



UNIVERSITE MOHAMED EL BACHIR EL IBRAHIMI
BORDJ BOU ARRERIDJ

جامعة محمد البشير الإبراهيمي - برج بوعريريج -
كلية الحقوق والعلوم السياسية
- قسم الحقوق -



UNIVERSITE MOHAMED EL BACHIR EL IBRAHIMI
BORDJ BOU ARRERIDJ

عنوان المذكرة :

المسؤولية المدنية للبنك عن التحويل المصرفي

مذكرة مكملة لمقتضيات لنيل شهادة ماستر أكاديمي في الحقوق
تخصص: قانون الأعمال

تحت إشراف الأستاذ:
د/ رفاف لخضر

إعداد الطالب :
بلخام منصف صلاح الدين

اللجنة المناقشة :

رئيسا	جامعة محمد البشير الإبراهيمي	د/ خوضري محمد
مشرفا	جامعة محمد البشير الإبراهيمي	د/ رفاف لخضر
ممتحنا	جامعة محمد البشير الإبراهيمي	أ / بلقسام مريم

السنة الجامعية: 2020/2019

{فَتَعَالَى اللَّهُ الْمَلِكُ الْحَقُّ ۖ وَلَا تَعْجَلْ بِالْقُرْآنِ مِنْ
قَبْلِ أَنْ يُقْضَىٰ إِلَيْكَ وَحْيُهُ ۖ وَقُلْ رَبِّ زِدْنِي
عِلْمًا }

سورة طه الآية 114

شكر وتقدير

الحمد لله والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا

محمد وعلى آله أجمعين

أتوجه بالشكر الجزيل وبالغ التقدير والإمتنان الى أستاذاي
المحترم الدكتور رفاف لخضر الذي تفضل بقبول الاشراف
على مذكرتي رغم ضيق وقته وكثرة انشغالاته والذي لم يدخر
جهدا في مساعدتي وتوجيهي.

كما اتقدم بالشكر الى أعضاء لجنة المناقشة على تفرغهم
وقبولهم مناقشة مذكرتي، والشكر الموصول الى كل أساتذة
وعمال كلية الحقوق والعلوم السياسية

بجامعة برج بوعرييج

واخيرا أتقدم بالشكر والتقدير الى كل من ساعدني ومد لي
يد العون في اعداد مذكرتي، والى كل من تمنى لي النجاح و
التوفيق خاصة زملاء الدراسة

الإهداء

إلى روح أحب الناس إلى قلبي جدي عبد الله رحمه الله الذي كان بمثابة
الأب والصديق

إلى من وضع المولى الجنة تحت قدميها والدتي العزيزة التي لم تبخل علينا
بشيء وضحت في سبيل سعادتي وكان لها الفضل الأكبر في مشواري
الدراسي

إلى صاحب الوجه الطيب الحضن الحنون والدي العزيز حفظه الله
إلى سندي في الحياة وقوتي أخي واختي حفظهم الله
إلى خالتي ليلى وزوجها الذين لم يبخلوا عليا بالمساعدة في كتابة مذكرتي
إلى أهلي وأحبي في فلسطين وأخص بالذكر الصديق محمود والأخ
مجدي فك الله قيده من الإحتلال الغاشم
إلى كل عائلة الديك الكريمة
إلى كل أصدقائي وزملائي في الجامعة.

قائمة المختصرات :

ج. ر: الجريدة الرسمية

م: مجلد

ع: عدد

ط: طبعة

مقدمة

تلعب البنوك دورا مهما في الاقتصاد الوطني بحيث يحتل القطاع البنكي مركزاً رئيسياً في مختلف المنظومات الاقتصادية نتيجة لارتباطه مع جميع فروع النشاط الاقتصادي، إضافة إن ازدهار الاقتصاد لا يكون إلا من خلال العمليات والوظائف التي تقدمها البنوك والتي تسهم بطريقة مباشرة ورئيسية في تطوير وتنمية الاقتصاد، وذلك لاعتبار البنوك الوعاء التي تجمع فيه مدخرات الأشخاص والذي يستخدم في منح الائتمان وتمويل مختلف المشروعات على المستوى المحلي أو الخارجي، وهو ما جعل البنوك تأخذ وصف المحرك الرئيسي لتطوير الاقتصاد وتوسيع مجاله.

ولم يعد يقتصر دور البنوك في الوقت الراهن على مجرد تلقي الودائع ومنح القروض لتغطية نفقاتها وتحقيق الربح، بل توسعت لتشمل عمليات أخرى متطورة مستعينة بمجموعة من الوسائل القانونية والاقتصادية والتي تساعد في تنفيذ المعاملات بين الأفراد دون مشقة مع توفير الوقت والنفقات، ومن أهم هذه العمليات التي جاء بها تطور المجال المصرفي هي فتح الحسابات ومنح الإعتمادات إضافة إلى قيامها بعمليات التحويل المصرفي .

و قد ظهرت عمليات التحويل المصرفي كبديل لوسائل الدفع التقليدية نظراً لارتفاع تكلفة هذه الأخيرة، إضافة إلى طول الفترة الزمنية التي تتم التسوية من خلالها إضافة إلى احتمال التزوير فيها، خاصة وأن في مجال الأعمال التجارية اتجه التجار للاحتفاظ بأموالهم لدى البنوك والمصارف خشية من ضياعها أو سرقتها عند قيامهم بمختلف الأعمال المتعلقة بتجارتهم وهو ما جعل استحداث البنوك لعمليات التحويل المصرفي حاجة ملحة فرضها الواقع . فمن جهة فهي تمكن التجار التصرف في أموالهم وتسوية معاملاتهم من خلالها دون الاضطرار لحمل الأموال والتنقل بها من مكان إلى آخر، وجهة أخرى جذب الأفراد لإيداع أموالهم في الحسابات البنكية وتفادي تسوية معاملاتهم بالأوراق المالية وما تحمله من مخاطر، وهو ما ينعكس بالإيجاب على دعم الاقتصاد

بصفة عامة وذلك عن طريق تمكن البنوك من منح قروض أكبر وتحقيق عائدات أكثر من خلال إعادة إقراض الأموال المودعة إليهم، وهو ما يساهم في زيادة حجم الاستثمار ومن جهة أخرى يتحصل العميل على فوائد من أمواله المودعة في الحسابات المصرفية وهو ما جعل عمليات التحويل المصرفي من أهم العمليات المصرفية لما قدمته تسهيلات خدمة الاقتصاد بصفة عامة وللأفراد والمؤسسات التجارية والمالية بصفة خاصة.

" والتحويل المصرفي لأموال هو عملية يتم من خلالها قيد قيمة معينة من حساب لآخر ويتم التحويل بإصدار الأمر من العميل إلى البنك أي تحويل معين إلى حساب آخر للعميل أو إلى الغير في ذلك البنك أو تحويل مبلغ الحساب في بنك آخر سواء للعميل أو للغير"¹.

ونتيجة للتطور الهائل الذي يشهده العصر الحالي في مجال علم المعلوماتية والتكنولوجيا والذي نتج عنه ظهور أساليب تقنية حديثة حلت محل الأساليب التقليدية التي كانت سائدة في زمن الأوراق فقد استبدلت بالسندات والسجلات الرقمية المحفوظة على أسطوانات ضوئية رقمية تنتقل من خلال عالم المعلوماتية والشبكات الإلكترونية بسرعة خارقة دون قيود أو حدود ولم يكن القطاع البنكي بمنأى عن هذا التطور بحيث سارعت البنوك باستعمال التكنولوجيا من لتسهيل أعمالها من جهة وتقديم أفضل الخدمات والمزايا التي تسهل العملاء من جهة أخرى وهو ما انعكس على عمليات التحويل المصرفي، حيث انتقلت هذه الأخيرة من مرحلة تنفذ بها عن طريق الأوراق والسندات المكتوبة إلى مرحلة يعتمد فيها تحويل النقود على استعمال الوسائط الإلكترونية.

والتحويل المصرفي الإلكتروني هو عبارة عن قيد مبلغ من حساب إلى آخر يتم بوسيلة إلكترونية حيث يقوم العميل بإعطاء أمر التحويل إلكترونيا وبدوره يقوم البنك بتحويل المبلغ بنفس الطريقة وهو ما من شأنه أن يقلل بشكل كلي أو جزئي من استخدام

1- حبيبة قدة ، " مفهوم عمليات التحويل المصرفي وطبيعتها القانونية" ، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقة، ع 10، جانفي 2014، ص 30.

السندات المكتوبة سواء في إصدار أو تنفيذ أوامر التحويل وهو ما أدى إلى تراجع دور الأوراق التجارية في تسوية المعاملات بين الأفراد بالنسبة كبيرة¹.

وتأثر عمليات التحويل المصرفي بتطور تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات جعلها تفرض نفسها كبديل مناسب لوسائل الوفاء التقليدية وذلك باتخاذها أشكال متعددة ومتطورة تتوافق مع متطلبات ورغبات الزبون وهو ما جعل هذا الأخير يلجأ إليها لتسوية معاملاته ومن خلال عمليات التحويل المصرفي تتحول الأموال من قارة إلى أخرى في ثوان معدودة وذلك عن طريق إجراء قيود لازمة حيث يعتبر عقد التحويل المصرفي من العقود الملزمة للجانبين والذي بموجبه يتم تحديد حقوق والتزامات كل طرف من أطرافه وبالتالي فإن الضمان التي يوفرها نظام المسؤولية للعميل المتعاقد ترتبط بمدى إخلال البنك بالتزاماته الناشئة عن العلاقة التعاقدية حيث يلتزم البنك بمجموعة من الالتزامات والتي من شأنها أن تضمن للعميل عدم التعرض للضرر أثناء قيامه بعمليات التحويل المصرفي.

والحديث عن المسؤولية المدنية ليس وليد اليوم بالنسبة للفكر القانوني إلا أن ازدياد الإهتمام بهذا الموضوع نظرا للتطور الذي يشهده القطاع البنكي من يوم إلى آخر وما يحمله من مخاطر إضافة إلى زيادة حجم المتعاملين مع البنوك وتوسع أنشطتها مما جعلها تشمل مجالات أكثر وعلى نطاق واسع وهو ما نتج عنه توسع دائرة مسؤوليتها لتشمل مجالات لم تكن تسأل عليها، وهو ما أدى إلى ظهور أنواع جديدة من المسؤولية تتحملها البنوك باعتبارها أحد أعمدة اقتصاد في الدولة وذلك للمحافظة على استقرار المجتمع وأفراده.

ورغم أن الإهتمام الكبير لمسؤولية البنك شملت معظم الأنشطة التي يشملها وذلك بدورها التي تقوم به في خدمة المصلحة العامة ودعم السياسة المالية للدول إلا أن الإهتمام الكبير بالمسؤولية تركز بشكل ملحوظ على الجوانب المتعلقة بعلاقة البنوك

1- شريف محمد غنام، مسؤولية البنك عن أخطاء الكومبيوتر في النقل الالكتروني للأموال، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص 21.

بالمعاملين المتعاقدين معها ومسئوليتها القانونية عن العمليات التي تقوم بها خاصة في ما يتعلق بالمسؤولية المدنية عن الأضرار التي تمكن أن تصيب العملاء نتيجة لنشاطها خاصة وأن عمليات البنوك متطورة ومتنوعة من حيث الوسائل والأدوات التقنية المنفذة بها، التي يصاحبها جملة من المخاطر قد يتعرض لها العملاء نتيجة لتعقيدات هذه الأنظمة ووسائل المتطورة باستمرار .

إن دراسة المسؤولية المدنية في عمليات التحويل المصرفي من المواضيع الحديثة والمتطورة ذات الأهمية الكبيرة خاصة وان التطور الذي يشهده القطاع البنكي بصفة عامة وعملية التحويل المصرفي بصفة خاصة الذي لم يلقى الاهتمام القانوني اللازم إضافة إلا أن اغلب الدراسات السابقة لم تقم بدراسة هذا الموضوع بالتفصيل بل تطرقت إليه بصفة عامة وجامدة دون الخوض في طبيعة العلاقة بين البنك والعميل والوسائل المتدخلة في تنفيذ هذا النوع من العمليات، وتتجلى أهمية دراسة هذا الموضوع في تبيان المخاطر التي يتعرض لها العميل في عمليات التحويل المصرفي مستخدما الأدوات والوسائل التي فرضها التطور التكنولوجي، والتي لا يقتصر تأثيرها على العميل فقط بل قد يمتد أثرها إلى الاقتصاد بأكمله إضافة إلى أهمية تحديد نوع المسؤولية التي يمكن مسائلة البنك على أساسها ومدى فعاليتها في تحقيق الحماية للعميل من هذه المخاطر الناجمة عن قيامه بتحويل النقود مصرفيا .

وما ساقنا إلى اختيار الموضوع مجموعة من الأسباب سواء الشخصية أو الموضوعية منها، حيث تتمثل الأسباب الشخصية في الميول الشخصي لهذا الموضوع المتعلق بالقطاع البنكي، إضافة إلا رغبتني في الخوض موضوع يثير إشكالية واقعية واكتشاف طبيعة هذه العملية التي نتعامل بها يوميا والتي تتطور من يوم إلى آخر، أما الأسباب الموضوعية فتتمثل في غياب تنظيم التشريعي لعمليات تحويل المصرفي في الجزائر، فالمشرع الجزائري لم يقم بتنظيم هذا النوع من العمليات المصرفية

أو وضع قواعد قانونية لحماية المتعاملين بها، إضافة إلى حداثة الموضوع وقلة الدراسات القانونية حوله، والتطور المستمر والمتلاحق في عمليات التحويل المصرفي وما حملته من مخاطر قد تصيب العميل.

وإن البحث في قواعد المسؤولية المدنية للبنك تهدف إلى معرفة مدى مواكبة وملائمة قواعدها للتطور الحاصل في مجال هذا النوع من العمليات ومدى قدرته على توفير الحماية اللازمة للعميل من المخاطر والأضرار التي تصيبه.

كما تهدف إلى الموازنة في العلاقة التعاقدية بين كل من البنك والعميل وذلك عن طريق تعزيز دور العميل وزيادة وعيه حتى يتسنى له العلم والإطلاع على مختلف خبايا النظام المصرفي وتعقيده مما يسمح له بالمطالبة بحقوقه في مواجهة البنك والتي من شأنه جذب أكبر عدد من المتعاملين وتخفي هاجس الخوف من التعامل مع البنوك باعتبارها كيانات عملاقة يتفادى الأفراد اللجوء إليها خشية من ضياع حقوقهم.

ولعل أهم التساؤلات التي تطرح أثناء دراستنا موضوع المسؤولية المدنية للبنك هي تلك المتعلقة بالأساس القانوني التي يمكن إقامة مسؤولية البنك عليه خاصة وأن العمليات المصرفية تتأثر وبشكل كبير بالتطور التكنولوجي الذي يشهده العصر الحالي والذي رافقته مخاطر كثيرة ومتنوعة قد تصيب العملاء المتعاقدين، إضافة إلى خصوصية العقود المصرفية التي تجمع بين البنك والعميل، وإن كل هذه التساؤلات تصب في إشكالية واحدة يمكن صياغتها في:

ما مدى إمكانية اعتماد قواعد العامة التقليدية للمسؤولية المدنية لتوفير حماية

للعامل في عمليات التحويل المصرفي؟

ومن أجل إزالة الغموض عن الإشكالية المطروحة والتساؤلات الفرعية إعدنا على المنهج الوصفي التحليلي وذلك عن طريق وصف ظاهرة محل الدراسة وتحليل عناصرها وجزئياتها وتبيان طبيعة العلاقة والروابط التي تحكمها، كما اقتضت الدراسة المقارنة بين

أحكام التشريعات المقارنة لا سيما القانون الفرنسي والقانون المصري، بإضافة إلى قانون الأردن باعتباراه أكثر النظم التي تطرقت لموضوع دراستنا، ومن أجل الإحاطة السليمة والتطرق لجميع الجوانب المتعلقة بالموضوع قسمنا دراستنا إلى فصلين، الفصل الأول إلى الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك عن عمليات التحويل المصرفي من خلال مبحثين، حيث تطرقنا في المبحث الأول إلى مسؤولية العقدية للبنك في عمليات التحويل المصرفي، أما المبحث الثاني فتطرقنا إلى المسؤولية التقصيرية للبنك في عمليات التحويل المصرفي، أما في الفصل الثاني فقد تناولنا الاتجاهات الحديثة للمسؤولية المدنية في عمليات التحويل المصرفي، حيث تطرقنا في المبحث الأول إلى مسؤولية البنك على أساس نظرية تحمل المخاطر، وفي المبحث الثاني مسؤولية البنك باعتباراه مهنياً.

الفصل الأول :

الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

الفصل الأول

الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

المسؤولية المدنية بصفة عامة سواء كانت مسؤولية عقدية أو مسؤولية تقصيرية هي قواعد تلزم من أحدث ضرار بالغير على تعويض المتضرر، وهذا التعويض الذي يتحمله المسؤول هو نتيجة لإخلال بالالتزام سابق رتبته العقد أو القانون، ومنه فالمسؤولية المدنية في شقيها تنشأ عند امتناع المسؤول من تنفيذ ما تعهد به من التزامات عقدية أو القيام بالالتزام قانوني مقتضاه أن لا يضر الإنسان غيره، والغرض من الالتزام محل المسؤولية المدنية هو تعويض المضرور عن الضرر الذي أصابه بسبب امتناع أو تخلف المسؤول عن تنفيذ ما تحمله من التزامات بموجب العقد أو بموجب القانون.¹ كما يستوجب لقيام المسؤولية المدنية ثلاثة شروط وهم: الخطأ، والضرر الذي يصيب المدين، والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

وموضوع المسؤولية المدنية للبنك يكتسي أهمية بالغة نظرا للتطورات الذي شهده القطاع البنكي في ظل الاعتماد الكثير على التكنولوجيا الحديثة والأدوات التقنية وعلى شبكات الأنترنت، إضافة إلى دور البنوك الهام والأساسي في الاقتصاد وتأثيره على الافراد والمجتمع.²

وسنقوم في هذا الفصل بالبحث في القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية في عمليات التحويل المصرفي، وذلك من خلال التطرق إلى المسؤولية العقدية كأساس لمسؤولية البنك في عمليات التحويل المصرفي (المبحث الأول)، بالإضافة إلى قواعد المسؤولية التقصيرية كأساس لمسؤولية البنك (المبحث الثاني).

1- علي فيلالي، الالتزامات- العمل المستحق للتعويض-، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص 12.

2- سليمان ضيف الله مطلق الزين، العمليات المصرفية المنفذة بالبطاقات البنكية الرقمية مسؤولية البنوك أمام المستهلك الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2016، ص 275.

المبحث الأول

المسؤولية العقدية للبنك في التحويل المصرفي

المسؤولية العقدية مصدرها العقد، أي هي جزء الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد أو عدم تنفيذها عينا، فإذا أمكن التنفيذ العيني أجبر المدين عليه ومنه لا تقوم المسؤولية العقدية للمدين، أما حالة استحالة التنفيذ أو كان ممكنا وتمسك المدين بالتعويض فهنا تقوم مسؤولية المدين العقدية ويلزم بتعويض الدائن على هذا الأساس، إلا في حالة إثبات السبب الأجنبي¹.

والبنوك تقدم خدماتها إلى العملاء من خلال عقود تبين حدود العلاقة بينها وبين العميل وتحدد حقوق والتزامات كل منهما، فمعظم أنواع الخدمات المصرفية تتم بواسطة عقود تجمع بين البنوك والمستفيدين¹، وعدم تنفيذ البنوك للالتزامات العقدية يبقى المصدر الأساسي لمسؤولية البنك المدنية الذي يلزم هذا الأخير بتعويض العميل المتعاقد معه².

ولمعرفة مدى نجاعة قواعد المسؤولية العقدية في حماية العميل المتعاقد مع البنك في عمليات التحويل المصرفي سوف نقسم مبحثنا إلى مطلبين، نتناول شروط قيام المسؤولية العقدية للبنك في عمليات التحويل المصرفي (المطلب لأول)، ثم نتناول الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية العقدية للبنك في عمليات التحويل المصرفي (المطلب الثاني).

1- سليمان ضيف الله مطلق الزين، مرجع سابق، ص 25.

2 - Chaminah Loulla ,la **responsabilité civile du banquier en droit malagasy**, thèse doctorat, panthéon-Sorbonne, université de Paris, 2015, p 66.

المطلب الأول

شروط قيام المسؤولية العقدية للبنك في التحويل المصرفي

لقيام المسؤولية العقدية للبنك في عمليات التحويل المصرفي يستوجب توفر الشروط العامة لقيام المسؤولية العقدية في العقود والمتمثلة في الخطأ العقدي، الضرر والعلاقة السببية.¹

ومنه سوف نتطرق إلى صدور الخطأ من البنك في تنفيذه لعمليات التحويل المصرفي (الفرع الأول)، ثم سنتناول الشرط الثاني والمتمثل في الضرر الذي يصيب العميل من جراء خطأ البنك (الفرع الثاني)، بالإضافة إلى كون الضرر الذي أصاب العميل هو نتيجة طبيعية لخطأ البنك العقدي أي وجوب توفر رابطة سببية بين الخطأ الصادر من البنك والضرر الذي أصاب العميل (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الخطأ العقدي للبنك

من شروط قيام المسؤولية العقدية للبنك في التحويل المصرفي، هو وجود خطأ عقدي من قبل البنك أخل من خلاله بأحد الالتزامات التي فرضها عليه العقد، ومحل الالتزام العقدي للبنوك إما أن يكون التزام بتحقيق نتيجة أو ببذل العناية اللازمة، وهو ما يستوجب وجود عقد صحيح بين البنك والعميل المتعاقد معه، فلا يمكن التحجج بالمسؤولية العقدية للبنك في عمليات التحويل المصرفي إلا بوجود عقد بين الطرفين.

أولاً: وجود عقد صحيح بين البنك والعميل

يشترط لقيام المسؤولية العقدية إلى وجود عقد صحيح بين أطرافه، وحالة لم ينقذ العقد بعد كأن يتضرر أحد الأطراف في مرحلة المفاوضات مثلاً، فلا مجال للحديث عن المسؤولية العقدية، ولا تطبق أيضاً المسؤولية العقدية حالة كان العقد منعماً أصلاً

1- سليمان ضيف الله مطلق الزين، مرجع سابق، ص 287.

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

بين الطرف المسؤول والطرف المضرور¹، ومن الضروري أن يكون العقد صحيحا بين المتعاقدين حتى ينتج آثاره القانونية لأنه حسب القواعد العامة إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا، فإنه يعتبر في حكم العدم من يوم قيامه².

ولقيام مسؤولية البنك في عملية التحويل المصرفي يستوجب أن يكون هناك عقد صحيح ينظم العلاقة بين أطرافه، فإذا لم يكن هناك عقد فلا يمكن الحديث عن قيام مسؤولية البنك اتجاه العميل³، أي بمعنى أن يكون بين البنك والعميل عقد يقوم بموجبه البنك بتنفيذ عمليات التحويل المصرفي، بالإضافة إلى أن يكون هذا العقد صحيح مرتب لآثاره أي منشأ للالتزامات معينة رتبها العقد بين طرفيه، ويكون العقد صحيح بين البنك والعميل بتوافر أربعة شروط حددها القانوني المتمثلة فيما يلي: أهلية التعاقد بالنسبة للعميل وتوافق إرادة الطرفين، بإضافة إلى الاتفاق على موضوع محدد في العقد والسبب الشرعي، وعامة علاقة البنك بالعميل تبدأ باتفاقية فتح حساب بنكي مع إبرام عقود أخرى مثل اتفاق على قرض أو الحصول على بطاقة ائتمان⁴.

ونظرا للتطور التكنولوجي تطور مفهوم التحويل المصرفي التقليدي بظهور التحويل المصرفي الإلكتروني، الذي يعتمد على التكنولوجيا والوسائل الحديثة ومنه سعت البنوك للاستفادة من هذا التطور وذلك بتطوير أنشطتها وتحقيق أكبر قدر من الأرباح من خلال القدرة على المنافسة بجلب أكبر عدد من العملاء موظفة التكنولوجيا في تقديم خدماتها لعملائها، والذي ينتج عنه بالضرورة نقل وتحويل أموال العميل مما يعرضها لمخاطر

1- علي فيلاي، مرجع سابق، ص 19 .

2- شايب باشا كريمة، مسكر سهام، " المسؤولية البنك في نطاق وظيفته الائتمانية"، مجلة صوت القانون، مجلد7، عدد01، كلية الحقوق جامعة بليدة، 2020، ص 497.

3- صليحة مرياح، النظام القانوني لبطاقة الائتمان، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006، ص 38.

4 - Chaminah IOulla, op-cit, p 69.

*- بطاقة الائتمان: هي عبارة عن بطاقة بلاستيكية مستطيلة الشكل يكتب عليها بأحرف بارزة اسم حاملها ورقم حسابه لدى البنك المصدر لها ومدة صلاحيتها، انظر خليفة بن محمد الخضرمي، العمليات البنكية ومسؤولية البنك المدنية، دار الفكر والقانون، المنصورة، برج أية، 2015، ص 132.

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

عديدة، ولحماية العميل من هذه المخاطر تقوم البنوك بإبرام عقود مستقلة مع العملاء، تنظم من خلالها العمل بتلك الوسائل وتحديد حقوق وواجبات كل من في البنك والعميل بخصوصها.

الأمر الذي يجعلنا أمام مشكلة عملية تتمثل في كيفية النظر إلى تلك العقود عند حدوث نزاع بين العميل والبنك، فهل يتم النظر إلى كل عقد بشكل منفرد لتحديد حدود العلاقة بين العميل والبنك أم يتم اعتبارها عقد تابع للعقد الأصلي؟

يري جانب من الفقه أنه لا يمكن النظر إلى كل عقد من العقود الناشئة بين البنك والعميل بشكل مستقل وإنما ينظر إليها على أساس وحدة العلاقة وقيامها داخل إطار واحد وهو الحساب المصرفي، الذي يمثل العلاقة الرئيسية التي تجمع البنك بالعميل.

إلا أن هناك اتجاه آخر يري أن الارتباط الظاهري بين مختلف العقود لا ينفي استقلالها عن بعضها البعض، فقيام البنك بتسجيل جميع العمليات التحويل المصرفي يرجع لكون هذا الأخير هو وسيلة المحاسبية التي تنظم علاقة مختلف الأطراف من حيث الآثار المترتبة عن مختلف العمليات، كما أن فتح الحساب لا يعطي الحق في الاستفادة من خدمات التحويل المصرفي بالطاقة البنكية بشكل تلقائي¹.

وفي كلتا الحالتين بحيث تم اعتبار العقد مستقل أو تابع للعقد الأصلي فإن الأضرار التي لحقت بالعميل جراء الإخلال بالالتزامات التعاقدية ينتج عنه قيام مسؤولية البنك، وعليه يشترط لقيام مسؤولية البنك العقدية في عملية التحويل المصرفي وجود عقد صحيح بين البنك وعميله والذي بموجبه يقوم البنك بتقديم خدماته المصرفية لعميله المتعاقد معه².

1 - لخضر رفاف، الالتزامات القانونية للبنك في بطاقات الائتمان، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص قانون خاص، جامعة الجزائر، 2018، ص 47.

2- محمد بشير محمد حامد، الحماية المدنية لبطاقة الائتمان، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2015، ص 152.

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

ثانيا: الخطأ (الإخلال بالالتزام العقدي)

الخطأ العقدي هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ من العقد، فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه كان هذا هو الخطأ العقدي، ويستوي في ذلك أن يكون عدم قيام المدين بالتزامه المتمثل في امتناعه أو إهماله أو فعله أي دون عمد و إهمال، ويتحقق الخطأ العقدي حتي ولو كان عدم تنفيذ المدين التزامه ناشئ عن سبب أجنبي لا يد للمدين فيه كالقوة القاهرة، ولكن يلاحظ أنه إذا لم يتحقق الخطأ العقدي فإن العلاقة السببية بين الخطأ والضرر تتعدم ومنه يتخلف ركن من أركان المسؤولية والذي ينتج عنه عدم قيامها¹.

كما يجب أن يكون الضرر الذي أصاب المضرور ناتج مباشرة عن الإخلال بالتزاماته التي رتبها العقد، ونذكر في هذا الشأن أن هذه الالتزامات من وضع وتحديد المتعاقدين، غير أنه وبمقتضى المادة 02/107 من القانوني المدني والتي نصت على أنه: "... لا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام"².

ونصت المادة 164 من القانوني المدني الجزائري على أنه: " يجبر المدين بعد اعداره طبقا للمادتين 180 و181 على تنفيذ التزاماته تنفيذا عينيا متي كان ذلك ممكنا"³، ويفهم من نص المادة أن المدين يلتزم بتنفيذ التزاماته بعد اعداره حالة ما كان ذلك ممكنا ويكون التنفيذ عينيا في هذه الحالة.

ويجب التفريق بين الإخلال بالالتزام المتعمد، والإخلال بالالتزام غير المتعمد، فإذا كان الإخلال بالالتزام متعمدا أي القصد من عدم تنفيذ الإلتزام هو الإضرار بالطرف المتعاقد معه، فإنه يكون قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما لذا تتعقد مسؤولية المتعاقد مرتكب

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 656.

2- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق 26 سبتمبر 1975 م المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، (الجريدة الرسمية عدد 11 صادرة في 09 فيفري 2005)

3- أنظر المادة 164 من الأمر رقم 58/75، السابق ذكره.

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

الإخلال العمدي في جميع الحالات وهذا ما نصت عليه المادة 02/172 من القانوني المدني الجزائري أنه: "وعلى كل حال يبقى المدين مسؤولاً عن غشه أو خطئه الجسيم"¹.

بإضافة إلى أن تحديد طبيعة الإلتزام إذا كان إلتزام ببذل عناية أو إلتزام بتحقيق نتيجة أمر بالغ الأهمية في إثبات وتحديد المسؤولية في عمليات التحويل المصرفي، حيث أن تحديد هذه المسؤولية يبين إمكانية إعفاء المدين من المسؤولية من عدمه.

وإذا كان الأصل أن الإلتزام الذي يشكل الإخلال به سبب لقيام المسؤولية العقدية يجب أن يكون منصوص عليه صراحة في العقد، فإن عدم ذلك لا يعني إنتفاء قيام المسؤولية العقدية إذا كان الإلتزام من طبيعة العقد، أو تم الإستدلال عليه من خلال تفسير العقد ونصوصه،².

ويتخذ الخطأ في المسؤولية العقدية للبنك عدة صور كعدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ أو الغلط في التنفيذ أو وجود قيد غير مشروع في حساب الأمر بعد إخطار البنك بإمكانية دخول الغير إلى حسابه، وإلخلاف بالالتزام العقدي الذي يشكل خطأ في المسؤولية العقدية إما أن يكون إلتزام بتحقيق نتيجة أو يكون إلتزام ببذل عناية³، وبتطبيق ذلك على طبيعة الإلتزام في المعاملات البنكية، فإن مسؤولية البنك تتم بتحقيق نتيجة إذ يتعين على العميل الوصول إلى غاية محددة هي تحويل النقود⁴.

ومنه ونظرا لإرتباط كل من البنك وعملائه فيما يتعلق بعمليات التحويل المصرفي بعقود يتحدد من خلالها إلتزاماتهم وحقوقهم، فإن أي إخلال يصدر من أحدهم يؤدي إلى

1- صونية مقري، المسؤولية المدنية عن الإستخدام غير المشروع لبطاقات الدفع الإلكتروني، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير فرع قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2015/2014، ص 164.

2- أمجد حمدان عسكر الجهني، المسؤولية المدنية للاستخدام غير المشروع لبطاقة الوفاء ووضع الضوابط لذلك، (دراسة مقارنة)، أطروحة استكمال لمتطلبات الحصول على درجة دكتوراه فلسفة في القانون الخاص، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الاردن، 2005، ص 179.

3- بوقرط أحمد و قماري نضرة بن قدوش، (مسؤولية البنك عن التحويل الإلكتروني للنقود)، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زين العاشور الجلفة، 2017، ص 379.

4- سليمان ضيف الله مطلق الزين، مرجع سابق، ص 283.

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

قيام مسؤوليته العقدية في مواجهة الآخر، وبما أن إخلال الذي يتمثل في الخطأ العقدي يمس بنود العقد المتفق عليها فعدم تنفيذ الإلتزامات من قبل البنك أو تنفيذها تنفيذا معيبا يثير مسؤوليته، وتتمثل صور الخطأ أو الإخلال بالإلتزامات العقدية في الإمتناع عن التنفيذ أو التأخير في التنفيذ والغلط في التنفيذ .

وللعقود المصرفية الخصوصية فيما يتعلق بالإخلال بالإلتزام العقدي في المجال المصرفي في أنه قليلاً ما يهتم أطراف العقد المصرفي بتحديد محتوى أو مضمون التزامهم بشكل محدد وصريح، فهم يقومون بتحقيق عملية معينة نتائجها الإقتصادية معلومة لهم ومرغوبة منهم، ولكن دون تحديد تفصيلي لإلتزاماتهم الرئيسية التي تحقق لهم هذه النتائج، ومن ثم يتم الرجوع إلى عادات المهنة المصرفية لتحديد محتوى ومضمون هذه الإلتزامات بوجه عام، والتزامات البنك وتقدير الخطأ بشكل خاص، ولأن هذه العادات لها دخل في نطاق الإلتفاق الضمني فيقع على من يتمسك بها عبئ الإثبات،¹.

الفرع الثاني: الضرر

الركن الثاني في المسؤولية العقدية هو الضرر فلا بد من وجود ضرر حتى تترتب هذه المسؤولية في ذمة المدين، والدائن هو من يحمل عبئ إثبات الضرر بما أنه يدعيه ولا يفترض وجود الضرر لمجرد أن المدين لم يقم بالإلتزامه العقدي²، بل وجب توفر الضرر لقيام المسؤولية بإعتباره المحرك الأساسي لإقامة المسؤولية، حيث يشكل التعويض عن هذا الضرر الهدف الأساسي من سعي الدائن إلى ترتيب مسؤولية المدين³.

1- أمجد حمدان الجهني مرجع سابق، ص178.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 679.

3- خليلي سهام، المسؤولية المدنية للبنك، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2008/2007، ص 85.

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

ولقد عرف الفقه الضرر على أنه الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له، سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسدية أو عاطفية أو تعلقت بماله أو حرите أو شرفه، أو غير ذلك¹.

ومنه فعنصر الضرر جوهرى لقيام مسؤولية البنك المدنية، وهنا نقصد الضرر المباشر والذي يكون نتيجة طبيعية عن خطأ البنك في عدم إلتزامه لصالح العميل أو التأخر في تنفيذ الإلتزام والمتمثل في التحويل المصرفي².

ويشترط أن يحدث خطأ البنك ضررا بالآمر، أما إذا وجد الضرر مع إنتفاء خطأ البنك فإن مسؤولية هذا الأخير لا تكون قائمة، كما لا يكفي وجود الخطأ بمعزل عن وقوع الضرر إذ أن مسؤولية البنك تنتفي في حالة خطئه دون إصابة الأمر بضرر، بإضافة إلى ذلك يشترط لقيام مسؤولية البنك عن التحويل المصرفي للنقود أن يكون الضرر الذي أصاب العميل الأمر مباشر ومتوقع وأن يكون نتيجة مباشرة وطبيعية لخطأ البنك وأن يكون حالا وملموسا واضحا للعيان وألا يكون منفصلا³.

وفي مجال التحويل المصرفي فإن محل الإلتزام هو التحويل المصرفي للنقود أي نقل مبلغ نقدي من حساب إلى آخر وبالتالي فالضرر هذا هو الضرر المفترض لا يقبل العكس ويجب التعويض عنه، ولا يستدعي دليل على حدوث الضرر وبالتالي فلا يمكن للمدين بالإلتزام الدفع بعدم وقوع الضرر عن التأخير في التنفيذ أو الإمتناع عنه، فالضرر مفترض قانونا وهو قائم على سند واقعي، وهو حرمن الدائن من الاستفادة من حقه المنفق عليه في العقد⁴.

و الضرر نوعان إما ضرر مادي أو ضرر معنوي، فالضرر المادي حسب الفقيه سعيد مقدم حمو: " هو الذي يصيب الشخص في جسمه أو ماله أو إنقاص حقوقه المالية،

1- علي فيلالي، مرجع سابق، ص 246.

2- سليمان ضيف الله مطلق الزين، مرجع سابق، ص 283.

3- بوقرط أحمد، قماري نضرة بن قدوش، مرجع سابق، ص 379.

4- محمد بشير محمد حامد، مرجع سابق، ص 163.

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

أو بتفويت مصلحة مشروعة له ذات قيمة مالية" بمعنى أن نطاق التعويض يقتصر على الضرر الذي يلحق بالمال أي بالذمة المالية¹، وعرفته محكمة النقض المصرية بأنه: "... إن المقصود بالضرر المادي هو المساس بمصلحة مالية للمضور بفوات كسب أو تحقق خسارة..." ومنه فهو الضرر الذي يصيب العميل في ذمته المالية نتيجة استخدام البنك معلومات غير صحيحة أو غير ثابتة في تنفيذ إحدى العمليات المصرفية التي تخص العميل أو تقاعسه في تنفيذها، وهو ما يؤدي بضرر مادي للعميل الذي قد يضطر من ذلك تعويض الشخص الذي أمر لصالحه التحويل وذلك بسبب تقاعس البنك و الذي بموجب التقاعس أو الخطأ قد ألحق الضرر بالعميل بالإضافة إلى الشخص الذي أمر له بالتحويل ومنه قد ألحق الضرر بالغير².

