دار المتنبي للطباعة والنشر

شهادة نشر

تشهد وتتشرف دار المتنبي للطباعة والنشر بـ:

نشر وطباعة كتاب موسوم بـ:

التأصيل الفقهي والقضائي للخطأ المهني للبنوك دراسة مقارنة

تأليف:

د. كاملة بوعكة

المسجل إداريا برقم الإيداع القانوني:

ردمك: ISBN:978-9969-04-250-4

دار المتنبي للطباعة والنشر

مدير دار النشر

حرر بتاريخ: 2025/12/25

شهادة نشر

حي تعاونية الشيخ المقراني طريق إشبيليا مقابل جامعة محمد بوضياف بالمسيلة/ الجزائر

elmotanaby.dz@gmail.com

https://elmotanaby.com

0668.14.49.75/0773.30.52.82

035.35.31.03

الطبعة الأولى

ديسمبر 2025

د. كاملـة بوعكـة

التأصيل الفقهي والقضائي للخطأ المهني للبنوك

دراسة مقارنة

التأصيل الفقهي والقضائي للخطأ المهني للبنوك

د. كاملـة بوعكـة

التأصيل الفقهي والقضائي للخطأ المهني للبنوك

هذا الكتاب...

يتناول هذا الكتاب موقف الفقه القديم الذي نادى بتطبيق نظرية تحمل المخاطر قصد مواجهة التطورات الهامة التي شهدها القطاع المصرفي وتأسيسا على فكرة العدالة والمنطق ولكن ما يعاب على هذا الاتجاه هو الصعوبات التي تترتب على اعتماد هذه النظرية الخطيرة على مسؤولية البنك، لكونها تجعل هذه الأخيرة حتمية لنشاطه، وتؤدي إلى نتائج متطرفة وأنه لا يمكن تعميم تطبيقها . فمسؤولية البنك تبقى قائمة على أساس الخطأ المهني وهو الأساس المناسب لهذه المسؤولية بالنظر إلى طبيعة النشاط المصرفي الذي يتحقق عندما لا يسلك البنك مسلك غيره من المهنيين الذين يوجدون في نفس ظروفه وهو الاتجاه الحديث .كما تلتزم البنوك كشخص مهني بجملة من الالتزامات تحت عنوان التزام الحيطة والحذر أثناء مباشرة العمل المصرفي فلم يسع البنوك للحد من هذه المخاطر إلا الالتزام الصارم بجملة من الضوابط التي تستهدف تحقيق سلامة القرارات الائتمانية من خلال التطرق إلى الأساس القانوني والواقعي لالتزام البنك بالحيطة والحذروحدوده حتى لا يتم منح التسهيلات الائتمانية إلا بشكل مدروس وهو التزام مركب من عدة التزامات خلال عملية منح الاعتماد من طرف البنوك.

ISBN
978-9969-04-250-4

جميع الحقوق محفوظة ©
سنة النشر1447 هـ / 2025 م

مقر دار النشر: حي تعاونية الشيخ المقراني
طريق اشبيليا مقابل جامعة محمد بوضياف - المسيلة
التواصل مع دار النشر: elmotanaby.dz@gmail.com
الهاتف: 0773.30.52.82 / 0668.14.49.75
فاكس: 035.35.31.03

Scan Our QR Code

التأصيل الفقهي والقضائي للخطأ المهني للبنوك

دراسة مقارنة

د. كاملة بوعكة

بسم الله الرحمن الرحيم

التأصيـــل الفقهـــي والقضائي للخطأ المهنـــي للبنـــوك

دراسة مقارنة

•المؤلف: د. كاملة بوعكة

•تنسيق داخلي للكتاب: دار المتنبي للطباعة والنشر

•مقاس الكتاب: 17/25

• الطبعة الأولى

• الناشر: دار المتنبي للطباعة والنشر

• الرقم الدولي الموحد للكتاب

• ISBN :978-9969-04-250-4

• الإيداع القانوني: ديسمبر/ 2025م

• الحقوق: جميع الحقوق محفوظة ©

• مقر الدار: حي تعاونية الشيخ المقراني/ طريق إشبيليا

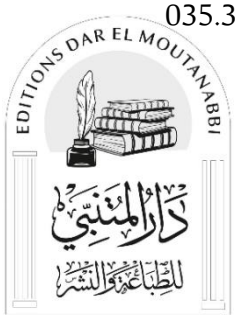
مقابل جامعة محمد بوضياف/ المسيلة- الجزائر

• للتواصل مع الدار: elmotanaby.dz@gmail.com

• الموقع الإلكتروني: https://elmotanaby.com

• هاتف: 0773.30.52.82/ 0668.14.49.75

• فاكس: 035.35.31.03



د. كاملــة بوعكــة

التأصيــل الفقهــي والقضائي للخطـأ المهنــي للبنــوك

دراسةمقارنة

2025

افتتاحية الناشر

في رحاب المعرفة، تسعى دار المتنبي للطباعة والنشر إلى الإسهام في بناء مجتمع قارئ ومثقف، واضعة نصب عينيها رسالة سامية ترتكز على نشر العلم والفكر الهادف، نؤمن بأن الكتاب هو الوسيلة الأرقى لبناء الحضارة وتوثيق الإبداع الإنساني، وأن القراءة هي الجسر الذي يربط الماضي بالحاضر ويستشرف آفاق المستقبل.

لقد التزمنا منذ تأسيس الدار بتقديم محتوى علمي رصين، يراعي أعلى معايير الدقة والمنهجية، ويستند إلى مصادر موثوقة وأبحاث حديثة، نحرص على أن تكون منشوراتنا إضافة نوعية للمكتبة العربية وأن تلبي احتياجات القراء والباحثين على حد سواء، ومن منظور إيماننا بأن لكل كتاب رسالة ولكل مؤلف بصمة ولكل قارئ حق في المعرفة، لذا نولي اهتماما خاصا بجودة الطباعة والإخراج الفني، ونحرص على التعاون مع نخبة من المؤلفين والمحررين والمراجعين ذوي الكفاءة والخبرة.

نطمح إلى أن تكون دار المتنبي منبرا للحوار العلمي وفضاء لتلاقي الأفكار وتلاقحها ومصدرا للإلهام والتجديد ونسعى دوما إلى تطوير أدواتنا ومواكبة التطورات التقنية في عالم النشر لنصل بالكتاب إلى أوسع شريحة من القراء في كل مكان وزمان.

ختاما الشكر موصول لكل من يضع ثقته في منشورات دار المتنبي للطباعة والنشر التي تعدكم بأن تبقى وفية لقيمنا العلمية والأخلاقية وأن تواصل رسالتها في خدمة العلم والمعرفة.

مقدمة

يقول الفقيه" Josserand": " إن موضوع المسؤولية قد اتسع اتساعا لم يكن ليقبله فقهاء قانون الرومان، ولا واضعو القانون المدني الفرنسي، إن اتساع أفق العالم الحديث وتشعب العلاقات بين الناس واختلاف المعاملات القانونية وكثرة الأخطاء كل ذلك ينادي صراحة بقصور المسؤولية الخطئية التي وضعت لشعوب فردية كانت حياتها الاجتماعية ضيقة بطيئة التطور بالنسبة لحياتنا الحالية"[1].

فموضوع التأصيل النظري والفقهي للخطأ المهني للبنوك ليس أمرا مستجدا في الفكر القانوني، إلا أنه قد ازدادت أهميته البالغة في وقتنا الحاضر، نتيجة أسباب متعددة قانونية واجتماعية واقتصادية منها التطورات التي عرفها القطاع المصرفي، والاعتماد الكبير على التكنولوجيا الحديثة وتزايد أهمية الدور الذي تلعبه البنوك في دعم الأنشطة الاقتصادية[2]، ومستوى حجم المعاملات المنفذة من طرف البنوك وتزايد حجم المتعاملين معه وتوسع أنشطتها وتطورها وشمولها مجالات لم يسبق لها أن كانت مسؤولة عنها، والتي أصبحت تمس مختلف جوانب حياة الأفراد في المجتمع وكذا الخصوصية التي تتمتع بها العمليات المصرفية[3] بشكل عام وطبيعة القواعد التي تنظمها والتقنيات والأدوات المستخدمة دفعت بها تدريجيا إلى اكتساب ما يميزها عن غيرها من الأعمال التجارية المختلفة، فهي تتطور بشكل مستمر مع تطور الحاجيات الاجتماعية والاقتصادية وغيرها كما أنها سريعة التكيف مع خصوصية المجتمعات المختلفة.

---

[1] علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة السادسة ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 154.

[2] محمود مختار أحمد بريري، المسؤولية التقصيرية للمصرف، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1986، ص 08.

[3] عبد الحميد الشواربي، عمليات البنوك في ضوء الفقه القضاء التشريع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص510.

كل هذا وفي ظل عدم وجود قواعد قانونية خاصة تحكم المسؤولية المدنية للبنوك عن الأضرار التي تقع نتيجة ممارستها لأنشطتها، فإن تحديدها يتم عادة من خلال الاستعانة بالقواعد العامة للمسؤولية المدنية. كما أن حماية الزبون من المخاطر ليس بالأمر السهل في ظل الاعتماد على هذه القواعد بشكلها التقليدي، الأمر الذي أصبح محل نظر نتيجة اتساع نطاق المسؤولية في الميدان المصرفي وزيادة خطورة العمليات التي تقوم بها. فقد ظهرت توجهات جديدة سعى بعضها إلى تحوير بعض القواعد العامة للمسؤولية المدنية بما يتلاءم مع طبيعة العمل المصرفي، بينما وجدت توجهات أخرى حاولت تقرير خصوصية للمسؤولية المدنية للبنك[1] بسبب تشتت الآراء وتعدد التوجهات الفقهية والقضائية في كل فرع من فروعها، فأصبح الإشكال أكثر حدة عند محاولة تطبيقها على النشاط البنكي الذي يتميز بدوره بتعقد وتشابك العلاقات القانونية الناشئة عنه. ولا يعني ذلك عدم صلاحية تطبيق القواعد العامة للمسؤولية المدنية على علاقة البنك بالزبون، لكن كل ما في الأمر هو الأخذ بعين الاعتبار أحكام العقود المصرفية وطبيعة العمل المصرفي الأمر الذي يؤدي إلى تراكم العديد من المعطيات والظروف جعلت مسؤولية البنك المدنية تتخذ نوعا من الخصوصية.

وعليه تم تقسيم هذا الكتاب إلى فصلين:

الفصل الأول: خصوصية الخطأ المهني للبنك فقها وقضاءً

الفصل الثاني: مظاهر الخطأ المهني للبنك

---

[1] جعفر عقيل الجميلي، مسؤولية المصرف مانح التسهيلات دراسته مقارنة في القانونين الأردني والعراقي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2015، ص 66.

الفصل الأول

خصوصية الخطأ المهني للبنك فقها وقضاءً

إن السمة الأساسية التي تحكم نشاط البنوك هي كيفية إدارة المخاطر وليس تجنبها ومدى سيطرته عليها والتنبؤ بالمخاطر الكمية والنوعية التي يمكن أن يتعرض لها، واتخاذه القرارات الاستثمارية[1] فهو مطالب باتخاذ كل الاحتياطات اللازمة في إطار ممارسته لنشاطه إلى جانب اعتبارات الثقة التي يوليها الزبون للبنك. كما أن سرعة الخدمات المصرفية المقدمة من طرف البنك وتوسعها وأهميتها وحدة المنافسة بين البنوك زادت من إمكانية وقوع أخطاء أثناء ممارسة البنك لهذه العمليات ومن احتمالية وقوع أضرار للمتعاملين معه تستوجب جبر الضرر الواقع، كما أن من أهم سمات التطور القانوني على صعيد المسؤولية تبعا للتطورات الاجتماعية والاقتصادية ظهور المسؤولية المهنية كمفهوم متطور للمسؤولية المدنية وكنظام يحكم العلاقات المهنية. ويكاد يجمع الفقه الفرنسي[2] أن هذه المسؤولية ترتبط ارتباطا وثيقا بالمسؤولية المدنية وتشكل إحدى تطبيقاتها ولم تعد ناتجة عن عمل إيجابي يقوم به البنك بل أصبحت تفسر بكونها النتيجة الحتمية للمركز الفعال للبنوك.

[1] طارق عبد العال حماد، إدارة المخاطر، الدار الجامعية، مصر، 2007، ص 104.

[2] لبنى عمر المسقاوي، المسؤولية المصرفية في الاعتماد المالي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 227.

وقد ثار نقاش فقهي[1] حول مدى كفاية تطبيق قواعد المسؤولية المدنية التقليدية على مسؤولية البنك لحماية الزبون حيث استندت المساءلة أساسا على القواعد العامة، غير أنها اتخذت منحا مميزا وخاصا بها نظرا لخصوصية العمل البنكي وتنوع النشاط وتشعب الأفكار التي تتمحور حولها الدراسة مما يستدعي تأصيلها بردها إلى نظام قانوني مناسب لها.

وعليه، سنتعرض في هذا الفصل إلى:

المبحث الأول: الاتجاه الفقهي القديم (نظرية المخاطر) كأساس للخطأ المهني للبنك

المبحث الثاني: الاتجاه الفقهي الحديث (نظرية الخطأ)كأساس للخطأ المهني للبنك

[1] مغبغب نعيم، مبدأ عدم مسؤولية المصرف موزع الاعتمادات واستثناءاته دراسة في القانون المقارن الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 271.

المبحث الأول: الاتجاه الفقهي القديم (نظرية المخاطر) كأساس للخطأ المهني للبنك

إن تحديد أساس المسؤولية يقصد به "**تأصيلها فنيا أو محاولة ردها إلى نظام من الأنظمة القانونية المعروفة في ظل تعدد أنظمة المسؤولية المدنية بشكل عام أو خلق نظام مناسب لها، يمكن نسبتها إليه إذا استعصى ردها إلى أي من الأنظمة**".

ويقصد به كذلك "**السبب الذي من أجله يضع القانون عبء تعويض الضرر الحاصل على عاتق شخص معين**". ويستدعي تحديد الأساس القانوني إيجاد الوسائل الملائمة التي تكفل حماية الطرف المضرور وضمان حصوله على التعويض[1] دون وضع الحواجز أمامه من قبيل إرغامه على إثبات ما قد يستحيل عليه إثباته[2]. وعليه، فلابد من تحديد النظام الذي تنتمي إليه المسؤولية المدنية للبنك عن طريق دراسة أساس المسؤولية المدنية للبنك أو مبناها القانوني الذي تقوم عليه والذي يتخذ خصوصية تتلاءم مع طبيعة العمل المصرفي وطبيعة الشخص الذي يمارسها. فاعتمد الفقه في بداية الأمر على قواعد المسؤولية المدنية وعلى أساس الخطأ الذي في غيابه تنتفي المسؤولية وعلى الرغم من أهمية الخطأ، فقد ظهرت عدة محاولات في الفقه والقضاء تهدف إلى البحث عن أساس اخر بعيدا عن الخطأ الذي تحقق عدم

---

[1] فاضلي إدريس، المسؤولية عن الأشياء الغير الحية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2006، ص 199.

[2] محمود محمد أبو فروة، مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الالكتروني للنقود، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر دراسة مقارنة، الأردن، 2014، ص 212.

كفايته لتعويض المضرور. ولم يكن غريبا أن يثور التساؤل لدى فقهاء القانون البنكي حول إمكانية اعتبار مسؤولية البنك مسؤولية موضوعية ترتكز على نظرية المخاطر. ولتقدير مدى ملائمة فكرة مخاطر المهنة كأساس لمسؤولية البنك فلابد من عرض مضمون هذه النظرية.

إن البحث عن الأساس القانوني للمسؤولية يمثل عصب النظام القانوني، ومحورا مفصلا للنقاشات الفقهية، وكثيرا ما ارتبطت المسألة بالإجابة عن سؤال رئيسي هو ما هو الاعتبار الذي يبرر مسؤولية شخص ما تجاه الآخر والذي من أجله وضع عبء التعويض على عاتقه؟ ولم يكن الجواب نفسه عبر كافة الأوقات، وهو ما يعبر عن التطور الحاصل في هذا الموضوع. حيث بحث فقهاء[1] القانون البنكي عن الأساس القانوني لهذه المسؤولية غير المقننة، فتوالت التصريحات وتعددت الآراء الفقهية بخصوصها. فمسؤولية البنك قد فرضتها ظروف الواقع التكنولوجي وتطبيقه فعلى الرغم من أن هذا التطور قد لاقى نجاحا إلا أن هناك العديد من المشكلات القانونية ويأتي تحديد أساس مسؤولية البنك في مقدمتها[2].

