر على جبر الضرر<sup>(١)</sup>، فضلا عن ان الأخذ بهذه النظرية بشكل مطلق قد يؤدي إلى إثراء العميل على حساب المصرف وقد تدفع المصارف إلى إدراج الشروط التي تناسبها في العقد تجنباً للدخول تحت طائلة المسؤولية التي تنشأ عن تحمل مخاطر المهنة على اساس انه كلما وجد العقد فانه يكون المحدد لحقوق والتزامات الأطراف، عليه فان البحث عن طريقة لتعويض العميل يجب ان لا تكون على حساب المصرف<sup>(٢)</sup>، إلا إننا نجد ان المصرف وبما انه ليس شخصا عاديا وإنما هو مؤسسة مؤطرة بقوانين معينة تسعى إلى ضمان حقوق العملاء الذي يظهر أمام الجميع بصفته الحريص والحافظ الأمين لأموالهم وودائعهم فانه يجب مسألته بدرجة اشد من الشخص العادي، لذا نجد ضرورة تأسيس مسؤولية المصرف على فكرة مخاطر المهنة ولا يبرأ من المسؤولية سوى في حالة خطأ العميل مما نستشفه من نص المادة (٢٦/ثانيا) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي التي جاء فيها "لا يعد الزبون مسؤولا عن أي قيد غير مشروع يدخل على حسابه بوساطة تحويل الكتروني ما لم يكن ناجما عن خطئه او إهماله".

- (١) د. نوري حمد خاطر، مسؤولية المصرف الناتجة عن استخدام النظام الرقمي (الالكتروني) في العمليات المصرفية بين المسؤولية المدنية وفعل المباشرة والتسبب، مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، المنعقد بكلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، مجلد ٤، ٢٠٠٣، ص ١٨٢٥.
- (٢) د. محمود محمد ابو فروة، مصدر سابق، ص ١٧٧.



## الخاتمة

بعد الانتهاء من اعداد البحث نسجل ابرز النتائج والتوصيات المقترحة التي توصل اليها على وفق ما يأتي:

### أولاً. النتائج:

١. تعرف المقاصة الالكترونية بأنها إسقاط دين مطلوب لدائن بدين مطلوب منه لمدينه باستخدام الوسائل الالكترونية.
٢. يختلف التحويل الالكتروني للنقود عن المقاصة الالكترونية من حيث الأثر الذي يترتب على كل منهما ومن حيث الجهة التي تقوم بالتصرف ومن حيث إمكانية الرجوع في التصرف، اما بالنسبة للوفاء الالكتروني فيختلف عن المقاصة الالكترونية بوصفها من أنظمة الدفع الحديثة التي تؤدي إلى تحريك الأموال عن بعد ولاسيما نقل النقود التي تبقى محتفظة بطبيعتها وخصائصها، وتتم بين ثلاثة أطراف هي البنك والبائع والمستهلك.
٣. تعد المقاصة الالكترونية وسيلة لتسوية المدفوعات بين المصارف بطريقة الكترونية تتميز بأنها أداة وفاء مزدوجة، اتفاقية تتصف بالأمان والسرية في نقل البيانات، أداة لتقليل من ظاهرة الصكوك المرتجعة .
٤. تعد المقاصة الالكترونية ثورة في مجال العمل المصرفي وفرت مزايا هائلة في مجال الكلف والوقت على المصرف والمتعامل معه فضلا عن تقديم خدمات مصرفية جديدة تلائم احتياجات العملاء ورغباتهم.
٥. تستند المصارف في العراق في أعمالها المصرفية أساسا إلى قانون المصارف رقم ٩٤ لسنة ٢٠٠٤ وقانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢ وتحتاج هذه النظم القانونية المعمول بها إلى بحوث ودراسة يستهدى بها لإكمال النقص الموجود وسد الثغرات.
٦. تعد مسؤولية المصرف العقدية عن أي إخلال بالتزام عقدي في إطار عملية المقاصة الالكترونية هي في الغالب شخصية على اساس ان المصرف شخص معنوي وكذلك الأمر بالنسبة للعميل سواء كان شخصا طبيعيا او معنويا.