أما الضرر الأدبي فهو الضرر الذي يصيب الإنسان في شرفه أو سمعته أو إعتباره أو مركزه المالي³، ويعرف بأنه "التعدي على الحقوق و المصالح الغير المالية" وهذا النوع من الضرر يلحق بما يسمى بالجانب الإجتماعي للذمة المعنوية أو الأدبية ، يكون عادة مقترن بأضرار مادية أو يلحق بالعاطفة أو الشعور بالألم الذي يحدثها في النفس ومن ثم ينعت بالجانب العاطفي للذمة المعنوية، يقوم وحده غير مصحوب بأضرار مادية⁴.

ولم ينص المشرع الجزائري سابقا صراحة على التعويض عن الضرر المعنوي بل نص في المادة 03 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه " تقبل دعوى المسؤولية عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو اجتماعية أو أدبية ناجمة عن الوقائع موضوع الدعوى الجزائية"⁵، وهو ما يعتبر إقرار ضمني بوجود تعويض بالنسبة للضرر المادي والأدبي في الدعوى المدنية بالتبعية.

1- علي فيلاي، مرجع سابق، ص 247.

2- سليمان ضيف الله مطلق الزين، مرجع سابق، ص 285.

3- صونية مقري، مرجع سابق، ص 168.

4- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 249.

5- خليلي سهام، مرجع سابق، ص 86 .

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

وبصدور القانوني رقم (05-10) المتضمن القانوني المدني جاءت المادة 182 مكرر منه¹ و التي أقرت صراحة بوجوب تعويض عن الضرر المعنوي إذا تعلق الأمر بالمساس بالحرية أو الشرف أو السمعة التي من شأنها أن يحقق الضرر المعنوي للشخص.

وبالنسبة للبنك وعميله فمثال ذلك في حالة تأخر البنك في تنفيذ التحويل أو العملية المصرفية للعميل الأمر ونتيجة لهذا التأخير فقد العميل مصداقيته أمام الجهة المنفذ لصالحها أمر التحويل، ومنه يعتبر الضرر أدبي في حالة لحقت سمعة سيئة بالتاجر مما يؤثر سلبا على تجارته².

وحتى نكون أما ضرر موجب للمسؤولية يجب أن تتوفر الشروط اللازمة والمتمثلة في:

وجوب أن يكون الضرر نتيجة مباشرة وطبيعية للخطأ حيث نص المشرع المصري في المادة 221 فقرة 1 من القانوني المدني على أنه " إذا لم يكن التعويض مقدرًا في العقد أو بنص القانون فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالتزام أو التأخير بالوفاء به ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في إستطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.."، وفي نفس السياق نصت المادة 266 من القانوني المدني الأردني على أنه " يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار"، ومنه فالمشرع الأردني نص صراحة على هذا الشرط في هذه المادة³.

1- نصت المادة 182 مكرر من الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني على أنه: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو شرف أو السمعة".

2- سليمان ضيف الله مطلق الزين، مرجع سابق، ص282.

3- المرجع نفسه، ص251.

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

وسار المشرع الجزائري على نفس المنهاج حيث نص في المادة 182 من القانوني المدني الجزائري على أنه " إذا لم يكن التعويض مقدرًا في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، ويشترط أن يكون هذه النتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام أو تأخير في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في إستطاعة الدائن أن يتوقاه في بذل جهد معقول.... غير أنه إذا كان الإلتزام مصدره العقد فلا يلزم المدين الذي لم يرتكب غش أو خطأ جسيم إلا بتعويض الضرر الذي كان ممكن توقعه عادة وقت التعاقد"¹.

ويقصد بكون الضرر نتيجة مباشرة وطبيعية للخطأ، أن يكون الضرر نتيجة طبيعية لعدم قيام البنك بتنفيذ إلتزامه قبل العميل والمتمثل في التحويل المصرفي، أو أن يتأخر في التحويل أو لم يبذل الجهد والعناية المرجوة لتنفيذ إلتزامه أمام العميل².

أما الشرط الثاني فيتمثل في أن يكون الضرر حالًا أي أن يكون ملموسًا وواضحًا للعيان، أي الضرر المحقق الوقوع و الذي وقع فعلا سواء ماديا كان أو أدبيا³، ولا يمكن للمضروب المطالبة بالتعويض إلا إذا كان الضرر الذي يدعيه محققًا، ويكون الضرر محقق إذا كان حصل بالفعل و تجسدت أثاره على الواقع⁴، بإضافة إلى الضرر المستقبلي أي الضرر المحقق الوقوع إذ لا يكفي أن يكون محتملا فقط بل لا بد من التأكد من تحقق وقوعه ويكون ذلك إذا كان تقدير القضاء له سهلا وميسورا.⁵

أما الشرط الثالث فيتمثل في أن لا يكون الضرر محتملا، ويقصد بالضرر المحتمل أنه الضرر غير محقق فعلا ولا هو محقق الوقوع مستقبلا ولا يتم التعويض

1- أنظر المادة 182 من الأمر رقم 58/75، السابق ذكره .

2- سليمان ضيف الله مطلق الزين، مرجع سابق، ص 252.

3- صونية مقري، مرجع سابق، ص 169.

4- على فيلاي، مرجع سابق، ص 253.

5- خليلي سهام، مرجع سابق، ص 88.

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

عنه إلا إذا تحقق¹، فالضرر الغير المتوقع لا تقوم بشأنه مسؤولية البنك إلا إذا ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً².

الفرع الثالث: العلاقة السببية بين الخطأ العقدي والضرر الذي لحق بالعميل

لا يكفي أن يكون هناك خطأ عقدي من المدين وأن يلحق الضرر بالدائن حتى تقوم المسؤولية العقدية، بل يجب أن يكون هذا الخطأ هو السبب في هذا الضرر وهذا هو المعنى من العلاقة السببية بين الخطأ والضرر³.

والعلاقة السببية تعني نسبة الضرر إلى فعل المسؤول مباشرة، لذلك كان الأصل فيها أن المطالب بالتعويض أي العميل يجب عليه إثبات أركان المسؤولية الثلاثة بشتى طرق وسائل الإثبات، وإن كان هذا لا يمنع المدعي عليه المتمثل في البنك من دفع المسؤولية عنه بهدم هذه القرائن عن طريق إثبات إنعدام السببية بين خطئه والضرر الذي لحق العميل⁴، وهو ما يدفعنا للبحث في المعايير التي تم إعتماها لتقدير الرابطة السببية المعتد بها لإقامة المسؤولية المدنية للبنك و النظريات الفقهية التي تطرقت لذلك، بالإضافة إلى الحالات التي يمكن من خلالها التخلص من المسؤولية بنفي الرابطة السببية من قبل البنك في مواجهة عميله.

أولاً: تقدير الرابطة السببية بين خطأ العقدي للبنك والضرر الذي تعرض له العميل

إقترح الفقه نظريتين لتقدير الرابطة السببية بين الخطأ والضرر وتتمثلان في نظرية تعادل الأسباب ونظرية السبب المنتج.

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 681.

2- سليمان ضيف الله مطلق الزين، مرجع سابق، ص 289.

3- صونية مقري، مرجع سابق، ص 170.

4- خليلي سهام، مرجع سابق، ص 90.

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

1- نظرية تعادل الأسباب

لقد نادى بهذه النظرية الفقيه الألماني فون بوري "Vonburi" في الفترة ما بين 1860 و 1885 ومفاد هذه النظرية هو الإعتداد بكل الأسباب التي شاركت في إحداث الضرر ولو كان لبعضها علاقة بعيدة بالضرر طالما أنها شرط ضروري لتحقيق الضرر، فيرى أصحاب هذه النظرية أن الأحداث تترتب عن جملة من العوامل منها ما هو من فعل الإنسان ومنها من هو بفعل ظروف خارجية، وبما أن كل هذه العوامل ضرورية لإنتاج الضرر فإن فرزها يكون غير مبرر^{1،2}.

وانتقدت هذه النظرية حيث تحجج هذا الإتجاه بأن إعتبار كل من ساهم في إحداث الضرر يعد سببا له وهو قول غير صحيح، لأن السبب بمفرده لا يعد شيئا طالما أن تخلف سبب من الأسباب يمنع حصول الضرر والحقيقة أن السبب يتمثل في تفاعل هذه الأسباب ببعضها البعض³.

2- نظرية السبب المنتج

نادى بها الفقيه الألماني "Vonkries" حيث يرى أنه إذا اشتركت عدة وقائع في إحداث الضرر فإنه يجب استخلاص الأسباب المنتجة المباشرة فقط، وإهمال باقي الأسباب⁴.

بحيث إذا إشتكرت أسباب عدة في إحداث الضرر فإنها جميعا لا تعتبر متساوية بل يجب التمييز بينها بدقة، أي بين الأسباب العارضة والغير مألوفة وبين الأسباب المنتجة أو المألوفة، فأولى تستبعد من حدوث الضرر أما الثانية فيعتد بها حسب المجرى العادي للأمر⁵.

1- علي فيلالي، مرجع سابق، ص 27.

2- خليلي سهام، مرجع سابق، ص 91.

3- علي الفيلاي، المرجع السابق، ص 28.

4- خليلي سهام، المرجع السابق، ص 92.

5- Le Tourneau, Philippe, **La responsabilité civile**, Paris : Presses universitaires de France, 2003, 127 p. disponible sur: <http://fr.jurispedia.org>, consulter le 12/09/2020 à 14 :00

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

وهو ما نصت عليه المادة 182 من القانوني المدني الجزائري السابق ذكرها، حيث نلاحظ أن المشرع الجزائري أدرج شرط الضرر المباشر، أي الضرر الذي سببه عدم الإلتزام بالوفاء أي الضرر المنشئ والفعال،¹.

ثانيا: إنتفاء الرابطة السببية

تنتفي الرابطة السببية إذا أثبت البنك أن الضرر الذي أصاب العميل لم يكن نتيجة عدم الوفاء بالتزاماته إتجاهه أو خطئه، إذ قد تكون لسبب خارج عن إرادة البنك، مما يلزمه بإثباته، أو بسبب خطأ العميل نفسه، أي بصفة عامة ما يطلق عليه السبب الأجنبي².

ويتحليل نص المادة 127 من القانوني المدني الجزائري، التي تنص على أنه "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كالحادث المفاجئ، أو القوة القاهرة أو خطأ صدر من المضرور، أو خطأ من الغير، كان ملزم بتعويض الضرر مالم يوجد نص قانوني أو اتفاقي يخالف ذلك"³، ونستنتج من خلال المادة الحالات التي يعفى فيها البنك من المسؤولية، فالحالة الأولى تتمثل في الحادث المفاجئ والقوة القاهرة حيث يعفى البنك من المسؤولية إتجاه عميله حالة استطاع إثباتها.

بالإضافة إلى حالة إرتكاب العميل لخطأ، فيمكن للبنك الدفع بهذا الخطأ المرتكب للتخلص من المسؤولية، كما بإمكانه أيضا الدفع بخطأ الغير كأحد أسباب الإعفاء، كما يعفى حالة وجود نص قانوني أو إتفاق بين البنك والعميل على الإعفاء من المسؤولية.

ومما سبق ذكره فسنتناول الحالات التي تنتفي فيها الرابطة السببية والتي تعفي البنك من المسؤولية:

1- خليلي سهام، مرجع سابق، ص 95 .

2- المرجع نفسه، ص 96 .

3- أنظر المادة 127 من من الأمر 75-58، السابق ذكره.

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

1- السبب الأجنبي

لم يعرف المشرع الجزائري السبب الأجنبي وإنما ذكر بعض الصور في المادة 127 من القانون المدني الجزائري، ومواصفاته حيث أشارت على أنه سبب نتج عنه ضرر لا يد للشخص المسؤول فيه كالحادث المفاجئ أو القوة القاهرة أو الخطأ المضرور أو خطأ الغير¹، إذن من هنا نجد أن السبب الأجنبي هو فعل خارجي عن إرادة البنك لم يكن ليتوقعه أو يستطيع دفعه²، وسبب الأجنبي عدة صور، فإذا تحققت صورة منه يعفى البنك من المسؤولية وذلك لإنتفاء الرابطة السببية.

واعتبر بعض الفقه أن القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ حادث خارجي لا يمكن توقعه ولا يمكن دفعه مما يسبب ضرر، والشائع أن القوة القاهرة تتجسد في حالة طبيعية فقط، إلا أنها قد تكون في حالات أخرى يمكن إعتبارها قوة قاهرة بتوفر بعض الخصائص المعينة مهما كان مصدرها³.

فبالنسبة للبنوك فعدم التوقع لا يكون من جانب بنك معين بذاته، بل يكون من جانب جميع البنوك بما أنها في إطار المسؤولية المصرفية، حيث ينظر للبنوك على أنها مدين محترف يفترض فيه إمتلاك وسائل ومعلومات تمكنه من توقع أفضل من المدين العادي إذ يكون على دراية بالمخاطر المحتمل وقوعها، بإضافة إلى عدم إستطاعته دفع وتجنب الوقائع رغم الموقع الإقتصادي الموجودة فيه⁴.

2- خطأ العميل

أما الصورة الثانية فتتمثل في خطأ العميل ويكون هذا الخطأ صادر عنه وليس من البنك كما نصت عليه المادة 127 من القانون المدني الجزائري السابقة الذكر، ويشترط

1- علي فيلاي، مرجع سابق، ص 24.

2- خليلي سهام، مرجع سابق، ص 98.

3- عساني عرعارة، (السبب الأجنبي في المادتين 127/138 فقرة 2)، مجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، مجلد 1، عدد 2، كلية الحقوق جامعة سعيد حمدين، الجزائر 1، 2017، ص 230.

4- خليلي سهام، المرجع السابق، ص 99.

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

أن يكون خطأ غير متوقع وغير ممكن الدفع، وهو خطأ وجب على البنك إثباته ولا يشترط فيه مواصفات خاصة بل يخضع للأحكام العامة.

وقد يكون الخطأ بسبب العميل وحده، أو قد يكون نتيجة خطأ العميل و البنك معا أي خطأ مشترك بين البنك والعميل¹، ومثال ذلك عدم تنفيذ العميل أمر تحويل مزور دون أن يقع البنك في خطأ حيث أن الخطأ حدث بسبب الأمر، وبما أن هذا الخطأ كان له تأثير على الوفاء الحاصل للغير صاحب الحق فهذا يؤدي إلى نفي مسؤولية البنك وتحميلها للأمر، ويختلف ذلك بشكل كامل أو جزئي حسب درجة الخطأ المقترف من طرفه بالإضافة إلى التأكد من عدم إخلال البنك بالتزامه المتمثل في التحقق من سلامة هذا الأمر بالتحويل².

ومساهمة العميل بالضرر الذي وقع عليه لا يعفي البنك من المسؤولية، حيث يؤدي ذلك إلى خفض قيمة التعويض حسب نسبة الخطأ، حيث أن الأصل في خطأ المضرور عدم نفي المسؤولية بل يخفظها³.

3- خطأ الغير

ويقصد بالغير الشخص الأجنبي عن العقد الذي لا تربطه علاقة عقدية بالمدين وهو ما يعتبر سببا أجنبيا ينفي العلاقة السببية، ويستبعد من دائرة الغير الأشخاص الذين يسأل عنهم المدين مثل التابع ومن يتولى المسؤول رقابتهم⁴، ويعد خطأ الغير أو عمله أجنبيا متى كان غير متوقع وغير ممكن دفعة مثله مثل القوة القاهرة⁵.

1- خليلي سهام، مرجع سابق، ص 100.

2- بوخالفة كريمة، النظام القانوني للتحويل المصرفي، مذكرة نيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سطيف²، 2014/2015، ص 86.

3- سليمان ضيف الله مطلق الزين، مرجع سابق، ص 291.

4- عماري ابتسام، مسؤولية البنك المدنية عن عملية التحويل البنكي الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون شركات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصي مرباح، ورقلة، 2016/2017، ص 48.

5- علي فيلاي، مرجع سابق ص 206.

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

وبما أن البنك والعميل تربطهم علاقة عقدية بموجبها تتم عملية التحويل المصرفي للنقود، حيث يصبح هذا العقد المركز القانوني لكل طرف منهم، والذي تسري آثاره على طرفيه فقط، وهو ما يلزم الغير الذي ليس لهم علاقة بكل من البنك والعميل إحترام وتفاذي الإضرار أو المساس بطرفي العقد¹، ويعتد بخطأ الغير شرط ألا يكون الغير متمثل في الأشخاص الذين يسأل عليهم البنك مثل حالة تبعة الموظف للبنك، لأن وجود هذه العلاقة ينتج عنه مساءلة البنك على خطأ الموظف الذي يعتبر تابع له على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه².

والبنك مطالب بإتخاذ الإجراءات اللازمة لحماية نظام التحويل البنكي والإستعانة بالخبراء لمنع الغير من العبث بالنظام وذلك حماية لأموال العملاء بما أنه مدين محترف تفرض عليه البيئة والطبيعة التي يعمل بها توفير كل أساليب الحماية بهدف حماية العميل المتعاقد معه، فلا يمكن له التحجج بخطأ الغير والتملص له من المسؤولية³.

4- الإتفاق على الإعفاء من السؤولية

ويقصد بهذا الإتفاق هو إتفاق كل من الدائن والمدين على التعديل في شروط العقد أو التفسير فيها مما لا يخالف القانون عكس المسؤولية التقصيرية التي لا يجوز الإتفاق على الإعفاء منها لتعلق قواعدها بالنظام العام⁴، وبما أن العقد يرجع مصدره إلى إرادة الطرفين فإن للإرادة الطرفين الحرية في التعديل من أحكام المسؤولية المترتبة عن الإخلال بهذا العقد، فيمكنهم الإتفاق على التخفيف من مسؤولية المدين (البنك) إلى درجة الإعفاء منها أو بإمكانهم التشديد فيها، ومثال ذلك تحميل المدين المسؤولية عن الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة أو الإعفاء منها حسب إتفاقهم⁵.

1- لخضر رفاف، مرجع سابق، ص 146.

2- خليلي سهام، مرجع سابق، ص 102.

3- عماري إبتسام، مرجع سابق، ص 49.

4- خليلي سهام، المرجع السابق، ص 103.

5- قاصدي عبد الرفيق، مسؤولية البنك إتجاه عملائه، مذكرة نيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة سعيد دحلبي، البليلة، 2012، ص 34.

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

المطلب الثاني

الأساس القانوني لمسؤولية البنك العقدية

إن التطور الذي شهده القطاع المصرفي من حيث اعتماد البنوك على وسائل التكنولوجيا متطورة وأنظمة تقنية معقدة، رجح كفة هذه الأخيرة على حساب العميل الذي يعتبر الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، حيث إكتسبت البنوك مركز إقتصادي قوي نظرا لما تمتلكه من وسائل وخبرات التي ميزتها عن الطرف الأخر¹، والذي نتج عنه إخلال في المساواة بين الطرفين أدى إلى صعوبة إثبات الخطأ ومنه صعوبة تحديد المسؤولية العقدية للطرف المسيطر، وهو ما من شأنه أن يهضم حقوق الطرف الضعيف في هذه العلاقة.

وبهدف توفير حماية أكبر للعميل في علاقته مع البنك، إتجه جانب من الفقه لمحاولة التوسع في مفهوم الإلتزام العقدي بين أطراف العلاقة² معتبرا البنك مسؤول مسؤولية عقدية عن فعل الأشياء التي يستخدمها في تنفيذ العقد (الفرع الأول)، واتجه فريق آخر إلى إضافة إلتزام آخر إلى الإلتزامات العقدية للبنك، والمتمثل في إلتزام بضمان سلامة العميل من الأضرار التي تحدثها الأجهزة المستخدمة للتنفيذ لإلتزاماته التعاقدية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المسؤولية العقدية عن فعل الأشياء كأساس لمسؤولية البنك

نظرا للتطور التكنولوجي الحالي في مختلف المجالات من بينها المجال المصرفي فقد حاولت البنوك قدر الامكان إستغلال كل الوسائل والأجهزة الحديثة لتقديم أفضل الخدمات لعملائها، والمنافسة فيما بينها لتقديم أفضل التسهيلات والتحفيزات بغية جذب أكبر عدد من العملاء، بهدف تحقيق أكبر عائد ممكن بما أنها تقوم على هدف ربحي.

1- شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 27.

2- رفاف لخضر، مرجع سابق، ص 146 .

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

ونظرا لإدخالها العديد من الوسائل التقنية في الصعيد العمل المصرفي، فالبنك يعتبر مسؤولاً عن الأضرار التي تسببها هذه الوسائل حالة إرتكابها أخطاء أدت إلى ضرر بالنسبة للعميل، ومن أمثلة هذه الأخطاء التي ترجع بالضرر على العميل¹:

- خطأ في كشف الحساب
- تحويل نقدي تجريه البنوك في وقت غير مناسب
- تسجيل خطأ في حساب العميل أثناء سحب النقود من جهاز الصراف الآلي
- إضافة شيك في حساب العميل بمبلغ يقل أو يزيد عن المبلغ الحقيقي

ولمعرفة مدى إمكانية فكرة المسؤولية العقدية عن فعل هذه الأشياء أي الأجهزة والكمبيوتر المستعملين في مجال التحويل المصرفي كأساس لمسؤولية البنك، فيستوجب علينا البحث في شروطها، ثم التطرق لموقف الفقه منها، إضافة إلى رأي القضاء من خلال أحكامه وقراراته.

أولاً: شروط المسؤولية العقدية عن فعل الأشياء كأساس لمسؤولية البنك

تتوقف مسؤولية البنك عن أخطاء الأجهزة والأدوات التي يستعملها لتنفيذ عملية التحويل المصرفي، على مدى إعتبار هذه الأجهزة مستقلة عن البنك أو غير مستقلة حيث يتوقف عليها الأساس القانوني لمسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر أو الأجهزة المستعملة من قبله، بحيث لو تم إعتبار هذه الأجهزة غير مستقلة فمن المنطقي مساءلة البنك عن أية ضرر تسببه هذه الوسائل أما حالة العكس أي باعتبارها مستقلة فهنا تنفى المسؤولية عن البنك ولا يعد مسؤولاً عن الأضرار التي تسببها هذه الأجهزة².

وحالة تم إعتبار هذه الوسائل غير مستقلة، فهنا يمكن مساءلة البنك على أساس المسؤولية العقدية عن فعل الشيء، بسبب الأضرار التي تلحق العميل جراء خطئها ومثال ذلك أن يقوم الجهاز الصراف الآلي والذي يعتبر مملوك للبنك برد بطاقة قام

1- خليلي سهام، مرجع سابق، ص 53 .

2- شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 28.

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

بالتقاطها في وقت سابق وتم إستعمالها من طرف شخص آخر إستعمالا غير شرعي، ومنه تقوم مسؤولية البنك العقدية بسبب خطأ هذا الجهاز¹، وتتجسد أيضا أخطاء هذه الأجهزة في الجوانب التقنية لقاعدة المعلومات حالة وجود فيروسات تنتقل من قاعدة البيانات إلى جهاز الحاسوب مما قد يتلف المعلومات والبيانات وهو ما يؤدي إلى حصول أضرار تصيب العميل، فالبنك يعتبر مسؤول ولا يمكنه التخلص من المسؤولية نتيجة للأضرار التي سببتها هذه الأجهزة².

وبذلك يري غالبية الفقه أنه ولتطبيق المسؤولية العقدية عن فعل الأشياء وجب توفر عدة شروط والتي سنتناولها فيما يأتي:

أن يكون الشيء المحدث للضرر تحت حراسة المدين وقت حدوث الضرر، وأن يكون له السيطرة الفعلية عليه، أي أن الإخلال بالالتزام العقدي بسبب فعل الشيء المسيطر عليه فعليا ويدخل ضمن حراسته³.

بالإضافة إلى وجوب حدوث ضرر نتيجة التدخل الإيجابي من فعل الشيء أي تدخل فعال، والتدخل الإيجابي يستلزم فيه أن يكون السبب المباشر في حدوث الضرر⁴، ومنه فيستبعد لقيام المسؤولية عن فعل الشيء خطأ المدين الشخصي. ويتحقق التدخل الإيجابي في حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون الشيء محل للعقد ويتحقق في فرضين⁵:

- التزام المدني بتسليم الشيء محل العقد إلى الدائن.
- أن يكون المدين ملزما برد الشيء محل العقد إلى الدائن.

1- محمد بشير محمد حامد، مرجع سابق، ص161.

2- عماري إبتسام، مرجع سابق، ص26.

3- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري-، الطبعة 5، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر، 2003، ص 146.

4- نريمان مسعودة بورغدة، " المسؤولية عن فعل الأنظمة الإلكترونية الذاتية"، حوليات جامعة الجزائر مجلد 31، ع 1، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، 01/06/2017، ص 146.

5- رفاف لخضر، مرجع سابق، ص 155.

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

الحالة الثانية: تنفيذ العقد بواسطة الشيء ففي حالة العقد بين البنك والعميل فالبنك يستخدم الكمبيوتر ومختلف الأجهزة في تنفيذه عمليات التحويل المصرفي، وبما أن علاقة البنك والعميل توصف بأنها علاقة تعاقدية، فالبنك يسأل عن الضرر الذي يلحق بالعميل المتعاقدين معه بفعل هذه الوسائل باعتبارها من الأشياء¹.

ثانيا: موقف الفقه من فكرة المسؤولية العقدية عن فعل الأشياء كأساس لمسؤولية البنك.

إتجه جانب كبير من الفقه بعد عجز القواعد التقليدية للمسؤولية العقدية في الموازنة بين العميل والبنك في المراكز، وما قد يؤدي له عدم التوازن في العلاقة التعاقدية من أضرار للعميل من جراء استخدامه للنظام الإلكتروني والوسائل التي يوفرها للعميل، فإنه يمكن الإعتماد على قواعد المسؤولية العقدية عن فعل الأشياء، وحسب رأيهم فإن هذه القواعد تطبق على جميع الحالات التي يقع فيها الضرر للعميل من جراء استخدام الأنظمة التكنولوجية المتطورة في عمليات التحويل المصرفي، وإستند هذا الإتجاه إلى أن الأشياء المستخدمة من قبل البنك في عملية التحويل المصرفي لا تخرج عن إطار العقد الذي يربطه بالعميل بما أنها تحت حراسته وله حق رقابتها وتوجيهها².

ويتجه جانب آخر من الفقه أن أساس المسؤولية العقدية هو الإخلال بالإلتزام عقدي فرضه العقد على طرفيه، فإذا كان للضرر سبب آخر بإستثناء الإخلال بالإلتزامات التعاقدية فلا نكون أمام مسؤولية عقدية، وهو ما يجعل الوسائل والأجهزة مثل الكمبيوتر ومختلف الأجهزة التقنية أدوات يستخدمها البنك في تنفيذ التزاماته هي المتسبب في الضرر للعميل، ومنه فالمسؤولية في هذه الحالة مسؤولية تقصيرية عن فعل الأشياء وليست مسؤولية عقدية.

وأستندوا إلى حجة أخرى حيث إعتبرو مركز المضرور لا يؤثر على طبيعة المسؤولية، بحيث أنه حالة وقوع ضرر وجب البحث عن مصدر الضرر لمعرفة إذا ما كان يدخل ضمن العقد أو لا ينتمي إليه، حيث إذا كان ينتمي هذا الضرر للعقد أي يرجع

1- شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 27.

2- لخضر رفاف، مرجع سابق، ص 155.

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

لمخالفة العقد تأسست المسؤولية عنه على الخطأ العمدي، أما إذا كان الضرر يرجع لسبب أجنبي غير العقد تأسست المسؤولية على الخطأ التقصيري حتى ولو كان المضرور هو الطرف الآخر في العقد،¹.

بيد أن الرأي الراجح في الفقه يرى أن قيام مسؤولية البنك عن فعل الشيء هي على أساس المسؤولية العقدية وليست على أساس المسؤولية الغير العقدية، بإعتبار أن الأشياء التي تنفذ بها العمليات المصرفية مثل الكمبيوتر وأجهزة الحاسوب هي مجرد وسيلة يستخدمها البنك لتنفيذ إلتزامه العقدي، فرضتها التكنولوجيا الحديثة وأدخلتها البنوك في جميع عملياتها، ومنه فلا يمكن إعتبارها مستقلة عنها².

ثالثا: الأحكام القضائية

بالعودة للأحكام القضائية في هذا الصدد نلاحظ أنها أخذت بفكرة عدم إستقلال الوسائل والأدوات الحديثة المستعملة في تنفيذ العمليات المصرفية عن البنك.

حيث اشار حكم محكمة " AMINES " أن الكمبيوتر يترجم إرادة البنك، وأنه جزء منه يستعين به في تنفيذ التزاماته، ومنه فهو يعتبر مسؤولا عنه تعاقديا وفي هذه القضية رفضت المحكمة حجه البنك بأنه لم يخصم قيمة الكمبيالة في الميعاد المحدد نتيجة أن جهاز الكمبيوتر قد قام بشكل تلقائي بإلغاء القيد العكسي، وسارت محكمة " Nanterre " سنة 1983 في نفس الاتجاه حيث أكدت أن التكنولوجيا والمعلوماتية واستخدام الكمبيوتر يجب أن يؤدي إلى تحسين الخدمة وتقديم التسهيلات للعملاء وليس العكس.

وأبدت محكمة النقض الفرنسية فكرة عدم الاستقلال في قرارها الصادر في 17 جوان 1987 حيث إعتبرت أن إلغاء القيود المكتوبة تلقائيا من البنك بشكل غير صحيح تعتبر كأنها تمت من العاملين في إدارة الخدمات البنكية فهم الذين يزودون الكمبيوتر بهذه

1- شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 29.

2- سليمان ضيف الله مطلق الزين، مرجع سابق، ص 299.

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

المعلومات، فأيدت المحكمة الحكم المطعون فيه الذي رفض فكرة الاستقلال الكمبيوتر عن البنك¹.

و سارت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 720 في 12 ماي 2008 على مبدأ عدم إستقلالية هذه الوسائل وذلك بقولها: "... أن الخدمات المصرفية التي تقدمها البنوك لعملائها قد لحق بها في الأونة الأخيرة تطور تمثل في أداء خدمات جديدة، منها التعامل بالبطاقات الإلكترونية تعد بديلة للتعامل النقدي المباشر، إذا يحق للعميل الشراء بموجبها دون سداد ثمن مشتريات أو أداء الخدمات في خفية وكذلك إجراء مسحوبات نقدية من أجهزة الدفع الإلكترونية المعدة لهذا الغرض... ولما كان القانون لم يضع تنظيماً لهذه الخدمة فإن المرجح في بيان حقوق الطرفين هو العقد المبرم بينهما، وباعتبار أن العلاقة بين البنوك و عملائها تخضع لمبدأ سلطان الإرادة، وكان السبب من العقد المبرم بين الطرفين بخصوص إصدار واستعمال البطاقة الائتمانية والمصرفية من طرفيه قد حدد بالبند الثاني منه، تعريفاً لكيفية التعامل بها وهي شراء السلعة أو الحصول على الخدمات أو مسحوبات نقدية باستعمال البطاقة².

ورغم محاولة الفقه و القضاء تأسيس مسؤولية بنك على أساس المسؤولية العقدية عن فعل الأشياء بهدف حماية الحقوق المالية للعميل في مواجهة البنك المسيطر، إلا أنهم عجزوا عن ذلك بما أنهم لم يأتوا بجديد بخصوص أساس المسؤولية وطبيعتها وهو ما استوجب البحث على أساس آخر لمسؤولية البنك بغية توفير حماية أكبر للعميل المتعاقد مع البنك³.

الفرع الثاني: تأسيس مسؤولية البنك على أساس الإلتزام بضمان السلامة

إتضح بعد الدراسة والبحث في المسؤولية العقدية عن فعل الشيء أنها لا توفر الحماية الكافية للعميل في عمليات التحويل المصرفي في مواجهة البنك، وذلك نظراً للتطور

1- سليمان ضيف الله مطلق الزين، مرجع سابق، ص 298.

2- شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 30.

3- المرجع نفسه، ص 31، - سليمان ضيف الله مطلق الزين، المرجع السابق، ص 297.

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

الحاصل في الوسائل المعتمدة في تنفيذ تلك العمليات¹، لذا طرحت تساؤلات في أوساط الفقهاء حول إمكانية إسناد مسؤولية البنك العقدية إلى الإخلال بالالتزام بضمان السلامة عند تنفيذه للعمليات².

وفي التحويل المصرفي نتساءل حول إمكانية إسناد مسؤولية البنك العقدية إلى الإخلال بالالتزام بضمان السلامة عند تنفيذ العمليات المصرفية مستخدماً الأدوات والوسائل الإلكترونية³؟

وتم إقرار فكرة الإلتزام بضمان سلامة من قبل القضاء بهدف تحسين موقف المتعاقد وحمايته من الضرر، سواء إذا تعلق الأمر بسلعة إشتراها أو خدمة مقدمة له، فيتقرر التعويض عن الضرر الذي سيجيب سلامة جسمه وحمايته إستناداً لمفهوم ضمان السلامة حتي ولو لم ينص العقد صراحة عن ذلك، ويكون التعويض في هذه الحالة أساسه المسؤولية العقدية⁴.

ويقصد بالسلامة الحالة التي يكون فيها الكيان الجسدي والصحي للمتعاقد محفوظ من أي إعتداء يكون بسبب تنفيذ إلتزامات التعاقدية التي تربطه بالمتعاقد المحترف مثلما هو الحال في عقد الناقل⁵.

و عرف البعض الإلتزام بالسلامة بأنه "الإلتزام يحرس به المدين على تنفيذ العقد دون أن يلحق الضرر بشخص آخر"، وبما أن العقد شريعة المتعاقدين فمضمونه يتحدد بما أراده و إتفق عليه المتعاقدين، بإضافة إلى ما إتجهت إليه نية المتعاقدين، وبما أن القضاء هو من يحدد مضمون العقد باللجوء إلى المؤشرات التي تساعد في ذلك مما منحه سلطة

1- رفاف لخضر، مرجع سابق، ص 159.

2- سليمان ضيف الله مطلق الزين، مرجع سابق، ص 300.

3- المرجع نفسه، ص 301،- رفاف لخضر، المرجع السابق، ص 159.

4- بطيمي حسين، غزالي نصيرة، " طبيعة وأساس الإلتزام بضمان السلامة"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، ع13، جامعة الاغواط، 2017/03/01، ص69.

5- محمد جويقلي محمد الشريف بحماوي، " الإلتزام بضمان السلامة كمبدأ لكفالة الحق في التعويض"، مجلة الحقيقة، م15، ع39، جامعة أدرار، 2017/01/19، ص137.

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

كبيرة في تحديد مضمون العقد وإكمال النقص في تنظيم الإرادي للعقد، والذي دفعه لتوسيع في مجال المسؤولية العقدية وذلك بإنشائه إلتزمات جديدة وادخالها في نطاق العقد رغم أنها في الأصل غير وارد فيه ولم تتجه ارادة المتعاقدين إليها، والذي يعتبر الإلتزام بضمان السلامة¹.

وبما أن الإلتزام بضمان السلامة إفترضه الفقه والقضاء كالإلتزام إضافي في بعض العقود، وعدم تنفيذه يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية في مواجهه المتعاقد الآخر فهل يمكننا إعتبار هذا الإلتزام من ضمن إلتزمات البنك في عمليات التحويل المصرفي؟ وهل عدم تنفيذ البنك لهذا الإلتزام يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية في مواجهة العميل؟

واستنادا على ما سبق ذكره وجب التطرق إلى الشروط العامة للإلتزام بضمان السلامة ومحاولة إسقاطها على البنك لمعرفة مدى ملائمة هذه الشروط في العلاقة العقدية بينه وبين العميل.

أولاً: شروط تطبيق الإلتزام بضمان السلامة

يربط الفقه والقضاء وجود بالتزام بالسلامة في أي عقد، بتوفر شروط معينة يتمثل الشرط الأول بوجود خطر يهدد المتعاقد الآخر، و الشرط الثاني أن يكون المدين محترف كما في حالة البنك، أما الشرط الثالث أن يكون أمر الحفاظ على السلامة الجسدية لأحد المتعاقدين موكلا إلى المتعاقد الآخر².

1- أن يتضمن العقد خطر يتهدد أو يتعرض له أحد المتعاقدين:

يقوم الإلتزام بضمان السلامة على فكرة إلتزام المتعاقدين بعدم الإضرار بالمتعاقد الآخر أثناء تنفيذ الإلتزام، ومنه فيتم تحديد نطاق هذا الإلتزام بالعقود التي تتضمن خطرا

1- شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص35.

2- فاطمة الزهراء بوقطة، " تأسيس المسؤولية العقدية للبنك عن أخطاء الكمبيوتر على الإخلال بضمان السلامة"، مجلة الأبحاث القانونية والسياسية، ع6، كلية الحقوق والعلوم السياسي محمد بن صديق بن يحي، جامعة جيجل، 2018/06/21، ص 184.