[1] FLOUR J. AUBERT J-L. et Savaux. E, Droit civil. Les obligations, T. 02, Le fait juridique, 9 ème éd, Armand Colin, Delta PARIS 2001, p 59.

[2] زينة غانم يونس العبيدي، مسؤولية المصرف عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الإلكتروني للنقود، مجلة الرافدين للحقوق السنة 2009، مجلد 11، العدد 39، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، ص 18.

المطلب الأول: مبررات نظرية المخاطر

إن الاتجاه الفقهي القائل بوجوب تطبيق نظرية تحمل المخاطر على المسؤولية المدنية للبنك حديث نسبيا، بالرغم أن أصولها التاريخية تعود لأكثر من قرن من الزمن، إلا أن أنصار هذه النظرية على قلتهم يجدون فيها الآفاق المستقبلية[1] للمسؤولية المصرفية تبعا للتطورات الهامة التي يشهدها القطاع المصرفي، وهذا راجع لأسباب عديدة ولعل أهمها أن البنوك كأشخاص مهنية متخصصة تكون عرضة لأشكال عديدة من المخاطر أثناء ممارستها لأنشطتها والتي تكون سببا في تشديد مسؤوليتها وإقامتها على أساس موضوعي قصد التسهيل على الزبون في الحصول على التعويض من جراء الضرر الذي يسببه نشاط البنك، وتسمى هذه النظرية بأسماء متعددة[2] منها نظرية تحمل التبعة أو تحمل المخاطر أو المسؤولية الموضوعية، أو المسؤولية بدون خطأ .

والجدير بالذكر أن حماية الزبون من المخاطر ليس بالأمر السهل في ظل الاعتماد على قواعد المسؤولية المدنية بشكلها التقليدي، الأمر الذي أصبح محل نظر نتيجة اتساع نطاق المسؤولية في الميدان المصرفي وازدياد خطورة العمليات التي تقوم بممارستها. فظهرت توجهات جديدة سعى بعضها إلى تحوير بعض القواعد العامة للمسؤولية المدنية بما يتلاءم مع طبيعة العمل المصرفي، بينما وجدت توجهات أخرى حاولت تقرير

[1] لبنى عمر المسقاوي، مرجع سابق، ص 227.

[2] شريف محمد غنام، مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الإلكتروني للنقود دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار وائل، الأردن، 2014، ص 202.

خصـوصـية للمسـؤولية المدنية للبنك. بالإضـافة إلى تشـتت الآراء وتعدد التوجهات الفقهية والقضـائية في كل فرع من فروعها، فيصـبح الإشـكال أكثر حدة عند محاولة تطبيقها على النشـاط البنكي الذي يتميز بدوره بتعقد وتشابك العلاقات القانونية الناشئة عنه، ولا يعني ذلك عدم صلاحية تطبيق قواعد المسـؤولية المدنية على علاقة البنك بالزبون، لكن كل ما في الأمر هو الأخذ بعين الاعتبار خصوصية العقود المصرفية المبرمة والعمل المصرفي ذاته من الناحيتين الاقتصـادية والاجتماعية، والتي أدت إلى تراكم العديد من المعطيات والظروف جعلت المسـؤولية المدنية للبنك تتخذ نوعا من الخصـوصـية[1]. ومن ثم، وقبل التعرض لإمكانية تطبيق نظرية تحمل المخاطر على العمل المصرفي، فلابد من التطرق لمبررات النظرية.

إن التطورات الحاصلة في ميادين الصناعة والإنتاج والتقدم العمراني منذ أواخر القرن التاسـع عشـر وكثرة المشـروعات التي تسـتخدم الآلات الصناعية الكبرى والأشياء الخطرة الأخرى ومخاطرها وازدياد وقوع الضحايا في صفوف العمال وحوادث العمل التي لم يكن يطالها القانون بسبب مبادئ النظرية التقليدية المسـندة إلى الخطأ أو التقصـير، تعد السـبب الرئيسـي[2] الذي زاد من الحاجة إلى حماية هؤلاء الأشخاص مما يصيبهم من أضرار نتيجة اشتغالهم فيها، وظهور التوجهات الموضوعية في المسؤولية المدنية.

[1] جعفر عقيل الجميلي، مرجع سابق، ص 66.

[2] محمود محمد أبو فروة، مرجع سابق، ص 212.

فالاعتماد على القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية يشترط قيام الشخص المضرور بإثبات الخطأ أو التقصير أو إهمال رب العمل في إصلاح أو تركيب الآلات الصناعية مثلا وصيانتها، لكي يستطيع الحصول على التعويضات الملائمة عن الأضرار التي لحقت به، فكان يستحيل على المضرور في كل مرة إثبات خطأ رب العمل تمهيدا لترتيب مسؤوليته وإلزامه بالتعويض طبقا لأحكام المسؤولية المدنية المرتكزة على الخطأ. فهذا ما دفع للبحث عن حلول تحقق العدالة للمتضررين وتضمن تعويضهم عن الأضرار التي تصيبهم، باعتبار أن من ينشئ مخاطر مستحدثة يتعين عليه تحمل تبعتها، حيث بدأت المحاكم بالتوسع في فرض الواجبات القانونية على أرباب العمل، وبالتساهل في الأخذ بالقرائن القضائية للقول بثبوت الخطأ وبثبوت العلاقة السببية بينه وبين الضرر[1]. فنادى الفقه الفرنسي بضرورة إعادة النظر في قواعد المسؤولية المدنية واستنباط نظرية جديدة أوسع قصد ضمان حقوق الضحايا وتغيير الأساس الذي تقوم عليه، والنأي بها عن فكرة الخطأ فجاءت هذه النظرية لتنادي بالمسؤولية المبنية على المخاطر وليس الخطأ.

[1] حازم نعيم الصمادي، المسؤولية في العمليات المصرفية الالكترونية، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، الأردن 2003، ص 122.

أخذ المشرع الفرنسي بالمسؤولية الموضوعية الخاصة ببعض المحترفين والتي تسمح بتعويض ضحايا الأضرار التي يتسبب فيها أشخاص لم يرتكبوا أي خطأ[1]، وهو ما تعزز بتكريس محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 25 جوان 1999[2] لالتزام الطبيب بإعلام المريض بمناسبة حالة التعفن أو العدوى الذي ينتقل إلى المريض أثناء العلاج المعروف بمصطلح infection nosocomiale، وكذلك بتبني القانون المدني الفرنسي التعليمة الأوروبية لسنة 1995 المتعلقة بالمسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة بموجب القانون رقم 389/98 المؤرخ في 19 ماي 1998[3].

وهكذا فنظرية المخاطر لم تلبث أن أخذت منحا مغايرا بعد ذلك وتوجهت لإقامة المسؤولية المدنية على أساس فكرة الخطر المستحدث، والتي مفادها أن كل من استحدث خطرا سواء بنشاطه الشخصي أو باستخدام أشياء معينة وأدى إلى إحداث ضرر بالغير، فانه يلزم بتعويض هذا الضرر الناتج عن تحقق الخطر، حيث اتجهت بداية إلى القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية في محاولتها لإيجاد أساس قانوني لفكرة المسؤولية الموضوعية[4].

---

[1] شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 96.

[2] بودالي محمد، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص37.

[3] بودالي محمد، مرجع نفسه، ص 37.

[4] محمود محمد أبو فروة، مرجع سابق، ص 204.

فلم يعد يصلح في ظل التطور الاقتصادي الذي عرفته الحياة الحديثة، وما يترتب عليه من زيادة في المخاطر والأرباح في نفس الوقت اعتماد الخطأ كأساس للمسؤولية نظرا للطابع الشخصي الذي يتميز به. وبناء عليه أصبح أساس التعويض أساسا موضوعيا فتأسيس المسؤولية على أساس الخطأ ما هو إلا ميل إلى الفردية المبالغ فيها. ويرجع السبب في نجاح هذه النظرية إلى أنها تقدم حلا للحالة التي يتحقق فيها الضرر دون أن يتبع أي خطأ من أحد الأطراف، وكذا التغير الاجتماعي والتطور الذي حدث في أواخر القرن الحالي للأفكار. وبالتالي، فإن هذه النظرية تستبعد الخطأ كأساس للمسؤولية وتجعل التعويض هو الهدف الأساسي لها. ويرى الفقه المؤيد لها ضمانًا أكثر لتأمين الناس من الأضرار التي تصيبهم من ذيوع الآلات الحديثة التي تنتج عنها مخاطر كثيرة رغم أن هدف واضعي هذه النظرية لم يكن فقط حصر تطبيقها على حوادث العمل بل ليشمل كافة جوانب النشاط الفردي[1].

ولعل من أهم المبررات والظروف التي ساعدت على ظهور نظرية المخاطر ما يلي:

فتجد هذه النظرية مبرراتها في صعوبة نسبة الخطأ إلى المسؤول في عصر انتشرت فيه الآلات وزادت المكينة وسادت التكنولوجيا المتقدمة، وأصبح يتعذر على المضرور اكتشاف الأخطاء التي يبني عليها دعواه، وبات من الصعب نسبة هذه الأخطاء إلى أشخاص محددين وذلك على فرض اكتشافها[2].

---

[1] محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الطبعة الثانية، الجزء الثاني، دار الهدى، الجزائر، 2004، ص06.

[2] شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 95.

وهذا التقدم يفرض هجر قاعد الخطأ العتيقة والاستعاضة عنها بقاعدة جديدة تساير مقتضيات المجتمع الحديث حيث كان الخطأ اعتبر في وقت من الأوقات أساسا للمسؤولية المدنية[1]، فلم يكن ذلك إلا بسبب نشأتها في أحضان المسؤولية الجنائية، والنظر إلى التعويض باعتباره عقوبة خاصة أو جزاء لفعل المتسبب في الضرر. أما وقد استقلت المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجزائية وأصبحت وظيفة التعويض مجرد جبر لضرر المصاب لا مجازاة الفاعل، فإن التشبث باعتبار الخطأ أساسا لها لم يعد له محل، بل من شأنه أن يعيق تطور المسؤولية المدنية. فينبغي الإقلاع عن ذلك وتأسيس المسؤولية على أساس يتفق مع وظيفتها في جبر الضرر أي على أساس يوجب تعويض الضرر على من تسبب في إحداثه مع انعدام الخطأ من جانب المصاب لأن المتسبب في حدوث الضرر أولى من غيره بتحمل تبعته[2].

فنظرية المخاطر تتوافق مع الاتجاه السائد حاليا في القوانين الوضعية، والقاضي بضرورة الاهتمام بوضعية المضرورين في شتى المجالات ذات الصلة بالحوادث وكذا التطور في الذهنيات الذي كان له نصيبه في التأثير على الفقه والقضاء في قبول نظرية المخاطر، فالنظر إلى قيمة الإنسان ينبغي أن يترجم بالسعي إلى الحد من عدد الضحايا وأن يحظى المتضررون بتضامن

---

[1] أنور العمروسي، المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، مصر،2004، ص62.

[2] عبد العزيز بوخرص، مسؤولية البنك اتجاه الغير، أطروحة دكتوراه علوم، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، السنة الجامعية 2015-2016، ص201.

أكبر من قبل المجتمع في مواجهة الأضـرار التي تلحق بهم[1] فليس من المعقول أن يبقى الضـحية دون عون أو مسـاعدة، بحجة أن المتسـبب أو الفاعل غير معروف أو أنـه غير قـادر على التعويض. وهـذا ليس فقط في حـالـة ما إذا كان الضـحية غير مخطئ بل حتى ولو ارتكب هذا الأخير خطأ سـاهم في الفعل الضـار، وقصـد تسـهيل حصـول المضـرور على تعويض مناسـب للأضـرار التي تحملها دون الخوض في اثبات وقوع الخطأ ونسـبته إلى شـخص معين.

وكذلك ظهور نظام التأمين من المسـؤولية كان من شـأنه أن يسـاعد القضـاء على إبداء بعض المرونة فيما يخص شـروط قيامها، حيث أصـبحت المحاكم لا تترد في الحكم بالتعويض على شـخص ما حتى في ظل غياب خطأ حقيقي ما دام أنه في النهاية لن يتحمل هذا الأخير عبء التعويض. فانتشـار التـأمين من المسـؤوليـة جعل من السـهل على القضـاة الحكم بـالتعويض على شخص ما ولو كان غير مخطئ، فالمحكمة أضحت تنظر إلى حق المتضرر في التعويض أكثر من سـلوك الفاعل. ففي الوقت الحالي أصـبحت المسـؤولية الموضـوعيـة مرتبطـة بـإمكانيـه التـأمين، فـالمسـؤول هو من يقـدم تـأمينـا إلى الضـحية حتى وإن كان غير مخطئ أو كان لا يتمتع بملاءة مالية تسـمح له بدفع التعويض. فالتأمين شجع القضاة على الانحراف عن مبادئ المسؤولية التقليديـة القـائمـة على فكرة الخطأ، كمـا رسـخ حق المتضـرر في التعويض الكامل الذي يغطي كافة الأضـرار. وبالتالي كان التأمين سـببا في محو معالم المسؤولية التقليدية ومبادئها.

[1] عبد العزيز بوخرص، المرجع السابق، ص201.

كما أنه من الأفضل للشخص أن يتوقع النتائج المترتبة على أفعاله، فيكون على يقين من أنه ملتزم بهذه النتائج فيحتاط ويستعد لتحملها من أن يكون في شك مما عسى أن يترتب عليها، فلا يدري أن يُقام الدليل على أنه أخطأ أم لا فإذا أقيم الدليل على أنه أخطأ وقامت مسؤوليته، ولم يكن مستعدا لها فوجئت ذمته المالية بعبء لم يكن يتوقعه[1].

وعملا بأحكام المنطق والعدالة الاجتماعية[2] وفي هذا الصدد قال الفقيه **SALLEILLES "إن الوضع الحالي للمسؤولية المدنية معناه إرهاق المضرور بعبء خسارة لم يكن هو السبب فيها وهذا مخالف لقواعد العدالة التي تقضي بأن يتحمل كل شخص ما قدمت يداه"**[3]. حيث أصبح من المتعذر على المضرور اكتشاف الأخطاء التي يبنى عليها دعواه وبات من الصعب نسبة هذه الأخطاء إلى أشخاص محددين وذلك على فرض اكتشافها وتسهيلا للمضرورين في الحصول على تعويض مناسب للأضرار التي تحملوها دون أن يخوضوا في إثبات وقوع الخطأ ونسبته إلى شخص معين، وألا يحرم المضرور من تعويض يجبر ضرره بحجة أنه لا يستطيع تحديد مصدر الضرر، أو أن المتسبب في الضرر لم يرتكب أي خطأ مادام المضرور نفسه لم يرتكب خطأ. أما المتسبب في الضرر وان لم يرتكب الخطأ فقد أتى سلوكا ايجابيا بممارسته للنشاط الذي سبب الضرر[4]، ومن ثم يكون الأقرب للعدالة والمنطق أن يتحمل هذه الأضرار[5]، ومن ثم فمن خلق تبعات يستفيد من مغانمها عليه أن يتحمل عبء مغارمها.

---

[1] علي علي سليمان، مرجع سابق، ص153.

[2] شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 95.

[3] علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 153.

[4] خليل أحمد حسن قدادة، مرجع سابق، ص237.

[5] محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 06.

وفي هذا الصدد نجد حيثيات إصدار التوجيه الأوروبي رقم 374/85 الصادر في25 يوليو 1985 بشأن المسؤولية الموضوعية للمنتج عن عيوب المنتجات[1] والتي جاء فيها أن "المسؤولية الموضوعية التي لا تقوم على خطأ المنتج هي وحدها التي تسمح بمواجهة صحيحة وعادلة للمشكلات الناجمة عن تطور التقنية المستخدمة في الإنتاج المعتمد على التكنولوجيا في عصرنا الحالي".

