تنازع القوانين في تنفيذ الالتزامات المصرفية والاثار المترتبة عليها دراسة مقارنة

إعداد الباحث

زين العابدين علي عبود الماجدي

طالب الدكتوراه البحثية

فرع القانون الخاص / كلية القانون/ جامعة قم / ايران

الأستاذ المشرف

الاستاذ المشارك / غلا معلي قاسمي

قسم القانون الدولي / كلية القانون / جامعة قم / ايران

المقدمة

تتعدد نشاطات الانسان ولا سيما مع غيره من البشر ومن هذه العلاقات ما ينضمها القانون ومنها ما تنظمها الاتفاقيات الدولية وفي بعض الاحيان يكون القضاء هو الجهة التي تفصل في النزاعات الناشئة عن هذه العلاقات ، وتنفرد كل دولة بوضع مجموعة من القواعد التي تحدد اختصاص محاكمها بنظر الخصومات، لذا جاء هذا البحث بعنوان (تنازع القوانين في تنفيذ الالتزامات المصرفية والاثار المترتبة عليها دراسة مقارنة) في هذا الخصوص ومقارنتها ببعض القوانين الاخرى ،ولقد قمنا بتناول هذه النصوص قدر المستطاع ، واستندنا كذلك لما جاء في قانون لجنة الام المتحدة (قانون الاونيسترال النموذجي بشأن التجاره الالكترونية) وكذلك الاتفاقيات الدولية كاتفاقية جنيف (١٩٣٠_١٩٣١)، وتضهر اهمية الورقة التجارية في المعاملات التجارية الداخلية والدولية ،وبالتحديد في عقود الاعتماد المستندي.

اولاً: اهمية البحث تعتبر الخدمات المصرفية من أهم وظائف المصرف في الوقت الحاضر، بسبب اتساع التعاملات المصرفية عل مستوى العالم، كون ان نشاط المصارف لا يقتصر على العمليات المصرفية التقليدية لخدمة عملائها الوطنين، إنما تقوم بأداء عمليات أكثر تعقيداً ومرتبطة بتعاملات دولية، في اتخاذ قرارات هامة متعلقة بالتجارة والاستثمار الخارجي، ومما لاشك فيهِ إن هذهِ التعاملات أصبحت اليوم ترتبط بمختلف جوانب الحياة ، وتمثل ركيزة لنشاط الدول الاقتصادي والاجتماعي والثقافي والسياسي ، وتتيح أمكانية اتخاذ القرارات في كافة المجالات تقريباً ، إضافة إلى أن هذهِ التعاملات تشكل مادة أولية للمصرف شأن أي مدين آخر فأن المعلومات تمكنهُ من معرفة مصير الأموال التي قبضها وتؤمن في النهاية مدخولهِ الخاص وبالتالي استمراريتهِ، وهذا كله ثير بالتاكيد اشكالات عديدة تتمثل في اختلاف القوانين بين الدول وتعدد الانظمة المعتمدة من قبل المصارف في مختلف الدول وهذا ما يجب معالجته ووذع قواعد اسناد معينة لها القبول بين جميع المستثمرين الدوليين.

ثانياً: اسباب اختيار البحث. تمارس المصارف دوراً مهماً في النشاط الاقتصادي الدولي من خلال قيامها بتجميع المدخرات والأموال من الافراد المتعاملين معها ، وتوجيهها نحو مجالات الاستثمار الدولية المختلفة ، وتقديم القروض والتسهيلات الائتمانية بأشكالها وآجالها المتنوعة ، وتمويل المشاريع التجارية والاقتصادية الخارجية، لذا أصبح عمل هذه المصارف ضرورة ملحة حتى بالنسبة للجمهور العام الذي لم يعد بمقدورهِ الاستغناء عن الخدمات التي تقدمها المصارف مثل الادخار في حسابات التوفير المصرفية أو تسوية المتعلقات المالية الخاصة بحياتهِ اليومية من خلال سحب الشيكات على المصارف أو استخدام بطاقات الائتمان التي تصدرها المصارف.وبما أن المصرف يقوم بمنح الائتمان ، والائتمان يرتبط بالثقة، والثقة تستلزم أن يكون مانح الائتمان على علم حقيقي ومعرفة بمركز طالب الائتمان فهذا يساعد المصرف على زيادة معرفتهِ بالعديد من نواحي تلك المعلومات والتي تكون خاصة بالعملاء، لذلك أصبح المصرف ملاذ رجال المال والأعمال بل وللدولة أحياناً، حيث انهُ بؤرة تصب فيهِ المعلومات من خلال مباشرتهِ لنشاطهِ العادي

ثالثاً: منهجية البحث اعتمدنا منهجاً يقوم على أسلوب المقارنة بين القانون العراقي وبعض القوانين كما اعتمدنا في البحث على عرض آراء الفقهاء وبيان مدى التوافق والاختلاف بينها مع توضيح الرأي الأرجح . كما حاولنا الإشارة إلى ابرز الأحكام القضائية المتعلقة بهذا الموضوع على الرغم من قلة هذهِ الأحكام ، إذ يلاحظ ، بصورة عامة ، أن القرارات والأحكام القضائية في الدول العربية هي اقل من تلك الصادرة في الدول الغربية.

رابعا: هيكلية البحث تناولنا في هذا البحث الحديث عن(تنازع القوانين في تنفيذ الالتزامات المصرفية والاثار المترتبة عليها) وسنتناوله مبحثين، نخصص الاول القانون الواجب التطبيق على آثار الالتزامات الصرفية التقليدية والإلكترونى الى ثم نبينفي المبحث الثاني القانون الواجب التطبيق على تنفيذ الالتزام الصرفي ، وعلى النحو الاتي:

المبحث الأول القانون الواجب التطبيق على آثار الالتزامات الصرفية التقليدية والإلكترونى

تعد مسألة تحديد القانون الذي يحكم آثار الالتزامات الصرفية من المسائل بالغة الأهمية، تستعد هذه المسألة أهميتها من كون الورقة التجارية تشتمل على حملة من الالتزامات بينها اتصال لا يمكن تجاهله بأى حال، يتعلل في وحدة الموضوع الذي ترد عليه هذه الالتزامات جميعا، وهو الدين الثابت في الورقة، فانه الى جانب التزام الساحب في الكمبيالة والشيك والمحرر في سند الأمر، تمة التزام المسحوب عليه القابل، والتزام كل مظهر من المظهرين، والتزام الضامن الاحتياطي، والتزام القابل بالواسطة[1]. وقد تنشأ هذه الالتزامات في دول مختلفة فهل تخضع آثارهافي هذه الحال لقانون واحد أم لقوانين متعددة؟ وللاجابة على هذا التساؤل سنقسم موضوع هذا المبحث الى المطالب التالية:

المطلب الأول القانون الواجب التطبيق على آثار التزام المسحوب عليه (القبول)

ان الكمبيالة الإلكترونية ترسل إلى القبول بنفس شروط الكمبيالة التقليدية، حيث تستحق الكمبيالة الإلكترونية الورقية كما هو الحال بالنسبة للكمبيالة التقليدية بمجرد الاطلاع أو في تاريخ محدد، إذا تقديم الكمبيالة الالكترونية الورقية أمر ممكن، وهذا ما يشير إليه نموذج الكمبيالة المطبوع. وبالمقابل فإن رفض قبول الكمبيالة الالكترونية الورقية تؤدي إلى ذات النتائج التي تترتب على عدم قبول الكمبيالة التقليدية[٢].

وحول إمكانية حدوث القبول بالنسبة للكمبيالة الالكترونية بشكل عام و الكمبيالة الالكترونية الممغنطة بشكل خاص، فإنه ليس من المستحيل وقوعه. خاصة وأن البنك أحد أطراف التعامل بالكمبيالة الإلكترونية الممغنطة، وبالتالي من الممكن الاتفاق على الية معينة بين الساحب والمسحوب لتدل على قبولها الكمبيالة الإلكترونية الممغنطة[٣]، وفي حال رفض القبول من قبل المسحوب عليه يكون له الرجوع بلا مصاريف، و بالتالي لا يتطلب منه تحرير إحتجاج: (بروتستو) عدم القبول وإن كانت مسألة رفض قبول الكمبيالة الإلكترونية نادرة الحدوث، لأنه يغلب على هذه الأخير التنسيق المسبق بين اطرافها.وعليه فالقانون الواجب التطبيق على مسألة القبول في كمبيالة الإلكترونية يتمثل في قانون المكان الذي يتم فيه القبول، و هو قانون محل الوفاء باعتبار أن القبول يتم من قبل المسحوب عليه وهو قانون بنك المسحوب عليه. باعتبار قانون الدولة التي يتم فيها تنفيذ الالتزام الصرفي.وفي ضوء ذلك يتبين أن أداء البنك_في الكمبيالة الإلكترونية بنوعيها_ يعد هو الأداء المميز في العملية، و يكون لديه تنفيذ الالتزام و تركيزة، و يتفق و توقعات الأطراف، و يحقق وحده القانون الواجب التطبيق.

وبالنسبة للكمبيالة الإلكترونية الورقية فترسل إلى القبول بنفس شروط الكمبيالة التقليدية، حيث تستحق الكمبيالة الإلكترونية الورقية _كما هو الحال بالنسبة للكمبيالة التقليدية_ بمجرد الاطلاع أو في تاريخ محدد.وحول امكانية حدوث القبول بالنسبة للكمبيالة الإلكترونية بشكل عام والكمبيالة الإلكترونية الممغنطة بشكل خاص، فإنه ليس من المستحيل وقوعه. خاصة وأن البنك أحد أطرف التعامل بالكمبيالة الإلكترونية الممغنطة، وبالتالي من الممكن الاتفاق على آلية معينة بين الساحب و المسحوب لتدل على قبولها الكمبيالة الإلكترونية الممغنطة[٤]، وفي حال رفض القبول من قبل المسحوب عليه يكون له الرجوع بلا مصاريف، وبالتالي لا يتطلب منه تحرير إحتجاج: (بروتستو) عدم القبول وإن كانت مسألة رفض قبول، الكمبيالة الإلكترونية نادرة الحدوث، لأنه يغلب هذه الأخيرة التنسيق المسبق بين اطرافها.وعليه فالقانون الواجب التطبيق على مسألة القبول في كمبيالة الإلكترونية يتمثل في قانون المكان الذي يتم فيه القبول و هو قانون محل الوفاء باعتبار أن القبول يتم من قبل المسحوب عليه وهو قانون بنك المسحوب عليه. باعتبار قانون الدولة التي يتم فيها تنفيذ الالتزام الصرفي، وفي ضوء ذلك يتبين أن أداء البنك في الكمبيالة الإلكترونية بنوعيها يعد هو الأداء المميز في العملية، ويكون لديه تنفيذ الالتزام وتركيزة، ويتفق وتوقعات الأطراف، ويحقق وحده القانون الواجب التطبيق.

المطلب الثانى القانون الواجب التطبيق على التزامات الساحب

إذا كان المشرع العراقي قد حرص على حماية حق حامل الورقية التجارية فشمله بجملة من الضمانات التي تطمئنه إلى إستيفاء قيمتها في تاريخ استحقاقها و ذلك لدعم الثقة في هذه الورقة و حتى تؤدى وظيفتها على أكمل وجه في دعم الاقتصاد الوطني. إلا أن المشرع العراقي لم يقتصر على حكاية مصلحة حامل الورقية التجارية و إنما عمد إلى الموازنة بين المصالح المختلفة في الكمبيالة فتطلب في الحامل اليقظة فألزمه بأن ينشط في المطالبة بحقه و أن يقوم بما هو مفروض عليه ضمن المواعيد المحدد لها و إلا سقط حقه في الرجوع على المدينين بالالتزام الصرفي، وان هذا التوازن يحققه كما رأت محكمة النقض الفرنسية قانون محل الوفاء بالكمبيالة[٥].ويرى البعض أن إخضاع آثار التزامات الساحب لقانون محل الوفاء يسري أيضاً بالنسبة للشيك، فمن المتفق عليه لديهم أن الشيك، مثل الكمبيالة، يفترض وجود علاقتين سابقتين: الأولى بين الساحب والمسحوب عليه، وتسمى بمقابل الوفاء أو الرصيد أو المؤونة، كما يطلق عليها القانون العراقي واللبناني والتونسي والجزائري. والثانية بين المساحب والمستفيد، وتسمى بوصول القيمة[٦].هذا ومن المقرر أن رصيد الشيك ينشأ عادة نتيجة عقد حساب مصرفي فيما بين العميل و المصرف[٧]، هذا العقد الذي ينظم العلاقات المتبادلة فيما بين العميل: (الساحب) والمصرف»: (المسحوب عليه) يتم تركيزه بطبيعة الحال في المكان الذي يمارس المصرف فيه نشاطه، أي في قانون محل الوفاء[٨]، ولا يؤثر في ذلك عند أصحاب هذا الرأي ما قد يقال من أن حامل الصك غريب عن تلك الرابطة التي تربط بين العميل الساحب والمصرف المسحوب عليه، والتي تم تركيزها في محل الوفاء، أي المكان الذي يمارس فيه البنك نشاطه.فالحامل يهمه عملية الوفاء، و ذلك لأن قبول الدائن شيكاً وفاأ لدينه لا يخرج عن كونه وفاء معلقاً على شرط التحصيل، أي أن الوفاء لا يتم إلا عند تحصيل قيمة الشيك من المسحوب عليه.[٩]وإذا كان ما سبق يتعلق بآثار التزام الساحب في الورقة التجارية التقليدية، هل يمكننا إسقاط تلك الأحكام على الأوراق التجارية الإلكترونية؟، والحقيقة أن الإجابة على هذا التساؤل تقضي منا أن نشير إلى مسألتة على درجة من الأهمية تتمثل في بيان القانون الواجب التطبيق في حالة التوقيع

الإلكتروني.عرفت كافة القوانين المنظمة للتوقيع الإلكتروني و التجارة الإلكترونية، التعريف بالتوقيع الالكتروني، و إن اختلف التعريف بألفاظه فقد اجتمع عند مضمون واحد.