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

قد يتعرض له الأطراف أثناء تنفيذ العقد، ويحدد الفقه الضرر لإعمال الإلتزام بضمان السلامة بأنه الضرر المادي الذي يصيب الإنسان في جسده، حتى يمكن مساءلة الطرف الآخر من العقد على أساس مخالفة الإلتزام بالسلامة، إلا أن غالبية الفقه يرى بأن إضافة إلى الضرر الجسدي فإن الضرر المالي للمتعاقد يكفي أيضا لإثارة مسؤولية المتعاقد الآخر، على أساس الإخلال بالإلتزام بضمان السلامة¹.

وحول مدى إمكانية تطبيق هذا الشرط على الخطر الذي يهدد العميل في العمليات المصرفية وخاصة التحويلات المصرفية للنقود²، وبالرجوع إلى العقود المصرفية التي تجمع بين البنك والعميل، فالبنك مطالب بتنفيذ كل الأوامر التي يصدرها العميل سواء عملية سحب أو تحويل للنقود مستعملا الصراف الآلي للبنك، فإذا لم يلتزم بذلك تقوم المسؤولية العقدية، وحاول الفقه البحث في هذا النوع من العقود عن المخاطر التي قد تلحق بالعميل، والتي يجب حمايته منها على أساس المسؤولية العقدية لإخلال البنك بالإلتزام الضمان سلامه الناتج عن إستعماله للأدوات والوسائل التكنولوجية في تنفيذ الإلتزامه³.

فيرى جانب من الفقه بضرورة وضع البنوك نظام جديد يضمن للعميل مستوى معقول من العمل عند تنفيذ العمليات المصرفية، فإذا صدر خطأ من النظام وأحدث ضرر أصاب العميل يكون البنك في هذه الحالة أخل بالإلتزام بضمان السلامة ومنه فتقوم مسؤولية التعاقدية نظرا لأن البنك يعد المشرف والمراقب على هذا النظام، مما يجعله مسؤول عن الوسيلة والأداة التي تقدم بها العمليات المصرفية التي أمر بها العميل، وإستندوا في ذلك إلى أن البنك يعتبر مدين محترف⁴.

وذهب بعض الفقه إلى وضع مؤشرات تحدد ما إذا كان البنك قد إحترم الإلتزام بالأمان في نظامه الإلكتروني أم لا، ومن أهم هذه المؤشرات:

- 1- شريف محمد غنام، مرجع سابق، صفحة 38.
- 2- رفاف لخضر، مرجع سابق، ص 161.
- 3- شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 40.
- 4- سليمان ضيف الله مطلق الزين، مرجع سابق، ص 301.

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

أ- قدرة النظام على أن يؤمن خدمة منتظمة:

يتلزم هذا المؤشر على البنك أن يضع تحت تصرف العميل نظاما قادرا على معالجة الأوامر وتعليمات العميل بشكل صحيح ومنتظم، أي أن البنك ملزم بتوفير وسائل تمنع من وقوع الخطأ سواء كانت وسائل بشرية على مستوى عالي من الخبرة أو نظام إلكتروني كفاء مع توفر الحرص والانتباه الشديدين من قبل البنك ومنه في حالة وجود خطأ بسبب هذه الأجهزة فتقوم مسؤولية البنك ويلزم بتعويض العميل لإخلاله بضمان السلامة¹.

ب- قدرة النظام على إبطال أي غش:

ويقصد بها قدره النظام الإلكتروني ككل على إصدار أوامر توقيف أي استخدام غير مشروع وذلك عن طريق ما يسمى نظام تحديد الهوية*² المستخدم والتعرف عليه وهو ما يضيف للبنك التزامات ثانوية تتمثل في اصدار وسيلة إتصال آمنة لربط العميل بالبنك وتشيديها باستمرار، وتخصيص إدارة لمتابعة التنفيذ الإلكتروني لهذه العمليات واكتشاف الأخطاء وتفاديها، وتمكين العميل من الإبلاغ عن وجود أعمال غير مشروعه تجري بإسمه، بالإضافة إلى قيام البنك بإلغاء العملية³.

2- أن يكون المدين بالالتزام مدينا محترفا:

ويقصد بإحتراف المدين أن يركز نشاطه المعتاد في إبرام عقود معينة وتنفيذها بحيث يعتمد على هذا النشاط في إكتساب رزقه ويوصف الشخص بأنه محترف حالة توفر شرطين⁴:

أ- تخصص البنك في القيام بالنشاط المصرفي (التخصص):

إن تركيز الشخص على القيام بنشاط معين وإحترامه له بشكل منتظم وبالإعتماد على الوسائل اللازمة لذلك، يكسبه خبرة ودراية واسعة بشأنه، بالإضافة إلى أنه يعكس

1- شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 41.

2- المرجع نفسه، ص 44.

3- سليمان ضيف الله مطلق الزين، مرجع سابق، ص 302.

4- شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 49.

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

مستواه التقني وهو ما ينعكس إيجاباً على علاقته بالمتعاقدين معه، وبإسقاط هذا الشرط على البنوك فنجدها فنجدها تكتسب وصف المتخصص في القيام بالنشاط المصرفي بامتياز، فهي أشخاص معنوية تؤسس في شكل شركات مساهمة، تنفرد بإحتكار العمليات المصرفية على وجه الإعتياد، فهي تقدم القروض وتتلقى الأموال من الجمهور (الودائع) وتضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن وتديرها¹.

وفرض الواقع صفة الإحتراف في أعمال البنوك حيث تتوفر فيها جميع صفات الإحتراف، فالبنك يعمل وفقاً لتنظيم مسبق للعمل ويعمل بصفة مستمرة ومنظمة وتهدف دائماً إلى تحقيق الربح، فمن ناحية التنظيم فالبنك يعتمد في القيام بأعماله على الموارد البشرية ذات الكفاءة العالية المتخصصة في العمل المصرفي بالإضافة لإملاكه جميع الوسائل والأنظمة التي يستعين بها في تنفيذ التزاماته، ومن ناحية الإستمرار والإنتظام فيتضح جلياً في العمليات المصرفية فهي تزاوّل هذا العمل بصفة يومية دون إنقطاع وذلك راجع إلى مشروعها القائم على الموارد البشرية والإمكانات المادية المصخرة لتحقيق هذا المشروع².

ب- إتخاذ النشاط المصرفي كمصر للرزق:

وبالتمعن في العمليات والخدمات المقدمة من قبل البنك فنلاحظ أنه لا يقدمها بالمجان أو دون مقابل بل يقدم الزبائن والمتعاقدين معه مقابل مادي لتلك الخدمات المقدمة من طرفه، والتي تعرف بالعمولة يقتطع منها البنك فائدة تمثل هامش الربح بالنسبة له، ويتحصل البنك عليه في جميع العمليات التي تقوم بها دون إستثناء وتختلف نسبتها من عملية إلى أخرى حسب طبيعة محلها، ورغم أن جميع الأنشطة التجارية تهدف إلى تحقيق الربح إلا أنه ما يميز عمل البنوك عن الأنشطة الأخرى أن هدف البنك لا يقتصر على تحقيق الربح فقط بل يهدف أيضاً لتوسيع نشاطه³.

1- فطيمة الزهراء بوقطة، مرجع سابق، ص 185.

2- شريف محمد عنان، مرجع سابق، ص 52.

3- فاطمة الزهراء بوقطة، المرجع السابق، ص 185.

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

ويتبين لنا غاية وهدف البنك جليا في أنه يتعامل مع جميع الأشخاص دون تحديد مسبق نظرا لسعيه لتحقيق أكبر عائد ممكن من الفوائد والأرباح¹.

نستخلص أن جميع شروط المدين المحترف تتوفر في البنوك وبما أنها تعتبر مدين محترف فيجب عليها توفير جميع الوسائل والإجراءات لتحقيق السلامة للعميل وذلك لحماية من أي ضرر قد يلحقه من استخدام هذه الأجهزة والنظم الإلكترونية، فبالنظر لدرجة إحترافية البنك يتحول إلتزامه من بذل عناية إلى إلتزام بتحقيق نتيجة.

3- أن يكون أمر الحفاظ على السلامة الجسدية للمتعاقد مؤكلا إلى متعاقد الآخر:

مقتضى هذا الشرط أن يكون أحد طرفي العقد خاضعا للأخر من الناحية الجسدية بحيث يفقد سيطرته تماما على سلامته، إلا أنه لا يعني أن يكون في حالة خضوع كلي، كما هو الحال بالنسبة لعلاقة المريض بالطبيب الذي يجري له عملية جراحية، وتستوي أن يكون ذلك من ناحية الحركية أو الفنية².

* - تحديد الهوية: تحتاج البنوك عند تنفيذ أمر التحويل الإلكتروني للأموال التحقق من هوية الأطراف وفي سبيل ذلك يتم القيام بالإجراءات التي تسمح بذلك، والتي تحتوي التوقيع والتصديق الإلكتروني، وبذلك يقادى حدوث تزوير أو انتحال شخصية بالإضافة إلى ضمان نقل أمن المعلومات، أنظر بلجودي أحلام، "البنوك في مواجهة التحويل الإلكتروني للأموال"، منشور في مجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مجلد 17، ع 01-2018، ص 240.

1- شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 53.

2- لخضر رفاف، مرجع سابق، ص 162.

المبحث الثاني

المسؤولية التقصيرية للبنك في عملية التحويل المصرفي

عكس المسؤولية العقدية التي تنشئ نتيجة الإخلال العقدي، فإن المسؤولية التقصيرية تعد مصدرا للالتزام، فهي تترتب على الإخلال بالالتزام قانوني فحواه عدم الإضرار بالغير، والإخلال الذي يقع في المسؤولية التقصيرية ليس إخلال معين نظمت إرادته الطرفين وإنما هو إخلال بالالتزام عام يفرضه القانون وهو المحدد لأحكام هذه المسؤولية التي لا يجوز الإتفاق على تعديلها بإعتبارها من النظام العام¹.

ونظرا للصعوبات التي يواجهها المضرور في مواجهة المسؤول فيما يتعلق بإثبات الخطأ في مسؤولية العقدية فقد إستشعر الفقه العبي الكبير في إثبات الخطأ من جانب المضرور خاصة مع التطور الذي يشهده هذا العصر من وسائل وأدوات تكنولوجيا، وهو ما واكبه من زيادة المخاطر ما جعل التوصل إلى مسبب الضرر أمر في غاية الصعوبة بالإضافة إلى إختفاء أسباب الأضرار مما يؤدي بضياع حق المضرور وذلك لعجزه عن إثبات الخطأ².

وبهدف تحقيق أكبر حماية لهؤلاء المتضررين، حاول الفقه تأسيس مسؤولية البنوك على أساس المسؤولية التقصيرية عن الأخطاء التي تنتج عن هذه الإختراعات الحديثة المستخدمة في تنفيذ العمليات المصرفية، بحيث حاولوا تحميل البنك المسؤولية على أساس المسؤولية التقصيرية مما يجعله غير قادر على نفي المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي³.

و الاتجاه لاعتماد قواعد المسؤولية التقصيرية لتحقيق أكبر قدر من الحماية للعميل في عمليات التحويل نظرا لعدم كفاية قواعد المسؤولية العقدية في تحقيق ذلك، تثير تساؤل

1- العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني-الجزء الثاني-، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 17.

2- شريف محمد عنان، مرجع سابق، ص 73.

3- المرجع نفسه، ص 74 ، - سليمان ضيف الله مطلق الزين، مرجع سابق، ص 273.

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

حول مدى إمكانية تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية على أطراف تجمع بينهم علاقة تعاقدية تم الإتفاق فيها على حدود هذه العلاقة؟

وللإجابة على هذا التساؤل سوف نبحث في قواعد المسؤولية التقصيرية وإسقاطها على الأطراف العلاقة العقدية المتمثلين في البنك والعميل، ومن أجل ذلك سنقسم مبحثنا إلى مطلبين، سنتناول المسؤولية التقصيرية للبنك عن فعله الشخصي في عمليات التحويل المصرفي (المطلب الأول)، ثم سنتطرق إلى مسؤولية البنك غير الشخصية في التحويل المصرفي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مسؤولية البنك التقصيرية عن فعله الشخصي في التحويل المصرفي

الأصل أن لكل من المسؤولية العقدية والتقصيرية حدودها و مجالها، الذي تختص به، فلا يجوز الخروج عن نطاق إحدى المسؤوليتين لتطبيق نطاق الأخرى، إلا أنه في بعض الحالات فقد يعتمد تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية في المجال العقدي، وذلك حالة كأن الضرر ناتج عن إخلال عقدي وقانوني في نفس الوقت¹.

وللبحث في المسؤولية الشخصية للبنك، يجب علينا أولاً التطرق إلى مفهوم المسؤولية التقصيرية للبنك اتجاه عملائه والقواعد التي تحكمها، ثم سوف نتطرق إلى مدى إمكانية منح المضرور حق إختيار بين المسؤولية التقصيرية والعقدية، ثم أخيراً سنتناول الحالات التي تقوم فيها المسؤولية التقصيرية للبنك المتعاقد مع عملائه في عمليات التحويل المصرفي.

الفرع الأول: مفهوم المسؤولية التقصيرية للبنك إتجاه عملائه و القواعد التي تحكمها

يقصد بالمسؤولية عن الفعل الشخصي كل عمل شخصي يصدر عن المسؤول نفسه مسببا ضرر بالغير، وهي مسؤولية تقوم على الخطأ واجب الإثبات، والخطأ هنا غير

1- لخضر رفاف، مرجع سابق، ص 167.

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

مفترض بل واجب الإثبات¹، وعلى المضرور إثباته كما عليه إثبات باقي أركان هذه المسؤولية فلا مسؤولية بغير خطأ، فإذا أثبت الخطأ وترتب عليه ضرر للغير فإن مرتكب الخطأ ملزم بتعويض الغير عن هذا الضرر².

وتشكل هذه المسؤولية القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية حيث تكون العبرة بالفعل الشخصي أي الخطأ في المسؤولية عن الأفعال الشخصية، حيث يمكن الرجوع عليها في الحالات التي لا يوجد لها تنظيم خاص بالمسؤولية³.

بحيث يمكن الإدعاء بالمسؤولية عن الأعمال الشخصية باعتبارها الشريعة العامة، كما يمكن الإدعاء بصفة إحتياطية بالمسؤولية عن فعل الغير أو المسؤولية الناشئة عن فعل الشيء حالة توفرها، فالمسولية عن الفعل الشخصي يكون المسؤول فيها هو الفاعل أي ألحق الضرر بالغير نتيجة لفعله الشخصي ومنه فهو ملزم بالتعويض.

وسارت أغلب التشريعات على هذا المنوال، حيث نصت المادة 1/132 من القانوني المدني المصري على أنه: "كل خطأ يسبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض"، فالمشرع المصري استلزم لقيام المسؤولية والتعويض عن الضرر أن يكون الخطأ مرتكب من قبل شخص أدى إلى ضرر وهو ما يوجب التعويض، وهنا قصد الخطأ الشخصي أي الفاعل يتحمل مسؤولية فعله، وهو ما أكدته المادة 1383 من القانوني المدني الفرنسي حيث أقامت المسؤولية عن كل من تسبب بكارثة نتيجة إهماله أو اغفاله، بالإضافة إلى ما جاءت به المادة 164 من القانوني المدني المصري والتي نصت على أنه: "يكون الشخص مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز"⁴، فنلاحظ أن كل من المشرع المصري والفرنسي قد تطرقوا للمسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي بحيث الحقوق المسؤولية بكل من تسبب بضرر للغير نتيجة خطأه الشخصي أي فعل أو إهمال أو مخالفة قواعد قانونية مما سبب ضرراً للغير، وألزم هذا الفاعل بالتعويض.

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 775.

2- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 60.

3- لخضر رفاف، مرجع سابق، ص 168.

4- سليمان ضيف الله مطلق الزين ، مرجع سابق، ص 305.

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

غير أن المشرع الفرنسي كيف الفعل المنشئ للمسؤولية على أنه خطأ وهو ما استلزم الرجوع إلى سلوك الفاعل وإدراكه لتقدير ما إذا كان الفعل الضار يعد خطأ أم لا¹.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أورد احكام تفصييلة لهذا النوع من المسؤولية حيث نظمها في المواد 124-133 من القانوني المدني الجزائري، وتطرت المادة 124 من القانوني المدني الجزائري إلى القاعدة العامة للمسؤولية التقصيرية وهي المسؤولية عن الفعل الشخصي حيث نصت المادة على أنه: " كل عمل أيا كان، يرتكبه المرء يسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"².

ونستخلص من التعاريف السابقة أن المسؤولية عن الفعل الشخصي تقوم على الخطأ الواجب الإثبات، أي أن المضرور مطالب بإثبات الخطأ الصادر من المسؤول الذي صدر منه الفعل، فالخطأ في هذا النوع من المسؤولية غير مفترض بل يمكن للدائن إثباته باعتباره ركن من أركان هذه المسؤولية، بالإضافة إلى الأركان الأخرى المتمثلة في الخطأ والعلاقة السببية، فلو اختل ركن من هذه الأركان لا تقوم المسؤولية عن الفعل الشخصي.

فالخطأ ركن المسؤولية التقصيرية إالول وفي نفس الوقت أساسها، ومعنى ذلك أنه لا يكفي لحدوث ضرر بفعل شخص حتى يلتزم بالتعويض، بل يجب أن يكون ذلك الفعل خطأ، فالخطأ شرط ضروري للمسؤولية المدنية³.

واختلف الفقهاء في تعريف الخطأ، حيث عرفه البعض على أنه: "اخلال بالإلتزام سابق"، ومنهم من عرفه على أنه: "اخلال بالإلتزام سابق نشأ عن العقد أو القانوني أو قواعد الأخلاق"، وهناك من عرفه على أنه: "اخلال بواجب كان بإمكان معرفته ومراعاته"⁴.

إلا أننا نميل إلى تعريف الأستاذ العربي بلحاج حيث عرفه بأنه: "الإخلال بالإلتزام قانوني أي بمعنى الإنحراف في السلوك المألوف للشخص العادي ويتمثل هذا الإلتزام في

1- علي فيلالي، مرجع سابق، ص 43.

2- لخضر رفاف، مرجع سابق، ص 168.

3- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 62.

4- علي الفيلاي، المرجع السابق، ص 45.

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

وجوب أن يصطنع الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير، فإذا انحرف في السلوك الواجب وكان مدركاً لهذا الانحراف، كان هذا منه خطأ يستوجب المسؤولية التقصيرية¹.

ومن خلال التعاريف السابقة الذكر فإن ركن الخطأ يستوجب عنصرين، حيث يتمثل العنصر الأول في التعدي والانحراف وهو العنصر المادي في الخطأ، أما العنصر الثاني فهو العنصر المعنوي والمتمثل في الإدراك.

وبالنسبة للعنصر المادي المتمثل في التعدي أو الانحراف فهو الإلتزام القانوني العام بعدم الإضرار بالغير، أي هو إنحراف في السلوك المألوف للرجل العادي، فهو تجاوز للحدود التي يجب على الشخص الإلتزام بها في سلوكه ذلك لأن القانون يفرضه بطريق مباشر وبنصوص خاصة²، أما بالنسبة للمعيار الذي يقاس عليه الانحراف، فإتفق كل من الفقه والقضاء على أن المعيار الصحيح لقياس التعدي هو المعيار الموضوعي إذ يفترض في الناس جميعاً أن يبتغو درجة من اليقظة والحيلة كالرجل العادي الذي عرفه القانون برب الأسرة الحريص، فالمعيار الموضوعي لا يتغير من الشخص إلى آخر ولا يتغير بالأمور الخفية المتصلة بالشخص المعتدل بل هو مقياس ثابت بالنسبة للجميع³، والشخص العادي الذي يجعل سلوكه المألوف مقياس للخطأ يجب أن أن يتجرد عن الظروف الداخلية الذاتية الملازمة للشخص المعتدي كحالته الصحية والجسدية والنفسية، لكن دون أن يتجرد من الظروف الخارجية التي تحيط بالتعدي كالظروف الزمان و المكان التي أحاطت بالفعل⁴.

1- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 63.

2- المرجع نفسه، ص 65.

3- بن قردى أمين " الخطأ في المسؤولية التقصيرية من حيث الإثبات والانتفاع"، مجلة دراسات وأبحاث، م 7، ع 21، جامعة مستغانم، 2015/12/15، ص 384.

4- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 784،- العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 69.

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

وتجدر الإشارة أن لإخلال بالالتزام القانوني الذي ينتج عنه المسؤولية التقصيرية دائماً يكون ببذل عناية، أي عناية الرجل العادي المجرّد من الظروف الشخصية¹، بالإضافة أن المسؤولية لا تتأثر بالدرجة خطورة الخطأ، بل درجة الخطورة يستند إليها القضاء حتى يستطيع من خلالها تقدير التعويض حتى يضمن للمضرور تعويض عادل وكافي².

أما بالنسبة لإثبات التعدي في كل حالات المسؤولية التقصيرية يقع هذا العبء على طالب التعويض، أي عليه أن يثبت أن الضرر الذي أصابه كان نتيجة التعدي من قبل الشخص المسؤول وذلك إعمالاً لقاعدة البينة على من إدعى³.

أما العنصر الثاني فتمثل في العنصر المعنوي ويقصد به الإدراك أي ضرورة القصد أو على الأقل التمييز، ولقيام الخطأ التقصيري يشترط إدراك المتعدي بأفعاله أي يكون قادر على التمييز بين الخير والشر، فلا تقوم مسؤولية عديم التمييز⁴، ويفيد أن المسؤول يدرك أنه ينحرف عن السلوك العادي ويعلم أنه ينوي خرق إلتزام قانوني أو عرفي أو قضائي⁵، ومن ثم تحمل ما يترتب عن الفعل من جزاء⁶.

وهو ما أكدته المادة 125 من القانوني المدني حيث نصت على أنه: "لا يسأل المسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو باهمال منه أو عديم الحيطة، إلا إذا كان مميزاً"⁷.

ويستنتج أن المشرع الجزائري اشترط التمييز في الشخص المسبب للضرر حتى تقوم مسؤوليته عن فعله الشخصي، ومنه فلا يمكن مسائلة فاقد الأهلية عن أعماله الضارة

1- رفاف لخضر، مرجع سابق، ص 196.

5- Philippe Malaurie, Laurent Aynés, **droit des obligations**, 8e édition, LGDJ, Paris, 2016, p50.

2- حسين عامر و عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية و العقدية، دار المعارف، ط2، مصر، 1979، ص 489.

3- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 73.

4- سامي الجبري، شروط المسؤولية المدنية- في القانون التونسي والمقارن-، دار الطباعة للنشر والتوزيع طبعة 1، تونس، 2011، ص 141.

5- علي فيلاي، مرجع سابق، ص 64.

6- أنظر المادة 125 من الأمر 75-58، السابق ذكره .

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

فالأصل أن لا مسؤولية لغير المميز، بإضافة إلى الصبي غير مميز، أما بالنسبة للسفيه وذو الغفلة فيجوز مسألتهم لتوفر التميز بينهم¹.

الفرع الثاني: الخيرة بين المسؤولية العقدية والتقصيرية

هناك إجماع فقهي وقضائي على عدم جواز الجمع بين المسؤوليتين، سواء عن طريق دعوتين متماثلتين أو عن طريق الجمع بين ما هو أصلح²، وحتى إن ترتب عن الفعل الواحد نفس المسؤوليتين في نفس الوقت فإن الدائن لا يستطيع أن يرفع إلا إحدى الدعوتين ولا يمكنه الجمع بينهما، وحالة اجتمع في الفعل الواحد شروط كل من المسؤولية العقدية والتقصيرية فلا يجوز للدائن المطالبة بالتعويض بما أنه من الغير المعقول الحصول على تعويض نتيجة لضرر واحد، كما لا يجوز حالة رفع دعوى من قبل الدائن على أساس إحدى المسؤوليتين ولم يحكم للصالحه فيها أن يرفع دعوى ثانية على أساس الأخرى وذلك بسبب أن هذا الرجوع يتعارض مع حجية الشيء المحكوم به، ومنه لا تقبل دعواه الثانية³، وهو ما جعل الفقه يهجر فكرة الجمع بين المسؤوليتين واتجه إلى فكره الخيرة بين المسؤوليتين⁴.

وانقسم الفقه في هذه المسألة إلى إتجاهين فهناك إتجاه يعارض مبدأ الخيرة بين المسؤوليتين وإتجاه يؤيده، ومنه سنقوم بعرض آراء وحجج كل إتجاه.

أولاً: الإتجاه المعارض لمبدأ الخيرة بين المسؤوليتين

يرى أنصار هذا الإتجاه أنه للمضروور ليس الحق في الإختيار بين إحدى المسؤوليتين مادام أن هناك عقداً فلا يصح للدائن أن يرفع سوى المسؤولية العقدية لأن علاقة الدائن والمدين مرجعها العقد وحده، وإستند في ذلك إلى الحجج التالية:

1- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 84.

2- علي فيلاي، مرجع سابق، ص 22.

3- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 32.

4- لخضر رفاف، مرجع سابق، ص 170.

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

بما أن كلا المسؤوليتين مستقلتين عن بعض وأن لكل منهما نص خاص في القانوني المدني فلا يمكن من الناحية الفنية تطبيق المبادئ التي وضعت لإحداهما على الأخرى، ومنه فلا يجوز للمدين الخيرة بين المسؤوليتين بصفة مطلقة أيا كانت صورة الإخلال الذي وقع من المدين.¹

واستندوا أيضا إلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ومتى إتفق المتعاقدان على العقد أصبح قانونا لهم فلا يجوز لهم مخالفته، بإضافة إلى وجوب إحترام مبدأ سلطان الإرادة فيجب إعمال المسؤولية العقدية فإذا سكت المتعاقدان عن المسؤولية التي تترتب على مخالفة أحكام العقد فسر هذا السكوت على إرادتهم تطبق أحكام المسؤولية العقدية، ويقول "جوسيران" في هذا الصدد باعتباره من أشد المعارضين لمبدأ الخيرة أن المسؤولية التقصيرية تطبق على غير المتعاقدين ومنهم فلا يجوز إعتبار المتعاقدين من الغير وبما أن المتعاقدين إتفقوا على أحكام معينة تطبق عليهم في العقد، فلا يجوز فرض عليهم أحكام غير المتفق عليها²، وهو ما سار عليه الفقه الفرنسي بإعتباره المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية منفصلتان ويتعلق موضوعهما بمسائل مختلفة، وبما أن الأطراف يجمعهم عقد تم الإتفاق على جميع أحكامه فلا يمكن توظيف المسؤولية التقصيرية عند عدم إحترام أحكام العقد³.

أما بالنسبة للأحكام القضائية فنلاحظ أن كل من القضاء المصري والفرنسي قد أخذ بمبدأ عدم الخيرة في أحكامه وقراراته، حيث اعتبر انه متى قام العقد وكان الضرر قد لحق أحد طرفيه نتيجة لإخلال بالإلتزام الناشئ عنه يتعين الأخذ بالأحكام هذا العقد دون سواها، ومن أبرز هذه الأحكام نذكر⁴:

1- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 36.

2- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 127.

3- سامي الجبري، مرجع سابق، ص 82.

4- المرجع نفسه، ص 88.

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

حكم محكمة النقض الفرنسية لسنة 1905 حيث رفضت ما أثاره المريض من إمكانية التمسك ضد الطبيب بالفقره الأولى من المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي لتفادي ما عليه من عبئ الإثبات¹.

ورغم رفض أنصار هذا الإتجاه الخيرة بين المسؤوليتين حالة وجود عقد بين الدائن والمدين إلا أنهم أوردو مجموعة من الإستثناءات على هذا الرفض، حيث أجازو ذلك في حالة ما إذا إعتبر عدم تنفيذ الإلتزام العقدي جريمة جنائية كما أجازو الخيرة في حالة كانت الدعوة المدنية ناتجة عن جريمة مخالفة الإلتزام العقدي، بالإضافة إلى حالة ارتكاب المدين غش أو خطأ جسيما في عدم تنفيذ التزامه².

ثانيا: الاتجاه المؤيد لمبدأ الخيرة

يرى أنصار هذا الإتجاه أن المسؤولية التقصيرية يمكن أن تدخل في النطاق العقدي دون أن يتعارض تحققها مع كون العقد قائما منتجا لأثاره³، ويستند أنصار هذا الإتجاه إلى الحجج التالية:

بما أن المسؤولية التقصيرية من النظام العام فلا يجوز الإتفاق على استبعادها بما أنها من الأصل العام عكس المسؤولية العقدية التي يجوز للمتعاقدين التنازل عنها، بالإضافة إلى أن المسؤولية التقصيرية موجودة قبل العقد وتسري أحكامها على المتعاقدين قبل التعاقد فإذا تم التعاقد فذلك يعتبر إضافة وهذه الإضافة لا تقصي المسؤولية التقصيرية.

وأضاف رافضوا الخيرة بأن القانوني المدني قد فصل بين المسؤوليتين وذلك بنصه على المسؤولية التقصيرية في باب مستقل ليس معناه منع الخيرة بما أن الترتيب الشكلي لأحكام هذه المسؤولية لا يترتب عليه حكم موضوعي⁴.

1- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 36.

2- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 128.

3- لخضر رفاف، مرجع سابق، ص 172.

4- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 124.

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

كما أن قيام العقد حسبهم لا يتعارض مع قيام المسؤولية التقصيرية التي تتداخل في النطاق العقدي فليس القانون ما يفيد أن العقد يستبعد المسؤولية التقصيرية بما أنه لا يوجد دليل على أن الإرادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين قد قضت بإستبعاد قواعد المسؤولية التقصيرية بما أن كل متعاقد يسعى أن يزيد من حقوقه ويضيف إليها ضمانات جديدة¹.

وأكد هذا الإتجاه أن المسؤولية تنتشر إلى شطرين الأول ذو مصدر عقدي والثاني ذو مصدر تقصيري، ولإضفاء التكامل بين المسؤوليتين فلا يوجد مانع من الخيار بين المسؤوليتين إذا كان ذلك بمثابة حماية للطرف المضرور والذي قد يمنحه فرص أكثر لإستحقاق التعويض حالة إذا كان حجم التعويض في المسؤولية العقدية ضئيل يضر بهذا الطرف، ومن وجهة نظرهم أن الخيرة تؤدي إلى تحقيق التوازن في العلاقات الإجتماعية²، بالإضافة إلى نقل عب الإثبات من الدائن إلى المدين وهو ما يسهل للدائن الحصول على التعويض عكس المسؤولية العقدية التي يكون فيها الدائن هو المطالب بالإثبات، بالإضافة أيضا في حالة التضامن ففي المسؤولية التقصيرية يقوم بحكم القانون عكس المسؤولية العقدية الذي يجب أن يكون بالإتفاق وهو ما يسمح للدائن بضمان أكثر للتعويض³.

وبسبب الحلول و الضمانات التي تمنحها قواعد المسؤولية التقصيرية حاول جانب من الفقه تأسيس مسؤولية البنك عن الأضرار التي تلحق بالعميل في عمليات التحويل المصرفي على أساس المسؤولية عن الفعل الشخصي، حيث يرى هذا الإتجاه أن هذه أن هذه الفكرة هي الأنسب لإقامة مسؤولية المصرف على أساسها، بما أن المصرف يضمن أي ضرر يلحق بالعميل نتيجة إستخدامه لمختلف الوسائل والأدوات كالكمبيوتر وذلك بسبب ارتباطه مع العميل بعقد كان السبب في حصول الضرر، ومنه فمعيار التسبب بالذات بذلك في ضمان تعويض العملاء عن الأضرار التي يسببها استخدام هذه الوسائل

1- رفاف لخضر، مرجع سابق، ص 173.

2- عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات- الكتاب الثاني- المسؤولية المدنية، دار الأمان للتوزيع، طبعة 3، الرباط، 2011، ص 25.

3- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 624.

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

من طرف البنك يصعب على البنك التهرب من المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي بصفه خاصة وذلك للإلتزام البنك أمام العملاء بالمحافظة على أموالهم¹.

ولكن تحقق المسئوليتين في ان واحد أمر إلا في حالات محددة إستثنائها الفقه ومثال ذلك حالة وضع أطراف العقد نص قانوني في العقد الذي يجمعهم وحدث اخلاص بهذا النص هنا تقوم المسؤولية التقصيرية وليس المسؤولية العقدية بما أنا إرادتهم لم تتدخل في إنشاء النص وإنما اقتصروا على وضعه فقط، أما إذا تدخلت إرادتهم وقاموا بتعديل هذا النص فهنا يمكن مساءلة الطرف المخل بالإلتزام على أساس المسؤولية العقدية بما أن النص يترجم إرادتهم مما جعل الإخلال عقدي وليس قانوني².

الفرع الثالث: حالات قيام المسؤولية التقصيرية للبنك المتعاقد

وبما أن الرأي الغالب في الفقه أخذ بعدم جواز تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية بين الطرفين يجمعهم عقد مما يجعل العميل الحق أثناء قيام بعملية تحويل مصرفي تأسيس دعوه في مواجهه البنك على أساس المسؤولية العقدية دون المسؤولية التقصيرية، إلا أن هذا الإتجاه إستثنى حالات معينة يجوز فيها للعميل تأسيس دعواه على أساس المسؤولية التقصيرية في خضام علاقته العقدية مع البنك، وتتمثل هذه الحالات عندما يكون الخطأ العقدي من البنك يشكل في نفس الوقت جريمة جنائية وأيضاً حالة شكل الخطأ العقدي الصادر من البنك غشا أو خطأ جسيم أثناء قيامه بتنفيذ إلتزاماته.

أولاً: الخيرة في المسؤولية حالة الجريمة

ونكون أمام هذه الحالة في حالة وجود عقد يربط بين طرفين وصاحبه إخلال بالإلتزام عقدي إلى جانب قيام المسئول بعمل يشكل عمل إجرامي وبالتالي فالفاعل هنا أخل بالإلتزام العقدي التي تحدد أحكامه إرادة الأطراف بالإضافة إلى الإخلال بالإلتزام القانوني الذي لا يخضع لإرادتهم وهو ما يؤدي إلى إشكال في نوع المسؤولية، فهل يتم تطبيق

1- لخصر رفاف، مرجع سابق، ص 175.

2- المرجع نفسه، ص 176.

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

قواعد المسؤولية العقدية وقواعد المسؤولية التقصيرية معا؟ أم يتم تجاهل العقد واللجوء إلى القواعد التقصيرية؟ أم أن الحرية تعود للمضروب وهو من له حرية الإختيار بما يراه في صالحه؟

فيرى في هذه الحالة غالبية الفقه أنه يجوز الإختيار بين قواعد المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية كإستثناء في حالة صاحب تنفيذ العقد عمل إجرامي مستندين في ذلك إلى أن شروط الدعوتين قد توافرت ومنطق القانون أنه متى توفرت شروط الدعوى جاز لها أن ترفع، وفي هذه الحالة يجوز للدائن الخيرة بين المسؤوليتين¹.

ويرى جانب معارض لفكرة الخيرة أن الدعوى تكون للمسؤولية العقدية لتوفر الشروط التي تسمح للمضروب أن يتمسك بها، وبما أن الإخلال الواقع يمثل إخلال بالالتزام عقدي فالمسؤولية العقدية هي الأولى وإلا إختلطت الفروق فيما بينها وبين المسؤولية الجنائية، وأضافوا أيضا أن ما وقع من إخلال بالعقد ومن فعل إجرامي فالأولوية لتطبيق المسؤولية العقدية التي تم الإتفاق على أحكامها وتعتبر عن إرادة المتعاقدين².

وانتقد رأي آخر الرأي السابق على إعتبار أن المسؤولية العقدية تضمن التعويض عن الضرر المتوقع الذي تم الإتفاق عليه فقط دون أن يتعدى إلى الضرر غير متوقع، ففي حالة حدث وأن وقع إخلال بالالتزام العقدي وصاحبه عمل إجرامي فتطبق المسؤولية العقدية فلا يتم تعويض المضروب عن الضرر الذي مسه العمل الإجرامي وهو ما يؤدي إلى نقص حقوق المضروب لذلك، نادى أصحاب هذا الرأي إلى تطبيق المسؤولية التقصيرية وذلك لحماية المضروب من الضرر الغير متوقع³.

اما بالنسبة لحالة البنك وبإعتباره شخص معنوي فمن المنطقي لا يتصور أن إخلاله بإتزامه العقدي يؤدي إلى إرتكاب جريمة، وبما أنه يتم تمثيله من قبل موظفين أي أشخاص طبيعيين في تعامله مع عملاءه فإن حالة إرتكاب أحد هؤلاء لجريمة جنائية

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 758.

2- حسين عامر و عبد الرحيم عامر، مرجع سابق، ص 110.

3- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 127.

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

خلال ممارستهم لوظيفتهم في البنك فلا يسأل البنك عن هذه الجريمة أي لا يسأل على أساس فعله شخصي وذلك لإملاكه الشخصية المعنوية، إلا في حالة كانت هذه الجريمة المرتكبة من قبل الموظف صادرة من البنك نفسه ودون الخروج عن حدود ما تتطلبه وظيفة الموظف،¹.