وفيما يخص المشرع الجزائري فقد أخذ بفكرة المخاطر في بعض الأنظمة الخاصة بالتعويض عن الأضرار في مجالات النشاط الذي كثرت فيه فرص وقوع الأخطار منها القانون الصادر سنة 1972 والمتعلق بالتعويض عن حوادث العمل الذي يقيم مسؤولية رب العمل على فكرة الضرر ولا يعفى المسؤول إلا بإثبات خطأ يرتكبه العامل بغير مبرر، وكذا الأمر رقم 74-15 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض عن الأضرار، [2] حيث تبنى المشرع من خلاله نظاما جديدا لتعويض الأخطار والأضرار الجسمانية التي تصيب الضحايا، وذلك دون تمييز بين نوع وظروف الحادث وبدون البحث عن مصدر الخطأ إلا في حالات استثنائية، والملاحظ تخليه عن مبدأ المسؤولية المدنية التي ترتكز على فكرة الخطأ من خلال نص المادة 08 التي جاء فيها "كل حادث سير سبب أضرارا جسمانية يترتب عليه التعويض لكل ضحية...". وكذلك بموجب القانون رقم 83-11 المتعلق

[1] شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 94.

[2] الأمر رقم 74-15 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض عن الأضرار، المؤرخ في 30 يناير 1974 جريدة رسمية العدد 15، الصادرة بتاريخ 19فبراير 1974، المعدل والمتمم.

بالتأمينات الاجتماعية[1] الذي يقوم على فكرة تحمل التبعة دون اشتراط الخطأ. كما أخذ بفكرة الحراسة الفعلية على الشيء أي أن يكون للحارس سلطة الاستعمال والتوجيه والرقابة وهذا ما يستشف من المادة 138 من القانون المدني على أنه "كل من تولى حراسة شيء ولو كانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء"، فأخذ بنظرية تحمل التبعة ملقيا المسؤولية على حارس الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة دون إثبات الخطأ في جانبه.

وبعد تعديل القانون المدني الجزائري بموجب القانون رقم 05-10[2] استحدث المشرع الجزائري بمقتضى هذا التعديل مادة جديدة هي المادة 140 مكرر/1 تتعلق بمسؤولية المنتج عن منتوجاته المعيبة حيث جاء فيها "يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة عقدية"[3]. وواضح أن المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي في نص الفقرة الأولى من المادة 1386-1 من القانون المدني الفرنسي، جعل من مسؤولية المنتج مسؤولية من دون خطأ، إذ يكفي لقيامها توافر عيب في المنتوج وضرر يصيب الغير وعلاقة سببية، وقد أعفى المشرع المضرور من إثبات خطأ المنتج ومنحه حق التمسك بفرضية المسؤولية لمجرد وجود عيب في المنتوج[4].

---

[1] قانون رقم 83-11 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية، المؤرخ في 02 يوليو 1983، ج ر، العدد 28، الصادرة بتاريخ 05 يوليو 1983.

[2] القانون رقم 05-10، المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج ر العدد 44، الصادرة بتاريخ 26 يونيو 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني.

[3] مصدر المادة 140 مكرر هو القانون الفرنسي فالفقرة الأولى من هذه المادة يكاد يكون نقلا حرفيا لنص المادة 1386-1 من القانون المدني الفرنسي.

[4] مع ذلك لا يوضح نص المادة 140مكرر فيما إذا كان المضرور ملزم بإثبات عيب المنتوج أم أن مجرد كون الضرر كان بسبب المنتوج يعتبر قرينة على ذلك.

كما أخذ التشـريع الفرنسـي[1] بالأفكار الموضـوعية للمسـؤولية المدنية في بعض الحالات الاسـتثنائية وفي مجالات محصـورة كحوادث المرور وضحايا الحروب والطيران[2] وكذا إصـــابات العمل حيث ألزم أرباب العمل بتعويض العمال عن الإصـــابات التي تقع لهم أثناء مزاولة مهامهم على شـــكل تعويض جزافي دون تطلب قيام العامل بإثبات وجود خطأ من رب العمل، وكذا صـــدور تشـــريع مســـؤولية مخاطر العمل في 1946/10/30 وبمقتضـــاه يقرر الحكم للعامل بتعويض جزافي في حالة إصـــابته أثناء عمله أو بمناســـبته وتبعات الطيران في 1924 وتبعات الضمان الاجتماعي وتعويض ضحايا الحرب ومصانع الذخيرة في أحوال معينة[3] على ســـبيل المثال أو التي تنظم بعض الأنشـــطة التي يترتب على ممارســـتها أخطار تكتســـي طابع خاص نظرا لحجم الأضـــرار الذي قد ينجم عنها كما هو الحال بالنســـبة للأضـــرار الناشـــئة عن مخاطر المنشآت النووية.

[1] منهـا القـانون الفرنســي الصـــادر في09 أفريـل 1898 المتعلق بحوادث الشـــغـل، مقتبس عن محمد صبري السعدي، ص 06.

[2] حازم نعيم الصمادي، مرجع سابق، ص 123.

[3] محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 23.

المطلب الثاني: نقد نظرية المخاطر

لا شك أن نظرية المخاطر تعد أقرب النظريات التي يمكن على أساسها بناء مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر مثلا لكون النظرية تتسم بالبساطة ويكفي لمساءلة البنك عن الأضرار التي يسببها الكمبيوتر للزبون أن يثبت هذا الأخير وجود هذه الأضرار ونسبتها إلى نشاط البنك بصفة عامة أو عمل الكمبيوتر بصفة خاصة[1]، ولكونها تتماشى مع العدل والمنطق فالبنك مهني يستعين بتكنولوجيا متقدمة لتسيير نشاطه ولزيادة موارده وهي تكنولوجيا معقدة فنيا بالنسبة للشخص غير متخصص ومن العدل كما يستفيد من هذه التكنولوجيا يتحمل تبعة مخاطرها ويلزم بتعويض ما ينجم عنها من أضرار[2]. وهذا راجع للطابع الاحتمالي للعمليات التي يجريها البنك والتي تتدخل في ظلها العديد من العوامل التي قد لا تكون خاضعة لسيطرة البنك وحده. وبالرغم من مميزات نظرية المخاطر إلا أنه لا يمكن إنكار الصعوبات التي تواجه اعتماد نظرية المخاطر على مسؤولية البنك، حيث أن الأخذ بنظرية المخاطر كان ولا يزال موضوع جدال ونقاش فقهي كونها تبقي المسؤولية بعيدة عن أية علاقات إنسانية شخصية مما يجعل المادة بحد ذاتها موضوعا للمساءلة أكثر من الإنسان الذي من حيث المبدأ هو وحده يجب أن يكون موضوعا لهذه المسؤولية[3].

---

[1] زينة غانم ويونس العبيدي، مرجع سابق، ص 17.

[2] شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 103.

[3] نعيم مغبغب، مرجع سابق، ص 197.

وعليه، فهذه النظرية ليســت بمنأى من النقد والجدل الفقهي أخذ حيزا من مجهود الفقهاء على مر العقود المنصــرمة وأن ما يمكن أن يوجه إليها من انتقادات لا يختلف عما واجه به جمهور كبير من الفقهاء الفرنسيين أنصــار نظرية المخاطر محاولة توسـيع تطبيقها لتشــمل كافة أوجه النشــاط الفردي، وعليه فما لبث الفقه الفرنسي أن انصرف عن هذه النظرية، والسبب يرجع إلى موقف التشــريع والقضــاء الفرنســي الذي لم يأخذ بها إلا في نطاق محصور واشتراطه أن تقوم المسؤولية على أساس الخطأ[1].

من ثم، فإن أهم ما وجه من انتقاد إلى هذه النظرية[2] هو:

- اعتبارها تقضــي على روح المبادرة الفردية، وتلحق الجمود والشــلل على الصعيدين الاقتصادي والاجتماعي، فالمجتمع المتكون من مجموعة أفراد فاعلين لا يمكنه البقاء والتطور دون ضــمان قدر من جو الحرية لأفراده من أجل ممارســة نشــاطاتهم الفردية، والمجموعات الاقتصــادية لا يمكنها أن تستمر وترتقي دون توفير المناخ المناسب لعناصرها للعمل بحرية، والفرد العامل يبقى دائما مدفوعا إلى المخاطرة ومن يريد تجنب المخاطر لا يعمل أبدا، وان الكثير من الاحتياط يؤدي إلى تدمير حرية المبادرة وان النتائج الســلبية لذلك تبدو بديهية. فالجمود يؤدي إلى نتائج مدمرة على الصــعيدين الاقتصــادي والاجتماعي ذلك أن الحيطة الزائدة تشكل قمة التهور، والمجتمع الســليم من الناحية الاقتصــادية هو ذلك الذي يفتح مجال حرية التحرك للأفراد بحد أدنى من قواعد المراقبة التي تبقى ضرورية من أجل ضمان احترام المصــلحة العامة، ولكن دون أن يؤدي ذلك إلى تكبيل المبادرة الفردية.

[1] خليل أحمد حسن قدادة، مرجع سابق، ص 238.

[2] لبنى عمر المسقاوي، مرجع سابق، ص 229.

ففي إطار المسؤولية يبقى الفرد في المقام الأول هو الذي يجب أن يكون هدف أي تنظيم ومسلكيته هي التي يجب أن تكون موضع تقدير وإلا فإن الخطر يحدق بالمجتمع الذي باسمه ومن أجل حمايته تتم الدعوة وفقا لنظرية المخاطر للتعويض عن كل نشاط مسبب للضرر سواء أكان ناشئا عن خطأ أم لا والقول بعكس ذلك يحمل الأفراد على التردد عن القيام بأي نشاط مثمر إذا كانوا يعلمون أنه بالرغم من كل حذر سوف يبدونه أثناء ممارسة نشاطهم سوف يتحملون مسؤولية أي ضرر قد يلحق بالآخرين نتيجة هذا النشاط. ولما لهذه النظرية من آثار سلبية على المجتمع والاقتصاد بشكل عام ينطبق من باب أولى على البنك عصب الحياة الاقتصادية فهذه النظرية تجعل ذمة البنك مشغولة بهذه المسؤولية ما لم يثبت القوة القاهرة فقط.

- أن اعتماد نظرية المخاطر على إطلاقها كأساس للمسؤولية المدنية يتعارض مع النظام الاقتصادي الحر القائم على المبادرة الفردية المكرس دستوريا، فهي تساهم في تقويض أسس النظام الاقتصادي الذي كرسته التشريعات، وإذا افترضنا مسؤولية البنك على أساس تحمل التبعة فإنه يسعى جاهدا إلى إبعاد مسؤوليته بالرجوع إلى الالتزام بالعناية، فيثبت أنه بذل كل ما بوسعه لتلافي السبب الأجنبي ولم يفلح في دفعه قياسا إلى عناية الرجل المعتاد، وهذا يحصل عادة عندما يتنصل البنك عن مسؤولية الشيك المزور إذ يدفع أنه بذل ما في وسعه لأجل التحقق من التزوير بكل الوسائل المتاحة لديه ولم يتمكن من كشفه. وإذا اثبت التزوير بعد صرف الشيك المزور، فإنه غير مسؤول ويستطيع البنك أن يتنصل من المسؤولية بطريقة أخرى إذ يحمل الساحب أي الزبون مسؤوليته بعدم بذل العناية المطلوبة بالمحافظة على الشيك أو بطاقة الائتمان[1].

[1] نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 1826.

فالعمل بهذا الاتجاه يجعل البنك مسؤولا عن النتائج الضارة بأي نشاط يبذله، ويصبح التعويض مضمون والتهاون والتواكل بدل الحيطة واليقظة، مما يؤدي إلى تثبيط العزائم لأولئك الناشطين والتهاون والتفريط لأولئك الطامحين بالتعويض، فيكفي وقوع الضرر للزبون واثبات الرابط بين الضرر والتعامل مع البنك مما يعني بأن النتيجة المتلازمة مع هذا الوضع تكون سائدة، ويصبح البنك مسؤولا بصورة إلزامية لا مناص منها بغض النظر عن أي عمل ايجابي أو سلبي. الأمر الذي قاد إلى المناداة بالمسؤولية الوظيفية للبنك أي مسؤوليته عن التعويض عن الأضرار الواقعة من جراء الوظيفة التي يمارسها ليس أكثر[1]، فقيل أن مجالات تطبيق هذه النظرية محصورة في حالات محددة ترشد بشأنها نصوص خاصة، فبسبب الآثار السلبية على المجتمع والاقتصاد بشكل عام فهو ينطبق على البنوك عصب الحياة الاقتصادية سواء تعلق الأمر بالنشاط المصرفي بشكل عام أو بعمليات التمويل مثلا بشكل خاص. فصحيح أن البنك لا يمكن أو يستحيل أن يمارس نشاطه بصورة اعتباطية وغير مدروسة ولابد من إتباع قواعد الحيطة والحذر، إلا أن ممارسة نشاطه تحت ظروف الخوف من إثارة مسؤوليته يؤدي إلى نتائج كارثية[2]. فالمخاطر من صميم العمل المصرفي وهي أكثر ما تتجلى في عمليات التمويل المصرفي حيث يتعلق الأمر بتسليف المال لآجال مختلفة، فالخطر يتعلق بالمال نفسه وإمكانية تأثره بالتقلبات الاقتصادية والمالية. وهذه المخاطر لا يمكن تحميل نتائجها للبنك وإلزامه بالتعويض عن الأضرار المرتبطة بها ما لم يثبت أن البنك قد ارتكب خطأ معينا أدى إلى حدوث الضرر والقول بعكس ذلك يجعل مسؤولية البنك حتمية لنشاطه مما يؤدي إلى تردد البنوك على منح التمويل خشية ترتيب مسؤوليتها[3].

---

[1] نعيم مغبغب، مرجع سابق، ص 195.

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

[3] جعفر عقيل الحميلي، مرجع سابق، ص 74.

فيظهر جليا إذن أن نظرية المخاطر لا يمكن اعتمادها على إطلاقها كأساس لمسؤولية البنك لما لها من انعكاسات سلبية على القطاع المصرفي وعلى الاقتصاد بشكل خاص، على أن يتم إعمالها بنص قانوني خاص وليس بصفة مطلقة لما في ذلك إعاقة لنشاط البنك. وإذا كانت من أنسب الطرق لمساءلة البنك عن أخطاء الكمبيوتر، فانه ليس هناك ما يمنع إقامة دعوى الزبون على أكثر من أساس بحيث تعد هذه الأسس المختلفة تعاقدية أو تقصيرية كبدائل أمام الزبون بإمكانه أن يستخدم إحداها في حالة فشل الأخرى وهذا لا يكون كذلك إلا إذا تم تنظيمها من قبل المشرع.[1]

فالمهنة المصرفية مفعمة بالمخاطر[2] والتي لا يمكن تحميل نتائجها للبنك وإلزامه التعويض عن الأضرار المرتبطة بها، ما لم يثبت أن البنك قد ارتكب خطأ معين أدى إلى حدوث ضرر، والقول بعكس ذلك يجعل مسؤولية البنك حتمية لنشاطه مما يؤدي إلى تردد البنك كثيرا قبل الإقدام على منح التمويل مثلا خوفا من ترتيب مسؤوليته. ولا يخفى على أحد الانعكاسات السلبية لذلك على مصالح الزبائن وعلى الاقتصاد بشكل عام، ولو ألزمناه بتعويض الغير عن الأضرار التي تقع له من جراء هذا النشاط لقتلنا فيه الحافز الفردي مما سيعرضه لمطالبات بالتعويض تكلّفه الكثير. فلازالت فكرة الخطأ[3] تخيم بظلالها على المسؤولية المدنية في القانون الوضعي وكل المحاولات التي أرادت ان تبعدها عن دائرة المسؤولية الشخصية بقيت

---

[1] زينة غانم ويونس العبيدي، مرجع سابق، ص 19.

[2] نعيم مغبغب، مرجع سابق، ص 199.

[3] علاء التميمي، التنظيم القانوني للبنك الالكتروني على شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، دون سنة نشر، ص 563.

محدودة لأسباب عدة منها التمسك لا زال متمسكا بفكرة الخطأ سواء في المسؤولية عن الأفعال الشخصية أو في المسؤولية عن فعل الغير أو فعل الشيء [1].