فقد عرفه قانون المعاملات الإلكترونية الأردني في مادة (٢) بأنه: البيانات التي تتخذ هيئة حروف أو ارقام أو رموز أو إشارات أو غيرها و تكون مدرجة بشكل إلكتروني أو ضوئي أو أي وسيلة أخري مماثلة في رسالة معلومات أو مضافة عليها أو مرتبي طبها ولها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها عن غيره من أجل توقيعه و بفرض الموافقة على مضمونه. وعرفته المادة ١/ج من قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني المصري بأنه: ما يوضع على محرر إلكتروني و يتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها، ويكون له طابعٌ منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع و غيره عن غيره.و قد عرفه بعض الفقهاء بأنه: مجموعة من الرموز أو الحروف الإلكترونية التي تدل على شخصية الموقع دون غيره[١٠].

المطلب الثالث القانون الواجب التطبيق علي آثار التزامات المظهرين

إن قانون محل إجراء التظهير هو الواجب التطبيق في حال سحب ورقة تجارية إلكترونية، لا سيما الكمبيالة الإلكترونية الورقية[١١]. ذلك أنه من الملاحظ أن إمكانية تظهير الكمبيالة الورقية ليس مستبعداً بمناسبة تسليمها إلى البنك الممول، سواء أكان على سبيل التمليك بواسطة المستفيد أم بواسطة حامل لاحق لمصلحة المصرف الذي يقوم بالخصم، سواء أكانت الكمبيالة مظهرة علىسبيل التمليك قبل تسليمها للبنك و ذلك لمصلحة حامل قد عهد بتحصيلها إلى البنك، و سواء أكانت مظهرة على سبيل التمليك بواسطة المستفيد أو حامل لاحق بواسطة البنك الذي يقوم بالخصمفالكمبيالة الإلكترونية الورقية للتحصيل تنشأ لأمر الساحب و تظهر لأمر البنك المحصل مع إشارة "القيمة للتحصيل" و إن كان قانوناً التظهير الناقل لاملكية من قبل البنك يمكن حصوله، إلا أنه في الحقيقة ينبغي عدم وقوعه لعدة أسباب هي:

أولاً– حصول التظهير يعتبر ضد تعهد البنك على الأقل ضمناً قبل الساحب بالمحافظة علي الكمبيالة لديه.

ثانياً– مثل هذا التظهير الناقل للملكية لمصلحة شخص أخر غير البنك يجب أن يثير عدم ثقة المظهر إليه الذي يعتقد أن الكمبيالة المظهرة إليه من ربما تكون سَلمت إلى البنك بقصد التحصيل.

ثالثا– إذا افترض أن الكمبيالة أخذت من البنك لخصمها التظهير الناقل الذي يتم من هذا الأخير للتحويل لا يحدث كثيراً، لأنه يصبح غير مفيد.و عموما القانون الذي يحكم التظهير في الكمبيالة الإلكترونية الورقية هو قانون محل إجراء التظهير و هو قانون المستفيد الذي ظهرها على سبيل التمليك قبل تسليمها للبنك، أو قانون البنك الذي ظهرت الكمبيالة لأمره للتحصيل وبمعرفة المظهر (المستفيد) هنا.

المطلب الرابع القانون الواجب التطبيق على آثار التزام الضامن الإحتياطي

إن إعمال حكم المادة (٨٠_٨٣) من قانون التجارة العراقي النافذ على احكام الضمان الاحتياطي وقد تناولت الاتفاقيات الدولية هذا الموضوع فنصت اتفاقية جنيف عام ١٩٣٠ تضمنت الاحكام الخاصة بهذا الموضوع في المادة (٣٠_٣١_٣٢) واتفاقية الاونسيترال اشارة الى الاحكام الخاصة بالضمان الاحتياطي في المواد(٤٦_٤٧_٤٨) . بشأن الضمان الاحتياطي، يقتضي إخضاع آثار هذا الالتزام شأنه شأن غيره من الالتزامات الصرفية للقانون الذي يتفق عليه في عقد الضمان: (قانون الأرادة)، أو قانون الموطن المشترك، أو قانون محل إعطاء الضمان (محل الإبرام).ويدافع جانب من الفقه[١٢]، عن هذا التطبيق باعتبار أنه ليس ثمة ما يمنع من تعدد القوانين التي تحكم آثار التزامات الضمان إذا تعددت حالات الضمان، وأنه ليس ثمة ما يمنع أن تكون هذه القوانين مختلفة عن القوانين التي تحكم الالتزامات الصرفية ذاتها، سواء أكان من حيث الشكل أم من حيث الموضوع.ولكن هل ينسجم هذا الحل إذا ما تم تحرير الورقة التجارية إلكترونياً؟ و قيل ذلك هل من الجائز تصور خضوعالكمبيالة الالكترونية الورقية للضمان الاحتياطيتشير إلى أنه كما يجوز قبول الكمبيالة الإلكترونية الورقية يجوز أيضاً الضمان الاحتياطي لها، و يصدر الضمان الاحتياطي وفقاً للمادتين ١٣٠ من قانون التجارة الفرنسي، والمقابلة للمادة ٤١٨ من قانون التجارة المصري. ونموذج الكمبيالة المطبوع يتضمن مكاناً محفوظاً للضمان الاحتياطي عليها، و حصول الضمان الاحتياطي كثير الوقوع في العمل، سواء كان الساحب قد أنشأ الكمبيالة لأمره، وأراد أن يكفل تعهده بمقدم للضمان لإمكانية تظهير الورقة للغيربصفة خاصة في حالة ما تكون الكمبيالة خالية من قبول المسحوب عليه.والواقع أن الكمبيالة الإلكترونية الورقية تتلاتم مع الضمان الاحتياطي الصادر على الورقة، عدا الحالة التي يكون فيها الضمان قبل تسليم الورقة للبنك، أو حالة إعلان البنك أنه لم يتسلم الكمبيالة للخصم، لأن الضمان غير مفيد للبنك إذا كان استلام الورقة لمجرد التحصيل، و إذا كان الضمان الاحتياطي يتلاتم مع الكمبيالة الإلكترونية الورقية إلا أنه ينبغي أن نلاحظ أن مجال تطبيقه سوف يصبح ضيقاً بسبب عدم تظهير الكمبيالة الإلكترونية الورقية تظهيراً ناقلاً للملكية [١٣].

وهكذا تخلص إلى أن الضمان الاحتياطي للكمبيالة الإلكترونية الورقية الذي يمكن في العمل أن يتعلق بالساحب أو المسحوب عليه يكون ممكناً، و هو يمكن تقريره عند إصدار الكمبيالة وفقاً لشروط المواد ١٣٠ من قانون التجارة الفرنسي، و المادة ٤٤٨ من قانون التجاة الفلسطيني، و المادة ٤١٨ من قانون التجارة المصري. اما بالنسبة لغيرهم من الموقعين فهو غير ممكن بسبب عدم تظهير الورقة تظهيراً ناقلاً للملكية إلا في أضيق الحدود، كذلك يمكن إجراء ضمان احتياطي للكمبيالة بعد تسليمها إلى البنك، ولكن الضمان هنا يكون على ورقة مستقلة عن الكمبيالة، ولذلك فهو ينتج أثره بين طرفيه فحسب، ولا يكون ضماناً صرفياً[١٤]ولا يتفق الباحث مع هذا الرأي، على اعتبار أن غالبية التشريعات لم تشترط كتابة الضمان الاحتياطي على الكمبيالة ذاتها أو على وصلة. كما أشرنا تفصيلاً من قبل.لذا يكون القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة هو قانون الدولة الذي صدر فيه الضمان، وهو بذلك لا يختلف عن حالة الضمان الاحتياطي الذي يتعلق بالساحب أو المسحوب عليه فإنه يخضع لقانون محل إجراء ذلك الضمان بحسب ما إذا كان المضمون الساحب أو المحسوب عليه [١٥]، وعليه تؤكد على أن الحل الأفضل في شأن الأوراق التجارية هو أن نخضع آثار الالتزامات الصرفية لقانون واحد، هذا القانون هو قانون محل نشوء الالتزام بصفة أصلية.

المبحث الثاني القانون الواجب التطبيق على تنفيذ الالتزام الصرفي

عند حلول أجل استحاق الورقة التجارية يتقدم الحامل من الملتزم الأصلي لاستيفاء قيمتها. و إذا امتنع هذا الأخير عن الوفاء جاز للحامل الرجوع على سائر الملتزمين الضامنين، وذلك طبقاً للإجراءات و في المهل المقررة قانوناً، أما إذا أغفل الحامل إتباع هذه الإجراءات أو مراعاة المهل المقررة فيؤدي ذلك إلى سقوط حقه في الرجوع بسبب الإهمال أو بمرور الزمن، وقد تنشأ بمناسبة تنفيذ هذه الإجراءات منازعات يتطلب حلها تطبيق قانون معين من بين قوانين الدول التي تمت فيها تلك الإجراءات، فيجب أن تحدد هذا القانون الذي يتم تطبيقه بشأن كل من العمليات و الإجراءات المذكورة المتعلقة بتنفيذ الالتزام الصرفي وهي: وفاء هذا الالتزام والضمانات الخاصة به، وهو ما ستناوله في المطالب التالية:

المطلب الأول القانون الواجب التطبيق على المسائل الخاصة بضمانات الوفاء

لبيان القانون الواجب التطبيق على مقابل الوفاء في الكمبيالة والكمبيالةالإلكترونية، ففي الالكترونية نجد أن ملكية مقابل الوفاء لا تنتقل للبنك للدعامة الممغنطة، فالكمبيالة على دعامة ممغنطة ينحصر موقف البنك فيها، وحيد هو التحصيل دون تحقيق إئتمان حقيقي للخصم، لهذا فتصفية أموال البنك قبل القبض لا تهم البنك الكمبيالة على دعامة ممغنطة، خلافاً للكمبيالة الورقية والذي تعتبر كمبيالة حقيقة إذ من الممكن تسليمها للبنك على سبيل التحصيل أو على سبيل الخصم.ونرى أن هذا الرأي يحتوي جانباً من الصحةفيما يتعلق بالكمبيالة و بالمقابل لا يجد الباحث ما يمنع من تسميته هذا من جانب، و من جانب آخر أن اتفاقية جنيف لا تتعارض مع وجود أداة يمكن أن يطلق عليها كمبيالة.إضافة إلى أن قواعد قانون الصرف قاصرة عن معالجة الكثير من المسائل المتعلقة بكل أنواع الأوراق التجارية الإلكترونية، وليس ما يتعلق بالكمبيالة الإلكترونية على دعامة ممغنطة فقط، لذا فالقانون الذي يحكم مقابل الوفاء في الكمبيالة الإلكترونية هو قانون بنك الساحب باعتباره قانون محل إصدار الكمبيالة الإلكترونية. فهذا الأخير وحده الذي يحكم مقابل الوفاء لذات الاعتبارات التي ذكرنا أنفاً، وقد أكد بنك فرنساً دقة القانون في هذا الخصوص وذلك في رأي له في ٧ / ١٩٦٧ مفاده أن الكمبيالة التي تحرر من أجل التحصيل لا يمكن أن تنشأ مباشرة لأمر البنك لأن هذا الأمر سوف يصبح وفقاً للمادة(٦٢) من القانون التجاري العراقي(على ساحب الحوالة او من سحبت لحسابة ان يوجد لدى المسحوب علية مقابل وفائها، ومع ذلك يسأل الساحب لحساب غيره تجاه مظهرين .[١٦]

الفرع الأول مقابل الوفاء في الكمبيالة (السند للامر)

ان من الأمور الهامة للأوراق التجارية الوفاء بقيمتها في ميعاد الاستحقاق، و يضع الحامل والساحب والمظهرين وكل موقع على الورقة أهمية خاصة للوفاء بقيمة الكمبيالة، نظراً لأنهم يرتبون التزاماتهم على هذا الوفاء، فإذا تأخر الوفاء من جانب المدين أو امتنع عن الوفاء، أدي ذلك إلى ارتباك خطير لكل الموقعين على الكمبيالة، مما يؤدي إلى اضطراب المعاملات التجارية و عدم استقرارها.لذلك وضع المشرع التجاري احكاماً خاصة للوفاء بقيمة الكمبيالة تتضمن الخروج على القواعد العامة و تعتبر هذه الأحكام مستثناة من أحكام الوفاء الواردة في القانون المدني لذلك يجب الإستعانة بأحكام القانون المدني كلما خلت نصوص قانون التجارة من أحكام خاصة. وان الكلام عن تقديم الكمبيالة للوفاء، نجد انه إذا حل ميعاد الإستحقاق يجب على الحامل تقديم الكمبيالة للوفاء بقيمتها إلى المسحوب عليه و لا يسعى هذا الأخير غالباً إلى الحامل لكي يوفي بقيمة الدين، لأنه غالباً لا يعرف في أي يد تستقر الكمبيالة عند ميعاد الاستحقاق، ويتم الوفاء بين

المسحوب عليه والحامل أو نائب كل منها، ويجب على المسحوب عليه التأكد من أن الوفاء يتم للحامل الشرعي للكمبيالة، وإلا كان مسئولاً عن الوفاء مرة أخرى لصاحب الحق، وإذا كان من الصعب على المسحوب عليه التحقق من ذلك فإن دفعها في ميعاد الاستحقاق بدون معارضة من أحد يعتبر صحيحاً إلا إذا وقع من المسحوب عليه غش او خطأ جسيم.وقد إشارت إلى ذلك المادة (١٣٦)من قانون التجارة العراقي، (اولا وثانياً وثالثاً ورابعاً)، والمادة(١٠٠) من قانون التجارة العراقي (الوفاء في ميعاد الاستحقاق بناء على امر المحكمة في الاحوال المشار اليها في المواد (٩٦)و(٩٧)و(٩٩) من هذا القانون يبرىء ذمة المدين)، وأعطي المشرع أيضاً للمدين بالكمبيالة حق السعي للوفاء بقيمة الكمبيالة إذا لم يتقدم أحد لأخذ قيمتها في ميعاد الاستحقاق حيث تنص المادة (٧٨) من قانون التجارة العراقي في فقرتها الثانية على أنه (في حالة عدم الوفاء يكون للحامل ولو كان هو الساحب ذاتة مطالبة المسحوب علية القابل بدعوى مباشرة ناشئة عن الحوالة بكل ما تجوز المطالبة بة بمقتضى المادتين (١٠٧) و(١٠٨)[١٧] من هذا القانون .ويكون الإيداع على نفقة الحامل وتحت مسئوليته وأضافت في الفقرة الثانية يسلم قلم كتاب المحكمة المودع وثيقة يذكر فيها إبداع المبلغ ومقداره وتاريخ إصدار الكمبيالة وتاريخ الإستحقاق واسم من حررت في الأصل لمصلحتة، وأضافت الفقرة الثالثة من ذات المادة أنه فإذا طالب الحامل المدين بالوفاء وجب على المدين تسليم وثيقة الإيداع إليه مقابل تسلم الكمبيالة منه مؤشراً عليها بوقوع الوفاء بموجب وثيقة الإيداع، وللحامل قبض المبلغ من قلم كتاب المحكمة بموجب هذه الوثيقة، فإذا لم يسلم المدين وثيقة الإيداع إلى الحامل وجب عليه وفاء قيمة الكمبيالة[١٨].