ثانيا: الخيرة حالة ارتكاب البنك غشا أو خطأ جسيم

إن إعطاء العميل المتعاقد مع البنك حرية الإختيار على أي أساس يرفع دعواه حاله إرتكاب البنك لغش أو خطأ جسيم في تنفيذ إلتزامه فيه حماية للعميل وتشديد للمسؤولية على البنك بما أنه أخل بمبدأ حسن النية في العقد الذي يجمعه مع العميل و بالإضافة لإخلاله بالثقة التي وضعها فيه العميل حيث إستثمره على أمواله والتي من المفروض أن البنك مسؤول عنهما ويحميها، وإعطاء العميل المتعاقد مع البنك في عملية التحويل المصرفي حرية الإختيار بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية قد يحقق له حماية أكبر في حالة إرتكاب البنك لغش أو خطأ جسيم، حيث يتسنى له ضمان التعويض حالة أسس دعواه على أساس المسؤولية التقصيرية ونقصد هنا بالتعويض عن الخطأ الغير متوقع والذي يتجنبه البنك بتمسكه بالمسؤولية العقدية التي تكفل التعويض عن خطأ المتوقع فقط.

وإتفقت أغلب الشرائح² على أنه إذا كان الضرر ناشئ عن غش أو خطأ جسيم فإن للمضرور أن يطلب تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية حالة رأى في ذلك مصلحة له، حيث اعتبروا أن تمسك المسؤول بتطبيق قواعد المسؤولية العقدية لا محل له في حالة الغش وأن حالة تضمن الإخلال بالإلتزام غش أو خطأ جسيم فإن الإخلال هنا تضمن خطأ عقدي وتقصيري وللمضرور حرية الإختيار بين المسؤوليتين.

ومنه نتساءل عن القصد من مصطلح الغش والخطأ الجسيم الذي يصدر من البنك والذي من خلاله يجوز للعميل الإختيار بين المسؤوليتين؟

1- لخضر رفاف، مرجع سابق، ص 177.

2- حسين عامر و عبد الرحيم عامر، مرجع سابق، ص 110.

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

يعرف الفقه الغش على أنه "تصرف سلبي مصدره أحد الأطراف المتعاقدة بغية الإضرار"¹.

أما الخطأ الجسيم فيعرفه البعض على أنه² "ترك الإحتياط عن دفع ضرر متوقع"، ويكون الخطأ جسيماً عندما يكون الإخلال بالواجبات القانونية على جانب من الأهمية أو الإهمال الذي يكون على قدر من الجسامة والخطورة³.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يتطرق لتعريف الغش والخطأ الجسيم إلا أنه قد ساوى بين أحكام كل منهما وذلك في المادة 185 والمادة 372 من القانون المدني، حيث أقر بأن الغش والتدليس والخطأ الجسيم يتطلبون دوماً وجود نية في الغش و الخداع لدى الفاعل .

لكن المساواة بين الغش والخطأ الجسيم تؤدي إلى نفس الآثار القانونية في حالة تحققها، إلا أن الخطأ الجسيم مهما كان لا يعني بالضرورة أن مرتكبه يرغب في تحقق الضرر مثل الخطأ الغير العمدي كالإهمال وعدم الحيطة عكس الغش الذي تتوفر فيه القصد والنية للإضرار بالغير⁴.

ونصت المادة 2/182 من القانون المدني الجزائري على أنه: "... غير أنه إذا كان الإلتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غش أو خطأ جسيم إلا بالتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد"⁵.

ويستنتج من هذه المادة أن المشرع الجزائري منح حرية الخيرة بين المسؤولين في حالة ارتكاب المدين لغش أو خطأ جسيم أثناء تنفيذ إلتزامه وذلك لجبر الضرر الغير

1- خالدي أمين، " الغش كاستثناء لمبدأ إستقلالية الإلتزام المصرفي في إعتقاد المستندي"، المجلة الجزائرية للعلوم الإقتصادية والإجتماعية والسياسية، م 53، ع4 كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 01/12/2016، ص 502.

2- لخضر رفاف، مرجع سابق، ص 179.

3- العرعاري عبد القادر، مرجع سابق، ص 80.

4- علي فياللي، مرجع سابق، ص 75.

5- أنظر المادة 182فقرة 2 من الأمر 75-58، السابق ذكره .

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

متوقع حالة تأسيس الدعوى على أساس المسؤولية التقصيرية بما أن المسؤولية العقدية لا تضمن للمتضرر سوى التعويض عن الضرر المتوقع وقت إبرام العقد.

أما في حالة البنك فقد يشكل الإخلال بالتزاماته التعاقدية الملزم بها أمام العميل بموجب العقد خطأ جسيماً، إلا إذا ارتكاب البنك خطأ جسيماً أثناء تنفيذ التزاماته العقدية لا يغير من صفة الخطأ بحيث لا يتحول من خطأ عقدي إلى خطأ تقصيري وحالة العكس يؤدي إلى إحكام قواعد المسؤولية التقصيرية في غير مجالها.

بالإضافة إلى حالة الغش والخطأ الجسيم يمكن مساءلة البنك على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية في حالات أخرى، كما لو أنه أدلى بمعلومات خاطئة أثناء مرحلة التفاوض لأن الخطأ في هذه الحالة يكون صادر من البنك قبل التعاقد فلا يمكن لهذا الأخير التحجج ببنود العقد بما أن العقد لم يبرم بعد والعميل في هذه الحالة يعتبر من الغير وأي إضرار به يتحمل البنك المسؤولية على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية، ونفس الأمر بالنسبة لحالة بطلان العقد بما أن البطلان يتم أعمال أثره الرجعي وهو ما يستبعد العقد¹.

ورغم أن المسؤولية التقصيرية الشخصية تحقق نوع من الفائدة لعملاء لبنك حالة تعرضوا لأضرار من جراء قيامهم بعمليات التحويل المصرفي، إلا أنها لا تحميهم من جميع الأضرار الذي قد يسببها استعمال النظام الرقمي أو الوسائل والأدوات المستعملة وسبب ذلك أن هذا نوع من المسؤولية يستوجب إثبات الخطأ وإثبات العميل لخطأ البنك يعتبر أمراً صعب التحقق لإمتلاك البنك السيطرة والتحكم على النظام الإلكتروني والأدوات المستعملة من قبله وهو ما يدفعه لإستعمال هذه الخاصية لصالحه، بالإضافة إلى أن المخاطر التي تلحق بالعميل في عمليات التحويل المصرفي غير محصورة في الإستثناءات التي مكن الفقه من خلالها المدين من بالخيرة بين المسؤوليتين².

1- لخضر رفاف ، مرجع سابق، ص 181.

2- المرجع نفسه، ص 182.

المطلب الثاني

المسؤولية التقصيرية غير الشخصية كأساس لمسؤولية البنك

إذا كان في المسؤولية التقصيرية الشخصية يسأل الشخص على أساس أعمال المخالفة للقانون التي قام بها بنفسه، فقد يسأل مدنيا أيضا عن الأفعال الصادرة من شخص آخر حالة أدت هذه الأفعال إلى حدوث ضرر بالغير¹.

وتقوم المسؤولية التقصيرية الغير شخصية على أساس الخطأ المفترض عكس المسؤولية التقصيرية عن الأفعال الشخصية التي تقوم على وجوب إثبات الخطأ، حيث تسهل هذه القواعد عن المضرور في تعويض الضرر الحاصل له وذلك بإزالة عبئ إثبات الخطأ من عليه².

وبما أن البنك يستعين لتنفيذ إلتزامه في عملية التحويل المصرفي بمجموعة من الموارد البشرية بالإضافة إلى الوسائل والأدوات الإلكترونية فإلى أي مدى يمكن مسألته على أساس أخطاء الأشخاص والوسائل؟ وهل يمكن فرض الخطأ في جانبه عن اخطائهم وذلك عن طريق التطبيق قواعد المسؤولية عن اخطاء تابعيه؟ (فرع الأول)، أو بإعتباره حارسا للوسائل والنظام الإلكتروني الذي من خلاله تتم عملية التحويل المصرفي (فرع الثاني)؟

الفرع الأول: مسؤولية البنك باعتباره متبوعا

باعتبار أن البنك شخص معنوي لا يستطيع ممارسة أنشطته بنفسه وإنما يعتمد على أشخاص طبيعيين يمثلونه ويعملون لحسابه، وذلك من خلال وضعهم للأنظمة الإلكترونية وإدارتها بالإضافة إلى تعاملهم مع عملاء البنك³، كما يستعين بمجموعة اشخاص للقيام بعملية الصيانة للوسائل المستعملة في عملية تحويل مصرفي، فإذا أحدث هؤلاء ضررا

1- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 206.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 991.

3- براهيمى فايزة، مسؤولية المدنية للبنك عن الودائع المدعة لديه، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016/2017، ص 102.

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

نتيجة الأعمال التي يقومون بها فإن هذا البنك لا يكون أحدث ضرراً بنفسه وإنما بواسطة تابعيه¹.

وبما أن البنك له شخصية معنوية مستقلة عن شخصية موظفيه فإن التساؤل الذي نطرحه في حالة صدر خطأ من قبل من يعملون لحسابه، فهل يتم مساءلة البنك على أساس أنه متعاقد أم يسأل بإعتباره متبوع؟

وللإجابة على هذا التساؤل يجب أولاً التطرق لمضمون نظرية التبعية ثم سوف نتطرق إلى المركز القانوني لموظفي البنك، وأخيراً الحالات التي تقوم فيها مسؤولية البنك بإعتباره متبوعاً.

أولاً: مفهوم نظرية التبعية

تعتبر مسؤولية المتبوع عن عمل التابع هي الحالة الوحيدة التي يسأل فيها الشخص عن عمل الغير بالمفهوم القانوني الحقيقي، وذلك نظراً لأهميتها البارزة في الحياة العملية نتيجة للأضرار التي قد تقع من التابع وذلك بسبب أن في كثير من الأحيان يستخدم الإنسان شخصاً أو عدة أشخاص ليحل محله في تصريف أموره الخاصة تحت إدارته وإشرافه².

أما بالنسبة لتعريف أطراف العلاقة المتمثلة في كل من المتبوع والتابع فقد تعددت التعاريف الفقهية محاولة إعطاء تعريف جامع لكل طرف.

ففي هذا الصدد يرى الدكتور علي سليمان أن التابع هو الشخص الذي يخضع لسلطة المتبوع ويتلقى منه الأوامر والتعليمات ويطيعه في توجيهه فعلاً أو يفترض أن يطيعه³.

أما بالنسبة للمتبوع فقد عرفه الدكتور مخلوفي محمد على أنه "الشخص الذي يلجأ لخدمات شخص آخر لحسابه ومصالحته وله الحق في إصدار الأوامر والتعليمات حول الطريقة التي يتعين على ذلك الشخص أن يؤدي العمل بمقتضاه"¹.

1- لخضر رفاف، مرجع سابق، ص 183.

2- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 309.

3- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 10.

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

أما بالنسبة لعلاقة التبعية فتتحقق إذا كان للمتبوع سلطة فعلية في الرعاية والتوجيه بحيث تكون السلطة للمتبوع ويكون الخضوع والتبعية للتابع فهما وجهان متقابلان لشيء واحد يتمثل ذلك في الإمتثال التابع لأوامر وتعليمات المتبوع فيما يتعلق بكيفية تنفيذ العمل بالإضافة إلى أن التابع يقوم بالعمل لحساب المتبوع وليس لحسابه الخاص².

أما بالنسبة للمشرع الجزائري لم يحدد فكر التبعية في تعديله الجديد للقانون المدني حيث نصت المادة 2/136 على أنه "وتتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في إختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لصالح المتبوع"³، ومنه فالمشرع إكتفى بذكر أن التابع يعمل لحساب المتبوع (البنك)، أما الفقرة الأولى من المادة السالفة الذكر فقد نصت على أنه " يكون المتبوع مسؤول عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبةها"، ومنه يستنتج أن البنك يسأل عن موظفيه مسؤولية التابع عن أعمال تابعه طبقا لقواعد القانوني المدني الجزائري الذي لم يحدد فكرة التبعية بل اكتفى بتحديد متى يكون الشخص مسؤول عن خطأ تابعه⁴.

ثانيا: المركز القانوني لموظفي البنك

إن استعمال البنوك لوسائل تقنية تعتمد على الأنظمة الإلكترونية ومعالجة المعلومات ينتج عنه أضرار للعملاء نتيجة إستخدام هذه الأنظمة الإلكترونية التي هي في الأصل معقدة⁵، فهل الأنظمة تثير مسؤولية البنك بإعتباره شخص معنوي أم مسؤولية موظفيه بإعتبارهم مسيرين ومستخدمين لهذه الأنظمة؟

1- بلي بولنوار و يونس بلال، " مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه على ضوء تعديل القانون المدني 10/05"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، م1، ع3، جامعة الاغواط، 2018/11/12، ص 286.

2- مراد قجالي، " مسؤولية المتبوع عن الاعمال تابعيه في قانون المدني الجزائري"، مجلة معارف، م4، ع6، المركز الجامعي عقيل أكلي محند أولحاج، البويرة، 2009/06/01، ص 93.

3- أنظر المادة، 2/136 من الأمر 58/75، السابق ذكره.

4- خليلي سهام، مرجع سابق، ص 69.

5- فدة حبيبية، تقنيات النقل المصرفي وآلياته في ظل التحولات الاقتصادية، رسالة دكتوراه، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم سياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2017/2016، ص 251.

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

فيرى جانب من الفقه¹ أنه من الغير الممكن الفصل بين البنك والموظف التابع له حتى ولو كان الخطأ لم يصدر من البنك بل من تابعه بما أنه يمارس نشاطه بواسطة الموظف التابع له فإن كل ما يؤديه به التابع يعتبر صادر منه أي كأنه قام به شخصيا، ويرى هذا الجانب أن العلاقة بين التابع والمتبوع هو إتحاد حقيقي لشخصيتهم بالنسبة للغير ومنه فإن ما يعمله الموظف التابع للبنك إنما هو عمل البنك شخصيا.

إلا أن هناك إتجاه آخر² يفرق بين مسؤولية البنك الصادرة من ممثله القانوني صاحب مركز سلطوي وبين الأفعال الصادرة عن المستخدم صاحب المركز التنفيذي، حيث اعتبروا أن البنك يسأل على أساس المسؤولية العقدية الشخصية على إعتبار أن الفعل صادر من طرف من يمثله قانونيا أي كأنه صدر من البنك نفسه، أما الحالة الثانية فيرون أن البنك مسؤول بإعتباره تابعا كون أن المستخدم صاحب المركز التنفيذي لا يعتبر ممثل قانوني للبنك بل موظف يقوم بمهام أوكلت إليه.

وقد إنتقد البعض الرأيين السابقين على إعتبار أنهم لا يستندان إلى أساس قانوني، بالإضافة إلى أن الأخذ بهذه التوجهات في حالة وجود عقد يربط بين الشخص المعنوي والمضروب يؤدي إلى تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية في غير محلها.

ومنه حسب الدكتور رفاف لخضر فإن ما يقوم به مستخدم البنك متعلق بتنفيذ التزامات تعاقدية إتجاه عملائه تصدر منه بإعتباره ممثلا للبنك فلا وجود لإختلاف بين شخصية البنك وشخصية المستخدم كما أن العميل لا يفرق بينهم بل يعتبرهم شخص واحد، ومنه حالة صدور خطأ من جانب المستخدم فهو إخلال بالإلتزامات العقدية في العقد الذي يربط البنك بالعميل، ومساءلة البنك على أساس مسؤولية تابعيه يؤدي إلى إحكام قواعد مسؤولية التقصيرية داخل الإطار العقدي³.

إلا أن المشرع الجزائري وضع شروط لا بد أن تتوفر حتى يتمكن العميل من رفع دعواه على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه وهو ما سوف نتطرق إليه .

1- حسين عامر و عبد الرحيم عامر، مرجع سابق، ص 635.

2- لخضر رفاف، مرجع سابق، ص 183.

3- المرجع نفسه، ص 184.

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

ثالثا: شروط قيام مسؤولية البنك بإعتباره متبوع

حسب نص المادة 136 من القانوني المدني الجزائري نستنتج وجوب توفر شرطين أساسين لقيام مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه، يتمثل الشرط الأول في قيام علاقة التبعية بين التابع والمتبوع، أما الشرط الثاني فيتمثل في وقوع خطأ التابع حالة تأدية وظيفته أو بسببها.

1- قيام علاقة التبعية

المقصود برابطة التبعية هي ولاية الرقابة والتوجيه أي بمعنى أن يكون التابع خاضع للمتبوع بحيث يكون له سلطة فعلية عليه في الرقابة والتوجيه فعلاقة التبعية تقوم على عنصرين وهما عنصر السلطة الفعلية وعنصر الرقابة والتوجيه وبتحققهما تقوم مسؤولية المتبوع¹.

أما بالنسبة لحرية إختيار المتبوع لتابعه فقد إنقسم الفقه إلى إتجاهين²، بالنسبة للإتجاه التقليدي فيرى بأن علاقة التبعية لا يمكن أن توجد إلا في حالة ما إذا كان المتبوع له الحق في إختيار تابعه.

أما بالنسبة للإتجاه الحديث فقد رفض تماما جعل قيام علاقة التبعية مرتبطة بحرية إختيار المتبوع لتابعه، وهو ما سار عليه المشرع الجزائري في المادة 2/136 السابقة الذكر حيث أعفى من هذا الشرط بنصه صراحة على ذلك بعبارة " ولو لم يكن المتبوع حرا في إختيار تابعه".

وتجدر الإشارة أن كل من الفقه والقضاء في أغلب الدول لم يشترط أن يكون الرابطة التبعية ناشئة عن العقد فقط بل تستوي أن تستند سلطة المتبوع لمجرد واقعة أيضا وأن تكون هناك سلطة فعلية فقط أي أن التابع يتلقى الأوامر من المتبوع وهو من يوجهه³.
ومنه تقوم علاقة التبعية بين البنك والموظف متى كان للبنك سلطة فعلية في رقابة وتوجيه هذا الأخير، أي يكون للبنك سلطة إصدار الأوامر للموظف التابع له لتوجيهه في

1- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 319.

2- بلي بولنوار، مرجع سابق، ص 135.

3- علي فيلاي، مرجع سابق، ص 35.

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

عمله بالإضافة إلى أن تكون له الرقابة في تنفيذ هذه الأوامر ومحاسبته حالة مخالفتها وفي حاله توفرت هذه العناصر تتحقق التبعية¹.

2- صدور خطأ التابع (الموظف) في حالة تأديته وظيفة أو بسببها

باعتبار أن أساس للمسؤولية هو سلطة الرقابة التي تكون لصاحب العمل على عماله وأن هذه السلطة تتعلق بالعمل بذاته وليس على العامل، ومنه فإن المتبوع لا يسأل عن كل خطأ يصدر من التابع وإنما يسأل فقط عن الخطأ الذي يصدر منه خلال تأديته للعمل الموكل له، أي يكون للوظيفة علاقة بالفعل الضار فلولاها لما حدث الضرر².

بالإضافة إلى عدم اشتراط أن يكون خطأ التابع في عمل من أعمال الوظيفة بل يكفي أن يكون الخطأ بسبب الوظيفة، أي وجود علاقة سببية بين الخطأ والوظيفة ويتحقق ذلك إذا كان التابع لا يستطيع ارتكاب خطأ أو يفكر في ارتكابه لولا الوظيفة حتى ولو تجاوز التابع أوامر المتبوع التي حددها له³.

وذهب البعض لأبعد من ذلك حيث اعتبروا أن مسؤولية المتبوع تتحقق حتى ولو لم تكن الوظيفة المستغلة من قبل التابع هي السبب في ارتكابه الخطأ الذي نتج عنه الضرر، أي بمعنى أن مسؤولية المتبوع تتحقق حتى ولو كان الخطأ الصادر من التابع لا يحقق مصلحة المتبوع بل يحقق مصلحة شخصية.

وسعى أصحاب هذا الرأي إلى توفير حماية أكبر للمضروب، فحسبهم لا يمكن للمتبوع أن يتحجج أمام المضروب بأن الوظيفة التي إستغلها التابع لإحداث الضرر ليست لها علاقة مباشرة بالخطأ الصادر لتحقيق مصلحته الشخصية، بل يتحمل مسؤولية مفترضة لا يستوجب فيها إثبات الخطأ ولا يمكن التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي⁴.

1- كحيل حياة، " المسؤولية المدنية للبنك عن إفشاء السر البنكي ومقتضيات الخدمة العمومية"، مجلة أبحاث

الإقتصادية، ع11، جامعة البليدة، ديسمبر 2014، ص 151.

2- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 327.

3- خليلي سهام، مرجع سابق، ص 72.

4- لخضر رفاف، مرجع سابق، ص 185.

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

ونستنتج مما سبق ذكره أن العملاء المتعاقدين مع البنك ليس لهم حالات عديدة حتى يؤسسوا دعواهم على أساس مسؤولية البنك عن أعمال تابعيه، فهي لا تحقق إلا في حالات إستثنائية تتطلب شروط صعب تحقيقها بالإضافة إلى صعوبة الخطأ فيها.

الفرع الثاني: مسؤولية البنك كحارس للنظام الإلكتروني

يعتمد البنك في تقديمه لخدمات التحويل المصرفي على مجموعة من الوسائل والأدوات الإلكترونية التي توضع تحت تصرف العملاء وذلك حتى يتسنى لهم القيام بأوامر التحويل اللازمة¹، وكما نعلم فإن هذه الوسائل تعمل بواسطة موظفيه التابعين له بالإضافة إلى إمتلاكه لسلطة الرقابة والإشراف على هذه الوسائل، واستنادا على ذلك ففي حالة صدرت أخطاء من هذه الوسائل المستعملة، فهل يجوز للعميل المتعرض للضرر إقامة دعواه على أساس أن البنك حارس في هذه الوسائل؟ وللإجابة على هذا التساؤل يجب أولا التطرق إلى مفهوم الحراسة بصفة عامة ثم البحث فيما إذا توفرت شروط الحراسة في البنك ومدى إمكانية اعتباره حارسا.

أولا: مفهوم الحراسة

تطورت فكرة الحراسة نتيجة لتطور النظم الإقتصادية وذلك نتيجة تسخير المؤسسة الإقتصادية والشركات الصناعية عدة وسائل وألات للقيام والسير في أعمالهم، فمن الغير المعقول ترك هذه الوسائل دون سيطرة، خاصة في حالة تم إغفالها وسببت ضررا للغير وعرضت المجتمع للخطر، ومنه فمن الطبيعي أن يكون صاحب هذه الوسائل مسؤول عن الأضرار التي تحدثها، وهو ما أدى إلى نقل عبئ الإثبات من المضرور إلى صاحب الشيء المسبب للضرر بعد أن كان إثبات الخطأ يقع على من تضرر بحيث تم إفتراض الخطأ من جانب حارس الشيء إضافة إلى عدم قابلية حارس الشيء لإثبات العكس². وتطرق المشرع الجزائري للحراسة في المادة 1/138 من القانون المدني الجزائري وإعتبر توفرها شرط من شروط قيام مسؤولية حارس الأشياء حيث إعتبر أن كل من له

1- حبيبة قدة، مرجع سابق، ص 254.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 914.

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

قدرة الإستعمال والتسيير والرقابة يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء ولا يعفى منه إلا إذا أثبت السبب الأجنبي¹.

ومنه فحارس الشيء هو من له السيطرة الفعلية المستقلة على الشيء والتصرف في أمره فيكفي لقيام الحراسة أن تكون هذه السلطة فعلية ولا يستلزم أن تكون قانونية تستند إلى حق.

والسلطة الفعلية على الشيء تقتضي أن يكون للشخص سلطة المعنوية عليه أما السلطة المادية فليست كافية، وتكون الحراسة في الأصل لمالك الشيء وهو ما يؤدي لوجود قرينة قانونية لإعتباره حارسا، ولذلك لا يكلف المضرور بالإثبات هذه الصفة، غير أن للمالك أن يعفي نفسه من المسؤولية وذلك بإثبات أن الحراسة كانت لشخص آخر غيره².

وقد تأخذ الحراسة عدة صور، فقد تكون حراسه جماعية، وقد تكون حراسة متجزئة³:

فبالنسبة للحراسة الجماعية فتعني أن يكون لأكثر من شخص سلطة الإستعمال والتسيير والوقاية على نفس الشيء بحيث يتم إعتبار كل واحد من هؤلاء الأشخاص حارسا للشيء. أما بالنسبة تجزئة الحراسة فتعني حراسة البنية وحراسة الإستعمال بمعنى قد تكون الحراسه محل تجزئه بين المالك الذي يتحمل التعويض عن الأضرار المسببة من العيب الموجود بالشيء بصفته حارس للبنية، وبين الشخص المستعمل للشيء الذي يتحمل التعويض عن الأضرار المترتبة عن إستعمال الشيء بإعتباره حارس الإستعمال.

ويقصد بوقوع الضرر بفعل الشيء هو أن يتدخل الشيء في إحداث الضرر للغير ويكون ذلك التدخل إيجابي أي أن يكون الشيء في حالة تصلح عادة بأن يحدث ضرر أي تقوم علاقة سببية بين الضرر والتدخل الإيجابي له.

1- أنظر المادة 1/138 من الأمر 75-58، السابق ذكره.

2- عربي بلحاج، مرجع سابق، ص 360.

3- علي فيلاي، مرجع سابق، ص 208.

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

ثانيا: مدى توفر شروط الحراسة في البنك

كما سبق ذكره فإن فكرة الحراسة إنتقلت من فكرة الحراسة القانونية إلى الحراسة الفعلية التي تتطلب فقط سلطة وسيطرة للشخص على الشيء حتى ولو لم يكن له سند قانوني لهذه الحراسة، وهو ما جعل الفقه والقضاء يفسر هذه الحراسة بأنها تمنح ثلاثة أنواع من السلطات والتي تتمثل في السلطة الإستعمال وسلطة التوجيه والرقابة بالإضافة لإشراطهما أيضا لقيام مسؤولية الحارس أن يكون الضرر نتيجة لفعل الشيء¹.

أما في حالة البنك فيرى الأستاذ محمد غنام أن البنك حارس قانوني وفعلي، فمن الناحية الأولى يمكن إعتبره حارسا قانونيا على أساس أنه له سلطه قانونية تمكنه من إصدار الأوامر والتعليمات المتعلقة بإستعمال الوسائل والأدوات لتنفيذ الإلتزامات، أما من الناحية الثانية فهو يملك السيطرة الفعلية على هذه الأدوات والأجهزة، وذلك بإستعمالها وتوجيهها بواسطة موظفيه وبما أن الحيابة المادية شرط لقيام المسؤولية الفعلية التي تفترض الإستعمال والتوجيه و الرقابة فيتحقق ذلك في حالة البنك².

ويرى جانب من الفقه³ أن البنك يتمتع بالسلطة الإستعمال على أجهزته بما أنه يستخدمها و ويستفيد من نشاطها، وهو ما يجعله حائزا لها وذلك لوجودها تحت تصرف موظفيه، والبنك أيضا يتمتع بسلطة التوجيه على هذه الأجهزة حيث أنه يملك سلطة إصدار الأوامر في تنفيذ العمليات المصرفية، بالإضافة لامتلاكه سلطة الرقابة على هذه وعلى الرغم من أن البنك لا يقوم في فحص الأجهزة وإجراء الصيانة لها حيث عادة تقوم بها شركات المعلوماتية، بإضافة أنه لا يقوم بصيانة خطوط لإتصالات التي تستعمل في تنفيذ أوامر العملاء فتقوم بها شركات الإتصالات و الإنترنت، إلا أن كل هذا لا يؤثر على حراسته الفعلية للأشياء، بحيث أنه في حالة فصل سلطة الإستعمال عن سلطة الرقابة كما ذكرنا في ما سبق، فقد إتجه كل من الفقه و القضاء في هذه النقطة إلى تغليب سلطة الإستعمال على سلطة الرقابة⁴.

1- شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 88.

2- المرجع نفسه، ص 89.

3- ضيف الله سليمان مطلق الزين، مرجع سابق، ص 311.

4- شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 90.

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

أما بالنسبة للشرط الثاني، فيرى بعض الفقه أن تدخل الشيء ينطبق على استخدام الوسائل والأجهزة بالإضافة إلى الأنظمة الإلكترونية في عمليات التحويل المصرفي فهذه الوسائل والأنظمة قد تتعرض للأعطاب أو إختلالات فنية تجعلها لا تقوم بوظيفتها بصفة صحيحة مما قد ينتج عنه أضرار لعملاء البنك وهو ما يجعل هذا الأخير مسؤولاً عن ما سببته من ضرر باعتباره حارس لهذه الوسائل، حتى ولو كان تدخل هذه الأجهزة يرجع إلى تصرف الإنسان بها سواء كان المستخدم الذي يقوم بتشغيلها أو العميل الذي ينفذ عمليات التحويل المصرفي¹.

1- لخضر رفاف، مرجع سابق، ص 188.

الفصل الأول:.....الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك

خلاصة الفصل

نستنتج من خلال ما درسناه في هذا الفصل، أن المسؤولية المدنية للبنك في عمليات التحويل المصرفي إما تكون مسؤولية عقدية أو تقصيرية، وحتى تقوم المسؤولية المدنية العقدية، إذا كان الإلتزام المخل به عقدياً بين البنك والعميل، وحتى تقوم المسؤولية العقدية للبنك وجب توفر شروط وهي وجود خطأ عقدي بين البنك نتج عنه ضرر أصاب العميل، وأن يكون الضرر نتيجة طبيعية لخطأ البنك أي وجود علاقة سببية بينهم، وتقوم المسؤولية العقدية للبنك على أساس المسؤولية عن الأشياء التي يستخدمها البنك في عمليات التحويل المصرفي، أو على أساس إخلاله بالإلتزام المتمثل في ضمان سلامة العميل، وتكون أما المسؤولية المدنية التقصيرية حالة إخلال هذا الأخير الذي سبب له شخصياً سبب في إحداث الضرر للعميل، كما يمكن مسألته على أساس المسؤولية الغير شخصية و التي تكون إما عن فعل الأشياء التي تحت حراسته، وإما يكون من أعمال التابعين له، وإستثناءاً يمكن للعميل المضرور الإختيار بين المسؤوليتين حالة كان الضرر ناشئاً عن الإخلال بالإلتزام عقدي وقانوني في نفس الوقت، ففي هذه الحالة يمكن للعميل الخيرة بين المسؤوليتين بما يحقق مصالحه، لكن شرط أن يكون هناك جريمة أو خطأ جسيم من قبل البنك، ونظراً للتطور المستمر إعتمدت البنوك على وسائل تكنولوجية متطورة وأنظمة إلكترونية معقدة في عمليات التحويل المصرفي وهو ما جعل العميل في مركز ضعيف نظراً لقلّة خبرته ودراية بالمعلومات المتعلقة بإستخدام هذه الوسائل مقارنة مع البنك الطرف القوي في العلاقة التعاقدية، وهو ما نتج عنه عجز قواعد المسؤولية المدنية التقليدية في توفير الحماية للعميل وضمان حقوقه في التعويض وجبر الضرر الذي أصابه، وهو ما استدعى البحث عن وسائل أخرى يمكنها توفير الحماية للعميل في ضل خصوصية العقد الذي يربطه بالبنك في عمليات التحويل المصرفي.

الفصل الثاني

التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

الفصل الثاني

التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

مع التطور والازدهار الاقتصادي خلال القرن 19، والذي صاحبه ظهور عدة وسائل وأليات جديدة تستعمل في العمليات الاقتصادية والتجارية، وهو ما نتج عنه كثرة الحوادث وتزايد حجمها إضافة إلي صعوبة إثباتها، والذي أدى إلي عجز قواعد المسؤولية المدنية على حماية المضرور عن ما قد يصيبه من ضرر بسبب هذا التطور¹، وهو ما دفع الفقه للعب دور محوري محاولا تطوير مفهوم المسؤولية المدنية ووضع الحلول التي تتكيف والضروريات الاجتماعية، بالإضافة لاقتناعهم على أن تأسس المسؤولية المدنية على فكرة الخطأ لم يعد يكفي لإخفاق العدالة وضمان التعويض للمضرور من الحوادث المختلفة²، وبما أن الاتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية لا يحقق الحماية الكافية للعميل في عمليات التحويل المصرفي، ظهرت توجيهات حديثة تنادي بتوفير حماية أكبر للعميل المضرور في الحصول على تعويض الأضرار التي أصابته وتعفيه من مشكلة إثبات ما يدعيه، حيث حاول هذه التوجيهات تشديد مسؤولية البنك صاحب المركز الاقتصادي القوي³.

فمنهم من حاول تأسيس مسؤولية البنك على أساس موضوعي دون الحاجة لإثبات الخطأ في جانبه، ومنهم من حاول تأسيس مسؤولية البنك على اعتبار أنه شخص مهني يمارس أنشطته في ضوء مجموعة من الأعراف والعادات المهنية التي تستمد من إستمرار العمل بها.

ولدراسة التوجيهات الحديثة للمسؤولية المدنية ومدى نجاعتها في توفير الحماية للعميل سوف نقسم الفصل إلى مبحثين، حيث نتناول في المبحث الأول نظرية تحمل المخاطر كأساس لمسؤولية البنك، أما في المبحث الثاني سنتناول مسؤولية البنك باعتباره مهني.

1- سهام خليلي، مرجع سابق، ص 75.

2- عمر بن الزويير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، في القانون، كلية الحقوق، سعيد حمدين، الجزائر، 1، 2016/2017، ص 12.

3- لخضر رفاف، مرجع سابق، ص 192.

المبحث الأول

مسؤولية البنك على أساس نظرية تحمل المخاطر (المسؤولية الموضوعية)

إن العجز الذي عرفته قواعد المسؤولية المدنية التقليدية في حماية العميل عند قيامه بالعمليات التحويل المصرفي، هو مادفع الفقهاء لمحاولة تفادي الانتقادات الموجهة لهذا الأساس وذلك بتبنيهم نظرية جديدة تهدف لتوفير حماية أكبر للعميل عن طريق تمكينه من الحصول على تعويض بمجرد تحمله الضرر من جراء نشاط البنك، وتسمى هذه النظرية بنظرية "تحمل المخاطر" أو "المسؤولية دون خطأ"، حيث تقوم هذه النظرية على أساس موضوعي وذلك بهجر فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية واستبداله بفكرة تحمل تبعة المخاطر، حيث يكفي لقيام المسؤولية حدوث ضرر للعميل من جراء النشاط الذي يمارسه البنك لمسائلته عن جبر هذا الضرر، بمعنى أنها تقوم علي ركنين فقط وهما الضرر وعلاقة السببية دون اشتراط توفر الخطأ¹.

ولمعرفة مدى فعالية هذه النظرية في توفير الحماية للعميل سوف نقسم مبحثنا هذا إلى مطلبين، بحيث سوف نتناول في المطلب الأول مضمون نظرية تحمل المخاطر أما المطلب الثاني سوف نتطرق فيه لهذه النظرية كأساس مسؤولية البنك في عمليات التحويل المصرفي.

المطلب الأول

مضمون نظرية تحمل المخاطر

كما ذكرنا سابقا أن نظرية تحمل المخاطر جاءت لتعويض الخطأ كأساس للمسؤولية نتيجة لما عرفه الاتجاه التقليدي من قصور في حماية العميل المتعاقد مع البنك في عمليات التحويل المصرفي، وذلك نظرا لصعوبة تحديد من المسؤول عن الخطأ الذي ألحق الضرر بهذا العميل، وهو ما أدى بالفقه إلى هجر فكرة الخطأ وتعويضها بمعيار موضوعي كأساس لهذه المسؤولية خاصة و أن النظم المعلوماتية بالغة التقنية التي تنفذ بواسطتها عمليات التحويل المصرفي نتج عنها زيادة في الأضرار بالنسبة

1- لخضر رفاف، مرجع سابق، ص 193.

الفصل الثاني:.....التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

للعامل، بإضافة إلى صعوبة تحديد المسؤول المباشر عن هذا الخطأ مما قد يؤدي لإهدار حقوق العميل المالية¹.

ولتحديد مضمون هذه النظرية سوف نقسم مطلبنا إلى فرعين، سوف نعرض في الفرع الأول تعريف نظرية تحمل المخاطر ومبررات اللجوء إليها، أما في الفرع الثاني فسننظر إلى صور نظرية تحمل المخاطر وطرق دفع المسؤولية على أساسها.

الفرع الأول: تعريف نظرية تحمل المخاطر ومبررات اللجوء إليها

لقد كان وراء ظهور نظرية تحمل المخاطر وانتشارها جملة من الأفكار والعوامل والمذاهب التي أثرت تأثيراً مباشراً أو غير مباشر في بلورة هذه النظرية وظهورها إلى الوجود و إنسياق الكثير من أعلام القانون خلفها، وهي العوامل ذاتها التي أدت في مجمعها إلى إفلاس فكرة الخطأ كأساس عام للمسؤولية المدنية، وتعود هذه العوامل إلى عوامل اقتصادية واجتماعية بالدرجة الأولى².

أولاً: نشأة وتعريف نظرية تحمل المخاطر

يعتبر العلامة "لابية" أول من مهد لنظرية تحمل المخاطر بصفقتها المطلقة كأساس عام للمسؤولية المدنية، حيث نادى بالتحول عن فكرة الخطأ العتيقة وهجرها وذلك سنة 1890، بحيث يري في أن نظرية الخطأ غير كافية وفشلت في تحقيق العدالة، ورأى أنه وبالنظر للمنافع والمخاطر المترتبة عليها والتي تقوم المنشآت الاقتصادية باستغلالها في نشاطها، فإنها يجب أن تتحمل تبعه ما ينشئ من ذلك الضرر بما أنها تستفيد من هذا النشاط³.