- فمن الصعوبات التي تواجه تطبيق هذه النظرية في مجال أخطاء الكمبيوتر التابع للبنك، هي صعوبة إثبات الرابطة السببية وكذا تعدد الأسباب التي تؤدي إلى إحداث الضرر مثلا للزبون وطرق دفع هذه المسؤولية، كأن يخطئ الزبون في إدخال بعض البيانات إلى كمبيوتر البنك أو الضغط على بعض المفاتيح غير الصحيحة أو عدم إتباع التعليمات عند إجراء التمويل أو السحب أو خصم الأوراق التجارية مما يؤدي إلى فشل في نظام البنك[2]. ففي هذا الفرض يسأل البنك عن الأضرار التي يسببها استخدام الكمبيوتر بغض النظر عن مساهمة أخطاء الزبون أو أخطاء البنوك الأخرى الوسيطة مثلا في إحداث الضرر، كما لا يجوز أن تعد الأخطاء التي تقع فيها البنوك الوسيطة عملا صادرا من الغير بالنسبة لبنك الزبون، لأن البنك هو الذي اختار هذه المصارف وهذه العلاقات المتشعبة تتحلل في النهاية إلى علاقة ثنائية بين الزبون ومصرفه. أما فيما يخص وسائل دفع المسؤولية، فتكمن الصعوبة أنه يجب أن تبقى مسؤولية البنك قائمة رغم وجود خطأ الغير أو خطأ الزبون نفسه، فيجب عدم السماح للبنك بالتملص من المسؤولية لمجرد ارتكاب الزبون خطأ أثناء استخدام ماكينة الصرف الآلية مثلا أو خطأ في الخطوات المتبعة لإجراء التحويل الإلكتروني، فالزبون البسيط

[1] نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 1818.

[2] شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 103.

لا يستوعب الطريقة الفنية التي يعمل بها الجهاز أو قد ينسى بعض الإجراءات التي يجب أن تتخذ كما أن تكليف الزبون بإثبات أن الضـــرر ناتج من كمبيوتر البنك التابع له لا من كمبيوتر الغير هو أشـــبه بتكليف بمســـتحيل[1]. فالزبون لا يملك الوســائل المادية والفنية ما يبلغه هذا الهدف وســينتهي الحال بعجزه عن الحصــول على تعويض جابر لضــرره. وعليه، ينادي الفقه الحديث بإبقاء مسؤولية البنك حتى في حالة خطأ الزبون أو خطأ الغير ولا يبرئ من المسؤولية سوى في حالة القوة القاهرة فقط[2].

ومن هنا يظهر جليا أن الأخذ بنظرية المخاطر لا يزال موضـــوع جدال فقهي وموضـــوع انتقـاد حـاد من قبـل بعض الفقهـاء، التي اعتبرهـا خطرة ويمكن أن تصبح لها انعكاسات سلبية على القطاع المصرفي والاقتصاد عامة، ويمكن أن تقود إلى نتائج متطرفة، فتطبيقها يبقى محصـــور في بعض الصـــور والمجالات، ومن الأنســب ألا يعتمد على نظرية المخاطر بصـورة مطلقة مجردة من أي فعل شـخصـي صـادر عن البنك لئلا نبتعد عن الأشـياء الإنسـانية التي هي مصـدر للمسـاءلة[3]. ومع ذلك أخذت نظرية المخاطر حيّزا من التطبيق خاصة في ميدان الجوامد حتى ولو بقيت قليلة التنفيذ. وعليه، فالأخذ بنظرية الخطأ أي المسـؤولية الشـخصـية القائمة على فكرة الخطأ هي التي تبقى قابلة للاعتماد كأســاس لمســؤولية البنك مع الأخذ بعين الاعتبار طبيعة النشــاط المصرفي وأهميته على الصعيد الاقتصادي.

---

[1] زينة غانم ويونس العبيدي، مرجع سابق، ص 17.

[2] شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 105.

[3] نعيم مغبغب، مرجع سابق، ص 197.

المبحث الثاني: الاتجاه الفقهي الحديث (نظرية الخطأ) كأساس للخطأ المهني للبنك

إذا كان أنصار المسؤولية الموضوعية القائمة على أساس المخاطر ينادون بتطبيقها على العمل المصرفي لمواجهة التطورات الاقتصادية الهامة التي شهدها القطاع المصرفي، فإن رفض اعتمادها على إطلاقها لا يعني إنكار هذه التطورات وتجاهل نتائجها التي أثرت جذريًا في مفهوم مسؤولية البنك، وهذا التأثير أدى إلى إرساء مفهوم خاص للمسؤولية المصرفية بوصفها أحد أشكال المسؤولية المهنية وتوسع الموجبات المصرفية مما يتناسب مع المعطيات الاقتصادية فأصبحت أكثر شمولية وتشديد[1].

لم تستطع نظرية المخاطر إقلاع نظرية الخطأ من أصولها الدينية والأدبية وإلى استبعادها عن سلوك الإنسان، والتي يعود وجودها إلى العهد الروماني والحلول محل الخطأ، إذ لا يجوز أن تسيطر المادة على الروح ومن الواجب إبعادها عن جذورها المادية وجعلها ترتكز على التعامل الإنساني المستند إلى الأخلاق والاستقامة، حيث يستوجب على الإنسان الحيطة اللازمة لمنع وقوع الضرر على غيره من جراء الأوضاع التي أوجدها لنفسه[2]. فليس من الحكمة أن تقلع نظرية المخاطر نظرية الخطأ وأن تحل محلها بل يجب التوفيق بينهما. فطبقا للقواعد العامة للمسؤولية المدنية فهي تقوم على أساس الخطأ والضرر معًا وليس على أساس الضرر فقط، والبنك يستطيع أن يدفع المسؤولية إذا أثبت أنه لم يخطئ أو إذا نفى العلاقة

[1] لبنى عمر المسقاوي، مرجع سابق ص 231.

[2] نعيم مغبغب، مرجع سابق، ص197.

السببية بين خطأه وبين الضرر[1]. وأن اعتماد فكرة الخطأ كأساس لإقامة مسؤولية البنك يحقق نتائج تنعكس إيجابًا على النشاط المصرفي بشكل عام يبرز ذلك من خلال:

- تفعيل روح المبادرة وخلق مناخ من الحرية لا يوفره اعتماد نظرية المخاطر لممارسة النشاط المصرفي، وازدهار الاقتصاد خاصة، فالبنك عندما يعلم أنه ليس مسؤول سوى عن الأخطاء التي يرتكبها فسوف يقدم بشكل أقوى على زيادة نشاطه واستثماراته دون أن يخشى تحميله المسؤولية الحتمية حتى في غياب خطأ من جانبه[2].

- معاقبة مرتكب الخطأ على السلوك المنحرف الذي خان به الثقة المشروعة التي منحت له باعتباره كائنا مسؤولا، ومن وراء ذلك تقويم سلوكه وردع غ يره عن إتيان نفس السلوك وكذا تعويض المضرور عن ضرره إلا أن الهدف الأخير يقل أهمية مقارنة بالأول فتعويض المضرور يجب ان يمر دائما من خلال عقاب محدث الضرر على سلوكه الخاطئ[3].

- توفير أحد الضمانات القوية لممارسة النشاط بقدر من الفعالية والضمان، فتشديد الالتزامات الملقاة على عاتقه وتطوير معيار الخطأ المصرفي ليتناسب مع مهنية القطاع المصرفي يدفع البنك إلى الاحتياط أكثر وبذل عناية أكبر سواء في ممارسة حقوقه أو تنفيذ التزاماته وينعكس إيجابا على الاقتصاد وعلى مستوى أداء الخدمات المصرفية بشكل عام. وبالتالي فالخطأ كأساس

---

[1] عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص513.

[2] لبنى عمر المسقاوي، مرجع سابق، ص231.

[3] عدنان إبراهيم سرحان ونوري حمد خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية الالتزامات، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع والبرمجيات، مصر، 2010، ص 359.

تقوم عليه جميع حالات المسؤولية التي فرضت نفسها على أذهان رجال الفقه والقضاء والتشريع بتأثير الفلسفة الفردية التي ربطت بين الحرية التي يجب أن يتمتع بها الشخص في المجتمع بأكبر قدر ممكن وبين الواجبات الملقاة على عاتقه باعتبارها ترد على تلك الحرية ضمانا لحقوق الآخرين وإزاء ذلك كان من الواضح ألا تقوم مسؤولية أي شخص إلا إذا أخل بتلك الواجبات، فلا يوجد مسؤولية بدون خطأ .إذن فالمسؤولية الشخصية القائمة على أساس الخطأ تكون إما ناتجة عن تعسف البنك في ممارسة حقوقه أو عدم تنفيذ التزاماته اتجاه الزبون، وهو خطأ مهني يتأثر بشكل أساسي بوضعية البنك كممتهن متخصص وهذا ما سنتطرق إليه في المطالب المتتالية.

المطلب الأول: تقدير الخطأ المهني للبنك الناتج عن التعسف في استعمال الحق

إن تقدير الخطأ الناتج عن التعسف في استعمال الحق لا يخلو من الصعوبة، لأن الأمر يتعلق بالوضعية الخاصة التي يوجد فيها صاحب الحق بكونه يتمتع بحق معيّن ويحق له التصرف فيه، الأمر الذي يمنحه تحصينًا مبدئيا يستمد مشروعيته المفترضة من مضمون الحق نفسه سواء محدد بالاتفاق أو بالقانون. ويتعلّق الأمر كذلك بالضرر الذي يمكن أن ينتج عن ممارسة هذا الحق، وهذا الضرر يشكل في حالات كثيرة نتيجة حتمية لممارسة هذا الحق بمعزل عن وجود أي تعسف. فالأصل أن البنك يتمتع بحرية في ممارسة حقوقه لكنها حرية نسبية غير مطلقة تقف حدودها في الإضرار بالزبون بصورة غير مشروعة. ويعد الخطأ انحراف على السلوك الفني المألوف للشخص العادي، فمثل هذا الشخص لا يجوز له أن يخطئ

فيما استقرت عليه أصول فنه التي لم تعد محلا للمناقشة بين المتخصصين[1]، وتكييف الفعل أو الترك المؤسس عليه طلب التعويض بأنه خطأ أو نفي هذا الوصف عنه من مسائل القانون التي يخضع قضاء محكمة الموضوع لرقابة محكمة النقض. والشخص قد ينحرف عندما يباشر رخصة قانونية أو عندما يستعمل حقا.

وذهب الفقيه Domat[2] إلى أن الشخص يكون متعسفا في استعمال حقه إذا قصد الإضرار بالغير ولم تكن له مصلحة في استعماله، فلكل حق غرض اجتماعي يسعى إليه وحاجة اجتماعية يهدف إلى إشباعها فإذا ما خرج استعمال الحق عن هذا الغرض الاجتماعي فلا محل لوجوده.

وفكرة التعسف ترتبط بفكرة الحق وما يمثله من قيمة معينة اجتماعية يحميها القانون وهذا يقتضي إخضاع استعمال الحق لرقابة القضاء لضمان عدم التعسف والانحراف عن غايته، وفكرة التعسف تعتبر فكرة ملازمة ومكملة لفكرة الحق ولها كيانها الخاص[3]. فيوجد تعسف طالما كانت المصالح التي ترمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الزبون والغير من ضرر بسببها والمعيار المتخذ لنظرية التعسف في استعمال الحق هو نفس المعيار الذي وضع للخطأ التقصيري، إذ أن التعسف ليس إلا إحدى صورتيه[4] فيتم الموازنة بين مصلحة صاحب

---

[1] جاسم علي سالم الشامسي، مرجع سابق، ص1785.

[2] محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 47.

[3] إبراهيم سيد أحمد، مرجع سابق، ص 32.

[4] عزالدين الديناصوري وعبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة7، الإسكندرية،2000 ص128.

الحق والغير والمعيار هنا موضـــوعي وهو أمر يخضـــع في هذا الشـــأن لتقدير القضـــاء وعلى من يدعي التعســـف إثبات ما يدعيه والقاعدة هي أن البينة على من ادعى وخاصـة انه من المفترض أن الشـخص يسـتعمل حقه اسـتعمالا مشروعا[1].

ومنعـا لاتخـاذ ظـاهر القواعـد القـانونيـة ســـتـارا غير أخلاقي لإلحـاق الضـــرر بالغير، فالضـــابط مشـــترك لتلك الصـــور والذي يجمع بينهما هو نية الإضـــرار ســـواء على نحو ايجابي بتعمد الســـعي إلى الإضـــرار بالغير دون نفع يجنيه صـــاحب الحق من ذلك، أو على نحو ســـلبي بالاســـتهانة المقصـــودة بما يصـيب الغير من ضـرر فادح من اسـتعمال صـاحب الحق لحقه اسـتعمالا هو إلى الترف أقرب مما سـواه يكاد يبلغ قصـد الإضـرار العمدي. ومعيار الموازنة بين المصـــلحة المبتغاة في هذه الصـــورة الأخيرة وبين الضـــرر الواقع هو معيار مـادي قوامـه الموازنـة المجردة بين النفع والضـــرر، دون النظر إلى الظروف الشـخصـية للمنتفع أو المضـرور يسـرا أو عسـرا، فتنبع فكرة إسـاءة اسـتعمال الحق من اعتبـارات العـدالـة القـائمـة على إقرار التوازن بين الحق والواجـب[2]. مثال ذلك إجراء الإخطار الذي هو إجراء جوهري يسـتند إلى مبدأ حسـن النية التي يحكم تنفيـذ العقود بشـــكل عـام حســـب الفقرة 02 من المـادة 107 من القـانون المـدني الجزائري. وهـذا الإخطـار فيـه مصـــلحـة للزبون والبنـك على حد الســـواء ومن الضـــروري تحديد مهلة محددة يتعين فيها هذا الإخطار. وبمجرد تحقيق هذا الهدف ينتهي دور هذه النظرية لتتدخل عندها الأحكام

[1] إبراهيم سيد أحمد، مرجع سابق، ص 32.

[2] نفس المرجع، ص 61.

العامة للمسؤولية من أجل ترتيب النتائج الملائمة على الخطأ الواقع[1]. فالعلاقة بين البنك والزبون هي بالدرجة الأولى علاقة مالية اقتصادية إلا أن المفاهيم الأخلاقية والاعتبارات الشخصية لها مكانة هامة، ولا يمكن إلزام البنك بالمحافظة على تعهده لأن ذلك يؤدي إلى وضع البنك في موقف حرج ووضع من يلقي بنفسه وهو على بينة من أمره إلى التهلكة وهو لا تقره أي شريعة أو أي منطق أو عدالة[2]، ويجوز للبنك أن ينهي العقد إذا أصبح الزبون غير ملئ بعد إبرام العقد مما يخل باعتبارات الثقة التي راعاها البنك عند التعاقد. والمرجع في تقدير الواقعة أو الحدث الذي غير مركز الزبون المالي في نظر البنك ليس تقديره وحده بل يجب أن يترتب على الحدث تغيير عميق في مركز الزبون وان يقدم البنك أسبابا وجيهة. أما مجرد الخوف من عدم الملاءة ولجوء البنك لفسخ العقد بدون مبرر فيكون إساءة لاستعمال الحق الذي منحه إياه القانون ويشكل خروجا على قواعد حسن النية ويكون للزبون الحق في المطالبة بالتعويض إذا أنهى العقد لمجرد الحذر أو انه يرى وحده هذا التغير[3].

[1] لبنى عمر المسقاوي، مرجع سابق، ص 241.

[2] بسام هلال مسلم القلاب، مرجع سابق، ص 176.

[3] نفس المرجع، ص 176.