الفرع الثاني مقابل الوفاء في الشيك

حتى يتمكن الشيك من تأدية وظيفته الاقتصادية كأداة للوفاء فإن القانون قد نص على عدة ضمانات تؤمن الحماية للحامل في استيفائه قيمة الشيك، حيث تمكنه هذه الضمانات من الوثوق بالشيك كأداة للوفاء تستطيع فعلا أن تحل محل النقود، ذلك أن قيام الشيك بهذه الوظيفة منوط أساسا بثقة الحامل بالحق الذي يتضمنه، واطمئنانه بالحصول على هذا الحق عند تقديم الشيك للوفاء، وضمانات الوفاء بالشيك توفر للحامل مثل هذه الثقة وهذا الاطمئنان[١٩].

اولاً : مقابل الوفاء في الشيك يجب أن يكون مقابل الوفاء (الرصيد) دينا نقديا[٢٠]:

حتى يعتبر مقابل الوفاء موجود يشترط ان يكون الساحب دائناً للبنك المسحوب عليه بمبلغ نقدي، لأن الشيك باعتباره ورقة تجارية لابد أن يكون محله مبلغ من النقود لأنه يمثل الالتزام بدفع مبلغ نقدي. ولا أهمية لمصدر هذا الدين فقد يكون وديعة نقدية يلتزم المسحوب عليه بردها عند الطلب، أو حساب جاري مفتوح للساحب، وقد يكون مبالغ نقدية نتيجة تسليم الساحب أوراقا تجارية للمسحوب عليه البنك لتحصيل قيمتها إذا تم تحصيل قيمتها فعلاً، وقد يكون أوراقاً مالية مفوض البنك المسحوب عليه في بيعها للساحب إذا تم بينها بالفعل، ولا تعتبر الأوراق التجارية أو الأوراق المالية المسلمة للبنك للتصرف فيها صالحة لأن تكون مقابل الوفاء فهي ليست رصيداً حاضراً إلا إذا تم التصرف فيها أو تحصيلها بالفعل.

ثانياً : يجب أن يكون مقابل الوفاء (الرصيد) موجوداً عند سحب الشيك[٢١]:

وهذا الشرط بديهي في الشيك، فطالما أن الشيك واجب الدفع بمجرد الإطلاع، فإنه يجب على الساحب أن يعمل على وجود مقابل الوفاء قبل إصدار الشيك، وإلا كان معرضاً للعقوبة المقررة لإصدار شيك ليس له مقابل وفاء قابل للتصرف فيه، وإذا لم يتوافر مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه، أو وجد بعد تاريخ تقديم الشيك اعتبر مقابل الوفاء غير موجود، ويجب ملاحظة أن عدم وجود مقابل الوفاء لا يؤثر على صحة الشيك، فلا يترتب على عدم وجوده بطلان الشيك[٢٢]، حيث يظل الساحب ضامناً للوفاء بقيمة الشيك وكل شرط بعفيه من هذا الضمان يعتبر كأن لم يكن، ومن الناحية العملية لا تظهر أهمية وجود مقابل الوفاء عند إصدار الشيك من عدمه إلا عند عدم دفع قيمة الشيك. ومما لا شك فيه أن اشتراط وجود مقابل الوفاء عند إصدار الشيك يختلف عن الكمبيالة التي لا يشترط فيها أن يكون مقابل الوفاء موجوداً عند سحبها ولكن يشترط أن يكون موجوداً عند حلول ميعاد الاستحقاق.ويقع علي الساحب دون غيره أن يثبت عند الإنكار ان المسحوب عليه كان لديه مقابل الوفاء في وقت إصدار الشيك، فإذا لم يقم البنك بصرف الشيك بحجة عدم وجود مقابل وفاء كان الساحب إثبات وجود هذا المقابل و إلا تعرض للعقوبة الواردة الخاصة بإصدار شيك بدون وجود مقابل وفاء، و تعتبر تحمل الساحب القيام بهذا العبء تطبيقاً للقواعد العامة، وإذا لم يقم الساحب بإثبات مقابل الوفاء فإنه لا يستطيع أن يتمسك بسقوط حق الحامل المهمل في الرجوع عليه، أما إذا ثبت وجود مقابل الوفاء فإن له التمسك بسقوط حق الحامل الذي لم يقم بعمل الاحتجاج أو قام بعمله بعد الميعاد في الرجوععليه و تبرء ذمة الساحب

في هذه الحالة بمقدار مقابل الوفاء الذي أثبت وجوده لدى البنك المسحوب عليه إلا إذا كان الساحب قد استعمل هذا المقابل في مصلحته حيث يعتبر مقابل الوفاء غير موجوداً في هذه الحالة.

ثالثاً : يجب أن يكون مقابل الوفاء (الرصيد) قابلاً للتصرف فيه[٢٣]:

من الجائز أن يقدم الشيك في يوم إصداره للبنك المسحوب عليه لدفع قيمته لأنه مستحق الدفع لدى الإطلاع، لذلك يجب أن يكون مقابل الوفاء موجوداً و قابلاً للتصرف فيه وقت سحبه، أي يجب أن يكون دين الساحب لدى المحسوب عليه محقق الوجود و حال الأداء و معين المقدار و خالي من أي نزاع حتى يستطيع الساحب التصرف فيه، و يجب أن يكون مقابل الوفاء(الرصيد) قابلاً للتصرف فيه بموجب شيك، ويفترض ذلك وجود اتفاق صريح أو ضمني بين الساحب و المسحوب على إعطاء الساحب حق التصرف في هذا الدين بمقتضى شيكات، فإذا لم يوجد هذا الاتفاق فلا يلزم الشيك المحسوب عليه بالوفاء بقيمة الشيك وحسناً عندما نص المشرع على ذلك، فإذا كان للساحب مبالغ لدى البنك المسحوب عليه متمثلة في ودائع لأجل أو شهادات استثمار أو غير ذلك من الصور المصرفية بين العميل والبنك المسحوب عليه فإنه لابد من وجود تعليمات بين العميل والبنك سواء كانت صريحة أو ضمينة بصرف قيمة الشيك من هذه المبالغ عند عدم وجود رصيد سائل، أما إذا أصدر الساحب أوامره للبنك المسحوب عليه بعدم الوفاء للمستفيد بقيمة الشيك في غير الحالات التي قررها القانون للمعارضة في الوفاء، فإن ذلك يعد بمثابة عدم وجود رصيد يوجب توقيع العقوبة المنصوص عليها في المادة(٤٥٩) [٢٤]من قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ النافذ.والحالات التي يجوز فيها للساحب المعارضة في الوفاء بقيمة الشيك محددة على سبيل الحصر

رابعاً :يجب أن يكون مقابل الوفاء (الرصيد) مساوياً بالأقل لمبلغ الشيك

تتوافر العقوبة المقررة في المادة (٥٣٤)القانون التجاري العراقي سواء عند إصدار شيك ليس له مقابل وفاء أو كان مقابل الوفاء أقل من قيمة الشيك،و يتحقق ذلك من خلال استرداد الساحب كل الرصيد أو بعضه أو تصرف فيه بعد إصدار الشيك بحيث يصبح الباقي لا يفي بقيمة الشيك.

الفرع الثالث الاتجاهات المختلفة حول وجود مقابل الوفاء من عدمه

هناك اتجاهان رئيسيان في هذا الخصوص **الاتجاه الأول:** وهو الاتجاه الجرماني أو الأنجلو سكسوني، أو الألماني[٢٥]، الذي يقيم الكمبيالة على الاكتفاء الذاتي، فلا يربط بينه وبين دين الساحب على المسحوب عليه، الذي استند إليه في إصدار الأمر إليه بالدفع بموجب الكمبيالة، من ثم لا ضرورة لوجود مقابل الوفاء في الكمبيالة في هذا الاتجاه.[٢٦] و عليه استبعد فكرة وجود مقابل الوفاء.

وهناك العديد من التشريعات التي أخذت بهذا الاتجاه منها قانون الصرف الألماني لسنة ١٩٣٣م، والقانون النمساوي لسنة ١٩٣٢م، والقانون الإيطالي لسنة ١٩٣٣م، والقانون البرتغالي ١٩٣٤م، والقانون الروماني لسنة ١٩٣٤م، وقانون الأوراق الانجليزي لسنة ١٨٨٢م وقانون الأوراق التجارية للولايات المتحدة الأمريكية لسنة ١٨٩٢م، وقانون التجارة العراقي الأسبق السنة ١٩٤٣م، والقانون التجاري الليبي لسنة ١٩٥٤م. [٢٧]**اماالاتجاه الثاني:** هو الاتجاه اللاتيني أو الفرنسي، الذي يعتبر دين الساحب على المسحوب عليه غطاء للأمر الصادر بموجب الكمبيالة وضمانا هامة من الضمانات التي يتمتع بها الحامل الاستيفاء قيمته عند استحقاقه والذي يعتمد بالتالي مبدأ انتقال الوفاء، وهو الاتجاه التي أخذ به المشرع الفلسطيني في قانون الأوراق التجارية، و المشرع الأردني في قانون الأوراق التجارية، وهو الأقرب إلى المنطق، وقانون الصرف.[٢٨]ومن التشريعات المتأثرة بهذا الاتجاه أيضاً، التقنين التجاري الفرنسي لسنة ١٨٠٧م، وقانون الأوراق التجاري البلجيكي لسنة ١٩٥٥م، والظهير التجاري المغربي لسنة ١٩٣٩م، و قوانين التجارة اللبناني لسنة ١٩٤٢م، والسوري لسنة ١٩٤٩م، والتونسي لسنة ١٩٥٩م، و الكويتي لسنة ١٩٨٠م، والعراقي لسنة ١٩٨٤م، وقانون المواد المدنية والتجارية القطري لسنة ١٩٧١م، والقانون التجاري الجزائري لسنة ١٩٧٥م، وقانون المعاملات التجارية الإماراتي لسنة ١٩٩٣م، وقانون التجارة المصري لسنة ١٩٩٩م، هذا وقد أورد المشرع العراقي الأحكام الخاصة بمقابل الوفاء في المواد (٩٠) من قانون التجارة العراقي (رابعا) (تبرأ ذمة الساحب والمظهرين وغيرهم من الملتزمين في الحوالة بقدر ما يدفع من اصل قيمتها . وعلى الحامل ان يعمل الاحتجاج عن القدر غير المدفوع)[٢٩].وتوجد ثلاثة ضوابط عامة تعقد الاختصاص القضائي الالكتروني للمحاكم العراقية وفقا النص المادتين ١٤ و١٥ من القانون المدني العراقي والمفهوم المخالف لنصالمادة السابعة من قانون تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية في العراق رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨ والمادة ٢٨ من اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لعام ١٩٨٣، وسميت بالضوابط العامة لإمكانية تطبيقها بصرف النظر عن تعلق النزاع المعروض أمام القاضي العراقي بمسائل محددة

كالأموال أو العقود أو الالتزامات غير التعاقدية، وسواء كانت الدعوى شخصية أم عينية. ونضيف في هذا المضمار قابليتها للتطبيق في ميدان التجارة الالكترونية مع بعض الصعوبات المتفاوته.