ونظراً لتطور الصناعي الذي شهدته فرنسا في تلك الحقبة والذي تبعه إزدياد حوادث العمل الناشئة عن الآلات الصناعية الكبرى ووقوع ضحايا في صفوف العمال دون تمكنهم من الحصول على تعويضات ملائمة وذلك لاستحالة إثبات خطأ أرباب العمل⁴.

1- سليمان ضيف الله مطلق الزين، مرجع سابق، ص 316.

2- عمر بن الزويير، مرجع سابق، ص 21.

3- المرجع نفسه، ص 15.

4- سهام خليلي، مرجع سابق، ص 76.

الفصل الثاني:.....التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

هو ما دفع كل من الفقيهان "سالي" و"جوسران" لمحاولة سد هذه الفجوة وذلك باعتماد نظرية جديدة وهجر فكرة الخطأ وتحميل المخاطر لكل من استفادة من نشاط وسبب نشاطه هذا الضرر بالغير، وما على المضرور إلا إثبات الضرر وإثبات رابطة التبعية بين الضرر والتبعية، حيث يري كل من الفقيهان أن هذه النظرية تعند بزم الأشخاص المالية وليس على ذوات الأشخاص، حيث أصبح الحق علاقة بين ذمتين وليس مجرد رابطة بين شخصين، ومنه في حالة عدم صدور خطأ من قبل محدث الضرر فليس من العدالة أن لا يتحمل ما أحدثه من ضرر للغير خاصة إذا كان قد حصل على مغام من وراء ما حدث، ولذلك اعتبروا الضرر موجب للمسؤولية لا يشترط فيه إثبات الخطأ، وأن تعويض الغير للضرر ثابت لا يتغير بالمكان والزمان ووجوب قيام المسؤولية بصورة آلية يكون منتظر مسبقا لا يشترط فيه إثبات، أي بمجرد وقوع الضرر تقوم مسؤولية المتسبب فيه¹.

ويعتبر فقيه "ساليه" أول من قال بهذه النظرية وذلك سنة 1897 في رسالته عن حوادث العمل، والتي هاجم فيها فكرة الخطأ هجوما عنيفا واعتبرها من مخلفات الماضي عندما اختلطت فكرة المسؤولية المدنية بالمسؤولية الجنائية، واختلطت فكرة التعويض بفكرة العقوبة، وأنه بعد انفصال المسؤوليتين لم تعد وظيفة المسؤولية المدنية هي عقاب الفاعل بل تعويض الضرر بغض النظر عن كون الخطأ نتج عنه ضرر أو لا، وذلك لأن المسؤولية المدنية تعبر عن ردة فعل اجتماعي لما يصدر من الشخص من فعل ضار سواء كان ذلك العمل مشروع أو غير مشروع خاطئ أم غير خاطئ، فالعبرة هنا هي تحمل تبعة المخاطر وذلك بالنظر إلي الطبيعة الموضوعية للفعل الضار لا عنصره الشخصي، وهو ما جعله ينادي بهذه النظرية كألية لقانونية بديلة لفكرة الخطأ التي دعا لهجرها حيث يري أنها لم تعد تستجيب لمقتضيات الواقع الاجتماعي والصناعي الذي فرضه التطور والنهضة الصناعة التي عرفتها أوروبا آنذاك².

1- هلا عبد الله سراج، مدى لزوم الخطأ كركن من أركان المسؤولية التقصيرية (دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني الأردني والقانون المدني الفلسطيني)، متطلبات لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق قسم قانون الخاص، جامعة الأزهر، غزة، 2013، ص 86.

2- عمر بن الزوبير، مرجع سابق، ص 16.

الفصل الثاني:.....التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

أما الفقيه "جوسران" إختلف قليلا عن سابقه في فكرته عن تحمل المخاطر حيث يري أن لكل خطأ مجاله الخاص وأن كليهما يعدان أساسا للمسؤولية المدنية، حيث ميز بين المسؤولية التي تقوم على الخطأ الواجب الإثبات والمسؤولية عن الأشياء والتي اعتبرها قائمة على فكرة تحمل المخاطر، ثم عاد واستخلص أن المسؤولية عن فعل الأشياء لا يشترط فيها إثبات الخطأ وأن المضرور لا يمكن إضافة له عبئ الإثبات حتى يتسنى له الحصول على التعويض¹.

بالإضافة إلى ذلك فإن معظم الفقه عدل عن المعنى الحقيقي للخطأ، وقالوا إن الخطأ ليس إلا مجرد فكرة اجتماعية في أساسه ومنه فيجب بدلا من مواجهة الخطأ بمعيار الرجل المعتاد من الوجهة الأخلاقية أن يواجه من وجهة النظر الاجتماعية والاعتداد بالإرادة الظاهرة وليس بالإرادة الباطنة، وهذا ما يقتضي أن يكون المعيار اجتماعيا وموضوعيا لا ذاتيا².

وإسناد لما سبق ذكره تقوم هذه النظرية على أساس من يحدث بفعله مخاطر في المجتمع عليه تحمل تبعة هذه المخاطر ويعوض المضرور من جرائها³، كما تتأسس هذه النظرية على ركنين فقط من أركان المسؤولية وهما الضرر والعلاقة السببية دون اشتراط الخطأ، ومنه فالخطأ لا يدخل ضمن الأركان اللازمة للقيام هذه المسؤولية سواء وقع الخطأ أو لم يقع.

أما بالنسبة للشخص المسؤول حسب هذه النظرية فهو الشخص الذي يمارس النشاط الذي بسببه حصل للمدعي ضرر، ورغم أن هذا الشخص لم يخطئ إلا أنه قد أوجد فرض أو إحتمال إصابة الغير بالضرر، وذلك بممارسة أنشطة استفاد منها، وكما يستفيد من ممارسة أنشطة معينة داخل المجتمع فعليه تحمل مخاطرها⁴.

1- عمر بن الزويير، مرجع سابق، ص 18.

2- بن عمارة محمد، " المعيار الذاتي والموضوعي في القانون المدني الجزائري"، مجلة الدراسات وأبحاث، م5، ع11، جامعة تيارت، 2013/06/15، ص 56.

3- حسبية خشة، وسائل الدفع الحديثة في القانون الجزائري، مذكرة نيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص قانون أعمال، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، 2016/2015، ص 208.

4- شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 101.

الفصل الثاني:.....التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

أما بالنسبة للعوامل التي ساعدت على ظهور وانتشار نظرية تحمل المخاطر نذكر¹:

- العوامل الاقتصادية: بالإضافة كما ذكرنا سابقا أن التطور الاقتصادي كان له الدور المحوري والأثر البالغ للظهور هذه النظرية، فإن الثورة الصناعية التي أدت إلي ظهور تكتلات وتجمعات اقتصادية ضخمة في شكل جمعيات أو شركات أو مشروعات اقتصادية وهو ما نتج عنه صعوبة إسناد الخطأ لشخص معين وذلك نظرا لتشابك العلاقات داخل هذه المشاريع، وهو ما جعل من الصعب على المضرور تحديد الشخص المخطئ نظرا إلي العدد الكبير المشارك في النشاط إضافة إلى صعوبة إثبات الخطأ على المسؤول حتى ولو عرف.

- العوامل الاجتماعية: إن الفجوة الحاصلة بين الطبقة التي تحتكر رؤوس الأموال والتي تمثل الأغلبية والطبقة العاملة التي تعتبر سيئة الحال ماديا واجتماعيا والذين يعتبرون الآلات المصدر الوحيد لهم بالإضافة إلى أنها مصدر الخطر بالنسبة لهم، وهو ما أدي إلياستفاقة العمال وتشكيل نقابات لحقوقهم والمطالبة بالتضامن الاجتماعي والذي مفاده وجوب تحمل أصحاب رؤوس الأموال تبعة المخاطر وتعويضهم عن الأضرار.

وهذه التغيرات لم يقابلها أي تغيير في القواعد القانونية التقليدية التي تتطلب إثبات الخطأ في المسؤول والذي كما ذكرنا أصبحت صعبة الإثبات نظرا للتحول الحاصل، وهو ما نتج عنه ظهور اتجاه يطالب بتطبيق هذه النظرية بهدف حماية الجهة الضعيفة في مواجهة الجهة المسيطرة التي تحتكر رؤوس الأموال وتستفيد من هذه الأنشطة التي تعود عليها بالربح².

ثانيا: مبررات هذه النظرية

يرى أصحاب هذه النظرية وجود العديد من المبررات لهجره فكره الخطأ في المسؤولية المدنية وتعويضها بتحمل تبعية المخاطر.

1- عمر بن الزويبر، مرجع سابق، ص 23.

2- لخضر رفاف، مرجع سابق، ص 202.

الفصل الثاني:.....التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

ومن أبرز هذه المبررات هي صعوبات نسب الخطأ إلى شخص معين في بعض الحالات وذلك يعود لانتشار الآلات الميكانيكية والتكنولوجية المتقدمة، وهو ما جعل من المتعذر على المضرور اكتشاف الأخطاء التي يبني عليها الدعوة، وبات من الصعب نسبة هذه الأخطاء إلى أشخاص معينين، وذلك حالة افتراض اكتشاف هذه الأخطاء، ومنه ففرضية المخاطر تسهل على المضرور الحصول على تعويض مناسب للأضرار التي تعرض لها دون حاجته لإثبات وقوع الخطأ ونسبه لشخص معين¹.

وفي هذا السياق نشير إلى التوجه الأوروبي رقم 85/374 والصادرة في 25 جويلية 1985 الذي صدر بشأن المسؤولية الموضوعية للمنتج عن عيوب المنتجات والذي جاء فيه " إن المسؤولية الموضوعية التي تقوم على خطأ منتج هي وحدها التي يسمح بمواجهة صحيحة وعادلة للمشكلات النامية عن تطور التقنية المستخدمة في الإنتاج، كما تسمح بتوزيع عادل للمخاطر النامية عن الإنتاج المعتمد على التكنولوجيا في عصرنا الحالي"².

ونستنتج منه انه اخذ بفكرة المسؤولية الموضوعية حيث هجر فكرة الخطأ بحيث لم يشترط إثبات كاملا لمسؤولية على المنتج و اخذ بفكرة تحمل المخاطر التي توفر حماية أكبر للمتضرر وذلك بإعفائه من إثبات الخطأ وتحديد المسؤول عن هذا الخطأ. بالإضافة إلى إمكانية تبرير هذه النظرية في مبدأ العدالة والمنطق والذين يقتضيان أنه لا يحرم المضرور من تعويض يجبر الضرر الذي تعرض له، حتى ولو كان المتسبب في هذا الضرر لم يرتكب أي خطأ ما دام المضرور نفسه لم يرتكب الخطأ، باعتبار أن المضرور لم يحم بأي سلوك ايجابي بل ظل سلوكه سلبيا، أما المتسبب في الضرر وإن لم يرتكب خطأ فقط أتنبسلوك ايجابي بممارسة النشاط الذي سبب الضرر ،ومنه فمن منطلق العدالة و منطق أن يتحمل هو المسؤولية عن هذه الأضرار³.

أما فكرة التضامن والتي تقتضي أن من ينتفع بشيء يجب عليه تحمل الأضرار التي تحدث للآخرين تبعة لذلك، وذلك لاستفادتهم من وراء هذا النشاط وهذا ما يمليه

1- شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 103.

2- سليمان ضيف الله مطلق الزين، مرجع سابق، ص 317.

3- شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 104.

الفصل الثاني:.....التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

التضامن الاجتماعي والذي اعتبر تحمل صاحب النشاط للمسؤولية دون الحاجة لإثبات الخطأ من المضرور لا يتقل كاهله نظرا للمركز الاقتصادي القوي ودمته المالية الكبيرة مقارنة مع المتعرض للضرر، بالإضافة إلى إمكانية اللجوء إلى التأمين لمواجهة هذه المسؤوليات، والذي يعوضه عن ما دفعه لتعويض الضرر الذي تعرض له المضرور¹. وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري لم يأخذ بفكرة نظرية تحمل المخاطر إلا في إطار ضيق وإنما اعتنق نظرية الخطأ الشخصية التي أقوم على الخطأ الواجب للإثبات كأساس لهذه المسؤولية.

الفرع الثاني: صور المسؤولية على أساس نظرية تحمل المخاطر وطرق دفع المسؤولية فيها

كما ذكرنا سابقا فان نظرة تحمل مخاطر تقوم على أساس مفاده أن من يحدث بفعله مخاطر على المجتمع يجب عليه تحمل تبعيته، ومنه يعرض المتعرض لضرر من جراء هذه المخاطر، وتأسس هذه النظرية على ركنين فقط وهم الضرر والعلاقة السببية دون الخطأ من قبل المسؤول، أي بمعنى يكفي لقيام هذه المسؤولية وفق هذه النظرية حدوث ضرر من جراء النشاط، ولتحديد مضمون هذه النظرية لا يكفي تطرقنا لتعاريفها فقط بل يجب التطرق إلى صور المسؤولية على أساس هذه النظرية بالإضافة إلى الوسائل المتاحة للمسؤول وفقا لهذه النظرية حتى يتمكن من نفي المسؤولية.

أولا: صور المسؤولية على أساس المخاطر

قسم الفقه صور أعمال هذه النظرية إلى صورتين،² الأولى عامة أو مطلقة ويطلق عليها نظرية المخاطر المستحدثة، أما الثانية فهي الصور الخاصة ويطلق عليها نظرية المخاطر المقابلة للربح.

1- لخضر رفاف، مرجع سابق، ص 203.

2- شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 104.

الفصل الثاني:.....التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

1- نظرية المخاطر المستحدثة (la théorie du risque crée)

تعتبر نظرية مخاطر المستحدثة الصور العامة أو المطلقة لنظرية تحمل التبعية وهي تقييم المسؤولية على النشاط مهما كان نوعه¹، وتعتبر أكثر توافقاً مع إنتشار الحوادث وتنوعها، ومؤداه أن كل من استحدث خطراً للغير سواء كان بنشاط الشخص أو باستخدام أشياء خطيرة، يلزم بتعويض من لحقه ضرر من جرائها حتولم يشمل سلوكه انحراف أو الخطأ².

ويرى الفقيه "SAVATIER" والذي يعتبر من أشد المدافعين على هذه النظرية، إن المسؤولية المتولدة من المخاطر تتضمن التزام بتعويض الأضرار الناتجة عن النشاط، ولا يشمل بالضرورة تعويض مادي فقط بل يتجاوزها إلى تعويض معنوي أيضاً، ويعتبر الفقيه "SAVATIER" أن كل فعل شخصي أو فعل ناتج عن نشاط وسبب ضرر هو مصدر للتعويض عن الأضرار الناتجة عن هذا النشاط³.

أي بمعنى كل نشاط ضار تترتب عليه مسؤولية فعالية أيا كان نوع النشاط، فحسب هذه النظرية فإن كل من ينشئ بفعله الضار في المجتمع مخاطر مستحدثة يتعين عليه أن يتحمل تبعيتها حتى ولم يتضمن سلوكه أي خطأ، إذا لا مجال هنا للتمييز بين الفعل الخاطئ أو الغير خاطئ، أي بمعنى لا يشترط البحث في سلوك المتسبب في الضرر، ففي كلتا الحالتين تقوم المسؤولية عن تحقق الضرر سواء تترتب الضرر الذي لحق بالغير من عمله الشخصي أو بفعل الأشخاص أو الأشياء التي يستخدمها فلا يهم ذلك بقدر ما يهم مسؤولية المتسبب عن الضرر نتيجة لنشاطه⁴.

وتستقيم نظرية المخاطر المستحدثة بالنسبة للمسؤولية عن فعل الأشياء والتي تركز فيها المخاطر وتتضاعف واحتمالات تحققها، وهو ما جعل هذه النظرية محدودة المدى بما أنها تشترط في المسؤول ممارسة نشاط يتضمن مخاطر حتى يتحمل المسؤولية

1- عمر بن الزويير، مرجع سابق، ص 21.

2- قادة شهيدة، مسؤولية موضوعية للمنتج (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان 2004/2005، ص 178.

3- Les risques et les garanties bancaires, Université Mouloud Maamri, Tizi Ouzou, 2010 disponible sur : <https://www.memoireonline.com>, le 20/09/2020, à 20 :00h

4- عمر بن الزويير، المرجع السابق، ص 22.

الفصل الثاني:.....التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

بالإضافة لاشتراطها أيضا أن يكون الشيء مصدر للضرر ذو قوة ذاتية تجعل منهم مصدرا محتملا للضرر عند استخدامه¹.

ولم تسلم لهذه النظرية من الانتقاد، بما أنها تلائم بعض نشاطات الإنسان دون الأخرى، حيث تشمل النشاطات التي تستخدم فيها الأشياء أو الآلات²، كما أن هذه النظرية لا تتماشى مع متطلبات التنمية الاقتصادية بحيث أن وضع كل العبيء على الشخص المسؤول عن الضرر وعدم توزيعه هذا يتسبب في وقوع حوادث أكثر خطورة وذلك بإعاقة التنمية الاقتصادية والتقدم ما من شأنه أن يعود بآثار سلبية على المجتمع، كما أن تحميل المسؤول كل المسؤولية يجعله يبتعد عن كل الأنشطة الاقتصادية خوفا من تحمل المسؤولية رغم عدم قيامه بخطأ أثناء ممارسته لنشاطه، بالإضافة أن هذه النظرية لا تأخذ بعين الاعتبار الجانب الأخلاقي الذي يستلزم لقيام مسؤولية الشخص يجب أن يثبت في جانبه خطأ ارتكبه يتحمل المسؤولية عنه، وليس من العدل تحميل المسؤولية للشخص بمجرد أنه مارس نشاطه³.

ثانيا: نظرية المخاطر المقابلة للربح

بعد أن تأكد أن الأخذ بنظرية التحمل المخاطر بصورتها المطلقة غير مقبول لأنها تجعل الشخص مسؤول عن الأضرار لأي نشاط يمارسه، وأن المسؤولية المطلقة تحد من المبادرة وتهدد كل نشاط إنساني، وهو مدافع بعض الفقهاء إلى محاولة إعطاء طرح مختلف نسبيا للنظرية في شكلها المطلق، فاتجهوا للقول بأن كل شخص ينتفع من الشيء يتحمل مخاطر هذا الانتفاع طبقا لقواعد "الغنم بالغرام"، التي تجعل عبئ المخاطر على من يعود عليه الربح، ويستشف من ذلك أن الصورة الخاصة تستهدف كل من يستخدم الآلات الحديثة المتطور في زيادة نشاطه أو تحقيق ربح أكبر أو فائدة أعم، والعدل يلزم عليه تحمل مخاطر الأضرار التي تنجم عن استخدام هذه الآلات مقابل

1- Les risques et les garanties bancaires, Université Mouloud Maamri Tizi Ouzou, op-cit

2- عمر بن الزويبر، مرجع سابق، ص 29.

3- المرجع نفسه، ص 30.

الفصل الثاني:.....التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

الريح الذي يحققه وفقا لهذه النظرية التي كانت تسميتها نظرية "تحمّل المخاطر المقابلة للريح"¹.

واعتبر كل من الفقيه "Labbe" و "Josserand" أن كل من يمارس نشاط يعود عليه بالريح والفائدة يقع عليه تحمل أي ضرر ينتج عنه خاصة بالنسبة للعمال الذين يعتبرون في موقف ضعيف ماليا مقارنة مع أرباب العمل، وعلى الرغم من أن الثورة الصناعية تعتبر الدعامة بالنسبة للمجتمع إلا أنها تحمل معها ضرر حتميا يصيب أفرادها خاصة فيما يتعلق بحوادث العمل، ومنه فيجب على من يعود عليه الريح والفائدة من الثورة الصناعية أن يتكفل بتعويض الطرف المتضرر من هذا التطور وهم العمال².

وبدأ العمل بهذه النظرية في فرنسا وذلك في القانون 1898 المتعلق بحوادث العمل حيث اخذ بالزامية تعويض المضرور من قبل صاحب العمل فيما يتعلق بالحوادث المهنية على اعتبار استفادته ماديا من هذا النشاط الصناعي الذي يشكل خطورة على العامل، وجسد المشرع الفرنسي العمل بهذه النظرية من خلال إعفاء العامل من الإثبات بحيث تم افتراض المسؤولية في صاحب العمل وبالتالي لم يعد على الضحايا إثبات خطأ شخصي ينسب إلى صاحب العمل، بل على المسؤول إثبات انه غير مذنب³.

وأضاف الفقيه "SAVATIER" إلى أن أساس قيام التزام قانوني بالتعويض استقلالا عن فكرة الضرر لا يمكن تفسيره في غياب الضمان الاتفاقي إلا عبر فكرة المنفعة المتولدة لفائدة من يباشر نشاط يعرض الغير لمخاطر الضرر، غير أن المنفعة بمفهوم الفقيه "SAVATIER" تتجاوز النشاط ماديا كانت أو معنوية.

بالإضافة إلى ذلك فإن تحمل المسؤول الضرر لا يرهق ذمته المالية إذ يمكنها للجوء إلى التأمين عن المسؤولية المدنية كما يفعل أغلب أصحاب الشركات والمصانع مما يحميه من زعزعه ذمته المالية أو إنقاصها⁴.

1- عمر بن الزويبر، مرجع سابق، ص 30.

2- رفاف لخضر، مرجع سابق، ص 203، - شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 104.

3- Philippe Malaurie, Laurent Aynès et Philippe Stoffel-Munck, **Les obligations**, Collection droit civil, éditions Defrénois, 2004, disponible sur: <http://www.assufrance.com> le 21/09/2020 à 17:09

4- لخضر رفاف، المرجع السابق، ص 204.

الفصل الثاني:.....التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

والحقيقة أن فكرة المخاطر مقابل الربح تبدو أكثر قبولا ومنطقا من نظرية الخطأ المستحدث، حيث حصرت هذه النظرية مدلول الربح ليشمل الربح الاقتصادي وليس كل ربح مثل ما هو الحال في نظرية المخاطر المستحدثة، غير أن هذه النظرية لم تسلم من النقد هي الأخرى رغم جديتها بسبب أنها لم تستطيع تفسير الحالات المختلفة للمسؤولية الموضوعية خاصة في حاله لم يكن للمسؤول أي نفع أو ربح من النشاط الذي كان مصدرا للضرر أو قد يكون ربح ضئيل بالنسبة لنشاطه، بالإضافة إلى أن مصطلح المنفعة والربح لا يعني بالضرورة المال فقط يكون ماديا كما قد يكون معنويا¹.

كما تطرقنا سابقا أن نظرية تحمل مخاطر في صورتها سواء نظرية المخاطر المستحدثة أو نظرية المخاطر المقابلة للربح فإنها تهجر الخطأ كأساس لمسؤولية البنك بل تستند لوجود ضرر فقط يصيب العامل حتى تقوم مسؤولية صاحب العمل أو المسؤول، وهو ما يقودنا إلى التساؤل عن الطريقة التي يمكن من خلالها للمسؤول نفي المسؤولية عنه، أم أن بمجرد اعتباره ممارسا لنشاط اقتصادي يقيم عليه المسؤولية؟

ثانيا: وسائل دفع المسؤولية على أساس نظرية تحمل المخاطر

تباينت آراء الفقه في تحديد الوسائل المتاحة أمام المسؤول لدفع المسؤولية وفقا لهذه النظرية، خاصة بعد فقده للوسائل التي كانت تتيح له نفي المسؤولية عنه في كل من المسؤولية العقدية والمسؤولية التصهيرية التي تقوم كلاهما على وجوب إثبات الخطأ من قبل المضرور، عكس المسؤولية المدنية على أساس نظرية المخاطر التي تقوم على وجود الضرر والرابطة السببية بينه وبين النشاط المسبب لهجر فكرة الخطأ. فذهب جانب من الفقه للقول أن المسؤول لا يملك أية وسيلة لدفع هذه المسؤولية، فهو مسؤول عن تعويض الأضرار التي سببها نشاطه في جميع الأحوال، على اعتبار أن نظرية تحمل المخاطر تقر بمسؤولية صاحب النشاط عن جميع الأضرار الناتجة عن نشاطه بما أنه يستفيد منه ماديا وماليا، ومنه فيجب عليه تعويض الأضرار

1- عمر بن الزويبر، مرجع سابق، ص 23.

الفصل الثاني:.....التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

التي تصيب الغير كمقابل لهذه الفائدة وليس له أي وسيلة يستطيع من خلالها دفع المسؤولية عنه بل هو ملزم بتحملها¹.

ويرى جانب آخر من الفقه تقليص طرق دفع هذه المسؤولية، بحيث لا يمكن للمسؤول دفع المسؤولية إلا في حالة القوة القاهرة أو خطأ المضرور فقط دون سواها، واستثنى هذا الرأي إمكانية نفي المسؤولية بالتحجج بخطأ الغير، حيث تم إعتبار هذا الأخير يدخل ضمن مسؤولية صاحب النشاط ولا يمكن التحجج به للتخلص من دفع التعويض للمضرور نتيجة للضرر الذي أصابه من جراء هذا النشاط².

واتجه رأي آخر خالف الرأي السابق حيث يرى أن صاحب النشاط لا يبقى مسؤول عن الأضرار التي سببها نشاطه حتى ولو كان الخطأ صادر من المضرور أو من الغير بإعتبار أن المضرور يعتبر الطرف الضعيف في العلاقة بينه وبين صاحب النشاط، فمن غير المنطقي نفي المسؤولية عن صاحب النشاط لمجرد أن المضرور ارتكب خطأ، بالإضافة إلى أن نفي المسؤولية بالتحجج بخطأ الغير يهضم حق المتضرر في الحصول على التعويض نتيجة لما أصابه من ضرر وأن التحليل والبحث في العلاقة المنبثقة بين كل من صاحب النشاط والمضرور والغير أمر في غاية الصعوبة لتحديد من هو المسؤول المباشر والذي في نهاية المطاف يصعب من مهمة المضرور للحصول على التعويض³.

بالإضافة إلى الرأي السابق يرى جانب آخر من الفقه بما أنه ما دامت المسؤولية تقوم على ركنين مهمين هما الضرر والعلاقة السببية، فإن المسؤول يمكنه وفقاً لهذه القواعد العامة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أن الضرر الذي وقع لم يكن بسبب النشاط الذي يمارسه وإنما يرجع لسبب أجنبي عنه، بالإضافة إلى إمكانية نفي المسؤولية حاله إنتفاء وقوع الضرر بما أن المسؤولية على أساس المخاطر تقوم على ركنين

1- شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 104.

2- Regnault Desrosiers, **conditions et limites de la responsabilité pour risque**, Note sous Conseil d'Etat.1919 disponible sur:

https://www.revuegeneraledudroit.eu.resbilite_sans_faute/responsabilite_risqu .

le21/09/2020 à 23:09

3- زينة غانم يونس لعبدي، " مسؤولية المصرفي عن أخطاء الكمبيوتر في نقل الإلكتروني للنقود"، مجلة الرافدين

للحقوق، م 11، ع39، كلية الحقوق جامعة الموصل، العراق، 2008/05/26، ص 17.

الفصل الثاني:.....التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

هم الضرر والعلاقة السببية بين المضرور ونشاط المدعي عليه ومنه يمكن نفي المسؤولية إذا تخلف أحد هذين الركنين ومنه يبرأ المسؤول إذا اثبت أن الطرف الآخر لم يصبه ضرر من جراء النشاط و أن الضرر الذي أصابه كان بسبب أجنبي عنه¹. ونرى من جانبنا وجود سبب آخر يمكن صاحب النشاط من نفي المسؤولية عنه وهو حاله وجود اتفاق بين المتعرض للضرر والمسؤول تم من خلاله تنازل المتعرض للضرر عن حقه في التعويض، أو اشتراط المسؤول إعفائه من المسؤولية حالة أصاب العامل ضرراً من جراء النشاط دون وجود خطأ من المسؤول، وفي الغالب تتضمن هذه الشروط في العقد كبنود وبما أن العقد شريعة متعاقدين فيمكن للمسؤول الدفع بالاتفاق كسبب يفي به نفسه من المسؤولية.

إلا أن الأصل حسب القواعد العامة تبقى الوسائل المتاحة أمام المسؤول لنفي المسؤولية عنه هي حاله قوه القاهرة أو الخطأ الغير أو خطأ مضرور، ما لم يتدخل المشرع صراحة أبقى على المسؤولية في الحالات السابقة وهو ما يعتبر خروجاً على القواعد العامة، وفي غياب التدخل التشريعي يبقى الأصل هو أن المسؤولية على أساس المخاطر تبرا بالسبب الأجنبي والمتمثل في القوة القاهرة وخطأ المضرور وخطأ الغير².

المطلب الثاني

نظرية تحمل المخاطر كأساس لمسؤولية البنك في التحويل المصرفي

يتعرض العميل في أثناء قيامه بعمليات التحويل المصرفي للعديد من المخاطر، سواء المخاطر التي تتعلق بالعمليات نفسها، أو تلك المتعلقة بالوسائل التي تنفذ من خلالها، إلا أن اعتماد البنوك المتزايد على الأنظمة الإلكترونية ومواكبتها للتطور في تسيير أعمالها زاد من احتمال وقوع هذه المخاطر في مجال أوسع من سابقه، لكون العميل يفتقد الخبرة والدراية لطريقة عمل تلك الأنظمة وخصائصها مما من شأنه أن يعرضه إلى أضرار تمس حقوقه المالية والمعنوية، فهو ما دفع الفقه والقضاء

1- شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 105.

2- المرجع نفسه، ص 106.

الفصل الثاني:.....التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

إلى محاولة تأسيس مسؤولية البنك على أساس نظرية تحمل المخاطر بهدف توفير حماية أكبر للعميل التي عجزت قواعد المسؤولية التقليدية عن توفيرها.

ولمعرفة مدى إمكانية اعتماد على نظرية تحمل المخاطر كأساس لمسؤولية البنك، نتناول في الفرع الأول تأييد الفقه والقضاء لهذه النظرية، أما الفرع الثاني نتناول فيه تقييم هذه النظرية كأساس لمسؤولية البنك.

الفرع الأول: تأييد الفقه والقضاء لهذه النظرية كأساس لمسؤولية البنك

كما ذكرنا سابقا يعتمد البنك في تنفيذ الالتزامات اتجاه عملائه على عدة وسائل والأدوات التقنية بالإضافة إلى نظام الالكتروني قائم على المعلومات، بالإضافة إلى أن عملية التحويل المصرفي للأموال تتم في مجملها بواسطة هذه الوسائل التي يستعملها العميل في إعطاء الأوامر بالتنفيذ، بالإضافة لإستعمالها من قبل موظفي البنك لتنفيذ مختلف المهام الموكلة لهم، ولإعفاء العميل من صعوبات إثبات أخطاء هذه الوسائل والأدوات اتجهنا إلى تأسيس مسؤولية البنك على أساس نظريه تحمل المخاطر، بما أن قواعد المسؤولية المدنية التقليدية عجزت على توفير الحماية اللازمة للعميل كما ذكرنا سابقا، وقد وجدت هذه النظرية تأييدا من قبل الفقه بالإضافة لتأثر الأحكام والقرارات القضائية بها، لما تحتويه من قواعد تحاول تحقيق العدالة وتوفير الحماية للطرف الضعيف في العقد والمتمثل في العميل.

أولا: تأييد الفقه لنظرية تحمل المخاطر كأساس لمسؤولية البنك

يتجه جانب كبير من الفقه إلى نظرية تحمل المخاطر ويرى أنها الأساس القانوني المناسب لتأسيس مسؤولية البنك في عملية تحويل المصرفي وكان صحيحا ظهور هذه النظرية في البداية كان في مجال المسؤولية العقدية¹ بصفة خاصة في مسؤولية البنك عن الأخطاء الكمبيوتر، فإن البنك بإعتباره مهنيا يستعين بعدة وسائل في تنفيذ التزاماته من بينها الكمبيوتر، بالإضافة لسعيه تحسين الخدمة المقدمة للعميل وجذب عدد كبير من العملاء وتوفير الجهد والوقت في تنفيذ أعماله، وبما انه يستخدم هذه التكنولوجيا فمن المنطقي أن يقبل أي نتائج ضارة قد تترتب عن هذا الاستخدام، وذلك إعمالا لنظرية

1- سليمان ضيف الله مطلق الزين، مرجع سابق، ص317.

الفصل الثاني:.....التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

"الغرم بالغرم" أو نظرية المخاطر المستحدثة حتى ولو كانت هذه المخاطر لصيقة بتنفيذ التزاماته التعاقدية¹.

وأيد اتجاه آخر من الفقه الرأي السابق حيث اعتبر البنك مسؤولاً عن الضرر الذي يصيب العميل جراء قيام بالعمليات المصرفية، أو نشاطه الإلكتروني حتى ولو لم يكن المسؤول عن الضرر الذي يصيب العميل، وحتى لو لم يكن البنك قد صدر منه خطأ، على اعتبار أن البنك يمارس نشاطاً يحتمل أن يصدر منه خطأ ومنه فهو مسؤول عن أي ضرر ينشأ جراء هذا النشاط².

كما يبرر أنصار هذه النظرية بأن ازدياد الأضرار التي تلحق بالعملاء مع ازدياد استخدام البنوك للأنظمة الحديثة في عمليات التحويل المصرفي دليل كافي على أن تلك المخاطر ملازمة لهذه الأنظمة، رغم محاولة البنوك الحد من هذه المخاطر الناجمة عنها وذلك بتوفير الوسائل والحاجات التي تساعد في ذلك، إلا أن التقدم التي تشهده هذه الوسائل والأنشطة مازال ينتج عنه العديد من المخاطر خصوصاً مع ظاهرة اختراق الأنظمة وهو ما أدى إلى صعوبة القول بأن تلك المخاطر مادية فقط وغير ملازمة لعملية تحويل النقود المودعة في الحسابات البنكية، وهو ما يصعب على العميل اكتشاف تلك الأخطار و تفادي الأضرار الناجمة عنها³.

أما بالنسبة لرأي الفقه المصري فقد أخذ بنظرية تحمل المخاطر كأساس لمسؤولية البنك، لكن اشترط أن لا ينسب فيها خطأ العميل، واستند في ذلك أن البنك يعتبر مهني يمارس نشاطات قد ينتج عنها ضرراً يصيب الغير ومن قواعد العدالة والإنصاف أن يتحمل البنك تبعية هذا الضرر بما انه ناتج من ممارسة هذا النشاط الذي احترفه والذي يعود عليه دون الغير بمنفعة والريح.

إلا أن جانب آخر من الفقهاء ذهب إلى القول بأن تأسيس مسؤولية البنك على أساس تحمل المخاطر لا يجب يشترط فيه عدم نسبة خطأ للعميل وذلك على أساس صعوبة تحديد هذا الأخير لمصدر الضرر، وذلك لكونه خارج أروقة المصارف وعديم

1- شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 97.

2- سليمان ضيف الله مطلق الزين، مرجع سابق، ص 318.

3- المرجع نفسه، ص 315.

الفصل الثاني:.....التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

الخبرة في نشاطاتها، وبحسب وجهه نظر هذا الاتجاه أن مجرد أن ينسب الضرر إلى أحد هذه الوسائل التي تنفذ بها عملية التحويل المصرفي، تتحقق مسؤولية البنك ومنه يلتزم بتعويض العميل عن أي ضرر لحقه في عملية التحويل المصرفي للنقود.

ويؤيد الاتجاه السابق بعض الفقه حيث اعتبروا أن تبني الخطأ كأساس للمسؤولية قد يصلح لتقدير خطأ أنساني أما إذا تعلق الأمر بالنظم معلوماتية أو إلكترونية فيكون من غير المناسب الاستناد على هذا الأساس، ويرون أن هذه النظرية المخاطر هي الأنسب لتأسيس مسؤولية البنك كونها تسمح بتعويض العميل عن الأضرار التي أصابته من جراء نشاطه البنك دون الحاجة لإثبات أو تحديد مصدر هذا الضرر وسواء كان بخطأ المسؤول أو دون خطئه¹.

وسار الفقه الفرنسي في نفس الاتجاه السابق، حيث اعتبر أن المسؤولية المصرفية مسؤولية مهنية تقدر على ضوء النشاط الذي يمارسه المصرف وذلك لامتلاكه العديد من الوسائل والتقنيات مما يجعل نشاطه مصدرا للمخاطر نتيجة لارتباطه بعنصر المال وتأثره بالعوامل الاقتصادية المختلفة وهو ما دعا إلى وجوب اعتماد هذه النظرية كأساس لمسؤولية البنك المدنية، بحيث تتحمل البنوك أي ضرر يحدث للعملاء أو للغير نتيجة لممارستها نشاط دون اشتراط صدور خطأ منها، وهذا نظرا لموقعها الاقتصادي القومي جهة، و ضخامة الأرباح التي تحققها باعتبارها تاجر نقد و قرض من جهة أخرى².

وذهب اتجاه آخر لأبعد من ذلك في التحميل البنك المسؤولية عن كل الوسائل بما فيها بطاقات الدفع التي يحوزها العميل ويسيطر عليها ويستعملها، وذلك بسبب أن العميل لا ينشئ خطرا أثناء إصداره أوامر الدفع أو التحويل بالبطاقة، بما أنها مجرد وسيلة إستعملها للتحويل و التي وضعها البنك تحت تصرفه حتى يتسنى له التصرف في أمواله المودعة لديه، ولا تؤثر في ذلك أن البطاقة تسلم بموجب طلب من قبل العميل، وذلك لعلم البنك بالمخاطر المصاحبة للاستعمال هذه البطاقة وهو ما يعد قبول لهذه المخاطر

1- شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 107.