٧. يسأل المصرف عن التأخر في تنفيذ المقاصة الالكترونية إذا ما ترتب على هذا التأخير ضرر للعميل سواءً كان سبب التأخير ينجم عن المصرف المقدم للصك او المصرف المسحوب عليه الصك.
٨. يسأل المصرف عن تنفيذه للمقاصة الالكترونية بناءً على تحويل صك مزور من دون التأكد من صدور الأمر عن العميل او وجود تزوير لاحق لصدور الأمر عن العميل بحسب نص المادة (٢٦/ثانيا) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢.
٩. في مجال امن الحاسوب والبرامج المستعملة في عملية المقاصة الالكترونية فان المصرف يسأل عن التحويل المصرفي الالكتروني الذي يتم بطريق الخطأ .
١٠. يلتزم المصرف بالحفاظ على السرية عند تنفيذ عملية المقاصة الالكترونية وان لم يرد نص صريح في العقد التزاما أساسه نص القانون وبحسب نص المادة (٢٥) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي مما يتطلب من المصرف التزود بأنظمة امن وحماية لتفادي أية خروقات خارجية للنظام الالكتروني للتجسس على البيانات فضلا عن استخدام أنظمة حاسوبية تحتوي خطوات أمنية مشددة لمنع الموظفين العاملين في المصرف الذين هم أساسا معنيون بالحفاظ على السرية المصرفية من الحصول على معلومات غير مسموح الاطلاع عليها .
١١. يسأل المصرف عند تنفيذه لعملية المقاصة الالكترونية عن الإخلال بالتزام ضمان السلامة من المخاطر المالية التي يتعرض لها العميل المتعاقد مع المصرف ذلك الالتزام الذي يقوم على فكرة التزام احد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته العقدية بطريقة تتفق مع حسن النية، مما يتطلب ان يضع المصرف في مكنة العميل نظاما الكترونيا له القدرة على ان يؤمن خدمة مصرفية منتظمة ومعالجة أوامر وتعليمات العميل بشكل صحيح ومنظم وأمن.
١٢. تمثل طبيعة التزام المصرف تجاه عميله عند تنفيذ عملية المقاصة الالكترونية التزاماً يبذل عناية ويستطيع المصرف التخلص من المسؤولية بإثبات ان بذل العناية المطلوبة وانه لم يحد عن سلوك الشخص المعتاد.
١٣. يسأل المصرف مسؤولية تقصيرية عن فعله الشخصي اذا كان العقد الالكتروني المبرم مع العميل باطلاً او قابلاً للفسخ وتم فسخه بالفعل وترتب على تنفيذه ضرر للعميل.

١٤. يسأل المصرف عن تنفيذه لعملية المقاصة الإلكترونية مسؤولية تقصيرية عن أخطاء الحاسوب على أساس المسؤولية عن فعل الأشياء على أساس ان الكمبيوتر من الأشياء التي تحتاج إلى عناية خاصة لظروف استعمالها وهي مسؤولية تقوم في القانون المدني العراقي على أساس خطأ مفترض يقبل إثبات العكس.

١٥. يُسأل المصرف عن الضرر الذي يلحق العميل اذا لم يصدر من الأخير أي خطأ وانتفى خطأ المصرف ويؤسس ذلك على أساس (مخاطر المهنة) ومن ثم فان المصرف لا يستطيع الرجوع على مستخدميه على اساس التبعية لان الخطأ يكون منفياً في هذه الحالة.

### ثانياً. المقترحات:

١. على الرغم من انتشار هذا النوع من التعامل المصرفي إلا انه لا يوجد لحد الآن قواعد قانونية منظمة لمسؤولية الأطراف فيه إذ مازالت حقوق الأطراف والتزاماتها غير مؤكدة في بعض الحالات مما يقتضي الإسراع بإصدار نظام يتولى تنظيم عملية المقاصة الإلكترونية يقترحه البنك المركزي العراقي وكما جاء في المادة (٢٧) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي على ان يتضمن النظام قواعد تحدد بوضوح المسؤولية القانونية التي تنتج عن عملية المقاصة الإلكترونية وبالنسبة لكافة الأطراف المتعاملين بها وبما يؤمن الحماية القانونية من المخاطر التي تسببها عدم المعرفة القانونية لبعض الاتفاقات المبرمة باستخدام وسائل الوساطة الإلكترونية من ذلك النص على ان "يتحمل المصرف المقدم المسؤولية القانونية عن صرف صك مزور إذا وقع التزوير على أصل الصك بعد تحريره وتوقيعه من الساحب ويكون المصرف المسحوب عليه هو المسؤول إذا وقع التزوير عند تحرير بيانات الصك وتوقيعه من غير الساحب".

٢. ان تراعي المصارف في العقود التي تبرمها مع العملاء بشبكة الانترنت الشروط التي تحدد بوضوح حقوق والتزامات أطراف العقد في ظل القوانين والأعراف السارية.

٣. تحديث الأجهزة الإلكترونية وتطويرها عن طريق الفحص الدوري والمستمر للأجهزة ونظام عملها ونتائجها لحين أن تتمكن من تقديم أفضل الخدمات المصرفية الإلكترونية والإسراع في تلبية متطلبات المتعاملين معها فضلاً عن اسهام تحديث الأجهزة ونظم المعلومات إلى حد كبير في الحد من المخاطر العملية لنشاطات المصرف ولاسيما عند تنفيذه لعملية المقاصة الإلكترونية.

٤. توفير الكوادر المناسبة وتدريبها ليكون لها الخبرة والقدرة على فهم لغة الصك والكشف عن حالات التزوير والحد ايضاً من الأخطاء العملية التي تنجم عن ضعف خبرة العاملين في المصرف.

## المصادر

### أولاً. المعاجم اللغوية:

١. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الرسالة، الكويت.
٢. نجم الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، رتبة خليل مأمون شياح، معجم القاموس المحيط، ط ٥، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ٢٠١١.