المطلب الثاني القانون الواجب التطبيق على مقابل الوفاء بقيمة الورقة التجارية في اتفاقية جنيف

تختلف التشريعات ووجهة نظر الفقه حول القانون الذي يحكم مسألة مقابل الوفاء في السفتجة[٣٠] ومقابل الوفاء وسيلة يضعها الساحب بين يدي المسحوب عليه للوفاء بالسفتجة. وهذا يثير الخلاف بين التشريعات، حول إلزام الساحب بوضع مقابل الوفاء عند المحسوب عليه ومتى يجب ذلك، ويكون أن مقابل الوفاء هو ناتج عن العلاقة بين الساحب والمسحوب عليه فان له مفهومين، **(وجود مقابل الوفاء)، حيث** تختلف وجهات نظر الفقه حول القانون الذي يحكم ما إذا كان الساحب ملزما بوضع مقابل الوفاء لدى المحسوب عليه و منى يحب ذلك؟فالاتجاه الأول من الفقه يرى إخضاعها لقانون محل إصدار السفتجة، و الثاني يرى إخضاعها للقانون الذي يسرى على العقد السابق الذي أصبح بمقتضاء المحسوب عليه مديناً للساحب. و الثالث الذي قال به علامة الفقة الفرنسي ليسكو وريلو[٣١]، **و(ملكية مقابل الوفاء)، حيث** هناك مجموعة من المسائل التي يتعين على القانون الذي يحكم ملكية مقابل الوفاء تبيانها، إذا ما كان يتعين انتقال مقابل الوفاء إلى المستفيد الأول ومن بعده إلى الحملة المتعاقبين على السفتجة؟ وهل يعتبر الحامل مالكا لمقابل الوفاء الموجود في حوزة المسحوب عليه أم يبقى هذا المقابل ملكا للساحب؟ وإذا ما كان الدين المقابل مضمونا بتأمينات خاصة، فهل تنقل هذه التأمينات أيضا إلى الحامل تبعا لانتقال مقابل الوفاء إليه.[٣٢] وكذلك حقوق الحامل على مقابل الوفاء عند إفلاس الساحب أو إفلاس المسحوب عليه.

الفرع الأول القانون الواجب التطبيق على مسالة الوفاء المتصلة بحقوق والتزامات حامل الورقة التجارية

ونحن هنا بصدد بيان القانون الذي يحكم حقوق والتزامات حامل السفتجة من التعرض لعدة مسائل وهي الاستحقاق، تقديم السفتجة للوفاء، والوفاء في حالة الضياع والسرقة.

أولا: القانون الذي يحكم الاستحقاق لم تذهب اتفاقية جنيف الخاصة بتسوية مسائل تنازع القوانين في السفاتج على تبيان القانون الذي يحكم مسألة الاستحقاق في السفتجة وعلى الرغم من أن اتفاقية جنيف الخاصة بالشيك (١٩٣١) نصت على أن القانون الذي يحكم الاستحقاق هو قانون محل الوفاء، بالتالي كان من الواجب الأخذ به في السفتجة كقانون يحكم الاستحقاق ومسائله، القانون الذي يحكم الاستحقاق، لكن قانون الأول: أن مقابل الوفاء دين للساحب لدى المسحوب عليه و هو الذيفهناك من يرى أن القانون الذي يحكم ميعاد الاستحقاق هو قانون محل إبرام السفتجة بوصفة القانون الذي يحكم المسائل الشكلية. أما الفقه الراجح فيرى تطبيق قانون محل الوفاء بشأن المسائل المتعلقة بالاستحقاقوهناك الفقه الحديث أيضا يأخذ على التوفيق بين الرأيين السابقين و يرى إمكانية تطبيق القانونين على الاستحقاق:[٣٣]وعلى الرغم من وجهة نظر الرأي الأخير إلا انه يصعب من الناحية العملية لما يترتب على ذلك من تعقيدات، إذ أن قانون محل الإبرام يحكم المسائل الشكلية بداية. وقانون محل الإبرام هو الذي يحدد لنا ما إذا كان ذكر بيان ميعاد الاستحقاق لازماً أم لا وما إذا كان من الجائز تعيين ميعاد الاستحقاق بيوم مشهور أو بيوم "السوق" وما إذا كان يجوز ربط تعيين ميعا الاستحقاق بحدوث واقعة محققة الوقوع [٣٤]، ويعطيه حق سحب السفتجة. الثاني: أن مقابل الوفاء هو مبلغ نقدي مقابل للمبلغ المذكور في السفتجة والذي سلمه المساحب أو شخص آخر للمسحوب عليه لمصلحة الساحب، لتغطية مبلغ نقدي مذكور في السفتجة. وهذا وقبل الإجابة على القانون الذي يحكم مسألة مقابل الوفاء لا بد من التفريق بين مسألتين وجود مقابل الوفاء و ملكية مقابل الوفاء.

ثانيا: القانون الذي يحكم تقديم السفتجة للوفاء لم يرد نص صريح في اتفاقية جنيف لبيان القانون الذي يحكم مسالة تقديم السفتجة للوفاء، ولكن الفقه يرى أنه بالإمكان الاستفادة من المادة ٨ من الاتفاقية وخاصة عبارة الأعمال الضرورية لحفظ الحقوق التي توجب تطبيق قانون محل الوفاء.[٣٥] إذ أن المكان الذي سيتم فيه عرض السفتجة للوفاء بها سيكون دائما قانون محل الوفاء و هو ما يجب فيه الوفاء دائما. ومن شأن قانون محل الوفاء بقيمة السفتجة أن يعين من له صفة تقديم السفتجة للوفاء، والمكان الذي يجب أن يتم فيه التقديم، ومواعيد تقديم السفنجة المستحقة لدى الإطلاع للدفع، ومواعيد تقديم السفتجة المستحقة الوفاء بعد مدة من الإطلاع للقبول أو التأشير عليها بالإطلاع الذي يحدد ميعاد الاستحقاق وما إذا كان يمكن للساحب أو لأحد المظهرين تقصير المواعيد القانونية او إطالتها في الحالات التي يختلف فيها مكان إصدار السفتجة عن مكان الوفاء

وبيان ما إذا كان التقديم اختياريا أم إجباريا، كما يحدد أخيرا النتائج المترتبة على عدم تقديم السفتجة، وذلك في مواجهة المسحوب عليه القابل " والإجراءات التي يستطيع المدين اتخاذها لإبراء ذمته عند عدم تقديم السفتجة للوفاء في المواعيد المحددة.[٣٦]

ثالثا: القانون الذي يحكم الوفاء في حالة ضياع السفتجة أو سرقتها نظمت اتفاقية جنيف هذه الحالة وقد حددت القانون الواجب التطبيق على مسألة ضياع السفنجة أو سرقتها في المادة التاسعة حيث نصت على: "يعين قانون الدولة التي تكون فيه السفتجة مستحقة الوفاء فيها الإجراءات التي تتبع في حال ضياع السفتجة أو سرقتها " وكون مسالة ضياع أو سرقة السفتجة. مرتبطة مع تنفيذ السفتجة والوفاء بها فانه لا يوجد تردد في إخضاع هذه المسائل لقانون محل الوفاء، وفقا للمادة (٧) من اتفاقية (انتر اميركا) مؤكدة هذا الاتجاه التي تحيل الاختصاص لمبادئ القانون الدولي الخاص. وعلى القانون الواجب التطبيق على ضياع أو سرقة السفتجة تحديد كافة الإجراءات التي يقتضي اتخاذها في هذه حالة ضياع أو سرقة السفتجة. ومنها مسألة جواز اعتراض الحامل على الوفاء لمنع المدين من الدفع لحائر السفنجة المفقودة، والإجراءات التي يتبعها الحامل للحصول على الوفاء لنفسه و الضمانات التي يقدمها لهذه الغاية و حقه في الحصول على نسخة ثانية من السفتجة، و واجب الساحب و الملتزمين قبل الحامل في هذه الحالة، كما يسري هذا القانون على سائر المسائل المتعلقه بالمعارضة في الوفاء ومدى حق الساحب في إلغاء الأمر الصادر بالدفع، وحق دائنيه في توقيع حجر ما للمدين لدى الغير أو تحت يد المسحوب عليه والنتائج المترتبة على المعارضة في الوفاء في إطار العلاقة بين الحامل و المسحوب عليه وسائر الموقعين الآخرين على السفتجة وكذلك ما إذا أتلفت السفتجة .

الفرع الثاني القانون الذي يحكم انقضاء الالتزام الصرفي

انقضاء الورقة التجارية ينقضى الالتزام بالورقة التجارية بالخطوات التالية:

اولاً : الوفاء إذا حل ميعاد استحقاق الورقة التجارية الكمبيالة على الحامل التقدم الى المسحوب عليه للحصول على قيمتها، فإذا قبل المسحوب عليه دفع قيمة الورقة انقضى الالتزام الصرفي الثابت بالورقة التجارية انقضاء طبيعياً، أما الشك فإنه يجب على المسحوب عيله الوفاء بقيمته بمجرد تقديمه إليه.

ثانياً : الرجوع الصرفي أما إذا رفض المسحوب عليه الوفاء فان المقنن الزم الحامل باتخاذ اجراءات معينة للمحافظة على حقه، وليتمكن من الرجوع على سائر الموقعين و من هذه الاجراءات كتابه ورقة رسمية يتم اصدارها بناء على طلب الحامل من قبل جهة رسمية،و تشمل على احتجاج عدم الوفاء–او عدم القبول_و تسمى_البروتستو–اما اذا حصل افلاس المسحوب عليه او افلاس ساحب الكمبيالة...أخ فانه يجوز الرجوع على الموقعين دون تحرير(بروتستو)وله الحق فى مطالبتهم فرادى او مجتمعين[٣٧].

ثالثاً : السقوط هو العقوبة التى يلحقها النظام بالحامل الذى لا يراعى المواعيد والاجراءات التى يستلزمهاالنظام من اجل الاحتفاظ بالحق فى الرجوع الصرفى، والتى يترتب على عدم مراعاتها اكتساب الحامل صفة الحامل المهمل،ذلك ان تلك المواعيد و الاجراءات–ان الحامل المهمل يفقد حقه فى الرجوع الصرفى على معظم الموقعين على الورقة.

اما حالات السقوط فهى:

أ–الكمبيالة التى لا تقدم للوفاء و هى مستحقة،فان الحامل الذى لا يقدم الورقة مستحقة الوفاء لدى الاطلاع،خلال سنة من تاريخها،او لم يقدم الورقة المستحقة الوفاء بعد مدة من الاطلاع للقبول، خلال مدة سنة من تاريخ اصدارها يصبح الحامل مهملا و تطبق فى مواجهته عقوبة السقوط،اما بالنسبة للشيك فان حامله يعتبر مهملا اذا لم يقدمه فى ميعاد الوفاء و هو شهر بالنسبة لداخل المملكة و ثلاثة أشهر بالنسبة خارج المملكة و التجاري المصري حدد خمسة أيام إذا كان داخل البلد و ثمانية أيام إذا كان خارجها[٣٨].

ب– يسقط حق الحامل إذا لم يعمل احتجاج عدم الوفاء في المواعيد السالفة الذكر إلا إذا كانت الكمبيالة مشتملة على شرط الرجوع بلا مصاريف–أي بدون

المطلب الثالث القانون الواجب التطبيق على احكام الرجوع وانقضاء الالتزام الصرفي

إذا ما امتنع المدين الأصلي عن الوفاء بقيمة السفتجة في ميعاد الاستحقاق فان معظم التشريعات تعطي الحق للحامل بالرجوع على الملتزمين الضامنين للوفاء بالسفتجة وتكاد تتمال معظم أحكام التشريعات بشأن هذه المسألة و من هنا فان مسألة تنازع القوانين تكون قليلة، لكن المسألة تدق في حالات الرجوع قبل ميعاد الاستحقاق. وحالات الرجوع الممكنة للحامل وما هي الإجراءات التي عليه اتخاذها، هل يشترط القانون الواجب التطبيق تقديم احتجاج أم لا وأي إجراء آخر[٣٩].

أولا: حالات الرجوع الممكنةاختلف الفقه في مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على حالات الرجوع الممكنة في السفتجة. فأنصار مذهب التعدد في مصر وفرنسا[٤٠]يرون انه لما كانت مسألة الرجوع متعلقة بمسئولية الملتزم، فانه يجب تطبيق القانون الذي يحكم هذه المسئولية،

معنى ذلك أنه يجب إخضاع هذه المسئولية لقانون الإرادة أو قانون الموطن المشترك أو قانون محل الإصدار .وذا ما نصت علية المادة(٢٥_فقرة١) من القانون المدني رقم٤٠ لسنة١٩٥١ (١- يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحداموطناً فأذا اختلف يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ،هذا ما لم يتفق المتعاقدان او يتبين من الضروف ان قانونا اخر يرد تطبيقة) لكن هذا الرأي كان منتقداً كونه يذهب إلى تعدد القوانين الواجبة التطبيق على الالتزامات في السفتجة من شأنه أن يغير في مركز المتضامنين في السفتجة، إذ قد يسقط حق الحامل في الرجوع على بعض الملتزمين في السفتجة، بينما يظل حقه قائما في الرجوع في مواجهة البعض الآخر، لكن القوانين التي تحكم التزاماتهم تفرض ميعادا أطول للرجوع وإذا أوفي إلى المتضامنين في السفتجة فانه يجد نفسه محروما كليا أو جزئيا حسب الأحوال من الرجوع على غيره من الضامنين، والذي من شأنه نسف مبدأ التضامن الذي أخذ به المشرع.[٤١] لهذا يميل الفقه الراجح في فرنسا إلى تطبيق قانون واحد في شأن هذه المسألة وهو كما يراه أصحابه قانون محل إصدار السفتجة. باعتباره القانون الذي يسري على التزام الساحب أو المحرر في مواجهة المستفيد الأول وهو في رأي البعض الآخر قانون محل الوفاء لتعلق الأمر بالتنفيذ لا بآثار السفتجة.[٤٢] وهو ما نؤيده كما يراه أيضاً الفقه الحديث، مما للخلاف بين الأراء السابقه و كون أن محل نشوء السفتجة، قد يكون عرضي ولا يكون ظاهراً، إخضاع هذه المسألة لقانون محل الوفاء .[٤٣]

