رة التعليم العالي والبحث العلمي

Ministry of High Education and Scientific Research

جامعة محمد البشير الإبراهيمي – برج بوعريريج –

University of Mohamed el Bachir el Ibrahimi-Bba

كلية الحقوق والعلوم السياسية

Faculty of Law and Political Sciences

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي في الحقوق

تخصص: قانون أعمال

الموسومة بـ

الحماية القانونية للعميل في العقود البنكية

إعداد الطالبة:

بوادي صندرة

تحت إشراف الدكتور:

رفاف لخضر

لجنة المناقشة:

الإسم واللقب	الرتبة	الصفة
زاوي رفيق	أستاذ محاضر –ب-	رئيسا
رفاف لخضر	أستاذ محاضر –أ-	مشرفا
عشاش حمزة	أستاذ مساعد –ب-	ممتحنا

السنة الجامعية 2022/2021

قائمة المختصرات.

أولا: باللغة العربية.

1. ج .ر.ج. ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.
2. د.ب. س: دون بلد نشر.
3. د.ن.س: دون سنة نشر.
4. ص: الصفحة.
5. ط: الطبعة.

ثانيا: باللغة الفرنسية.

1. C.E.F: code économique français.
2. CIV: civil.
3. I.G.D: librairie générale de droit jurisprudence.
4. N^0: numéro.
5. P: page.
6. R.T.D: revue trimestriel de droit.

مـــقـــــدمـــــة

مقدمة.

تعتبر الخدمات المصرفية أحد أهم الأنشطة الإقتصادية في أي دولة، إذ أن درجة الطلب عليها تدل على درجة التقدم الاقتصادي للبلد، أما عرضها فهو يعمل على تحقيق رفاهية المجتمع، لذا نجد النشاط المصرفي يتأثر بالتطورات الإقتصادية المختلفة حيث إنتقلت البنوك من تقديم خدمات تقليدية محصورة في الإيداع والإقراض إلى إقتحام مجالات متعددة في تقديم خدماتها المصرفية وغير المصرفية، كما أن تقديم هذه الأخيرة لم يعد يستفيد من حماية الدولة، فلقد أصبح السوق هو المسؤول عن تحديد نوعية التوجهات البنكية في مجال تقديم الخدمة المصرفية.

وقد اكتسب موضوع حماية المستهلك في الخدمات المصرفية أهمية كبيرة وخاصة في ضل التحديات الراهنة التي تفرضها ظاهرة العولمة المتغيرة والمتسارعة والتي ألقت بظلالها، على التعاملات المالية، والمصرفية للعميل المستهلك، وتزداد تلك الأهمية في ضوء تنوع وتطور الأدوات والمنتجات المالية الإلكترونية الحديثة المتاحة، الأمر الذي تطلب معه النظر في مراجعة التشريعات والإجراءات بما يكفل حماية حقوق العميل أو المستهلك ومنع الضرر، الذي قد يقع عليه جراء تعامله بتلك المنتجات، وخاصة العميل الفرد باعتباره الطرف، أو الحلقة الأضعف في العلاقة التعاقدية مع المصارف والمؤسسات المالية.

إن ضرورة حماية المستهلك أصبحت من الأولويات التي تهتم بها سياسات الدول بمختلف أنظمتها القانونية والاقتصادية عن طريق محاولة تحقيق توازن العقد لأن القواعد التقليدية أصبحت غير كافية في الوقت الراهن لتوفير هذه الحماية، حيث أن مبدأ سلطان الإرادة، وافتراض حرية الإرادة لدى المتعاقدين أصبحت بمثابة مساواة شكلية بعيدة عن مقتضيات العدالة والإنصاف ونتيجة للإختلاف في مراكز التعاقد بين الطرفين كما ذكرنا سابقا نجد طرف قوي معلوماتيا ومهنيا وهو المتدخل (البنك) يقابله طرف ضعيف يحتاج إلى معلومات كافية من أجل إبرام العقد وهو المستهلك الزبون.

الأمر الذي أدي بعض الفقه القول أن المبادئ التقليدية التي تسود القوانين المدنية وخاصة مبدأ "سلطان الإرادة" لم تعد اليوم في ظل التقدم التكنولوجي والتقني الذي ساد مجال السلع والخدمات كافية لحكم العلاقات بين المستهلكين والمهنيين.

إن تطبيق القواعد العامة القائمة على مبدأ الحرية التعاقدية في تكوين العقود المصرفية وترتيب آثارها، سمحت للبنك المهني المتخصص بأن يستأثر بوضع بنود العقد وإملاء شروطه التي تخدم مصالحه على حساب مصالح الزبون، ممايؤدي إلى إختلال التوازن بين مراكز الطرفين فلايجد الزبون أمامه سوى الرضوخ لما يمليه عليه البنك نظرا لحاجته إلى إبرام العقد المصرفي، ومن ثم لايمكنه التحلل من العقد طبقا لمبدأ القوة الملزمة له المنصوص عليها في القواعد العامة هذا مادفع بالبعض إلى إطلاق وصف "قرش المالية" على البنك. ومازاد في هيمنة البنوك هو جهل زبناء البنك بالحماية القانونية المقررة له والتي يكفلها لهم القانون الجزائري وكذا وقوعهم في أغلب الأحيان ضحايا استغلال بسبب شروط البنك التعسفية وقراراته الخاطئة في تقدير أوضاعهم ودراسة مخاطر العمليات المصرفية التي يبرمها هؤولاء.

كذلك عمد المشرع الجزائري إلى إستحداث إلتزامات بعضها تكون قبل تعاقدية ممثلة في كل من الإلتزام بالإعلام، والإلتزام بالنصيحة والتحذير ومنها مايفعل عند تنفيذ العقد المصرفي كالإلتزام بحفظ السر المصرفي والإلتزام بعدم التدخل في شؤون الزبون.

ومن هذا المنطلق تبرز أهمية حماية الزبون البنكي بإعتباره المحور الأساسي في العمليات المصرفية، والمحرك الأساسي لعمل البنوك التي تعمل على تنفيذ رغباته وإشباع إحتياجاته كونه مصدر الربح لها، ويرجع إختيارنا لهذا الموضوع إلى مجموعة من الأسباب منها الموضوعية وأخرى ذاتية.

تتمثل الأسباب الموضوعية في قلة الدراسات لهذا الموضوع وهذا راجع إلى حداثته وتعقيده كذلك البحث عن موقع الزبون المتعامل مع البنك وإعطاء حكم منطقي حول الحماية التي تكفلها البنوك لزبائنها خاصة في العلاقة التي تجمع الزبون بالبنك.

أما الأسباب الذاتية فتتمثل في رغبتنا في إنجاز هذا البحث لميولنا الشخصي لهذا الموضوع المتعلق بالقطاع البنكي ورغبتنا في الخوض في موضوع يثير إشكالات واقعية، أيضا دراسة مدى فعالية، حقيقة ونوعية الحماية التي تكفلها البنوك للزبائن.

إن الهدف من دراسة موضوع حماية الزبون المتعامل مع البنك هو التوصل إلى معرفة مدى نجاعة القوانين في حمايته من خلال الضمانات التي يكفلها البنك لهذا الزبون.

كذلك تهدف الدراسة إلى البحث في مسؤولية البنك في مواجهة الزبون عن الأخطاء البنكية وقد كفل جزاءها عدة قوانين كقانون النقد والقرض والقانون المدني وقانون حماية المستهلك.

أخيرا تهدف هذه الدراسة إلى إعطاء حكم منطقي حول الحماية التي تكفلها البنوك لزبائنها ومعرفة كيفية خلق التوازن العقدي بين أطراف العلاقة التعاقدية، وكذا إيجاد نظام قانوني شامل متكامل يحكم مظاهر حماية الزبناء قبل إبرام العقد البنكي أثناء تنفيذه.

ومن بين الصعوبات التي واجهتنا أثناء إعداد البحث هي قلة المراجع المتخصصة لكون الموضوع جديد، وكذلك قلّة الدراسات القانونية السابقة في الموضوع وندرة الاجتهادات القضائية وغياب الأحكام الفاصلة في الموضوع.

وعلى هذا الأساس نطرح الإشكالية التالية:

- **هل يمكن الإعتماد على القواعد التقليدية في المسؤولية المدنية لحماية الزبون البنكي أم أن طبيعة العلاقة التعاقدية تقتضي البحث عن الحماية في القواعد المستحدثة؟**

ومن هنا تبرز التساؤلات التالية:

- كيف تعامل المشرع مع الشروط التي يضعها البنك؟
- فيما تتجلى إلتزامات البنك في مواجهة الزبون؟ ومانوع المسؤولية التي تقع على عاتقه عند الإخلال بإلتزاماته؟
- ما مدى نجاح المشرع من خلال إعطاء القضاء صلاحيات التدخل في إرادة الأطراف لإعادة التوازن العقدي والحد من الشروط التعسفية؟
- هل الخطأ الذي يمكن أن ينسب للبنك عقدي أم تقصيري؟
- هل يمكن تأسيس مسؤولية البنك على أساس فكرة المخاطر؟
- ماهي العوائق والصعوبات التي وقفت أمام حماية الزبناء؟
- مامدى تفوق المسؤولية البنكية في حماية الزبون رغم غياب نصوص خاصة تتعلق بها؟

من أجل الإلمام بهذا الموضوع وطرحه وفق طريقة علمية ممنهجة اتبعنا المنهج الوصفي والمنهج التحليلي خاصة فيما يتعلق في تحليل المواد القانونية سواءا الواردة في القانون النقدي والقرض، والأنظمة المطبقة له أو ماجاء في القواعد العامة للقانون المدني وغيرها من

النصوص التنظيمية والتشريعية التي من شأنها أن تساهم في حماية الزبون والوقوف على مدى كفايتها ونجاعتها.

بالإضافة إلى الإعتماد على المنهج المقارن، خاصة عند المقارنة بين الأحكام التي جاءت بها التشريعات الأجنبية.

وللإجابة عن الإشكالية والأسئلة الفرعية قسمنا هذا الموضوع إلى فصلين: حيث خصص الفصل الأول لدراسة الآليات المكرسة لحماية الزبون في العلاقات التعاقدية مع البنك، في حين تناول الفصل الثاني مسؤولية البنك عن إخلاله في تنفيذ إلتزاماته المهنية.

الفصل الأول

الآليات المكرسة لحماية الزبون في العلاقات التعاقدية مع البنك.

الفصل الأول

الآليات المكرسة لحماية الزبون في العلاقات التعاقدية مع البنك.

في ظل مبدأ الاقتصاد الحر والتقدم الصناعي والاقتصادي، ظهرت كيانات قوية أكثر نفوذا والتعامل معها لايمكن الإستغناء عنه، خاصة وأنها تساهم بشكل كبير في تحقيق التوازن الاقتصادي للدولة تتمثل في البنوك.

إلاّ أن هذه الأخيرة تفرض إرادتها على الأشخاص المتعاملين معها بالرغم من ضمانها لحقوقهم عبر تقيدها بمجموعة من الإلتزامات التي يفرضها عليها التشريع والعرف المصرفي، والتي يهدف من خلالها إلى التعرف على الزبون وتكوين رؤية واضحة له عن مدى جدارة هذه المؤسسة المالية واستحقاقها لنفسه.

لكن وبما أن البنوك هي التي تحدد شروط العقد مقدما بشكل لايقبل المناقشة ويعرضها على الزبون الذي يكون له الخيار إما أن يقبلها كما هي دون مساومة أو مفاوضات، وإمّا أن يتراجع عن التعاقد وهذا أمر مستبعد فهو مجبر على ذلك من أجل الحصول على الخدمات المطلوبة.

وتتسم هذه العقود بإختلال في التوازن العقدي بين البنك والزبون، ومنه فإنه من البديهي أن تكون هذه العقود مجالا خصبا للشروط التعسفية.

لهذا نتناول في هذا الفصل الآليات المكرسة لحماية الزبون في العلاقات التعاقدية مع البنك في مبحثين، الأول نخصصه لتحديد إلتزامات البنك تجاه الزبون، والثاني نتطرق فيه لحماية الزبون من الشروط التعسفية التي يمكن أن يفرضها البنك.

المبحث الأول

الحماية عن طريق فرض الإلتزامات على البنك.

تقع على البنك إلتزامات خاصة ترتبها النصوص القانونية على عاتق البنك في إطار ضمان حسن سير النشاط المصرفي من أجل تجنب المخاطر وجذب الزبائن، تجسيدا لأمن المعاملات وحماية للزبائن، لهذا قسمنا المبحث إلى: مظاهر حماية الزبون في مرحلة قبل التعاقد (المطلب الأول) ومظاهر حماية الزبون أثناء تنفيذ العقد المصرفي (المطلب الثاني)

المطلب الأول:

مظاهر حماية الزبون في مرحلة قبل التعاقد.

من بين الواجبات الأساسية الملقاة على عاتق البنك هي الإلتزام بالاعلام وتبصير الزبون وكذا الإلتزام بتقديم النصح والتحذير قبل التعاقد، وقد كرّس كل من القضاء والفقه والتشريع هذين الإلتزامين، والبنك ملزم بالتقيد بهما خاصة إذا نص عليهما في العقد صراحة أو ضمنا، كل هذا حرصا على تطبيق المساواة وحسن النية من أجل تأمين التوازن في العلاقة بين المؤسسات البنكية وزبائنها، لهذا نتناول الإلتزام بالاعلام في الفرع الأول ثم الإلتزام بالنصيحة والتحذير في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الإلتزام بالإعلام.

إنّ قيام البنوك بأعمالها البنكية يعرض زبائنها لمجموعة من المخاطر التي قد تؤدي إلى إحداث أضرار بهم، لذلك وجب أن تحاط هذه العمليات بضمانات حتى لايكون هذا الزبون ضحية عدم العلم الكافي بما يحيط بالتصرفات التي يقوم بها أثناء تعامله مع البنوك، وهذا مايسمى الإلتزام بالإعلام[1]، وهو من أهم الإلتزامات التي تقع على عاتق الطرف الأقوى، والأكثر دراية وخبرة في العقد بإعلام الطرف الضعيف عند التعاقد بكافة البيانات التي تساعد هذا الأخير على تكوين مستنيرة إما بالتعاقد أو العدول.

[1] عائشة زرواق، **حماية زبناء البنك في القانون الجزائري**، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، قانون الاعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2019، ص 130.

أولا: تعريف الإلتزام بالإعلام وأساسه القانوني.

لحماية الزبون قبل التعاقد مع البنك لابد لهذا الأخير أن يمكنه من التعرف على مدى ملاءمة العقد بالنسبة إليه وتنوير رضاه وتوجيه إرادته إلى التعاقد من عدمه، لهذا وجب التعرف على مفهوم هذا الإلتزام وأساسه القانوني.

أ. تعريف الإلتزام بالإعلام:

بالرغم من التنظيم القانوني للإلتزام بالإعلام بصفة عامة في التشريعات المختلفة منها –التشريعات العربية كالتشريع التونسي، اللبناني والمصري، أو التشريعات الأجنبية مثل التشريع الفرنسي والتوجيه الأوربي إلا أنّها جميعها لم تضع تعريفا له[1]، ومن ثم فقد تعددت المفاهيم والمصطلحات التي تعبر عن المدلول عند الفقهاء لكن المضمون واحد.

والمشرع الجزائري لم يتطرق إلى تعريف الإلتزام بالإعلام واكتفى بالنص عليه في العديد من القوانين لقانون النقد والقرض والأنظمة المطبقة له.[2]

والقانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش[3]، والقانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم[4].

وتجدر الإشارة هنا إلى أن التعريف من اختصاص الفقه والقضاء لا من اختصاص التشريع.ولذلك سنتطرق إلى بعض التعاريف التي أوردها فقهاء القانون لهذا الإلتزام.

---

[1] محجوبة بلحاج، **الإلتزام بالإعلام الإلكتروني ماقبل التعاقد المصرفي الإلكتروني**، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد 01، ص 63.

[2] الأمر رقم 03-11، مؤرخ في 26 أوت 2003، متعلق بالنقد والقرض، ج ر ج ج، عدد 52، صادر بتاريخ 27 أوت 2003 (معدل ومتمم).

[3] قانون رقم 09-03، مؤرخ في 25 فيفري 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر ج ج، عدد 15، الصادر بتاريخ 08 مارس 2009، معدل ومتمم بالقانون رقم 18-09 مؤرخ في 10 جوان 2018، ج ر ج ج، عدد 35، صادر بتاريخ 13 جوان 2018.

[4] قانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر ج ج، عدد 41، صادر بتاريخ 27 جوان 2004، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 10-06 مؤرخ في 15 أوت 2010، ج ر ج ج، عدد 46، صادر بتاريخ 18 أوت 2010.

لقد عرّفه الفقه المصرفي على أنّه: " إلتزام بنقل المعلومات التي يمتلكها البنك إلى الزبون، وهو واجب موضوعي، بمعنى أنّ عملية النقل هذه تتم دون تدخل من البنك، فهو يتمثل في تمرير المعلومة الخام بصورتها البسيطة دون أي فعل إيجابي من البنك "[1].

والبعض يطلق عليه الإلتزام بالإفصاح، ويقصد به إعلام أو تحذير أحد المتعاقدين الذي يكون في مركز أقوى من المتعاقد الآخر بإخطار الطرف الآخر في العقد بكافة البيانات عند إبرامه للعقد والتي تساهم في تكوين الرضا الحر المستنير حتى يتمكن المتعاقد من الإقدام على العقد وإبرامه أو التحلل منه إذا شاء أو إيجاد نوع من التعاون بين الطرفين لتنفيذ العقد[2].

وهناك من يطلق عليه الإلتزام بالشفافية، بتمكين المستهلك من الحصول على المعلومات المتعلقة بالتعاقد بكل سهولة ويسر.

وهناك أيضا من يسمونه الإلتزام بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، وقد عرّف هذا الإلتزام من قبلهم بأنه: " إلتزام سابق على التعاقد، يتعلق بإلزام أحد المتعاقدين بأن يقيم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل، على علم بكافة تفصيلات هذا العقد أو صفة أحد طرفيه أو طبيعة محله أو أي إعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما أن يلح على بيانات معينة ويحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر الذي يلتزم بناءا على جميع هذه الإعتبارات بالإلتزام بالإدلاء بالبيانات[3].

ويعرّف أيضا على أنّه: " إلتزام عام يغطي المرحلة السابقة على التعاقد ويتعلق بالإدلاء بكافة المعلومات اللازمة لإيجاد رضا حر وسليم لدى الزبون المستهلك" [4].

---

[1] لبنى عمر مسقاوي، **المسؤولية المصرفية في الاعتماد المالي**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 169.

[2] كوثر سعيد عدنان خالد، **حماية المستهلك الإلكتروني**، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، القانون التجاري، كلية الحقوق، جامعة بنها، د ب ن، د س ن، ص 276.

[3] نفس المرجع، ص 278.

[4] أكرم محمد حسين التميمي، **التنظيم القانوني للمهنيين، دراسة مقارنة في نطاق الأعمال التجارية**، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص96.

ويمكن القول بأنّه: " إخطار أو إعلام أو تحذير أحد المتعاقدين الذي يكون في مركز قانوني أقوى من المتعاقد الآخر، الطرف الآخر في العقد، بكافة البيانات عند إبرامه للعقد والتي تساهم في تكوين الرضا الحر والتي تمكن المتعاقد الضعيف من الإقدام على حل العقد عند إبرامه أو التّحلل منه إذا شاء"[1].

ومن خلال ماسبق، نلاحظ أن التعريفات السابقة قد قصرت الإلتزام بالإعلام على المرحلة قبل التعاقدية لإيجاد رضا الزبون السليم، في حين أنه قد يمتد هذا الإلتزام إلى مرحلة تنفيذ العقد ولهذا فقد عرّفه جانب من الفقه على أنّه: " تنبيه أو إعلام طالب التعاقد بصورة من شأنها إلقاء الضوء على واقعة ما أو عنصر من عناصر التعاقد المزمع إقامته حتى يكون الطالب على بينة من أمره بحيث يتخذ القرار الذي يراه مناسبا في ضوء حاجته وهدفه من
إبرام العقد"[2].

يستخلص من كل هذه التعريفات أنها وسّعت من نطاق الإلتزام بالإعلام ليشمل التعاقد عامة أيا كان وبذلك يمكن تعريف هذا الإلتزام بأنّه: " إلتزام قانوني يهتم بالموزاة مع إبرام العقد، يفرض على كل مهني محترف له من الخبرة في مجاله مايجعله ملما بكافة المعلومات الجوهرية المتعلقة بالعقد والتي لايمكن للزبون العلم بها من غير المدين بها والتي من شأنها أن تحدث ضررا له إذا ما أقبل على التعاقد دون تبصيره بها وسواء تم ذلك عن طريق الوسائل التقليدية أو الإلكترونية"[3].بالإضافة إلى الألتزام بالإعلام فقد ظهر إلتزام تابع له وهو الإلتزام بالاستعلام من أجل الإعلام l'obligation de s'informer pour[4]

[1] سعد سعيد عبد السلام، **الإلتزام بالافصاح في العقود**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 08.

[2] أنظر كلا من: إسلام هاشم عبد المقصود سعد، **الحماية القانونية للمستهلك بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص 261. / عمر محمد الباقي، **الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 189.

[3] عائشة زرواق، مرجع سابق، ص136.

[4] Jacques Gastin, Traité de droit civil, la formation du contrat, 3 éme édition ,G,D,J ,Paris, 1993, p579

informé ، ويعرف على أنّه: " إلتزام قصد منه أنه يلتزم المدين – مهنيا كان أو غير مهني – بالتحري والبحث عما يجهله من معلومات يتعين عليه تقديمها إلى الدائن بالإعلام "[1].

تبعا لذلك فإن هذا الإلتزام وإن كان يثقل كاهل البنك بأن يضاعف من حرصه على جذب المعلومات لاسيما الجوهرية منها وتزويد الزبناء بها إلاّ أنه يساهم في كسب ثقتهم تجاه البنك الطرف الأقوى في العلاقة التعاقدية.

بناءا على ما سبق، فإنه على كل من يقدم على التعاقد أن يبحث بوسائله الخاصة عن المعلومات والبيانات التي تلزم لتكوين رأيه وتنوير رضاه وتوجيه إرادته إلى التعاقد من عدمه.

فالإلتزام بالإعلام أساسه وجود طرف مهني قوي اقتصاديا له نظام قانوني وبحكم خبرته يحوز كم المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد.

أما الطرف الآخر فهو الزبون فهو في مركز الضعيف والمشرع فرض الإلتزام بالإعلام لخلق نوع من التوازن العقدي بين الزبون والبنك وحتى يتحقق الإعلام وجب توفر مجموعة من الشروط حتى يقوم هذا الإلتزام تتلخص فيمايلي:

1. علم المحترف بالبيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد البنكي:

المصرف ينبغي أن يكون عالما بمجموع البيانات المتعلقة بمحل الإلتزام وأن يكون علمه هذا مؤثرا على رضا المتعاقد، ومن ثمة وجب عليه التعهد بإعلام هذا الأخير وفقا لمبدأ الأمانة العقدية والثقة المشروعة في المعاملات في نطاق حسن النية التي تعد أصلا واجبا ثم ترجمته في بنود التعاقد، وقد اتخذ الفقه الفرنسي معيارا لتحديد نطاق الإلتزام بالإعلام ماقبل التعاقد وهو مدى ملائمة البيانات أو المعلومة للمتعاقد الآخر، ووفقا لهذا المعيار فإن المحترف يقع عليه الإلتزام بإعلام المتعاقد بكل بيان يهمه أن يعرفه ويؤدي في حالة علمه به إلى أن يعدل أو يغير رضاه[2].

---

[1] مصطفى أحمد أبو عمرو، **الإلتزام بالإعلام في عقود الإستهلاك: دراسة في القانون الفرنسي والتشريعات العربية**، دار الجامعة الجديدة، الأزاربطية، الإسكندرية، 2010، ص 26.

[2] خالد ممدوح إبراهيم، **حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية: دراسة مقارنة**، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص.ص 97،98 .

2. جهل المتعاقد بالبيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد جهلا مشروعا:

يقع على البنك الإلتزام بتبصير المتعاقد قليل الخبرة والمعرفة ليحيطه علما بكل مايتصل بموضوع التعاقد قليل الخبرة والمعرفة ليحيطه علما بكل مايتصل بموضوع التعاقد من معلومات هامة وجوهرية تكفل له إبرام العقد، في ظل إرادة حرة واعية ومستنيرة.

والجهل الذي يستطيع الزبون التمسك به هو الجهل المشروع ويكون ذلك في حالة استحالة العلم بالمعلومات المتعلقة بالشيء محل العقد ويظهر جليا في حالة حيازة المحترف لمحل العقد بصورة لاتسمح للطرف الضعيف بمعرفة أوصافه أو ماهو مقدم عليه حالة قبوله التعاقد مع البنك.

ومنه على الزبون أن يبذل مابوسعه من جهد للحصول على المعلومات التي تهمه معرفتها، وليس له أن يدعي الجهل متى ماكان من السهل عليه معرفتها، وإلاّ كان جهله غير مشروع، كذلك يجب أن يستحيل عليه معرفة هذه المعلومات والاستحالة هنا قد تكون شخصية أو موضوعية، الأولى تظهر لكونه عديم الخبرة والدراية بالموضوع التعاقد، أما الثانية فتكون متى تعلقت بالوضع القانوني لمحل التعاقد أو بوصفه المادي أو بطرق إستخدامه[1].

ب. الأساس القانوني للإلتزام بالإعلام:

إنّ عدم التوازن العقدي والمعرفي بين البنك وزبونه قد يوقع هذا الأخير في عدة مخاطر، لهذا إهتم التشريع والفقه بإيجاد توازن للعلاقة العقدية من خلال تنظيمها بموجب قواعد قانونية عديدة وصريحة، عامة وخاصة، توجب على البنك إلتزاما بالإعلام تجاه زبونه.

وقد انقسم الفقه إلى فريقين لتحديد الأساس القانوني لهذا الإلتزام، حيث ذهب الفريق الأول إلى تأسيسه على القواعد الأخلاقية والاجتماعية بما يفترض في التعاقد من أمانة أو إلتزام بالشرف والنزاهة، أو بما يقتضيه من تغليب المصلحة العامة على

[1] مصطفى أحمد أبو عمرو، **التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول:** دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016، ص 64.

المصلحة الخاصة، وعلى أساس أن دعم العلاقة التعاقدية بهذا الإلتزام بين الأشخاص سيؤدي قطعا إلى شيوع روح التعاون والتضامن فيما بين المتعاقدين[1].

في حين الفريق الثاني وهو الفقه الغالب أسسه على نظرية عيوب الإدارة، خاصة التدليس وفقا لما تنص عليه القواعد العامة[2]، والذي يمنح الزبون حق إبرام العقد أو التعويض أو كليهما معا.

وبإعتبار أن الإلتزام بالإعلام إلتزام قانوني فرضه المشرع على المهني المحترف، سنتطرق إلى كيفية تثمين المشرع لهذا الإلتزام من خلال القوانين السائدة العامة منها والخاصة.

1.الأساس القانوني لإلتزام البنك بالإعلام في القواعد العامة:

ونعني بها القواعد المتضمنة في القانون المدني وقانون حماية المستهلك وقمع الغش، وهي من أهم القوانين التي كرست هذا الإلتزام.

❖ **إلتزام البنك بالإعلام في القانون المدني:**

أقرت القواعد العامة للقانون المدني أن تكون كل من نظرتي عيوب الرضا ومبدأ حسن النية أساسا للإلتزام بالإعلام.

فنظرية عيوب الرضا تهدف لحماية الإرادة التعاقدية للزبون والإخلال بهذا ينتج عيبا في إرادة الطرف الضعيف كأن يقع الغلط في صفة جوهرية، ممايؤدي إلى بطلان العقد على أساس التدليس خاصة حالة علم البنك بموضوع الإعلام وتعمد كتمانه، والسكوت العمدي في واقعة مؤثؤة على التعاقد يعتبر تدليسا، وهذا ماأقرته المحكمة العليا الجزائرية، حيث ورد في احد قرراتها أن: المبدأ في القانون الجزائري هو إعتبار السكوت العمدي في واقعة مؤثرة إفي التعاقد تدليسا، إذا كان المتعامل حرفيا أو مهنيا ،فإنه لا يمكن له الإدعاء بالغش والتدليس.

وهذا من شأنه أن يحمي الزبون لكن وجهت عدة إنتقادات لهذه النظرية نظرا لتعذر تطبيقها في بعض الحالات ،كما أنها قد تحد من آثار هذا الإلتزام في مرحلة إبرام العقد فقط ولا

[1] محمد أحمد عبد الحميد أحمد، **الحماية المدنية للمستهلك التقليدي والإلكتروني**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص 276.

[2] Raymond Gry, droit de la consommation , hitec, paris, 2008, p 189.

تسمح بإعمال أثره في مرحلة تنفيذ العقد ،ومنه نطاق هذا الإلتزام أوسع بكثير من نظرية عيوب الرضا حتى وإن إتفقا على هدف واحد الذي هو حماية صحة وسلامة رضا الزبون.

وبالنظر إلى مبدأ حسن النية كأساس لهذا الإلتزام، فهذا المبدأ يقتضي أن لايحقق أحد طرفي العقد مصلحته بغض النظر عن مصلحة الطرف الآخر الذي يجب أن تتوفر لديه المعلومات الكافية عن طبيعة العقد المبرم ومايحيط به وأي كتمان لهذه المعلومات يتنافى مع هذا المبدأ[1].

ومنه على الرغم من تباين الآراء حول أساس الإلتزام بالإعلام في القانون المدني إلاّ أن المرجع الأساسي في هذه الحالة وجود نص يلزم البنك بإعلام الزبون بكافة المعلومات والبيانات حول العقد المزمع إبرامه فيجعل منه إلتزاما قانونيا يفرضه القانون، أما حالة غياب النص فيؤسس على مبدأ حسن النية في العقد والذي يمتد من مرحلة إبرام العقد إلى مرحلة تنفيذه.

2.الإلتزام بالإعلام على ضوء قوانين المستهلك:

نص المشرع على حق المستهلك في الحماية والإعلام من خلال القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية وهو مايستفاد من نص المادة الأولى منه، والذي جاء فيها: " يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء والمستهلكين، وكذا حماية المستهلك وإعلامه"[2].