### ثانياً. الكتب القانونية:

١. د. أحمد السيد لبيب إبراهيم، الدفع بالنقود الالكترونية الماهية والتنظيم القانوني - دراسة تحليلية ومقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٩.
٢. د. أكرم ياملكي، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٩.
٣. د. أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام "أحكام الالتزام"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٥.
٤. د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام مع مقارنة بين القوانين العربية، الدار الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٨.
٥. د. توفيق حسن فرج و د. مصطفى الجمال، مصادر وأحكام الالتزام "دراسة مقارنة" منشورات الحلبي الحقوقية، بلا مكان طبع، ٢٠٠٩.
٦. القاضي حازم نعيم الصمادي، المسؤولية في العمليات المصرفية الالكترونية، ط ١، دار وائل للنشر، بلا مكان طبع، ٢٠٠٣.
٧. جلال عايد الشورى، وسائل الدفع الالكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط ١، عمان، ٢٠٠٩.
٨. د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج ٢، الخطأ، دار وائل للنشر، ٢٠٠٦.
٩. سليمان ضيف الله الزين، التحويل الالكتروني للأموال ومسؤولية البنوك القانونية، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٢.

١٠. د. شريف محمد غنام، مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الإلكتروني للنقود، دار الجامعة العربية، الإسكندرية، ٢٠١٠.
١١. فؤاد قاسم مساعد الشعبي، المقاصة في المعاملات المصرفية، دراسة مقارنة بين القانون والشريعة الإسلامية (المقاصة المصرفية الإلكترونية)، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٨.
١٢. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني العراقي الجديد نظرية الالتزام بوجه عام، ح٢، مصادر الالتزام، دار النشر الجامعات المصرية، ١٩٥٢.
١٣. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، العمل الضار والإثراء بلا سبب، ط٢، دار النهضة العربية، مكتب دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٦.
١٤. عبد الفتاح مراد، التعليق على القانون المدني، بلا سنة طبع ولا مكان طبع.
١٥. عدنان إبراهيم السرحان ونوري محمد طاهر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٠.
١٦. د. فوزي محمد سامي ود. فائق محمود الشماع، القانون التجاري، الأوراق التجارية، دار ابن الأثير للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ٢٠٠٥.
١٧. د. ماهر سليمان و د. حسام عايد و د. اياد خدام، أساسيات الانترنت، ط١، دار الرضا للنشر، ٢٠٠٠.
١٨. د. محمد حسن بودي، التعاقد عبر الانترنت، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٩.
١٩. د. محمد جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج٧، القاهرة، ١٩٧٨.
٢٠. د. محمد شريف غنام، مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الإلكتروني للنقود، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠١٠.
٢١. محمد عمرو ذوابة، عقد التحويل المصرفي الإلكتروني، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٦.
٢٢. د. محمود مجيد ابو فروة، الخدمات البنكية الإلكترونية عبر الانترنت، ط٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بلا مكان طبع، ٢٠١٢.
٢٣. د. مصطفى احمد ابو عمرو، موجز أحكام الالتزام، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٠.

٢٤. د. مؤيد حسن محمد طوالبه، حسابات الصكوك ومسؤولية المصارف (الشيكات)، ط١، دار وائل للنشر، ٢٠٠٤.

٢٥. د. وسيم محمد الحداد وآخرون، الخدمات المصرفية الالكترونية، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، بلا سنة ولا مكان طبع.

### ثالثاً. البحوث والمقالات:

١. نظام المدفوعات العراقي، كراس مستخدم نظام المقاصة الالية ACH للمشارك، صادر عن البنك المركزي العراقي، غير منشور.

٢. د. أسامة ابو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، بحث منشور في كتاب الجوانب القانونية للتجارة الالكترونية، القاهرة، المجلس الأعلى للتعاقد، ٢٠٠٣.

٣. د. نوري محمد طاهر، مسؤولية المصرف الناتجة عن استخدام النظام الرقمي (الالكتروني) في العمليات المصرفية بين المسؤولية المدنية وفعل المباشرة، مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون المنعقد بكلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، مجلد ٤، ٢٠٠٣.

### رابعاً. الرسائل الجامعية:

١. صفاء يوسف القواسمي، المسؤوليات القانونية الناشئة عن عمليات المقاصة الالكترونية للشيكات في القانون الاردني، رسالة ماجستير، مقدمة الى جامعة الشرق الاوسط للدراسات العليا، كلية الحقوق، عمان، ٢٠٠٩.

### خامساً. المواقع الالكترونية:

١. أحمد زكريا صيام، احمد عارف المزارى، الخدمات المصرفية الالكترونية دراسة حالة البنوك التجارية الأردنية، ٢٠٠٨، مقالة علمية [www.ivsl.org](http://www.ivsl.org).

٢. د. عدنان إبراهيم سرحان، الوفاء ( الدفع ) الالكتروني، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية والالكترونية بين الشريعة والقانون المنعقد في جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٣، متوفر على الموقع الالكتروني الآتي : [www.arablib.com](http://www.arablib.com).

### سادساً. القوانين:

١. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٢. قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.
٣. قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢.

٤. قانون البنك المركزي العراقي رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٤.
٥. قانون المصارف رقم ٩٤ لسنة ٢٠٠٤.
٦. قانون التجارة الاردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦.
٧. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٨٤.
٨. القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٣.