ثانيا: هل يلزم إجراء احتجاج ؟لقد نص قانون التجارة العراقي النافذ باناطة مهمة الاحتجاج بواسطة الكاتب العدل "،[٤٤] و هذا ما أخذت به معظم التشريعات العربية التي تفرض على الحامل إجراء الاحتجاج قبل الرجوع على الملتزمين في السفتجية ما لم يعلى الحامل من ذلك.فلو افترضنا أن سفتجة جرى سحبها في إنجلترا وكانت واجبة الدفع فيها ثم ظهرت في فلسطين التي يشترط قانونها تحوير احتجاج مشروع قانون التجارة – وأراد الحامل الرجوع على المظهر؛ فهل يلتزم بأجراء الاحتجاج وفقا للقانون العراقي أم انه يعفى من تقديمه طبقا للقانون الإنجليزي؟فما القانون الواجب التطبيق لمعرفة هل يلزم أم لا؟ حيث ذهب جانب من الفقه إلى أن إجراء الاحتجاج الأصلي في السفتجة، إنما هو شرط لازم متى تحقق كان للحامل أن يرجع على سائر الموقعين الضامنين في السفتجة. فالأمر يتعلق بمدى التزام كل موقع على السفتجة، وبهذه الصفة يسرى بشأنه القانون الذي يحكم الالتزام في السفتجة[٤٥] فيطبق قانون الإرادة أو قانون الموطن المشترك او قانون مثل الإصدار وفقا للمادة ٢٥ من القانون المدني العراقي. ووفقا لهذا الرأي فان القانون االعراقي هو الواجب التطبيق، فتكون اقامة الاحتجاج واجبة قبل مباشرة دعوى الرجوع على سائر الملتزمين في السفتجة. ويرى جانب من القفه وهو يتبع مذهب الوحدة في ذلك، بإخضاعها لقانون محل الإصدار، فالواقع أن الاحتجاج ما هو إلا إجراء شكلي لازم يثبت بمقتضاء امتناع المدين الأصلي عن القبول أو عن الوفاء[٤٦]. ويتجه الفقه الغالب إلى الرأي الثاني بتطبيق قانون محل الإصدار.اما بالنسبة للمسائل المتعلقة بشكل الاحتجاج والجهة المختصة بتحريره والبيانات التي يجب أن يتضمنها ومواعيده وكيفية إعلانه، فيرجع في شأنها بلا خلاف لقانون البلد التي يراد فيها اتخاذ هذا الإجراء، طبقا لنصالمادة (١٨٠) من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ التي نصت(يكون سحب احتجاج عدم القبول واحتجاج عدم الاداء بواسطة الكاتب العدل).[٤٧] وحسب المادة ٢٩٣ من قانون أصول المحاكمات المدنية الالماني[٤٨] فان مسائل الإجراءات والتقاضى تخضع للقانون الذي يختاره الأطراف،وضابط الإسناد هذا الذي تخضع فيه إجراءات التقاضي للقانون الذي يختاره الأطراف لا يوجد إلا في ألمانيا، إذ الأصل إخضاعها لقانون دولة القاضي أي الدولة التي تقام فيها الدعوى والإجراءات. وفي قانون البوالص الإنجليزي حسب المادة (٧٢) فإنها تخضع لقانون البلد الذي رفضت البوليصة الدفع بها. وهذا ما سارت عليه المحكمة في إنجلترا ففي قضية هرشلد ضد سميث[٤٩] كانت البوليصة واجبة الدفع في باريس وكانت الدعوى بين إنجليزي مظهر ومظهر له فقدم الحامل الفرنسي البوليصة للدفع ولما لم تدفع سحب البروتستو وأرسل إعلانا للمدعي علية بالبروتستو.وقد اعترض المدعى عليه "المظهر" لم يكن مسئولا لأنه لم يستلم إعلانا بالرفض حسب القانون الإنجليزي. إلا أن هذا الزعم رد وقررت المحكمة أن الإنجليزي لدى تظهيره بوليصة فرنسية يلزم اعتباره كأنه وافق على قبول مثل هذا الإعلان الذي يعطي بموجب قانون البلد الذي تقدم فيه البوليصة . اما اتفاقية جنيف لم يرد نص بشان وجوب عمل احتجاج أم لا.لكن يستفاد من نص المادة ٨ أنها تخضعها لقانون محل رفض الوفاء بالسفتجة[٥٠] حيث نصت : "يخضع شكل الاحتجاج و مهل إجرائه، وكذلك شكل الإجراءات الأخرى اللازمة لاستعمال أو لحفظ الحقوق المتعلقة بالسفتجة القوانين الدول التي يجب تنظيم الاحتجاج أو إتمام الإجراء في اقليمها".[٥١] اشار القانون المدني العراقي في المادة (٢٦) تخضع العقود في شكلها لقانون لدولة التي تمت فيها . وهذا يعني ان شكل الاحتجاج يخضع لقانون الدولة التي تم فيها عمل الاحتجاج .

الفرع الأول القانون الذي ى ح م مسألة الرجوع الصرفي

يتعين بحث تحت هذا العنوان جملة من المسائل، من أهمها طرق الرجوع ومواعيد إقامة دعوى الرجوع وموضوع الرجوع وهي على النحو التالي :

أولا: طرق الرجوع حيث لا خلاف بين الفقه على أن قانون القاضي هو الذي يحكم طرق الرجوع لأن الأمر يتعلق بإجراءات التقاضي للنزاع المعروض على القاضي وهي تخضع للقانون الإقليمي.[٥٢] وفي فلسطين تخضع للمادة ٣٤ من مشروع القانون المدني أي القانون دولة القاضي، لكن هل يجوز سحب سفتجة الرجوع على الملتزمين في السفتجة ؟ أن مسألة الرجوع على الملتزمين تتعلق بأثار الالتزام في السفتجة ويحكمها القانون الذي يحكم آثار الالتزامات وهو قانون محل الوفاء.[٥٣] ويمكن اجمال طرق الرجوع بما يلي

١- الرجوع الودي : وهو الذي يكون على اساس المطالبة بصورة ودية لان الاجراءات القضائية تاخذمدة فيها وايضا فيها تكاليف قضائية من رسوم وغيرها من المصاريف الاخرى واتعاب المحاماة ايضا وقد يفضل الحامل منح الصرفي فترة زمنية لتحسين اوضاعة المالية ليتمكن من الوفاء في المستقبل ويقوم بسحب حوالة تسمى حولة الرجوع وقد نصت المادة(١١٤) من قانون التجارة العراقي النافذ (لكل من لة الحق الرجوع على غيرة من الملتزمين بالحوالة ان يستوفي حقة بسحب حوالة جديدة على احد ضامنية تكون مستحقة الاداء لدى الاطلاع وواجبة الاداء في مقام هذا الضامن ما لم يشترط غير ذلك)

٢- التنفيذ المباشر :وهذا ما نصت علية المادة (١٤) ثانيا من قانون التنفيذ رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠ (يشترط في الورقة التجارية وان لا يكون المدين فيها مظهرآ ، واذا كان المطلوب التنفيذ بحقة كفيلا ،فيجب تبليغ المدين للوقوف على ما لدية من اعتراضات)

٣- الرجوع القضائي :وهذا ما نص علية قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ النافذ في المواد (٣٧-٣٨) ، والمادة (٣٧) نصت على (١- تقام دعوى الدين او المنقول في محكمة موطن المدعى علية او مركز معاملاتة او المحل الذي نشأ فية الالتزام او المحل الذي اختارة الطرفان لاقامة الدعوى

٢- اذا تعدد المدعى عليهم واتحد الادعاء او اذا كان مترابطآ تقام الدعوى في محل اقامة احدهم

ثانيا: مواعيد إقامة دعوى الرجوع ان الرأي الغالب في الفقه هو إخضاع هذه المواعيد لقانون واحد بالنسبة لجميع الملتزمين ولكن الخلاف يدور حول القانون الواجب التطبيق. حيث ذهب فريق من الفقه إلى إخضاعها لقانون الدولة التي نظم الاحتجاج فيها.[٥٤] بينما ذهب فقه آخر إلى اعتماد قانون محل إنشاء السفتجة، وحسب المادة الخامسة من اتفاقية جنيف فإنها تخضع لقانون محل إنشاء السفتجة، حيث نصت على: يخضع تحديد مهل استعمال دعوى الرجوع بالنسبة لجميع الموقعين لقانون المكان الذي أنشات فيه السفتجة، وكون ان قانون محل إنشاء المفتحة، غالبا ما يكون عرضي وغير ظاهر كذلك لاعتبارات.

ثالثا: موضوع دعوى الرجوع حيث موضوع دعوى الرجوع هو المبلغ الذي يحق للحامل المطالبة به وهو أصل مبلغ السفتجة. يضاف له مبالغ أخرى مثل مصروفات الاحتجاج والإخطارات وغير ذلك من المصروفات، كنفقات المراسلات والمخابرات الهاتفية والبرقيات وغيرها متى كان ما يبررها.[٥٥] وتختلف التشريعات في تعيين هذه المبالغ وخاصة بالنسبة لمعرفة الفائدة ووقت سريانها ومن هنا تظهر أهمية القانون الواجب التطبيق، ويجمع الفقه على تطبيق قانون واحد على هذه المسائل، لكن أي قانون يمكن تطبيقه؟ غالبية الفقه ترى أن تعيين قدر الدين الواجب الوفاء به من قبل الملتزم في السفتجة أمر يتعلق بمدى الضمان الذي تنشغل به ذمته قبل الحامل، وأن المسألة تتعلق بآثار الترام الموقع على السفنجة وبهذا فإنها تخضع لقانون الإرادة أو قانون الموطن المشترك أو قانون محل الإصدار حسب المادة (١٠٧) من قانون التجارة العراقي النافذ (لحامل الحوالة مطالبة من لة حق الرجوع علية بما يلي /آ - اصل المبلغ الحوالة غير المقبولى او غير المدفوعة مع الفوائد الاتفاقية اذا كانت مشروطة ب- الفوائد القانونية ابتداء من تاريخ الاستحقاق . ج_ مصاريف الاحتجاج والاخطارات وغيرها من المصاريف)، لكن الفقه الآخر لا يسلم بالرأي الأول ويذهب على إخضاعها لقانون محل الوفاء وهذا لكثر واقعية وعملية، يكون أن تطبيق نص المادة ٢٩ من المشروع المدني، فيه مغالاة وصعوبة ويخلق بالتالي تعقيدات لا تتناسب مع طبيعة السفتجه.[56]

الفرع الثاني القانون الذي ىحـ ـكم أنقضاء الالتزام الصرفي

يدور الخلاف بشأن هذه المسألة حول ما إذا كان التقادم يسقطالحق في سماع الدعوى أو سببا من أسباب انقضاء الالتزام في السفتجة دون الوفاء بها، فالبعض يخضعه لقانون دولة القاضي والبعض الآخر يخضعه لقانون موطن المدين، بينما يرى الفقه الراجح ضرورة إخضاعه للقانون الذي يحكم الحق محل التقادم.[٥٧] كون أن التشريعات تختلف حول مسالة التقادم، فلا بد من بيان القانون الذي يحكم مسائل التقادم في السفتجة، وعلى القانون الواجب التطبيق على مسألة التقادم أن يحكم ويحدد "الميعاد الذي يبدأ منه التقادم والحالات التي ينقطع فيها

والأعمال التي تحدث هذا الأثر، على أن تحديد مدى صحة الأعمال التي ينقطع بها التقادم مسألة تخضع للقانون الذي يحكم هذه الأعمال، فإذا ما تعلق الأمر برفع دعوى قضائية للمطالبة بالحق، أو بإقرار بالدين بوصفها من أسباب انقطاع التقادم، فانه يرجع لتقدير صحة هذه الأعمال وفعاليتها في إحداث هذا الأثر إلى القانون الذي يحكم كل عمل من هذه الأعمال وهو قانون القاضي بالنسبة للسبب الأول وقانون الإرادة بالنسبة للسبب الثاني".[٥٨] كذلك لمعرفة شروط و آثار والمدة التي ينقضي بها الحق في التقادم وما إذا كان بالإمكان التنازل عن هذا التقادم قبل ثبوت الحق به، أو الاتفاق على مدة للتقادم وتحديد أسباب التوقف وهل يسري التقادم فوق الخمس سنوات، فمن لا تتوفر فيه الأهنية أو الغائب أو المحكوم عليه بعقوبة إذا لم يكن له نائب يمثله قانونا أم لا يسري هذا التقادم.[٥٩] وهنا سنعرض لاتجاهات الفقه في القانون الواجب التطبيق على النحو التالي:

أولا: إخضاع التقادم لقانون القاضي حيث يذهب أنصار هذا الرأي إلى أن التقادم من المسائل الإجرائية وبالتالي فانه يخضع لقانون دولة القاضي المنظور أمامه النزاع.[٦٠]

ثانيا: إخضاع التقادم لقانون المدين[٦١]ويرى أنصار هذا الرأي إخضاع التقادم لقانون المدين لاعتبارين: لأن الهدف من التقادم هو حماية المدين وبالتالي إخضاعه لقانون موطنه الذي في الغالب يحقق مصالحه.انه لما كان موضوع التقادم هو انقضاء حق الدائنين، فانه يجب إخضاعه لقانون موطن المدين إذ في هذا المكان يتركز هذا الحق.