وتنص المادة الثامنة منه على أنه: " يلزم البائع قبل اختتام عملية البيع بإخبار المستهلك بأية طريقة كانت وحسب طبيعة المنتوج، بالمعلومات النزيهة والصادقة المتعلقة بمميزات هذا المنتوج أو الخدمة وشروط البيع الممارس وكذا الحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية لعملية البيع أو الخدمة".

بإستقراء النصوص السالفة الذكر، نستنتج أنها تكرس الإلتزام القانوني للبنك بإعلام زبناءه بكافة المعلومات حول الإتفاقية بصفته مقدم خدمة أيضا قد أكد

[1] عائشة زرواق، مرجع سابق، ص 143.

[2] تعتبر البنوك أعوان اقتصادية تقدم منتوجا أو خدمة للزبون البنكي، ممايسمح بتطبيق أحكام الإلتزام بالإعلام في هذا القانون على العلاقة بينه وبين الزبون.

المشرع الجزائري على الإلتزام بالإعلام بواجب المرسوم التنفيذي رقم 06-306 [1]، حيث أكدت المادة 02 منه على العناصر الواجب إدراجها في العقود المبرمة بين العون الإقتصادي والمستهلك خاصة المتعلقة منها بالإعلام المسبق للمستهلك.

وقد شددت المادة 52 من المرسوم التنفيذي رقم13-387 [2] على ضرورة إعلام الزبون من طرف مقدم الخدمة، مبرزا بعض أدوات الإعلام على سبيل المثال وترك المجال بأن يتم بأي وسيلة أخرى.

3.الإلتزام بالإعلام في الأنظمة المطبقة لقانون النقد والقرض:

كرّس المشرع الإلتزام بالإعلام بموجب قواعد تشريعية وكذا بقواعد تنظيمية فقد ألزم البنوك بموجب نص المادة 05 من النظام رقم 13-01 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية[3]. بتبليغ زبائنها والجمهور بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية التي تقوم بها وبكل الوسائل كأن تطلع زبائنها على شروط إستعمال الحسابات المفتوحة وأسعار الخدمات المختلفة التي تسمح بها وكذا الإلتزامات المتبادلة بين الزبون والبنك.

ثانيا: نطاق الإلتزام بالإعلام.

إن الإلتزام بالإعلام يرتبط ارتباطا وثيقا بما يقوم به البنك من نشاط متعلق بالعمليات الإئتمانية وتقديم الخدمات المصرفية فهو يتمحور حول تقديم المعلومات عن العملية المراد القيام بها وإسداء النصيحة حول مدى ملاءمتها لحاجات الزبون.

وهو بذلك يعتبر واسع النطاق، لذا وجب علينا تحديد مفهوم الزبون تحديدا دقيقا ثم التعرف على مضمون هذا الإلتزام متى يبدأ وأين ينتهي.

أ. مفهوم الزبون.

---

[1] مرسوم تنفيذي رقم 06-306، مؤرخ في 10 سبتمبر 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية ج ر ج ج، عدد 56، صادر بتاريخ 14 سبتمبر 2006.

[2] مرسوم تنفيذي رقم 13-387، مؤرخ في 09 نوفمبر 2013، يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج ر ج ج، عدد 58، صادر بتاريخ 18 نوفمبر 2013.

[3] نظام رقم 13-01، مؤرخ في 8أفريل 2013، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية، ج ر ج ج، عدد 29، صادر بتاريخ 02 جوان 2013.

لـم يتنـاول المشـرع الجزائـري ولا المـنظم البنكـي تعريـف زبـون البنـك لكـن وبالرجوع للنظام05-05[1] جعل وصف الزبون يطلق على:

- كـل شـخص أو كيـان صـاحب حسـاب لـدى البنـك أو الـذي يـتم فـتح حسـاب الصاحب الفعلي للحساب.
- المستفيدون من العمليات التي ينجزها الوسطاء المحترفون.
- الزبناء غير الاعتياديين.
- الوكلاء أو الوسطاء الذين يعملون لصالح الغير.
- كـل شـخص مشـترك فـي عمليـة ماليـة تنفـذ مـن قبـل وسـيط البنـك أو مؤسسـة ماليـة أو المصالح المالية لبريد الجزائر.

ومايمكن ملاحظته عن هذا التعريف مايلي:

- أن صاحب الحساب يمكنه أن يكون شخصا طبيعيا أو معنويا.
- المشـرع فـي هـذه المـادة اعتبـر الـوكلاء الوسـطاء الـذين يعملـون لحسـاب الغيـر زبناء.

ومنـه فقـد توسـع المشـرع الجزائـري فـي فكـرة الزبـون وخاصـة أنـه أدرج فكـرة الزبـون غيـر الاعتيادي كل هذا ليتوسع في الوقاية من تبيض الأموال[2].

ب. محل الإلتزام بالإعلام.

بإستقراء نص المادة 119 مكرر 2/1 من قانون النقد والقرض نجد أن المشـرع أشـار إلـى نـوع وطبيعـة المعلومـات التـي يقـوم البنـك بتزويـدها للزبـون المتعامـل معـه، حيـث يلـزم بـإعلام زبونـه بطريقـة دوريـة بوضـعية إزاء البنـك، كمـايلزم بتزويـده بكـل معلومـة مفيـدة تتعلـق بالشـروط الخاصـة بالبنـك، وعليـه فـإن المعلومـات التـي يلتـزم البنك بتقديمها للزبون نوعان:

---

[1] النظـام 05-05، مـؤرخ فـي 15 ديسـمبر 2005، يتعلـق بالرقابـة مـن تبـيض الأمـوال وتمويـل الإرهـاب ومكافحتهما، ج ر ج ج، عدد 26، مؤرخة في 23 أفريل 2006.

[2] غنية عباس، **حمايـة الزبـون المتعامـل مـع البنـك: أثنـاء فـتح الحسـاب سـيره وغلقـه**، مـذكرة مـن أجـل الحصـول علـى شـهادة الماجسـتير فـي الحقـوق، قـانون الأعمـال، جامعـة الجزائـر، 1 يوسـف بـن خـدة، كليـة الحقـوق، 2013/2012، ص 13-14.

- معلومات تتعلق بوضعية الزبون إزاء البنك.
- معلومات تتعلق بالشروط الخاصة بالبنك.

الأولى يقصد بها وضعيته المالية بتبيان ماسدد من ديون ومابقي عليه من ديون وآجال تسديدها، أما الثانية تتمثل في شروط استعمال الحسابات المفتوحة، أسعار الخدمات المختلفة، وكذا الإلتزامات المتبادلة بين البنك والزبون.

كما نصت المادة 04 من نفس النظام على أنه: " يقصد بالشروط البتكية والمكافآت والتعريفات والعمولات المطبقة على العمليات المصرفية التي تقوم بها البنوك والمؤسسات المالية ".

كما أنّ المشرع وتطبيقا لمبدأ الحرية التعاقدية، ترك تحديد هذه الشروط لكل بنك على حدى بإعتبارها شروط خاصة وليست عامة ترجع لاتفاق الأطراف إلاّ أنه وحسب النظام 13-01 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية كان الأولى على المنظم أن يدرجها ضمنه، ومن ثمة تترتب مسؤولية البنك بمجرد الإخلال بها، لأن ترك المجال للبنك في تحديدها يؤدي إلى[1]:

- إحتكار البنك تحديد مواصفات ووسائل العمليات المصرفية.
- اختلاف البنوك في تحديد شروط ومواصفات ونوع العملية المقدمة منهم، فقد تقدم البنوك عمليات لاترتقى ولا تصلح شروطها للتعاقد.
- تمادي البنوك في فرض الشروط التعسفية.
- اختلاف فاضح في توازن العقد.

الفرع الثاني: الإلتزام بالنصيحة والتحذير.

يشكل كل من الإلتزام بالنصيحة والإلتزام بالتحذير أحد الإلتزامات التابعة للإلتزام بالإعلام ونظرا لأهميتها سندرس الإلتزام بالنصيحة ثم الإلتزام بالتحذير.

أولا: الإلتزام بالنصيحة.

[1] نجاة مهيدي، **المسؤولية التقصيرية للبنك عند منح الإعتماد**، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون أعمال، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2014-2015، ص 147.

يكتسي الإلتزام بالنصيحة أهمية بالغة نظرا للدور الذي يؤديه اتجاه المستهلك من خلال تقديم النصائح والإرشادات التي تساعده على توجيه قراره بشأن إنشاء المنتوج، خاصة بالنسبة للمنتوجات المعقدة أو الحديثة وأيضا بالنسبة للخدمات لاسيما الخدمات البنكية.

أ. تعريف الإلتزام بالنصيحة.

يعرّف الإلتزام بالنصيحة بأنه: " قيام أحد أطراف العقد بتقديم النصائح والإرشادات للطرف الآخر، بغية مساعدته على اتخاذ قرار معين، يعمل على تحقيق رغباته، ويقصد به أيضا توجيه الدائن نحو اتخاذ القرار المناسب بحثه على إتباع طريق معين أو عدم إتباعه وكذلك نعني به: " نصح الزبون أن إبرام العقد قد لايتوافق أو لايتلاءم مع رغباته "[1]، وهو عكس الإلتزام بالإعلام الذي يهدف إلى تقديم معلومات وبيانات موضوعية وكافية من أجل تنوير رضا الزبون والتي تساعده على إبرام العقد من عدمه، ومنه فهو أكثر فعالية في الحماية مقارنة بالإلتزام بالإعلام، فيلتزم المدين (البنك) يبذل عناية أكبر بأن يعرض على زبونه الحل المناسب لرغباته واحتياجاته.

وتظهر أهمية الإلتزام بالنصيحة بإعتباره إلتزاما تابعا في الكثير من العقود وخصوصا كما ذكرنا سابقا العقود التي تبرم بين البنوك وزبناءهم.

ب. الطبيعة القانونية للإلتزام بالنصيحة ونطاق تطبيقه.

لقد اختلفت آراء الفقهاء بشأن الطبيعة القانونية لهذا الإلتزام، حيث هناك من يرى أنه إلتزام بوسيلة حيث ركزوا على صورا محددة من المهن التي يكون فيها الإلتزام بالنصيحة إلتزام بوسيلة ولا يرد هذا الإلتزام إلاّ على الأعمال المادية وحدها، وهناك من يرى أنه إلتزام بتحقيق نتيجة لكن الفقه الغالب إستقر إلى أنه التزام يبذل عناية، ونشير إلى أن المعلومات السالف ذكرها المقدمة من طرف البنك لاتكفي للقيام بواجب النصيحة، فيجب عليها إبلاغ الزبون بأن العقد المزمع إبرامه يعدّ من

[1] J.Beauchard, droit de la distribution et de la consommation, presses universitaires de France, 1996, p30.

العقود التي تنطوى على أخطار خاصة في حالة الإخلال بالإلتزامات المفروضة على الزبون كإحترام رزنامة تسديد الأقساط الدورية ونصحه بأن التأخر عن التسديد ينتج عنه غرامة مالية مثلا.

كذلك تمثل عقود الإئتمان التي تبرمها البنوك أو المؤسسات المالية مع الزبون خطر كبير على الزبائن نظرا لعدم توفر توازن عقدي بين الطرفين، كما أن عبء الإثبات يقع على البنك أو المؤسسة المالية في حالة نشوب نزاع بينه وبين زبونه حالة ما إدعى هذا الأخير عدم قيام البنك بالنصح والإرشاد[1].

ج. الإقرار بوجود الإلتزام بالنصيحة على عائق البنك.

لقد تباينت الآراء التشريعية والفقهية والاجتهادات القضائية حمل وجود الإلتزام بالنصيحة على عائق البنك فهم يرون أنه على كل زبون أن يبذل العناية اللازمة للحصول على المعلومات العامة المتعارف عليها حتى في حالة عدم خبرته في المجال المصرفي والمالي، فالبنك ليس ملزما بتقديم كل شيء للزبون، فهو يعتبر تاجرا سلعته النقود لامدير أعمال تقع على عاتقه واجبات اقتصادية نحو زبناءه، وهو الراجح.

فالواقع المصرفي الجزائري يؤكد أن دور البنوك ينحصر في تقديم الإئتمان المرغوب والمساعدات المالية دون أن يكون لها دور في إسداء النصح للزبون خاصة عند تعرضه لصعوبات مالية أثناء سير مشروعه حتى وإن كانت تقوم بتوجيه الزبناء نحو إختيار الحساب الأمثل الذي يتناسب مع احتياجاتهم، وهذا مايستدعي تدخل المشرع لإيجاد حل لهذه المشكلة التي غالبا ماتؤدي إلى تضرر الزبون أولا البنك ثانيا والاقتصاد الوطني بصورة عامة[2].

د. حدود الإلتزام بالنصيحة:

هناك عدة حالات لايلتزم فيها البنك بتقديم النصيحة كالحقائق التي تكون معروفة لدى الجميع ثم أنه إذا أشار العقد إلى بعض المعلومات الهامة فالبنك غير

[1] نبيل بن عديدة، **الإلتزام بالإعلام وتوابعه في مجال قانون الإستهلاك**، أطروحة للحصول على شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، 2018-2017، ص36.

[2] عائشة زرواق، مرجع سابق، ص 176.

ملـزم بإعـادة ذكرهـا للزبـون، وتظهـر الحمايـة هنـا فـي حـق الزبـون الـذي قـد لايكـون متعلمـا أو كونـه أجنبيـا لايفهـم اللغـة خاصـة وأن معظـم الإتفاقـات عنـدنا فـي الجزائـر تكون باللغة الفرنسية.

ونشـير إلـى أن القضـاء الفرنسـي إسـتقر علـى أن البنـك ملـزم بالنصـيحة المتعلقـة بالجانـب المـالي فقـط، أمـا مـاتعلق بنجـاح المشـروع أو فشـله فلايمكـن مسـاءلته عـن ذلك، وهو مايؤكد أن هذا الإلتزام ماهو إلا إلتزام ببذل عناية.

ثانيا: الإلتزام بالتحذير.

يشـكل الإلتـزام بالتحـذير أحـد الإلتزامـات التابعـة للإلتـزام بـالإعلام وهـو إلتـزام لايقـل أهميـة عـن الإلتـزام بالنصـيحة، فـإذا كـان الإلتـزام بالنصـيحة عمـلا ايجابيـا يحـق بموجبـه للبنـك مخاطبـة زبونـه بمـا يعـود عليـه بالمنفعـة، فإنـه قـد يتحـول إلـى إلتـزام بالتحـذير مـن طـرف البنـك حالـة تأكـد مـن وجـود مغالطـات أو وقـائع لا يجـوز السـكوت عنها[1] ويكون التحذير بأي وسيلة كانت.

أ. تعريف الإلتزام بالتحذير:

يعـرّف الإلتـزام بالتحـذير حسـب الفقهـاء وفـي ظـل غيـاب أي تعريـف تشـريعي علـى أنـه: " إلتـزام تبعـي يقـع علـى عـاتق أحـد الطـرفين بـأن يحـذر الطـرف الآخـر أو يثيـر انتباهـة إلـى ظـروف أو معلومـات معينـة بحيـث يحيطـه علمـا بمـا يكتنـف هـذا العقد أو ماينشأ عنه من مخاطر مادية أو قانونية "[2].

ويعـرف أيضـا علـى أنـه: " جلـب لانتبـاه الزبـون بخصـوص الخطـر المحـدق بـه جـراء إقدامـه علـى عمليـة مصـرفية معينـة والتـي تمتـد إلـى رفـض المعاملـة أصـلا وبكـل بسـاطة وإلاّ قامـت مسـؤولية البنـك وتمـت مسـاءلته كمـا أنـه لايعتبـر عمـلا تعسـفيا إذا كان المراد بذلك الحفاظ على مصلحة الزبون أولا وأخيرا ".

ب. نطاق الإلتزام بالتحذير.

وفقا للاجتهادات القضائية، فإن نطاق الإلتزام بالتحذير يتحدد وفق معيارين:

---

[1] نفس المرجع، ص 179.

[2] أنظر نزيـه محمـد الصـادق المهدي، **الإلتـزام قبـل التعاقـدي بـالإدلاء بالبيانـات المتعلقـة بالعقـد وتطبيقاتـه علـى بعض أنواع العقود: دراسة فقهية قضائية مقارنة**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 217.

المعيار الأول: صفة المقترض.

إنّ نطاق الإلتزام بالتحذير يتعلق بالزبون ومنه فإنه يتحدد حسب صفته، فهناك اختلاف بين الزبون المحذّر وغير المحذّر[1].

وقد ربط القضاء الفرنسي بين مهنية الزبون وكونه محذّر أو غير محذّر[2]، ثم مد نطاق الحماية لتشمل الزبناء المهنيين وغير المهنيين، ثم اعتمد على معيار أكثر ملاءمة لتحقيق الحماية المطلوبة للزبون والتفرقة بين الزبون المحذّر وغير محذّر وهو درجة الخبرة في الميدان المالي، فسمح لكل من المهني وغير المهني بالانتفاع من هذا الإلتزام.

ونشير إلى أن المشرع الجزائري وكذا القضاء الوطني لم يأخذا بمعيار التمييز بين الزبون المحذر وغير المحذر فهما لازالا بعيدين عن مدى التطور الحاصل بالقضاء الأجنبي.

المعيار الثاني: مخاطر العملية المصرفية.

إذا تبين للبنك وقت منح القرض عدم ملاءمته لحالة الزبون المالية، إمّا لكونه مرهقا له أو لأن راتبه غير ثابت فإن عليه تنبيهه حتى لايتعرض للمساءلة، وهنا يقع عليه الإلتزام بالتحذير، وكذلك وجب على البنك الإستعلام عن حالة الزبون المالية كونه قد يعطي معلومات مغلوطة قصد الحصول على الإئتمان، ويبقى للبنك خيار قبول منحه الإئتمان من عدمه، فلا تقع عليه المسؤولية ويتحمل الزبون إقباله على الإئتمان وعبء إثبات قيام البنك بالإلتزام بالتحذير يبقى على عاتقه.

المطلب الثاني:

مظاهر حماية الزبون أثناء تنفيذ العقد.

إن ضرورة التعاملات التجارية ومايترتب عليها من عمليات مصرفية، هي التي دعت العميل إلى كشفها للمصرف على سبيل الأمانة التي لايريد إظهارها

[1] عائشة زرواق، مرجع سابق، ص 184.

[2] الزبون المحذّر وهو الزبون الذي لديه الخبرة وكذا القدرة على تحديد أو تقدير الإئتمان الذي يرغب في الحصول عليه بغض النظر عن كونه مهني أو غير مهني.

لغير المصرف، لذلك تلتزم البنوك والجهات المصرفية المختلفة بسرية التعاملات المالية في مواجهة الغير، كما وتحافظ البنوك على خصوصية أعمال الزبون بحيث يلتزم البنك بعدم التدخل في شؤونه ومنه بغرض التعرف على ماهية هذين الإلتزامين ودورهما في حماية الزبون سنتطرق إلى موضوع الإلتزام بالسر المصرفي في الفرع الأول، ثم نعرّج إلى الإلتزام بعدم التدخل في شؤون الزبون وذلك في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الإلتزام بالسر المصرفي.

تعتبر قاعدة الإلتزام بحفظ السر المصرفي قاعدة أساسية وحجر الزاوية في الحياة المصرفية تمتد جذورها التاريخية منذ نشأة الحضارات القديمة، وقبل أن يأخذ البنك صيغته الحالية، كان هذا الإلتزام منذ القدم يلعب دورا بارزا في المحافظة على عمليات البنوك سواء لمصلحة المصرف ذاته أو لمصلحة الزبون أو لمصلحتهما معا.

أولا: تعريف السر المصرفي.

يعدّ السر في المعنى اللفوي من الأسرار التي تكتم، والسر ما أخفيت، والجمع أسرار وأسر الشيء تفيد الكتمان والإظهار، وهو من الأضداد وذلك لقوله تعالى: " ... وأسرّوا الندامة لما رأوا العذاب ..."[1].

ويعرف السر المصرفي على أنه: " كل أمر أو معلومات أو وقائع تتصل بعلم البنك عن عميله بمناسبة نشاطه أو سبب هذا النشاط ويستوي في ذلك أن يكون العميل قد أفضى بها بنفسه إلى البنك، أو يكون قد اتصل علم البنك بها من الغير "[2].

كما يعرف على أنه: " كل أمر أو معلومة أو وقائع تصل إلى علم البنك عن عميله أثناء ممارسة نشاطه ويستوي في ذلك أن يكون العميل هو الذي أفضى بها إلى

[1] سورة يونس، الآيه 54.

[2] جلال وفاء محمدين، **دور البنوك في مكافحة غسيل الأموال**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 78-79.

البنك أو تكون قد وصلت إلى علمه بحكم مهنته، كما يعد الإلتزام بحفظه إلتزاما قانونيا بإمتناع عن عمل مؤداه الامتناع عن افشاء المعلومات البنكية "[1].

وينظر إلى السر المصرفي على كونه: " الواجب الملقى على عاتق البنك بعد إفشاء الأسرار التي آلت إليه بحكم موقعه أو في معرضه بموجب نصوص قانونية صريحة تفرض التكتم وتعاقب الإفشاء بدون عذر شرعي "[2].

وهو كذلك: " الموجب الملقى على البنوك وأجهزتها ومستخدميها، وجميع الأشخاص المرتبطين بها بعلاقات معينة بحفظ التكتم على كل المعلومات الاقتصادية والشخصية المتعلقة بزبائنها التي وصلت إلى علم المصارف إبان ممارستهم لمهنتهم أو في معرض هذه الوظيفة مع التسليم بوجود قرينة بالحفاظ على سريتها لمصلحة الزبون"[3].

وفي التشريع الجزائري لم يرد تعريف لمفهوم السر المصرفي لذا بوجه عام يعد سراّ كل مايعرفه الأمين أثناء أو بمناسبة وظيفته فيعد في حكم السر الواجب كتمانه كل أمر يكون سرا ولو لم يشرط كتمانه صراحة، ولايشترط أن يكون الإفشاء علنيا، بل يكفي أن يكون إلى شخص واحد ومن جهة أخرى يشير الرأي الغالب إلى أن المعلومات تعتبر سرا متى كانت بيانات محددة كرقم مبلغ الرصيد والاعتمادات المفتوحة له، ومواعيد استحقاق ديونه، وما إذا كان لدى الشخص حساب لدى البنك، أما مجرد رأي البنك عن معلومات شائعة ومعروفة عن العميل في السوق فلا يعتبر سرا محضورا.

وقد جاءت المادة 117 من قانون النقد والقرض الجزائري 03-11 والتي تقضي بعدم افشاء صاحب أي مهنة مهما كانت بالأسرار التي وصلت إليه بحكم

---

[1] مريم الحاسي، **إلتزام البنك بالمحافظة على السر المهني**، مذكرة لنيل درجة الماجستير، تخصص مسؤولية المهنيين، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011-2012، ص 15.

[2] نعيم مغبغب، **نظريات في القوانين المصرفية والإدارية والمدنية: دراسة في القانون المقارن**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط01، 2008، ص29.

[3] نعيم مغبغب، **السرية المصرفية: دراسة في القانون المقارن**، مكتبة الحلبي الحقوقية، بيروت، 1996، ص11.

وظيفته أو بغرض قيامه لهذه الوظيفة والمتعلقة بالزبائن الذين يتعامل معهم تحت طائلة المسؤولية والعقوبة التي تحددها نصوص قانون العقوبات[1].

نستخلص من التعريفات السابقة أنه لاعتبار واقعة ما سرا يلزم أن تتوافر فيها مجموعة من الخصائص وهي:

- أن يكون نطاق العلم بها محصورا في أشخاص محددين، ولايعني ذلك أنّ علم عدد كبير من الأشخاص بها ينفي عنها السر بشكل مطلق، كما إذا كان مجموعة من الموظفين على علم برقم أعمال أحد الزبناء نتيجة لما يقومون به من عمل.
- أن توجد مصلحة مشروعة في إبقاء الواقعة طي الكتمان.
- أن يكون للواقعة صلة بالعمل المهني.
- أن يكون إطلاع المهني على البيانات أو المعلومات بمناسبة قيامه بالعمل.

ثانيا: مبررات الإلتزام بالسر المصرفي.

يلتزم البنك بالمحافظة على المعلومات والبيانات الخاصة بزبونه التي عهد بها إليه بمناسبة ممارسة نشاطه، وباعتبار أن العلاقة بينهما قائمة على الإعتبار الشخصي، فهذا الإلتزام يقتضي حرمة الحياة الخاصة للزبون والسرية في تعاملاته، فهو واجب أملته قواعد الدين والأخلاق أولا ثم القواعد التشريعية والأحكام القضائية.

وتعتبر الذمة المالية للزبون من أهم الخصوصيات التي تهدف ويحرص على عدم إطلاع الغير عليها، لهذا جرمت التشريعات فعل إفشاء الأسرار المصرفية لأن فيه اعتداء على حق ملازم لشخصية الفرد واخلال بالثقة المطلوبة يرتب مسؤولية البنك المدنية والجزائية.

كما يهدف الإلتزام إلى المحافظة على مصلحة البنك فمكانه هذا الأخير تقاس بعدد الزبناء المتعامل معهم، فيكسب ثقتهم التي قد يترتب عن تزعزعها نفورهم من التعامل معه مما يؤدي إلى خسارته على الصعيدين المالي والتجاري ناهيك عن المسؤولية المترتبة عن الإفشاء كما قد يتعرض البنك للمطالبة بالتعويض عما يلحق

[1] لخضر رفاف، **الإلتزامات القانونية للبنك في بطاقات الإئتمان**، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص قانون خاص، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، 2017-2018، ص 133.

الزبون من أضرار وخسائر ناجمة عن إفشاء الأسرار المصرفية. من منظور آخر، يقرر هذا الإلتزام حماية المصلحة العامة للمجتمع، بحماية مصالحهم المالية والاقتصادية العامة، ومنه حماية مصالح الدولة، ومنه فالسر المصرفي يلعب دورا هاما في فشل أو إزدهار اقتصاد الدولة الناتج عن قدرة البنوك على جذب رؤوس الأموال الأجنبية في مشاريع إستثمارية، والحفاظ على الرأسمال الوطني من خلال تشجيع الإدخارات الوطنية كنتيجة لهذه الثقة.

ثالثا: الأساس القانوني للسرية المصرفية في التشريع الجزائري.

وذلك يتجسد من خلال القواعد العامة وكذلك قواعد قانون النقد والقرض.

أ. أساس الإلتزام في القواعد العامة.

لقد كفل الدستور حماية الحرية الشخصية للأفراد، وبما أن الذمة المالية للشخص هي جزء من حياته الخاصة، فإنه يجب على البنوك التكتم وعدم إفشاء المعلومات المتعلقة بزبائنها.

كذلك فإنّ المشرع الجزائري جرّم فعل إنشاء أصحاب المهن لأسرار زبائنهم من خلال نص المادة 301فقرة01 من قانون العقوبات[1] والتي جاء في مضمونها: " يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة مالية من 500 إلى 5000 دج الأطباء والجراحون والصيادلة والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلي بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يتوجب عليهم فيها إفشاءها ويصرح لهم بذلك ".

لم يشر نص المادة صراحة إلى تجريم فعل إفشاء الأسرار المصرفية، لكن بإعتبار البنك من الأشخاص المؤتمنين[2]، الأولى تطبيق الحكم الوارد عليه في حالة إخلاله بإلتزامه بالمحافظة على أسرار الزبناء ومنه يمكن العمل بنص المادة أعلاه.

ب. أساس الإلتزام في قانون النقد والقرض.

[1] أمر رقم 66-156، مؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج ر ج ج، عدد 48، صادر بتاريخ 10 جوان 1966 (معدل ومتمم).

[2] أطلق أغلب الفقه صفة الأمين على البنك لاحتكاره للنشاط المصرفي.

يعتبر قانون86-12[1] المتعلق بالبنوك والقرض أول تشريع بنكي نص بموجب المادة 43فقرة01 منه على مبدأ الإلتزام بالسرية المصرفية، كما حددت المادة 44فقرة01 الأشخاص الملزمون بالسر المصرفي والجزاءات المترتبة على مخالفته، وأكدّ ذلك القانون رقم 90-10.

بتفحص الأمر رقم 03-11[2] الملغي للقانون السابق نجد المادة 117 منه أكدّت بصراحة على الإلتزام بالسر المصرفي، حيث جاء في فقرتها الأولى انه: " يخضع للسر المهني، تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات:

- كل عضو مجلس إدارة، وكل محافظ حسابات وكل شخص يشارك أو شارك بأي طريقة كانت في تسيير البنك أو مؤسسة مالية أو كان أحد مستخدميها.
- كل شخص يشارك أو شارك في رقابة البنوك والمؤسسات المالية وفقا للشروط المنصوص عليها في هذا الكتاب.

وقد جاءت المادة 13 في قانون النقد والقرض من النظام05-05[3] المعدل والمتمم لتؤكد هذا الإلتزام بنصها على الإخطار بالشبهة المفروض على البنوك والمتابعات الخاصة به تندرج في إطار السر المهني، ولايمكن للزبون أو المستفيد من العمليات الإطلاع عليها.

رابعا: نطاق الإلتزام بالسر المصرفي.

يتسع نطاق السر المصرفي ليشمل جميع المعلومات والبيانات الخاصة بحسابات العملاء أيا كان نوعها وطبيعتها، وودائعهم وأماناتهم وخزائنهم، وبصفة عامة كافة المعلومات والبيانات المتعلقة بالذمة المالية والشخصية للعميل، سواء كان العميل قد قدمها إلى البنك بنفسه، أو حصل عليها من الغير، أو هو قام بإعدادها، كما يظل حتى لو إنتهت العلاقة بين الزبون والبنك لأي سبب كان.

---

[1] قانون رقم 86-12، مؤرخ في 19 أوت 1986، يتعلق بنظام البنوك والقرض، ج ر ج ج، عدد 34، صادر بتاريخ 20 أوت 1986 (ملغى).

[2] عائشة زرواق، مرجع سابق، ص 304.

[3] المادة 13 من النظام 05-05 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها، مرجع سابق.