2- سهام خليلي، مرجع سابق، ص 81.

الفصل الثاني:.....التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

من قبله، بالإضافة إلى تحكمه في نظام الدفع الالكتروني الذي يدير هذه البطاقات ومنه فإمكان البنك توقيف أي عمل غير مشروع يقوم بواسطة هذه البطاقات، بالإضافة إلا أن استخدام هذه الوسائل الحديثة في عملية التحويل المصرفي تجنبه المخاطر المتعددة و المتنوعة لاستخدام النقود، وذلك كون استخدام هذه الوسائل تعود إليه بالفائدة مثلما تعود على العميل بالفائدة حيث يكون التحويل بمجرد إصدار أمر تحويل من العميل إلى البنك بواسطة هذه الوسائل، وهو ما يجنب أي مخاطر قد تنتج عن استعمال النقود و بذلك فلا يؤثر على المسؤولية، وهو ما يجعل من هذه المزايا والفوائد التي تعود على العميل لا تقارن بالمزايا والفوائد التي تعود على البنوك من جراء استخدام هذه الوسائل والأدوات ونظام البطاقات، وهو ما جعل حسبهم إعفاء البنك من المسؤولية لا يكون إلا في حالة أن ثبت على العميل خطأ جسيم أو غش أثناء استخدامه هذه الوسائل والأدوات، عكس الاتجاه الذي أقر مسؤولية البنك حتى ولو ارتكب خطأ جسيم أو غش¹.

وما يتم استنتاجه حسب ما تم التطرق إليه أن اغلب الفقه قد أقر على اعتماد نظرية تحمل المخاطر كأساس المسؤولية البنك في عملية التحويل المصرفي، وكان هدفهم هو توفير الحماية للعميل نظرا لموقعه الضعيف في غالب الأحيان أمام البنك صاحب المركز الاقتصادي القوي، كما أن اعتماد هذا الاتجاه على نظرية تحمل المخاطر كأساس لمسؤولية البنك يهدف لعدم تحميل العميل عبئ إثبات خطأ للبنك نظرا لصعوبة ذلك خاصة في حالة كان التزام البنك التزم ببذل عناية، فمهما بلغت الدرجة المهنية للعميل ومهما كانت أهمية موقعها لاقتصادي فهو يبقى غير قادر على امتلاك كافة الأدلة التي تثبت خطأ البنك، بالإضافة إلى سعيهم إلى عدم تمكين البنك من التخلص من المسؤولية مهما كانت صفة التزامه العقدي².

1- لخضر رفاف، مرجع سابق، ص 208.

2- سهام خليلي، مرجع سابق، ص 78.

الفصل الثاني:.....التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

ثانيا: تأييد القضاء لنظرية تحمل المخاطر كأساس لمسؤولية البنك

فبالنظر للاجتهادات القضائية المختلفة يلاحظ أنها اختلفت في الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية البنك حتى ولو أن أغلبها أخذت بنظرية تحمل المخاطر حتى ولو كان ذلك ضمنيا، فمنهم من تمسك بالخطأ كأساس للمسؤولية ومنهم من هجر الخطأ ضمنيا عما جاء في أغلب الأحكام والقرارات القضائية.

ومن مظاهر التأثير بهذه النظرية نلاحظ أن القضاء المصري أخذ بنظرية تحمل المخاطر كأساس لمسؤولية البنك، وذلك في حكم محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في 11 جانفي 1977 حيث أقرت مسؤولية البنك عن صرف شيك مزور رغم أن البنك لم يثبت عليه ارتكاب خطأ، واعتبرته رغم ذلك مسؤولا بسبب طبيعة نشاطه و اعتبرت أن صرف الشيك الذليل يكن محسوبا على العميل أي الشيك مزور سببا كافيا لتأسيس المسؤولية على البنك حتى ولو لم ينسب إليه خطأ، وحتى ولو أثبت البنك أنه بذل الجهد اللازم للتأكد من صحة الشيك، فمحكمة النقض اعتبرت أن أساس مسؤولية البنك تقوم على تحقيق نتيجة وفقا لنظرية تحمل مخاطر المهنة¹.

ومن تطبيقات مخاطر العمل المصرفي في حالة صرف البنك شيك متقن التزوير دون ثبوت الخطأ، مع أن العميل لم يكتشف صراحة الشيك المزور توقيعه إلا بعد صرفه، فقد أسست محكمة النقض المسؤولية البنك على أساس المخاطر وذلك بتحميل البنك وحده قيمة الوفاء الخاطيء، واعتبرت أن ذلك من مخاطر المهنة التي لا تتناسب أعبائها مع المزايا التي تعود على البنوك من تدعيم الثقة بها وبين الاطمئنان لدى المتعاملين معها، خاصة وأن صرف الشيكات المزورة يتطلب من البنوك قدر كبير من الحيطة والحذر متى استدعت ظروف البنك وصلاحياته لذلك

وفي نفس السياق يلاحظ تأثر القضاء الفرنسي بهذه النظرية خاصة في مجال المسؤولية عن الأشياء، وبشكل أقل في المسؤولية عن عمل الغير، بحيث نجد تأثير هذه النظرية في الكثير من الأحكام سواء كان بشكل مباشر أو غير مباشر، ويمكن القول إن القضاء الفرنسي وصل إلى نفس النتائج العملية التي يقول بها أنصار المسؤولية الموضوعية

1- سليمان ضيف الله مطلق الزين، مرجع سابق، ص 325.

الفصل الثاني:.....التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

وذلك من خلال لجؤه إلى التوسع في مفهوم الخطأ، حيث أصبح يقبل بجميع أنواع الخطأ سواء كان بسيط أو تافها في بعض الأحيان ليس له أي صلة بالحقيقة الأخلاقية للانحراف السلوك ليرتب عليه المسؤولية¹.

وتبنى القضاء الفرنسي نظرية تحمل المخاطر في العديد من أحكامه، ومن بين تطبيقات التي قضت بها محكمة الاستئناف باريس في حكمها الصادر عام 1980 بما يلي: " يجب على البنك أن يتحمل المخاطر التي أفترض أنه قبلها عندما استخدم نظام الشبكات الإلكترونية الصادرة من البنك آخر بخلاف البنك المسحوب عليه"، فالمحكمة هنا لم تؤسس مسؤولية البنك على الأخطاء التي ارتكبتها الوسائل أو الأدوات المستعملة من قبله أثناء صرف هذه الشيكات، إنها أسسها على فكرة المخاطر وذلك بجعل البنك يتحمل مخاطر نشاطه².

أما بالنسبة للقضاء الأردني فقد كرس هذا الاتجاه في العديد من أحكامه حيث جاء قرار محكمة التميز الأردنية و الذي كان مضمونه "... إلا أن المشرع الأردني لم يكتفي بأحكام المسؤولية التقصيرية، فنص في المادة 270 من قانون التجارة على أن يتحمل المسحوب وحده الضرر المترتب على الوفاء بقيمة الشيك المزور، إذا لم تكن نسبة أي خطأ إلى الساحب ومسؤولية المسحوب عليه بموجب هذه المادة أشمل من مسؤوليته التقصيرية، حيث تشمل أي ضرر يقع بناء على وفاء الشيك المزور، متقن هذا التزوير أو غير متقن وهي مسؤولية مبنية على نظرية مخاطر الحرفة ولا تنتفي هذه المسؤولية إلا بنسب الخطأ إلى الساحب مهما كان يسيرا، إلا أن انتفاء هذه المسؤولية لا ينفي عن المسحوب عليه المسؤولية التقصيرية من ثبت خطأه ولو ثبت الخطأ من جانب الساحب..."³.

ونستنتج أن القضاء الأردني قد أخذ بنظرية تحمل المخاطر من خلال القرار السابق الذكر، حيث ألزم البنك بتحمل المسؤولية عما نتج من نشاطه من ضرر للغير، لكن أتاح للبنك أن يتخلص من المسؤولية حالة أثبت خطأ العميل وهو ما يفهم منه أنه أخذ بنظرية

1- عمر بن الزويبير، مرجع سابق، ص 33.

2- شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 108.

3- سليمان ضيف الله مطلق الزين، مرجع سابق، ص 324.

الفصل الثاني:.....التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

المخاطر ضمنياً، إلا وأنه مكن من إعفاء البنك من المسؤولية حالة خطأ العميل ومنه فهو لم يأخذ بالنظرية بصفة مطلقة.

ثم جاءت بعدها محكمة التمييز الأردنية فيحكم حديث لها لتقرر صراحة قيام مسؤولية البنك على أساس نظرية تحمل المخاطر، وبررت حكمها هذا استناداً لحماية المستهلك الإلكتروني باعتباره الطرف الضعيف، مقارنة بالبنوك وهو ما أدى إلى تحمل البنك مسؤولية عن النشاط الذي يحترفه و الذي يعود عليه وحده بالربح و الفائدة، حيث قررت "... ذلك أنه لا بد من تطبيق نظرية تحمل تبعية المخاطر وهنا فإنه هو الذي يتحمل هذه النتيجة باعتباره الطرف الأقوى على التحمل، وهو الملزم برد المبالغ المودعة لديه والتي تم سحبها بموجب إلا إذا أثبت خطأ صاحب الحساب"¹.

ومن خلال ما تقدم أن معظم الاجتهادات القضائية تحمل البنوك مسؤولية على أساس تحمل المخاطر مع اشتراطها أن لا يثبت خطأ أو إهمال من قبل العميل و الذي قد يكون على سبيل المثال في عدم المحافظة على بطاقة الدفع الصادرة له من البنك أو قام باستعمال بطاقات البنكية على وجه غير مشروع مثل التزوير أو الإحتيال، بالإضافة إلى عدم إبلاغه البنك حالة فقدان البطاقة، أو حالة عدم محافظة على دفتر الشيكات المسلم له، ففي حالة عدم وجود خطأ أو إهمال من العميل يكون البنك مسؤولاً عن أي ضرر لحق بهذا الأخير دون حاجة إلى إثباته للخطأ أو المسؤول عنه، حيث أن تأسيس مسؤولية البنك على أساس نظرية تحمل المخاطر تهدف إلى حماية المضرور من عصر انتشرت فيه التكنولوجيا والذي من شأنه صار العميل يجد صعوبة كبيرة في تحديد خطأ البنك عند وقوعه في عمليات التحويل المصرفي².

الفرع الثاني: تقييم نظرية تحمل المخاطر كأساس لمسؤولية البنك

تعد نظرية تحمل المخاطر أقرب النظريات التي يمكن من خلالها تأسيس مسؤولية البنك في عمليات التحويل مصرفي، فهذه النظرية تتميز بالبساطة حيث تقوم

1- سليمان ضيف الله مطلق الزين، مرجع سابق، ص 326.

2- المرجع نفسه، ص 330.

الفصل الثاني:.....التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

على عنصرين فقط هما الضرر والعلاقة السببية، فيكفي مسائلة البنك عن الأضرار التي يسببها للعميل جراء استعمالها لوسائل والأدوات في تنفيذ عملية التحويل المصرفي، شرط إثبات العميل وجود الأضرار ونسبتها للبنك دون إثبات الخطأ في جانب هذا الأخير، بالإضافة إلى أن هذه النظرية تتماشى مع العدل والمنطق، فالبنك المهني يستعين بالتكنولوجيا للقيام بنشاطه ولزيادة موارده والتي تعتبر تكنولوجيا معقدة بالنسبة لشخص غير متخصص، ومنه فكما يستفيد البنك من هذه التكنولوجيا فعليه تحمل مخاطرها وتعويض العميل عن أي ضرر يصيبه بسبب هذا الاستعمال¹.

إلا أن رغم ما للنظرية من مميزات إلا أنه لا يمكن إنكار الصعوبات التي تواجه تطبيقها في مجال العمليات المصرفية، وذلك للتعدد الأسباب التي تؤدي إلا إلحاق الضرر بالعميل²، بالإضافة إلى أن هذه النظرية لم تسلم من النقد من عدة اتجاهات فقهية.

كما أن فكرة تحمل المخاطر تؤدي إلى تقاعس الأفراد على ممارستهم لحقوقهم مخافة شبح المسؤولية دون أدنى خطأ يرتكبونه، فالشخص الذي يمارس نشاطه مثل البنك في حدود الحقوق المشروعة متخذاً جميع الاحتياطات اللازمة لتجنب الضرر بالغير تزامناً مع حصوله على الترخيص اللازم لمزاولة النشاط، ومنه فالتزامه بتعويض الأضرار التي تنتج للغير من جراء هذا النشاط فهذا يؤدي إلا انعدام الرغبة و الحافز من جانبه، حيث أن هدفه من مزاولة النشاط هو تحقيق الفائدة والأرباح وليست تعويض أضرار لم يكن السبب فيها، وهو ما يدفعه إلى تجنب المخاطر وهذا ما يؤدي به إلى توقف العمل والتطور وهو ما يؤثر سلباً على الصعيد الاجتماعي والاقتصادي³.

بالإضافة لما سبق ذكره، فقد وجهت عدة انتقادات لهذه النظرية من عدة جوانب أبرزها⁴:

- 1- شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 111.
- 2- حسبية قدة، مرجع سابق، ص 259.
- 3- خليلي سهام، مرجع سابق، ص 80.
- 4- عمر بن الزوبير، مرجع سابق، ص 29.

الفصل الثاني:.....التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

- من الناحية الفنية: حسب منتقدي نظري تحمل المخاطر فإن الأساس الفني الذي بنيت عليه هذه النظرية غير صحيح، على اعتبار أن من يلزم بالتعويض عن الضرر يجب أن يثبت الخطأ في حقه و ليس على مجرد التسبب في الخطأ وهو ما يخالف النصوص القانونية الوضعية التي لا تدع مجالاً للشك لاشتراط الخطأ لقيام المسؤولية، وأن تبرر هذه النظرية على مقتضيات العدالة غير كافي و غير مقبول كسند قانوني لهذه النظرية سواء كقاعدة أصلية أو احتياطية، وبالإضافة إلى ذلك فإن اشتراط أنصار هذه النظرية إثبات الرابطة السببية دون الخطأ لا يخفف عبئاً عن العميل المتضرر لأن في بعض الأحيان يكون الخطأ أيسر في إثباته مقارنة بإثبات الرابطة السببية.

- من الناحية الأخلاقية: فإن أهم الانتقادات التي وجهت لهذه النظرية هو تجاهلها الأساس الأخلاقي الذي كانت عليه المسؤولية المدنية، والذي يقتضي بأن الشخص لا يتحمل المسؤولية والتعويض إلا إذا خرج سلوكه عن السلوك الواجب.

- من الناحية الاقتصادية: يعتبر بعض الفقه أن الأخذ بنظرية تحمل المخاطر بصفة مطلقة من شأنه إرهاب الأشخاص الذين يعملون في الحدود الطبيعية لمشروعاتهم، وبالتالي يؤدي إلى عزوف الأشخاص عن القيام بالنشاطات وباعتبار البنوك لها دور كبير في الجانب الاقتصادي لكل الدول باعتبارها عصب له، فإن تحميلهم المسؤولية على أساس نظرية المخاطر يؤدي إلى تقليص نشاط البنوك وهو ما من شأنه أن يؤدي إلى الإضرار بالاقتصاد.

بالإضافة إلى أن الاعتماد على هذه النظرية يؤدي إلى صعوبة حصر نطاق المسؤولية الموضوعية، الذي من شأنه أن يؤدي إلى اضطراب في العمل القضائي و صدور أحكام متناقضة في قضايا متشابهة¹.

ويرى البعض² ممن تناولوا مسؤولية البنك أن هذه الانتقادات تنطبق على البنك الذي يعتبر عصب الحياة الاقتصادية سواء تعلق الأمر بالنشاط المصرفي التقليدي

1- لخضر رفاف، مرجع سابق، ص 209.

2- المرجع نفسه، ص 210.

الفصل الثاني:.....التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

أو الالكترونى، فاعتماد نظرية المخاطر كأساس لمسؤولية البنك يتعارض مع النظام الاقتصادي الحر القائم على المبادرة الفردية، ومن جهة ثانية أن المخاطر من صميم العمل المصرفي وهي أكثر ما تتجلى في عمليات التحويل المصرفي، حيث يتعلق الأمر بالمبالغ المتداولة عبر الشبكات والتي يصاحبها دوما احتمال تعرضها للقرصنة والاستيلاء عليها وهو ما يلحق أضرار بالغة بالعميل.

ومنه لا يمكن تحميل البنك المسؤولية عن هذه المخاطر وإلزامه بالتعويض عن الأضرار المرتبطة بها، ما لم يثبت أن البنك ارتكب خطأ معيناً أدى إلى حدوث الضرر، والقول بغير ذلك يجعل مسؤولية البنك نتيجة حتمية لنشاطه، مما يؤدي إلى تردد البنوك للعمل مع عملائها خاصة في عمليات التحويل المصرفي وذلك خشية إقامة مسؤوليتها.

بالإضافة أن صعوبة إثبات الرابطة السببية كما ذكرنا سابقاً قد يجعل العميل غير قادر على الحصول على التعويض المناسب، خاصة في حالة تعدد الأسباب المؤدية للضرر فالعميل في هذه الحالة يجد صعوبة كبيرة في إثبات الجهة المسببة للضرر، بالإضافة إلى أنه بعيد عن النشاط المصرفي، أي بمعنى أنه غير متخصص في النشاط المصرفي مما يجعل عملية إثبات سبب الضرر أمر في غاية الصعوبة¹.

كما أن البنك يمكنه دفع المسؤولية حالة تدخلت عدة بنوك في عمليات التحويل المصرفي فيجد البنك سهولة في إثبات أنه ليس المسبب في الضرر الحاصل للعميل بل يعود السبب لجهة أخرى، أي أن الضرر الحاصل لا يعود إلى نشاطه بل نشاط جهة أخرى غيره وهو ما قد يخلصه من المسؤولية، ويتعذر على العميل في هذه الحالة نسب الضرر لجهة معينة وذلك لعدم اختصاصه في النشاط المصرفي وجهله للطرق التقنية التي تتم بها عمليات التحويل المصرفي.

بالإضافة إلى ذلك ففي حالة اعتد القضاء بهذه النظرية كأساس لمسؤولية البنك، ففي المقابل يمكن للبنك أن يشترط في العقد الذي يجمعه بعميله عدم مسؤولية أو إعفائه منها في حالة عدم وجود خطأ من جانبه، ويكون هذه الشروط في شكل بنود يتضمنها

1- شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 112.

الفصل الثاني:.....التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

العقد، وبما أن طبيعة العلاقة بين البنك والعميل هي علاقة تعاقدية، وإعمالاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فإن البنك يعفى من المسؤولية، ويبقى العميل في موضع الضحية بما أنه قبل الشروط التعاقدية التي تفسر على أنها اتفاق إرادي بين البنك وعميله¹.

وفي نفس السياق انتقد اتجاه من الفقه هذه النظرية ورأى أنها لا جدوى منها لثلاث أسباب، أولها أن هذه النظرية من أساسها لا علاقة لها بالمسؤولية العقدية وإنما هدفها معالجة الأضرار الناشئة عن هلاك الشيء دون وجود خطأ من أي جهة، وثانياً أن مجالها ينحصر في هلاك الأموال وتعين من له قدرة مالية للتعويض، وثالثاً أنها تبحث دائماً في المسؤولية المدنية الإلكترونية عن حارس الشيء لمسائلته وليس من هو المنتفع لتحمله تبعة التعويض².

وأمام الانتقادات الشديدة التي وجهت لهذه النظرية فاتجه أنصار نظرية تحمل المخاطر إلى تقديم دليل يبين نجاعة نظريتهم، خاصة أن نقد هذه النظرية كان موضوعي وهادف ومبني على دلائل وبراهين.

فبالنسبة للأول هي نظرية المخاطر الشاذة أو الغير المألوفة التي افترضها الفقيه سالي بعد إدراكه لنقائص و ضعف منطوق نظرية تحمل المخاطر، ووفقاً لهذه النظرية الجديدة فإن المسؤولية لا تقوم لمجرد التسبب في أية مخاطر كانت، وإنما ترتبط فقط بإحداث مخاطر شاذة خارجة عن المألوف، أي بمعنى أن الشخص لا يجب أن يسأل حسب نظرية تحمل المخاطر إلا إذا اقترن سلوكه بحالة شاذة أي غير مألوفة، أي يعتبر سلوكه هذا غير معتاد، أو اتجه إلى سلوك خاص لم يكن منتظر منه مما سبب ضرر، إلا أن الفقه يرى أن فكرة الشدود هذه ليست بعيدة عن فكرة الخطأ، وإذا تم تأسيس النظرية لمسائلة الشخص فإنها ستؤدي إلى البلبلة بين الخطأ و فكرة الشدود مما يجعل النظرية تهدم نفسها بنفسها.

أما الحالة الثانية هي فكرة السببية الجزئية وتقوم على فكرة رئيسية وهي أن كل من الفاعل والمضروب قد ساهم في حدوث الضرر ومنه فيجب توزيع عبئ المسؤولية بينهما دن أن

1- سهام خليلي، مرجع سابق، ص 81.

2- زينة غانم يونس لعبيدي، مرجع سابق، ص 201.

الفصل الثاني:.....التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

يتحملها المضرور وحده، ما من شأنه أن يثقل كاهله ويعرضه إلى أضرار مادية، عكس صاحب النشاط الذي لن يتعرض للضرر مقابل التعويض، وذلك لما له من نمة مالية قوية مقارنة بالشخص المضرور، وهو ما يؤدي في النهاية إلى حصول هذا الأخير على تعويض جزئي¹.

1- لخضر رفاف، مرجع سابق، ص 211.

المبحث الثاني

مسؤولية البنك باعتباره مهني محترف

تعتبر البنوك أحد الدعامات الأساسية للاقتصاد القومي، حيث تلعب دورا هاما في تسهيل المعاملات الاقتصادية والتعاملات المالية، وذلك عن طريق مختلف الخدمات التي تقدمها حيث تلعب دور محوري في تطوير الاقتصاد ودفع عجلة التنمية، ونظرا لدورها البارز والهام على المستوى الاقتصادي جعل من العمليات المصرفية المختلفة تحتوي على مخاطر كبيرة ومختلفة والتي قد تلحق ضرر بالأشخاص العاديين المتعاملين مع البنك أو قد ينتقل أثارها إلى الاقتصاد القومي بصفة عامة،¹ ونظرا لخطورة هذه العمليات التقنية على كل من الأفراد والاقتصاد فإن أغلب التشريعات أسندت ممارسة هذه الأنشطة والعمليات إلى أشخاص مهنيين محترفين يتمتعون بالخبرة والمعرفة الفنية بالإضافة إلى الإمكانيات المادية ما يمكنهم من ممارسة تلك الأعمال بكفاءة عالية واحترافية كبيرة.

واكتساب البنوك عند ممارستها لأنشطتها المصرفية لصفة المهني المحترف، أدت إلى إدراك الفقه للدور الذي تلعبه الصفة المهنية في تحديد الالتزامات التي تثقل كاهلها في مواجهه عملائها الغير المهنيين، بالإضافة إلى دور هذه الصفة في تشديد مسؤولية هذه البنوك عن أي أخطاء ترتكبها في مواجهة عملائها مقارنة مع مسؤولية الغير المهنيين، حيث أن اكتساب هذه البنوك لصفة المهني المحترف توسع من مجال مسؤوليتها مما يجعلها مطالبه بتنفيذ التزاماتها بصفة تعكس احترافيهامحقة ما ينتظر منها بصفته مهني محترف².

والصفة المهنية التي تكتسبها البنوك دفعت الفقهاء إلى محاولة تأسيس مسؤولية البنك باعتباره مهنيا، وذلك لتأثرها بمجموعة من العوامل محاولة الموازنة في العلاقة بين البنك والعميل الذي يعتبر الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، وذلك بهدف توفير حماية أكبر للعميل بتحميل البنك عبئ أكبر كونه يتمتع بمعرفه فنيه وبإضافة لامتلاكه

1- عمر بن الزويبر، مرجع سابق، ص 31.

2- لخضر رفاف، مرجع سابق، ص 193.

الفصل الثاني:.....التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

لوسائل ماديه عكس العميل الذي في اغلب الأحيان يجهل خبايا العمليات المصرفية والأدوات والطرق التي تتم بها عمليات التحويل المصرفي بصفه خاصة، مما رجح كفة البنك مقارنة به ومكنه من التخلص من المسؤولية في أغلب الأحيان لامتلاكه جميع المعلومات، التي تعد بعيدة عن يد العميل ويصعب عليه الوصول إليها، وهو ما يؤدي إلى هدر حقوق العميل المالية في حالة أصابة ضرر من جراء القيام بعملية تحويل مصرفي.

ومنه لمعرفة مدى إمكانية تأسيس مسؤولية البنك على أساس صفته المهنية التي يكتسبها من ممارسته للعمليات المصرفية، يتطلب منها النظر في اثر الصفة على البنك اتجاه عملائه (المطلب الأول)، ثم التطرق إلى العوامل المؤثرة في التدخل لحماية العميل على أساس المسؤولية المهنية(مطلب الثاني).

المطلب الأول

أثر الصفة المهنية على البنك

إن اكتساب البنك الصفة المهنية من خلال ممارسته للأعمال المصرفية نتج عنه أثر مزدوج، فنلعب الصفة المهنية للبنك دورا مهما في تحديد التزامات هذا الأخير في مواجهه عملائه، ففرضت هذه الصفة التزامات مشددة على البنوك مقارنة مع التزامات الأشخاص العاديين وذلك نتيجة لاحتكارها معظم العمليات المصرفية عموما وعمليات التحويل المصرفي بصفة خاصة، وتستمد تلك الالتزامات وجودها من الأعراف والعادات المصرفية السائدة في الأوساط المصرفية¹.

أما الأثر الثاني فيتمثل في تشديد مسؤولية البنك حالة ارتكابه أخطاء في مواجهة عملائه، وتحديد معيار الخطأ الذي تقوم به مسؤولية المهني يعود للصفة المهنية للبنوك وذلك بالرجوع إلى الأعراف والعادات المهنية البنكية لتحديد معيار هذا الخطأ، فمعيار هذا الخطأ لا يقاس بمعيار الخطأ الرجل العادي، وإنما يقاس بالسلوك المهني من الطائفة نفسها وذلك لامتلاك هذه الطائفة قدرا كافي من الخبرة العملية التي لا تتوفر في الشخص

1- لخضر رفاف، مرجع سابق، ص 193.

الفصل الثاني:.....التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

العادي مما يجعله مسؤول بصفته مهني يحترف نشاط معين، مما يؤدي إلى توسيع نطاق هذه المسؤولية.¹

ولمعرفة مدى تأثير الصفة المهنية على مسؤولية البنك سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين (الفرع الأول) أثر الصفة المهنية على التزامات البنك في مواجهة العميل، أما بالنسبة الفرع الثاني فسنتناول أثر الصفة المهنية على طبيعة مسؤولية البنك اتجاه عميله.

الفرع الأول: أثر الصفة المهنية على التزامات البنك

إن العقود التي تبرمها البنوك مع عملائها في العمليات المصرفية عموماً لا تتضمن جميع الالتزامات التي تقع على أطرافها²، فقليلاً ما يهتم أطراف العقد بتحديد محتوى أو مضمون التزاماتهم بشكل محدد وصريح فهم يقومون بتحقيق عملية معينة نتائجها الاقتصادية معلومة لهم ومرغوبة منهم ولكن دون تحديد تفصيلي لالتزاماتهم الرئيسية التي تحقق لهم هذه النتائج، وهو ما أدى إلى اللجوء والرجوع إلى الأعراف والعادات المهنية البنكية لتحديد مضمون وموضوع هذه الالتزام بوجه العام³.

وبما أن الالتزامات المهنية فرضتها أصول المهنة على البنك الذي يمارس النشاطات المصرفية، وإن هذه الالتزامات لا يتضمنها العقد المبرم بينه وبين العميل فهل تأثير الصفة المهنية على الخطأ الناتج عن الإخلال بهذه الالتزامات يجعل منه ذو طبيعة عقدية أم تقصيرية؟ أم أن طبيعته خاصة مستمدة من الأعراف المصرفية؟

في الواقع أن مسؤولية أصحاب المهن غالباً ما تكون مسؤولية عقدية لا مسؤولية تقصيرية، ومسؤولية المهني عقدية وذلك لارتباطهم مع زبائنهم بعقود لتقديم خدمات مهنية، والخطأ المصرفي يكون محله المسؤولية العقدية في كل مرة ينشأ فيها عن الإخلال

1- نوارة سعداني، "المسؤولية المدنية للبنك عن أخطائه المهنية في مجال الاعتماد المالي"، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010، ص 183.

2- لخضر رفاف، مرجع سابق، ص 193.

3- نوارة سعدياني، المرجع السابق، ص 184.

الفصل الثاني:.....التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

بالالتزام الناشئ عن العقد، وعندما يخل صاحب المهنة بواجب العناية اتجاه الشخص الذي يلجأ إليه للتعاقد تترتب المسؤولية العقدية على عاتقه.¹

فبمجرد تعاقد المحترف (البنك) تترتب في ذمته مجموعة من الالتزامات تفرض عليه أو تضاف إلى الواجبات العامة في حالة عدم الاحتراف، لكن أهم ما يميزها أنها لا تذكر في العقد بينما تنتج بمجرد إبرامهتسمى بالشروط الخاصة التي يسأل على أساسها وهي في نفس الوقت حماية للمتعاقد الآخر، ويعود ذلك إما لما يفرضه مبدأ حسن النية في التعاقد أولاً يفرضه نطاق العقد من حيث موضوعه، وبذلك تقوم مسؤولية المدين المحترف العقدية(البنك) متى أخل بالواجبات الخاصة بالصراحة والاستقامة المفروضة عليه نتيجة لمركزه.²

ويرى بعض الفقه أنه يجب التمييز بين نوعين من الالتزامات التي تقع على الشخص المهني (البنك)، الأولى التي يتضمنها العقد المبرم بين المهني والعميل والذي تعتبر التزامات عقدية وأي إخلال بها يشكل خطأ عقدي يترتب عليه قيام المسؤولية العقدية في مواجهة المهني المسؤول، أما النوع الثاني فهي الالتزامات التي تجد مصدرها في العادات والأعراف المهنية، فهذه الالتزامات ذات الطبيعة مهنية خاصة يشكل الخطأ الناتج عن الإخلال بها نوع جديد من الخطأ يطلق عليه الخطأ المهني، والذي يقوم في حالة أخل الشخص المهني بالالتزامات التي تفرضها القواعد و الأصول المهنية، وهو ما يجعل مسؤولية البنك وفق هذا الاتجاه مسؤولية مشددة عن أخطائه المهنية عكس الخطأ العادي الذي يرتكبه الشخص دون أن يكون مهني، وحسب هذا الاتجاه تكون مسؤولية المهني مطلقة، بينما الخطأ العادي لا يرتب المسؤولية إلا إذا كان خطأ على قدر من الجسامه.³

وانتقد جانب من الفقه هذا التوجه على اعتبار أن أغلب التشريعات لم تفرق بين أنواع الخطأ، سواء كان خطأ عادي ارتكبه المهني بدون أن يكون له علاقة بالأصول

1- سعاد بختاوي، المسؤولية المدنية للمهني المدين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بوبكر بلقايد، تلمسان، 2012/2011، ص 64.

2- سهام خليلي، مرجع سابق، ص 81.

3- لخضر رفاف، مرجع سابق، ص 194.

الفصل الثاني:.....التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

الفنية للمهنة وبين خطأه أثناء عمله وهو الخطأ المتعلق بالأصول الفنية، كما لم يفرق بين الخطأ سواء كان يسير أو جسيماً، فالعملاء بحاجة للحماية من أخطاء أصحاب المهن وإن صاحب المهنة يسأل عن خطئه المهني كما يسأل عن خطئه العادي سواء كان خطأ جسماً أو يسيراً¹.

إلا أنه ظهر توجه آخر يرى أن التزامات الشخص المهني تعتبر في مجملها ذات طبيعة مهنية خاصة، سواء تعلق الأمر بالالتزامات التي تضمنها العقد المبرم بين الأطراف، أو تلك الناتجة عن الأعراف و العادات المهنية، وتم تبرير ذلك بأن إرادة الأطراف تتجلى في الجانب المهني عن الدور المنوط بها في تكوين الالتزامات التعاقدية وتحديد مضمونها، لأن الالتزامات المهنية وجدت لتحقيق الصالح العام وهو ما يجعلها تحت سلطان النظام العام، وإن العقد هو وعاء صالح بأن توضع فيه التزامات قانونية ومهنية موجودة سابقاً، فالأطراف وأثناء اتفاقهم على بنود العقد فهم يحددون الالتزامات الرئيسية دون تفصيل، وضمنياً يحيلون باقي الالتزامات إلى النصوص القانونية وأخلاقيات المهنة اللذان يعتبران المحددين للالتزامات المهنية، كما يقبلون مسبقاً هذا التحديد دون أن تكتسب هذه الالتزامات الطبيعة العقدية، ويرى هذا الاتجاه أن التزامات المهني اتجاه عميله هي التزامات مهنية تنشأ من قواعد أخلاقيات المهنة، وأن أي إخلال بتلك الالتزامات يشكل خطأ مهني ذو طبيعة خاصة يسأل فيها المهني على أساس القواعد والأعراف المهنية وليس على أساس قواعد المسؤولية العقدية².

ولكن بما أن العقد شريعة المتعاقدين ومنه تكون المسؤولية الناجمة عن الإخلال بالعقد الجامع بين المهني وزبونه عقدية، حيث أن كل منهما يجمعه مع الآخر عقد منتج لأثار³، وبالعودة للمادة 107 من القانون المدني الجزائري والتي نصت على أنه "لا يقتصر العقد على التزام المتعاقدين بما ورد صريحاً فيه فحسب ، بل يتناول أيضاً مما

1- سعاد بختاوي، مرجع سابق، ص 67.

2- لخضر رفاف، مرجع سابق، ص 195.

3- مليكة حرباش، أساس المسؤولية المهنية، تم الإطلاع عليه يوم 2020/09/03 ، الساعة 21:33 متاح على

الموقع : <https://9anonak.blogspot.com>

الفصل الثاني:.....التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

هو من مستلزماته، وفقا للعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام¹، و منه بات الأخذ بالرأي السابق يعني التخلي عن العقد بصفة نهائية كمصدر للالتزامات، و كما جاء في المادة السابقة الذكر فإن الالتزامات التي تنتج عن العادات والأعراف تعد مكملة للعقد ومنه فمن غير المنطقي إعتبار أن جميع الالتزامات هي التزامات مهنية وأن أي إخلال ببنك الالتزامات يشكل خطأ مهني ذو طبيعة خاصة، فالتخلي عن العقد يؤدي إلى الإخلال بمجال التنظيم العلاقات بين الأفراد، وهو ما من شأنه أن يؤدي إلى انعكاسات خطيرة على المجتمع، و خلق الفوضى في مجال حقوق الأفراد التي تعتبر العقود هي المصدر الوحيد للالتزامات العقدية².

ومنه فإن الإخلال بهذه الالتزامات لا يغير من طبيعة الخطأ الذي ينتج عن هذا الإخلال، أي أنه يبقى خطأ عقدي يسأل عليه المسؤول على أساس المسؤولية العقدية، بالإضافة إلى أن طبيعة الخطأ المهني تتأثر بطبيعة الالتزام الذي وقع الإخلال به، ومنه فتحج بالمسؤولية التقصيرية إلا إذا اقترن الإخلال بالالتزام العقدي بجريمة جنائية أو ارتكاب المدين غش جسيما فما عدا الحالتين السابقتين لا يمكن مسائلة البنك تقصيريا³.

والتشديد في مسؤولية البنك المحترف لا يعني أن الصفة المهنية تغير من طبيعة الخطأ الناتج عن الإخلال بالالتزامات المستمدة من الأعراف البنكية والذي من شأنه أن يؤدي إلى نوع آخر من المسؤولية، فالتشديد سببه أن البنك محترف يمتلك القدر كبير من الخبرة والمعارف فيما يتعلق بالعمليات المصرفية مما يجعله قادرا على توقع الضرر، بالإضافة لامتلاكه الإمكانيات المالية والوسائل القانونية والتقنية والتي تجعل من العدل التشديد في مسؤوليته أمام العميل الذي يعد الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، ومنه فيجب أن يشمل خطأ البنك جميع الأخطاء التي يرتكبها مهما كان حجمها⁴.

1- أنظر المادة 107 من الأمر 58/75، السابق ذكره.

2- لخضر رفاف، مرجع سابق، ص 196.

3- سعاد بختاوي، مرجع سابق، ص 63.

4- لخضر رفاف، المرجع السابق، ص 197.