ثالثا: إخضاع التقادم للقانون الذي يحكم الالتزام نفسه حيث يذهب أنصار هذا الرأي الراجح إلى إخضاع التقادم للقانون الذي يحكم موضوع الالتزام ذاته على أساس أنه أكثر اتصالا بالحق أو المركز القانوني محل النزاع. يدور الخلاف بين الفقه بشأن التقادم ليس على مسألة القانون الواجب التطبيق بشأن التقادم بقدر ما هي على كون التقادم هل هو من قبيل الإجرائي و الشكلي أم من قبيل الموضوعي؟ وإن استطعنا التفريق بين هاتين المسألتين وإخضاع مسائل التقادم لإحداها على أثر ذلك يمكن تحديد القانون الواجب التطبيق، لأننا إذا ما اعتبرنا أن التقادم هو مسألة إجرائية فان قانون دولة القاضي هو الواجب التطبيق، إذا ما اعتبرناه مسألة موضوعية فان القانون الذي يحكم موضوع الالتزام هو الواجب التطبيق.وهنا يتجه الفقه إلى التفريق بين المسائل الإجرائية والمسائل الموضوعية.[٦٢] أن القانون الذي يحكم موضوع الالتزام قانون الإرادة أو قانون الموطن المشترك أو قانون محل الإصدار وعليه أن يحدد مدة التقادم وأسباب الانقطاع والإيقاف، وهو ما أخذت به مجلة القانون الدولي الخاص التونسية في الفقرة ٦ من المادة ٦٤ حيث نصت على إخضاع الأوجه المختلفة لانقضاء الالتزام للقانون الذي يحكم موضوع العقد " ينظم القانون المنطبقعلى العقد خاصة:

٦-الأوجه المختلفة لانقضاء الالتزامات وسقوطها بمرور الزمن وتقادمها المؤسسة على انقضاء الآجال".والقانون المقصود هنا هو قانون الإرادة أو قانون الشخص من الملتزم المؤثر في تكييف الالتزام، أما مسألة تحديد مرحلةالدعوى التي يجوز فيها الدفع بالتقادم، وكذلك مدنى حق القاضي في الحكم بالتقادم من تلقاء نفسه، فهي تخضع بداهةالقانون القاضي بوصفها من مسائل الإجراءات، وهي بالتالى تخضع لنص المادة ٣٤ من المشروع المدني التي تنص على:"يسري قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات على قواعد الاختصاص واجراءات التقاضي." و حسب هذا الفرض و الاتجاه فان الإجراءات تخضع القانون الذي يختاره الأطراف في ألمانيا حسب نص المادة ٢٩٣ من قانون أصول المحاكمات المدنية الألماني لسنة ١٨٧٧، وإذا ما سلمنا بالاتفاق مع الرأي المتقدم من إخضاع إجراءات التقادم والتي تعتبر من قبيل المسائل الإجرائية القانون دولة القاضي ولكن الفرض الأول بإخضاع بعض المسائل من قبيل الموضوع، لضوابط الإسناد في المادة ٢٩ من المشروع المدني قد لا يتفق مع ما ذهبنا عليه سابقا. ومن هنا فان إخضاع هذه المسائل لقانون محل الوفاء هو الأكثر انسجاما مع طبيعة السفتجة. وفي تحديد مدة التقادم وأسباب الوقف والانقطاع، وقانون القاضي يحدد مرحلة الدعوى التي يجوز فيها الدفع بالتقادم، ما إذا كان القاضي يستطيع أن يحكم بالتقادم من تلقاء نفسه أم لا.[٦٣]كذلك فان بعض التشريعات تسمح للحامل الذي سقط حقه بالإهمال أو بمرور الزمن الرجوع على بعض الملتزمين في السفتجة بدعوى الفعل النافع "الإثراء بلا سبب" وهناك اختلاف بين التشريعات في شان الملتزمين الذين يحق للحامل الرجوع عليهم بهذه الدعوى، هل يجوز للحامل الرجوع على الملتزمين بالسفتجة أم على البعض منهم؟ وهنا يثور التساؤل حول القانون الواجب التطبيق عليها، فما هو القانون الذي يحكم هذه الدعوى؟ يذهب الفقه الراجح "إلى وجوب تطبيق القانون الذي يسري على آثار التزام الموقع الذي يخاصمه الحامل، فهذا القانون يحدد ما إذا كان يحق للحامل الادعاء على أساس الإثراء بلا سبب، وما هي الشروط الواجب توفرها في الدعوى وموضوعها، ومن توجه إليه وما إذا كانت من دعاوى الصرف أم دعوى عادية، وإذا ما كانت تخضع لتقادم خاص بها".[٦٤] وقد أخضعها القانون الكويتي الخاص بتنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي لقانون محل إصدار السفتجة

حيث نصت المادة ٦٧ على: " يسري على الالتزامات الناشئة عن الإثراء بلا سبب ودفع غير مستحق والفضالة قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام".وان والفعل المنشى للواقعة محل الالتزام هنا المقصود فيه الالتزام السابق بين الساحب والمستفيد والذي هو في الغالب قانون محل إصدار السفتجة. وقد ورد نص مشابه له في المادة ٧٦ من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية والتي نصت "يخضع تصرف الفضولى والإثراء بلا سبب ودفع ما لا يلزم لقانون الدولة التي حصل فيها الفعل الذي تولدت عنه". ولم ترد معالجتها في مشروع القانون المدني الفلسطيني وقد ورد نص جيد مشابه للنصين أعلاه في القانون الكويتي والمجلة التونسية؛ كان قد اقترحها الدكتور دواس[٦٥] و الذي يمكن للمشرع الفلسطيني الاستعانة به وتبنيه كما ورد وهو حسب ما اقترحه: "يسري على الالتزامات الناشئة عن الإثراء بلا سبب ودفع غير مستحق والفضالة قانون البلد الذي وقع فيه الفعل للالتزام. ومع ذلك إذا كان الإثراء بلا سبب ناتجا عن تنفيذ علاقة قانونية يخضع للقانون الذي يحكم تلك العلاقة."كذلك اعتبر قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ المعدل كل من اكمل الخامسة عشر وتزوج بأذن من المحكمة ؟ الأهلية بالمادة(١/٣) ومما تقدم نخلص إلى أن انشاء الورقة التجارية يمكن أن تصدر من كل عراقي بمجرد تمامه الثامنة عشرة كاملة دون وجود عارض من عوارض الأهلية او ان يتم الخامسة عشر كاملة من الحصول على اذن بممارسة التجارة على أن تراعي حدود هذا الاذن او من يكمل الخامسة عشر ويتزوج بأذن من المحكمة، والمعنى المخالفة لذلك أن كل عراقي لم تتوافر فيه هذه الشروط لا يعتبر متمنع بالأهلية اللازمة لأنشاء الورقة التجارية والتعامل بها فقد نصت المادة (٢/٤٨) من قانون التجارة النافذ بضرورة الرجوع لتحديد أهلية الملتزم(الاجنبي) الى قانون الدولة الذي يفتمي اليها بجنسية، فإذا أحال هذا القانون الى قانون دولة اخرى كانت القواعد الموضوعية من قانون تلك الدولة هي الواجبة التطبيق ولكن اذا كان القانون الواجب التطبيق يعتبر الملتزم ناقص الأهلية فأن التزامه بمقتضى الورقة التجارية يبقى صحيحاً اذا وضع توقيعه عليها في دولة يعتبره قانونها كامل الأهلية ومما تجدر الاشارة اليه أن المادة (١٠) من قانون التجارة الملغى رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠ والتي نصت (١- لمن بلغ سن ثماني عشر سنة ان يزاول التجارة في العراق ولو كان قانون الدولة التي ينتمي اليها بجنسية يعتبره قاصراً في هذه السن) ويثار تساؤل عن الحكم عندما ينص القانون الاجنبى الواجب التطبيق على عمر اقل من الثمانية عشر كشرط الاكتساب الأهلية التجارية؟ لم يعالج قانون التجارة الحالي هذه المسألة بعكس قانون التجارة الملغى فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (١٠) من هذا القانون الاخير على ان (لمن اكمل الخامسة عشر ان يزاول التجارة في العراق بالشروط المقررة في قانون الدولة التي ينتمي اليها بجنسية ولكن تنص الفقرة الثالثة من المادة المذكورة اعلاه على انه (لا يجوز لمن تقل سنه عن خمسة عشر ان يزاول التجارة في العراق ولو كان قانون الدولة التي ينتمي اليها بجنسية يعتبره راشد في هذه السن او يجيز له الاتجار) تلك هي احكام القاعدة العامة التي تطبق على عموم الاجانب في العراق بشأن تحديد الأهلية للازمة للتعامل بالأوراق التجارية.[٦٦]

الفرع الثالث موقف اتفاقية جنيف من القانون الذي يحكم حالات الرجوع والشروط الواجب تحققها

لم تتعرض اتفاقية جنيف لسنة ١٩٣٠ (الخاصة بتسوية بعض حالات التنازع في شان سند السحب والسند للأمر) إلى مسألة ضرورة تقديم الاحتجاج والقانون الواجب التطبيق عليها، في حين أنها قررت حكما خاصا بشان القانون الواجب التطبيق على شكل ومهل الاحتجاج، ولعل الاتفاقية في موقفها هذا كرست مبدا متفقا عليه لدى الفقه كما اسلفنا. فقد نصت المادة الثامنة من هذه الاتفاقية على أنه: (يخضع شكل الاحتجاج ومهل اجرائه، و كذلك شكل الاجراءات الاخرى اللازمة لاستعمال أو لحفظ الحقوق المتعلقة بسند السحب والسند للأمر، القوانين الدولة التي يجب تنظيم الاحتجاج او اتمام الإجراء في اقليمها[٦٧]) .

الخاتمة

بعد ان انتهينا من هذا البحث المتواضع نبين في الختمام الاستنتاجات التي توصلنا إليها، إضافة إلى أهم المقترحات والتوصيات التي وجدنا من الضروري طرحها .

اولاً: الاستنتاجات

١. ان التزام المصرف بتقديم معلومات الائتمان المالي لهُ جملة من الخصائص التي تميزهُ عن غيرهِ من الالتزامات , ومن جملة هذهِ الخصائص انهُ التزام استثنائي عن الأصل , أي انهُ استثناء عن القاعدة العامة التي تقضي بالسرية المصرفية . كذلك يوصف بأنهُ التزام مزدوج لكونهِ قد يكون التزاماً أصلياً قائماً بذاتهِ وقد يكون التزاماً تبعياً لالتزام أخر .

٢. تعتبر المشاريع الإنشائية من أهم المشاريع التنموية التي تم التعاقد على تنفيذها في ليبيا خلال السنوات الماضية, وحيث أن إدارة وتنفيذ عقود هذه المشاريع بالكيفية الجيدة يعتبر من أهم أسباب نجاحها, وهو الأمر الذي عادةً لن يكون سهلاً, وعليه فقد بات من الضروري

الوقوف على الصعوبات والمشاكل التي قد تعيق تنفيذ الالتزامات التعاقدية لهذه المشاريع والعمل على إيجاد الحلول العملية لمثل هذه الصعوبات وذلك بما يضمن تحقيق مستهدفاتها.

٣. أن التزام المصارف الإسلامية بمبادئ الصيرفة الإسلامية من التركيز على مبدأ المشاركة، وتنويع الصيغ التمويلية والاستثمارية، والأخذ بالأسباب من دراسة جدوى المشروع وأهلية العميل، والتأكد من الضمانات وكفايتها، وحسن اختيار أعضاء الإدارة والموظفين، كل ذلك يؤدي إلى تقليل احتمالية تعثر الديون لدى المصارف الإسلامية.

٤. أن انشاء الورقة التجارية يمكن أن تصدر من كل عراقي بمجرد تمامه الثامنة عشرة كاملة دون وجود عارض من عوارض الأهلية او ان يتم الخامسة عشر كاملة من الحصول على اذن بممارسة التجارة على أن تراعي حدود هذا الاذن او من يكمل الخامسة عشر ويتزوج بأذن من المحكمة.

٥. لا نرى تطبيقاً عملية للضمان الاحتياطي في الشيك عموما سواء في الشيك التقليدي أم في الشيك الإلكتروني، وذلك لأسباب عديدة اشرنا لها سابقة، خصوصا وأن الشيك ينبغي أن لا يكون سوى وسيلة للوفاء كما فرض ذلك قانونية، إلا أنه لا يمكن إهمال تلك الضمانة من ضمانات الوفاء بالشيك حيث أن القانون قد اجازها ومن الممكن عملية تصورها بالمستقبل في الشيك الإلكتروني.

٦. هناك جملة من الشروط تحكم التزام المصرف بتقديم المعلومات الائتمان المالي , وتتجسد هذهِ الشروط في شرطين أساسيين الأول منهما :- معرفة المصرف للمعلومات وبمدى أهميتها لطالب المعلومة , والشرط الأخر هو جهل طالب المعلومة بالمعلومات المتصلة بالعقد.

٧. تعتبر عملية الاعتماد المستندي من أهم الخدمات المصرفية التي تقوم بتمويل صادرات وواردات التجارة الدولية، التي تتم من خلال تعاقد المشتري مع بائع على إسترداد بضاعة وإبرام عقد البيع الدولي، وبمناسبة تنفيذ المشتري لالتزامه بالوفاء بالثمن عن طريق الإعتماد المستندي طبقا لشروط العقود الدولية مع المصارف.

ثانياً: التوصيات

١. أن المنظومة التشريعية العراقية لم تتطرق إلى تحديد مفهوم المعلومة ولم تبدِ اهتماماً بحق المواطن بالحصول على المعلومات ، لذلك نقترح أن يشرع قانون خاص يتعلق بإمكانية المواطن بالحصول على المعلومات من المؤسسات الحكومية وغير الحكومية أسوة ببعض التشريعات العربية الأخرى منها قانون ضمان حق الحصول على المعلومات الأردني رقم (٤٧) لسنة ٢٠٠٧، لذا ندعو المشرع العراقي بتشريع قانون ينظم التـعامل بوسائل الدفع الألكتروني ومن ضمنها الاوراق التجارية الالكترونية , وذلك لتوفير الحماية القانونية للمتعاملين بهذه الادوات .

٢. أن المصرف يقدم خدماتهِ أما بصورة مجانية أو يقدمها مقابل أجرة , ألا أن قانون المصارف العراقي يخلو من نص يوضح فيهِ مقدار وأهمية وتأثير الأجرة التي يتلقاها المصرف مقابل الخدمات المصرفية التي يقدمها , لذلك نقترح تضمين هذا القانون نصاً يحدد فيهِ الأجرة التي يستحقها المصرف مقابل الخدمات التي يقدمها لعملائهِ , مع بيان مدى تأثيرها على العناية التي يبذلها في تقديمهِ لتك المعلومات.