لكن يمكن التحلل من هذا الإلتزام لاعتبارات تفوق في أهميتها مصلحة العميل، لهذا نصت العديد من التشريعات على بعض الإستثناءات التي تتيح للبنك بكشف بعض المعلومات التي يلتزم بالمحافظة على سريتها في الأحوال العادية.

أ. أسباب إفشاء السر المصرفي المقررة للمصلحة العامة.

لقد فضل المشرع تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة وسمح بالكشف عن المعطيات والبيانات المصرفية حتى ولو كانت ذات طبيعة سرية حيث تنص المادة 177 في فقرتها الرابعة من الأمر 03-11 على أنه: " تلزم بالسر مع مراعاة الأحكام الصريحة للقوانين جميع السلطات ماعدى:

- السلطات العمومية المخولة بتعيين القائمين بإدارة البنوك والمؤسسات المالية.
- السلطة القضائية التي تعمل في إطار إجراء جزائي.
- اللجنة المصرفية أو البنك الجزائري التي تعمل لحساب هذه الأخيرة.
- السلطات العمومية الملزمة بتبليغ المعلومات إلى المؤسسات الدولية المؤهلة لاسيما في إطار محاربة الرشوة وتبيض الأموال وتمويل الإرهاب.

ب. **أسباب إفشاء السر المصرفي لمصلحة الأشخاص.** تتلخص في:

- حكم قضائي أو حكم محكمين.
- طلب المستفيد في الشيك.
- حالة رضا العميل.
- دفاع البنك عن نفسه أمام القضاء[1].

الفرع الثاني: الإلتزام بعدم التدخل في شؤون الزبون.

هناك مبادئ خاصة يقوم عليها النشاط البنكي وذلك بهدف تسهيل مهمة القاضي في تقدير صحة أفعال البنوك من عدمها أي قيام أو عدم قيام مسؤولية البنك.

فبالإضافة إلى الإلتزام بالسر المصرفي نجد أنّ مبدأ عدم التدخل أيضا له مكانة خاصة في القطاع المصرفي لحفظ سرية الأعمال وكذا حماية الحياة الخاصة للزبون.

[1] لخضر رفاف، مرجع سابق، ص 134.

أولا: تعريف الإلتزام بعدم التدخل في شؤون الزبون.

إن هذا الإلتزام غير مكرس قانونا، لكن قد تطرق إليه العديد من الفقهاء، وعرفوه على أنه: "عدم السماح للبنك بمشاركة الزبون في اتخاذ القرارات في مؤسسته، وعليه أن يكون حذرا وأن يتوقف أمام المسائل الشكلية للتعليمات وأن يبقى حياديا "[1].

كما يعني المبدأ أن: " البنك محكوم عليه في إطار تنفيذه لإلتزاماته بعدم تجاوز نطاق عمله إلى نطاق يبقى خاصا بأعمال الزبون بحيث يلتزم البنك بعدم التدخل بها "[2].

تم تعريفه أيضا بأنه: " عدم التدخل في شؤون الزبناء، إمّا عن طريق الإستفسار عن أعمالهم أو عن طريق القيام بعمليات بالنيابة عنهم "[3].

يعتبر البنك متدخلا في شؤون الزبون عندما يحصل التدخل في إدارة المؤسسة أو حالة رغبته في معرفة مصير الأموال المسجلة في حساباته (الزبون).

ومنه فإن هذا المبدأ مقرر لمصلحة الزبناء ومصلحة البنك أيضا، فبالنسبة للزبناء فهو مقرر لحمايتهم من تدخل البنك في أعمالهم الخاصة، وإعطائهم الحرية في التصرف فيها، فلايتدخل هذا الأخير لمنع الزبون من القيام بعمليات غير قانونية أو رفض تنفيذ العمليات التي قدمها زبونه إليه على أساس أنها غير مناسبة.

أما بالنسبة للبنك فهو يحميها من دعاوى المسؤولية التي قد ترفع ضدها حالة ترتب الضرر للزبون أو للغير.

---

[1] نعيم مغبغب، **مبدأ عدم مسؤولية المصرف في توزيع الاعتمادات وإستثناءاته (دراسة في القانون المقارن)**، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 176.

[2] Jérôme la cotte, " quelles limites au devoir de non-ingérence de la banque? ", revu banque et droit, Mai, Jun 1999, p 10 65.

[3] Bourdallé Nicole, cap de ville Jérôme Lasserre, " le développement jurisprudentiel de l'obligation de mise en garde du banquier" , cahier de recherche N05, groupe école supérieure de commerce de Pau, France, décembre, 2005, p07.

وللبنك التأكد من صحة العمليات التي يقدم عليها الزبون وكذا فحصها والتأكد فيما إذا كانت تحمل عيبا ظاهرا.

ثانيا: أساس مبدأ عدم التدخل في شؤون الزبون.

تعددت الآراء وكثرت الإنتقادات حول هذا المبدأ وإنقسم الفقهاء إلى مؤيد ومعارض لها وتتلخص الآراء في:

إلحاقه أولا بمبدأ السرية المصرفية حيث يتعين على البنك إحترام سرية أعمال زبونه وعدم التدخل فيها، وانتقد هذا الرأي على أساس أنه وضع لفائدة الزبون فحسب أما مبدأ عدم التدخل فيحمي البنك ويعفيه من المسؤولية وكذا من إلتزامات جديدة ترهق كاهله.

أما الرأي الثاني فقد إستقر على إلحاقه لمبدأ إحترام الحياة الخاصة المكرس دستوريا كما سبق وذكرنا، أما أصحاب الرأي الثالث فقد أكدوا على أن أساس الإلتزام هو أحكام عقد الوديعة، وذلك من خلال مبررات أهمها: عدم وجود أي قاعدة في القانون تفرض على المودع لديه أن يبادر تلقائيا بالتحقق من هوية المودع أو حقوقه على العمليات التي تتم عن طريق حسابات زبائنها.

أخيرا إستقر الرأي الرابع على أن أساس الإلتزام هو القواعد العامة للمسؤولية ومنه بمجرد إخلال البنك لهذا الإلتزام تقوم مسؤوليته.

مانستخلصه من الآراء السابقة، أن إقرار مبدأ عدم التدخل في شؤون الزبون يهدف إلى تحديد مسؤولية البنك تجاه زبونه فيضمن من جهة حرية الزبون في التصرف في أعماله دون تدخل من البنك، ومن جهة أخرى يضمن عدم إقحام البنك في مجالات ليست من اختصاصه مما قد يرتب مسؤوليته أمام الغير أيضا.

ومنه فإن هذا المبدأ يجد أساسه في الآراء السابقة مجتمعة.

ثالثا: نطاق مبدأ عدم التدخل في شؤون الزبون.

لقد أثارهذا المبدأ إشكالية حول مجال تطبيقه ومدى عموميته، فلقد طبق هذا الأخير على وجه الخصوص بشأن الحسابات البنكية و مختلف الخدمات المرتبطة بها أما فيما يتعلق بمجال القروض فبالرغم من أن الإلتزام بالإستعلام الملقى على

عاتق البنوك و الذي يجعل لامبرر من وجود هذا المبدأ إلا أنه هناك حالات لايطبق عليها فالبنك مثلا غير ملزم بمراقبة أوجه إستعمال القروض التي يمنحها لزبائنه، وبالتالي لا يكون مسؤولا عن الإستعمال السيئ لها.

أما فيما يتعلق بمدى عمومية هذا المبدأ فهو غير مطلق و له حدود تقف عند إلتزامه بتقديم النصيحة للزبون ما عدى الحالات التي يسمح بها للبنك بمراقبة أعمال زبونه بموجب القوانيين و الأعراف المصرفية أو عندما يتم تخصيص الاموال المقترضة لإستثمارها في مجال محدد.

وهناك بعض الاستثناءات التي أشار إليها الفقه والقضاء بهذا الشأن أهمها وجود انحراف ظاهر في العملية المصرفية أي لامسؤولية على البنك في حالة الإضرار بالزبون أو الغير حتى ولو كان الخلل هو المتسبب به، من جهة أخرى إذا تبين للبنك وجود انحراف ظاهر في العملية التي يريد الزبون القيام بها سواء ماديا أو معنويا، يتعين عليه التدخل لمنعها ومنه يقع عليه إلتزام بالحذر[1].

والإستثناء الثاني هو معرفة البنك بالتخصيص الخاص للأموال: فإذا حول الزبون وجهة التخصيص الخاص للأموال المقترضة، ونتج عن ذلك ضرر لحق به أو بالغير تثار مسؤولية البنك هنا، لعلمه المسبق بالتخصيص الخاص، وبالتالي وجب عليه مراقبة إحترام الزبون للوجهة المخصصة وهنا يستبعد مبدأ عدم التدخل، فعلى البنك مراقبة إستثمار الأموال المقترضة للزبون للتأكد من تنفيذها طبقا للهدف المخصص لها، هذا عندما يتعلق الأمر بتخصيص الإئتمان الممنوح لغرض معين.

أما الإلتزام الأخير، فهو إلتزام البنك بالرقابة وقد أكدّ القضاء على ضرورة البنك مراعاة الإطمئنان إلى سير الحساب سيرا سليما من الناحية الشكلية فإذا طرأ عليه مايلفت النظر إلى أن هناك إجراء شاذ وجب عليه التأكد من أن سببه مشروع والمراقبة هنا وجب أن تكون معتدلة لا تصل إلى حد التدخل.

[1] عائشة زرواق، مرجع سابق، ص335.

المبحث الثاني

حماية الزبون من الشروط التعسفية التي يمكن أن يفرضها البنك.

يجري الإنسان في الحياة اليومية عدة عقود في مختلف المجالات لسد احتياجاته وهذه العقود تحكمها قواعد وتنظمها تكون مقننة في التشريعات الحديثة والأحكام الخاصة.

ويعتبر عقد الإذعان من العقود المستحدثة التي جاءت وليدة التطور الصناعي والاقتصادي، حيث تختص المؤسسات والشركات الكبرى في إبرامه، فهذا النوع من العقود يمس السلع والخدمات الضرورية للحياة الحديثة التي لايمكن الإستغناء عنها كعقود العمل والتأمين والنقل، والمستهلك هنا يجد نفسه مضطرا لعقدها مهما كانت الشروط الوارد فيها دون أي مناقشة فينعقد العقد، أو يرفضها فلا ينعقد، وبذلك تتسبب في الكثير من الضرر للمستهلك، وذلك نتيجة لما تنطوي عليه من شروط تعسفية وللإشارة هناك العديد من الأساليب التي تسمح بمكافحة الشروط التعسفية الموزعة بين أحكام القواعد العامة والقانون 04-02المتعلق بالممارسات التجارية وكذا المراسيم التنظيمية المكملة له والتي تساهم في حماية الزبون من المحترف الذي يتمثل في البنك الذي يبرم عقود إذعان تتخللها شروط تعسفية (المطلب الأول) ثم كيفية التصدي لها (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

العقد البنكي عقد إذعان.

تعدّ العقود البنكية من عقود الإذعان إذ ينفرد البنك بوضع شروطها ويتمتع بسلطة تعديلها أو إلغائها.

في المقابل الزبون المتعاقد معه ليس له سوى قبول أو رفض تلك الشروط، دون إمكانية مناقشتها أو التفاوض بشأنها تتسم هذه العقود بإختلال في التوازن العقدي بين البنك والزبون ومنه فمن البديهي أن تكون هذه العقود مجالا خصبا للشروط التعسفية[1].

[1] كريمة تدريست، **الحماية القانونية للمستهلك في العقود البنكية**، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، العدد 01، المجلد 15، 2017، ص 237.

ويقصد بعقد الإذعان بمفهوم المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 06-306المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية وكذا المادة 04 من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية بأنه: " كل إتفاق أو إتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا بين أطراف أحد أطراف الإتفاق مع إذعان الطرف الآخر ولايمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه "، ومنه فإن الإتفاق الذي يرد فيه شرط لايقبل المناقشة يعد تعسفيا ومن شأن هذا التعسف أن يؤدي إلى إختلال التوازن العقدي[1].

ولهذا سنتطرق إلى مفهوم الشروط التعسفية (فرع أول) ثم نعرج إلى معايير تحديدها في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الشروط التعسفية.

في ظل المتغيرات الإقتصادية والاجتماعية الحديثة وما نجم عنها من تركز قوى الإنتاج بشكل إحتكاري بيد عدد محدد من الأشخاص بالإضافة إلى التقدم والتعقيد في الطابع الفني للسلع والخدمات جعل المستهلك يجهل حتى كيفية إستعمالها والمحافظة عليها وإدراك مخاطرها بالإضافة إلى ظهور صيغ تعاقدية جديدة لم تكن معروفة من قبل كالعقود النموذجية[2] التي ينفرد الطرف القوي بصياغتها بعيدا عن الرقابة ومنه تم فرض شروط تعسفية على الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية ألاّ وهو المستهلك.

أولا: تعريف الشروط التعسفية.

سنتطرق إلى كل من التعريف التشريعي والفقهي والقضائي للشروط التعسفية.

أ. التعريف التشريعي.

[1] سميحة بداوي، مروى صدراتي، **الشروط التعسفية في ظل قانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية**، مذكرة لإستكمال متطلبات شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، جامعة محمد البشير الإبراهيمي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2020.2019، ص02.

[2] عادل بوجملين، **مسؤولية العون الإقتصادي عن الممارسات المقيدة للمنافسة**، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص77.

غالبيـة التشـريعيات العالميـة لـم تحتـوي قوانينهـا المدنيـة علـى تعريـف هـذه الشـروط حيـث أنهـا عرفـت بموجـب قـوانين خاصـة بحمايـة المسـتهلك ومـن بـين هـذه التشـريعات التوجيـه التشـريعي الأوروبـي رقـم 13 الصـادر فـي 15 أفريـل 1993 بشـأن الشـروط التعسـفية فـي العقـود المبرمـة مـع المسـتهلكين، فقـد نصـت المـادة 3 فقـرة 01 علـى أن الشـرط التعسـفي هـو: " الشـرط الـذي يـرد فـي العقـد وينطـوي علـى تفـاوت جلـي خلافـا لمـا يقضـي بـه حسـن النيـة وهـو ضـد مصـلحة المسـتهلك حيـث بـين حقـوق طرفيه وإلتزاماتهما على حساب المستهلك "[1].

أمّـا المشـرع الفرنسـي فقـد عرفهـا علـى أنّهـا العقـود المبرمـة بـين المحتـرفين وغيـر المحتـرفين أو المسـتهلكين قـد تكـون محظـورة أو محـددة أو منظمـة، متـى يظهـر أن هـذه الشـروط مفروضـة علـى غيـر المحتـرفين أو المسـتهلكين بواسـطة إسـتعمال النفـوذ الإقتصادي للطرف الآخر الذي يمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة[2].

أمـا بالنسـبة للمشـرع الجزائـري فإنّـه علـى غـرار بـاقي التشـريعات لـم يتنـاول تعريـف الشـروط التعسـفية فـي نصـوص القـانون المـدني وإنمـا تطـرق إليهـا فـي بـادئ الأمـر بموجـب المـادة 03 فقـرة 05 مـن القـانون 04-02 والتـي جـاء فيهـا مـايلي: " الشـرط التعسـفي هـو كـل بنـد أو شـرط بمفـرده أو مشـتركا مـع بنـد واحـد أو عـدة بنـود أو شـروط أخـرى مـن شـأنه الإخـلال الظـاهر بـالتوازن بـين حقـوق وواجبـات أطـراف العقـد "ـ ثـم فصّـل المشـرع فـي الممارسـات التعاقديـة التعسـفية بموجـب نـص المـادة 30 مـن نفـس القـانون 04-02السـالف الـذكر، حيـث جـاء فـي نـص المـادة 30: " بهـدف حمايـة المستهلك وحقوقه يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم".

ب. التعريف الفقهي للشروط التعسفية.

[1]A directive n^0 93/13/ CEF du conseil, du 5 avril01993, concernant les clauses abusives dans les contrat conclus les consommateurs, article 03.

[2] Loi n ^{0} 78/23 du janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, article n^0 35.

رغم تعدد التعريفات إلاّ أنها جميعا تهدف إلى تعريف المستهلك فهناك تعريفات تعتمد على أطراف العلاقة التعاقدية وهناك من الفقه يركز على أثر الشروط التعسفية على العلاقة التعاقدية.

1.التعريف من حيث أطراف العلاقة التعاقدية.

يقصد بالشرط التعسفي في عقود الإستهلاك عموما بأنه ذلك الشرط الذي يترتب على وجوده عدم توازن واضح بين حقوق طرفي العقد (المتدخل والمستهلك) وإلتزاماتهم لصالح الطرف الأول الذي يستخدم نفوذه الإقتصادي ويأتي نتيجة لذلك بميزة مجحفة على حساب المستهلك".

2.التعريف من حيث طريقة فرضه:

" هو الشرط المحرر سابقا من جانب ذوي النفوذ الإقتصادي والذي يخول ميزة مجحفة للطرف الآخر "، وأيضا هو: " الشرط المخالف لمبدأ حسن النية الذي يكون في غير محصلة المستهلك ويؤدي إلى عدم توازن واضح بين حقوق وإلتزامات الأطراف المترتبة عن العقد "[1].

وعليه وكنتيجة لكل ماسبق فإنه بإسقاط كل التعريفات على العقد البنكي نجد أنه عبارة عن عقد إذعان غالبا مايكون معد مسبقا من قبل البنك، مشتمل للشروط الضابطة في العقد ومحددة لإلتزامات أطراف العلاقة التعاقدية (البنك والزبون) وكثيرا مايوقع الزبون على تلك العقود التي يكون من بين بنودها بند يفيد أنه إطلع على شروط معينة وأنه قبلها في حين لم يطلع عليها فعلا، أو أنه لم يفهم المراد منها ومن ثم يعدّ هذا الشرط شرطا تعسفيا[2].

أي أن التعاريف السابقة إستغلت معيار القوة الإقتصادية التي يتمتع بها الطرف المهني في التأثير على الزبون المتعاقد معه ومنه ضمنيته في تحديد مفهوم للشرط التعسفي الذي يؤدي إلى إخلال في الإلتزامات المتقابلة للطرفين، فغالبا

[1] وليد لعوامري، **الشروط التعسفية وآليات التصدي لها في القانون الجزائري**، مجلة الشريعة والإقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، كلية الشريعة والإقتصاد، جامعة قسنطينة 01، العدد 5، المجلد 03، 2014، ص262- 263.

[2] كريمة تدرسيت، مرجع سابق، ص 243.

مانجد الشروط التعسفية مجالا للتطبيق في العقود المصرفية التي يتولى إعدادها مختصون يتسمون بالتفوق الاقتصادي والكفاءة الفنية.

ج. التعريف القضائي للشرط التعسفي.

بالرجوع إلى القضاء لانجد مايمكن من خلاله إستخلاص موقفه حول تحديد مفهوم الشرط التعسفي ولعلّ السبب في ذلك راجع إلى كون المشرع الجزائري تطرق إلى تحديد هذه المفاهيم ولم يترك المجال للقضاء، غير أنّ المشرع الجزائري أعطى الحق للقاضي في تقدير الطابع التعسفي للشرط وذلك من خلال المادة 110 من القانون المدني التي تنص: " إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروط تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وفقا لما تقضي به العدالة "[1].

ثانيا: عناصر الشرط التعسفي.

من التعريفات السابقة للشروط التعسفية نستخلص أنه لوصف شرط أو بند بأنه تعسفي، ينبغي أن تتوافر فيه الشروط أو العناصر التالية:

1.أن يوجد عقد إستهلاكي.

2.أن يكون العقد مكتوبا.

3.أن يكون أحد طرفي العقد مستهلكا.

أن يؤدي الشرط أو البند الوارد في عقد الإذعان إلى إخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد[2].

ثالثا: صور الممارسات التعسفية.

نصت المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين والبنود التعسفية، على البنود التي تعتبر تعسفية، كما نصت المادة 29 من القانون 04-02 على بعض الصور التي يمارسها

[1] المادة 110 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395، النتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بموجب القانون 07-05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428، الموافق لـ 13 ماي 2007.

[2] مريم بوخطيش، إبتسام عمارة، **حماية المستهلك من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في قانون الأعمال، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016، ص 28.

المهني والتي ينتج عنها اختلال في التوازن العقدي ويظهر المستهلك كطرف ضعيف ليس بيده إلا الخضوع أو الرفض الكامل للتعاقد ويمكن إجمال هذه الصور فيما يلي:

أ. وجود إختلال في الإلتزامات المتقابلة.

يتجسد هذا الإختلال من خلال مانصت عليه الفقرة الأولى من المادة 29 من القانون 04-02، حيث يأخذ البائع حقوقا و/أو إمتيازات لاتقابلها حقوقا و/أو إلتزامات متماثلة للمستهلك، حيث أن هذا الأخير يبدو طرفا ضعيفا في مواجهة البائع الذي يستقل وحده بصياغة بنود العقد، ويضمنها مايشاء من الشروط التي تخدم مصلحته ويقدمها جاهزة للمستهلك الذي لايملك إلا أن يوافق عليها وأن يقبل مابها من شروط مجحفة.

ب. التفرد بتعديل شروط العقد وآثاره.

بالإضافة إلى فرض إلتزامات على المستهلك ووضع الشروط المتوافقة مع مصلحته، فقد يعمد المهني أيضا إلى إستخدام سلطته ونفوذه عن طريق التفرد بتعديل عناصر العقد دون أن يوافق المستهلك على ذلك، كما قد يقدم على التفرد بتعديل شروط العقد، وبذلك يظهر الطابع التسلطي والتحكمي الذي يمارسه المهني في هذه الحالة.

ج. رفض حق المستهلك في فسخ العقد.

إنّ حق فسخ العقد هو حق مشروع ممنوح لكل متعاقد، في حالة عدم تنفيذ الطرف الآخر لإلتزامه طبقا للقواعد العامة حيث نصت المادة 119 فقرة 01 من القانون المدني على أنّه في العقود الملزمة لجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بإلتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتغيير العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا إقتضى الحال إذ أن قطع ذلك.

د. تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية.

إن التهديد بقطع العلاقة لمجرد رفض الخضوع لشروط غير متكافئة يعد من قبيل الإكراه الذي يؤدي إلى بطلان العقد، وهذا مانصت عليه المادة 88 فقرة 01 من القانون المدني: " يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق، وهذا ماجعل المشرع في المادة 29فقرة08 يعتبر هذا الشرط

تعسفيا يعاقب عليه المهني في حالة ممارسته على المستهلك إذا قطع العلاقة التعاقدية قد يجلب أضرارا مادية لهذا الأخير، ممايجبره على القبول بالشروط غير المتكافئة المعروضة عليه وفي هذا إهدار واضح للتوازن العقدي ومبدأ حرية التعاقد[1].

الفرع الثاني: معايير تحديد الشرط التعسفي.

لقد تبنى المشرع الجزائري معيارا واحدا لتحديد الشرط التعسفي وهو الإخلال الواضح بين حقوق والتزامات أطراف العقد، وهو ماسار عليه المشرع الفرنسي في اتجاهه الحديث، إلاّ أن هناك معيارين سابقين كان يأخذ بهما المشرع الفرنسي، ولهذا سنتطرق إليهما لتبيان مدى أهميتهما في تقدير الشرط ثم التطرق إلى معيار الإخلال الظاهر.

أولا: معيار التعسف في إستغلال النفوذ الإقتصادي.

يرى البعض بأن الوضع المسيطر للمهني يساعده في الحصول على شروط ملائمة له بصورة مبالغ فيها، غير أن هذا المعيار تعرض لانتقاد شديد لأن النفوذ الاقتصادي يمكن لأي طرف في موضع قوة أن يمارسه على الطرف الضعيف، كما أن السيطرة الفنية والتقنية هي التي تسمح للمحترف بأن يفرض شروطا تعسفية على المستهلك، كذلك التحضير المسبق للعقد والذي دائما مانجده في العقود البنكية يعتبر تعسفا، حيث أن الزبون لايكون أمامه أي خيارات فإما أن يتعاقد أو يرفض، فالنفوذ والتفوق التقني للبنك يجعل الزبون الذي في حاجة إلى إبرام العقد يوافق رغم الشروط المجحفة أحيانا، هذا ما يجعل البنك يحصل على الميزة الفاحشة.

ثانيا: معيار الميزة المفرطة.

يقصد بالميزة المفرطة عدم التوازن بين الإلتزامات المترتبة على العقد، إما من خلال المبالغة في تعداد الإلتزامات الملقاة على عاتق المستهلك أو عن طريق الانقاص أو التخفيف من إلتزامات المهني، مع الأخذ بعين الإعتبار المنفعة التي حصل عليها المهني نتيجة الشرط الوارد بالعقد.

[1] نعيمة بوكلا، **حماية المستهلك من البنود التعسفية**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014، ص 12-14.

إلاّ أن هذا المعيار قد لاقى العديد من الإنتقادات من الفقهاء نظرا للغموض الذي يكتنفه، فهو لم يحدد مقدار الميزة المفرطة، كما أنه لم يحدد طبيعتها أهي ذات طابع مالي أو معنوي أو كليهما معا، لهذا ينظر إليها الفقه بحسب الأثر الذي تخلفه في العقد، وهو عدم التوازن بين الحقوق والإلتزامات بين طرفيه لهذا وجب تقدير المنفعة التي تحصل عليها المهني جراء العقد المتضمن لشرط تعسفي وغيره من العقود الأخرى المرتبطة به[1].

ثالثا: معيار الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي.

اعتبر بعض الفقه أن معيار الاختلال الظاهر بين حقوق وإلتزامات الطرفين الذي تبناه المشرع الفرنسي والمشرع الجزائري ضمن القانون 04-02 هو في الحقيقة معيار الميزة المجحفة الناتج عن إستغلال القوة الاقتصادية، وأنّ التعريف الجديد بمعياره الحالي هو ذاته التعريف القديم بمعياريه السابقين وإن اختلفت الألفاظ والمصطلحات، وذلك أن أثر الشرط التعسفي يؤدي إلى حصول أحد المتعاقدين على ميزة فاحشة مقارنة بالمتعاقد الآخر وتتجسد هذه الميزة بطبيعة الحال في عدم التوازن بين الحقوق والإلتزامات المترتبة عن العقد[2].

من خلال ماتم التعرض إليه حول معايير تحديد الشرط التعسفي يمكن إستنباط إمكانية تطبيقها على العقود المصرفية، وذلك كمايلي:

- أنّ الشرط التعسفي لايقتصر على عقد معين بذاته بل يمكن أن يرد على جميع العقود، والتي من بينها العقود المصرفية، خاصة وأن هاته الأخيرة تتميز بإنفراد البنك بوضع شروط محددة سلفا ولايكون أمام الزبون إلاّ الإذعان لها أو رفضها.
- أنّ الشرط التعسفي غالبا مايكون مفروضا من جانب الطرف القوي وهذه القوة التي يتمتع بها المهني إما تكون اقتصادية أو قانونية أو فنية أو معرفية.
- إنّ الشرط التعسفي يؤدي إلى حصول البنك على ميزة مفرطة يترتب عليها عدم التوازن في الأداءات المفروضة على طرفي العقد، ولايتعلق الأمر بنوعية الخدمة

[1] عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص 405-406.

[2] سميحة بداوي، مروى صدراتي، مرجع سابق، ص 26.

المقدمة للزبون فحسب وإنما يتجاوز ذلك إلى المبالغة في الشروط الملقاة على عاتق الطرف الضعيف القابل للشرط[1].

المطلب الثاني:

التصدي للشروط التعسفية.

بقصد إعادة التوازن في العقد البنكي الذي يكون مشتملا على شروط تعسفية، يتم البحث عن إمكانية التصدي لهذه الشروط بالاعتماد على الحماية التشريعية (الفرع الأول) ثم بيان الإمكانية التي منحها المشرع للقاضي عبر الحماية القضائية في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الحماية التشريعية.

نظرا لطبيعة العلاقة بين البنك وزبونه والتي قد تؤدي إلى اختلال في التوازن العقدي بسبب التفاوت بين الطرفين وجب البحث عن كيفية التصدي لهذا الإختلال من خلال القواعد ثم التطرق للقواعد الخاصة.

أولا: الحماية المقررة في القواعد العامة.

كما ذكرنا سابقا فالمشرع الجزائري قد تناول الشروط التعسفية في القانون المدني ومنها ما أسندها إلى عيوب الرضا.

- **نظرية عيوب الرضا.**

الرضا أساس كل عقد لكن إذا شابه عيب جاز للطرف الذي تعيب إرادته طلب إبطال العقد فمثلا عند الغلط المشرع نص على أنه لايمكن التمسك بالغلط لإبطال العقد إلاّ إذا كان الدافع للتعاقد أي كان الغلط جوهريا وكما ذكرنا مسبقا الإبطال يكون بشروط نصت في المادة 82 قانون مدني، ويمكننا ربط الغلط بالإعلام حول شروط العقد التي قد تكون سببا في وقوع الزبون في غلط يمكنه التمسك به.

أما فيما يتعلق بالتدليس فإن كتمان البنك لمعلومات كان يجب أن يعلمها الزبون قبل التعاقد يعد تدليسا احتياليا وللزبون الحق في إبطال العقد متى أثبت أن

[1] عائشة زرواق، مرجع سابق، ص 199.

المعلومة قد تؤثر في تعاقده معه، وأن البنك يدرك ذلك لكنه يكتم المعلومة لدفعه للتعاقد.

كذلك تطرق لنظرية الإستغلال والإكراه لكن تبقى هذه الحماية دائرة تأثيرها ضيقة والبعض الآخر من النظريات لايمكن تصور تأثيره مطلقا.

ثانيا: الحماية المقررة في القواعد الخاصة.

لقد سنّ المشرع الجزائري أحكام قانونية خاصة لحماية الطرف الضعيف في العقد.

الحماية الواردة ضمن القانون 04-02 والمرسوم التنفيذي 06-306.

لقد أورد المشرع الجزائري في المادة 29 من القانون 04-02 قائمة من الشروط التعسفية " تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:

1. أخذ تفوق و/أو إمتيازات لاتقابلها حقوق و/أو إمتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك.

2. فرض إلتزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد.

3. إمتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتوج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك.

4. التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في إتخاذ قرار البنت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية.