فليست نظرية التعسف في استعمال الحق نظرية حديثة بل هي فكرة عتيقة، تمتد أصولها إلى النظم القانونية القديمة والى القانون الروماني[1]، وانتقلت إلى القانون الفرنسي القديم ثم الحديث وامتدت إلى باقي القوانين الحديثة. وقد أخذ بها الفقه الإسلامي وأصبحت نظرية عامة في القرن التاسع هجري مؤسسة على مجموعة من القواعد وهي استعمال الحق سلبا أو إيجابا يكون غير مشروع إذا قصد صاحبه بعمله إحداث ضرر بالغير، ذلك لأن الحق شرع لمصلحة معتبرة والإضرار بالغير ليس مصلحة مشروعة، وكذا استعمال الحق لتحقيق مصلحة تافهة لصاحبه لا تتناسب مطلقا مع الضرر الفاحش الذي يصيب الغير ولو عن غير قصد صاحبه لأن في هذه مناقضة لقواعد الشريعة التي تقضي بدفع الضرر والأصل هو أن "درء المفاسد مقدم على جلب المنافع"، وكذا إذا أصاب المجتمع ضرر عام كما في حالة الاحتكار ولو ترتبت على ذلك تفويت مصلحة الفرد.

فالتعسف في استعمال الحق يمكن أن يحصل في عدة مراحل كمرحلة التفاوض أو إبرام العقد أو مرحلة إنهاء العقد، وهي تتمحور بمجملها حول تقدير وتقييم التوازنات المقدمة[2]. ويظهر التعسف بشكل واضح إذا كانت مبررات رفض البنك تجديد العقد مثلا واهية لا تحقق مصالح البنك ولا تتناسب مع ما يلحق الزبون من ضرر ينعكس على دائنيه[3]. فالبنك لم يعد يمارس نشاطه موزعا للائتمان في ضوء ما يحقق مصالحه فقط، وإنما يدخل

[1] أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،1998، ص 338.

[2] نعيم مغبغب، مرجع سابق، ص 213.

[3] عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 571.

في حسـبانه مصـالح الزبون ومصـالح الدائنين[1]، فرفض البنك إذن تمويل الزبون يتوجب أن يكون محكوما بالغاية بما يمكنه من توقي المخاطر عن طريق حسـن انتقـاء زبـائنـه. أمـا إذا كـان الرفض دون توخي لنفع أو درء لضـرر وكان الرفض ضـارا بمصـالح طالـب التمويـل فيجوز للمتضـرر المطالبـة بالتعويض[2]، واثبات التعسـف على المدعي طبقا لقاعدة البينة على من ادعى لأن الأصـل أن صـاحب الحق اسـتعمل حقه اسـتعمالا عاديا بحسـب الغرض منه وبحسن نية[3].

واعتبر القضاء الفرنسي أن التعسف في استعمال الحق إحدى صورتي الخطأ وجعله نظرية عامة وأخذت به محكمة الاسـتئناف الفرنسـية[4] كولمار بتاريخ 02 ماي 1855 وقررته كذلك محكمة النقض الفرنسـية سـنة 1862 بقولها: "حتى يكون ثمة محل للتعدي فيجب أن يكون هناك خطأ والقانون لا يعتبر الشـخص مخطئا إذا هو عمل ما من حقه أن يعمله، إلا إذا قصـد بالعمل أن يؤذي الغير دون أن تكون له مصـلحة في ذلك". وتم اعتماد جملة من المعايير[5] وهي قصـد الإضـرار، وكذا انتفاء المصـلحة في اسـتعمال الحق وكذا الاسـتعمال الطبيعي للحق ومدى مطابقة الباعث على اسـتعمال الحق، أو عـدم مطابقتـه للغرض الاجتمـاعي الـذي وجـد الحق من أجلـه. وان معيـار

---

[1] محمود مختار أحمد بريري، مرجع سابق، ص97.

[2] بسـام هلال مسـلم القلاب، الاعتماد المالي دراسـة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الراية للنشـر والتوزيع، الأردن،2009، ص 196.

[3] أنور سلطان، مرجع سابق، ص 342.

[4] محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 58.

[5] نفس المرجع، ص 58.

استعمال الحق استعمالا مشروعا متقيد بتحقيق مصلحة[1] وأنه يتعين وضع ضوابط محددة وهي الجدية والمشروعية، ويتحقق التعسف أيضا إذا ما تحققت المصلحة ولكن تخلف ضابط الجدية في هذه المصلحة. فصور التعسف في استعمال الحق[2] تكون بغياب المصلحة في استعمال الحق، أو تفاهة المصلحة في استعمال الحق، أو عدم مشروعية المصلحة في استعمال الحق.

فنظرية التعسف في استعمال الحق تهدف عن طريق الأخذ بما تقدم من معطيات إلى تقويض هذه المناعة المفترضة[3] في كل مرة يسيء صاحب الحق التصرف به، فهي تهدف إلى إبراز المعنى الحقيقي للحق، حيث أن التشريع الفرنسي يسند التعسف في استعمال الحق إلى أحكام المسؤولية التقصيرية بشكل عام. وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بالمسؤولية بالاستناد إلى إساءة استعمال الحق بقطع المفاوضات بدون سبب مشروع في قرار 20 مارس 1972. وتقع المسؤولية أيضا إذا توقفت المفاوضات بدون سبب مشروع بعدما تكون قد سارت شوطا بعيدا نحو توقيع العقد، فالتوقف المفاجئ يلقي بالمسؤولية على البنك لأنه يخل بقاعدة حسن النية.

[1] عزالدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 124.

[2] نفس المرجع، ص 125.

[3] عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 571.

المطلب الثاني: تقدير الخطأ المهني للبنك الناتج عن استعمال الحق خارج إطار الغاية المحددة له

يتميز تقدير خطأ البنك المتمثل في الانحراف عن ممارسة الحق عن غايته بشكل عام باستناده على عناصر موضوعية بعيدا عن الاعتبارات المعنوية أو الأخلاقية. فإذا كان كل من يمارس حق معيّن يتمتع بمشروعية تحمي هذه الممارسة، فإن التعسف يقوم أساسًا على ممارسة الحق ضمن هدف مختلف وبعيد عن ذلك الذي يؤسس مشروعيته. وهدف الحق يتم تحديده من خلال التمييز بين الحدود الظاهرية أو الحرفية وبين حدوده الفعلية، فالحدود الحرفية يحددها القانون أو فحوى العقد والثانية تستنتج من روح النظام القانوني الذي يمارس الحق ضمن إطاره ومن إرادة المشرع أو إرادة المتعاقدين، فالحق يكون بهدف تحقيق غاية معيّنة[1].

ومن أجل تقدير الخطأ المبني على الانحراف عن غاية الحق فلابد من معرفة الحدود الحقيقية للحق بعيدا عن حدوده الظاهرة استنادًا إلى الهدف المستوحى من هذا الحق، وتقدير كيفية ممارسة هذا الحق بصورة موضوعية دون ان تكون بالضرورة محددة بموجب النصوص، ذلك أن الحقوق لا تمنح لأصحابها بصورة عشوائية بل بهدف تحقيق غاية معينة في مناخ معين، وهذا المناخ هو الذي يفرض احترام بعض الحدود عند ممارسة الحق، ودون ان تكون معرفة بصورة مسبقة وهي تمثل الحدود الكامنة أو المفترضة للحق[2]. فيستنتج هذا التعسف من الوقائع والظروف

[1] لبنى عمر المسقاوي، مرجع سابق، ص 251.

[2] نفس المرجع، ص 251.

التي تمت ممارسة الحق في إطارها وعليه، لا يتم البحث عن الاعتبارات الشخصية وإنما إظهارها بصورة غير مباشرة من الوقائع والظروف ويتم تقديرها بصورة موضوعية.

فيتم تقدير خطأ البنك في ممارسته لحقه انحرافا عن غايته إذا مارس البنك حقا لا يستجيب لدوره الاقتصادي وبما يخالف وظيفة القطاع المصرفي بشكل عام. فإذا كانت حدود الحقوق الممنوحة للبنك قابلة للتعريف، فإن تقدير التعسف الناتج عن ممارسة هذه الحقوق يخضع لظروف كل حالة على حدى على ضوء المعطيات الموضوعية التي تحيط بطريقة ممارسة هذا الحق. فإثبات التعسف يتم بالاستناد إلى مدى وجود تحوير للواقع والذي يتم إظهاره بصورة غير مباشرة من الوقائع والظروف التي يتم ممارسة الحق ضمن إطارها، فيثبت الزبون وبصورة موضوعية انحراف البنك في ممارسة حقه عن غاية هذا الحق وذلك عن طريق دراسة كيفية تصرف البنك بحقوقه وما إذا كان هذا التصرف قد تم بما لا يحترم هذه الخدمة، ويتم التجرد من الظروف الداخلية الملابسة ودون التجرد من الظروف الخارجية التي تحيط بالتعدي وفق المعيار الموضوعي وهو معيار منضبط واف بالغرض فلا نحن بحاجة إلى البحث في خبايا النفس والكشف عن خفايا السرائر[1].

[1] أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 46.

وعليه، فمفهوم الخطأ في ممارسة الحق خلافا لمقتضيات حسن النية يستغرق مفهوم الانحراف في ممارسة الحق عن غايته، وهذا الأخير يعتبر أحد تطبيقات المفهوم الأول، فممارسة الحق بسوء نية هي المعيار الجامع والقاسم المشترك لكافة المعايير المعتمدة لتقدير التعسف في استعمال الحق[1] سواء تعلق الأمر بانحراف الحق عن غايته أو بالمعايير المعتمدة كقصد الإضرار بالغير، أو انتفاء المصلحة المشروعة. وهذه المعايير هي تطبيقات لسوء النية وهي تشكل نوعا من التجسيد لهذا المعيار من أجل تقدير التعسف، وطالما أن سوء النية هو معيار معنوي يصعب تقديره فخرق الثقة المشروعة والمتوقعة في التعامل يتجسد بصورة واضحة في انحراف البنك في ممارسة حقه عن غاية هذا الحق. فهذا الانحراف في الممارسة يشكل خرقا للثقة المشروعة في حدها الأدنى المفروض في التعامل حتى ولو لم تظهر علاقة البنك بالزبون أية مبررات موضوعية تجيز تشديد هذه الثقة، ومن تم فمعيار سوء النية في ممارسة الحق على صعوبة تقديره هو المعيار الأساسي للقول بوجود تعسف في استعمال الحق وكافة المعايير الأخرى فهي تسهل عملية تقديره بشكل ملموس.

إن عملية تقدير التعسف الناتج عن ممارسة هذه الحقوق يخضع لظروف كل حالة على حدى على ضوء المعطيات الموضوعية التي تحيط بطريقة ممارسة هذا الحق، مثال ذلك في عملية منح القروض فتكون حدود الحق الممنوحة للبنك محددة مسبقًا. إذن فخطأ البنك يتمثل في تجاوزه أثناء ممارسته لحقه الحدود الكامنة للحق وتأتي ممارسته هذه مخالفة لوظيفة الحق وبصورة موضوعية وفقا للمعطيات والظروف، وعليه يمكن القول أن مفهوم الخطأ الناتج عن استعمال الحق خلافا لغايته يشكل أحد تطبيقات مفهوم الخطأ في ممارسة الحق خلافا لمقتضيات حسن النية[2].

[1] لبنى عمر المسقاوي، مرجع سابق، ص 253.

[2] نفس المرجع، ص 254.

إن عناصر الاعتبار الشخصي مختلفة، فهي إما أن تكون موضوعية كملاءة الزبون ومقدار ما يملكه من سيولة نقدية ومقدرته على السداد في الموعد المحدد، ومدة تعامل الزبون مع البنك وكل ذلك يتعلق بمدى ربحية المشروع الممول ومركزه المالي في السوق، وإما أن تكون شخصية كأمانته ومقدرته على إدارة المشروع، بالإضافة إلى عوامل اقتصادية عامة وخاصة تتعلق بذات المشروع الذي يباشره الزبون. ويرى الدكتور علي جمال الدين عوض[1] "أن المعتبر هنا هو العوامل الموضوعية والعوامل الاقتصادية العامة، وهذه الاعتبارات تجعل الزبون جديرا بحصوله على الاعتماد أو جديرا بالثقة أو الائتمان وهي لا تقتصر على مجرد يساره بل تمتد إلى أمانته وحسن تصرفه وماضيه الخلقي". ولكن رغم وجود اعتبارات متعددة بشخص الزبون التي يراعيها البنك قبل إبرام العقد، إلا أن البنك غير ملزم قانونا بالتعاقد حتى وان توافرت هذه الاعتبارات. فالبنك تاجر وهذه العملية تحيط بها عدة مخاطر لذلك فله مطلق الحرية بأن يختار الزبون الذي يطمئن إليه ذلك الاطمئنان النابع من شخصية الزبون وسمعته التجارية. فالبنك لا يبرم العقد إلا لثقته بالزبون حتى وان كان هناك ضمانات مقدمة سواء شخصية أم عينية، وبالتالي راعى القانون هذه الاعتبارات التي تتصل بشخص الزبون كالوفاة أو فقدان الأهلية أو حل الشركة أو تحولها وكذا تغيير نشاط المستفيد ان كان الاعتماد مرتبط به، ذلك أنه لا يمكن إلزام البنك فاتح الاعتماد بالمحافظة على تعهده والسماح للمعتمد له باستخدام مبالغ الاعتماد المتفق عليها في العقد في الوقت الذي يشاهد فيه تدهور الحالة المالية للزبون[2].

[1] علي جمال الدين عوض، مقتبس عن بسام هلال مسلم القلاب، مرجع سابق، ص 64.

[2] بسام هلال مسلم القلاب، مرجع سابق، ص 64.

فإذا كانت العقود تقوم على مبدأ هام وهو المنصوص عليه في المادة 106 من القانون المدني الجزائري "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز تعديله أو نقضه إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون"، ونظرا لقيام العلاقات المصرفية على الاعتبار الشخصي فغالبا ما يدرج البنك شروطا حماية له تجعل العقد مفسوخا لمجرد تحقق الأسباب فيخطئ في تقديرها وتثور مسؤوليته بسبب الإنهاء التعسفي للعقد.

إن معيار سوء النية في ممارسة الحق على صعوبة تقديره هو المعيار والأساس الجامع والقاسم المشترك لكافة المعايير المعتمدة لتقدير التعسف في استعمال الحق، وما المعايير الأخرى سوى تطبيقات لهذا المفهوم تسهل عملية تقديره[1]، مع مراعاة أن البنك تاجر ومتخصص ومعناه ينتظر منه أكثر مما يتوقع من فرد عادي ولو كان حريصا، لأن البنك مهيئ ومعد لخدمة أعلى وأكثر دقة وتميّز بما لديه من إمكانات مادية وبشرية، وهذا المستوى يقدره القضاء بالنظر لظروف الحال وما يقدمه بنك آخر في نفس التخصص والإمكانيات وهذا راجع أساسا لخطورة وظيفة البنك في المجتمع الحديث[2].

[1] لبنى عمر المسقاوي، مرجع سابق، ص 255.

[2] علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 1218.

المطلب الثالث: تقدير الخطأ المهني للبنك الناتج عن عدم تنفيذ التزاماته

يعتبر الخطأ الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية عن الأفعال الشخصية، حيث نصت المادة 124 من القانون المدني على أن" كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض" وتباينت تعاريف الفقهاء للخطأ وفقا لنزعتهم الشخصية وحسب تطور ظروف

المجتمع الذي يعيشون فيه من الناحية الاقتصادية والاجتماعية ومتطلبات هذا التطور[1]. ومن أبسط التعريفات هو أن الخطأ هو "انحراف في السلوك المعتاد للشخص مع إدراكه لهذا الانحراف"، فالخطأ يقوم على ركنين أساسيين هما الركن المادي أي الانحراف والتعدي والركن المعنوي أي الإدراك، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 125 من القانون المدني التي نصت على أنه "لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطته إلا إذا كان مميزا"، وهذا ما يتوافق مع التوجه الفقهي الراجح الذي يرى أن الخطأ إخلال بالتزام قانوني بعدم الإضرار بالغير مع إدراك المخل بذلك[2]. ومن أجل تحديد معيار إخلال البنك بالالتزام سنتطرق أولا إلى الالتزام بتحقيق نتيجة وثانيا إلى الالتزام ببذل عناية.

---

[1] سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني 01 في الالتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الأول في الأحكام العامة، المجلد الأول، الطبعة الخامسة، القاهرة، 1992، ص 186.

[2] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، الجزء الأول المجلد الثاني، ص 882.