٣. يعتبر من الخطأ ان يقوم المصرف والذي تنشأ مسؤوليتهِ في ان يتخذ عدة صور منها قد يقوم المصرف بتقديم معلومات غير صحيحة عن علم وتبصر أي أن المصرف عالم بعدم صحة هذهِ المعلومات المقدمة . أما الصورة الثانية للخطأ هي عدم بذل العناية اللازمة عند تقديمهِ المعلومات.

٤. ان اعتماد نظرية التركيز الموضوعي قد ال تؤدي في كثير من االحوال الى تطبيق القانون الذي يوفر له الحماية الالزمة للمستهلك االلكتروني ، فسلطة القاضي في تصحيح اختيار الاطراف لعقدهم ، من شأنها ان تؤدي الى شعورهم بعدم الامان والخلل بتوقعاتهم المشروعة لعدم معرفتهم بالقانون واجب التطبيق لحظة ابرام العقد وتراضي هذه المعرفة الى مرحلة تركيز العقد اذ قد يفاجأ الطرفان ولا سيما المستهلك الالكتروني بتطبيق قانون ال يحقق مصلحته ، من هنا فالقاضي يجب ان يقوم بالتصحيح لا يسعى الى اختيار القانون الذي يوفر اكثر حماية للمستهلك بقدر ما يهدف الى تركيز العقد واختيار القانون الذي يتصل بالعقد برابطة اكثر وثوقا.

المصادر

اولاً: المصادر القانونية.

١. احمد المساعدة، الشيك الالكتروني كاحد وسائل الدفع الالكتروني الحديثة ، بحث محكم ،مجلة القانون المغربي . دار السلام للطباعة والنشر ،مجلد عدد ١٨، ٢٠١٢.

٢. ادوارعيد، الاسناد التجاري ، الجزء الثاني، الشيك، الطبعة الثانية، بيروت ، مكتبة صادر سنة٢٠٠٠.
٣. أكرم ياملكي، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٤٢٩هـ_٢٠٠٨.
٤. بانى محمد فاضل : النظام القانوني لاوراق التجارية الالكترونية كوسيلة وفاء متطورة، القراءة القانونية، مجلة دولية دورية محكمة، رقم لمقال ٠٠٥-٢٠، ٢٠٢٠، ص ٥٠.
٥. بانى محمد فاضل: البنوك الالكترونية، مجلة الفقه و القانون، بحث محكم، مجلد عدد ٣٩،عام٢٠١٦م،المغرب.
٦. جمال الدين عوضى الوجيز فى القانون التجارى ج ١، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٥.
٧. حمد محمود المساعدة: الشيك الالكترونى كاحد وسائل الدفع الالكترونية الحديث،بحث محكم،مجلة القانون المغربى،دارالسلام للطباعة و النشر،مجلد عدد١٨.
٨. حمدي محمود بارود، احكام قانون التجارة الفلسطيني الأوراق التجارية الكمبيالة_والسند لأمر الشيك في القانون التجارة الفلسطيني الجديد رقم (٢) لسنة ٢٠١٤م.
٩. د سميحة القليوبي، الشركات التجارية، دار الاهرام للنشر والتوزيع والاصدارات القانونية، ٢٠٢٢،
١٠.د. أمين دواس، تنازع القوانين ،دراسة حول مشروع القانون المدني ومكتبة مونتسكيو ،معهد الحقوق ، جامعة بيرزيت،٢٠٠٣
١١.د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثالث نظرية الالتزام بوجه عام، الأوصاف، الحوالة، الانقضاء طبعة ١٩٨٠، منشورات دار النهضة العربية، القاهرة، بند ٢٧٣.
١٢.د.فوزي محمد سامى ود.فائق محمود الشماع، القانون التجاري، الاوراق التجارية، العاتك، لصناعة الكتب، القاهرة، ٢٠١١.
١٣.د.مصطفى كمال طه، القانون التجاري "الأوراق التجارية، العقود التجارية، عمليات البنوك، الإفلاس"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٦.
١٤.ذكرى عبدالرزاق محمد : النظام القانوني للبنوك الالكترونية، المزايا– التحديات – الافاق، دار الجامعة الجديدة، لاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، لاسكندرية، ٢٠١٠.
١٥.سامى عبدالباقى ابو صالح : الوفاء الالكترونى بالديون الناشئة عن المعاملات التجارية،دارالنهضة العربية،بدون سنة نشر،ص٣٨.
١٦.سميحة القليوبي، الأوراق التجارية، الناشر دار النهضة العربية_٣٢ شارع عبد الخالق ثروت بالقاهرة، ط الثانية، ١٩٩٢م، ص ١٣٤.
١٧.شريف هنية: الشيك الالكتروني كوسيلة حديثة للوفاء ، بحث محكم ، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية ،جامعة زيان عاشور بجلفة ،مجلد عدد١٩، الجزائر ، ٢٠١٤
١٨.شريف هنية:الشيك الالكترونى كوسيلة حديثة للوفاء،بحث محكم، مجلة الحقوق و العلوم الانسانية،جامعة زيان عاشور بلجلفة،مجلد عدد١٩،الجزائر، ٢٠١٤.
١٩.العكيلي، عزيز. ٢٠٠١م. انقضاء الالتزام الثابت في الشيك. دراسة في التشريعات المقارنة واتفاقيات جنيف الموحدة. الطبعة الأولى. دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان .
٢٠.عائض البقمى : النظام القانونى للشيك الالكترونى و حجية التعامل به، دراسة تحليلة مقارنة،مطبوعات معهد الادارة العامة، الرياض،٢٠١٢.
٢١.عكاشة عبد العال، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان.
٢٢.علي حميد عبد الرضا، تنازع القوانين في الاوراق التجارية. جامعة بغداد، ٢٠٠٥.
٢٣.لياس حداد، الاوراق التجارية في النضام السعودي ، الطبعة الاولى، اصدار معهد الادارة العامة ، ٢٠١٢ .
٢٤.مأمون عطا كمال مي . مقابل الوفاء في الكمبيالة (دراسة تحليلية) رسالةماجستيروكلية الحقوقوق ٢٠١٦، فلسطين ، جامعة الازهر بغزة.
٢٥.محسن شفيق، القانون التجاري المصري/الاوراق التجارية، الطبعة الاولى، دار المعارف ،الاسكندرية سنة٢٠٠٥.
٢٦.محمد السيد الفقي . القانون التجاري .منشورات الحلبي الحقوقية . بيروت لبنان ،٢٠٠٣.

٢٧.محمد السيد الفقي: المعلوماتية و الاوراق التجارية "الكمبيالة كنموذج" مجلة الحقوق للبحوث القانونية الاقتصادية، بحث محكم،مجلد عدد١، مصر، ٢٠٠٢م.

٢٨.محمد بهجت قايد، الاوراق التجارية، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع 2006

٢٩.محي الدين اسماعيل علم الدين، المطول في الشيك ،دراسة مقارنة في القانون المصري ومشروع الشريعة والقوانين الفرنسي والانكليزي وحلول لمشاكل التطبيق وغرفة المقاصة ،الطبعة الاولى ،القاهرة ،٢٠٠٦.

٣٠.مصطفى كمال طه ووائل انور بندق: الاوراق التجارية و وسائل الدفع الالكترونية الحديثة، مكتبة الوفاء الحديثة،

٣١.مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، المركز القومي للاصدارات القانونية، لبنان، ٢٠١٨.

٣٢.منير الجنبيهى، ممنوع الجنبيهي، البنوك الإلكترونية، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٥.

٣٣.ناهد فتحي الحموري: الاوراق التجارية الالكترونية، دراسة تحليلية مقارنة ،دار الثقافة للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٠ مرجع سابق، ص ١٦٢.

٣٤.ناهد فتحى الحموري، الاوراق التجارية الالكترونية دراسة تحليلة مقارنة، دار الثقافة للنشر ولتوزيع، الاردن.

٣٥.هشام صادق، تنازع القوانين، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين – الاختصاص القضائي الدولي– الجنسية)، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١٢.

ثانياً: المصادر باللغة الانكليزية

1. Henri Batiffol. Les Conflits de loisen matière de contrats .op.cit.p. 277
2. Georges Riperter René Roblot .Traitéélémentaire de droit commercial T. II، Dalloz. 1992.n2012.
3. [1] Michel Vasseur. La lettre de change relevé de l'influenence de l'informatiquesle droit،op.cit، p.33-34.
4. acceptance or non-payment protests must be drawn by notary or a huissier-non
5. [1]Gerhard dannemann، Establishing Foreign law a German (code of civil -procedure، zpo)، 1877
6. Hirchfield v. smith (1866) foote، op. Citp. 461.- .

ثالثاً: القوانين

١- قانون التجارة العراقي رقم ٦٠ لسنة ١٩٤٣ الملغي .
٢- قانون التجارة العراقي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ الملغي .
٣- قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ النافذ .
٤- قانون التجارة المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
٥- القانون المدني السوري ٨٤رقم لسنة ١٩٤٩ .
٦- القانون المدني العراقي رقم٤٠ لسنة ١٩٥١.
٧- قانون التنفيذ العراقي رقم ٤٥ لسنة١٩٨٠.
٨- قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم ٧٨لسنة ٢٠١٢.

رابعاً: الاتفاقيات الدولية

١- الملحق الاول لاتفاقية جنيف الموحدةلعام ١٩٣٠ المتضمن القانون الموحد المتعلق بالحوالة التجارية والسند للامر .
٢- الملحق الثاني لاتفاقية جنيف الموحدة لعام ١٩٣١ المتضمن القانون الموحد المتعلق بالصك .
٣- اتفاقية الامم المتحدة للسفاتج (الكمبيالات) والسندات الاذنية الدولية (الاونسيترال) لعام ١٩٨٨ .
٤- التوجية الاوربي رقم ٩٣ لسنة١٩٩٩.

[1]. ادوارعيد، الاسناد التجاري ، الجزء الثاني، الشيك، الطبعة الثانية، بيروت ، مكتبة صادر سنة٢٠٠٠، ص٨٩.

[٢]. محمد بهجت قايد، الاوراق التجارية، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع 2006 ، ص٣٥، ناهد فتحى الحموري، الاوراق التجارية الالكترونية دراسة تحليلة مقارنة، دار الثقافة للنشر ولتوزيع، الاردن، ص١٣١.

[٣]. خلافاً لما ذهب إليه البعض من أن القبول إذا كان ممكناً بالنسبة إلى الكمبيالة الإلكترونية الورقية فهو لا يتفق عملاً مع روح هذا النظام، و ذلك لأنه يتطلب تداول الأوراق الأمر الذي تسعي الكمبيالة الإلكترونية لتجنبه، هذا فضلا عن أن قبول الكمبيالة يشكل صعوبة بالنسبة لبنك المسحوب عليه تتمثل في عدم وجود توقيع لديه بالقبول يظهر على الورقة الموجودة في حيازة البنك المحرر للكمبيالة. محمد بهجت قايد، مرجع سابق، ص٣٦، و يشاطره الرأي الدكتور محمد السيد الفقي بقوله لا محل للقبول أو الضمان الإحتياطي و هما من أبرز الضمانات التي يجيزها المشرع لحامل الكمبيالة بهدف حماية حقه في استيفاء قيمتها، مرجع سابق، ص٨٠.

[٤]. خلافاً لما ذهب إليه البعض من أن القبول إذا كان ممكناً بالنسبة إلى الكمبيالة الإلكترونية الورقية فهو لا يتفق عملاً مع روح هذا النظام، و ذلك لأنه يتطلب تداول الأوراق الأمر الذي تسعي الكمبيالة الإلكترونية لتجنبه، هذا فضلا عن أن قبول الكمبيالة يشكل صعوبة بالنسبة لبنك المسحوب عليه تتمثل في عدم وجود.

[٥]. Henri Batiffol. Les Conflits de loisen matière de contrats .op.cit.p. 277 .

[٦]، عكاشة عبد العال، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ص٢٢٢

[٦]. علي حميد عبد الرضا، تنازع القوانين في الاوراق التجارية. جامعة بغداد، ٢٠٠٥ ص١٢٨.

[٧]. الياس حداد، الاوراق التجارية في النضام السعودي ، الطبعة الاولى، اصدار معهد الادارة العامة ، ٢٠١٢، ص ٤٠٣

[٨]. محي الدين اسماعيل علم الدين، المطول في الشيك ،دراسة مقارنة في القانون المصري ومشروع الشريعة والقوانين الفرنسي والانكليزي وحلول لمشاكل التطبيق وغرفة المقاصة ،الطبعة الاولى ،القاهرة ،٢٠٠٦، ص٤٠.

[٩]. في هذا المعنى: مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، المركز القومي للاصدارات القانونية، لبنان، ٢٠١٨، ص ١٥٣. ويري سيادته أن الوفاء بشيك لا يعد تجديداً للدين، بل يبقي الدين الأصلي قائما بجميع ضماناته إلى أن يتم الوفاء بالشيك المذكور (المادة ٥٤٩ من القانون التجاري اللبناني).

[١٠]على أن الأمر بالنسبة للكمبيالة الإلكترونية الممغنطة في رأي البعض لا يستقيم، لا سيما الناقل للملكية و ما ينجم عنه من نقل ملكيه مقابل الوفاء وعدم الاحتجاج بالدفوع، ومن ثم يجور للمدين الاحتجاج بكافةالدفوع التي كل يحق له التمسك بها في مواجهة الدائن. محمد السيد الفقي، المعلوماتية والأوراق التجارية، مرجع سابق، ص٨٠، ونحن نري أن الأوراق التجارية الالكترونية بشكل عام تتوافر بها خاصية قابليتها للتداول بالطرق التجارية، وذلك من شأنه أن يعطيها قابلية للتداول عن طريق التظهير. و إن كان يقتصر التداول بها على أطراف معروفين من جهة والبنك من جهة أخري، ومن ثم فمن غير المتصور أنتصدر لأمر حاملها أو أن يتم تداولها عن طريق المناولة حيث الية التعامل بها لا تتفق وصور التداول هذه.