5. إلزام المستهلك بتنفيذ إلتزاماته دون أن يلزم نفسه بها.

6. رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بإلتزام أو عدة إلتزامات في ذمته.

7. التفرد بتغيير آجال تسليم المنتوج أو آجال تنفيذ الخدمة.

8. تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة".

هـذه الشـروط التعسـفية وردت علـى سـبيل المثـال لا الحصـر، أي هنـاك شـروط أخـرى قد تكون تعسفية وبذلك فرض حماية أكبر للمستهلك.

أمـا بخصـوص المرسـوم التنفيـذي 06-306 فقـد أورد شـروط أخـرى تعسـفية، وبذلك سهل عبء الإثبات الواقع على الزبون المستهلك.

كـذلك قـد نـص المشـرع الجزائـري علـى تكـوين لجنـة البنـود التعسـفية التـي تتكفـل بالبحـث عـن كـل البنـود التعسـفية، الموجـود فـي كـل العقـود المطبقـة مـن طـرف الأعـوان الإقتصـاديين، وتقـوم بصـياغة توصـيات تبلـغ إلـى وزيـر التجـارة والمؤسسـات المعنيـة، وقـد حـدد المشـرع بعـض العناصـر التـي يجـب إيرادهـا ضـمن العقـود لتـوفير حمايـة أكبر له زبون المتعامل مع المحترف.

ثالثـا: الحمايـة المكفولـة للزبـون بموجـب قـانون النقـد والقـرض والأنظمـة البنكيـة المطبقة له.

لقـد فـرض المشـرع مجموعـة مـن الإلتزامـات علـى عـاتق البنـك والتـي بإمكانهـا الحد من تعسف البنوك في فرض شروطها على الزبون.

أ. العرض المسبق.

نـص المشـرع فـي الفقـرة الثالثـة مـن المـادة 119 مكـرر 01 مـن قـانون النقـد والقـرض علـى أنـه: " يجـب أن تسـتوفي عـروض القـروض مطلـب الشـفافية وتشـير بوضوح لكل الشروط المتعلقة بها ".

لقـد أولـى المشـرع إهتمامـا بالغـا بـالعرض المسـبق الـذي يقدمـه المهنـي المحتـرف المتعاقد معـه حيـث ألـزم المقـرض بتبيـان كـل مـايتعلق بموضـوع القـرض بمـا فيهـا نسـبة الفوائد الإجمالية لكن لم ينص على مدة هذا العرض.

ب. مهلة التفكير.

ونعنـي بـه إمكانيـة العـدول وهـو حـق المسـتهلك فـي إرجـاع سـلعة أو رفـض خدمـة خـلال مـدة معينـة يحـددها القـانون دون إبـداء أي مبـررات مـع إلتـزام التـاجر أو مقـدم الخدمـة بحسـب الأحـوال بـرد قيمتهـا، مـع تحمـل المسـتهلك مصـروفات الرجـوع

فقط، وذلك رغبة تحقيق التوازن بين مصالح أطراف العلاقة التعاقدية نظرا للتفاوت بينهما سواءا من الناحية المصرفية والاقتصادية.

ومنه إذا أبرمت العقود تبعا لماتنص عليه القواعد القانونية تكون لها قوة ملزمة اتجاه الأطراف وبذلك يصبح العقد نافذا لايجوز إلغائه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين خلافا لذلك العقد المصرفي يكون العدول حقا للزبون مما يرتب فسخ العلاقة التعاقدية بين الطرفين وإرجاع الحالة إلى ماكانت عليه قبل النعاقد دون أن يشمل الزبون أي تبعات مالية يمكن أن يفرضها عليه البنك باستثناء تلك المتعلقة بفتح الحساب، كذلك لايلتزم بتقديم أسباب العدول عن العقد.

الفرع الثاني: الحماية القضائية.

بالرجوع إلى القواعد العامة يتضح أنّ المشرع منح للقاضي سلطة استثنائية للتدخل في العقود المبرمة بين الأطراف، هذه السلطة تتعلق إما بتفسير العقد حالة تضمنه بنودا يتكللها بعض الغموض أو تعديل ماورد في العقد حيث نصت المادة 110 من القانون المدني على أن: " إذ تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدّل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك ".

أولا: إبطال العقد.

لما كانت العقود البنكية لها صبغة فنية ويستخدم فيها ألفاظ ومصطلحات استقرت في العمل البنكي على معاني معينة قد لاتتفق مع معناها اللغوي، يكون من الصعب على الزبون المستهلك المتعاقد مع البنك أن يفهمها وأن يدرك جميع تفصيلاتها، ويكون من السهل أن يقع في غلط يؤثر على إرادته التعاقدية، لذلك يمكنه طلب إبطال العقد للغلط كما تقرره القواعد العامة، و في هذا تنص المادة 81 من القانون المدني:" يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله".

غير أن إبطال العقد للغلط يستوجب توافر شروط معينة نص عليها القانون ذاته في المادة 82 :"يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد و لو لم يقع في الغلط.

يعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة الشيئ يراها المتعاقدان جوهرية أو يجب إعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية.

إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، و كانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد".

فلما كان الغلط هو أمر نفسي،وجب لإستقرار التعامل ألا يستقل به المتعاقد الذي وقع في الغلط بل لابد أن يتصل بالمتعاقد الأخر حتى يمكن الإعتداد به.[1]

لذلك يشترط في الغلط الذي يعيب الإرادة أن يكون جوهريا، وبالتالي يقع على عاتق الزبون المستهلك الذي يرغب في إبطال العقد البنكي لوقوعه في الغلط أن يثبت توافر الشروط المذكورة.

من ناحية أخرى قد يقع الزبون المستهلك ضحية تدليس إحتيالي من البنك ويكون ذلك بإستعمال هذا الأخير لحيل تولد في نفس الزبون غلط يدفعه إلى التعاقد، فيجوز للزبون في هذه الحالة طلب إبطال العقد للتدليس كما تقرره القواعد العامة، إذا تنص الفقرة الأولى من المادة86 قانون مدني على أنه:"يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد".

يشار إلى أنه لايشترط في التدليس أن تكون الطرق الإحتيالية المستعملة أعمالا إيجابية،بل يمكن أن يكون العمل الإحتيالي سلبيا محضا، فيكفي مجرد الكتمان طريقا إحتياليا و إن كان الأصل أن الكتمان لايكون تدليسا،إلا إن هناك أحوال يكون فيها أمر من الأمور واجب البيان، فيلتزم المتعاقد الذي يعلم هذا الأمر

[1] كريمة تدريست،مرجع سابق،ص247-248.

بالإفضاء به ويعد تدليسا منه أن يكتمه[1]، وهو ما أشار إليه المشرع في نص الفقرة الثانية من المادة ذاتها.

على هذا الأساس فإن كتمان البنك لمعلومات كان يجب أن يعلمها الزبون المتعاقد معه قبل التعاقد، يعد تدليسا إحتياليا سلبيا، يعطي للزبون الحق في طلب إبطال العقد بشرط إثباته أن المعلومة التي كتمها البنك تؤثر في تعاقده،وأن البنك يدرك ذلك ويعلم أن الزبون المتعاقد معه يجهل تلك المعلومة، مع ذلك يكتمها عنه فيحمله إلى التعاقد.

مع ذلك جدير بالإشارة إلى أن التمسك المستهلك بإبطال العقد للغلط أو التدليس على النحو المبين، قد لا يكون مجديا من الناحية الواقعية، فالمستهلك الذي يقدم على التعاقد مذعنا بسبب حاجته الماسة لخدمة تسد حاجياته، سيتردد في طلب إبطال العقد خشية حرمانه من تلك الخدمة، حتى ولو كان هذا العقد مشتملا على شروط تعسفية لذا فإن المستهلك يفضل الإستمرار في العقد و الإستفادة من الحماية التي قررها المشرع بالإلغاء أو التعديل،أي إبطال مفعول الشرط التعسفي وحده دون العقد.

ثانيا: إمكانية تعديل الشروط التعسفية أو إلغائها.

خوّل المشرع للقاضي سلطة إزاء الشروط التعسفية في عقود الإذعان، حيث أقر حسب المادة 110 من القانون المدني والسالفة الذكر أنه للقاضي تعديل الشروط التعسفية بل وحتى إلغائها إذا إقتضت ذلك مصلحة الطرف المذعن، فيكون له تعديلها حتى وإن كان الشرط التعسفي المعدل يتسم بالدقة والوضوح، وله أن يلغيها أي يعفي الطرف المذعن من الشرط التعسفي إذ رأى أن الإبقاء عليه من شأنه التأثير على توازن العقد وهكذا يظهر أن المشرع قد منح للقاضي سلطات في

[1] عبد الرزاق أحمد السنوهري، **الوسيط في شرح القانون المدني**،ج1،نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، دار إحياء التراث العربي بيروت، ص 322.

مجال عقود الإذعان تخالف القاعدة المستقر العمل بها في مجال العقود التي تفيد أن العقد شريعة المتعاقدين رغبة في حماية الطرف المذعن في مثل هذه العقود[1].

إلى جانب الحماية التي وفرها المشرع للطرف المذعن في العقد لموجب القواعد العامة، جاء القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، سابق الذكر، مشتملا لأحكام ترمي إلى تحقيق الهدف ذاته، فبعد أن حدد الممارسات التعاقدية التعسفية من خلال نص المادة 29 منه، نص في المادة 30 أيضا قد فرض المرسوم التنفيذي 06-306 السالف الذكر بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد، ففي حالة ما إذا إشتما عقد الإستهلاك كالعقد البنكي المبرم مع الزبون المستهلك على أي من هذه البنود سيتم منع العمل بها.

ثالثا: تفسير شروط العقد.

لم يقتصر المشرع الجزائري في حمايته للزبون على تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية بل تعدى ذلك إلى منحه سلطة للقاضي لتفسير الشك لمصلحة الطرف المدينتتحصر سلطة القاضي في تفسير شروط العقد في الشروط التي تتضمن عبارات غامضة بشرط ألا يكون تفسيرها ضارا لمصلحة الطرف المذعن، والعقود البنكية كثيرا ما تتضمن هذا النوع من العبارات. وفي هذه الحالة يكون للقاضي الحق في تأويل العبارات وتفسيرها لاستنباط الإرادة المشتركة للمتعاقدين دون التقيد الحرفي بالألفاظ الواردة في العقد.

يتحقق هذا الغموض إما من الإبهام والتناقض أو عدم التوافق بين شروط عديدة، ويتحقق أيضا بسبب النقص أو عدم فهم مصطلح بتعبير ما بسبب اللغة التي تم تحرير العقد بها أو بسبب استخدام مصطلحات فنية يصعب فهمها على المتعاقد غير المتخصص وكثيرا مانجد ذلك في العقود المصرفية التي غالبا إن لم نقل دائما ماتكون مصطلحاتها المستخدمة غامضة لاسيما بالنسبة للزبون غير المهني.

[1] محمد أمين سي الطيب، **الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك: دراسة مقارنة**، مذكرة لنيل شهادة الماجستر في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2007-2008، ص42.

كما يمكن أن يتحقق الغموض عند عدم النص على عبارة مهمة أو شرط مهم في العقد كمعدل الفائدة مثلا حيث جاء في أحد قرارات المحكمة العليا في الجزائر بأن حرمان البنك من فوائد القرض في حالة عدم النص عليها في الإتفاقية المبرمة مع الزبون مخالف للأحكام العامة للعمليات البنكية التي ينظمها قانون النقد والقرض، إذ أن البنوك لا تسدد القروض إلا بالفوائد، هذه الفوائد يحددها بنك الجزائر فالتفسير هنا يخدم مصلحة الطرفين.

بالرغم من الإيجابيات التي تمنحها قاعدة تفسير العبارات الغامضة لمصلحة الزبون إلاّ أنها تبقى غير كافية لتحقيق الحماية المبتغاة لكون التفسير يقتصر على أحد شروط العقد وليس كله وبذلك فإنه لايؤدي بالضرورة إلى إعادة التوازن الكلي إلى العقد.

يتضح مماسبق أنه وبالرغم من تقرير الحماية للزبون عن طريق اللجوء إلى القضاء إلا أن إستناد الأعمال المصرفية على الأعراف كثيرا مايوقع الزبون في التضليل ولذلك وجب اللجوء إلى تقرير جزاء سواءا كان مدنيا أو جزائيا للحد من التعسف في فرض الشروط البنكية[1].

[1] عائشة زرواق، مرجع سابق، ص 236-238.

خلاصة الفصل الأول.

في ختام هذا الفصل، نخلص إلى أن البنك يلتزم في مواجهة زبونة بجملة من الإلتزامات، منها ماهو قبل تعاقدي ومنها ما يقوم أثناء تنفيذ العقد المصرفي حيث يسعى إلى تنفيذها عينا .

وتتمثل الالتزامات قبل التعاقدية في كل من الإلتزام بالإعلام والإلتزام بالنصيحة والتحذير،أما أثناء تنفيذ العقد المصرفي فنجد كلا من الإلتزام بحفظ السر المصرفي و الإلتزام بعدم التدخل في شؤون الزبون .

إن الفقه والتشريع أقروا بعدم كفاية هذه الإلتزامات البنكية لحماية الزبون ، فقد يلجأ البنك الى التعسف في استعمال حقه التعاقدي نتيجة تفوقه على الطرف الآخر.

وبالرغم من عدم إعطاء التشريعات تعريفا دقيقا للشرط التعسفي فإنها منحت القاضي كامل السلطة التقديرية في تحديد طبيعته و شروطه ،وبذلك فقد نجح في

توفير حماية تشريعية وقضائية للزبون المتعاقد واللتان تحققان توازنا عقديا بين اطراف العلاقة التعاقدية البنكية .

الفصل الثاني:

مسؤولية البنك عن إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية.

الفصل الثاني

مسؤولية البنك عن إخلاله بتنفيذ إلتزاماته التعاقدية.

إنّ المسؤولية التي يتعرض لها البنك الأكثر عمومية هي المسؤولية المدنية والتي تخضع للقواعد العامة.

والأصل أن مسؤولية البنك تقوم على أساس الخطأ والضرر وليس على أساس الضرر فقط وبهذا المعنى فإن البنك يسأل عن خطئه الشخصي ولايعتبر مسؤولا إلاّ إذا ارتكب خطأ ونتج عنه ضرر للزبون، وكانت هناك علاقة سببية بين الخطأ والضرر.

غير أن محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 11 يناير 1966 اتجهت عكس الاتجاه السابق وأسست مسؤولية البنك على الضرر فقط، وليس على أساس الخطأ والضرر معا، وقضت بمسؤولية البنك رغم أنه لم يثبت خطئه، وألزمته بتعويض العميل (الزبون) عن الضرر الذي أصابه من جراء قيام البنك بصرف شيك مزور تم توقيعه من طرف العميل.

وبهذا تكون محكمة النقض قد أخذت بالمسؤولية الموضوعية واعتبرت البنك مسؤولا رغم عدم وقوع خطأ منه، فالبنك مسؤول عن الضرر الذي يصيب العميل من جراء نشاطه، ولو لم يكن البنك مخطئا فالبنك مسؤول مادام العميل قد أصابه ضرر من جراء تنفيذ الخدمة، وقد رست محكمة النقض على هذا المبدأ بعد ذلك في أحكامها المتواترة حتى اليوم.

إذا نظرنا إلى مسؤولية البنك نجدها ذات طابع مهني، أي هي مسؤولية خاصة مقارنة بالمسؤولية العامة المعروفة في القواعد العامة، وقد عرفت مسؤولية البنك تطورا ملحوظا من النظام العام للمسؤولية المدنية، ومن النظام الخاص إلى المسؤولية المهنية.

وعلى هذا الأساس سنتطرق إلى القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية للبنك اتجاه الزبون في المبحث الأول ثم نعرج إلى التوجهات الحديثة للمسؤولية المدنية للبنك.

المبحث الأول

القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية للبنك اتجاه الزبون.

يتعرض البنك بإعتباره شخصا معنويا، عند قيامه بعملياته المتعددة سواءا في إطار علاقته مع الزبناء أو الغير الراغب في تحصيل خدماته إلى الوقوع في أخطاء وأضرار يرتكبها تابعيه.

وهذا مايترتب عليه قيام المسؤولية القانونية المتمثلة في المسؤولية المدنية والتي تتحدد بكونها إلتزام شخص بتعويض ضرر ألحقه بالغير سواءا كان هذا الإلتزام محددا في النصوص أو غير محدد.

وتنقسم المسؤولية المدنية إلى شقين أو ضربين فهي إما أن تكون مسؤولية عقدية وهي الإخلال بعقد قائم بين الزبون أو إما تكون تقصيرية تقوم إذا تم الإخلال بإلتزام قانوني عام يوجب عدم إلحاق ضرر بالغير.

وإنطلاقا من هذا قسمنا مبحثنا إلى مطلبين، فنتناول في المطلب الأول: المسؤولية العقدية للبنك، وفي المطلب الثاني المسؤولية التقصيرية للبنك، وأخيرا نعرج إلى جزاء قيام مسؤولية البنك المدنية في المطلب الثالث والأخير.

المطلب الأول:

المسؤولية العقدية للبنك.

عند إخلال البنوك بتنفيذ إلتزاماتها المترتبة عن عقد صحيح مبرم بين العميل والبنك، سواءا بعدم تنفيذها، أو بتأخر أو بتنفيذها بشكل معيب تقوم المسؤولية العقدية، ولا تتحقق هذه الأخيرة في حالة ما إذا أثبت المدين إستحالة تنفيذ العقد، لتدخل سبب أجنبي، وتثبت من جهة في حالة مالم ينفذ المدين إلتزامه، وتعذر عليه في نفس الوقت إثبات السبب الأجنبي.

ولقيام المسؤولية العقدية لابدّ من توافر أركانها وشروطها، ولهذا سنقسم مطلبنا إلى ثلاث فروع، الفرع الأول: تعريف المسؤولية العقدية ، والفرع الثاني: أركان المسؤولية العقدية.

الفرع الأول: تعريف المسؤولية العقدية للبنك.

عند أداء البنك لخدماته المصرفية إتجاه زبائنه، قد يخل بإحدى إلتزاماته التعاقدية وهذا مايترتب عليه مايسمى بالمسؤولية العقدية للبنك، ولهذا سنتناول أولا: تعريف المسؤولية، وثانيا: تعريف المسؤولية العقدية.

أولا: تعريف المسؤولية.

أ. **لغة:** عرّفت المسؤولية لغويا على أنها كل مايتحمله مسؤول تناط بعهدته أعمال تكون تبعة نجاحها وإخفاقها عليه، وهذا مايقتضي حتما أن يكون الإنسان المسؤول إنسانا عاقلا[1].

ب. **التعريف القانوني:** فيراد عموما بالمسؤولية الجزاء الذي يترتب على المرء عند إخلاله بقاعدة من قواعد السلوك، ويختلف هذا الجزاء بإختلاف القاعدة المخل بها[2].

ج. **التعريف الفقهي:** يقصد بها بوجه عام، إقتراف أمر بموجب مؤاخذة فاعلة أو الإتيان بعمل خارج النطاق المسموح به، فمسؤولية الشخص تقوم كونها تبعات لتصرفات غير مشروعة، وتكون هذه الأخيرة كذلك متى كانت مخالفة لواجب شرعي أو قانوني إذا ماألحقت الضرر بالغير[3].

ثانيا: تعريف المسؤولية العقدية للبنك.

تعرّف على أنها جزاء الإخلال بالإلتزامات الناشئة عن العقد، أي عدم تنفيذها أو التأخر في تنفيذها، والمسؤولية العقدية لاتقوم إلا عند إستحالة التنفيذ العيني، ولم يكن من الممكن إجبار المدين على الوفاء بإلتزاماته العقدية عينا.

---

[1] يزيد عربي باي، المسؤولية المدنية للبنك، **مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية**، العدد 03، المجلد 05، 2018، ص 429.

[2] علي الفيلالي، **الإلتزامات – الفعل المستحق للتعويض** –، موفم للنشر، الجزائر، ط03، 2010، ص 06.

[3] مصطفى إبراهيم الزلمي، **موانع المسؤولية الجبائية في الشريعة الإسلامية**، دار وائل، الأردن، 2005، ص12.

فيكون المدين مسؤولا عن الأضرار التي يسببها للدائن من جراء ذلك نتيجة عدم الوفاء بالإلتزامات الناشئة عن العقد[1].

أو يقصد بها بمعنى آخر: " هي جزاء عدم تنفيذ العقد الصحيح، الواجب التنفيذ من قبل النبلاء فهي لاتقوم إلاّ إذا كان هناك عقد مبرم بين طرفين بحيث قصرّ أحدهما في تنفيذ الإلتزامات الملقاة على عاتقه بمقتضى العقد أو لم يقم بالتنفيذ أو قام به على نحو سيء أو في أجل متأخر[2].

فنأخذ على سبيل المثال، في حالة إخلال البنك بقواعد الإستعلام المصرفي، أي إذا أخل المصرف بإلتزامه العقدي (الأصلي أو البيني) بالإستعلام، فإن ذلك الإخلال سيرتب مسؤوليته العقدية إتجاه المستعلم، وإن هذه المسؤولية يحكمها ويحددها العقد من جهة والقواعد الخاصة بالمسؤولية العقدية من جهة أخرى[3].

أيضا تحدد المسؤولية العقدية على أنها جزاء عدم تنفيذ العقد الصحيح من قبل المدين إذ يجب على المدين تنفيذ إلتزامه التعاقدي إذا كان ذلك ممكنا وطلبه الدائن كما لوكان محل الإلتزام مبلغا من النقود، وفي هذا تنص المادة 313 من القانون المدني الأردني: " ينفذ الحق جبرا على المدين به عند إستحقاقه متى إستوفى الشروط القانونية ".

فالمسؤولية العقدية لاتتحقق إلا إذا أثبت المدين أنّ تنفيذ العقد أصبح مستحيلا ليتدخل سبب أجنبي وتثبت المسؤولية العقدية في حال عدم تنفيذ المدين للإلتزام وبنفس الوقت لم يستطع إثبات وجود سبب أجنبي أدى إلى إستحالة التنفيذ[4].

---

[1] العربي بلحاج، **مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري**، دار هومة، ط 02، 2015، ص 816.

[2] خالص نافع أمين، **المسؤولية المدنية للمصرف عن الإخلال بقواعد الإستعلام المصرفي**، مجلة العلوم القانونية، بغداد، عدد 03، ج01، 2017، ص 386.

[3] عبد الحليم حكماوي، **المسؤولية المدنية للمؤسسات البنكية**، متوفر على الرابط: Https://alhoriyatmaroc.yoo7.com/t28l-topic ، تم الإطلاع عليه في: 2021/06/23 على الساعة 22:23.

[4] سلطان أنور، **مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني**، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، ط01، 1987، ص231.

الفرع الثاني: أركان المسؤولية العقدية للبنك.

كما ذكرنا سابقا لاتتحقق المسؤولية العقدية للبنك إلاّ بوجود عقد صحيح مبرم بين المصرف والزبون، وبمجرد إخلا هذا الأخير بأحد الإلتزامات العقدية، تقوم المسؤولية العقدية للبنك والتي تحتاج لتطبيقها توافر ثلاث أركان المتمثلة أولا في الخطأ العقدي، ثانيا الضرر، وثالثا العلاقة السببية.

أولا: الخطأ العقدي.

يقصد بالخطأ العقدي عدم قيام المدين (البنك) بتنفيذ إلتزامه التعاقدي أو التأخير في تنفيذه، ويستوي في ذلك أن يكون عدم التنفيذ أو التأخر فيه عن عمد وإهمال من المدين، بل أن الخطأ يتحقق حتى ولو كان عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبي كالقوة القاهرة، وينبغي ملاحظة أن عدم تنفيذ الإلتزام التعاقدي يشمل عدم التنفيذ الكلي، وعدم التنفيذ الجزئي والتأخر في التنفيذ[1].

فالقاعدة العامة في العقود هو وجوب تنفيذها وفقا لما اشتملت عليه المادة 106 من القانون المدني الجزائري: "العقد شريعة المتعاقدين، فلايجوز نقضه ولاتعديله إلا بإتفاق الطرفين والأسباب التي يقررها القانون ".

يكتسي تحديد طبيعة الإلتزام الناشئ في إطار العلاقة بين البنك وزبونه أهمية بالغة لتحديد معيار الخطأ البنكي، وذلك أن الإلتزام حسب الغاية الموجودة منه، ينقسم إلى إلتزام يتحقق نتيجة وإلتزام يتحقق غاية[2]، فالخطأ في فقه القانون هو الإخلال بواجب قانوني سواءا كان إلتزاما أو واجبا عاما[3].

وعرّف الخطأ أيضا على أنه عدم تنفيذ المدين لإلتزامه سواءا كان ذلك عن عمد.

---

[1] محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني: النظرية العامة للإلتزام مصادر الإلتزام العقد والإرادة المنفردة: دراسة مقارنة في القوانين العربية**، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 311.

[2] صبرينة سليمانو، سيلية سليماني، **المسؤولية العقدية للبنك**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة – بجاية ، 2019-2018، ص13.

[3] عبد الحق قريمس، **المسؤولية المدنية للبنوك في مجال الحسابات**، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة منتوري قسنطينة،2011، ص 04.

ويتحقق ذلك إذا إمتنع البنك عن تنفيذ إلتزامه العقدي أو نفذّه بشكل معيب، يخل بالعقد المبرم بينه وبين الزبون لأن هذا الأخير يتضمن شرطا صحيحا أو ضمنيا بأن لايفشى البنك أسرار الزبائن، والخطأ العقدي قد يكون عمديا بأن يتعمد أحد موظفي البنك أن يفشي سرية الحسابات دائع الزبون للغير، وقد يكون الخطأ العقدي غير عمدي عن طريق الإهمال كأن يطلب أحد الأشخاص من البنك بيان حساب أحد الزبناء، ويعطيه له موظف البنك دون التحقق من شخصيته، ثم يتضح أنه ليس الزبون صاحب الحساب ويقع على هذا الأخير عبء إثبات الخطأ والعقد الذي يربطه بالبنك على إعتبار أن الإلتزام بحفظ السر البنكي إلتزام تبعي للعقد، ولايستطيع البنك إعفاء نفسه من المسؤولية إلاّ بإثبات السبب الأجنبي المتمثل في القوة القاهرة أو فعل الغير[1].

كما ذكرنا سابقا أن الإلتزام ينقسم إلى إلتزام بتحقيق نتيجة وإلتزام بتحقيق عناية.

أ. إلتزام بتحقيق نتيجة:

الإلتزام بتحقيق غاية لايكون تنفيذه إلاّ بتحقيق الإلتزام والهدف منه، ويسمي الفقه الفرنسي هذه الإلتزامات obligation de résultat، والفقه العربي إصطلح على تسمية هذا النوع من الإلتزام، الإلتزام بتحقيق غاية[2].

وهذا الإلتزام يقتضي من البنك أن يصل إلى نتيجة معينة من خلال تنفيذه للعقد، وبالتالي فإن الخطأ في هذا النوع من الإلتزام يتحقق بعدم تحقيق النتيجة المتوخاة من العقد ولو بذل البنك كل جهده[3].

أو بمعنى آخر هو الإلتزام الذي لايتم تنفيذه إلاّ إذا تحققت الغاية المقصودة، إذ يتحدد فيه مضمون الأداء بالهدف الذي يرمي الزبون إلى تحقيقه، قد تكون هذه النتيجة القيام بعمل كإلتزام البنك بتمويل أحد مشروعات العميل أو الإمتناع عن

[1] مريم الحاسي، مرجع سابق، ص124.

[2] محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 312.

[3] صبرينة سليمانو، سيلية سليماني،مرجع سابق، ص 14.

العمل كإلتزام أحد كفلاء مديني البنك بعدم شطب الرهن المقيد على عقار مملوك للمدين إلاّ بعد سداد كامل مديونية البنك.

وفي هذا النوع من الإلتزام يعتبر البنك مخطئا إذا لم تتحقق النتيجة التي يرمي الزبون إلى تحقيقها من جراء التعاقد معه، دون الحاجة لإثبات هذا الخطأ أو تقديره من قبل الزبون الذي يكفيه إثبات عدم تنفيذ العقد ليقوم الخطأ المصرفي دون الحاجة لإثبات إهمال أو عدم بذله العناية اللازمة.[1]

ب. الإلتزام ببذل العناية.

لايكفي من الدائن إثبات عدم تنفيذ الإلتزام الذي يفترض من الخطأ من جانب المدين، بل على الدائن إثبات هذا الخطأ أي عليه إثبات أن المدين لم يبذل في تنفيذ إلتزامه العناية المطلوبة، فإن أثبت ذلك أنتقل عبء الإثبات إلى المدين وإذا أراد نفي مسؤوليته وجب عليه إقامة الدليل على وجود السبب الأجنبي، وعند تحديد درجة العناية الواجب بذلها من المدين فإن أي تقصير منه في بذلها مهما كان بسيطا فإنه يسأل عنه كما أنه يسأل دائما عما يحدثه من غش أو خطأ جسيم مهما يكن معيار العناية الواجبة وبالنظر إلى العناية الواجبة من المصرف، فيقارن تصرفه أو عمله مع التصرفات أو الأعمال التي تقوم بها المصارف بالوضع العادي في مثل هذه الظروف[2].

ويقتصر هذا النوع من الإلتزامات على الإلتزامات التي يكون محلها القيام بعمل ذلك مانصت عليه المادة 172 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى " في الإلتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء بإرادته أو أن يقوم بإرادته أو أن يتوخى الحيطة والحذر في تنفيذ إلتزامه فإن المدين يكون قد

---

[1] سهام خليلي، الزين عزري، **المسؤولية المدنية للبنك**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2007-2008، ص 45.

[2] عيسى لافي حسن الصامدي، **المسؤولية القانونية للعمل المصرفي الإلكتروني في التشريع الأدرني: التحويل المالي الإلكتروني**، أطروحة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر 1، 2009-2008، ص 233.

وفى بإلتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل مايبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود هذا مالم ينص القانون على خلاف ذلك ".