أولا: الالتزام بتحقيق نتيجة

إن عملية التفريق بين التزام تحقيق نتيجة وبذل عناية هي نتاج مجهود فقهي على يد الفقيه الفرنسي DEMOGUE René[1] في بداية القرن الماضي، وقد اصطلح الفقه العربي على تسمية هذا النوع من الالتزام بتحقيق غاية، فالخدمات الواردة في العقد المبرم بين البنك والزبون محددة أو قابلة للتحديد وتحرص البنوك الملتزمة بتقديم هذه الخدمة على تحديد وبيان نطاق التزاماتها، لأن الغموض وعدم الوضوح يفسر في غير صالحها[2]. فيعتبر البنك مخطئا إذا لم تتحقق النتيجة التي يرمي الزبون إلى تحقيقها من جراء تعاقده دون الحاجة لإثبات هذا الخطأ أو تقديره، فهو الالتزام الذي لا يتم تنفيذه إلا إذا تحققت الغاية المقصودة ويتحدد فيه مضمون الأداء بالهدف المتوخى تحقيقه من العقد وهي محل الالتزام[3]، فالبنك يصبح ملتزما بالوصول إلى نتيجة معينة ويتحدد الخطأ بعدم تحقق النتيجة المرجوة من الالتزام بغض النظر عن مقدار الجهد الذي بذله ودون النظر في سلوكه[4]. فعدم تحقق النتيجة يجعل البنك مسؤولا اتجاه الزبون ويكفي من هذا الأخير في هذه الحالة القيام بإثبات وجود الالتزام من خلال إثبات العقد لينتقل عبء إثبات تحقق النتيجة المرجوة منه إلى المدين وهو بحد ذاته الخطأ المصرفي وهو ليس بخطأ مفترض، وإنما ثابت بعدم تحقق النتيجة. وان تنفيذ هذا الالتزام يجب أن يتم بطريقة تحقق للدائن هدفه من التعاقد مع الطرف الآخر،

---

[1] عن محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 312.

[2] سليمان ضيف الله الزبن، مرجع سابق، ص 140.

[3] خليل أحمد حسن قدادة، مرجع سابق، ص 145.

[4] محمود محمد أبو فروة، مرجع سابق، ص 141.

وإذا امتنع المدين عن القيام به أو أخل في تنفيذه يكون قد أخل بالتزامه، وأن هذا الخلل بالالتزام يشكل الخطأ العقدي نفسه، ولا يقع على الدائن سوى إثبات عدم التنفيذ كي تترتب المسؤولية العقدية وعدم تحقق النتيجة على الوجه المرضي[1]. وليس على الدائن أن يثبت أن المدين ارتكب إهمالا أو عدم بذل العناية اللازمة إذ قد ثبت الركن المادي للخطأ بمجرد عدم تحقق النتيجة، ويفترض القانون أن ذلك راجع إلى فعل المدين فيلزم بالتعويض ما لم يسقط هذه القرينة بإقامة الدليل على أن سببا أجنبيا لا يد له فيه جعل تنفيذ الالتزام على الوجه المرضي مستحيلا[2].

فإذا كان مضمون الأداء هو الغاية والهدف اللذين يسعى الدائن إليها من إنشاء الالتزام كنا بصدد تحقيق نتيجة، فمن المعروف أن مسؤولية الشخص تتحدد بالنظر إلى مضمون التزاماته فاذا كانت التزاماته بتحقيق نتيجة قامت المسؤولية بعدم تحقق تلك النتيجة بغض النظر عما قام به أو ما كان بإمكانه القيام به في سبيل تحقيقها. إذن هذا التقسيم تبدو أهميته من حيث الإثبات ففي حالة التزام المدين بتحقيق نتيجة يعتبر بالتزامه مخطئا إذا لم تتحقق النتيجة التي يرمي إلى تحقيقها. ويقع الإثبات على الزبون طبقا لنص المادة 323 من القانون المدني التي نصت "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه"، أي ما على الزبون إلا إثبات العقد المبرم بينه وبين البنك واثبات عدم تحقق النتيجة التي التزم بها البنك في مواجهته عند التعاقد.

---

[1] عزالدين الديناصوري وعبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 395.

[2] عبد الحميد محمد الشواربي، مرجع سابق، ص 1511.

وهـذا التقســيم لا يكون إلا حيـث يكون محـل الالتزام عملا معينـا، أما الالتزام بإعطاء أو الالتزام بالامتناع عن عمل[1] فهما دائما التزام بتحقيق نتيجة كنقل الحق العيني، لأن الالتزام بإعطاء والامتناع في ذاته هما الهدف النهائي من الالتزام لتحقيق غاية محددة وفي نفس الوقت هما مضــمون الأداء الذي يجب على المدين القيام به على عاتق المدين. وبالتالي فإن إثبات عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه لا يتطلب التحري عن الخطأ أو تقديره بل يكفيه أن يثبت أن المدين لم يوف بالتزامه ســواء كان عدم التنفيذ جزئيا أو كليا[2]. وعليه، فإخلال البنك بالتزاماته بصــورة جزئية أو كلية يشــكل الخطأ العقدي نفســه ويكفي الزبون أن يثبت عـدم التنفيـذ كي تترتـب مســؤوليـة البنـك دون حـاجـة لتقـدير الخطـأ أو إثبـاتـه بصــورة مســتقلـة ولا يعفى البنـك من المســؤولية إلا في حالة للقوة القاهرة أو اســتحالة التنفيذ أو خطأ المدين. وبالتالي، فالخطأ العقدي الذي يمكن نسبته إلى المدين هو عدم تحقق النتيجة المتفق عليها والتي تشــكل الركن المادي للخطأ ويفترض القانون أن ذلك راجع إلى فعل المدين ويترتب عليه أن يعفى الدائن من إثبات تقصير أو إهمال المدين فيكفيـه فقط للتـدليـل على خطـأه أن يثبـت عـدم تحقق النتيجـة المرجوة وإلا فـالخطـأ ثـابـت في جـانبـه ومســؤوليتـه العقـديـة متحققـة. ولا يؤثر في هـذه القواعـد الخـاصــة بـالإثبـات كون الضــرر قـد وقع بفعـل الشــيء الـذي اســتخدمه المدين ولا بفعل المدين نفســه، ففعل الشــيء في مجال المســؤوليـة العقـديـة هو فعـل شــخصــي للمتعـاقـد ومن تم تعطى الأهميـة في هذا النوع من المسـؤولية لنوع الالتزام[3] لا لكيفية تنفيذه وبالتالي فإن إخلال البنك بهذه الالتزامات سـواء بشـكل جزئي أو كلي يشـكل الخطأ العقدي نفسـه ويكفي الزبون أن يثبت عـدم التنفيـذ كي تترتب مســؤوليـة البنك دون حـاجـة

[1] محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص25.

[2] خليل أحمد حسن قدادة، مرجع سابق، ص 145.

[3] محمد شريف غنام، مرجع سابق، ص 47.

لتقدير الخطأ أو إثباته بصورة مستقلة، ولا يعفى البنك من المسؤولية إلا بإثباته تحقق القوة القاهرة أو استحالة التنفيذ أو خطأ المدين[1]أو أقام الدليل على خطأ الزبون نفسه أو أثبت أنه غير ملئ أو كان عديم الملاءة وقت التعاقد على غير علم منه وتخضع السلطة التقديرية للقاضي في تقدير الأسباب.

ومن أمثلة الالتزام بتحقيق نتيجة هي التزام البنك بوضع ماكينة صرف آلية تعمل بشكل صحيح في خدمة الزبون[2]، وتدوين كل العمليات التي يجريها الزبون بشكل سليم أثناء تنفيذه الالتزامات، فماكينة الصرف الآلية يجب ان تعمل بشكل دقيق تجعلها تخرج النقود التي طلبها الزبون وتسلمه إيصالا سليما مبينا فيه المبلغ الصحيح ووقت التحويل وتقوم مسؤوليته إذا لم تعمل ماكينة الصرف الآلية بالكفاءة المطلوبة وكذا إجراء التحويلات البنكية التي يأمر بها الزبون في المواعيد المحددة وبالمبلغ المتفق عليه وللشخص المبين اسمه في التحويل، وكذا خصم سعر الخدمات والبضائع من الحساب بالقدر المحدد لا بالزيادة ولا بالنقصان. ولا يعقل أن يطلب الزبون من البنك أن يبذل قصارى جهده في تنفيذ هذه العمليات وبالتالي يسهل عبء الإثبات بالنسبة للزبون ويصعب دفع المسؤولية بالنسبة للبنك الذي ينحصر في إثبات السبب الأجنبي لقطع علاقة السببية بين فعله والضرر الذي وقع.

[1] عز الدين الديناصوري وعبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 395.

[2] محمد شريف غنام، مرجع سابق، ص 48.

ولكن تحديد نطاق الخطأ العقدي عن الإخلال بالالتزامات الواردة في العقد سيثير إشكالا عويصا يقف ضد الزبون فيما يخص مدى مسؤولية البنك التعاقدية عن الالتزامات التي تجد مصدرها خارج العقد خصوصًا وأن التنظيم التعاقدي للعلاقة بين البنك والزبون تقتصر على الحدود الدنيا فتبقى الكثير من القواعد المطبقة على العلاقة بينهما محكومة بموجب الأعراف المصرفية في هذا الصدد، فالبنك لا يكون مسؤولا عن الإخلال بالتزام عقدي حسب القواعد التقليدية العقدية بينما يتحمل الزبون ما لا يمكن رده للعقد واعتباره من مضمونه[1].

وحتى الالتزامات التي تجد مصدرها في العقد، فإن اختلاف القواعد المطبقة عليها سواء التزامات بذل عناية أو تحقيق نتيجة من شأنه أن يعطي للبنك الفرصة للتهرب من مسؤوليته عند إقامتها على الأساس التعاقدي، ففي الالتزام بتحقيق نتيجة فعلى الرغم من أنه يكفي من الزبون إثبات العلاقة التعاقدية حتى يطلب من البنك إثبات تنفيذه لهذا الالتزام، لكن هناك العديد من العقود التي يكون في ظاهرها قيام البنك بتنفيذ التزامه لكن هذا التنفيذ في حقيقة الأمر لا يكون وفقا للشكل المتفق عليه أو يكون معيبا أو ناقصا، ويكلف الزبون بإثبات أن البنك لم يقم بتنفيذ التزامه تنفيذا صحيحا. كما أن معظم التزامات البنك هي التزامات بذل عناية وهي العناية المعقولة والخاصة الحريصة المتعمقة[2] في عملية الفحص وليست عناية عادية بحكم

[1] محمود محمد أبو فروة، مرجع سابق، ص 143.

[2] فيصل محمود مصطفى النعيمات، مسؤولية البنك في قبول المستندات في نظام الاعتماد المستندي، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، الأردن، 2005، ص 173.

كونه متخصص في الأعمال المصرفية ويمتلك الدراية والخبرة. والزبون هو المكلف في الأصل في إثبات عدم قيام البنك بالعناية المطلوبة منه وهو أمر صعب، ويكاد يكون مستحيلا على الزبون في إقامة مسؤولية البنك عن الأضرار التي تقع.

حتى ولو اعتبرنا أن البنك هو المكلف بإثبات القيام ببذل العناية المطلوبة وعدم تكليف الزبون بهذا العبء فالبنك كممتهن له قوة اقتصادية يمكنه سواء كان تنفيذه كليا أو جزئيا أن يعفي نفسه من المسؤولية بإثباته قيامه بما يوجبه عليه العقد من مجرد بذل العناية الشخص المعتاد، وبالتالي التهرب من المسؤولية في حالة إثبات وجود السبب الأجنبي ومثاله التزام البنك بضمان سلامة النظام الإلكتروني الذي يضعه[1].

ثانيا: الالتزام ببذل العناية

أما إذا كان مضمون التزام أداء المدين ليس الغاية أو الهدف النهائي الذي يرمي الدائن إلى تحقيقه، بل هو الوسيلة التي تؤدي إلى تحقيق غاية الدائن وهدفه النهائي كنا بصدد التزام ببذل عناية. ولا تقوم مسؤوليته طالما انه بذل العناية المتفق عليها ويقيم مقدار العناية المطلوبة وفقا لمعيار ثابت ومجرد من الظروف الشخصية وهو معيار الرجل المعتاد[2] فالمدين يلتزم باتخاذ الحيطة والحذر في تنفيذه للالتزام. ولذلك فإن الدائن إذا أراد مساءلة المدين في هذا النوع من الالتزام عليه إثبات أن المدين لم يتخذ الحيطة اللازمة التي التزم بها فالدائن عليه إثبات إهمال المدين وعدم بذله العناية المطلوبة.

[1] محمود محمد أبو فروة، مرجع سابق، ص 144.

[2] جعفر عقيل الجميلي، مرجع سابق، ص 91.

فإذا كان التزام البنك ببذل عناية كما هو بالنسبة لمعظم التزامات البنك، فلا يكفي من الزبون إثبات عدم تنفيذ الالتزام لكي يفترض إخلال البنك بالتزامه، بل يجب على الزبون إثبات هذا الإخلال أي عليه إثبات أن البنك لم يبذل في تنفيذ التزامه العناية المطلوبة أي بذل عناية مكثفة[1] فإن أثبت ذلك انتقل عبء الإثبات إلى البنك، وحينئذ يجب عليه إذا أراد نفي المسؤولية عن نفسه أن يقيم الدليل على وجود السبب الأجنبي. ويرجع الاختلاف بينهما إلى طبيعة كل منهما حيث أنه في الالتزام بتحقيق نتيجة المطلوب هو تحقيق غاية معينة فإذا قصر البنك عن تحقيقها فيمكن افتراض الإخلال بالالتزام العقدي منه. أما في النوع الثاني، فالمطلوب من البنك بذل جهد معين ويمكن إعطاء بعض الأمثلة: كالتزام البنك في عقد الاعتماد المالي تجاه الزبون هو التزام بتحقيق نتيجة معينة وفي هذه الحالة يكفي للزبون أن يثبت عدم تحقق الغاية المطلوبة فإذا أثبت الزبون ذلك فيفترض الإخلال من جانب البنك ولا يلزم الزبون بإثبات ذلك ولا يستطيع البنك دفع المسؤولية عن نفسه إلا إذا أقام الدليل على وجود السبب الأجنبي، فتقصير البنك أو تراخيه في تقديم التمويل والسيولة اللازمة للمشروع والتأخير في إنجاز المشروع إلى إلحاق ضرر بالزبون يستوجب التعويض. وكذا إخلال البنك بمدة العقد دون مبرر قانوني وترتب عليه ضرر للزبون لأن القوة الملزمة للعقد تجعل إنهاء البنك للعقد محدد المدة بإرادته المنفردة خطأ عقدي ولا يستطيع دفع المسؤولية عن نفسه إلا إذا أثبت اختلال الأسس التي بنى عليها ثقته بالزبون سواء من الناحية الشخصية أم من الناحية المتعلقة بمركزه المالي، ويكون خاضعا لرقابة المحكمة ويقع على البنك عبء إثبات توافر هذه الحالات التي تجيز له إنهاء العقد لعدم الثقة بالزبون وللقضاء السلطة التقديرية.

[1] حازم نعيم الصمادي، مرجع سابق، ص 77.

وقد ينص العقد على وجوب الإخطار بوقت معين ويكون البنك مسؤولا عن تعويض الزبون عن الضرر الذي لحق بالزبون نتيجة عدم الإخطار. ويعتبر البنك كذلك مخلا بالتزامه العقدي إذا أهمل في المحافظة على الضمانات التي استلمها من زبونه كضمان لفتح الاعتماد في حال تعرضها للسرقة أو الاحتراق أو العبث بها، إذ يجب على البنك لأجل المحافظة عليها أن يبذل عناية الرجل المعتاد ويعتبر مسؤولا عن تعويض الضرر الذي يلحق بها. ويعتبر البنك مخلا بالتزامه إذا أفشى سر الزبون مما أدى إلى الإساءة إليه إذا تعلق الأمر بعقد الاعتماد المالي ذاته[1]. وعلى سبيل المثال كذلك بخصوص التزام البنك بتقديم المعلومات، فهو ليس من عمله الأساسي إعطاء معلومات فإذا قبل تقديم معلومات فهو يتعهد أن يدلي بما يعرفه لأن البنك ليس مكتب معلومات أو مكتب استعلامات بل أن المعلومات تنتهي إلى علمه عرضا بحكم نشاطه الأصلي، وبالنظر إلى هذا النشاط لا ينتظر من البنك أن تتعلق معلوماته الا بالنواحي المالية الاقتصادية دون النواحي الأخلاقية التي تفلت من نطاق نشاط البنوك، فالتزام البنك بتقديم المعلومات لا يضمن نتيجة معينة فالتزامه هو التزام ببذل عناية ومتى بذل ما في وسعه طبقا لما جرت به العادة فقد نفذ ما عليه، ولا يلزم بعمل تحريات للوصول إلى معلومات خاصة وتقديم الدليل أنه لم يبذل العناية التي يفرضها كونه محترفا والتي جرت بها العادة في مثل هذه الظروف[2].