الفصل الثاني:.....التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

والتزامات الشخص المهنية(البنك) تكون إما التزامات ببذل عناية أو تحقيق نتيجة، والالتزام ببذل عناية هنا يتمثل في قدر معين من العناية الفنية التي تفرضها أصول المهنة التي يمارسها، وتقدير الخطأ هنا لا يتم على أساس معيار الرجل المعتاد وإنما يكون على أساس أن الشخص مهني محترف يتميز باليقظة عكس معيار الرجل العادي الذي يفتقد الدراية الفنية واليقظة، فبالنسبة لأصحاب المهن يشترط أن يكون نفس سلوك شخص من أوسطهم هو المعيار الذي يقاس عليه الخطأ، وأن هذا الشخص لا يجوز له أن يخطئ فيما استقرت عليه الأصول الفنية العائدة لمهنته والذي يعتبر الخروج عليها انحراف تم اعتباره خطأ مهنيًا¹.

وإذا كان الاحتراف يشدد من مضمون التزامات البنك في مواجهة عميله، فإن هذه الالتزامات لا تصل إلى درجة قلب الالتزام من بذل عناية لتصبح التزامات بتحقق نتيجة، نظرا لامتلاكه للوسائل الضرورية لممارسة نشاطه وعنصر الخبرة والاحتراف، فعوامل الخبرة والاحتراف لا تغير من طبيعة الالتزام نفسه، فمن يتخذ الصفة الاحتمالية كالالتزام الطبيب أو المحامي لا يمكن ضمان نتيجة تحققه حتى من أشد الناس حرصا، وبالتالي فإنه يمكن القول أن الجهد الذي يجب أن يبذله الشخص المهني أكثر مما يجب أن يبذله الشخص العادي، لا أن يقلب التزامه من بذل عناية لتحقيق نتيجة².

الفرع الثاني: أثر الصفة المهنية على طبيعة مسؤولية البنك

إن الخصائص و المميزات التي تتميز بها مسؤولية الشخص المهني عن الشخص العادي دفعت اتجاه من الفقه للمزج بين قواعد المسؤولية العقدية والتقصيرية أو بعض قواعدها، وهو ما نتج عنه نوع ثالث من المسؤولية أطلقوا عليها المسؤولية المهنية، و الذي لا تطبق إلا على فئة معينة³، ممن لهم المؤهلات الضرورية و اكتسبوا المعلومات الفنية و الأدوات اللازمة لحسن تنفيذ التزاماتهم، بإضافة لامتلاكهم الخبرة والدراية الكافية

1- سعاد بختاوي، مرجع سابق، ص 63.

2- لخضر رفاف، مرجع سابق، ص 197.

3- المرجع نفسه، ص 198.

الفصل الثاني:.....التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

المتعلقة بالأصول مهنتهم وقواعدها، وهو ما فرض على المهني تنفيذ التزامه بدرجة أعلى من أي شخص عادي آخر بل يتم تنفيذ الالتزام بنفس مستوى الشخص الفني¹. وهو ما فرض على الشخص المهني إتباع مجموعة من القواعد التي لا يجد مصدرها في العقد المبرم مع الأشخاص الذي يتعامل معهم وإنما تجد مصدرها كذلك في الأعراف والعادات المهنية والقوانين التي تنظم العمليات المصرفية والتي تكون من خارج العلاقة التعاقدية وليس لإرادة الأطراف دور في إنشائها، وهو ما جعل من الصعب إقامة مسؤولية الشخص المهني على أساس المسؤولية العقدية أو التقصيرية في هذه الحالات مما دفع الفقه إلى تبني نوع خاص من المسؤولية يعتمد في الغالب على الجمع بين أحكام المسؤوليتين السابقتين الذكر.

ورغم أن التوجه الجديدة للمسؤولية لا ينكر دور العقد كأساس للعلاقة بين الشخص المهني والعميل، إلا أن تم اعتباره وفقا لهذه النظرية هو مجرد إشارة للمهني للبدء في تنفيذ التزاماته التي يفرضها القانون أو العادات والأصول المهنية².

لكن بعض الفقه رفض هذا التوجه مؤكدا أن مسؤولية الشخص المهني لا يمكن أن تخرج عن نطاق المسؤولية العقدية في مواجهة الأشخاص المتعاقد معهم، وإنكار أو تهميش العقد يؤدي إلى نتائج خطيرة على مستوى حرية الاتفاقيات حيث يصبح من العبث أن يقوم الأشخاص بإبرام عقود لن يخضعوا إليها، ومنه فالاعتراف بالعقد لا يكون إلا بالاعتراف بالقوة الملزمة له.

إضافة إلى أن إخلال الشخص المهني بالتزاماته المستمدة من أصول مهنته وقواعدها العرفية والقانونية لا ينشأ عنه إلا المسؤولية العقدية، ففي الغالب يتم تنظيم المسائل الأساسية بين طرفي العقد ويتركون الكثير الباقي إلى الأعراف والقوانين، وهو ما يجعل أطراف العلاقة ملزمين بمشتملات ومستلزمات العقد عرفا وقانونا³.

وزيادة على ذلك فإن أثر الصفة المهنية لا يمكنه تغيير طبيعة المسؤولية المدنية للبنك المهني بخلق مسؤولية جديدة لم يحددها القانون، وإنما يقتصر أثرها على التشديد

1- سعاد بختاوي، مرجع سابق، ص 64.

2- المرجع نفسه، ص 65.

3- لخضر رفاف، مرجع سابق، ص 198.

الفصل الثاني:.....التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

في مضمون التزامات الشخصي المهني باعتباره متخصص في مهنته، إضافة إلى التأثير في معيار قياس الخطأ الذي يختلف قياسه عن الشخص العادي، بل يقاس على أساس مهني بحكم خبرة الشخص المهني وعلمه بأصول مهنته وقواعدها، وهو ما جعل من المنطقي عدم قياس معيار الخطأ بنفس معيار خطأ الأشخاص العادية التي لا تملك خبرة ودراية التي يمتلكها الشخصي المهني¹.

وهو ما جعل من الصعب إقامة مسؤولية المهني على أساس المسؤولية الخاصة التي تبناها الاتجاه الأول، وذلك نظرا للاعتبارات التي جاء بها الاتجاه المعارض لهذه الفكرة، إضافة إلى أن على الرغم من اتجاه القضاء إلى التشديد مسؤولية المهني بصفة عامة والبنك بصفة خاصة، إلا أنه لم يخرج عن نطاق المسؤولية العقدية، حيث أن أغلب الأحكام والقرارات القضائية أقامت مسؤولية البنك على أساس المسؤولية العقدية².

وبما أن التشديد في مضمون التزامات المهني لا يؤدي إلى تغير من طبيعة من طبيعة المسؤولية ولا يغير من طبيعة الأساس الذي تقوم عليه، فإن الاعتماد على الصفة المهنية لإقامة مسؤولية البنك لا يحقق الحماية اللازمة للعميل من الأضرار المحتملة في عمليات التحويل المصرفي، خاصة أنها لا تتقل عبئ الإثبات من العميل الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية إلى البنك المهني المحترف والذي يعتبر الطرف المسيطر في هذه العلاقة و المتسبب في الضرر عندما تكون التزامات هذا الأخير التزامات ببذل عناية، وبعد إثبات الخطأ أو التقصير من أهم الإشكالات التي تطرح بخصوص عدم تمكن العميل من الحصول على التعويض للضرر الذي لحق به نتيجة للنشاط الذي يمارسه البنك، وزاد مشكل الإثبات تعقيدا وذلك باتجاه البنوك المتزايد والمستمر على الاعتماد على التكنولوجيا في تنفيذ التزاماتها التي صاحبها عدة مخاطر قد تصيب العميل بأضرار، وهو ما جعلها تعتمد إلى جعل التزاماتها في العقود التي تبرمها مع عملائها التزامات ببذل عناية حتى تتخلص من عبئ المسؤولية، وطبيعة هذه الالتزامات سواء كان البنك ملزم ببذل عناية الرجل العادي أو الرجل المهني فهذا لا

1- لخضر رفاف، مرجع سابق، ص 199.

2- سعاد بختاوي، مرجع سابق، ص 66.

الفصل الثاني:.....التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

يؤدي إلى نقل عبئ الإثبات وإنما يبقى على عاتق العميل الذي يلزم بإثبات ما يدعيه والذي يواجه صعوبة لتحقيق ذلك، وهو ما يجعله يحصل على جزء من التعويض دون الحصول على التعويض كامل ما ينتج عنه إهدار لحقوقه المالية نظرا لجهله وقلة خبرته ودرايته بأعمال المصرفية بصفة عامة والخصائص التقنية للأنظمة و الوسائل التي تنفيذ بها عمليات التحويل المصرفي بصفة خاصة¹.

المطلب الثاني

العوامل المؤثرة على التدخل لحماية العميل على أساس المسؤولية المهنية

يعتبر العقد الذي يجمع المتعاقدين القانون الذي يحتكمان له وهو المحدد للالتزامات كل طرف فيه، ويخضعان لقواعده على وجه المساواة دون ترجيح كفة أي طرف على حساب الآخر، إلا أن التطور الصناعي والتطور التكنولوجي والتقني بالإضافة إلا تطور صناعة المعلومات التي أدت إلى ترجيح كفة طرف على حساب الآخر في العلاقة التعاقدية، مما جعل أحد أطراف هذه العلاقة في مركز ضعيف مقارنة بالمتعاقدين الآخر، وهذا الإخلال بالمساواة بين الأطراف أدى إلى تدخل كل من التشريع والقضاء بهدف حماية الطرف الضعيف ومحاولة تحقيق المساواة بينه وبين الطرف الآخر في العقد .

وبما أن البنك والعميل يجمعهم عقد يحدد به التزام كل طرف، فإن العميل يعتبر طرف ضعيف مقارنة مع البنك الذي يتمتع بقدرة اقتصادية وقانونية القوية ولذلك وجب حمايته من تعسف هذا الأخير حتى لا يفرض عليه شروطه التي تحقق مصالحه على حساب العميل الذي في غالب الأحيان تهضم حقوقه في حالة وقوع نزاع بينه وبين البنك المتعاقد معه².

ولمعرفة العوامل التي أدت إلى التدخل لحماية العميل سوف نتطرق في (الفرع الأول) إلى مبررات التدخل لحماية العميل الطرف الضعيف ثم سوف نتطرق في (الفرع الثاني) إلى الوسائل القانونية لحماية العميل في عمليات التحويل المصرفي.

1- لخضر رفاف، مرجع سابق، ص 200.

2- المرجع نفسه، ص 285.

الفصل الثاني:.....التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

الفرع الأول: مبررات التداخل لحماية العميل الطرف الضعيف في العلاقة العقدية

إن تدخل كل من الفقه والتشريع لحماية العميل الطرف الضعيف في العلاقة العقدية يجد مبرراته في كون العميل المتعاقد مع البنك قليل الخبرة والدراية بخبايا النظام الذي تتم به العمليات المصرفية، بالإضافة إلى عدم معرفته بطبيعة وخصائص الأجهزة والوسائل التي تتم بها عمليات التحويل المصرفي، وهو ما سمح للبنك باستغلال جهل العميل لوضع شروط وبنود مجحفة في حقه والذي يقبلها دون أن يكون له الحق في التفاوض أو مناقشة البنك حول هذه الشروط.

أولاً: انعدام المساواة في الخبرة والمعرفة بين البنك والعميل

إن التطور الاقتصادي والصناعي والتكنولوجي الذي يشهده العصر الحديث أظهر معه تطوراً مطرداً ومستمرًا في العلاقات بين الثورة المعلوماتية وأدواتها المتمثلة في الأجهزة وبرامج الكمبيوتر وشبكات المعلومات المختلفة والإنترنت، ولم تكن البنوك في منأى عن هذا التطور، حيث تطورت أساليب ووسائل البنوك لتواكب هذه الثورة المعلوماتية الحديثة، حيث وصفت الصناعة المصرفية بأنها أكثر الصناعات تأثراً بالتقدم التكنولوجي وتطور وسائل الاتصال الحديثة، غير أن هذا التطور اصطحب معه مشكلات ومخاطر من شأنها أن تمثل خطراً على حقوق ومصالح الأشخاص المتعاملين مع البنوك والمستخدمين لصناعاتها الحديثة، وهو ما جعل البنوك تعيش في بيئة الإنترنت وتتفاعل مع مكوناتها الأمر الذي يجعلها تجابه تحديات قانونية تثير المخاوف¹، خاصة وأن العميل يجهل في أغلب الأحيان أسرار هذه الوسائل والأجهزة بالإضافة إلى جهله طرق استعمالها وكيفية تفادي أخطارها وأضرارها عكس البنك المهني صاحب الخبرة، وهو ما جعله في موقع منعدم من حيث العلم والمعرفة الفنية و ذلك لكونه في غالب الأحيان عديم الخبرة ويقبل التعامل بهذه الوسائل والأنظمة دون دراية بأوصافها ومخاطرها في عمليات التحويل المصرفي².

1- ضيف الله مطلق الزين، مرجع سابق، ص 271.

2- لخضر رفاف، مرجع سابق، ص 286.

الفصل الثاني:.....التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

ونتيجة لذلك أصبح طرفي العلاقة العقدية غير متساويين في الدراية والعلم في الوسائل والأدوات والأنظمة الالكترونية المستخدمة من قبلهم لتنفيذ عمليات التحويل المصرفي، حيث يعتبر البنك الطرف القوي باعتباره مهني محترف يتمتع بالخبرة الفنية اللازمة والعلم والدراية بكل ما له علاقة بالعقد من معلومات متاحة وضرورية، أما العميل فيعتبر الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية والذي يجهل طبيعة وطرق استخدام الوسائل والأدوات التي سوف يستعملها، بالإضافة إلى أن في مجال العقود المصرفية يفتقر العميل لفرصة المساومة من أصلها فهو يقبل بالبنود والشروط التي يحددها البنك مسبقا دون إمكانية تعديلها وهو ما جعل العقد غير متوازن بتضمنه بنود لصالح المهني - البنك - على حساب المستهلك¹.

وهو ما جعل من الواضح عدم التكافؤ وعدم التساوي بين المتعاقدين (البنك-العميل) وان كان مألوفا في عمليات التحويل المصرفي التقليدي، إلا أن عدم التكافل يتسع في مجال التحويل المصرفي الالكتروني بسبب الوسائل التكنولوجية المستعملة فيه ويعود ذلك للسبب جهل العميل لخصائص وتقنيات وطرق استعمال هذه الوسائل والأجهزة وهو ما جعل هذا الأخير يخضع للطرف القوي ذو المعرفة الواسعة².

فالبنك باعتباره مهنيا يمتلك كل الإمكانيات والوسائل التي تخوله معرفه كافة المعلومات المتعلقة بالأدوات والأنظمة المستعملة في عملية التحويل المصرفي وهو ما يجعله عالم بجميع المعلومات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه، عكس العميل الذي يستحيل عليه معرفة كافة المعلومات حول الأدوات والأجهزة إضافة للأنظمة المستعملة في عمليات التحويل المصرفي ومنه فيصعب عليه معرفة كامل تفاصيل العقد المراد إبرامه، وهذه الاستحالة قد تكون موضوعية وقد تكون شخصية³، والاستحالة الموضوعية يقصد بها عدم قدرة العميل الإلمام بمكونات محل العقد لكونه متطورا

1- مريم خليفي، "الالتزام بإعلام الإلكتروني وشفافية التعامل في مجال التجارة الدولية"، مجلة الدفاتر السياسية والقانون، م3، ع4، جامعة بشار، الجزائر، 2014/10/13، ص 204.

2- المرجع نفسه، ص 205.

3- لخضر رفاف، مرجع سابق، ص 287.

الفصل الثاني:.....التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

تكنولوجيا أولم يسبق التحصل عليه أو لسبب آخر، فليس كل من يتعاقد بإمكانه أن يحصل من تلقاء نفسه على المعلومات الجوهرية لمحلا لعقد¹.

أما بالنسبة للاستحالة الشخصية فتعود لأسباب متعلقة بشخص العميل، فالشخص البسيط لا يمكنه الإلمام بجميع البيانات والمعلومات الجوهرية في العقود التي يبرمها، وخاصة ما تعلق بالبيانات الفنية الدقيقة لكل عقد، فالاستحالة الشخصية تكمن أساسا في الأخذ بالمعيار الذاتي، فتتعلق ببساطة الخبرة والعلم والدراسة لدى المتعاقد، والتي يكون المحترف أكثر دراية وخبرة بها².

إلا أن مسألة الاستحالة أثارت جدلا بين جموع الفقهاء، وذلك في اعتماد المعيار الشخصي أو الموضوعي لتقدير وجود هذه الاستحالة من عدمها في العميل المتعاقد مع البنك، فمنهم من اخذ بالمعايير الشخصي حيث يعتد فيه بالظروف الشخصية للعائد دون أن يقارنه بمسلك الرجل العادي، وهو ما يسمع باحترام إرادة العائد ويؤكد دورها في إبرام العقد، وهناك من أخذ بالمعايير الموضوعي بحيث تقاس فيه الاستحالة بمعيار الرجل العادي و هو ما يجعل جهل العائد بالمعلومات المتعلقة بالعقد غير مشروع، إلا في حالة أثبت أنه قام ببذل العناية اللازمة التي يبذلها الرجل المعتاد في محاولاته لمعرفة المعلومات المتعلقة بالعقد ومحلته³.

حيث يرى الفقيه الفرنسي "YVES PICOD" أن الأخذ بالمعيار الشخصي يجعل من المتعاقد سلبيا وكسولا يلحقه افتراض الجهل فيه، ويرى أنه يجب على المتعاقد أن يستعلم ويحاول الاطلاع على كافة المعلومات المتعلقة بالعقد حسب قدراته ومؤهلاته، وأنه حتى يصبح الجهل مقبولا لا بد أن يكون مشروعا، وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية على أن المتعاقد الذي يوقع نفسه في الغلط بسبب الإهمال فليس له إلا أن يلوم إلا نفسه والمتعاقد الواعي و المنتبه هو الذي يعرف أنه من الواجب عليه الحيطة والحذر ومنه

1- المختار بن سالم، الإلتزام بإعلام كآلية لحماية المستهلك، رسالة نيل شهادة دكتوراه، تخصص قانون المنافسة والاستهلاك، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2018/2017، ص 40.

2- المرجع نفسه، ص 41.

3- لخضر رفاف، مرجع سابق، ص 288.

الفصل الثاني:.....التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

فليس للشخص البسيط قليل الخبرة والمعرفة أن يدعى الجهل حتى يلقي المسؤولية على المتعاقد معه المهني¹.

أما حالة الأخذ بالمعيار الموضوعي وحده من شأنه أن يلحق ضررا بالعاقد الذي منعه ظروفه الذاتية وأسبابه الخاصة من الاستعلام والحصول على المعلومات اللازمة².
وأما النقد الذي تعرض له كلا المعيارين، فإن الرأي الغالب يرى وجوب الجمع بين كل من المعيار الموضوعي والمرتبط بالتقدم التكنولوجي والعلمي في ما ينتج عنه من أضرار، والمعيار الشخصي المرتبط بالضرر الشخصي للمتعاقد ومدى خبرته ومعرفته بالمعلومات المرتبطة بالعقد³.

ومن خلال ما تطرقنا إليه نستنتج أن من بين الدوافع القوية التي أدت إلى تدخل الفقه والتشريع لحماية العميل وذلك بتأسيس مسؤولية البنك باعتباره مهني محترف، يرجع إلى عدم التكافؤ المعرفي بينهم في مجال الأدوات والأنظمة المستعملة في عمليات التحويل المصرفي، وهو ما يسمح للبنك باستغلال هذا التفاوت بفرضه شروط مجحفة في حق العميل الذي ليس له حق التفاوض أو المناقشة، وبالتالي تتحقق مصلحته طرف على حساب الآخر الذي يعتبر الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

ثانيا: إدراج البنك في العقد لشروط مجحفة في حق العميل

الأصل في العقود التراضي، وبكفي للإبرام العقد توافق الإرادتين في تحديد التزامات كل طرف على وجه المساواة، أما بالنسبة للعقود التي تجمع بين كل من البنك والعميل فلا تسير على هذا المنوال، وذلك يعود للمركز الاقتصادي القوي الذي تتمتع به البنوك بالإضافة إلى احتكارها لمختلف العمليات المصرفية، وهو ما جعلها تتفرد بوضع الشروط التعاقدية دون تدخل العميل في ذلك ولا مناقشتها حيث تقوم البنوك بتقديم العقود في شكل

1- مريم طويل، قانون السوق وفكرة توازن مصالح المنتج وحقوق المستهلك (دراسة مقارنة)، رسالة نيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، تخصص قانون المنافسة والاستهلاك، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ص 157.

2- لخضر رفاف، مرجع سابق، ص 289.

3- سعيدة رباح، الحماية العقدية للمستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف2، 2013/2014، ص 21.

الفصل الثاني:.....التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

نماذج معدة مسبقا و للعميل حق القبول أو الرفض، ولكن لانفرادها بهذه العمليات المصرفية فالعميل يجبر على التعاقد وقبول الشروط التي تعتبر شروط مجحفة في حقه تم مراعاة مصالح البنك فيها على حساب العميل، وهو ما أدبالي اعتبارها شروط تعسفية تلحق الضرر بهذا الأخير.

ويقصد بالشرط التعسفي أنه ذلك الشرط الذي يكون موضوعه أو مفعوله إنشاء اختلال مهم في التوازن العقدي، يضر بالمتعاقد الغير المهني ويخل بين حقوق والتزامات الطرفين في العقد¹.

وقد عرفه جانب من الفقه الفرنسي بأنه ذلك الشرط الذي ينتج عنه عدم التوازن العقدي لصالح ذلك الذي يفرضه على المتعاقد الآخر الذي لا خيرة له، أو ذلك المتعاقد الموجود في مركز عدم المساواة الفنية أو القانونية أو الاقتصادية في مواجهه الطرف الآخر، وفي هذا الإطار يعتبر الشرط التعسفي ناتج عن عدم التوازن بين حقوق والتزامات كل من المهني والمتعاقدين معه، وهو ما يعطيه ميزة ناتجة عن استخدامه لقوته الاقتصادية في مواجهة المتعاقد معه².

لهذا يرى بعض الفقهي أن فكرة التعسف تقوم على معياريين، الأول يتمثل في استعمال النفوذ الاقتصادي والثاني التباين الظاهري بين التزامات الطرفين، وذلك لأن هذين المعيارين تربطهم علاقة ثابتة إذ يعد العنصر الثاني نتيجة للعنصر الأول³. فالتعسف في استعمال القوة الاقتصادية في مجال العقود مفترض من قبل نشوء العلاقة التعاقدية، فالقوة الاقتصادية هي ظاهرة سابقة عن نشوء العلاقة التعاقدية بين الأفراد، ودليل ذلك فإن التعسف في وضعية الهيمنة على السوق واستغلالها على نحو يؤدي إلى الإضرار بالمنافسين والمستهلكين وبالاقتصاد بشكل عام محذور بموجب قانون المنافسة⁴.

1- سعيدة رباح، مرجع سابق، ص 54.

2- المرجع نفسه، ص 55.

3- لخضر رفاف، مرجع سابق، ص 290.

4- رضا معوش، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة نيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014/2015، ص 25.

الفصل الثاني:.....التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

أما بالنسبة للتفاوت الظاهري بين التزامات الطرفين فما هو النتيجة للمعيار السابق كما ذكرنا، وذلك أنالتفاوت في الالتزامات هي النتيجة المحصلة مناستخدام المحترف لقوته الاقتصادية بطريقة تعسفية¹.

أما بالنسبة للتشريعات المقارنة فالمشرع الفرنسي عرف التعسف بموجب المادة 1/132من قانون الاستهلاك، حيث اعتبر بأنه في العقود المدنية بين المهني والمستهلك كل شرط مدرج في العقد من شأنه الإضرار بمصلحة المنافسين والمستهلكين مشكلا تفاوتا ظاهريا بين حقوق والتزامات طرفي العقد يتم اعتباره شرطا تعسفيا².

ويستنتج أن المشرع الفرنسي قد تخلى عن معيار التعسفي في استعمال النفوذ الاقتصادي في تحديد الطابع التعسفي للشرط التعاقدى وذلك بعد تبنيه للتوجه الأوروبي* لسنة 1993، وهو ما جعله يعتدبمعيار واحد فقط والمتمثل في الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي كأساس للكشف عن الطابع التعسفي لشروط الواردة في العقد³، وهو ما من شأنه أن يحقق حماية أكبر للمستهلك (العميل) من خلال تخفيف عبئ إثبات الشرط التعسفي الذي يقع على عاتقه، فلا يكون ملزما بأن يقيم الدليل على التعسف المهني في استعمال نفوذه الاقتصادي وإنما يكفيه إثبات وجود تفاوت ظاهر ضد مصلحته، فيفترض أن هذا التفاوت قد جاء نتيجة لهذا التعسف⁴.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلقد سار على نهج المشرع الفرنسي وذلك في المادة 5 فقرة 3 من قانون 02-04 ونصت على أنه: "كل نية أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهري بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد"⁵، وما يفهم من المادة أن المشرع الجزائري اعتمد معيار واحد

1- خالد معاشو، دور القاضي في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 45، قالم، 2016/2015، ص 66.

2- لخضر رفاف، مرجع سابق ص292

3- خالد معاشو، المرجع السابق، ص 62.

4- لخضر رفاف، المرجع السابق، ص 293.

5- القانون 01-04، مؤرخ في 05 جمادي الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة

عل الممارسات التجارية، ج ر، ج، ع، 41

الفصل الثاني:.....التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

والمتمثل في الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد وذلك حتى يتفادى تضارب المعايير وتفسيراتها التي قد تؤدي بإضرار بالمستهلك نتيجة لاستغلالها من قبل مهني محترف، خاصة في حالة التحويل المصرفي بحيث قد يعمد البنك بالإضرار بالعمل مستغلا التضارب في المعايير المحددة للشرط التعسفي وذلك للتهرب من المسؤولية.

ومنه يمكننا أن نقر أن العقد الذي يجمع البنك وعميله في عمليات التحويل المصرفي يتضمن مجموعة من الشروط التي لا يراعي فيها مصلحة عميله قدر ما يراعي مصلحته، وهو ما يؤدي إلى الإخلال في التوازن العقدي الذي يكون عادة على حساب العميل، بالإضافة إلى أن رضا العميل يتأثر بالظروف الاقتصادية والتي فرضت احتكار البنوك للعمليات المصرفية، وهو ما يجعله مرغما على التعاقد وقبول الشروط التي يفرضها عليه الطرف الآخر، وهو ما أدى إلى تدخل الفقه والتشريع لمحاولة تشديد مسؤولية البنوك باعتبارها مهنية بهدف توفير أكبر حماية لحقوق العميل المالية.

الفرع الثاني: الوسائل القانونية لحماية العميل في عمليات التحويل المصرفية

يرتبط العميل والبنك في مجال المصرفي بعقود تحدد التزامات كل طرف، وباعتبار العميل الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، قد تصيبه العديد من الأضرار والمخاطر¹، نتيجة لجهله قلة خبرته بخبايا النظام المصرفي بصفة عامة، إضافة إلى جهله بالخصائص والمعلومات المتعلقة بالوسائل المستعملة التي تنفذ بها عمليات التحويل المصرفي، وهوما استوجب توفير حماية كافية له دون أن يترك للبنك المجال لتحقيق مصالحه على حساب العميل.

*التوجيه الأوروبي: هو التشريع وفق نظام قوانين في الإتحاد الأوروبي والذي يلزم دول الأعضاء في الإتحاد الأوروبي بتطبيقه من حيث المضمون ولكن من غير الإلزام بالكيفية، حيث يختلف التوجيه في قوانين الإتحاد الأوروبي عن التنظيم، حيث أن الأخير يجب أن يدخل القانون في حيز التنفيذ في دول الأعضاء، أنظرالموقع الإلكتروني:

<https://ar.m.wikipedia.org/wiki> ، تم اطلاق عليه يوم 2020/09/05 الساعة 16:30.

1- لخصر رفاف، مرجع سابق، ص 294.

الفصل الثاني:.....التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

وفي ظل غياب نظام قانوني يحكم عمليات التحويل للمصرفي في التشريع الجزائري، فيكفي تطبيق قواعد حماية المستهلك على العميل الذي يعتبر في حكم المستهلك¹.

والحماية الفعالة تكون على مرحلتين، في الأولى حماية العميل في أثناء تكوين العقد، وتتمثل في فرض إلتزام على عاتق البنك والمتمثل في تزويد العميل بجميع المعلومات والبيانات المتعلقة بمكونات العقد المراد إبرامه، إضافة إلى خصائص الوسائل والأنظمة الإلكترونية محل العقد، أما المرحلة الثانية في أثناء تنفيذ العقد وذلك على أساس نظرية عقود الإذعان.

أولاً: الإلتزام بالإعلام كآلية لحماية العميل

بههدف توفير الحماية للعميل اتجه الفقه والتشريع للتشديد من مسؤولية البنك باعتباره مهني محترف، وذلك بسبب كون العميل الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية التي تجمعهم، حيث عمد كل من الفقه والقضاء إلى إضافة التزمات على عاتق البنوك إضافة لواجباتها الملقة على عاتقها، ومن بين هذه الإلتزامات هو التزم البنك بالإعلام، والدافع من ذلك هو تنوير بصيرة العميل حتى يكون تعاقد مبنى على بينة واختيار في نفس الوقت حتى يتسنى له التعرف على الخصائص القانونية والفنية للمعاملة التي ينوي إجرائها.

والإلتزام بالإعلام لا يتعلق فقط بالمرحلة التي تسبق التعاقد وإنما يمتد أيضا للمرحلة التي ترتبط بتنفيذ العقد، فالنسبة للأول هي إعلام العميل بأمر الجوهرية المتعلقة بالعقد والتي لولاها لما أبرم العقد، أما في الحالة الثانية فالإعلام يكون بههدف ضمان سلامة انتفاع المستهلك الكامل للشيء محل العقد².

ولقد اهتم الفقه الحديث بهذا الإلتزام، فهناك من الفقهاء من يعرف الإعلام قبل التعاقد بأنه: " التزم سابق على التعاقد، يتعلق بالتزم أحد متعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل ومنتور على علم بكافة

1- لخضر رفاف، مرجع سابق، ص 293.

2- المرجع نفسه، ص 78.

الفصل الثاني:.....التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

تفصيلات العقد، وذلك بسبب ظروف واعتبارات معينة قد ترجع لطبيعة هذا العقد أو صفة أحد طرفيه أو طبيعة محله، أو أي اعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما أن يعلم بالبيانات المعينة، أو يحتمليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر، الذي يلتزم بناء على جميع الاعتبارات بالتزام بإدلاء بالبيانات"¹.

أما بالنسبة للالتزام بالإعلام الذي قد عرفه جانب من الفقه على أنه: "التزام يفرض على أحد المتعاقدين أي المدين إعلام المتعاقد الآخر أي الدائن بكافة الوقائع والمعلومات التي تكون منتجة لازمة لتكوين رضا حر ومنتور، وضمان حسن تنفيذ العقد"².

ومن خلال التعاريف السابقة، يتضح بأن الالتزام بالإعلام يتخذ في هذا المقام مظهرا إيجابيا وذلك لكون الالتزام به يؤدي إلى السماح للمستهلك -العميل- بإبرام العقد وهو عالم بجميع التفاصيل المتعلقة بالعقد ومدى ملاءمتها للهدف الذي يبتغيه من التعاقد³.

ويعتبر البنك قد نفذ التزامه بالإعلام بصورتيه القبلية أو اللاحقة للتعاقد حالة قيامه بتبصير العميل بكافة المعلومات الجوهرية التي يجهلها، سواء من حيث نوعية الخدمات التي يقدمها، إضافة إلى مصاريف الاستعمال وغيرها من الالتزامات والواجبات التي يجب على العميل في عمليات التحويل المصرفي القيام بها.

إضافة إلى إلزامية أن يشمل الإعلام خصائص وطرقاستخدام الوسائل التي تنفذ بها هذه العملية، حتى يتمكن العميل من الاستفادة منها وكذلك تجنب الأضرار التي قد تصيبه حالةاستعمالها، والتي يصعب على العميل الإحاطة بمضمون هذه المعلومات الجوهرية دون مساعدة البنك⁴.

لكن إذا اعتبرنا الالتزام بالإعلام يدخل ضمن واجبات البنكاتجاه عميله، فعل أيأساس يمكننا الأخذ بذلك؟

1- سعيدة رياح، مرجع سابق، ص 11.

2- المختار بن سالم، مرجع سابق، ص 26.

3- رضا معوش، مرجع سابق، ص 26.

4- لخضر رفاف، مرجع سابق، ص 79.

الفصل الثاني:.....التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

لقد اختلف الفقهاء في تحديد الأساس القانوني للإلتزام بالإعلام، وكان من بين أهم النظريات التي قيلت في تحديد هذا الأساس هي النظرية الاقتصادية، ونظرية صحة وسلامة الرضي، ونظرية حسن النية في العقود.

إلا أن الرأي الراجح يرى عن الإلتزام بالإعلام يحد أساسه في مبدأ حسن النية الذي يقوم على الثقة والأمانة الواجب توفرهما بين المتعاقدين، بحيث يجب على المهني تقديم كافة المعلومات و البيانات المتعلقة بالوضع القانوني للشيء محل التعاقد، وكذا خصائصه وصفاته المادية، وهي معلومات لازمة لإيجاد رضا سليم وحر لدى المستهلك، وهو ما يسمح بتحقيق الإنصاف في إبرام العقود تحقيقاً لعدالة العقد والتي من أهم خصائصها وجود التوازن بين الواجبات بحيث لا تطغى مصلحة طرف هو على الآخر.¹

وهو ما أكدته المادة 148 من القانون المدني المصري في فقرتها الأولى حيث نصت على أنه: " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية"، وهي المادة المقابلة للمادة 1134 من القانون المدني الفرنسي، حيث اتفقت المادتين على الأساس القانوني للإلتزام بالإعلام وفق لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود.² وهو ما سار عليه المشرع الجزائري في نص المادة 1/107 في القانون المدني حيث نصت على أنه: " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية"³، حيث نلاحظ أنه أعتمد على مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد كأساس لهذا الإلتزام.

ومنه يمكن اعتماد مبدأ حسن النية" كأساس للإلتزام بالبنك بالإعلام، والذي يدفع البنك للإلتزام إيجابياً بالصدق والأمانة وعدم الإخلال بالثقة الذي وضعها فيه العميل المتعاقد معه، ومن ثم يقع عليه تقديم كافة المعلومات للعميل والتي تخولها القيام بعملية التحويل المصرفي بطريقه صحيحة متجنباً الأضرار الذي قد تصيبه من جراء القيام بها،

1- خدوجة الذهبي، الأليات القانونية لحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة نيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون خاص الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أدرار، 2013/2014، ص 67.

2- معتز نزيه محمد الصادق المهدي، الطبيعة القانونية لبطاقة الانتماء الإلكترونية والمسؤولية المدنية الناشئة عنها، دار النهضة العربية، مصر، بدون طبعة، ص 92.

3-أنظر المادة 107 من الأمر 58/78، السابق ذكره.

الفصل الثاني:.....التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

إضافة إلى الإلزام بتحذيره وتبنيه لمخاطر استعمال الوسائل والأدوات المتعددة لهذه العمليات حالة استعمالها بطريقة خاطئة أو غير مشروعة¹.

وإذا سلمنا أنه يمكن اعتماد مبدأ حسن النية كأساس للالتزام بالبنك بالإعلام فما هو محل هذا الالتزام وما هي المعلومات التي يشملها؟

باعتبار أن التزام البنك بالإعلام يدخل ضمن الواجبات التي يلتزم بها اتجاه العميل في عملية تحويل المصرفي، والتي تتمثل في تزويده بالمعلومات والبيانات اللازمة والتي من خلالها يقرر متعاقد مع البنك من عدمه، والتي تنقسم إلى شقين فهناك منها ما يتعلق بشروط القانونية والتعاقدية، وهناك ما يتعلق بالوسائل والأدوات المستخدمة من قبل العميل في عملية تحويل المصرفي².

فبالنسبة للمعلومات المتعلقة بشروط القانونية والتعاقدية، فيجب على البنك قبل التعاقد مع أحد عملائه أن يقوم بتقديم كافة المعلومات والبيانات المتعلقة بالشروط التعاقدية التي تحكم التعامل في عمليات التحويل المصرفي، حتى يتمكن العميل من الوقوف على مكونات العقد الذي يجمعه بالبنك وخصائصه الذاتية، وملائمته في إشباع حاجياته التي يهدف إليها، لما ذلك من تأثير كبير في اتخاذ قرار التعاقد³.

أما في المعلومات المتعلقة بالوسائل التي تنفذ بها العمليات المصرفية، فالبنك يلتزم بتقديم المعلومات والبيانات اللازمة للعميل حول الوسائل والأدوات المستعملة في هذا النوع من العمليات، خاصة كونها وسائل تعتمد على التكنولوجيا الحديثة مما يصعب على العميل الإحاطة بالخصائص الفنية والتقنية التي تتمتع بها هذه الأدوات ومنه فالبنك ملزم بتقديم كل المعلومات و البيانات المتعلقة بالخصائص الذاتية والأوصاف الفنية والمادية المتعلقة بهذه الأدوات، حتى يتسنى للعميل الاستفادة من مزايا هذه الوسائل، إضافة إلى تمكينه من استخدامها على أحسن وجه، و التعرف على مدى جدواها وملائمتها في إشباع حاجياته لما له من تأثير كبير في إتخاذ قرار التعاقد من عدمه⁴.