إذن نستشف من نص هذه المادة أن مضمونه طلب المدين (البنك) بذل جهد معين سواءا تحقق الهدف المنشود أو لم يتحقق، إذ يكفي أن يقوم المدين ببذل العناية اللازمة سواءا تحققت النتيجة أو لم تتحقق، لأن تحقيقها خارج عن إرادته، وبذلك يقوم خطأ البنك في هذا النوع من الإلتزام بإهماله في قيامه بعمله حالة لم يتوافق مع الأعراف المصرفية[1].

ثانيا: الضرر.

الضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له سواءا كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مالية أو لم تكن.

والضرر هو العنصر الثاني في المسؤولية المدنية عقدية كانت أو تقصيرية، ويستحق الدائن تعويضا عن الضرر الذي لحقه من جراء عدم تنفيذ المدين لإلتزامه كليا أو جزئيا، أو تنفيذا معيبا، أو عن تأخره في هذا التنفيذ.

فالتعويض قد يكون عن عدم تنفيذ الإلتزام وقد يكون التأخر في تنفيذه، ويبقى المدين مسؤولا عن غشه أو عن خطئه الجسيم[2].

فإذا إنتفى الضرر فلا تقوم المسؤولية لأن هدفها إزالة الضرر وتكون الدعوى غير مقبولة إذ لادعوى بغير مصلحة بحق من حقوقه والضرر قد يكون ماديا أو أدبيا[3].

فيعتبر الضرر مصدر الإلتزام بالتعويض إذ لاتعويض بغير ضرر ولقيام المسؤولية العقدية للبنك وليس عبء على العميل أن يثبت الضرر الذي لحقه، ونأخذ على سبيل المثال إفشاء البنك لأسرار زبنائه، ووقوع ضرر مادي أو معنوي للزبون جراء عدم تنفيذ العقد أو تنفيذه بشكل معيب فلا يكف أن يقع من البنك خطأ

---

[1] سهام خليلي، الزين عزري، مرجع سابق، ص48.

[2] العربي بلحاج، **مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري**، مرجع سابق، ص854.

[3] يوم دراسي حول: **الإتجاهات الحديثة في نظرية المسؤولية المدنية**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، مخبر القانون والمجتمع، جامعة أدرار، الجزائر، 2013/05/23، ص28.

عقدي عن طريق إفشائه لأسرار زبونه بل بشرط أن يرتب هذا الخطأ ضررا له.ومما لاشك فيه أنّ إخلال البنك بإلتزامه بالمحافظة على أسرار زبائنه يرتب ضرر لهم[1].

وينقسم الضرر بدوره إلى صورتين **الضرر المادي** و**الضرر المعنوي:**

فالضرر المادي هو الذي يصب الشخص في ذمته المالية أو جسمه أو بمعنى الذي يسبب خسارة للزبون أو يكون الضرر في حالة إفشاء السر البنكي ماديا إذا أفشى المصرف بحسابات عميله، أما **الضرر المعنوي** الذي لايصب الشخص في ماله بل هو مايمس كرامته أو شعوره أو مركزه الإجتماعي، كإنصراف زبائنه عنه جراء معلومة نشرها بنكه وإستغلال منافسيه لتلك المعلومات للدعاية ضده[2].

ومن جهة أخرى يمكن أن يقع الضرر كنتيجة عن إخلال مدير البنك بالإلتزامات التي رتبها العقد، ويقع عبء إثبات الضرر على الدائن لأنه المدعى، ولكن تقوم مسؤولية المدين يجب أن يكون الضرر مباشرا ومتوقعا وبدون أن يكون حاضرا أو مستقبلا مادام أنه ضرر مخفف غير إحتمالي فلا تعويض في المسؤولية العقدية إلاّ عن الضرر المتوقع[3].

ويشترط في الضرر بشقيه المادي أو المعنوي، الذي يطالب الزبون بتعويضه أن يكون إما حال التوقيع أو أن يكون ضررا مباشرا، أو أن يكون محققا.

يكون الضرر محققا إذا كان حالا أي وقع فعلا أو محقق الوقوع في المستقبل وهو الذي تحققت أسبابه ولم تتحقق نتائجه بعد، ولاينطبق ذلك على الضرر المحتمل غير المؤكد حدوثه، والتقدير النهائي عن الضرر الواقع فعلا قد لايكون متيسرا للقاضي عند النظر في الدعوى، وفي هذه الحالة يجوز للقاضي

---

[1] مريم الحاسي، مرجع سابق، ص125.

[2] محي الدين إسماعيل علم الدين، **موسوعة عمليات البنوك من الناحيتين القانونية والعملية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص214.

[3] بديعة براهيمي، **مسؤولية البنك عن أخطاء المديرين**، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016-2017، ص117.

الحكم بتعويض مؤقت على أن يّعاد النظر في الحكم خلال فترة معقولة يحددها القاضي، أما عن الضرر المباشر فهذا الشرط لابدّ من توافره في كلتا المسؤولتين (العقدية والتقصيرية)[1].

ثالثا: العلاقة السببية.

فلايكفي لتقرير مسؤولية البنك التعاقدية مجرد وقوع خطأ عقدي وتحقق الضررالمباشر للزبون، لكن يستلزم أن يكون خطأ البنك هو السبب المباشر للضرر الذي لحق الزبون بمعنى ضرورة توافر العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، ولإثبات العلاقة السببية لابدّ أن تتوفر على خاصيتين وهما أن تكون محققة وأن يكون الخطأ الذي إرتكبه البنك هو الذي أنتج الضرر ولابد أن يكون الضرر ناتجا عن الفعل الضار المباشر[2].

يرى بعض الفقهاء أن ركن العلاقة السببية بين الخطأوالضرر لايكلف الدائن بإثباتها وإنّما على المدين عبء إثبات عدم قيامها لدفع المسؤولية عنه، وهناك من يرى أنّه لايكفي مجرد وقوع الضرر وثبوت الخطأ بل يلزم وجود علاقة مباشرة بينهما.

فالبنسبة لتحديد العلاقة السببية في المجال الإلكتروني فإنه من الأمور الشاقة نظرا لصعوبة المسائل الإلكترونية وتعتبر حالاتها وعدم وضوح الأسباب للمضاعفات الظاهرة، فقد ترجع أسباب الضرر إلى عوامل خفية تعود لتركيب الأجهزة وتداخل المعلومات والأضرار مما يتعذر معه تحديد العامل الفعال[3].

كما ذكرنا سابقا أن العلاقة السببية تكون بين الخطأ والضرر، فعلى سبيل المثال بالنسبة للعلاقة السببية بين خطأ مدير البنك والضرر، ففي هذه الحالة يقع على الدائن إثبات هذه العلاقة، وكما بمقدور المدين نفي العلاقة السببية عن طريق

---

[1] عيسى لافي حسن الصامدي، مرجع سابق، ص 236.

[2] إيمان كريم، **الأساس القانوني للمسؤولية المدنية عن إفشاء السر البنكي**، مجلة جامعة البعث، دمشق، عدد 21، 2017، ص66.

[3] منصور محمد حسين، **المسؤولية الإلكترونية**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،، 2003، ص 401.

إثبات السبب الأجنبي والذي قد يكون قوة قاهرة أو خطأ الدائن نفسه أو الغير.

المطلب الثاني:

المسؤولية التقصيرية للبنك.

إذا كانت المسؤولية العقدية للبنك لاتقوم إلاّ إذا تحقق إمتناع البنك في العلاقة التعاقدية عن تنفيذ إلتزامه، أو نفذه بشكل معيب أو تأخر في التنفيذ مما ألحق ضررا بالزبون المتعامل معه، فإن المسؤولية التقصيرية للبنك لا تتحقق إلا إذ أخل الشخص بالإلتزام القانوني الذي يقضي بعدم الإضرار بالغير، وبهذا يسأل البنك عن فعله الضار بمجرد تضرر زبونه.

وتحل قواعد المسؤولية التقصيرية في حالة عجز قواعد المسؤولية العقدية، ولهذا قمنا بتقسيم مطلبنا إلى فرعين، الفرع الأول تعريف المسؤولية التقصيرية، والفرع الثاني أركانها

الفرع الأول: تعريف المسؤولية التقصيرية للبنك.

تقوم مسؤولية البنك العقدية عند إخلال البنك بإلتزامه العقدي، الذي يسبب ضررا للزبون إلاّ أن عجز قواعد المسؤولية العقدية في بعض الحالات، أدت إلى البحث عن بديل لها ، فتوجهت أنظار إلى المسؤولية التقصيرية.

تقوم المسؤولية التقصيرية للبنك في حالة عدم وجود عقديته وبين الزبون، ويخل بما يفرضه القانون من واجبه عدم الإضرار بالغير، وللتوضيح أكثر فإن هذه المسؤولية تترتب في حالة غياب العقد بين الجاني والضحية والذي يعتبر بمثابة الغير بالنسبة للبنك وفقا للقواعد العامة[1].

أو بمعنى آخر هي جزاء الإخلال بإلتزام قانوني أي مخالفة لواجب قانوني سابق مؤداه مراعاة اليقظة والتبصر في السلوك لعدم الإضرار بالغير[2].

---

[1] وهيبة قاضي، **إلتزام البنوك والمؤسسات المالية بالسر المصرفي في القانون الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص89.

[2] خالص نافع أمين، مرجع سابق، ص 12.

فالمسؤولية التقصيرية لا تتحقق إلا إذا أخل الشخص بما فرضه القانون من واجب عدم الإضرار بالغير تبعا لقرار محكمة التميز الأردنية وعملا بنص المادة 256 من القانون المدني الأردني بقولها: " إنّ كل إضرار بالغير يلزم فاعله – ولو غير مميز – بضمان الضرر. وقد جاء هذا النص متوافقا مع نص المادة 124 من القانون المدني الجزائري بقولها: " كل عمل أي كان يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض ".

يمكن القول بأن المسؤولية التقصيرية هي إلتزام الشخص بتعويض الضرر الذي سببه لشخص آخر في حالة وجود عقد بينه وبين الزبون، أو أن الفعل الضار الناتج غير متعلق بالعقد المبرم بين الأطراف، وقد أخذ المشرع الأردني بمفهوم المسؤولية التقصيرية تأسيسا على نظرية الضرر الذي يعدّ مناط هذه المسؤولية المدنية ولو صدر من غير مميز.

ومن هنا يتبين لنا أنّ المشرع الأردني قد إستمد من الفقه الإسلامي حكمه حول الأخذ بنظرية الضرر لا الخطأ، على عكس ما أخذه المشرع الفرنسي في بادئ الأمر حول نظرية الإعتماد على الخطأ لا الضرر ولكن بعد ذلك أخذ بنظرية دون توافر الخطأ وقد سلك المشرع الجزائري على إثره.

فتثبت المسؤولية التقصيرية في حالة ماإذا وقع خرق لإلتزام حفظ السرية المصرفية، مماأدى بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في إحداث ضرر للزبون ومن جهة أخرى يمكن قيام المسؤولية التقصيرية عن إخلال بالسر المصرفي من جانب البنك، كأن يكون العقد المبرم بين المصرف وزبونه باطلا لسبب من أسباب بطلان العقد كالرضا أو المحل، أو أن يكون هناك عقد ثم ينتهي ففي كل هذه الحالات يكون خطأ المصرف تقصيريا، وعندها يتوجب على هذا الأخير تعويض من الضرر الذي لحق الغير.

الفرع الثاني: أركان المسؤولية التقصيرية للبنك.

كما ذكرنا سابقا أن المسؤولية التقصيرية جزاء الإخلال بإلتزام قانوني، أي مخالفة لواجب قانوني، يسبب ضررا للغير، ولقيام هذه الأخيرة لابد من توفر ثلاثة

أركان المتمثلة في أولا: الخطأ، ثانيا: الضرر، ثالثا: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

أولا: الخطأ.

إن الخطأ يفترض وقوعه في حق المصرف، أي الحارس بمجرد وقوع الضرر وهو خطأ مفترض لايقبل إثبات العكس، ويترتب على ذلك أن تضل مسؤولية الحارس قائمة (المصرف) ولايستطيع الفكاك منها بإثبات أنّه لم يرتكب الخطأ أو أنّه دحض السؤولية، في هذه الحالة في إثبات السبب الأجنبي الذي تنقطع معه علاقة السببية بين فعل الشيء والضرر[1].

ويرى السنهوري أن الخطأ هو إنحراف في السلوك وهو تعهد من الشخص في تصرف، متجاوزا فيه الحدود التي يجب عليه الإلتزام بها في سلوكه، ويكون هذا الخطأ عمديا أو غير عمدي.

وقد عرف بلاينوم الخطأ بأنه خرق لموجب سابق، يكون هذا الموجب موجبا قانونيا في حالة المسؤولية التقصيرية[2]، فالخطأ في المسؤولية التقصيرية يقوم بتوافر عنصرين هامين وهما الركن المادي (التعدي)، الركن المعنوي (الإدراك).

فالركن المادي في هذه الحالة يجب قياس الإنحراف بسلوك شخص مجرد من ظروفه الشخصية وهو الشخص العادي الذي يمثل عامة الموظفين العاديين وليس خارق الذكاء[3].

فالتعدي مؤداه أن يسلك المرء مسلكا لم يكن ينبغي أن يسلكه الرجل العادي أي هو إخلال بإلتزام قانوني عام بعدم الإضرار بالغير لذلك يؤخذ بالمعيار المجرد

---

[1] شريف محمد غانم، **مسؤولية البنك عن أخطاء الكومبيوتر في النقل الإلكتروني للنقود**، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، 2006، ص 83.

[2] مصطفى العوجي، **القانون المدني: المسؤولية المدنية**، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ج02، ط04، 2009، ص245.

[3] نذير أرتياس، **السرية المصرفية مابين المبدأ والمسؤولية المترتبة عن إفشائها**، مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون، فرع قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017، ص 172.

وهو موظف البنك العادي المجرد من كل ظروفه الشخصية، والذي يمثل عامة الموظفين العاميين.

أمآ الركن المعنوي (الإدراك) يكون الشخص مسؤولا مسؤولية تقصيرية إذا كان مميزا ومدركا للتعدي الذي وقع منه، لذلك فالإدراك والتمييز متوفر لدى الموظف القائم بالعمل المصرفي، فمثلا إذا قام بعملية إفشاء السر البنكي يكون مدركا لما يترتب عنه من تبعات.

فالأشخاص المعنوية لاتملك الإدراك والتمييز ولكنها تمارس نشاطها بواسطة تابعيها أو عن طريق الأعضاء القائمين بإدارتها، فيكون الشخص المعنوي مسؤول بإعتباره متبوعا بالنسبة للأضرار التي يتسبب فيها تابعيه، في حين يكون مسؤولا شخصيا عن الأخطاء التي يرتكبها العضو القائم بالإدارة وعند قيامهم بالأعمال بإسمه فإنهم يتجردون من شخصيتهم الطبيعية ويلبسون الشخصية المعنوية.

الخطأ درجات هناك الخطأ العمدي والخطأ بالإهمال والخطأ الجسيم والخطأ اليسير أو الخطأ الخفيف والخطأ التافه أو الخفيف جدا والخطأ غير المغتفر، غير أنّه بالنسبة للمسؤولية المدنية النتيجة واحدة هي التعويض عن الضرر الذي لحق بالضحية وبالتالي جبر الضرر[1].

ثانيا: الضرر.

وهو الذي تقوم المسؤولية من أجل تعويضه أي أنه لايعتّد بالخطأ إلا إذا كان هناك ضرر فهو ركن ثان من أركان المسؤولية التقصيرية للبنك، ويقصد بالضرر الفعل الناشئ عن الإخلال بإلتزام قانوني، بحيث يلحق الضرر بموجبه ضرر بشخص الغير (الزبون)، ويلزم هذا المتسبب بالضرر بتعويض من لحق به الضرر[2].

وقد يكون الضرر على نوعين إما قد يكون ماديا يمسه في ماله أو معنويا

[1] بديعة براهيمي، مرجع سابق، ص 137.

[2] صبرينة سليمانو، سيلية سليماني،مرجع سابق، ص17.

معنويا (أدبيا) يصيبه في عاطفته أو شعوره أو كرامته أو شرفه.

وأما الضرر المعنوي يترتب عنه التعدي على مصالح هذا النوع من الضرريصيب الشخص بالجانب الإجتماعي للذمة المعنوية أو الأدبية، دون أن يتسبب في خسارة مالية أو إقتصادية، وهذا ما حددّه المشرع في المادة 182 مكرر من القانون المدني: " يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة ".

فقد كان تعويض الضرر المعنوي بحجة أنّ هذا الضرر لاينقص من الذمة المالية للمضرور ومن الصعب تقديره، ولكن المشرع بعدما أضافت المادة 182 مكرر السابقة الذكر أصبح يقضي بالتعويض المعنوي مثله مثل التعويض المادي[1].

ثالثا: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

يتمثل الركن الثالث من أركان المسؤولية التقصيرية للبنك في العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، والمقصود منه ضرورة تدخل ركن الخطأ في إحداث الضرر المتسبب من طرف المصرف، وضرورة نسبة الضرر للبنك، أي أن البنك هو المحدث للضرر ومن ثم يسأل المصرف عن هذا الضرر[2].

فهذه العلاقة لها دور هام في مجال المسؤولية المدنية، فتحدد لنا الفعل الذي سبب الضرر وسط الأفعال المتنوعة المحيطة بالأحداث.

ففي المسؤولية التقصيرية يقع الإثبات على عاتق المضرور، ألاّ وهو الدائن الذي عليه إثبات مخالفة المدين لإلتزامه القانوني وإرتكابه لعمل غير مشروع على خلاف قواعد المسؤولية العقدية التي تقوم على أن المدين هو الذي يقع عليه تبعة الإثبات.

ولقد إقترح الفقه في هذا الموضوع نظريتين رئيسيتين لتحديد مفهوم علاقة السببية وهما: **نظرية تكافؤ الأسباب ونظرية السبب المنتج.**

---

[1] علي الفيلالي، مرجع سابق، ص290.

[2] شريف محمد غانم، مرجع سابق، ص83.

فتتمثل نظرية تكافؤ الأسباب في ضرورة إشتراك السبب في إحداث الضرر بحيث يكون السبب شرط ضروري في تحقيق الضرر فتكون الحيرة حينئذ بكل الأسباب التي لولاها لما حصل الضرر وتعد جميعها متساوية ومتكافئة في إحداث الضرر[1].

أما نظرية السبب المنتج أو كما تسمى كذلك نظرية **السبب الفعّال** ومفادها أنّه عند تدخل أسباب عدة في إحداث ضرر ما، فلابدّ من التمييز بين الأسباب التي تعدّ منتجة أو فعّالة وبين تلك التي تكون عرضية فقط[2].

المطلب الثالث:

جزاء قيام مسؤولية البنك المدنية.

يشرط لاستحقاق التعويض أن تجتمع شروط المسؤولية المدنية سواء كانت عقدية أو تقصيرية، أي ثبوت الخطأ في جانب المسؤول مالم يعف العميل من إثباته وتحقق الضرر والعلاقة السببية بينهما، فالتعويض هو الحكم أو الجزاء الذي يترتب على تحقق المسؤولية المدنية متى توافرت أركانها الثلاثة، السابقة الذكر، لكن مايميز التعويض في المسؤولية المصرفية أنّ المشرع الجزائري لم يميز علاقة البنك والعميل (الزبون) ولم يعطيها أي خصوصية في إطار العمليات المصرفية ولم يميزها عن أية علاقة تعاقدية أخرى، ومنه لايمكننا الكلام عن أي نظام خاص بالمسؤولية المصرفية خارج نطاق الأحكام العامة للمسؤولية المدنية فيما يتعلق بالتعويض لذا سنتطرق إلى: مفهوم التعويض (الفرع الأول) ثم نتحدث عن كيفية تقدير التعويض (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم التعويض.

إنّ التعويض هو الأثر البارز الذي يترتب عن قيام وتحقيق عناصر المسؤولية المدنية إذ لاجدوى من القول بوجود فعل ضار انتج ضررا يرتبط معه

---

[1] فهد عبد الله خضير، **المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة: دراسة مقارنة**، مكتبة القانون والإقتصاد، الرياض، 2012، ص111.

[2] بديعة براهيمي، مرجع سابق، ص 140.

برابطة سببية بدون تقرير الحق للمضرور (العميل) في الحصول على التعويض من البنك عن الضرر بإعتباره وسيلة القضاء لمحو أو التخفيف من وطأته لذا سنحاول التعرف عليه وعلى أنواعه.

أولا: تعريف التعويض.

سنتطرق إلى التعويض في كل من الشريعة الإسلامية والقانون.

أ. التعويض في الشريعة الإسلامية.

إن فكرة التعويض في الشريعة الإسلامية تقوم على أساس إزالة الضرر بإعادة الحال إلى ماكان عليه قبل وقوعه، فهي فكرة موضوعية أساسها مبادلة مال بمال، ويشترط في المال المضمون أن يكون مالا منقولا في ذاته، ويمكن المماثلة بينه وبين المال الذي يعطى بدلا منه، فلاتعويض عن الخسارة التي يتحملها الدائن أو من الربح الذي فاته إذا لم يوجد مال منقولا ضاع على الدائن فيأخذ من المدين مثله، إذا كان مثليا ويأخذ قيمته إذا كان قيميا[1].

ب. التعويض في القانون.

هو جزاء مدني يفرضه القانون على كل من سبب بخطيئته – الثابت أو المفترض – ضررا للغير يجبر الضرر الذي لحق المصاب، يفرضه القانون على المدين به جراء اخلاله بواجب سابق سواء أكان هذا الواجب منصوص عليه في القانون أم كان يفرضه بطريقة غير مباشرة نتيجة الاعتراف للغير بحقوق معينة، ومنه الهدف الأساسي هو جبر الضرر الناتج عن الخطأ.

ثانيا: أنواع التعويض.

تحتل الطرق التي يمكن أن يستعين بها القاضي لتقدير التعويض أهمية بالغة للوصول للغاية النهائية التي يراد تحقيقها من الحكم بالتعويض وهي جبر الضرر ،بحيث تتمثل هذه الطرق في نوعين من التعويض بمقابل (نقدي)والتعويض العيني.

[1] مغلاوي محي الدين، **المسؤولية المدنية والجزائية للبنك في القانون الجزائري**، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر: قانون أعمال، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013-2014، ص23.

أ. التعويض بمقابل نقدي:

للتعويض مظهران نقدي وهو الغالب والآخر غير نقدي، إذ يكون نقديا متى تضمن الحكم الصادر به إلزام المدين بدفع مبلغ من النقود للدائن كمقابل للضرر الذي أصابه من جراء إخلاله بتنفيذ إلتزامه وذلك بإدخال قيمة مالية جديدة موازية للقيمة المالية التي فقدها المتضرر من ذمته، ويكون متى أصبح تنفيذ الإلتزام العيني مستحيلا لخطأ البنك مع عدم تناسب أن أصل العلاقة بين البنك وعميله هي علاقة عقدية[1].

والتعويض " غير النقدي" كما في حالة التعويض عن الضرر المعنوي، أين يحكم القاضي بنشر الأحكام في الصحف على نفقة البنك بناءا على طلب العميل.

ب. التعويض العيني:

إذا استحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ إلتزامه مالم يثبت أن الإستحالة نشأت عن سبب لابد له فيه ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ إلتزامه، والتنفيذ العيني هو الأصل إذ ليس على المدين (البنك) أن يفرض على الدائن (العميل) التنفيذ بمقابل بدلا من التنفيذ العيني متى كان هذا ممكنا.

هذا ماأكدت عليه المادة 160 من القانون المدني الجزائري " المدين ملزم بتنفيذ ماتعهد به "، فالتعويض العيني هو إعادة الحالة إلى ماكانت عليه بناءا على طلب العميل، تبعا للظروف أي حسب طبيعة المعاملة المصرفية في العقد، ومن تطبيقات التعويض العيني في الإلتزام السلبي بالامتناع عن عمل، خطأ البنك في تنفيذ أمر النقل المصرفي دون أمر من عميله، لأنه يشترط لصحة هذا الأمر تلقي البنك من عميله تعليمات كتابية بتنفيذه، إذ قد تكون هذه التعليمات خاصة بعملية نقل واحدة أو عدة عمليات لصالح مستفيد واحد أو أكثر، وإن نفذّه البنك كان مسؤولا عن ذلك بقدر مانقل من حسابات العميل فضلا عن تعويض العميل بما لحقه من ضرر جراء النقل إن كان له مقتضى.

[1] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 1076.

الفرع الثاني: معيار تقدير التعويض.

إن طبيعة العلاقة بين البنك والعميل هي علاقة عقدية تقوم على أساس ثقة العميل في البنك للمدين المحترف الذي يتعامل معه، ولذلك بالرجوع إلى نص المادة 182 من التقنين المدني الجزائري في فقرتها الثانية التي جاء فيها: " غير أنه إذا كان الإلتزام مصدره العقد، فلايلتزم المدين الذي لم يرتكب ذنبا أو خطأ جسيما إلاّ بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد ".

إذ يعتد في تقدير جسامة الضرر بالفائدة التي يهدف البنك إلى تحقيقها من الخطأ كتحقيق ربح أو الإقتصاد في النفقات، لأن ارتفاع درجة المهنية توجب عليه بذل العناية والتبصر والحيطة في تنفيذ إلتزامه بالقدر الذي يتوافق مع مستواه الفني فالمحكمة في تقديرها للتعويض تستعين بالظروف المحيطة بالواقعة، كما تتأثر أكثر بحجم الضرر الناتج لأن الفصل في الضرر وفي توقع مداه مسألة موضوعية تتعلق بالوقائع.

أولا: الضرر المباشر المتوقع:

في حالة ارتكاب المدين غشا أو خطأ جسيما فإنه يعوض عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع في المسؤولية العقدية.

يقصد بالضرر المتوقع أنه الضرر الذي يمكن أن يتوقعه وقت تعاقد الرجل العادي[1]، وتوقع البنك للضرر يقاس بالضرر الذي يتوقعه بنك مماثل أي بمعيار موضوعي لاذاتي وفقا لما يتوقعه البنك الذي يقعه منه الضرر.

فالبنك وعميله هما من أنشآ بإرادتهما الإلتزام السابق، وهما اللذان حددا مداه لذلك افترض القانون أن هذه الإرادة قد انصرفت إلى جعل المسؤولية عن الضرر مقصورة فقط على المقدار الذي يتوقعه البنك، ويكون هذا الإفتراض بمثابة شرط إتفاقي يعدل من مقدار المسؤولية بقصرها على مقدار معين هو مقدار الضرر

[1] العربي بلحاج، **النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري: التصرف القانوني والإرادة المنفردة**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ج01، ط03، 2004، ص 288.

المتوقع مع الأخذ بعين الإعتبار كافة المعطيات الإقتصادية والظروف المالية، وكذلك المخاطر المحيطة بتنفيذ العقد المصرفي.

ويرى الأستاذ عبد الرزاق السنهوري نفس الأمر بأن القانون إفترض أن هذه الإرادة قد إنصرفت إلى جعل المسؤولية عن الضرر مقتصرة على المقدار الذي يتوقعه المدين، وهذا المقدار يمكن أن يفترض إفتراضا معقولا أن (المدين) البنك قد ارتضاه.

ويسأل البنك عن مقدار الضرر الذي كان متوقعا في سببه أي نسبته للخطأ[1]، أما إذا لم يكن متوقعا في سببه فيكون من غير الممكن أن يتوقع أن خطأه سيرتب كل ماحدث للعميل من ضرر، فلايسأل بذلك عن الضرر غير المتوقع مهما كان مقداره ومداه لأن العبرة بما كان يتوقع وقت التعاقد.

ثانيا: الضرر المباشر غير المتوقع.

الأصل أن ينفذ البنك إلتزامه إتجاه عميله وفقا لمبدأ حسن النية كما جاء في نص المادة 107 من القانون المدني الجزائري: يجب تنفيذ العقد وفقا لما إشتملت عليه وبحسن نية لإستقرار المعاملات بينهما خاصة وأن النشاط المصرفي بالنسبة للبنك هو عمل تجاري، وبالتالي فإن إلتزامه بهذا المبدأ يعزز من سمعته في الوسط المالي، بالنظر إلى غيره من البنوك، كما يؤثر أيضا في علاقته مع عملائه، لذلك فإن إرادتهما إنصرفت إلى حسن تنفيذ الإلتزام لأن حسن النية مفترض حتى يثبت العكس[2]، لكن هذا الإفتراض يقع باطلا في حالة الغش والخطأ الجسيم، فيصبح البنك المدين ملتزما بالتعويض عن كل الضرر المباشر متوقعا كان أم غير متوقع ويقع عبء إثبات الغش والخطأ الجسيم على عاتق الدائن (الزبون).

ولقد وسع المشرع الجزائري من دائرة الضرر المباشر الواجب التعويض في حالة قيام المسؤولية التقصيرية في حق البنك وجعلها تشمل الأضرار المباشرة

[1] مغلاوي محي الدين، مرجع سابق، ص27.

[2] علي علي سليمان، **النظرية العامة للإلتزام: مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط07، 2006، ص 230.

المتوقعة وغير المتوقعة، إذ بإعتبار مصدرها القانون، فإن هذا لاينفي كونها أيضا ناتجة عن عقد اجتماعي بين البنك (المدين) والمجتمع (الدائن)، لذا يلتزم هذا الأخير بإحترام القواعد القانونية التي حددها القانون لهذا الأخير، فهي إخلال أيضا بإلتزام سابق فرضه القانون على البنوك بعدم الإضرار بالغير لأن المخاطب في المسؤولية التقصيرية هم جميع البنوك للتشديد من مسؤوليتهم، ولأنّ العميل هو أحد أفراد هذا المجتمع الذي يفرض على البنك عدم الإضرار بالمتعاملين معه ممايستلزم أن ينوب العميل المتضرر هنا عن المجتمع وبالتالي فإن المسؤولية هنا هي عبارة أيضا عن جزاء الإخلال بعقد اجتماعي بين البنك وعميله[1].

المبحث الثاني

التوجهات الحديثة للمسؤولية المدنية للبنك.