[1] بسام هلال مسلم القلاب، مرجع سابق، ص 190.

[2] عبد الحميد محمد الشواربي، مرجع سابق، ص 1565.

ويرى جانب من الفقه[1] أن التزامات البنك تكون التزامات ببذل عناية نظرا للطابع الاحتمالي الذي يخيم على عمليات البنوك بصفتها مقدمة خدمات والتي تتداخل فيها مجموعة من العوامل لا تخضع في أكثرها لسيطرة البنك. ويرى هذا الاتجاه إنه من غير المقبول اعتبار التزامات البنك التزامات بتحقيق نتيجة. ولكن الحقيقة هناك من يرى انه لا يمكن الاتفاق مع هذا التوجه، على اعتبار أن قيام البنك باعتبار التزاماته في العقد الرابط بينه وبين الزبون التزامات ببذل عناية لا يرجع للطابع الاحتمالي بل إلى رغبة البنك في إعفاء نفسه من المسؤولية من جميع الحالات التي لا تتحقق فيه النتيجة التي يرجوها من خلال العقد الذي يبرمه، ويدفع أنه بذل ما في وسعه من عناية لتحقيق النتيجة. لكن باعتبار البنك محترف المهنة المصرفية، فإن مقدار العناية المطلوبة منه لا تتحدد كالأشخاص العاديين وفقا لمعيار الشخص المعتاد وإنما تقاس بمعيار خاص يتحدد بالنظر إلى الظروف الشخصية للمهني من خبرة ودراية وتخصص[2] بالإضافة إلى بعض الظروف الخارجية والمتمثلة فيما يملكه من وسائل مادية وتقنية، ويتم مقارنته بشخص مهني محترف يشابهه وضع في نفس الظروف الشخصية والخارجية ودرجة الاحتراف. فصفة المهني المحترف تلعب دورا كبيرا في تقدير جسامة الخطأ الذي يرتكبه الشخص الذي يتحلى بتلك الصفة فما يمكنه اعتباره خطأ تافها بالنسبة للشخص العادي فانه يشكل خطأ موجب للمسؤولية أو يتم إسباغه بوصف الجسامة إذا ما ارتكبه شخص مهني، وتضع البنك في مركز قانوني يميزه عن غيره من الأشخاص العاديين بصفته ينتمي إلى طائفة خاصة من طوائف المجتمع

[1] جعفر عقيل الجميلي، مرجع سابق، ص 92.

[2] المرجع نفسه، ص 92.

هي طائفة المهنيين المحترفين. فالبنك يظهر للمتعاملين معه منذ البداية بمظهر الشـخص المحترف مما يعطي انطباعا لهم بأنه ذو خبرة ودراية ومهنية كاملة بأصول النشاط الذي يمارسه الشيء الذي يجعلهم يثقون تمام الثقة في قدرته على توفير خدمة سليمة وآمنة لهم.

فالالتزام ببذل عناية يتعلق بتعهد المدين بالقيام بعمل معين تحقيقا لنتيجة لا يخضـع بلوغها لإرادته فيتحدد التزامه ببذل العناية اللازمة لبلوغ هـذه الغـايـة التي يبقى تحقيقهـا رهن ظروف خـارجـة عن سـيطرة المـدين بها وعندما يتعلق الأمر بالتزام ببذل عناية، فلا يكفي للدائن كي يرتب مسؤولية المـدين أن يثبـت عـدم تحقيق النتيجـة المتوخـاة ذلـك أن المـدين لم يتعهـد بتحقيقهـا، بل عليـه أن يثبت أن المدين لم يبـذل العنـايـة اللازمـة في معرض تنفيذه للالتزام الملقى على عاتقه ويزيد مقدار العناية أو ينقص تبعا لما ينص عليه القانون أو الاتفاق[1] وهذه الغاية التي ينبغي تحقيقها رهن ظروف خارجة عن سـيطرة المدين بها[2]. وأدى تطور أحكام المسـؤولية المهنية إلى تطوير مفهوم هـذا النموذج المجرد بحيـث يحـل محلـه مفهوم الممتهن الحريص وهو الممتهن المتخصـص الذي يمارس نشـاطه بتبصـر ضـمن إطار الوسـائل التي يمتلكها، فلا بد من إثبات خطأ البنك عن طريق تقدير كيفية تنفيذه لهذا الالتزام[3].

[1] أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 262.

[2] لبنى عمر المسقاوي، مرجع سابق، ص 259.

[3] نورة سعداني، مرجع سابق، ص 184.

وعليه، فإن المدين هنا لا يقوم بتحقيق الهدف النهائي[1] الذي يسعى إليه الدائن، بل يكون مضمون التزامه وسيلة للوصول إلى الهدف النهائي. لكن في هذا النوع من الالتزام وجب على المدين بذل مقدارا معينا من العناية واتخاذ الحيطة والحذر في تنفيذه الالتزام. ولذلك، فإن الدائن إذا أراد مساءلة المدين فعليه إثبات أن هذا الأخير لم يتخذ الحيطة اللازمة التي التزم بها، فالدائن عليه إثبات إهمال المدين وعدم بذله العناية المطلوبة[2] ويكون المدين قد نفذ التزامه التعاقدي إذا بذل العناية المطلوبة منه حتى ولو لم يتحقق الهدف أو الغاية من الالتزام[3]. فيكون المدين مخطئا إذا لم يقم ببذل مقدار الجهد المتفق عليه ويتم تحديد الخطأ بتحديد سلوك الملتزم ومقارنته وفقا لمعيار موضوعي، وقد ألزم المشرع البنك بإتباع قواعد الحيطة والحذر في تنفيذ الالتزام وإتباع الأعراف المصرفية واتخاذ الاحتياطات اللازمة كدرجة الخطر وجسامة الضرر والقيمة الاجتماعية لنشاط البنك ومدى ما تكبده من احتياطات لدفع الخطر وإمكانياته التقنية وكفاءته العالية وتخصصه الوظيفي، فتطور أحكام المسؤولية المهنية أدت إلى تطوير مفهوم النموذج المجرد وهو المدين المتبصر أو الأب الصالح الذي وضعه الفقه التقليدي فيكون تقدير تصرف البنك هو نفسه مقدار ما يبذله بنك مماثل والذي يزيد أو ينقص وفقا لما نص عليه العقد أو إرادة الأطراف أو القانون.

---

[1] محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 24.

[2] المرجع نفسه، ص 25.

[3] بسام هلال مسلم القلاب، مرجع سابق، ص 186.

لكن لابد من الإشـارة إلى أن العقبة الأسـاسـية التي تقف أمام الزبون وهي ما يخص الشـروط التعاقدية التي يتفق عليها البنك والزبون، فهناك سـمة مشـتركة تجمع بين هذه العقود رغم تنوع موضـوعها وهو ما يتعلق بالواقع التعـاقـدي، والـذي يغير من طبيعـة التزام البنـك من تحقيق نتيجـة إلى بـذل عناية في تنفيذ الأوامر التي يتلقاها من الزبون، فهناك مجالات مخصصة مثلا النقل الإلكتروني للنقود فلا يمكن أن يكون البنك وكيلا أو مقرضـا ومادام كـذلـك فكل مـا يلتزم بـه هو القيـام بـالعنـايـة والمهـارة المطلوبين من موردي الخدمات[1].

وتجدر الإشـارة إلى أن المشـرع الجزائري قد تدخل لتحديد الالتزامات التعـاقـديـة للمتعـاقـدين بـالرغم من اعتبـار العقـد شـريعـة المتعـاقـدين، وعلى سـبيل المثال في عقد الاعتماد الايجاري بموجب الأمر 09/96 المتعلق بعقد الاعتماد الايجاري [2]المؤرخ في 1996/01/10 حيث حدد التزامات المؤجر ألا وهو البنك أو المؤسـسـة المالية أو شـركة اعتماد إيجاري مؤهلة قانونا ومعتمدة صراحة وكذا حقوقه اتجاه المستأجر والذي يكون متعاملا اقتصاديا.

[1] شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 51.

[2] الأمر 09/96 المؤرخ في 1996/01/10 المتعلق بعقـد الاعتمـاد الايجـاري ج ر عـدد 03 المؤرخ في 1996/01/14.

وغالبا ما تحرص البنوك على إدراج شروط تنص على أن البنك سوف يبذل قصارى جهده في تنفيذ الأداء والالتزامات المطلوبة منه، وأنه غير مسؤول عن الأضرار التي تصيب الزبون من جراء فشل الكمبيوتر أو السير غير عادي لشبكة الاتصالات، والتي يتجلى أثرها في أنها تغير من طبيعة التزام البنك وتحوله من التزام بتحقيق نتيجة إلى التزام ببذل عناية بحجة أنه مجرد مورد خدمة ومن أمثلة هذه الشروط[1]:

- لا يلتزم البنك سوى ببذل العناية المطلوبة في تنفيذ الأوامر التي يتلقاها من الزبون بمقتضى هذا العقد.
- يبذل البنك العناية المطلوبة لتنفيذ الأوامر الصادرة من الزبائن في أفضل مدة ممكنة.
- البنك سوف يتخذ كل الإجراءات التي في استطاعته لكي يحد من النتائج الضارة التي قد تترتب على وقوع أخطاء في نظامه.

ولا شك أن الزبون سيلاقي صعوبات كبيرة في إثبات هذا الخطأ أو الإهمال، فكيف يستطيع الزبون إدراك أن الضرر الواقع له قد نتج عن خطأ في عمل البرنامج أو تلف في جزء من الكمبيوتر أو نتج عن فعل الرطوبة أو انقطاع الكهرباء أو راجع لخطأ بشري من موظفي البنك أو الغير؟ كما أنه لا يمكن استبعاد الشروط التعاقدية بين البنك والزبون ووفقا لحرية الإرادة، فيجوز لطرفي العقد إدراج ما يشاءون من الشروط التي تنظم العلاقة والتي تعكس المركز الاقتصادي للبنك، فأصبحت هذه الشروط واقعا يمد تطبيقاته في غالبية العقود المصرفية التي تبرمها البنوك على اختلاف أنواعها مع الزبائن[2].

---

[1] زينة غانم ويونس العبيدي، مرجع سابق، ص 10.

[2] شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 50.

وفي بعض العقود ينظم الأطراف أي البنك والزبون طريقة إثبات الإجراءات والاحتياطات التي يجب على البنك اتخاذها وعادة ما تشير هذه الطريقة إلى الأوراق والمستندات الصادرة من الكمبيوتر الذي يمتلكه البنك، ومثال ذلك أنه من المتفق عليه صراحة بين الأطراف أن وسيلة الإثبات الوحيدة المقبولة في حالة النزاع على قيمة النقود التي تم تحويلها أو تحديد شخصية المحول إليه هي الأوراق الصادرة من كمبيوتر البنك، وبالتالي يثور الإشكال حول حجية هذه الأوراق أمام ساحة القضاء[1].

ومن خلال مطالعة معظم العقود المصرفية التي تحكم علاقة البنك بالزبون يلاحظ أن الصيغة التي تتضمنها هذه العقود تفيد قصر المسؤولية على مجرد بذل العناية المعقولة، وانه غير مسؤول عن الخطأ بسبب تقديم الخدمة سواء كانت هذه الأخطاء تعود للأجهزة والبرامج الخاصة للبنك أم تعود لمقدمي الخدمات المصرفية[2]. فالبنك يفرض عليه مزيد من الجهد والحرص وضمان كفاءة وسلامة الأجهزة وذلك على نحو لا يقبل معه القول بان على البنك أن يبذل العناية المعقولة، بل أن طبيعة الخدمات المصرفية وطبيعة البيئة التي تقدم فيها يفرض على البنك الالتزام بتحقيق نتيجة.

[1] شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 44.

[2] علاء التميمي، مرجع سابق، ص 101.

وحاول الفقه أن يقيم توازن بين حق الزبون اتجاه البنك وسهولة تخلص البنك من مسؤوليته، وحدد بعض العناصر التي ألزم عليه إثباتها حتى تبرأ ساحته أمام الزبون وتتمثل هذه العناصر في[1]:

- أنه قد وفر الآلات اللازمة لتنفيذ التزامه وأن هذه الآلات سليمة وجاهزة للعمل.
- أنه قد اختبر الآلات والأجهزة التي يستعين بها واطمئن إلى كفاءتها.
- اتخذ كافة الإجراءات اللازمة لتنفيذ الأمر في الوقت المناسب وفقا لإجراءات نظام الوفاء المتعارف عليها بين البنوك.
- أنه كان من الضروري استخدام الوكلاء (شركات مالية أو شركات اتصال أو بنوك وسيطة لتنفيذ أوامر الزبون وأنه أتقن اختيارهم وتحديد اختصاصاتهم وتأكد من فاعلية أدواتهم وأجهزتهم).

وعليه، فيقاس سلوك البنك لمعرفة إذا ما كان قد اتخذ الإجراءات الضرورية والعناية المطلوبة أولا بمعيار موضوعي قوامه عناية البنك المعتاد الذي يوضع في نفس ظروف البنك طرف النزاع، الذي يمتلك نفس الإمكانات المالية والفنية والبشرية، فيلقى الزبون صعوبة جادة يواجهها في إثبات خطأ البنك لجهله الأمور الفنية التي يعمل بها النظام الإلكتروني للبنك مثلا، ويقابلها سهولة البنك في التخلص من مسؤوليته بواسطة إمكاناته وسيطرته على النظام.[2]

[1] شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 50.

[2] سليمان ضيف الله الزين، مرجع سابق، ص 166.

الفصل الثاني

مظاهر الخطأ المهني للبنوك

تلتزم البنوك بموجب العقود التي تبرمها مع زبائنها والخدمات المصرفية المعهودة إليها بتنفيذ الالتزامات المتفق عليها، مع احترام مجموعة من الضوابط والمعايير تجد مصدرها في القانون والعادات المصرفية، وهذا قصد حماية الثقة بينها وبين العملاء والمحافظة على وجودها وإبقاء ممارسة وظيفتها الاعتيادية، والتي تم تضمينها تحت اصطلاح واجب الحيطة والحذر. وهذا الأخير هو في الحقيقة عنوان عريض لجملة من الواجبات المهنية المترابطة التي ينبغي على البنك القيام بها في معرض منحه الاعتماد في كافة مراحله سواء عند فتح الاعتماد أو أثناء تنفيذه أو عند إنهاءه. فالمهنة المصرفية بعملياتها الائتمانية المختلفة تقوم في حقيقة الأمر على مجموعة من المبادئ تلتزم الجهات الائتمانية من بنوك ومؤسسات مالية بمراعاتها أثناء مباشرة العمل الائتماني، وتدخل هذه الجهات في دائرة ما يسمى بالمسؤولية المهنية[1]، الأمر الذي يؤدي إلى التشدد في التزاماتها وفي معيار مساءلتها من خلال المبادئ العامة التي ينبغي مراعاتها أثناء ممارسة العمل بقصد حماية مصالح زبائنها ومصالحها [2].وان الواجبات التي تثقل البنك وهو بصدد اتخاذ قراره في منح الاعتماد ليست واجبات لذاتها دائما، وإنما هي واجبات وظيفية [3]يتحدد دورها ومضمونها في ضوء فكرة المخاطر الملازمة لعمليات الائتمان البنكي بصفة عامة واتصاله بالمصلحة العامة، وان كانت مراعاة هذه المصلحة لا تقتضي

---

[1] جعفر عقيل الجميلي، مرجع سابق، ص 82.