1- لخضر رفاف، مرجع سابق، ص 87.

2- Thierry Bonneau, **droit bancaire**, LGDJ, 2^{ème} édition, Paris, 2017, p 350.

3- لخضر رفاف، المرجع السابق، ص 94.

4- المرجع نفسه، ص 95.

الفصل الثاني:.....التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

إضافة إلى التزام البنك بعد التعاقد بإرسال كشف تفصيلي للعميل يبين له العمليات التي نفذها خلال المدة المحددة بالعقد، بحيث يتضمن هذا الكشف التفصيلي جميع العمليات التحويل التي تم تنفيذها والرصيد المتبقي وما تم سحبه والرصيد الجاري والفائدة المستحقة والحد الأدنى، وهو ما يسمح للعميل بكشف العمليات الغير مشروعة والتبليغ عنها¹.

ثانيا: الحماية من الشروط التعسفية

نظرا لاختلال التوازن في العلاقة العقدية بين المهني والمستهلك، بسبب قدرة هذا الأخير مناقشة بنود العقد إضافة إلى عدم خبرته القانونية والفنية التي لا تسمح له بتقدير آثار الشروط التعسفية على ذمته المالية، فبرزت الحاجة إلى امتداد صفة الإذعان إلى العقود التي يكون فيها طرفين أحدهما ضعيف مقارنة بالأخر صاحب المركز الاقتصادي القوي، والغاية من هذا الإمتداد هو استفادة العميل من الحماية المقررة في هذا النوع من العقود ضد الشروط التعسفية².

وباعتبار البنك الطرف القوي في العلاقة التعاقدية مقارنة مع العميل الذي يكون في معظم الحالات الطرف الضعيف فيها، فهل يمكن تطبيق نظرية عقود الإذعان على هذه العلاقة في عملية تحويل المصرفي؟

يتميز عقد الإذعان بان شروطه توضع من قبل أحد المتعاقدين، ثم يتم عرضها على الجمهور ولا يسمح للطرف الأخر بمناقشتها، وهو ما يجعل الطرف الضعيف يتعرض للضغط من قبل الطرف القوي خاصة إذا تعلق العقد بسلعة أو خدمة حيوية، تقع تحت سيطرة الطرف القوي بموجب احتكارا قانوني أو فعلي من جانبه³.

ومن خلال التعريف السابق، نستنتج مجموعه من الشروط حتى يتم اعتبار العقد من العقود الإذعان، والتي تتمثل في صدور الإيجاب للناس كافة وبالشروط نفسها وعلى نحو مستمر أي لمدة غير محدودة، وتكون في صيغة مطبوعة تحتوي على شروط

1- محمد بشير محمد حامد، الحماية المدنية لبطاقة الائتمان، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2015، ص 73.

2- سعيدة رباح، مرجع سابق، ص 83.

3- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 34.

الفصل الثاني:.....التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

مفصلة تكون في معظم الأحيان لمصلحة الموجب دون إمكانية مناقشتها، بالإضافة إلى تضمن العقد شروط مجحفة، كما يجب أن يتعلق العقد بسلعة أو مرفق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين، وأن تكون هذه السلع محل احتكار قانوني أو فعلي من قبل الموجب أو يكون سيطرته عليها سبب لجعل المنافسة محدودة¹.

وبمطابقة هذه الشروط على عقود خدمات التحويل المصرفي فنلاحظ توفر الشرط الأول فيها وهو انفراد احد المتعاقدين بوضع شروط التعاقد وتحديد مضمونه وهو البنك، بحيث لا يكون أمام المتعاقد الآخر(العميل)، إذ ما أراد التعاقد إلا أن يقبل بهذه الشروط المعدة سلفا دون أن يكون له الحق في مناقشتها، كما أن هذه العقود تتوفر شروط تعسفية تضر بالطرف الآخر(العميل)²، ومثال ذلك تضمن هذه العقود شروط تعفي البنوك من المسؤولية أو تخففها أو إعطاء الحق في الفسخ أو صلاحيات تعديل شروط في أي وقت أو إلغاء خدمة من الخدمات، كما تتفرد البنوك بتحديد القانون المطبق أو المحكمة المختصة بنظر في منازعاتها، بالإضافة إلى عدة شروط أخري تتفرد بوضعها ويخضع لها العميل إجباريا³.

أما بالنسبة لشرط الثاني والمتمثل في اعتبار العقود محل احتكار قانوني أو فعلي، فنلاحظ أن الأعمال المصرفية لا تقتصر على بنك معين أو مجموعة معينة من البنوك، فهناك العديد منها والتي تتنافس فيما بينها لجذب أكبر عدد من العملاء وهو ما يمنح للعميل حرية اختيار أي بنك يتعاقد معه، ومنه فلا يمكن اعتبار الأنشطة المصرفية محل احتكار بسبب تعدد وتنوع البنوك المقدمة لهذا النوع من الخدمات.

أما بالنسبة للشرط الثالث والمتمثل في أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة تعتبر من الضروريات، فقد يكون التحويل المصرف من الضروريات خاصة في حالة التجار وعمليات الاستيراد والتصدير مثلا فيكون هنا التاجر ملزم بتحويل قيمة السلعة المراد استيرادها إلى المصدر وهو ما يلزمهم بفتح حساب بنكي والذي من خلاله يمكنهم إجراء

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 230.

2- رفاف لخضر مرجع سابق، ص 85.

3- تدريست كريمة، " الحماية القانونية للمستهلك في العقود البنكية، مجلة أكاديمية البحث القانونية، م13، ع1،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2017/06/12، ص 243.

الفصل الثاني:.....التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

مختلف عمليات التحويل، وقد لا يكون التحويل المصرفي من الضروريات حيث يمكن للأفراد قضاء حاجياتهم اليومية من شراء أو الوفاء بدين دون الحاجة إلى الرجوع إلى البنك أو فتح حساب، ومنه فهذا الشرط قابل للتحقق كما هو غير قابل للتحقق بحيث يرجع إلى طبيعة المعاملة والغرض منها.

ومنه نستنتج أن شروط عقد الإذعان لا تنطبق جميعها على العقود التي تجمع البنك بعميله، ومنه فلا يمكن اعتبار العقود المصرفية عقود الإذعان، بل هي عقود نمطية تكون في شكل نماذج موحدة ومنظمة (standard) موجهة للجمهور تشمل نفس الشروط، يتم إعدادها من قبل متخصصين قانونيين واقتصاديين، على أن تتجه إرادة المستهلكين فيها إلى الموافقة أو عدم الموافقة دون ابداء ملاحظات أو تعديلات على بنود العقد أو حتى مناقشتها¹.

ويرى غالبية الفقه الحديث أن قواعد حماية المستهلك توفر حماية أكبر للطرف الضعيف في العقود النموذجية والتي تشمل العميل في عمليات التحويل المصرفي، وذلك كون قواعد تعالج كل العقود التي ينفرد فيها طرف واحد في وضع شروطها، حيث عالجت كل من الضعف الاقتصادي للعميل، بالإضافة إلى معالجتها الضعف المعرفي بين المهني (البنك) والعميل والذي بسبب قلة خبرته وعلمه بالجوانب الفنية والقانونية المتعلقة بالعقد والذي عادة ما يعرضه إلى عدة مخاطر، بالإضافة إلى أن قواعد حماية المستهلك تستهدف بشكل مركز حماية المستهلك من الشروط التعسفية².

وهو ما جسده المشرع الجزائري في نص المادة 30 من قانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية والتي نصت على أنه: "بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود، ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية"³، ومنه فالمشرع الجزائري قد أسقط كل شرط تعسفي من شأنه أن يضر بالمستهلك أو كان في غير

1- غادة رياض حرب، حماية المستهلك في القطاع المصرفي (دراسة مقارنة)، رسالة نيل دبلوم الدراسات العليا، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، الجامعة اللبنانية، لبنان، 2019، ص 24.

2- لخضر رفاف، مرجع سابق، ص 296.

3- أنظر المادة 30 من القانون 02/04، السابق ذكره.

الفصل الثاني:.....التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

مصالحته، وذلك بهدف حمايته في العقود التي يكون فيها الطرف القوي منفرد بوضع الشروط التعاقدية.

وأهم ما تحققه قواعد حماية المستهلك للعميل في عمليات التحويل المصرفي، هو إلزام البنك بتقديم كافة المعلومات والبيانات اللازمة قبل التعاقد، حتى يكون إقباله للتعاقد نابع من إرادة كاملة ومستنيرة، بالإضافة إلى إبطال كل شرط تعسفي فرضه البنك، إلا أن هذه القواعد تظل عاجزة عن حل بعض المسائل مثل الإثبات وطبيعة وأساس مسؤولية البنك وفرض بعض الالتزامات على البنوك التي في الغالب تتطلبها طبيعة العمليات التحويل المصرفي حتى توفر الحماية للعميل الطرف الضعيف، بالإضافة ان قانون حماية المستهلك تبقي عبئ الإثبات على العميل وفقا للقواعد العامة المتعلقة بالإثبات ، كما ان عمليات التحويل المصرفي في أساسها تخضع للقواعد العامة كما بينا سابقا والتي بدورها لا توفر الحماية للعميل نظرا لخصوصية هذا النوع من العمليات¹.

1- لخضر رفاف، مرجع سابق، ص 297.

الفصل الثاني:.....التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية

خلاصة الفصل

نستنتج من خلال دراستنا للفصل الثاني أن التوجهات الحديثة التي حاول الفقه تأسيس مسؤولية البنك عليها في عمليات التحويل المصرفي لم تحقق الغاية والهدف والمتمثلين في تحقيق الحماية الفعالة للعميل في أثناء قيامه بهذا النوع من العمليات المصرفية، فالنسبة تأسيس مسؤولية البنك على أساس نظرية تحمل تبعة المخاطر وهجر فكرة الخطأ كأساس لمسؤولية البنك، فقد تبين عدم إمكانية تطبيقها في جميع الحالات التي يتعرض فيها العميل للضرر من جراء قيامه لعمليات التحويل المصرفي، فيقتصر تطبيقها إلا في حالات معينة مثل عجز فكرة الخطأ عن تحديد مصدر الضرر أو عند وجود صعوبة بالغة في تحديدها مع شرط أن لا يكون للعميل يد في وقوع الضرر أو ارتكابه للخطأ الجسيم إضافة إلا اشتراط عدم ثبوت تواطئ العميل مع الغير حتى يتم تطبيق هذه النظرية، وهو ما جعل إمكانية تطبيقها محصورة في حالات معينة دون الأخرى وهو ما جعلها لا تشمل جميع الحالات التي يتعرض فيها العميل للضرر ومن جهة أخرى فتأسيس مسؤولية البنك باعتباره مهني محترف لا يحقق الحماية اللازمة للعميل المتعاقد مع البنك وذلك بسبب أن الشخص المهني لا يمكن مسألته إلا على أساس عقدي، إضافة أن الصفة المهنية لا تغير من طبيعة المسؤولية، أي لا تخلق نوع جديد من المسؤولية بل تشدد من التزامات البنك مع إضافة بعض الالتزامات على عاتقه نظرا لكونه مهني يحترف نشاطا مصرفي بهدف حماية العميل من تعسف هذا الأخير، بإضافة إلى أن الصفة المهنية لا تنقل عبئ الإثبات من على كاهل العميل إلى كاهل البنك المهني وهو ما يجعل العميل يواجه نفس الصعوبة في إثبات خطأ البنك في عمليات التحويل المصرفي نظرا لجهله وقلة خبرته لخصائص وخصوصية العمليات البنكية وتعقيداتها، ومنه فإن التوجهات الحديثة للمسؤولية بشقيها لا توفر الحماية اللازمة للعميل ولا تضمن له التعويض في حالة أصابته أضرار أثناء قيامه بعمليات التحويل المصرفي، وبالتالي يجب على الفقه البحث عن نظريات جديدة يمكن من خلالها تأسيس مسؤولية البنك وذلك بهدف توفير الحماية اللازمة للعميل الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

خاتمة

تناولنا في دراستنا موضوع مسؤولية المدنية للبنك في عمليات التحويل المصرفي، نظرا لأهمية هذه العملية التي لاقت إنتشار واسع ومستمر بالحياة العملية للأفراد بإضافة إلى أنها من العمليات المستمرة بالتطور من يوم إلى آخر والذي صاحبه مخاطر كبيرة نظرا لخصوصية هذا النوع من العمليات والوسائل المستعملة في تنفيذها، وأثناء بحثنا في مسؤولية البنك المدنية في عمليات التحويل المصرفي توصلنا إلى النتائج التالية:

إن مسؤولية البنك في عمليات التحويل المصرفي مسؤولية عقدية في الأصل و ذلك على اعتبار أن طبيعة العلاقة بين البنك والعميل علاقة تعاقدية رغم وجود بعض الإلتزامات لا تجد مصدرها في العقد بل تستمد من قواعد قانونية عرفية فرضها الطابع المهني للأعمال البنكية.

ولقيام مسؤولية البنك العقدية يشترط صدور خطأ من قبل البنك الذي نتج عنه ضرر للعميل بإضافة الى وجب توفر العلاقة السببية بين خطأ البنك والضرر الذي أصاب العميل ومن المقرر أن إثبات العلاقة السببية يقع على العميل حتى تقوم المسؤولية في جانب البنك.

كما يمكن مسائلة البنك في عمليات التحويل المصرفي على أسس قانونية متعددة منها المسؤولية العقدية عن فعل الشيء المستخدم في تنفيذ العقد على اعتبار أن الوسائل التي يستخدمها البنك في تنفيذ التزاماته والتي هي نتاج التكنولوجيا الحديثة والتطور الذي يشهده القطاع البنكي ماهي إلا مجرد وسيلة تابعة للبنك ومنه يمكن مسائلته في حالة احدث ضرر للعميل على أساس المسؤولية العقدية.

والى جانب المسؤولية التعاقدية عن فعل الأشياء يمكن مسائلة البنك تعاقديا أيضا على أساس الإخلال بالتزام بضمان السلامة باعتبار أن البنوك مهنية والعقود التي تبرمها تتحمل المخاطر قد تصيب العميل خاصة وإن التطور وعالم المعلوماتية أدى إلى صعوبة

إمام العميل بأنشطة البنك وبما أن البنك يمارس أنشطته مصرفية بشكل منظم وعلى وجه الاستمرار بهدف تحقيق الربح فهو يضمن سلامة العميل من أي إضرار قد تصيبه من جراء نشاطه وهو ما جعله مسؤول عقدياً على أساس إخلال بضمان سلامة عمله.

وعلى رغم من إمكانية إقامة مسؤولية البنك على أساس قواعد مسؤولية العقدية في عمليات التحويل المصرفي إلا إن أحكام هذه المسؤولية لم توفر حماية لازمة للعميل وبالنسبة للمسؤولية التعاقدية عن فعل الأشياء نجد أنها تثير صعوبات كثيرة بالنسبة للعميل سواء فيما يتعلق بالإثبات أو بطريقة دفع المسؤولية، أما بالنسبة لمسؤولية البنك على أساس إخلاله بضمان السلامة فيسهل على البنك التخلص منها وذلك لسهولة إثباته للسبب الأجنبي عن طريق نسبة الضرر إلى قوة القاهرة أو فعل الغير أو خطأ العميل نفسه بإضافة ان التعويض في المسؤولية العقدية يشمل الضرر المباشر المتوقع دون الضرر الغير المتوقع.

كما يمكن مسائلة البنك على أساس المسؤولية التقصيرية سواء على فعله الشخصي الذي سبب ضرر للعميل كما يمكن مسائلته على أساس المسؤولية الغير الشخصية في حالة إذا كان الضرر ناشئ عن فعل الأشياء التي تحت حراسته او عن فعل أحد تابعيه.

ورغم أنه لا يجوز للعميل الجمع بين المسؤولية العقدية والتقصيرية عند تأسيس دعواه أمام البنك المتعاقد معه إلا أنه له الحق الخيرة بين المسؤوليتين في حالة صاحب إخلال البنك بأحد التزاماته العقدية إخلال بالتزام قانوني يتمثل في ارتكاب البنك غش أو خطأ جسيم أو ارتكابه للجريمة، مما يمنح للعميل فرصة للحصول على تعويض أكبر وذلك باختيار الأساس الذي يحقق مصالحهم.

إن تأسيس مسؤولية البنك على أساس نظرية تحمل المخاطر والذي تعتمد على فكرة الخطأ كأساس لمسؤولية هذا الأخير وهو ما أعفى العميل إثبات الخطأ بإقامة مسؤولية البنك والحصول على التعويض وهو ما منحه ضمانة فعالة بتحصيل حقوقه إلا أن تطبيق هذه النظرية لا يشمل جميع الحالات التي يتعرض بها العميل للضرر في عمليات التحويل المصرفي حيث يقتصر أعمالها إلا في الحالات التي تعجز فيها فكرة الخطأ عن تحديد مصدر الضرر مع افتراض أن لا يكون للعميل يد في وقوع الضرر وهو ما جعلها لا تحقق حماية كافية للعميل المتعاقد مع البنك.

و باعتبار البنك الحلقة الأقوى في العلاقة التعاقدية بالنظر إلى مركزه الاقتصادي القوي إضافة إلى ما يملكه من قدرات فنية وتقنية والتي تخول له الهيمنة على العقد وفرض شروط تخدم مصالحها دون العميل وهو ما أدى إلى اختلال في التوازن العقدي بينهما ويعد هذا الإخلال إلى التفاوت بالعلم و المعرفة بالمعلومات المتعلقة بالعقد إضافة إلى عدم تمكين العميل حق التفاوض بهذا النوع من العقود وهو ما أتاح للبنك إدراج شروط تعسفية مجحفة سمحت له من تخفيض من التزاماته وإعفائه من المسؤولية قدر الإمكان وفي المقابل فرض التزامات إضافية وتحميل العميل المسؤولية في أغلب الحالات التي يتعرض فيها هذا الأخير للضرر.

والإتجاه لتأسيس مسؤولية البنك باعتباره مهني محترف الذي يهدف لتحقيق التوازن في العلاقة التعاقدية بين البنك والعميل لم يحقق حماية لازمة للعميل رغم إضافة التزامات ذات طابع مهني إلى تلك الإلتزامات التي تقع على عاتق البنك كالتزام بإعلام مثلا، كون هذا الأساس لا يغير من طبيعة مسؤولية المدنية للبنك حيث لا يمكن مسألته إلا على أساس عقدي بإضافة إلا أن الصفة المهنية لا تعفي العميل من عبئ الإثبات، وبما أن

هذا الأخير يعتبر قليل الخبرة وبعيد كل البعد عن خصوصية العمليات البنكية، فإنه يواجه نفس الصعوبة في إثبات خطأ البنك.

ومن خلال النتائج المتحصل عليها لم يبقى إلا توصيتنا بشأن هذا الموضوع على النحو التالي:

- يستوجب وضع نظام قانوني لتنظيم جميع المسائل المتعلقة بعمليات التحويل المصرفي وندعوا المشرع إلى تنظيم هذا النوع من العمليات الذي لاقى انتشار واسع إضافة إلى التطور الذي يشهده هذا النوع من العمليات المصرفية من يوم إلى آخر.
- ونظر لاختلال التوازن بين البنك والعميل أصبح من اللزوم تدخل البنك المركزي بوضع عقد نموذجي يراعي من خلاله مصلحة العميل ويحمي حقوقه ويحقق التوازن في العلاقة التعاقدية.
- يجب أن ينتقل التزام البنك في عمليات التحويل المصرفي من التزام ببذل عناية إلى التزام بتحقيق نتيجة وذلك لتسهيل إثبات العميل إخلال البنك بالتزامه العقدي ومنع البنك من نفي مسؤوليته بإثباته بذل العناية اللازمة.
- على التشريع زيادة تشديد من مسؤولية البنوك و زيادة معيار مسائلتها خاصة في عمليات التحويل المصرفي والتي تكون فيها العقود معدة مسبقا.
- وباعتبار أن القطاع البنكي أكثر تأثر بالتطور السريع والمستمر للمعلوماتية وتكنولوجيا للاتصال لذلك يجب إشراك هذا القطاع في إعداد القوانين المتعلقة بعمليات التحويل المصرفي من أجل التوصل إلى صيغ قانونية سليمة .

قائمة المصادر والمراجع

1. المراجع باللغة العربية

• الكتب

أولاً: الكتب العامة

1. احمد شوقي عبد الرحمان، النظرية العامة للالتزام (المصادر الإرادية و غير الإرادية للالتزام)، بدون ناشر و بدون طبعة، 2008.
2. حسين عامر، عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية و العقدية، دار المعارف، ط2، مصر، 1979.
3. سامي الجبري، شروط المسؤولية المدنية، في القانون التونسي والمقارن، دار الطباعة للنشر والتوزيع طبعة 1، تونس، 2011.
4. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام-، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي لبنان، د ن.
5. عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات، الكتاب الثاني، المسؤولية المدنية، دار الأمان للتوزيع، طبعة 3، الرباط، 2011.
6. العربي بالحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني، الجزء الثاني، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
7. علي الفيلاي، الالتزامات العمل المستحق للتعويض، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
8. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 5، بن عكنون الجزائر، 2003 .

• الكتب المتخصصة

1. خليفة بن محمد الخضرمي، العمليات البنكية ومسؤولية البنك المدنية، دار الفكر و القانون، المنصورة، برج أية، 2015.
2. سليمان ضيف الله مطلق الزين، العمليات المصرفية المنفذة بالبطاقات البنكية الرقمية مسؤولية البنوك أمام المستهلك الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2016،

3. معتز نزيه محمد الصادق المهدي، الطبيعة القانونية لبطاقة الائتمان الإلكترونية والمسؤولية المدنية الناشئة عنها، دار النهضة العربية، مصر، بدون طبعة.
 4. شريف محمد غنام، مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الإلكتروني للأموال، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.
- الرسائل و الأطروحات و المذكرات
- أولاً: رسائل الدكتوراه
1. أمجد حمدان عسكر الجهني، المسؤولية المدنية للاستخدام غير المشروع لبطاقة الوفاء ووضع الضوابط لذلك، دراسة مقارنة، أطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة دكتوراه فلسفة في القانون الخاص، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، عمان، الأردن، 2005.
 2. براهيمى فايزة ، مسؤولية المدنية للبنك عن الودائع المدعة لديه، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016/2017.
 3. بن سالم المختار، الالتزام بإعلام كآلية لحماية المستهلك، رسالة نيل شهادة دكتوراه، تخصص قانون المنافسة والاستهلاك، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2017/2018.
 4. خليلي سهام، المسؤولية المدنية للبنك، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2007/2008.
 5. طويل مريم، قانون السوق وفكرة توازن مصالح المنتج وحقوق المستهلك (دراسة مقارنة)، رسالة نيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، تخصص قانون المنافسة والاستهلاك، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان.
 6. غادة رياض حرب، حماية المستهلك في القطاع المصرفي (دراسة مقارنة)، رسالة نيل دبلوم الدراسات العليا، كلية الحقوق والعلوم السياسية و الإدارية، جامعة لبنانية، لبنان، 2019.
 7. قادة شهيدة، مسؤولية موضوعية للمنتج (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسا، 2004/2005.

8. قدة حبيبة، تقنيات النقل المصرفي وآلياته في ظل التحولات الاقتصادية، رسالة دكتوراه، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2017/2016.

9. عمر بن زويير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، في القانون، كلية الحقوق، سعيد حمدين الجزائر 1، 2017/2016.

10. لخضر رفاف، الالتزامات القانونية للبنك في بطاقات الإئتمان، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص قانون خاص، جامعة الجزائر 2018/2017.

ثانيا: أطروحات الماجستير

1. الذهبي خدوجة، أليات القانونية لحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة نيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون خاص الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أدرار، 2014/2013.

2. بختاوي سعاد، المسؤولية المدنية للمهني المدين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بوبكر بلقايد، تلمسان، 2012/2011.

3. بوخالفة كريمة، نظام القانوني للتحول المصرفي، مذكرة نيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سطيف 2، 2015/2014 .

4. خشة حسيبة، وسائل الدفع الحديثة في القانون الجزائري، مذكرة نيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص قانون أعمال، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، 2016/2015.

5. خالد معاشو، دور القاضي في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 45، قالمة، 2016/2015.

6. رباح سعيدة، الحماية العقدية للمستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 2، 2014/2013.

7. صليحة مباح، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير بعنوان: "النظام القانوني لبطاقة الائتمان"، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006/2005.
8. صونية مقري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير فرع قانون أعمال بعنوان: "المسؤولية المدنية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقات الدفع الإلكتروني"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2015/2014.
9. قاصدي عبد الرفيق، مسؤولية البنك إتجاه عملائه، مذكرة نيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، سعيد دحلب البلدية، 2012.
10. محمد بشير محمد حامد، الحماية المدنية لبطاقة الائتمان، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2015.
11. معوش رضا، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة نيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015/2014.
12. نورة سعداني، "المسؤولية المدنية للبنك عن أخطائه المهنية في مجال الاعتماد المالي"، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010.
13. هلا عبد الله سراج، مدى لزوم الخطأ كركن من أركان المسؤولية التقصيرية (دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني الأردني و القانون المدني الفلسطيني)، متطلبات لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق، قسم قانون الخاص، جامعة الأزهر، غزة، 2013.

ثالثا: مذكرات الماستر

1. عماري ابتسام، مسؤولية البنك المدنية عن عملية التحويل البنكي الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون شركات، كليات الحقوق والعلوم السياسية جامعة قاصي مباح، ورقلة، 2017/2016.

• المقالات و الملتقيات

قائمة المصادر والمراجع:

1. تدريست كريمة، مقال بعنوان " الحماية القانونية للمستهلك في العقود البنكية، مجلة أكاديمية البحث القانونية، م13، ع1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2017/06/12.
2. بطيمي حسين، عزالي نصيرة، مقال بعنوان " طبيعة وأساس الإلتزام بضمان السلامة، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، ع 13، جامعة إغواط، 2017/03/01.
3. بلجودي أحلام، مقال بعنوان: " البنوك في مواجهة التحويل الإلكتروني للأموال" منشور في مجلة الإكاديمية للبحث القانوني، مجلد 17، ع 01-2018.
4. بلي بولنوار، يونس بلال، مقال بعنوان " مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه على ضوء تعديل، القانون المدني 10/05"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، م1، ع3، جامعة الاغواط، 2018/11/12.
5. بن قردي أمين، مقال بعنوان " الخطأ في المسؤولية التقصيرية من حيث الإثبات والإنتفاع" مجلة دراسات وأبحاث، م 7، ع21، جامعة مستغانم، 2015/12/15.
6. بن عمارة محمد، مقال بعنوان " المعيار الذاتي والموضوعي في القانون المدني الجزائري"، مجلة الدراسات وأبحاث، م5، ع11، جامعة تيارت، 2013/06/15.
7. بوقرط أحمد، قماري نضرة بن قدوش، مقال بعنوان " مسؤولية البنك عن التحويل الإلكتروني للنقود"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زين العاشور الجلفة، 2017/09/30.
8. خالدي أمين، مقال بعنوان " الغش كإستثناء لمبدأ إستقلالية الإلتزام المصرفي في الإعتقاد المستندي"، المجلة الجزائرية للعلوم الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، م 53، ع4 كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2016/12/01.
9. خليفي مريم مقال بعنوان " الإلتزام بإعلام الإلكتروني و شفافية التعامل في مجال التجارة الدولية، مجلة الدفاتر السياسة و القانون، م3، ع4، جامعة بشار الجزائر، 2014/10/13.

قائمة المصادر والمراجع:

10. زكريا زيب، مقال بعنوان " المسؤولية البنك عن تنفيذ التحويل المصرفي"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، م1 ، ع 03، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 1،
11. زينة غانم يونس لعبدي، مقال بعنوان " مسؤولية المصرفي عن أخطاء الكمبيوتر في نقل الإلكتروني للنقود " مجلة الرافين للحقوق، م11، ع39، كلية الحقوق جامعة الموصل، العراق، 2008/05/26.
12. شايب باشة كريمة، مسكر سهام، مقال بعنوان " المسؤولية البنك في نطاق وظيفته الائتمانية"، منشور في مجلة صوت القانون ، مجلد7، عدد01، كلية الحقوق جامعة بليدة، 2020/05/30.
13. عسالي عرعار، مقال بعنوان " السبب الأجنبي في المادتين 138/127 فقرة2"، مجلة إلكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، مجلد1، ع 2، كلية الحقوق جامعة سعيد حمدين، الجزائر، 1، 2017/09/30.
14. فاطمة الزهراء بوقطة، مقال بعنوان " تأسيس المسؤولية العقدية للبنك عن أخطاء الكمبيوتر على إخلال بضمان السلامة"، مجلة الأبحاث القانونية والسياسية، ع6، كلية الحقوق والعلوم السياسي محمد بن صديق بن يحي، جامعة جيجل، 2018/06/21.
15. كحيل حياة، مقال بعنوان " المسؤولية المدنية للبنك عن إفشاء السر البنكي ومقتضيات الخدمة العمومية"، مجلة أبحاث إلكقتصادية، ع11، جامعة لبليدة، ديسمبر 2014.
16. محمد جويقلي محمد الشريف بحماوي، مقال بعنوان " الالتزام بضمان السلامة كمبدأ لكفالة الحق في التعويض"، مجلة الحقيقة، م15، ع39، جامعة أدرار، 2017/01/19.
17. مراد قجالى، مقال بعنوان " مسؤولية المتبوع عن الأعمال تابعيه في قانون المدني الجزائري" مجلة معارف ، م4، ع6، المركز الجامعي عقيل أكلي محند أولحاج، البويرة، 2009/06/01 .

قائمة المصادر والمراجع:

18. نريمان مسعود بورغدة، مقال بعنوان " المسؤولية عن فعل الإنظمة الإلكترونية الذاتية"، حوليات جامعة الجزائر مجلد 31، ع 1، كلية الحقوق جامعة الجزائر1، 01/06/2017 .

رابعاً: النصوص القانونية

1. الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق 26 سبتمبر 1975 م المتضمن القانون المدني المعدل و المتم، (الجريدة الرسمية عدد 11 صادرة في 09 فيفري 2005).

2. القانون 04-01، مؤرخ في 05 جمادي الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، (الجريدة الرسمية عدد 41، 2004)

2. المراجع باللغة الأجنبية

Les ouvrages :

1. Philippe malaurie.laurent aynés : **droit des obligations**, 8e édition, LGDJ Paris, 2016.

,2015.

Thierry bonneau, **droit bancaire**, LGDJ, 7e édition Paris ,2017.

Thèses et mémoires :

1- Chaminah loulla, **la responsabilité civile du banquier en droit malagasy**, thèse doctorat, univesité, de Paris, panthéon-sorbonne, 2015.

Internet :

1- Le Tourneau Philippe, La responsabilité civile, Paris : Presses universitaires de France, 2003, 127 p.disponible sur:

<http://fr.jurispedia.org>

2- Les risques et les garanties bancaires. Université Mouloud
maamri.tizi ouzou.2010 disponible sur :

<https://www.memoireonline.com>

3- Philippe Malaurie, Laurent Aynès et Philippe Stoffel-Munck, Les
obligations, Collection droit civil, éditions Defrénois, 2004 .

Disponible sur : <http://www.assufrance.com>

4- Regnault Desroziers. Conditions et limites de la responsabilité
pour risque.Note sous Conseil d'Etat.1919 disponible sur:

https://www.revuegeneraledudroit.eu..responsabilite_sans_faute/responsabilite_risqu

الفهرس

الصفحة	العنوان
أ - و	مقدمة
1	الفصل الأول: الإتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية للبنك
2	المبحث الأول: المسؤولية العقدية للبنك في التحويل المصرفي
3	المطلب الأول: شروط قيام المسؤولية العقدية للبنك في التحويل المصرفي
3	الفرع الأول: الخطأ العقدي للبنك
8	الفرع الثاني: الضرر
13	الفرع الثالث: العلاقة السببية بين الخطأ العقدي والضرر الذي لحق بالعميل
19	المطلب الثاني: الأساس القانوني لمسؤولية البنك العقدية
19	الفرع الأول: المسؤولية العقدية عن فعل الأشياء كأساس لمسؤولية البنك
24	الفرع الثاني: تأسيس مسؤولية البنك على أساس الإلتزام بضمان السلامة
31	المبحث الثاني: المسؤولية التقصيرية للبنك في عملية التحويل المصرفي
32	المطلب الأول: مسؤولية البنك التقصيرية عن فعله الشخصي في التحويل المصرفي
32	الفرع الأول: مفهوم المسؤولية التقصيرية للبنك إتجاه عملائه والقواعد التي تحكمها
37	الفرع الثاني: الخيرة بين المسؤولية العقدية والتقصيرية
41	الفرع الثالث: حالات قيام المسؤولية التقصيرية للبنك المتعاقد
46	المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية غير الشخصية كأساس لمسؤولية البنك
46	الفرع الأول: مسؤولية البنك باعتباره متبوعا
52	الفرع الثاني: مسؤولية البنك كحارس للنظام الإلكتروني
56	خلاصة الفصل
57	الفصل الثاني: التوجهات الحديثة لمسؤولية البنك المدنية
58	المبحث الأول: مسؤولية البنك على أساس نظرية تحمل المخاطر (المسؤولية الموضوعية)

58	المطلب الأول: مضمون نظرية تحمل المخاطر
59	الفرع الأول: تعريف نظرية تحمل المخاطر ومبررات اللجوء إليها
64	الفرع الثاني: ضرر المسؤولية على أساس المخاطر وطرق دفع المسؤولية فيها
70	المطلب الثاني: تقييم نظرية المخاطر كأساس لمسؤولية البنك في التحويل المصرفي
71	الفرع الأول: تأييد الفقه والقضاء لهذه النظرية كأساس لمسؤولية البنك
77	الفرع الثاني: تقييم نظرية تحمل المخاطر كأساس لمسؤولية البنك
83	المبحث الثاني: مسؤولية البنك بإعتباره مهنيًا
84	المطلب الأول: أثر الصفة المهنية على البنك
85	الفرع الأول: أثر الصفة المهنية على التزامات البنك
89	الفرع الثاني: أثر الصفة المهنية على طبيعة مسؤولية البنك
92	المطلب الثاني: العوامل المؤثرة على التدخل لحماية العميل على أساس المسؤولية المهنية
93	الفرع الأول: مبررات التدخل لحماية العميل الطرف الضعيف في العلاقة العقدية
99	الفرع الثاني: الوسائل القانونية لحماية العميل في عمليات التحويل المصرفية
108	خلاصة الفصل
109	الخاتمة
113	قائمة المصادر والمراجع
/	الفهرس
/	ملخص

المخلص :

إن مسؤولية البنك في عملية التحويل المصرفي هي مسؤولية عقدية في الأصل وذلك كون طبيعة العلاقة بين البنك والعميل هي علاقة تعاقدية تحدد حقوق والتزامات كل طرف فيها، لكن هناك حالات أخرى تقوم فيها مسؤولية البنك التقصيرية حالة إخلاله بالتزامات فرضها القانون، إلا أن التطور المستمر الذي يشهده القطاع البنكي بصفة عامة وعمليات التحويل المصرفي بصفة خاصة نتج عنه عجز قواعد المسؤولية المدنية التقليدية عن توفير الحماية اللازمة للعميل وذلك راجع إلى قلة خبرة هذا الأخير بخصوصيات والتقنيات المنفذة للعمليات المصرفية من جهة بالإضافة إلى استغلال البنك لجهل العميل في نفي المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي، وهو ما إستدعى التدخل لحماية العميل، حيث حاول جانب من الفقه تأسيس مسؤولية البنك على أساس نظرية تحمل المخاطر والتي تقوم على فكرة الضرر وهجر الخطأ مما يعفي العميل من إثبات خطأ البنك للحصول على التعويض، واتجه جانب آخر من الفقه في محاولته لتحقيق التوازن العقدي في عقد تقديم خدمات التحويل المصرفي إلى الشدائد من التزامات البنك من جهة، وإضافة أخرى ذات طابع مهني كون البنك مهني يحترف النشاط المصرفي.

الكلمات المفتاحية : المسؤولية العقدية، المسؤولية التقصيرية، البنك، التحويل المصرفي، الإثبات، تحمل المخاطر، المهني المحترف.

Abstract :

The bank's responsibility in the bank transfer process is, in the original a contractual liability since the nature of the relationship between the bank and the customer is contractual one (relationship), that defines the rights and the obligation of each party in its, however, there are other cases in which the bank's liability is negligent in case it breaches its obligations imposed by law. However, the continuous development witnessed by the banking sector in general and bank transfer operations, in particular, has resulted in the inability of the traditional civil liability rules to provide the necessary protection for the customer and this is due to the latter's lack of experience with the characteristics and the techniques implemented for banking operations on one hand, and the bank's exploitation the consumer's ignorance in denying responsibility for him by processing the foreign cause on the other hand. This required intervention to protect the consumer as part of the jurisprudence transferred the establishment of the bank's responsibility based on the theory of risk-bearing, which is based on the idea of harm and abandonment the error, which exempts the customer from proving the error of the bank to obtain compensation, another aspect of jurisprudence, in its attempt to achieve contractual balance in the contract for providing bank transfer services, tended to emphasize on the obligations of the bank since the bank is professional in the banking activity.

Key words : Contractual liability, Negligent liability, bank, transfer process, proof, risk-bearing, professional.