إنّ مسؤولية البنوك المدنية هي في الأصل عقدية وذلك لوجود علاقة بين البنك والعميل فكل إخلال بإلتزام عقدي يرتب مسؤولية عقدية، لكن هناك حالات تقوم فيها المسؤولية التقصيرية وذلك عند إخلال البنك بإلتزام قانوني مفروض عليه ولكون الزبون الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، فإنّه لابد من حمايته من البنك بإعتباره الطرف القوي، لذا نادى بعض من الفقه بضرورة تطبيق المسؤولية الموضوعية والتي تعتبر توجها حديثا للمسؤولية المدنية، حيث تقوم على فكرة الضرر وهجر الخطأ، لأنه في بعض الحالات يصعب على الزبون إثبات خطأ البنك للحصول على التعويض.

لهذا سنتحدث عن أحكام المسؤولية الموضوعية في المطلب الأول، ثم نتطرق إلى تطبيقات المسؤولية المدنية في المطلب الثاني وأخيرا نعرج إلى العوامل التي تحد من مسؤولية البنك في المطلب الثالث والأخير.

المطلب الأول:

أحكام المسؤولية الموضوعية.

[1] مغلاوي محي الدين، مرجع سابق، ص29-30.

لعب الفقه دورا محوريا وهاما في التطور الذي عرفته المسؤولية المدنية، فينتقد الحلول الموجودة أحيانا ويضع الحلول التي تتكيف والضرورات الإجتماعية أو يحاول أن يلعب دورا في تطوير التشريع والإجتهاد محاولا إيجاد تفسيرات أساسية في أحيان أخرى، وقد كان للتطور الإقتصادي الصناعي والتكنولوجي الذي شهدته أوروبا خاصة في نهاية القرن الثامن عشر وبداية القرن التاسع عشر، أثره البالغ على آراء بعض الشراح، والذين اقتنعوا بأن تأسيس المسؤولية المدنية على فكرة الخطأ لم يعد يتفق مع الأوضاع المستحدثة، وأنّ الخطأ لم يعد يكفي لإحقاق العدالة وضمان التعويض للمضرورين من الحوادث المختلفة، ومنه تبلورت النظرية الموضوعية في المسؤولية la théorie objective والتي تؤسس المسؤولية على فكرة الضرر، لذا سنتطرق إلى مفهومها (الفرع الأول) ثم نعرج إلى أساس قيامها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم المسؤولية الموضوعية.

إنّ النظرية الموضوعية تجعل من غير الجائز نفي المسؤولية لاينفي الخطأ ولايبقي العلاقة السببية، فالمسؤولية تقوم على الضرر وحده حتى لو إنتفى وجود الخطأ أو كان الضرر راجعا إلى سبب أجنبي كقوة قاهرة، ومنه فإن شروط هذه المسؤولية هي نفس شروط سابقاتها لكن الأساس كما ذكرنا سابقا هو الضرر لا الخطأ، ومن هنا سنتناول تعريف المسؤولية الموضوعية (أولا) وأسباب ظهورها (ثانيا).

أولا: تعريف المسؤولية الموضوعية.

تعددت التسميات والمصطلحات الخاصة بهذه المسؤولية، منها النظرية المادية، نظرية تحمل التبعة، النظرية الموضوعية ونظرية المخاطر La théorie de risque وذلك لأنها ترتبط بعمل مادي وهو موجب للضرر، فمن يقوم بعمل أو بصنع شيئا يتحمل تبعة الأخطار الناتجة عنه دون النظر إلى الخطأ، والنظرية الموضوعية تقيم المسؤولية عن الضرر الناتج من الخطأ وليس الخطأ في حد ذاته.

ومؤدى هذه النظرية أن كل نشاط يمكن أن ينتج ضرر، يكون صاحبه مسؤولا عنه، إذا ماتسبب في إيقاع الضرر بغيره حتى ولو كان سلوكه غير مشوب بأي خطأ، وقال أنصارها أنها تستند إلى فكرة العدالة الإجتماعية، والعدالة تقتضي أن يفيد من شيء يجب أن يتحمل الأضرار التي تحدث للآخرين نتيجة لذلك، فإذا ماوقع ضرر دون أن يتسبب أحد بخطأه في إحداثه، فمقتضى العدالة أن يسأل الشخص الذي كان بعمله سبب في هذا الضرر وليس المضرور الذي لم يكن له دخل في وقوعه[1].

ولقد أصدر المشرع الجزائري نصوصا تشريعية تتضمن المسؤولية الموضوعية، من أهمها القانون المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض في الأضرار الناجمة عن حوادث المرور، الذي صدر بموجب الأمر رقم 74-15 المؤرخ في 30 جانفي 1974 والمعدل والمتمم بقانون رقم 88-31، ثم تليه بعد ذلك مراسيم تنظيمية كمرسوم رقم 80-34 المؤرخ في 16 فيفري 1980 والمتضمن تحديد شروط تطبيق المادة 07 من الأمر رقم 74-15المعدل والمتمم وقد أصدر أيضا المشرع قانون رقم 83-13 والمتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية في 02 جويلية 2005 والذي بدوره قد كرّس المسؤولية الموضوعية للمنتج وأدرجها في القسم الثالث بعنوان المسؤولية الناشئة عن الأشياء[2].

ثانيا: أسباب ظهورها.

لقد ظهرت هذه المسؤولية للأسباب التالية:

1.**ظهور بعض المخاطر الجديدة:** في الثلث الأخير من القرن التاسع عشر حدث إنقلاب في الإقتصاد، فبعد أن كان اقتصادا زراعيا يقوم على عمل الرجل والحيوان، إنقلب إلى إقتصاد صناعي يرتكز على الآلات الميكانيكية، حيث انتشرت بعدها

[1] أمجد محمد منصور، **المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن الجمادات**، دار العلمية الدولية ودار الثقافة، عمان، الأردن، 2002، ص 147-146.

[2] أمين بن قردي، **المسؤولية الموضوعية في القانون الوضعي الجزائري**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الأساسي، جامعة مستغانم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017-2018، ص 29.

المصانع الكبرى التي تستخدم آلاف العمال مع تطور وسائل النقل وبالتالي ظهور أضرار هذه الآلات بوضوح على العمال، فكانت هذه الأخيرة تؤدي إلى أضرار كثيرة سواء بين الأشخاص أو الممتلكات.

2.**عدم كفاية القواعد العامة:** التي تفرض على المدعي إقامة الدليل على خطأ حارس الأشياء حيث بقي عدد كبير من ضحايا حوادث النشاط الإقتصادي والصناعي بدون تعويض وذلك لصعوبة إثبات خطأ المسؤول وهذا نتيجة التطور السريع للتقنيات الإقتصادية، ممازاد في كثرة الحوادث وتنويعها، فبعد حوادث السيارات والطائرات والسكك الحديدية أصبحت المصانع تستعمل بعض المواد الضارة، كما تصنع وتسوق منتجات خطيرة ومنها المواد السامة، وعليه يؤدي ذلك إلى إرهاق كاهل المتضرر أو ورثته في إثبات الخطأ ويضيع حقه في التعويض وجبر ضرره[1].

3.**إنتشار وذيوع الأفكار الاجتماعية التي تهدف إلى حماية المضرور:** نتيجة للتقدم الذي عرفته المجتمعات المعاصرة فإن النزعة المادية هي التي أصبحت تتحكم في مصير حقوق الأفراد وأصبحت المحاكم تبحث عن أبسط المنافذ التي تمكنها من إلقاء تبعات المسؤولية على الجهة المشكوك فيها وذلك على أساس أن الضحية أولى بالحماية من غيره[2].

في هذه الفترة قد برزت شخصية العامل، وأخذ يدرك مدى أهميته في المجتمع ويشعر بأن له حقوق يجب أن تحترم، خاصة مع تكوين نقابات للدفاع عن هذه الحقوق[3].

الفرع الثاني: أساس قيام المسؤولية الموضوعية.

تقوم المسؤولية الموضوعية على مجموعة من الأسس أهمها:

---

[1] علي فيلالي، مرجع سابق، ص 40-41.

[2] عبد القادر العرعاري، **مصادر الإلتزامات (المسؤولية المدنية)**، دار الأمان، الرباط: المغرب، ط 03، 2011، ص 61-62.

[3] علي علي سلمان، مرجع سابق، ص 151.

أولا: نظرية تحمل التبعية (تحمل المخاطر).

تتمحور هذه النظرية حول فكرة أساسية تتمثل في أن كل نشاط يؤدي إلى خلق مخاطر معينة يجعل صاحبه مسؤولا عن الضرر الذي يمكن إلحاقه بالغير نتيجة هذا النشاط، وذلك دون أن يفترض بالضرورة وجود خطأ قد أدى إلى إحداث الضرر، وعليه فإن النظرية تتأسس على ركنين فقط من أركان المسؤولية هما الضرر وعلاقته السببية، دون إشتراط أن يكون الفعل المتسبب في هذه المخاطر كأساس لمسؤولية البنك بما في ذلك من مخاطر تلازم الوظيفة البنكية بالنظر إلى المركز الإقتصادي للبنك، بحيث تتحمل البنوك مسؤولية أي ضرر يحدث للزبائن أو للغير نتيجة ممارستها لنشاطها، ودون أن تكون قد إرتكبت خطأ بالضرورة.

وكما أوضحنا سابقا تتعرض العمليات المصرفية التي يجريها البنك في الأنشطة اليومية للعديد من المخاطر، سواء كانت تلك المخاطر تتعلق بالعمليات نفسها، أو الوسائل التي تنفذ من خلالها، وقد اتخذت تلك المخاطر بعدا أوسع مع إعتماد البنوك المتزايد على الأنظمة الإلكترونية في تسيير أعمالها التي يعد ضحيتها في الغالب عملاء البنك الذين يفتقدون إلى الخبرة والدراية لعمل تلك الانظمة ومايمكن أن تخبئ لهم من أضرار مدمرة على حقوقهم المخزنة داخل ذاكرة الأنظمة الإلكترونية للبنك[1].

وبما أن البنك شخص مهني محترف لابد أن يكون مدركا لمخاطر تلك العمليات والأنظمة الألكنرونية التي تنفذ من خلالها وهو مطالب بإتخاذ كافة الوسائل والإحتياطات اللازمة لتلافي الأخطار الناجمة عنها، وتحمل البنك لمخاطر أنشطته سيؤدي إلى زيادة ثقة الأفراد في البنوك وسعيهم على التعامل معها، بما يعود بالفائدة الكبرى عليها، في حين أنه لو كان العملاء هم الذين يتحملون هذا الخطر، لأدى ذلك إلى إحجام الأفراد في التعامل إيثارا للسلامة والخوف من إحتمال إنعقاد مسؤوليتهم، الأمر الذي يترتب عليه أن تفقد البنوك الكثير من مواردها الأساسية التي تعتمد عليها في مزاولة نشاطها.

[1] حماد مصطفى عزب، **مسؤولية البنك عن الوفاء بالشيك المزور**، دار النهضة العربية، د ب ن، 1996، ص 249.

لهذا فإن إزدياد الأضرار التي تلحق عملاء البنوك مع إزدياد إستخدام البنوك للأنظمة التكنولوجية الحديثة في العمليات البنكية عموما وعمليات نقل وتحريك الأموال من طرف الزبناء كدليل كاف على أن تلك المخاطر ملازمة لهذه الأنظمة.

أن التقدم التكنولوجي الذي تشهده الأنظمة البرمجية لازال يقيم لنا المزيد من المخاطر خصوصا مع وجود تطور مصاحب لأساليب الهواة والمحترفين في اختراق تلك الأنظمة الذي أصبح من الصعب معه القول بأن مخاطر تلك الأنظمة مجرد مخاطر مادية وغير ملازمة لعمليات الوفاء بالنقود المودعة في حسابات العملاء، والذي يصعب على الزبون إثبات تلك الأخطار والأضرار الناجمة عنه أو حتى توقعها[1].

ويقسم الفقه صور إعمال هذه النظرية إلى صورتين: الأولى عامة أو مطلقة مفادها أن من ينشئ بفعله مخاطر في المجتمع يتعين أن يتحمل تبعة هذه المخاطر بغض النظر عما إذا كان مخطئ أم لا وبغض النظر عما إذا كان يستفيد من هذه المخاطر أم لا، فكل نشاط يقوم به شخص يسبب ضرر للغير، يقيم مسؤولية من يمارس النشاط، ويعبر الفقه عن هذه النظرية النظرية بأنها نظرية تحمل المخاطر المستحدثة.

أما الصورة الثانية للنظرية وهي الصورة الخاصة فهي تقوم على فكرة تخصيص الضرر للإستفادة من النشاط فكل شخص ينتفع من الشيء يتحمل مخاطر هذا الإنتفاع إعمالا لفائدة الغنم بالعزم فالمخاطر يتحملها من يعود عليه ربح النشاط، ويستخلص من ذلك أن هذه الصورة الخاصة تخاطب كل من يستخدم آلات حديثة متطورة في زيادة نشاطه أو تحقيق ربح أكبر أو فائدة أعم[2].

نقد النظرية.

[1] لخصر رفاف، مرجع سابق، ص 208.

[2] فطوم بلعلمي ، مباركة خنيش ، **المسؤولية المدنية للبنوك الناتجة عن إستخدام الكمبيوتر**، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر، قانون الشركات، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2018ص 39.

إن إعتماد نظرية المخاطر كأساس لمسؤولية البنك المدنية، وبالرغم من المزايا التي تحققها لاسيما في الحالة التي لايمكن فيها إثبات من المتسبب في الخطأ إلاّ أنها لم تتمكن من الحلول محل نظرية الخطأ لذلك فقد تعرضت لإنتقادات شديدة منها[1]:

أ. أن هذه النظرية تجعل البنك مسؤولا عن نتائج النشاط الذي يزاوله، الأمر الذي يؤدي إلى الإمتناع عن مباشرته إيثارا للأمان بدلا من إحتمال إنعقاد مسؤوليته ومايترتب عن ذلك من أضرار.

ب. أن الزبون قد يكون المنشئ للخطر.

ج. أن هذه النظرية وإن كانت تصلح لتبرير بعض الحالات لترتيب مسؤوليى البنك تجاه الزبون إلاّ أنها لا تصلح لتبريرها كليا.

د. أن إعتماد نظرية المخاطر على إطلاقها كأساس للمسؤولية يقضي على روح المبادرة الفردية فينجر عن ذلك جمود وشلل على الصعيدين الإقتصادي والاجتماعي، فالمجتمع السليم لايمكنه التطور والبقاء دون ضمان جو من الحرية لاتراه من أجل ممارسة نشاطاتهم الفردية، وفي الوقت نفسه، لايمكن للمجموعات الإقتصادية أن تستقر وترتقي دون توفير مناخ مناسب لعناصرها للعمل بحرية.[2] لهذا لايمكن العمل بنظرية المخاطر على إطلاقها حتى لاتحد من عمل البنوك والذي بالضرورة سينجر سلبا على الزبناء.

هـ. أن إعتماد هذه النظرية يقضي على روح المنافسة بين البنوك حيث يؤدي إلى ترددها كثيرا قبل إقدامها على عملية مصرفية معينة خوفا من ترتيب مسؤولياتها بسبب حدوث ضرر للزبون ولو دون خطأ منه، الأمر الذي يجعل فكرة الخطأ هي الأقرب إلى تأسيس مسؤولية البنوك على أساسها وتشكل أساسا عاما لمسؤوليتها العقدية أو التقصيرية تجاه الزبناء.

[1] عائشة زرواق، مرجع سابق، ص 349.

[2] لبنى عمر مسقاوي، مرجع سابق، ص 230.

ثانيا: نظرية الضمان.

تعتبر نظرية الضمان من النظريات الجادة التي طرحها الفقه الفرنسي الحديث في صدد محاولاته إيجاد أساس بديل للمسؤولية المدنية، غير فكرة الخطأ التي قدر أنها أفلست تماما وأصبحت متجاوزة[1]، ولقد نادى الفقهاء بإقامة المسؤولية على أساس الضمان وعلى رأسهم ستاركStarck ، وذلك تأسيسا على أنه مادامت وظيفة المسؤولية هي التعويض، فإنه يجب مراعاة المضرور ومأأصابه من ضرر غير محتمل لاذنب فيه، بهيدا عن أي تقدير لمسك الفاعل أو المسبب في الضرر وما إذا كان يتسم بالخطأ أم لا، وأن كل مساس بحق الشخص، يجب تعويضه مادام القانون لم يوجب عليه تحمل ذلك الضرر أو المساس بحقوقه، ومنه تقوم هذه النظرية على الإعتراف للإنسان بوجود حق فردي له في الأمن.

ويعتبر كل إعتداء عليه أو على أمواله عملا ضارا لايستند إلى حق وتميز هذه النظرية بين طائفتين من الأضرار فالطائفة الأولى هي الأضرار التي تصيب الجسم والأموال نسبة إلى قانون "إكيليا" الذي كان ينص عليها، وهي أضرار غير مشروعة مبدئيا وليس لأحد أن يرتكبها.

أما الطائفة الثانية هي الأضرار المالية المحضة والأضرار الأدبية، وهي التي لاتظهر صفتها الشرعية أو غير الشرعية إلاّ بعد فحص حقوق المسؤول لمعرفة ماإذا كان في بعض الحالات يتمتع بحق يسمح له بالإضرار بالغير مثل حق الدفاع الشرعي.

نقد النظرية.

يلاحظ في البداية أن نظرية الضمان بما تنادي إليه من ضرورة إقامة المسؤولية المدنية على أساس فكرة الضمان وليس على أساس فكرة الخطأ تتفق إلى حد بعيد مع المبادئ المستقرة في الشريعة الإسلامية من إقامة المسؤولية على فكرة

[1] Eugine (L.B): réfection sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français. RTD.CIV. 19977, p225.

الضـرر وحـده دون إثبـات الخطـأ وهـذا يـدّل علـى رقـي الشـريعة الإسـلامية فـي التكفـل بتعويض المضرورين[1].

ولعـلّ أهـم الإنتقـادات الموجهـة لهـذه النظريـة أنهـا قائمـة علـى فكـرة فلسـفية محضـة تقـوم علـى الموازنـة والمفاصـلة بـين حقـوق المضـرور والمتسـبب فـي الضـرر أو المسـؤول وينتهـي بـذلك إلـى نتـائج لاسـند لهـا فـي القـانون، وهـي القـول بوجـود أضـرار مشـروعة لايرتـب عليهـا القـانون المسـؤولية، وأضـرار غيـر مشـروعة ترتـب مسـؤولية مـن يتسبب فيها على النحو الذي رأيناه خلال عرض هذه النظرية.

وكإسـتنتاج أخيـر، نجـد أن المسـؤولية الموضـوعية تتفـق مـع التطـور الاقتصـادي أو بـالأحرى مـع نظـام اقتصـادي يقـوم علـى الصـناعة، ومـادام الشـخص ينتفـع بشـيء فمـن العـدل أن يتحمـل مخـاطره، وهـي بـذلك تحقـق العـدل والأمـان، فيمـا يخـص التعـويض للمضـرورين بعـدما أرهقـت فكـرة الخطـأ كـاهلهم، وذلـك بتسـير الإثبـات مـن أجـل حصـول كـل مضـرور علـى حقـه فمـن خلالهـا يكـون لـه الحـق فـي التعـويض دون عنـاء وهـي تشـكل لهـم ضـمانة لأي صـعوبات قـد تطـرأ عنـد مطـالبتهم بـالتعويض فيكفي لحصول الضرر حتى يستوفي المضرور حقه من التعويض[2].

ثالثا: نظرية المهني المحترف.

يعتبـر البنـك الطـرف الأقـوى المتفـوق اقتصـاديا فـي العقـود البنكيـة التـي تربطـه بزبائنـه العـاديين أو المسـتهلكين فهـو يحتـرف ممارسـة الأعمـال البنكيـة وينـدرج هـذا الاحتراف في صميم التعريف التشريعي المقدم للبنك من قبل المشرع الجزائري.

فتـنص المـادة 70 مـن الأمـر رقـم 03-11 التعلـق بالنقـد والقـرض علـى مـايلي: " البنـوك مخولـة دون سـواها بالقيـام بجميـع العمليـات المبينـة فـي المـواد مـن 66 إلـى 68 أعلاه بصفة مهنتها العادية ".

[1] محمود جلال حمزة، **المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري**، رسالة نيل درجة دكتوراه دولة في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، د س ن، ص 23.

[2] أمين بن قردي، مرجع سابق، ص 180.

وبالعودة إلى المواد المحال إليها بموجب هذا النص يتبين أنها تتعلق بالعمليات البنكية عمليات تلقي الأموال من الجمهور، عمليات القرض وكذا عمليات وضع الأموال تحت تصرف الزبائن وإدارة هذه الوسائل.

إنّ البنك لايمارس العمليات البنكية بصفة عادية فحسب إنما يتخذها مهنة والمهنية والاحتراف في ممارسة هذه العمليات أشمل من مجرد الإعتياد عليها، فإذا كان يقصد بهذا الأخير تكرار وقوع العمل من وقت لآخر دون أن يصل إلى درجة الاستمرار والانتظام فإن إتخاذ هذه العمليات مهمة يعني مباشرتها بصورة منتظمة ومستمرة[1].

إذا يعدّ البنك محترفا في ممارسته لنشاطه وليس هذا فحسب بل خوّله المشرع بموجب الأمر المذكور أعلاه احتكار ممارسة هذا النشاط، وهو ما يستفاد من العبارة الواردة بالنص المشار إليه أعلاه: " البنوك مخولة دون سواها...".

وبذلك يتأكد وصف البنوك بكونها المتفوقة اقتصاديا في علاقاتها بزبائنها.

كذلك فإن السرعة والثقة التي تتطلبها العمليات التجارية ومايترتب على ممارستها من مخاطر كبيرة لاتقتصر على الأشخاص العاديين الذين يستخدمونها، وإنما قد يؤثر على الإقتصاد القومي ككل، بل قد تتخذ في بعض الأحيان بعدا عالميا مما جعل المشرع يدرك حقيقة خطورة تلك العمليات وأسند ممارستها إلى أشخاص مهنيين محترفين لديهم من الخبرة والدراية والإمكانات المادية والفنية والقانونية مايمكنهم من ممارسة تلك العمليات بكفاءة واقتدار[2].

وإكتساب البنوك التجارية عند ممارستها لأنشطتها المصرفية لصفة المهني المحترف أدت إلى إدراك الفقه منذ فترة طويلة للدور الذي تلعبه الصفة المهنية في تحديد الإلتزامات التي تثقل كاهلها في علاقتها مع غير المهنيين والتي قد تقع على

[1] عزيز عبد الأمير العكيلي، احتراف الأعمال التجارية كشرط لازم لاكتساب صفة التاجر، مجلة الحقوق، العدد02، 1986، ص 78.

[2] لخضر رفاف، مرجع سابق، ص 192.

كاهلها إلتزامات مشددة لانظير لها بالنسبة للأشخاص العاديين المتعاملين معها نتيجة لاحتكارها معظم العمليات المصرفية عموما وخدمات بطاقات الإئتمان على وجه الخصوص، وتستمد تلك الالتزامات وجودها من الأعراف والعادات المصرفية السائدة.

ولايقتصر دور الصفة المهنية على تشديد مضمون إلتزامات البنك في مواجهة عملائه وإنما تنعكس ظلالها على مسؤوليته حيث تجعله مسؤولا مسؤولية مشددة عن أي أخطاء يرتكبها في مواجهة عملاءه، فالصفة المهنية لها أهمية كبيرة في تحديد معيار الخطأ الذي تقوم به مسؤولية المهني، فمعيار الخطأ المهني لايقاس بمعيار خطأ الرجل العادي من أوسط الناس، وإنما يقاس بسلوك مهني من الطائفة نفسها ونفس الدرجة لامتلاكه الخبرات العلمية والعملية مالايتوافر للأشخاص العاديين.

إن الخصائص والمميزات التي تتميز بها مسؤولية الشخص المهني دفعت البعض إلى القول بأن هذه المسؤولية ذات طبيعة خاصة تقوم على أساس المزج بين قواعد المسؤولين العقدية والتقصيرية أو بعض قواعدها ليفرز نوع ثالث ونموذج آخر للمسؤولية يسمى المسؤولية المهنية، هذا النوع الجديد من المسؤولية لايطلق إلا على فئة أو طائفة خاصة من الأشخاص هي فئة المهنيين الذين يمتلكون الخبرة والدراية الكافية بأصول مهنتهم وقواعدها، ومتابعتهم لما يطرأ عليها من تقدم وتطور، التي تفرض عليهم من الأحكام والإلتزامات مالايتوافر بالنسبة للأفراد العاديين، وينتظر الشخص العادي منهم من العناية والحرص عند آداء مهنتهم مالاينتظر من الباقين.

فالمهني يجد نفسه ملزما باتباع مجموعة من القواعد التي تجد مصدرها في العادات المهنية أكثر منه في العقد، فقد اعتبرت هذه العادات مصدرا أساسيا

لالتزامات المهني، وتكونت فيها القوانين واللوائح، هذه العادات تحدد مضمون إلتزامات المهني، بل وقد تحدد التعويض وحدوده في حالة وجوبه[1].

نقد النظرية:

إن القضاء لازال ينظر إلى علاقة العميل المضرور بالشخص المهني على أنها علاقة عقدية، ويقيم مسؤوليتة على هذا الأساس، فالأشخاص لاينظمون في العقد إلا المسائل الأساسية، ويبقون الكثير من المسائل للعرف والقانون أما من الناحية القانونية فهو يرى أن المشرع لم ينظم إلاّ نوعين من المسؤولية العقدية والتقصيرية، أما المسؤولية التي تجمع في طياتها بين نصوص وخصائص كل من المسؤولين فإنها لاتجد لها سندا من القانون.

إن أثر الصفة المهنية لايؤدي إلى تغير طبيعة المسؤولية المدنية للبنك المهني بخلق مسؤولية جديدة تختلف عن تلك التي حددها القانون، وإنما تؤدي إلى تشديد في مضمون إلتزامات الشخص المهني وتأثيرها على المعيار الذي يقاس على خطأه، بحيث لايقاس على أساس خطأ الرجل المعتاد، وإنما على أساس المهني الذي وجد في الظروف نفسها والدرجة بحكم خبرته وإلمامه بأصول مهنته وقواعدها، والذي ليس من العدل أن يتساوى في مقياس خطئه بخطأ الأشخاص الذين قد لايكون لديهم تلك الخبرة والدراية التي يمتلكها الشخص المهني.

المطلب الثاني:

تطبيقات المسؤولية المدنية للبنك.

تقوم البنوك بمجموعة من العمليات المصرفية في إطار علاقتها مع الزبناء والأشخاص الراغبين في الإستفادة من خدماتها، وتبقى أهم المعاملات شيوعا تلك المتعلقة بإستثمار أموال العميل، البيع والشراء له، الوفاء عنه ... إلخ، وتتم هذه الأنشطة بناءا على عقد يبرم بين البنك والعميل بالتالي يتعرض البنك عند تنفيذه أحد عقود الخدمات السالف ذكرها للمسؤولية بجل أنواعها، لهذا سنتطرق إلى كل

[1] محمد عبد الظاهر حسين، مرجع سابق، ص 37.

من تطبيقات المسؤولية العقدية (الفرع الأول) وتطبيقات المسؤولية التقصيرية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تطبيقات عن المسؤولية العقدية.

سنتناول في هذا الفرع بعض التطبيقات العملية عن مسؤولية البنك العقدية إتجاه الزبائن.

أولا: مسؤولية البنك عن تحصيل حقوق العميل.

يتعرض البنك للمسؤولية العقدية حالة عدم تنفيذه لأحد إلتزاماته الناشئة بموجب العقد كما إذا لم يقم بتحصيل حقوق العميل المكلف بتحصيلها وترتب من جراء كذلك ضررا للعميل، فيجب على البنك أن لايخالف تعليمات الزبون التي تصدر إليه أثناء تنفيذ العقد، ويكون مسؤولا إذا لم يقدم حسابا بعد إنتهاء العقد للعميل مؤيدا بالمستندات عن كافة الإجراءات التي إتخذه، كمايتعرض البنك للمسؤولية إذا إمتنع عن رد الأموال التي حصلها والمستندات المتعلقة بتنفيذ العقد.

ويتعرض البنك للمسؤولية إذا تخلّف عن تنفيذ العقد دون عذر مقبول أو حالة تنفيذه للعقد بشكل سيء أو بطريقة مخالفة للعرف المصرفي كذلك تقوم المسؤولية العقدية إذا قام بأعمال الغش أثناء تنفيذ العقد، كما إذا تواطأ مع عميل المدين ولم يحصل منه الدين، ويتعرض أيضا البنك للمسؤولية إذا تأخر في تقديم حساب للعميل عن عمليات التحصيل التي قام بها أو لم يقدم حسابات غير حقيقية للعميل وأصيب الزبون بضرر من جراء ذلك[1].

ثانيا: مسؤولية البنك عن تنفيذ عقد إستثمار أموال العميل.

يعهد العميل للبنك بإستثمار أمواله، وذلك لما لهذا الأخير من خبرة ودراية في مجال الإستثمار، والعميل يتقدم لإدارة الإستثمار بالبنك يطلب منها إستثمار أمواله وذلك بإحدى الوسيلتين التاليتين:

- أن يحدد العميل مجرى الإستثمار الذي يريده.

[1] غنية عباس، مرجع سابق، ص 182.

– أن يترك العميل للبنك اختيار مجرى الإستثمار، وتقوم الإدارة بإختيار مجرى الإستثمار المناسب للعميل ويحدد الإتفاق – الذي يبرم بين البنك والعميل – من الذي يملك إصدار القرار النهائي بالنسبة لاختيار وتنفيذ مجرى الإستثمار، وفي هذه الحالة يكون البنك وكيلا عن العميل في إستثمار الأموال لأنه يقوم بتصرفات قانونية لمصلحة الوكيل وينوب عنه فيها، يلزم البنك بتنفيذ العقد، وتقديم حساب للعميل بتقديم الأموال المراد إستثمارها مع دفع العمولة والمصاريف التي تكبدها البنك[1].

ويكون البنك مسؤولا إذالم يقم بإستثمار أموال العميل كذلك يكون مسؤولا حالة خروجه عن حدود الوكالة دون أخذ الإذن، ومنه يحق له الرجوع على البنك بالتعويض للأضرار التي عادت عليه بسبب سوء تصرفه في الوكالة.

عند إنتهاء العقد يلتزم البنك بأن يرد للعميل الأموال التي أودعها لاستثمارها والأرباح التي حققها من إستثمار هذه الأموال طوال مدة العقد وكافة المستندات المتعلقة به[2].