[٢]. منير الجنبيهى، ممنوع الجنبيهي، البنوك الإلكترونية، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٥.

[١٢]. محسن شفيق، القانون التجاري المصري/الاوراق التجارية، الطبعة الاولى، دار المعارف ،الاسكندرية سنة٢٠٠٥ ص١١٥٤، هشام صادق، تنازع القوانين، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين – الاختصاص القضائي الدولي– الجنسية)، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١٢.، ص٨٣٧.

[١٣]. محمد بهجت قايد، الموجز في القانون التجاري ،دار النهضة العربية، القاهرة ، ص٣٧.

[١٤]Dalloz. 1992.n2012.،Georges Riperter René Roblot .Traitéélémentaire de droit commercial T. II

[١٥]. ويرى البعض أنه إذا كان من المقبول خضوع الضمان الإحتياطي للكمبيالة الإلكترونية الورقية، إلا أن هذا غير مقبول بالنسبة للكمبيالة الإلكترونية الممغنطة إذ لا ينطبق على هذه الأخيرة الضمان الإحتياطي بالمعنى الصرفي لهذه الكلمة، محمد بهجت قايد، مرجع سابق، ص٥٦، محمد السيد الفقي، المعلوماتية والأوراق التجارية، مرجع سابق، ص٨٠. ونحن لا نتفق مع هذا الرأي لذات الإعتبارات التي ذكرناها في مواضع مختلفة عند الحديث عن القبول والتظهير.

[١٦]p.33–،op.cit،. Michel Vasseur. La lettre de change relevé de l'influenence de l'informatiquesle droit

[١٧]. المادة(١٠٧) من قانون التجارة العراقي أولا(لحامل الحوالة مطالبة من لة حق الرجوع علية بما يأتي (أ) أصل المبلغ الحوالة غير المقبولة او غير المدفوعة مع الفوائد الأتفاقية ان كانت مشروطة (ب) الفوائد القانونية ابتداء من تاريخ الأستحقاق (ج) مصاريف الاحتجاج والأخطارات وغيرها من المصاريف) .ثانيآ (في احوال الرجوع قبل ميعاد استحقاق الحوالة يجب ان يطرح من قيمتها ما يساوي سعر الخصم الرسمي في تاريخ الرجوع بالمكان الذي يقع فية مقام الحامل)

المادة١٠٨(يجوزلمن وفى الحولة مطالبة ضامنية بما يأتي (اولا) المبلغ الذي اوفاه (ثانيآ) فوائد هذا المبلغ محسوبآ من يوم الوفاء بالسعر القانوني (ثالثآ) المصاريف التي تحملها .

[١٨]ما ذهب إليه قانون التجارة المصري الجديد في المادة٣٠، يعتبر إبداعاً قضائياً وفقاً لأحكام القواعد العامة في القانون المدني المادة ٣٣٤،٣٣٥.

[١٩] . العكيلي، عزيز. ٢٠٠١م. انقضاء الالتزام الثابت في الشيك. دراسة في التشريعات المقارنة واتفاقيات جنيف الموحدة. الطبعة الأولى. دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، ص.56

[٢٠]. المادة (٢٣٣) من قانون التجارة رقم(٣٠) لسنة١٩٨٤ العراقي النافذ بما يلي (تسري قواعد القانون المدني على تقادم الرصيد وفوائده وتسري الفوائد القانونية على دين الرصيد من تاريخ غلق الحساب ما لم يتفق على غير ذلك)

[٢١]. تنص المادة(١٥٥) من قانون التجارة لعراقي على(اولآ) يكون الشيك مستحق الوفاء بمجرد الأطلاع علية . وكل بيان مخالف لذلك يعتبر كأن لم يكن .

[٢٢] د سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص٣٢٥.

[٢٣]. تنص المادة(١٤١) من قانون التجارة العراقي اولا على(لايجوز اصدار شيك ما لم يكن للساحب لدى المسحوب علية وقت انشاء الشيك مقابل وفاء نقدي يستطيع التصرف فية بموجب شيك طبقآ لاتفاق صريح أو ضمني . ومع ذلك فأن عدم وجود مقابل الوفاء لا يؤثر على صحة الشيك) .

[٢٤]. اولآ (يعاقب بالحبس مدة لاتقل عن ثلاث سنوات وبغرامة تعادل خمس اضعاف الصك على ان لاتقل عن ثلاث الاف دينار من اعطى بسوء نية صكآ وهو يعلم بأن ليس له مقابل وفاء كاف قائم وقابل للتصرف فية ، او استرد بعد اعطائة اياه كل المقابل او بعضة بحيث لا يفي الباقي بقيمتة او امر المسحوب علية بعدم الدفع او كان قد تعمد تحريرة او توقيعة بصورة تمنع من صرفة)ثانيا(ويعاقب بالعقوبة ذاتها من ظهر لغيره صكآ او سلمة صكآ مستحق الدفع لحامله وهو يعلم ان ليس له مقابل يفي بكل مبلغة) .

[٢٥]مأمون عطا كمال مي . مقابل الوفاء في الكمبيالة (دراسة تحليلية) رسالةماجستيروكلية الحقوقوق ٢٠١٦، فلسطين ، جامعة الازهر بغزة.

[٢٦] . أكرم ياملكي، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٤٢٩هـ_٢٠٠٨م، ص ١٠١.

[٢٧] . حمدي محمود بارود، احكام قانون التجارة الفلسطيني الأوراق التجارية الكمبيالة_والسند لأمر الشيك في القانون التجارة الفلسطيني الجديد رقم (٢) لسنة ٢٠١٤م، مرجع سابق، ص ٨٣.

[٢٨] . سميحة القليوبي، الأوراق التجارية، الناشر دار النهضة العربية_٣٢ شارع عبد الخالق ثروت بالقاهرة، ط الثانية، ١٩٩٢م، ص ١٣٤.

[٢٩] . سميحة القليوبي، الأوراق التجارية، الناشر دار النهضة العربية٣٢ شارع عبد الخالق ثروت بالقاهرة، ط الثانية، ١٩٩٢م، ص ١٣٤.

[٣٠]. عالج قانون التجارة العراقي في المادة(٨٤) مسألة وجود مقابل الِوفاء في المواد(٦٢_٦٣).المادة٦٢ تنص على (على ساحب الحوالة او من سحبت لحسابة ان يوجد لدى المسحوب علية مقابل وفائها .ومع ذلك يسال الساحب لحساب غيرة تجاه مظهرين الحوالة وحاملها دون غيرهم عن ايجاد مقابل الوفاء). والمادة ٦٣ (يعتبر مقابل الوفاء موجودآ اذا كان المسحوب علية مدينآ للساحب او للامر بالسحب في ميعاد استحقاق الحوالة بمبلغ من النقود مستحق الاداء ومساو على الاقل لمبلغ الحوالة)

[٣١]. د.رزق الله إنطاقي، المرجع السابق، ص٤٨٣.

[٣٢]. وقانون محل الوفاء الذي يراه جانب هذا الفقه واجب التطبيق، عليه أن يحدد المسائل المتعلقة بمكونات مقابل الوفاء و ما إذا كان ينبغي أن يكون دينا نقديا معين المقدار مستحق الأداء أم أنه يجوز أن يتركب من بضائع أو قيم أخرى.

[٣٣].د.عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص٣١١.

[٣٤].د.رزق الله إنطاكي، المرجع السابق، ص٤٨٩.

[٣٥].حيث نصت يخضع شكل الاحتجاج ومهل إجرائه، وكذلك شكل الإجراءات الأخرى لاستعمال او لحفظ الحقوق المتعلقة بالسفتجة، لقوانين الدولة التي يجب تنظيم الاحتجاج أو إتمام الإجراء في إقليمها، وانظر د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص٣١٣.

[٣٦].د.محسن شفيق، المرجعِ السابق، صفحات ١١ش٦٢ و١١٦٣، انظر مشار إليه لدى د.عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص١٦٢.

٢. د. رزق الله انطاقي، المرجع السابق صفحة ٤٩٠ .

٣. د . ادوارد عبدة، المرجع السابق، صفحة ١٠٤

[٣٧]. تسرى احكام الكمبيالة على السند الادنى فيما يختص باحكام الوفاء،القليوبى،مرجعع سابق:١٧٩و ما بعدها.

[٣٨]. القليوبي، مرجع سابق: ٢١٢.

[٣٩].انظر د.محسن شفيق، المرجع السابق، فقرة ١٢٤٤، انظر مشار إليه لدى د. هشام صادق، المرجع السابق، ص٨٤٤.

[٤٠].انظر د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص٣٣٣

[٤١].د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٣٣٤

[٤٢].انظر د.محسن شفيق، المرجع السابق، فقرة ١٢٤٩، مشار إليه لدى د. هشام صادق، المرجع السابق، ص٨٤٥.

[٤٣].د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٣٣٥.

[٤٤].وهذا موجود في قانون البوالص الإنجليزي، وأما في الحالات الأخرى فان البروتستو ليست جوهرية غير انه من اللازم حين عدم الدفع إعلان الرفض للساحب ولكل مجير "مظهر" وإذا لم يعط مثل هذا الإعلان برئة ذمة الساحب أو المجير.(. أنظر السيد كودبى، المرجع السابق، ص ٣٩١. وانظر المادة ١٨٢ من قانون التجارة لسنة ١٩٦٦، والمادة ٥١١ فقرة ٥٢ من القانون التجاري الفرنسي التي نصت:

acceptance or non-payment protests must be drawn by notary or a huissier-non

[٤٥].د.إدوارد عيد، المرجع السابق، ص١٠٥، انظر مشار إليه لدى الأستاذة : عائدة العامودي، المرجع السابق، ص١٧٧.

[٤٦].انظر د. هشام صادق، المرجع السابق، ص٨٤٦.

[٤٧].يقابلها المادة ٢٢ مدني مصري. وانظر د.عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص٣٩٩.

[٤٨]. Gerhard dannemann. Establishing Foreign law a German (code of civil -procedure، zpo)، 1877

. op. Citp. 461.-،Hirchfield v. smith (1866) foote

[٤٩].انظر السيد كودبي، المرجع السابق، ص٣٩١.

[٥٠].انظر الأستاذ أر منجون الحقوق الدولية الخاصة ص٣٥٧، انظر مشار إليه لدي د.رزق الله انطاقي، المرجع السابق،ص٤٩٦

[٥١].والمادة ٦ من الاتفاقية الأمريكية اخضعتها لقانون بلد محل إجراء التصرف وتنفيذه أي يستفاد أن قانون محل التنفيذ أي الوفاء هو الواجب التطبيقو والمادة ١٦١ من القانون الكندي أخضعتها لقانون البلد محل إجراء التصرف.

[٥٢].د.رزق الله إنطاقي، المرجع السابق، ص٤٩٦.

[٥٣].د.عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٣٤١.

[٥٤].حسب الفقرة ٣ من المادة ٧٢ أخضعها قانون البوالص الإنجليزي لقانون محل إجراء البروتستو وكذلك الاتفاقية الأمريكية حسب المادة ٦ أخضعتها لقانون بلد إجراء البروتستو. والمادة ١٦١ من قانون البوالص الكندي أخضعتها لمحل إجراء وتنظيم البروتستو

[٥٥].د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص٣٤٥.

[56].د.رزق الله إنطاقي، المرجع السابق، ص٣٩٤.

[٥٧].د. هشام صادق، المرجع السابق، ص٨٤٩.

[٥٨].د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص٣٦٦.

[٥٩].انظر مواد مشروع القانون التجاري الفلسطيني من ٤٦٧- ٤٦٩ الخاصة بالتقادم على السفتجة. وانظر التقادم والانقطاع و التوقف وبدء سريانها وأعذار عدم سريانها وانقضاه الحق في التقادم وهل يجوز التنازل عن القادم المواد ٤٦١-٤٦٧ من المشروع المدني الفلسطيني.

[٦٠].الأستاذه: عائدة العامودي، المرجع السابق، ص١٩١.

[٦١].د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص٣٦١.

[٦٢].د.محسن شفيق، المرجع السابق، ص١١٧٥، انظر مشار إليه لدى د.هشام صادق، المرجع السابق، ٨٤٩ والهامش.

[٦٣].د.عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص٣٧١، وهنا يقترح د. دواس، خضوع مسائل العقد بوجه خاص وجوده،... الأوجه المختلفة لانقضاء الالتزامات للقانون المنطبق على العقد، انظر د. أمين دواس، المرجع السابق، المادة المقترحة ١٧،ص ٢٦٥. وهذا ربما يكون حيداً في الالتزامات العادية وخاصة المدنية و هو لا يختلف عن ما تم معالجته حسب المشروع المدني إذا ما اعتبرنا حسب البعض من الفقه أن التقادم كأحد حالات انقضاء الالتزام في السفتجة من قبيل العمل الموضوعي وليس الإجرائي.

[٦٤].د.إدوارد عيد، المرجع السابق، ص١١٤، انظر مشار إليه لدي الأستاذة: عائدة العامودي، المرجع السابق، ص١٩٣.

وانظر المواد ٢٣٣- ٢٣٩فيما يتعلق بالإثراء بلا سبب في مشروع القانون المدني الفلسطيني

[٦٥].د. أمين دواس، تنازع القوانين ،دراسة حول مشروع القانون المدني ومكتبة مونتسكيو ،معهد الحقوق ، جامعة بيرزيت،٢٠٠٣، ص٢٦٦.

[٦٦]. د.فوزي محمد سامى ود.فائق محمود الشماع، القانون التجاري، الاوراق التجارية، العاتك، لصناعة الكتب، القاهرة، ٢٠١١.

، ص٣٢-٣٣.

[٦٧]نصوص معاهدات جنيف المتعلقة بالاسناد ،مصدر سابق .