إذا اتفق العميل مع البنك على أن يستمر تنفيذ العقد بعد وفاته إلاّ أنه انهى العقد بعد موت العميل فإنه يكون مسؤولا قبل الورثة عما عاد عليهم من ضرر بسبب إنهاء العقد[3].

ثالثا: مسؤولية البنك عن تنفيذ عقد البيع والشراء للعميل.

لما كان العميل يضع أمواله في البنك فإنه يستعين به ليبيع له أشياء أو يشتري له سلعة معينة، لما لدى البنك من خبرات وسرعة إتصاله بجميع أنحاء العالم لوجود مراسلين عديدين له، ويكون البنك وكيلا عن العميل في هذه التصرفات،

[1] الشواربي عبد الحميد، **عمليات البنوك في ضوء الفقه القضاء التشريع وصيغ العقود والدعاوي التجارية وفقا لقانون التجارة رقم 17 لسنة 1999**، منشأة المعارف، د ب ن، د س ن، ص 519.

[2] الشواربي عبد الحميد،مرجع سابق، ص 520.

[3] المرجع نفسه، ص 524–525.

ومن ثم فإن أثرها يكون على العميل ويتقاضى البنك عمولات مقابل قيامه بهذه الخدمات[1].

وبمجرد إنعقاد العقد يترتب في ذمة كل من البنك والعميل إلتزامات، فيلتزم البنك بتنفيذ العقد والمحافظة على الأشياء التي يستلم من العميل، وبتقديم حساب العميل وبأن يصل بالأعمال التي بدأ إلى حالة التي لايتعرض فيها مصلحة العميل للضرر أو الخطر، ورد المبالغ والمستندات المتعلقة بالعقد للعميل، وعدم إفشاء سر العميل، ويلتزم العميل بدفع النقود اللازمة لتنفيذ الصفقة ودفع العمولة، ودفع المصاريف التي تكبدها البنك وتعويضه عن الأضرار التي تصيبه من جراء تنفيذ الصفقة مثال ذلك أن يطلب العميل من البنك شراء أسهم شركة معينة فلا ينفذ الطلب أو يطلب منه بيع أسهمه فيمتنع عن بيعها، أو أن يطلب منه أن يبيع بضاعته المخزنة بمخازن البنك فلايستجيب لهذا الطلب.

والبنك يكون ملزما بتنفيذ تعليمات العميل الآمرة، فإذا كان العميل قد حدد سعرا لبيع أسهمه، إلاّ أن البنك باعها بسعر أقل من السعر المحدد، فيكون للعميل حق المطالبة بالتعويض.

كما أن البنك يكون مسؤولا إذا لم يخطر العميل بتطورات عملية البيع أو الشراء محل العقد ويحق للعميل إن أصابه ضرر من جراء عدم إبلاغ البنك له بالمعلومات المتعلقة بتنفيذ العقد، أن يرجع على البنك بالتعويض، والبنك ملزم بأن يقدم للعميل كشف حساب بعد الإنتهاء من تنفيذ العقد مؤيدا بالمستندات، ويتعرض البنك للمسؤولية إذا أفشى سر العميل أو أي معلومات تتعلق بعملية البيع أو الشراء[2].

رابعا: مسؤولية البنك عن تنفيذ عقد الوفاء عن الزبون.

[1] إبراهيم سيد أحمد، **مسؤولية البنك عن العمليات المصرفية فقها وقضاء**، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص14.

[2] غنية عباس، مرجع سابق، ص 166.

يتفق العميل مع البنك على أن يقوم الأخير بالوفاء عنه، وذلك لما لدى البنك من الإمكانيات والمقومات التي تمكنه من الإستجابة في الوفاء عن عملائه بكفاءة ويسر، ويشترط في هذه الحالة أن يكون العميل لديه نقود مودعة بالبنك، إما في حساب جار أو عادي، ويقوم الزبون بسحب شيكات على البنك ليبقى هذا الأخير بقيمتها للمستفيد، أو تخصيص الزبون وديعة الوفاء بقيمة كمبيالة يسحبها على البنك.

وبمجرد إنعقاد العقد يلتزم كل من البنك والعميل بإلتزامات، فيلتزم البنك بتنفيذ العقد وتقديم حساب للعميل ورد المستندات التي في يده للعميل، وعدم إفشاء سر العميل، كما يلتزم العميل بأن يقدم للبنك محل الوفاء المطلوب الوفاء به، ودفع العمولة ورد المصروفات التي يتكبدها البنك عن الأضرار التي تصيبه من جراء تنفيذ العقد.

ولايحق للبنك أن يخرج في تنفيذ العقد عن نطاق الوكالة، فإذا كان العميل قد أودع مبلغا في وديعة مخصصة للوفاء به لشركة تنتج سيارات ثمنا لسيارة إشتراها من هذه الشركة فلا يحق للبنك أن يوفي بهذا المبلغ لأي دائن آخر للعميل.

ويلتزم البنك برد الأموال المتعلقة بتنفيذ العقد للعميل بعد إنتهاء العقد ويكون مسؤولا إذا أنهى العقد بإرادته المنفردة وقبل إنتهاء مدته دون سند من القانون وترتب على ذلك ضرر للزبون أو إذا امتنع عن تنفيذ العقد دون عذر مقبول، أو نفذ العقد تنفيذا سيئا أو بطريقة مخالفة للعرف المصرفي.

إذا انتهى العقد بسبب وفاة الزبون فإن البنك يكون ملزما برد الأموال المتعلقة بتنفيذ العقد للورثة بعد أن يتأكد من صفتهم عن طريق الإطلاع على إعلان الورثة ويكون البنك مسؤولا إذا امتنع عن تسليم الورثة أموال الزبون وأصابهم ضرر جراء ذلك.

ويتعرض البنك للمسؤولية إذا تأخر في الوفاء عن الزبون وترتب من جزاء تأخيره ضرر للزبون أو إذا أخطأ في صرف شيك سحبه الزبون عليه، أو إذا تأخر في إعلام الزبون بالمعلومات الضرورية عن تنفيذ العقد أو إذا أدخل الغش في تنفيده[1].

الفرع الثاني: تطبيقات عن المسؤولية التقصيرية.

نعالج في هذا الفرع بعض التطبيقات العملية عن المسؤولية التقصيرية للبنك في مواجهة الزبائن.

أولا: مسؤولية البنك عن تحصيل حقوق العميل.

يتعرض البنك للمسؤولية التقصيرية، إذا كان العقد باطلا وترتب من جراء تصرف البنك بسبب تنفيذ العقد ضرر للعميل، فإن العميل يحق له أن يرجع على البنك بالتعويض لأن العقد الباطل لاينتج أي أثر، لذلك إذا كان العقد قابل للإبطال وقضي ببطلانه.

وإذا تصرف موظف البنك مع العميل تصرفا خاطئا مثل الإعتداء عليه بالضرب أو بالقول عليه فإن البنك يكون مسؤولا قبل العميل على أساس المسؤولية التقصيرية.

وإذا أوقع الدائن والعميل حجز ما للمدين لدى الغير تحت يد البنك فإن البنك يكون ملزما بالتحفظ على أموال العميل المودعة لديه، ويكون البنك مسؤولا قبل الحاجز إذا سلمها للعميل رغم إعلامه بالحجز، أو إذا أدخل الغش في اقراره بما في الذمة، ومسؤوليته في هذه الحالة تقصيرية.

ثانيا: مسؤولية البنك عند تنفيذ عقد استثمار أموال العميل.

يتعرض البنك للمسؤولية التقصيرية عند تنفيذ عقد إستثمار أموال العميل إذا كان العقد باطلا وترتب من جراء تنفيذ العقد ضرر للعميل إذا كان العقد قابلا للإبطال.

ويكون البنك مسؤولا طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية إذا تصرف موظف البنك مع العميل تصرفا يخل بالإلتزام التعاقدي ويترتب من جرائه ضرر للعميل مثل الإعتداء بالضرب أو بالقول على العميل.

[1] غنية عباس، مرجع سابق، ص 68.

وإذا أوقع الدائن أو العميل حجز ما للمدين لدى الغير تحت يد البنك فإن البنك يكون ملزما بالتحفظ على أموال العميل المودعة لديه، ويكون البنك مسؤولا قبل الحاجز إذا سلمها للعميل رغم إعلامه بالحجز، أو إذا أدخل الغش في إقراره بما في الذمة، ومسؤوليته في هذه الحالة تقصيرية.

ثالثا: مسؤولية البنك عند تنفيذ عقد البيع والشراء للعميل.

يتعرض البنك للمسؤولية التقصيرية عند تنفيذه عقد الوفاء للزبون، إذا كان العقد باطلا وترتب من جراء ذلك التنفيذ ضرر للزبون، لأن العقد الباطل لايتيح أثرا، ويمكن للبنك أن يدرأ المسؤولية عنه بأن يثبت بأن الضرر الذي عاد على الزبون كان بسبب خطأ الزبون، وإذا كان العقد قابلا للإبطال، ويقرر بطلانه وأصاب الزبون ضرر بسبب تنفيذ البنك للعقد، فإنه يحق للزبون أن يرجع على البنك بالتعويض طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية.

يكون البنك مسؤولا إذا تصرف موظف البنك مع العميل تصرفا لايعدّ إخلالا بإلتزام عقدي وترتب من جراء ذلك ضرر للزبون، كان يعتدي موظف البنك على الزبون بالضرب أو بالقول بمقر البنك.

رابعا: مسؤولية البنك عند تنفيذ عقد البيع والشراء للعميل.

يتعرض البنك للمسؤولية التقصيرية عند تنفيذ عقد البيع والشراء للعميل إذا كان العقد باطلا وترتب من جراء ذلك ضرر للعميل، لأن العقد الباطل لاينتج أثرا، ويكون سند دعوى التعويض قائما على أساس المسؤولية التقصيرية ويستطيع البنك أن يدفع المسؤولية بإثبات[1] أن خطأ الزبون هو الذي أدى إلى وقوع الضرر وثبت أن العميل لم يصبه ضرر.

وإذا كان العقد قابلا للإبطال أو تقرر بطلانه، وأصاب الزبون ضرر بسبب تنفيذ العقد، فإنه يمكن للزبون أن يرجع على البنك بالتعويض طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لأن العقد الذي يقرر بطلانه لاينتج أثرا.

[1] الشواربي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 521-522.

ويسأل البنك حالة تصرف موظف البنك مع الزبون تصرفا لايعدّ إخلال بإلتزام عقدي، كالإعتداء عليه بالقول أو الضرب.

ويشترط لتحقيق المسؤولية في جميع هذه الصور أن يكون قد أصاب الزبون ضرر لأن مسؤولية البنك لاتقوم بدونه.

المطلب الثالث:

العوامل التي تحد من مسؤولية البنك تجاه الزبون.

إنّ الصفة المهنية للبنك واحتكاره لأنشطته وإمتلاكه للأدوات والأنظمة الإلكترونية جعلته يستأثر بوضع الشروط التي تحقق مصالحه فقط، دون النظر إلى مايمكن أن يترتب عن ذلك من أضرار للعميل، فوضعيته القانونية لهذا الأخير لاتسمح له بمناقشة شروط العقد، فهو إما أن يقبلها كما هي أو يرفضها (كما ذكرنا سابقا في الفصل الأول).

لهذا تتفنن البنوك بوضع الشروط التي تعفيها من أي مسؤولية يمكن أن تقع عليها، تارة من خلال الزيادة في إلتزامات العميل وتارة من خلال الحد من إلتزاماتها أو تحديد مسؤولياتها أو الإعفاء منها بشكل صريح، لقد أضحت حماية العميل الطرف الضعيف في العلاقة العقدية الشغل الشاغل لمختلف التشريعات، هذه الحماية التي قررتها التشريعات لاتسمح للبنك بالتهرب من مسؤوليته بل على العكس من ذلك تكرسها وتشدد فيها، مراعاة العميل المستهلك لخدمات البنك بناءا على عدم حصول العميل على حقه في التعويض.

سنتناول إنتفاء المسؤولية المدنية للبنك في الفرع الأول، والاتفاق على الاعفاء من المسؤولية الفرع الثاني.

الفرع الأول: إنتفاء المسؤولية المدنية عن البنك.

إن حق البنك في دفع المسؤولية يوازي حق العميل في التعويض عن الضرر الذي حصل له بحيث يلتزم القاضي بالاستماع إلى كلا الطرفين، فالبنك يستطيع المنازعة بتحقيق مسؤوليته من خلال نفي العلاقة بينه وبين الضرر الحاصل للعميل مما يؤدي إلى إنعدام المسؤولية وبالتالي إعفاء نفسه منها أو تحريره من

أعبائها كليا أو جزئيا، وتنعدم العلاقة السببية بين الفعل والنتيجة بوجود سبب أجنبي عن الفعل الذي قام به البنك، وهذا السبب إما أن يكون راجع لقوة قاهرة أو لفعل الغير أو لخطأ العميل وهذا ماتتناول الدراسة.

أولا: القوة القاهرة.

تعدّ القوة القاهرة أحد أهم الحالات التي يلجأ إليها البنك المسؤول عن الضرر لدرء المسؤولية عنه، فالحادث الفجائي هو " واقعة ترجع لفعل الطبيعة أو لفعل الحيوان لاتجد سببها في الفعل الذاتي للشيء وخارجة عن إرادة الحارس وتكون هي التي أثرت على الشيء الذي في حراسته وجعلته يلحق ضررا بالغير" فجمهور الفقهاء والقضاء لايفرق بين القوة القاهرة والحادث الفجائي، فيدّل أولهما على استحالة الدفع، وثانيهما إلى عدم إمكان توقعه ويؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام في المسؤولية العقدية، وانقطاع الرابطة السببية في المسؤولية التقصيرية، ويجب لتوفر القوة القاهرة أن تكون الحادثة معلومة، فإذا لم يتضح سبب الضرر لبقاء بعض الظروف التي أحاطت بوقوعه مجهولة لايستطيع المدعي عليه أن يتمسك بالقوة القاهرة، لذلك يجب على البنك حتى يعفي نفسه من المسؤولية إثبات توفر الشروط في القوة القاهرة وهي عدم إمكانية التوقع وعدم إمكانية الدفع بالإضافة إلى شرط خارجية الحدث.

أ. عدم إمكانية التوقع:

فيشترط في الحادث أن لايكون متوقع الحدوث، فإذا أمكن توقعه لايعتبر من قبيل القوة القاهرة وماتجدر الإشارة إليه أن الحادث يجب أن يكون غير مستطاع التوقع لا للبنك نفسه فقط وإنما من جانب أشد الناس حرصا، فإذا كان قياس الخطأ الذي ارتكبه الشخص يتم بالنظر لمسلك الرجل المعتاد، فإن المعيار الذي يتأسس عليه هو نفي البنك لمسؤوليته عند التمسك بالقوة القاهرة يتم وفقا لمعيار موضوعي لايكتفي فيه بالشخص العادي، وإنما يتمثل في أن الحادث غير ممكن التوقع حتى

من أشد الناس يقظة[1]، وبالتالي ينبغي الأخذ بعين الاعتبار كون البنك يعتبر شخصا مهنيا محترفا يمتلك من الإمكانات مالايمتلكها غيره من الأشخاص عند تقدير مدى إمكانية التوقع، فيتم التعامل معه وفقا لهذه الكيفية ومقارنته بأشد البنوك حرصا في حدود الظروف المألوفة.

ب. عدم إمكانية الدفع:

وتعني أن البنك لم يكن في مقدوره تجنب هذه الوقائع، كما هو الحال في إستحالة التوقع، يرتبطان بظروف الحال إرتباطا وثيقا، فهي لاتعني إستحالة دفع وقوع الضرر، بالنظر للوضعية الاقتصادية للبنك ومدى إطلاعه على كل المتغيرات التي تطرأ على الساحة المالية وكذا بالنظر إلى الوسائل التي يملكها، لذلك لابد أن تكون إستحالة مطلقة بالنسبة إليه، والإستحالة هنا قد تكون مادية أو معنوية، أو كمثال عن هذه الأخيرة مايفرضه الواجب المهني المصرفي في واجب الالتزام بالامتناع عن العمل بعد إفشاء الأسرار المصرفية للعملاء، ويقدر معيار إستحالة الدفع بالنسبة للبنك بنفس معيار عدم التوقع، وتخضع في تقديرها لرقابة قاضي الموضوع[2].

ج. خارجية الحدث:

يشترط في الحادث أن لايكون المدين هو البنك أي يد في وقوع الضرروهو مايستوجب عدم وقوع أي خطأ منه وأن يكون الحادث اجنبيا عن النشاط الذي يمارسه، فلا تعتبر من قبل القوة القاهرة الحوادث التي تدخل في صميم أعمال البنك، كأعمال الصيانة التي يفترض أن يقوم بها لأجهزته وأنظمته الإلكترونية، والأحداث الناتجة عن عدم إحترازه وأخذه بالإحتياطات اللازمة لحماية النظام الالكتروني.

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 737.

[2] عبد الرزاق السنهزري، مرجع سابق، ص 779.

ويستطيع البنك التمسك بالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي لاثبات أن الأضرار التي أصابت العميل ترجع إلى حادث مستقل عن إرادته وغير متوقع منه، كما أنه يستحيل معه تنفيذ إلتزامه تجاهه، ومن أمثلة ذلك أن يثبت البنك حدوث قطع مفاجئ للكهرباء مما جعل الجهاز بفقد كل البيانات المعطاة له، أو نشوب حريق في مبنى البنك أثر في أسلاك الاتصالات بينه وبين غيره من البنوك، أو قرصنة وحدة التخزين الرئيسية للبنك للتلاعب في حسابات العملاء.

ثانيا: خطأ الغير.

يعتبر خطأ الغير وفقا لأحكام المادة 127 من ق م ج، من الأسباب التي تؤدي إلى نفي العلاقة السببية بين الضرر والخطأ، وبالرغم من نص المشرع الجزائري على خطأ الغير إلا أنه لم يحدد لنا المقصود من الغير الذي يعتد بخطأ كسبب لاعفاء البنك من المسؤولية وقد عرف خطأ الغير على أنه: "مساهمة خطأ شخص أجنبي عن البنك مع خطأ هذا الأخير في إحداث الضرر "[1]، ويقاس خطأ الغير بمقياس الرجل المعتاد، وبالتالي يعتبر الفعل الذي وقع من الغير خطأ إذا ثبت أن هذا الفعل يمثل إنحرافا عن السلوك المألوف للرجل المعتاد ولمعرفة متى يعتبر خطأ الغير سببا لإعفاء البنك من المسؤولية نميز بين حالتين:

أ. إعفاء البنك من المسؤولية لخطأ الغير:

الحقيقة أن خطأ الغير لايعتبر سببا مستقلا قائما بذاته للإعفاء من المسؤولية، إذ يجب أن تتوفر فيه شروط القوة القاهرة، فيجب أن يكون غير متوقع الحدوث وغير قابل للدفع، كما يجب في فعل الغير أن يجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا على البنك، ويجب أن لايكون لهذا الأخير سبب في إحداث الضرر الناتج عنه، فمتى ثبت أن خطأ الغير كان هو السبب الوحيد في إحداث الضرر يعفى البنك من المسؤولية.

ب. إجتماع خطأ البنك مع خطأ الغير:

[1] العربي بلحاج، **النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري**، مرجع سابق، ص 206.

إذا وقع خطأ من البنك وإشترك مع خطأ الغير في إحداث الضرر، ففي هذه الحالة يكون هناك أثر لفعل الغير في مسؤولية البنك على إعتبار أنه يشكل خطأ، شريطة أن يكون لهذا الخطأ أثر في إحداث الضرر، وهذا وفق فرضين:

1. **الفرض الأول:** إستغراق أحد الخطأيين للآخر: ففي هذا الفرض إذا تسبب كل من خطأ البنك والغير في إحداث ضرر للزبون وكان أحدهما قد استغرق الآخر، فكان هو وحده السبب في إحداث الضرر، فإذا إستغرق خطأ الغير خطأ البنك هنا يسأل الغير وحده مسؤولية كاملة، وتنفى بذلك مسؤولية البنك، ويستغرق خطأ الآخر إذا كان متعمدا أو هو الذي دفع إلى إرتكاب الخطأ الآخر.

2. **الفرض الثاني: إستقلال كل خطأ عن الآخر:** ففي هذا الفرض، إذا لم يستغرق أحد الخطأين الآخر، يعتبر كل منهما سببا في إحداث الضرر وبالتالي تنقسم المسؤولية بين المسؤولين المتعددين بحسب جسامة خطأ كل واحد منهم، فإذا لم يكن في الإستطاعة تحديد جسامة الخطأ قسمت المسؤولية بالتساوي بين الطرفين[1].

ثالثا: خطأ الزبون (العميل).

يلتزم العميل شأنه شأن البنك بمجموعة من الإلتزامت الناتجة عن العقد الذي يربط بينهما وهو مطالب بتنفيذها، وفقا لما يقتضيه حسن النية، وفي حالة ماإذا خالف العميل هذه القواعد يعفي البنك من المسؤولية، إلاّ أن ذلك لايعني تحمل العميل المسؤولية كاملة في حال صدور أي خطأ منه، فقد يترك خطأ البنك مع الخطأ الذي يصدر عن العميل في إحداث الضرر، وفي هذه الحالة يجب الأخذ بعين الإعتبار مدى جسامة الخطأ الصادر عن كلا الطرفين لتحديد نسبة تأثير كل منهما في إحداث هذا الضرر.

أ. خطأ العميل هو السبب المباشر للضرر:

[1] عائشة زرواق، مرجع سابق، ص 381-383.

يلتـزم العميـل بمجوعـة مـن الإلتزامـات مـن قبيـل ضـرورة محافظتـه علـى وسـائل التعريـف الخاصـة بـه واللازمـة لـدخول الخدمـة كجملـة المـرور وكلمـة السـر وجهـاز التوثيـق وكلمـة السـر الخاصـة بـه، وهـو ملـزم بعـدم كشـفها لأي كـان كمـا أنـه ملـزم بإخطـار البنـك بالوسـيلة المتفـق عليهـا بينهمـا فـي حالـة مـا إذا فقـد إحـدى تلـك الوسـائل أو سرقت منه.

إن ثبـوت أي تهـاون مـن طـرف الزبـون فـي قيامـه بتلـك الإلتزامـات، يعفـي البنـك مـن أي مسـؤولية يمكـن أن توجـه لـه. لكـن هـذا لايعنـي أن أي خطـأ أو فعـل يصـدر عـن العميـل مـن شـأنه أن يعفـي البنـك مـن المسـؤولية، إذ يجـب أن يتـوفر فـي هـذا الفعـل شـروط القـوة القـاهرة (أن يكـون الخطـأ غيـر متوقـع وغيـر قابـل للـدفع) وأن يكـون الفعـل سبب في حدوث الضرر.

1. خطأ البنك كنتيجة لخطأ العميل:

وفـي هـذه الحالـة يرتكـب كـل مـن البنـك والعميـل خطـأ سـاهم فـي إيقـاع الضـرر للعميـل لكـن الخطـأ الـذي ارتكبـه البنـك كـان نتيجـة لخطـأ العميـل وبسـببه، وفـي هـذه الحالـة يسـتغرق خطـأ العميـل خطـأ البنـك وبالتـالي يتحمـل كامـل المسـؤولية عـن الضـرر الحاصل له ويعفي البنك من المسؤولية.

2. خطأ العميل العمدي:

وذلـك بـأن نتيجـة إرادتـه إلـى إحـداث الضـرر فيشـغل فرصـة خطـأ البنـك لاتمـام قصـده، وفـي هـذه الحالـة ترجـع المسـؤولية علـى عـاتق العميـل الـذي ارتكـب الخطـأ العمـدي، ويـتم الوقـوف علـى هـذا الخطـأ كسـبب فـي إحـداث الضـرر، دون خطـأ البنـك غيـر العمـدي، فالخطـأ الـذي يرتكبـه البنـك مـن خـلال تنفيـذ الأوامـر غيـر المشـروعة وإذا كـان مسـاهما فـي الضـرر فإنـه يعـدّ ظـرف إسـتغله العميـل لتحقيـق غايتـه وهـي الحصـول علـى التعـويض مـن البنـك بشـكل غيـر مشـروع، وعلـى هـذا الأخيـر أن يثبـت أن فعـل العميـل كـان سـببا فـي حصـول الضـرر، وقـد يسـأل العميـل مسـؤولية جزائيـة إذا مـاتم تكييـف الفعـل علـى أنـه إحـدى جـرائم تحايـل وتـدليس كالأخطـار الكـاذب بضـياع البطاقة أو تقديم مستندات مزورة.

ب. الخطأ المشترك بين البنك والعميل:

وفي هذه الحالة يكون الخطأ قد صدر من كلا الطرفين، لكن دون أن يستغرق أحدهما الآخر ودون أن يكون نتيجة فلايكون خطأ العميل جسيما بالشكل الذي يؤدي إلى إعفاء البنك من المسؤولية ولكنه مع ذلك فيتكون قد ساهم مع خطأ البنك في إحداث الضرر، فيصبح للضرر سببان متميزان عن بعضهما البعض لولاهما لما وقع.

بمجرد قيام الإلتزام المدني صحيحا مستوفيا لكافة الشروط القانونية، يلتزم طرفاه بتنفيذه، فإذا أخل أحدهما بما جاء في هذا الإلتزام قامت في مواجهته المسؤولية المدنية تجاه الطرف الآخر، وإلتزم بجبر الضرر الذي لحق المضرور نتيجة تقاعسه أو إهماله في تنفيذ مايلتزم به، ولايستطيع أن يتخلص المدين من المسؤولية إلاّ بإحدى الوسيلتين الأولى بإثبات السبب الأجنبي وفقا لماعرضناه فيما سبق.

الوسيلة الثانية: الإتفاق مع الضحية المحتملة على تحمله الأضرار التي قد تصيبه وهذا هو الإعفاء الإتفاقي من المسؤولية وبما أن العميل هو غالبا الضحية المحتملة في العلاقة العقدية التي تربطه بالبنك، فإن هذا الأخير يشتغل مركزه القانوني والاقتصادي القوي في فرض شروطه عليه بتعديل أحكام مسؤوليته.

وتتعدد صور إتفاقات تعديل المسؤولية، إما بتخفضيها مع بقائها على عاتق المدين، فيتضاءل أثرها بفعله ولايلتزم تبعا لهذا إلا بدفع تعويض جزئي، وإما بتحديد المسؤولية بحيث يقدر أثرها جزافا بمبلغ معين.

فيترتب على تقديره تشديد المسؤولية إذا أصاب الدائن ضرر أقل من أو بتخفيضها إذا أصابه ضرر أكبر منه وهو مايطلق عليه الفقه " الشرط الجزائي"، وإما أن يتخذ الإتفاق شرط الإعفاء من المسؤولية، وهذا النوع الأخير هو غالبا

ماتضمنه البنوك في عقودها مع عملائها، ويقصد به رفع المسؤولية كليا عن مرتكب الفعل الضار، ومنع المطالبة بالتعويض الذي تقتضي به القواعد العامة[1].

وإيراد مثل هذه الشروط في العقد لايؤدي إلى إعفاء المدين من إلتزامه أو تخفيفه عنه، فيظل المدين رغم وجودها مثقلا بهذا الإلتزام فيجب عليه الوفاء به وينحصر أثر الإتفاق في أن المدين إذا لم ينفذ إلتزامه لايلتزم بتعويض هذا الدائن عن الضرر الذي لحقه نتيجة عدم تنفيذه.

لقد أجاز المشرع الجزائري الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية المدنية بموجب نص المادة 178 فقرة 02 من القانون المدني " كذلك يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ إلتزامه التعاقدي، إلاّ مانشأ عن غشه، أو عن خطئه الجسيم، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ إلتزامته " فالمشرع هنا ترك الأمر جوازي للمتعاقدين فيما إذا أراد تعديل أحكام المسؤولية، وذلك أثناء إبرام العقد أو بإتفاق لاحق عن ذلك، إما بالإعفاء كليا أو بالتخفيف من حدود المسؤولية.

لكن هناك قيود ترد على الإعفاء من المسؤولية فالأحكام المتعلقة بالمسؤولية العقدية تقوم على مبدأين إثنين وهما:

المبدأ الأول: حرية المتعاقدين قواعد المسؤولية بأن يتفق على التخفيف منها إلى الحد الذي يجعل المدين غير مسؤول حتى عن تقصيره، أو أن يتفق على تسديد هذه المسؤولية إلى الحد الذي يجعل المدين مسؤول عن السبب الأجنبي.

المبدأ الثاني: يتمثل في أن النظام العام يقيد حرية المتعاقدين، بحيث لايجوز الإتفاق على التخفيف من المسؤولية إلى حد الإعفاء من الغش أو الخطأ الجسيم، وإلا سيصبح إلتزام المدين معلقا على شرط إرادي محض وهذا لايجوز[2].

[1] لخضر رفاف، مرجع سابق، ص 282.

[2] عائشة زرواق، مرجع سابق، ص 370.

ولقد قيد المشرع الجزائري الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية حيث لم يجز الإعفاء من الغش والخطأ الجسيم الصادر من المدين بموجب المادة 178 في فقرتها الثانية، وفي نفس الوقت أجاز الاتفاق على إغفاء المدين من المسؤولية عن عمل الغير حتى لوكان هذا العمل عمدا أو خطأ جسيما لأنه لايصل إلى مرتبة الشرط الإرادي المحض حيث نصت المادة على أنه: " غير أنه يجوز للمدين أن يشرط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ إلتزامه".

ويرى بعض الفقهاء أن أثر هذه الاتفاقات يقتصر على نقل عبء الإثبات، فكأن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية لم يتعد إلاّ إلى نقل عبء الإثبات من المدين إلى الدائن، فالزبون يلزم في هذه الحالة بإثبات وقوع غش أو خطأ جسيم من البنك، وهو يعد أمرا غير مرغوب وصعب المنال في نفس الوقت لأن فشل الزبون في الإثبات يؤدي إلى الحكم بعدم مسؤولية البنك وهذا يعدّ إجحافا في حق الزبون الذي لايملك من الإمكانيات المادية والفنية التي تمكنه من إثبات خطأ البنك.

وعليه إذا كان مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية يبرران وجود الشروط المعفية من المسؤولية فإن الواقع الذي أفرزته التطورات الاقتصادية والتكنولوجية والاجتماعية أظهر أن المساواة التي تعبر عن مبدأ سلطان الإرادة ليست سوى أمر نظري، فكثير من العقود الحالية تفتقر لذلك مما يجعل أحد أطرافها مضطرا إلى قبولهما كما هي حتى لايضر بمصلحته وأكبر دليل على ذلك العقود المصرفية[1].

[1] عائشة زرواق، مرجع سابق، ص 371-372.

خلاصة الفصل الثاني.

في ختام هذا الفصل نخلص إلى أن المسؤولية المدنية للبنك تقوم في حالة إخلاله بواجباته أو إلتزاماته فإذا أخل بإلتزام مصدره العقد تترتب المسؤولية العقدية، أما في حالة مخالفته لواجب فرضه عليه القانون تترتب عليه المسؤولية التقصيرية.

ويشترط لقيام المسؤولية المدنية للبنك ثلاثة عناصر ألا وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما وهذه العناصر الثلاثة تختلف حسب نوع المسؤولية العقدية ويكون الهدف من قيام مسؤولية البنك هو حماية الزبون المتعاقد وتعويضه عما أصابه من ضرر، لكن في بعض الأحيان يصعب إثبات الخطأ مما يؤدي إلى إنتفاء مسؤولية البنك، وهذا مادفع الفقه الحديث إلى إعتماد نظرية تحمل التبعة التي لاتستدعي إثبات الخطأ كما ذكرنا سابقا بل يبقى مسؤولا عن مخاطر المهنة ومجبر على تحمل الأضرار التي تلحق بعميله جراء تعامله معه، فالبنك بإعتباره شخص مهني محترف يمتلك إمكانيات تمكنه من تقدير التوقع، فيتم التعامل معه، وفقا لهذه الكيفية ومقارنته بأشد البنوك حرصا، وذلك في حدود الظروف المألوفة.

بالإضافة إلى أنواع المسؤولية التي تطرقنا إليها يجدر بنا الإشارة إلى أن تطبيقاتها التي ذكرناها تساهم في حماية الزبون المتعامل مع البنك حالة خرقه للعقد أو قيام بأعمال غير مشروعة.

وبالرغم من اجتهادات الفقه والقضاء فإن المشرع الجزائري لم يفرض نظاما خاصا لمسؤولية البنك، لأننا في كل مرة نرجع للأحكام العامة للمسؤولية أي للقانون المدني الجزائري.

الـــخـــاتـــمـة

الخاتمة.

إن العقود التي تربط البنك بزبائنه هي عقود استهلاك تتصف بالاذعان ،وذلك لانفراد البنك بتحديد شروطها دون منح الزبون المتعاقد معه اي امكانية لمناقشتها.

ومنه تتسم هذه العقود بعدم التوازن العقدي بين طرفيها ،مما يستوجب توفير حماية قانونية للطرف الضعيف ،واهم الوسائل الكفيلة بتحقيق التوازن في العلاقة التعاقدية بين البنك وزبونه،اخضاع المهني المتخصص لمجموعة من الالتزامات تتمثل في كل من الالتزام بالاعلام وتوابعه و كذا الالتزام بالسر المصرفي ..الخ.

إن البنك لكونه محترفا ،والاقوى اقتصاديا و قانونيا ليس في منأى عن المساءلة المدنية عن الأخطاء التي تصدر منه والعميل (الزبون) المتضرر قد منح له القانون إمكانية الحصول على حقه ويكون ذلك وفقا لشروط وأهمية إثبات الضرر الذي لحقه، وذلك من خلال رفع دعوى قضائية الغاية منها الحصول على تعويض مناسب جراء الخطأ المرتكب من طرف البنك، فنجد أن الهدف من التعويض يتمثل أساسا في إعادة التوازن بينهما.

إن خضوع البنك للمسؤولية المدنية ضمان للمتعاملين معه بغية تشجيعهم على الإستمرار في التعامل معه.ومن هذا المنطلق نعرض أهم النتائج المتوصل اليها في هذه الدراسة والتي تتمثل في:

1.بالرغم من خصوصية قطاع البنوك إلاّ أن المشرع الجزائري لم يشأ إفراده بقانون خاص أو حتى باب خاص بالمعاملات البنكية والمسؤولية الواقعة على إخلالها بإلتزاماتها تجاه الزبون.

2.البنك لكونه مهنيا متخصصا ليس في منأى عن المساءلة المدنية عن الأخطاء التي تصدر منه وفقا للأحكام العامة للمسؤولية والتي قد تكون عقدية في حالة إخلاله بالإلتزامات الناشئة عن العقد، وقد تكون تقصيرية إذا ما تسبب في الإخلال بإلتزام قانوني أدى إلى إحداث ضرر بالزبون أو بالغير.

3.بالرغم من إقرار مسؤولية البنك إلاّ أن ذلك لم يمنع المشرع من إقرار مبدأ عدم مسؤولية البنك في بعض الحالات، أي إنتفاء مسؤوليته كليا أو جزئيا.

4.بالرغم من الحماية التي أولاها المشرع للزبون، إلاّ أنه لم يبذل جهدا في وضع قانون خاص شأنه في ذلك شأن بعض التشريعات العربية التي وضعت مبادئ خاصة لحماية

حقوق الزبناء، وإكتفى في مقابل ذلك ببعض النصوص القانونية المتناثرة بين شتى القوانين سواء قانون النقد والقرض، قانون حماية المستهلك، القانون المدني، القانون التجاري وحتى قانون العقوبات، وبالتالي عدم وضوح الرؤية للقاضي المعروض عليه النزاع فيجد نفسه مضطرا للفصل فيه رغم ما يشوبه من غموض وتناثر للأحكام المتعلقة به.

5.بالرغم من الدور الكبير الذي تحققه المسؤولية العقدية والتقصيرية في مجال مسؤولية البنك، إلاّ أنها لا تحقق مصلحة للعميل، خاصة فيما يتعلق بصعوبة إثبات خطأ البنك ونسبة الضرر إليه وهذا مايؤدي إلى تنصله من مسؤوليته بحجة إنتفاء الخطأ، لذلك فإن نظرية تحمل المخاطر في مجال مسؤولية البنك المدنية قادرة على ضمان حماية حقوق العملاء في مواجهة البنك فهذا الأخير يعدّ مسؤولا عن مخاطر المهنة دون إثبات الخطأ.

6. العميل يعدّ الطرف الضعيف إقتصاديا في العلاقة التعاقدية التي تجمعه مع البنك الأمر الذي أدى إلى سعي التشريعات إلى تقرير حماية له سواء كانت هذه الحماية تتم بوسائل قانونية من طرف المشرع أو تقرير هذا الأخير للحماية القضائية من خلال تدخل رقابة وسلطة القاضي على مضمون العقد، لذا نوصي بـ:

1.تعديل أحكام قانون النقد والقرض بإضافة قواعد تنظم العلاقة التعاقدية بين البنك والزبون لبيان حقوق كل منهما.

2.تحسيس الزبناء بحقوقهم من خلال تكثيف الإعلام المتعلق بالشروط المصرفية حتى لاتضيع حقوق الزبناء بين بنك وآخر.

3.ضرورة وضع نظام قانوني متكامل للمسؤولية المصرفية بسبب عدم مسايرة القواعد العامة لهذا النوع من النشاط، مما يحقق التوازن بين أطراف العلاقة التعاقدية البنكية، الأمر الذي سيسهل إجراءات القاضي على الزبناء من جهة والوصول إلى حلول سلمية من جهة أخرى من طرف القضاة.

4.تشديد مسؤولية البنوك في حالة إخلالها بالإلتزامات الواقعة على عاتقها خاصة الإلتزام بالإعلام.

5.على البنوك المساهمة عن طريق إقتراح وإبداء الآراء في إعداد القوانين تخص العمل المصرفي من أجل وضع منظومة قانونية سليمة، وذلك لما لها من خبرة عملية في هذا المجال.

قائمة المصادر و المراجع

المصادر والمراجع.

أولا: المصادر.

أ. القرآن الكريم.

1. سورة يونس، الآيه 54.

ب. النصوص التشريعية.

1.أمر رقم 66-156، مؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج ر ج ج، عدد 48، صادر بتاريخ 10 جوان 1966 (معدل ومتمم).

2.الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395، النتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بموجب القانون 07-05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428، الموافق لـ 13 ماي 2007.

3. قانون رقم 86-12، مؤرخ في 19 أوت 1986، يتعلق بنظام البنوك والقرض، ج ر ج ج، عدد 34، صادر بتاريخ 20 أوت 1986 (ملغى).

4.الأمر رقم 03-11، مؤرخ في 26 أوت 2003، متعلق بالنقد والقرض، ج ر ج ج، عدد 52، صادر بتاريخ 27 أوت 2003 (معدل ومتمم).

5.قانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر ج ج، عدد 41، صادر بتاريخ 27 جوان 2004، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 10-06 مؤرخ في 15 أوت 2010، ج ر ج ج، عدد 46، صادر بتاريخ 18 أوت 2010.

6.قانون رقم 09-03، مؤرخ في 25 فيفري 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر ج ج، عدد 15، الصادر بتاريخ 08 مارس 2009، معدل ومتمم بالقانون رقم 18-09مؤرخ في 10 جوان 2018، ج ر ج ج، عدد 35، صادر بتاريخ 13 جوان 2018.

ج. النصوص التنفيذية.

1.مرسوم تنفيذي رقم 06-306، مؤرخ في 10 سبتمبر 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية ج ر ج ج، عدد 56، صادر بتاريخ 14 سبتمبر 2006.

2.مرسوم تنفيذي رقم 13-387، مؤرخ في 09 نوفمبر 2013، يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج ر ج ج، عدد 58، صادر بتاريخ 18 نوفمبر 2013.

د. النصوص التنظيمية.

3.نظام 05-05، مؤرخ في 15 ديسمبر 2005، يتعلق بالرقابة من تبيض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما، ج ر ج ج، عدد 26، مؤرخة في 23 أفريل 2006.

4.نظام رقم 13-01، مؤرخ في 8أفريل 2013، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية، ج ر ج ج، عدد 29، صادر بتاريخ 02 جوان 2013.

ثانيا: المراجع.

باللغة العربية.

أ. الكتب.

1.إبراهيم سيد أحمد، **مسؤولية البنك عن العمليات المصرفية فقها وقضاء**، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.

2.إسلام هاشم عبد المقصود سعد، **الحماية القانونية للمستهلك بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص 261، عمر محمد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 189.

3.أكرم محمد حسين التميمي، **التنظيم القانوني للمهنيين، دراسة مقارنة في نطاق الأعمال التجارية**، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.

4.أمجد محمد منصور، **المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن الجمادات**، دار العلمية الدولية ودار الثقافة، عمان، الأردن، 2002.

5.بلحاج العربي ، **النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري**، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001

6.بلحاج العربي ، **مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري**، دار هومة، ط 02، 2015.

7.جلال وفاء محمدين، **دور البنوك في مكافحة غسيل الأموال**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2004.

8.خالد ممدوح إبراهيم، **حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية: دراسة مقارنة**، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2007.

9.سعد سعيد عبد السلام، **الإلتزام بالافصاح في العقود**، دار النهضة العربية، القاهرة، 199908.

10. سلطان أنور، **مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني**، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، ط01، 1987.

11. شريف محمد غانم، **مسؤولية البنك عن أخطاء الكومبيوتر في النقل الإلكتروني للنقود**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الق مصطفى العوجي، القانون المدني: المسؤولية المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ج02، ط04، 2009، القاهرة، 2006.

12. الشواربي عبد الحميد، **عمليات البنوك في ضوء الفقه القضاء التشريع وصيغ العقود والدعاوي التجارية وفقا لقانون التجارة رقم 17 لسنة 1999**، منشأة المعارف، د ب ن، د س ن.

13. عبد الرزاق أحمد السنوهري، **الوسيط في شرح القانون المدني،ج1،نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام**، دار إحياء التراث العربي بيروت، ص 322.

14. عبد القادر العرعاري، **مصادر الإلتزامات (المسؤولية المدنية)**، دار الأمان، الرباط: المغرب، ط 03، 2011.

15. علي سلمان علي، **النظرية العامة للإلتزام: مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط07، 2006.

16. عمر محمد الباقي، **الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.

17. عمر محمد الباقي، **الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.

18. الفلالي علي ، **الإلتزامات – الفعل المستحق للتعويض** –، موفم للنشر، الجزائر، ط03، 2010

19. فهد عبد الله خضير، **المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة: دراسة مقارنة**، مكتبة القانون والإقتصاد، الرياض، 2012.

20. لبنى عمر مسقاوي، **المسؤولية المصرفية في الاعتماد المالي**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.

21. محمد أحمد عبد الحميد أحمد، **الحماية المدنية للمستهلك التقليدي والإلكتروني**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015..

22. محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني: النظرية العامة للإلتزام مصادر الإلتزام العقد والإرادة المنفردة: دراسة مقارنة في القوانين العربية**، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

23. محي الدين إسماعيل علم الدين، **موسوعة عمليات البنوك من الناحيتين القانونية والعملية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.

24. مصطفى إبراهيم الزلمي، **موانع المسؤولية الجبائية في الشريعة الإسلامية**، دار وائل، الأردن، 2005،

25. مصطفى أحمد أبو عمرو، **الإلتزام بالإعلام في عقود الإستهلاك: دراسة في القانون الفرنسي والتشريعات العربية**، دار الجامعة الجديدة، الأزاربطية، الإسكندرية، 2010.

26. مصطفى أحمد أبو عمرو، **التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول: دراسة مقارنة**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016.

27. مصطفى عزب، **مسؤولية البنك عن الوفاء بالشيك المزور**، دار النهضة العربية، د ب ن، 1996.

28. منصور محمد حسين، **المسؤولية الإلكترونية**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،، 2003.

29. نزيه محمد الصادق المهدي، **الإلتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود: دراسة فقهية قضائية مقارنة**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.

30. نعيم مغبغب، **مبدأ عدم مسؤولية المصرف في توزيع الاعتمادات وإستثناءاته (دراسة في القانون المقارن)**، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

31. نعيم مغبغب، **السرية المصرفية: دراسة في القانون المقارن**، مكتبة الحلبي الحقوقية، بيروت، 1996.

32. نعيم مغبغب، **نظريات في القوانين المصرفية والإدارية والمدنية: دراسة في القانون المقارن**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط01، 2008.

ب. أطروحات الدكتوراه.

1.براهيمي بديعة ، **مسؤولية البنك عن أخطاء المديرين**، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2016-2017.

2.بن عديدة نبيل ، **الإلتزام بالإعلام وتوابعه في مجال قانون الإستهلاك**، أطروحة للحصول على شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، 2017.2018.

3.بن قردي أمين ، **المسؤولية الموضوعية في القانون الوضعي الجزائري**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الأساسي، جامعة مستغانم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017-2018.

4.رفاف لخضر ، **الإلتزامات القانونية للبنك في بطاقات الإئتمان**، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص قانون خاص، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، 2017.2018.

5.زرواق عائشة ، **حماية زبناء البنك في القانون الجزائري**، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، قانون الاعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2019.

6.عيسى لافي حسن الصامدي، **المسؤولية القانونية للعمل المصرفي الإلكتروني في التشريع الأدرني: التحويل المالي الإلكتروني**، أطروحة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر 1، 2009-2008.

7.قريمس عبد الحق ، **المسؤولية المدنية للبنوك في مجال الحسابات**، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة منتوري قسنطينة،2011.

8.كوثر سعيد عدنان خالد، **حماية المستهلك الإلكتروني**، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، القانون التجاري، كلية الحقوق، جامعة بنها، د ب ن، د س ن.

9.محمود جلال حمزة، **المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري**، رسالة نيل درجة دكتوراه دولة في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، د س ن.

ج. رسائل الماجستير.

1.أرتياس نذير ، **السرية المصرفية مابين المبدأ والمسؤولية المترتبة عن إفشائها**، مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون، فرع قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017.

2.بوجملين عادل ، **مسؤولية العون الإقتصادي عن الممارسات المقيدة للمنافسة**، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.

3.الحاسي مريم ، **إلتزام البنك بالمحافظة على السر المهني**، مذكرة لنيل درجة الماجستير، تخصص مسؤولية المهنيين، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2012.2011.

4.خليلي سهام ، الزين عزري، **المسؤولية المدنية للبنك**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2007-2008.

5.سي الطيب محمد أمين ، **الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك: دراسة مقارنة**، مذكرة لنيل شهادة الماجستر في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2008.2007.

6.عباس غنية ، **حماية الزبون المتعامل مع البنك: أثناء فتح الحساب سيره وغلقه**، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، قانون الأعمال، جامعة الجزائر، يوسف بن خدة، كلية الحقوق، 201314/2012.

7.مهيدي نجاة ، **المسؤولية التقصيرية للبنك عند منح الإعتماد**، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون أعمال، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2014-2015.

د. مذكرات الماستر.

1.بداوي سميحة ، صدراتي مروى ، **الشروط التعسفية في ظل قانون 02.04 المتعلق بالممارسات التجارية**، مذكرة لإستكمال متطلبات شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، جامعة محمد البشير الإبراهيمي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2020.2019.

2.بلعلمي فطوم، خنيش مباركة، المسؤولية المدنية للبنوك الناتجة عن إستخدام الكمبيوتر، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر، قانون الشركات، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2018.

3.بوخطيش مريم ، عمارة إبتسام ، **حماية المستهلك من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في قانون الأعمال، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016.

4.صبرينة سليميانو، سيلية سليماني، **المسؤولية العقدية للبنك**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة – بجاية ، 2018.2019.

5.مغلاوي محي الدين، **المسؤولية المدنية والجزائية للبنك في القانون الجزائري**، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماسترقانون أعمال، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014.2013.

6.نعيمة بوكلا، **حماية المستهلك من البنود التعسفية**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014.

7.وهيبة قاضي، **إلتزام البنوك والمؤسسات المالية بالسر المصرفي في القانون الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014.

هـ. المقالات.

1.إيمان كريم، **الأساس القانوني للمسؤولية المدنية عن إفشاء السر البنكي**، مجلة جامعة البعث، دمشق، عدد 21، 2017.

2.باي يزيد عربي ، **المسؤولية المدنية للبنك، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية**، العدد 03، المجلد 05، 2018.

3.بلحاج محجوبة ، **الإلتزام بالإعلام الإلكتروني ماقبل التعاقد المصرفي الإلكتروني**، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد 01.

4.تدريست كريمة ، **الحماية القانونية للمستهلك في العقود البنكية**، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، العدد 01، المجلد 15، 2017.

5.خالص نافع أمين، **المسؤولية المدنية للمصرف عن الإخلال بقواعد الإستعلام المصرفي**، مجلة العلوم القانونية، بغداد، عدد 03، ج01، 2017.

6.لعوامري وليد ، **الشروط التعسفية وآليات التصدي لها في القانون الجزائري**، مجلة الشريعة والإقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، كلية الشريعة والإقتصاد، جامعة قسنطينة 01، العدد 5، المجلد 03، 2014.

و. الروابط الإلكترونية.

1.حكماوي عبد الحليم ، **المسؤولية المدنية للمؤسسات البنكية**، متوفر على الرابط: Https://alhoriyatmaroc.yoo7.com/t28l-topic ، تم الإطلاع عليه في: 2021/06/23 على الساعة 22:23.

ز. ملتقيات.

1. يوم دراسي حول: **الإتجاهات الحديثة في نظرية المسؤولية المدنية**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، مخبر القانون والمجتمع، جامعة أدرار، الجزائر، 2013/05/23.

المراجع باللغة الأجنبية:

I. Les lois.

1. Loi n 0 78/23 du janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, article n0 35.
2. A directive n^{0} 93/13/ CEF du conseil, du 5 avril01993, concernant les clauses abusives dans les contrat conclus les consommateurs, article 03.

II. Les livres.

1. Jacques Ghestin, Traité de droit civil, la formation du contrat, 3eme édition ,G,D,J ,Paris, 1993.
2. Raymond Gry, droit de la consommation, hitec, paris, 2008
3. J.Beauchard, droit de la distribution et de la consommation, presses universitaires de France,1996.
4. Jérôme de la cotte, " quelles limites au devoir de non-ingérence de la banque? ", revu banque et droit, Mai, Jun 1999.
5. Bourdallé Nicole, cap de ville Jérôme Lasserre, " le développement jurisprudentiel de l'obligation de mise en garde du banquier" , cahier de recherche N05, groupe école supérieure de commerce de Pau, France, décembre, 2005.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

العنوان	الصفحة
قائمة المختصرات	
مقدمة	01
الفصل الأول: الآليات المكرسة لحماية الزبون في العلاقات التعاقدية مع البنك	
تمهيد	05
المبحث الأول: الحماية عن طريق فرض الإلتزامات على البنك	06
المطلب الأول: مظاهر حماية الزبون في مرحلة قبل التعاقد	06
أولا :تعريف الإلتزام بالإعلام وأساسه القانوني.	06
أ .تعريف الإلتزام بالإعلام:	07
ب .الأساس القانوني للإلتزام بالإعلام:	11
1- الأساس القانوني للالتزام البنك بالإعلام في القواعد العامة:	12
2- الإلتزام بالإعلام على ضوء قوانين المستهلك:	13
3- الإلتزام بالإعلام في الأنظمة المطبقة لقانون النقد والقرض:	14
ثانيا :نطاق الإلتزام بالإعلام.	14
أ .مفهوم الزبون.	15
ب . محل الإلتزام بالإعلام.	15
الفرع الثاني :الإلتزام بالنصيحة والتحذير.	16
أولا :الإلتزام بالنصيحة.	17
أ .تعريف الإلت ا زم بالنصيحة.	17
ب . الطبيعة القانونية الإلتزام بالنصيحة ونطاق تطبيقه.	17
ج .الإقرار بوجود الإلتزام بالنصيحة على عاتق البنك.	18
د .حدود الإلتزام بالنصيحة:	19
ثانيا :الإلتزام بالتحذير.	19
أ .تعريف الإلتزام بالتحذير:	19
ب . نطاق الإلتزام بالتحذير.	20
المطلب الثاني: مظاهر حماية الزبون أثناء تنفيذ العقد	21

الفرع الأول :الإلتزام بالسر المصرفي.	21
أولا :تعريف السر المصرفي.	21
ثانيا :مبرراتت الإلتزام بالسر المصرفي.	23
ثالثا :الأساس القانوني للسرية المصرفية في التشريع الجزائري	23
أ .أساس الإلتزام في القواعد العامة.	23
ب . أساس الإلتزام في قانون النقد والقرض	25
ا ربعا :نطاق الإلتزام بالسر المصرفي.	25
أ .أسباب إفشاء السر المصرفي المقررة للمصلحة العامة.	26
أسباب إفشاء السر المصرفي لمصلحة الأشخاص.	26
الفرع الثاني :الإلتزام بعدم التدخل في شؤون الزبون.	26
أولا :تعريف الإلتزام بعدم التدخل في شؤون الزبون.	27
ثانيا :أساس مبدأ عدم التدخل في شؤون الزبون.	28
ثالثا :نطاق مبدأ عدم التدخل في شؤون الزبون.	28
المبحث الثاني: حماية الزبون من الشروط التعسفية التي يمكن أن يفرضها البنك	30
المطلب الأول: العقد البنكي عقد إذعان	30
الفرع الأول :مفهوم الشروط التعسفية.	31
أولا :تعريف الشروط التعسفية.	31
ثانيا :عناصر الشرط التعسفي	34
ثالثا :صور الممارسات التعسفية.	35
الفرع الثاني :معايير تحديد اش رط التعسفي.	36
أولا :معيار التعسف في استغلال النفوذ الاقتصادي.	36
ثانيا :معيار الميزة المفرطة.	36
ثالثا :معيار الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي	37
المطلب الثاني:: التصدي للشروط التعسفية	38
الفرع الأول :الحماية التشريعية.	38
أولا :الحماية المقررة في القواعد العامة	38
ثانيا :الحماية المقررة في القواعد الخاصة.	39

ثالثا الحماية المكفولة للزبون بموجب قانون النقد والقرض والأنظمة البنكية المطبقة له	40
أ .العرض المسبق.	40
ب . مهلة التفكير.	40
الفرع الثاني :الحماية القضائية.	41
أولا :إبطال العقد	41
ثانيا :إمكانية تعديل الشروط التعسفية أو إلغائها	43
ثالثا :تفسير شروط العقد.	44
خلاصة الفصل الأول.	46
الفصل الثاني: مسؤولية البنك عن إخلاله بتنفيذ إل زاماته التعاقدية	
تمهيد	47
المبحث الأول: القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية للبنك اتجاه الزبون	48
المطلب الأول: المسؤولية العقدية للبنك.	48
الفرع الأول :تعريف المسؤولية العقدية للبنك.	49
أولا :تعريف المسؤولية.	49
ثانيا :تعريف المسؤولية العقدية للبنك.	50
الفرع الثاني :أركان المسؤولية العقدية للبنك.	51
أولا :الخطأ العقدي.	51
ثانيا :الضرر.	54
ثالثا :العلاقة السببية.	56
المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية للبنك	57
الفرع الأول :تعريف المسؤولية التقصيرية للبنك.	57
الفرع الثاني :أركان المسؤولية التقصيرية للبنك.	85
أولا :الخطأ.	59
ثانيا :الضرر.	60
ثالثا :العلاقة السببية بين الخطأ والضرر.	61
المطلب الثالث: جزاء قيام مسؤولية البنك المدنية.	62
الفرع الأول : مفهوم التعويض.	63

أولا :تعريف التعويض.	63
ثانيا :أنواع التعويض.	63
أ .التعويض بمقابل نقدي:	64
ب .التعويض العيني:	64
الفرع الثاني :معيار تقدير التعويض.	65
أولا :الضرر المباشر المتوقع:	65
ثانيا :الضرر المباشر غير المتوقع.	66
المبحث الثاني: التوجهات الحديثة للمسؤولية المدنية للبنك	67
المطلب الأول: أحكام المسؤولية الموضوعية	68
الفرع الأول :مفهوم المسؤولية الموضوعية.	68
أولا :تعريف المسؤولية الموضوعية.	68
ثانيا :أسباب ظهورها.	69
الفرع الثاني :أساس قيام المسؤولية الموضوعية.	70
أولا :نظرية تحمل التبعية (تحمل المخاطر.)	71
ثانيا :نظرية الضمان.	74
ثالثا :نظرية المهني المحترف.	75
المطلب الثاني: تطبيقات المسؤولية المدنية للبنك	78
الفرع الأول :تطبيقات عن المسؤولية العقدية.	78
أولا :مسؤولية البنك عن تحصيل حقوق العميل.	78
ثانيا :مسؤولية البنك عن تنفيذ عقد استثمار أموال العميل.	79
ثالثا :مسؤولية البنك عن تنفيذ عقد البيع والش راء للعميل.	80
رابعا :مسؤولية البنك عن تنفيذ عقد الوفاء عن الزبون.	81
الفرع الثاني :تطبيقات عن المسؤولية التقصيرية.	83
أولا :مسؤولية البنك عن تحصيل حقوق العميل.	83
ثانيا :مسؤولية البنك عند تنفيذ عقد استثمار أموال العميل.	83
ثالثا :مسؤولية البنك عند تنفيذ عقد البيع والشراء للعميل.	84
رابعا :مسؤولية البنك عند تنفيذ عقد البيع والشراء للعميل.	84
المطلب الثالث: العوامل التي تحد من مسؤولية البنك تجاه الزبون	85

الفرع الأول :إنتفاء المسؤولية المدنية عن البنك	85
أولا :القوة القاهرة.	86
أ .عدم إمكانية التوقع	86
ب . عدم إمكانية الدفع	87
ج .خارجية الحدث	87
ثانيا :خطأ الغير.	88
أ .إعفاء البنك من المسؤولية لخطأ الغير:	88
ب .إجتماع خطأ البنك مع خطأ الغير:	89
أ .خطأ العميل هو السبب المباشر للضرر:	90
ب .الخطأ المشترك بين البنك والعميل:	91
خلاصة الفصل الثاني.	94
الخاتمة	95
قائمة المصادر والمراجع	97
فهرس المحتويات	
الملخص	

الملخص.

يعتبر موضوع حماية الزبون البنكي من المواضيع الصعبة التي تضم الكثير من الإشكاليات نظرا لتطورها المستمر، اذبات معلوما وواضحا دور القطاع المصرفي الجوهري في تطوير الاقتصاد الوطني، وبانه لا يمكن تحقيق اي نشاط او مشروع استثماري دون الاستعانة برؤوس الاموال اللازمة عبر القطاع المصرفي الذي يمد اصحاب المشاريع بالسيولة، فالزبون كطرف ضعيف يفتقر الى المعرفة ويتعرض الى الاستغلال ،خاصة في ظل عدم التوازن العقدي بينه وبين البنك المهني المتخصص في النشاط المصرفي ،مما قد يزيد من فرص وقوع الخطأ وتعرض الزبون للضرر.

وعليه فقد خصصنا هذا الموضوع للبحث عن اساليب حماية المشرع الجزائري للزبون البنكي ومدى نجاعة القوانين المعمول بها في تقرير هذه الحماية.

Résumé :

Le sujet de la protection des clients des banques contre des questions difficiles qui comportent de nombreux enjeux... en raison de son développement continue. Il est également devenu connu et clair le rôle essentiel du secteur bancaire dans le développement de l'économie nationale, et qu'il n'est pas possible de réaliser une activité ou un projet d'investissement sans l'utilisation des capitaux nécessaires à travers le secteur bancaire, qui fournit projets possédant les liquidités nécessaires. Le client en tant que partie faible qui manque de connaissances, et s'expose à l'exploitation, notamment au vu du déséquilibre contractuel entre lui et la banque professionnelle spécialisée dans l'activité bancaire, ce qui peut augmenter les risques d'erreur et l'exposition du client à des préjudices.

Ainsi, nous avons consacré ce thème à la recherche des moyens de protéger le législateur algérien pour le client des banques. et l'efficacité des lois applicables pour déterminer cette protection.