[2] خالد عطشان عزارة الضفيري، المسؤولية المدنية للبنك عن عمليات القروض الاستهلاكية تجاه العميل المقترض دراسة في القانون الفرنسي والكويتي، مجلة الشريعة والقانون، العدد التاسع والأربعون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، جانفي 2012، ص 446.

[3] عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 143.

بالضـــرورة اعتماد فكرة المرفق العام وإنما تقتضـــي نوعا من الحزم القانوني في مواجهة البنك والتشـــدد في مطالبته بالحرص واليقظة وتنفيذ واجباته المهنية وفي تقدير مسلكه أمام القضاء.

مما يؤدي إلى تنبيه البنوك إلى أنها لم تعد تواجه فحســـب المخاطر التقليدية المتمثلة في ضياع أموالها، وإنما أصبحت معرضة لمخاطر المساءلة اتجاه كل من يلحقه ضـــرر نتيجة ما اتخذته من قرارات منح الاعتماد خاصـــة وأن هذا القرار ينصب على عناصر متصلة بمخاطر مستقبلية يتوخى البنك تفاديها[1]. وقد حاول الفقه اســـتنادا إلى القوانين والأعراف المصـــرفية تحديد عناصـــر التزام البنك بالحيطة والحذر ووضـــع أســـســـها والتعريف بها وبيان مضـــمونها، فلم تعد هذه القواعد متروكة كلية لتقدير البنوك في مباشـــرتها عملية منح الاعتماد، وإنما أصبحت واجبات قانونية حقيقية في هذا الصـــدد والتي على أساسها تقوم مسؤولية البنك[2]. وعليه، أصدرت السلطة النقدية عدة أنظمة وقوانين تهدف إلى توحيد هذه الالتزامات، وقبل تحديد الالتزامات الرئيسية التي تشكل التزام الحيطة والحذر والتي يترتب على مخالفتها مسؤولية البنك فلابد من التطرق إلى تحديد أساس التزام الحيطة والحذر وحدوده.

[1] محمود مختار أحمد بريري، مرجع سابق، ص 35.

[2] عبد الحكم محمد عثمان، مرجع سابق، ص30.

المبحث الأول: الأســـاس القانوني والو اقعي لالتزام البنك بالحيطة والحذر وحدوده

في ظل تزايد وتعدد واختلاف المخاطر المحيطة بالوظيفة البنكية نتيجة للعولمة وتطور الصناعة المصرفية التي أصبحت تهدد أموال المودعين ومركز البنك المالي واستقرار النظام المصرفي، فلم يسع البنوك للحد من هذه المخاطر إلا الالتزام الصارم بجملة من الضوابط التي تستهدف تحقيق سلامة القرارات الائتمانية حتى لا يتم منح التسهيلات الائتمانية إلا بشكل مدروس، مما يحد من الانعكاسات الاقتصادية السلبية للائتمان العشوائي، مع حسن تقدير جدارة الزبون ومتابعة الاعتماد الممنوح تحت إطار التزام الحيطة والحذر وان إخلالها بهذا الالتزام يعد خطأ مهنيا يرتب مسؤوليتها المدنية.

فقد حاول الفقه الفرنسي مستندا إلى القوانين والأعراف المصرفية تحديد عناصر الحيطة والحذر ووضع أسسها والتعريف بها وبيان مضمونها بحيث أصبحت هذه العناصر التزامات نهائية مكرسة على عاتق البنك[1].

[1] لبنى عمر المسقاوي، مرجع سابق، ص 157.

المطلب الأول: الأساس الو اقعي والقانوني لالتزام البنك بالحيطة والحذر

إن التطور المستمر للخدمات البنكية وأهمية الدور الذي تضطلع به البنوك في شتى المجالات تعتبر سببا هاما في تطوير البنك لخدماته المصرفية، فهو يمتلك المعرفة الفنية والخبرة بأصول نشاطه وهو محاط بمجموعة من القواعد الخاصة بتنظيم سير المهنة، ولم يعد يخفى على أحد مدى الارتباط الوثيق بين الاقتصاد الوطني وعمل البنوك فيجب على البنك طيلة فترة منح الاعتماد التقيد بصورة دقيقة بالتزام الحيطة والحذر الذي يقتضي التعامل بصورة صحيحة وأكيدة بكل استقامة ونزاهة وفق ما تقتضيه قواعد تدعيم الثقة بينه وبين الزبون[1].

إن التزام الحيطة والحذر هو التزام مركب مؤلف من عدّة عناصر مترابطة وعلى قدر كبير من الترابط والتداخل[2]، ويشكل كل منها التزامًا قائمًا بذاته وحسن تنفيذ أحد الالتزامات يضمن حسن تنفيذ الالتزامات الأخرى، ولا يمكن الجزم بأسبقية عنصر على آخر سواء زمنيًا أو عمليًا ولا يمكن تحديد مرحلة معينة يبدأ فيها أو ينتهي عندها عنصر ما، فكل التزام يبقى قائما ما بقيت الحاجة إليه، فهي تتضافر جميعها من أجل تحقيق الهدف المتوخى من إرساء هذا الالتزام على عاتق البنك. والقيام بهذا الالتزام على الوجه الأتم يفترض اتخاذ تدابير وخطوات معقدة تشمل جميع مراحل عملية منح الاعتماد وجوانبها، ولكل مرحلة ما يناسبها من إجراءات يتعين على البنك اتخاذها بما يضمن سيطرته قدر الإمكان على العملية الائتمانية

[1] نعيم مغبغب، مرجع سابق، ص 127.

[2] لبنى عمر المسقاوي، مرجع سابق، ص 162.

بكافة عناصرها وبما يضمن تقديم أفضل خدمة للزبون وبأعلى قدر ممكن من الأمان مع الاحتياط. كما تستمد هذه الالتزامات أساسها من الوظائف التي تضطلع بها البنوك في العصر الحديث واحتكارها ممارسة الأعمال المصرفية. ويقر الفقه بصعوبة حصر هذه الالتزامات إذ لا يوجد نص قانوني يحددها فهي في الغالب وليدة العرف المصرفي.

فالخدمات البنكية تلعب دورا رياديا على الصعيد الاقتصادي، وأن الدور الهام والأكثر تأثيرا اقتصاديا يبقى للنشاط التمويلي للبنوك الذي يشكل عصب الحياة بالنسبة للاستثمار في جميع الميادين والى جانب أهمية المساحة التي يحتلها التمويل المصرفي تظهر العمليات التي في إطاره أهمية خاصة كونها ترتبط بمنح المال لآجال مختلفة ومع ما يتضمنه ذلك من مخاطر مزدوجة، تتمثل في الخطر اللصيق بعنصر المال نفسه والعنصر الاحتمالي المرتبط بالأجل أي بالزمن، ومدى إمكانية استرداد الاعتماد لكونها مرتبطة بالوضع الاقتصادي بشكل عام، أو بوضع الزبون ومدى إمكانية الوفاء بالتزاماته اتجاه البنك .وعليه، فالأهمية التي تظهرها عمليات التمويل والمخاطر التي تتضمنها تتطلب الاحتياط قدر الإمكان في تنفيذها حفاظا على مصالح البنك والزبون ومصلحة الاقتصاد عامة، وإذا كانت أطراف العملية الائتمانية مطالبين بالاحتياط قدر الإمكان أثناء تنفيذ العملية، فإن الدور الأكبر يبقى مطلوبا من البنك لعدة اعتبارات وهي[1]:

[1] لبنى عمر المسقاوي، مرجع سابق، ص 162.

- كون القطاع البنكي يحظى بمركز مهني متميز لا يضاهيه أي قطاع اقتصادي آخر، فهو محط ثقة المودعين يلجؤون إليه لإيداع أموالهم في أيادي أمينة وهو مصدر التمويل الأساسي للمستثمرين كما أن البنك يمتلك الوسائل والإمكانيات التقنية والفنية والمهنية[1] والتي تمنح تخصصا عاليا في نطاقه. فقدرة البنك على استقاء المعلومات من مصادرها وسيطرته عليها تمنحه هامشا واسعا من التقدير وتخوله سلطة اتخاذ القرار بحرية كبيرة نسبيا ضمن إطار الأعراف والمبادئ القانونية التي تحكم العمل المصرفي. فأهمية دور البنك الاقتصادي ومساهمته في السياسة النقدية وفي الاعتمادات والتنظيم الذي يحظى به في الحقل المهني كل ذلك يبرر الالتزام الملقى على عاتقه، وزيادة على ذلك فالإيجابيات التي يجنيها البنك من ممارسة نشاطه والوسائل الهامة التي يمتلكها هي من أهم المبررات لوضع التزام الحيطة والحذر على عاتق البنوك[2].

- كون دور البنك في العملية الائتمانية يبقى محكوما بمعادلة من الدقة والخطورة والمتمثلة في توظيف أموال المودعين في إطار من الأمان وتوفير الوسائل للمستثمرين لتحقيق أكبر قدر من الفعالية للعملية الائتمانية، وحسن تطبيق هذه المعادلة يصب في خدمة المصالح الاقتصادية[3].

---

[1] جعفر عقيل الجميلي، مرجع سابق، ص91.

[2] نعيم مغبغب، مرجع سابق، ص 123.

[3] لبنى عمر المسقاوي، مرجع سابق، ص 159.

وإن الأساس القانوني لإرساء التزام الحيطة والحذر على عاتق البنك يعود إلى إرساء مفهوم مبدأ حسن النية يجب أن يرعى تفسير وتنفيذ العقود طبقا لنص المادة 107 من القانون المدني الجزائري والتطبيق المتميز لمستلزمات العقد. فهذا المفهوم قد شهد تفعيلا له نتيجة تطور مفهوم المسؤولية المهنية بشكل عام بوصفها أحد أشكال المسؤولية المدنية، حيث تم توسيع نطاق التزامات البنك في إطار العقود المتعلقة بنشاط مهني وشكلت هذه الالتزامات إحدى النتائج الحتمية لتطبيق هذا المفهوم وهذا لتفعيل مفهوم حسن النية في إطار العلاقات المهنية والتي تشمل بطبيعة الحال النشاط المصرفي كونه نشاطا مهنيا يظهر خصائص متميزة.

ولم تعد الالتزامات في إطار العقود المصرفية تقتصر على تلك المبينة في إطار العقد بل توسعت لتشمل عدة التزامات تحت عنوان عريض واحد هو التزام الحيطة والحذر. وباعتبار العمل المصرفي محكوم بالأعراف المهنية التي تفاعلت وتطورت مع تطور النشاط المصرفي وازدياد أهميته، فالعرف المصرفي يبقى المرجع الأساسي الذي يحدد مضمون التزامات البنك كممتهن متخصص، وعليه فالأساس القانوني لالتزام الحيطة والحذر يرتبط من جهة بمقتضيات حسن النية التي أوجبت إرساء هذا الالتزام وبالأعراف المصرفية التي عرفت الالتزام ومضمونه ونطاقه[1].

[1] لبنى عمر المسقاوي، مرجع سابق، ص 161.

يتضح مما سبق، أن التزام الحيطة والحذر يستمد وجوده القانوني من مقتضيات حسن النية في إطار العلاقات المهنية، فأهمية الموقع الاقتصادي للقطاع المصرفي والدور المهني المتميز الذي يمارسه هما اللذان اوجدا المبرر الرئيسي لتطبيق هذا الالتزام. مما يظهر ترابط الواقع العملي مع الواقع القانوني وتداخلهما لإعطاء موجب الحيطة والحذر أساسا مزدوجا يكرس الواقع العملي من جهة ويستمد القواعد القانونية من مقتضيات حسن النية ليطبقها عليه من جهة أخرى[1].

المطلب الثاني: حدود التزام البنك بالحيطة والحذر

بعد تحديد الأساس الواقعي والقانوني لالتزام الحيطة والحذر فلابد من التطرق إلى تكريس مبدأ عدم التدخل في شؤون الزبون وتحديد القيود الوردة عليه.

[1] لبنى عمر المسقاوي، مرجع سابق، ص 161.

المطلب الثالث: تكريس مبدأ عدم التدخل في شؤون الزبون

إن التزام الحيطة والحذر يقف عند حدود مبدأ عدم التدخل في شؤون الزبون أو مبدأ حياد البنك[1] الذي يعتبر من المبادئ المستقرة في علاقة البنك بزبائنه[2]، وكرسه الاجتهاد الفرنسي في أوائل القرن الماضي والذي أصبح من المبادئ المستقرة[3]. وتمت الإشارة إليه لأول مرة في أحد أحكام محكمة التمييز الفرنسية الشهير بتاريخ 28 جوان 1930، ومنذ ذلك الحين طبق المبدأ سواء في إطار خدمات التمويل التي تقدمها البنوك وحتى في إطار الخدمات الأخرى[4].

ولا يوجد في القانون الجزائري ولا الفرنسي نص صريح يشير إلى هذا الالتزام، والذي يعني أن البنك محكوم في إطار تنفيذه لالتزاماته بعدم تجاوز نطاق عمله إلى نطاق يبقى خاصا بشؤون الزبون بحيث يمنع على البنك التدخل بها سواء بالاستعلام عنها أو الاطلاع عن العمليات التي تتم في الحسابات المفتوحة لديه. وتم إقرار هذا المبدأ بهدف تحديد مسؤولية البنك تجاه الزبون. فقد نص المشرع الفرنسي في المادة L650-1 من القانون التجاري المعدلة بتاريخ 26 تموز 2005 من قانون التجارة الفرنسي والموضوع للتنفيذ اعتبارا من 01 جانفي 2006 على التدخل الخاص للبنك في تسيير شؤون الزبون، واعتبره سببا محتملا لمسؤولية البنك استثناءً من مبدأ عدم مسؤولية البنك مانح الاعتماد الذي كرسه بموجب ذات المادة[5].

---

[1] أحمد بركات مصطفى، مسؤولية البنك عن تقديم المعلومات والاستشارات المصرفية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة، ص 110.

[2] عزالدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 1730.

[3] عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 567.

[4] نعيم مغبغب، مرجع سابق، ص 177.

[5] لبنى عمر المسقاوي، مرجع سابق، ص 177.

إن مبدأ عدم التدخل يعني عدم السماح للبنك بمشاركة الزبون في اتخاذ القرارات في مؤسسته وعليه أن يكون حذرا وأن يتوقف أمام المسائل الشكلية الخارجة للعمليات، وأن يبقى حياديا خارج القرار. ولهذا المبدأ أثر مزدوج، فهو يضمن من جهة مصالح الزبون وحريته في التصرف بأعماله دون تدخل من البنك الذي لا يحق له بأن يفرض بأي وسيلة كانت تدخله في تلك الأعمال وبالتالي يحدد إطار مسؤولية البنك تجاه الزبون، ومن جهة أخرى، يضمن مصلحة البنك ذاته وعدم إقحامه في مجالات ليست من اختصاصه مما قد يرتب مسؤوليته اتجاه الزبون والغير في حالة وقوع ضرر من العمليات والخدمات المقدمة.

ومازال مبدأ عدم التدخل حتى يومنا هذا موضوع نقاش فقهي[1]، فهناك من يرى بأن هذا المبدأ يشكل امتداد لسرية الأعمال بحيث يتعين على البنك احترام سرية أعمال زبونه وعدم التدخل بها. فهذا المبدأ يؤسس على مبدأ احترام الحياة الخاصة المكرس دستوريا والذي يمنح كل فرد الحق بالتمتع بسلطة على أعماله الخاصة وإدارتها وفقا لرغباته ودون تدخل من أي شخص، في حين يتجه البعض إلى تأسيسه على الظروف العملية والمهنية التي ترعى النشاط المصرفي وتعدد العمليات وتنوعها مما يمنع على البنك عمليا من التدخل في كل عملية على حدى، ويرفض رأي آخر[2] هذه الأسس مجتمعة ويرى أن هذا المبدأ يجد أساسه الأقوى في أحكام المسؤولية المدنية بشكل عام، واستنادا لهذا الرأي فإن مبدأ عدم التدخل

[1] أحمد بركات مصطفى، مرجع سابق، ص111.

[2] لبنى عمر المسقاوي، مرجع سابق، ص 174.

يستخدم أساسا كوسيلة لرسم حدود مسؤولية البنك سلبا أو إيجابا. وإذا كانت إثارة مسؤولية البنك تفترض خطأ ارتكبه البنك يتمثل في خرق قاعدة سلوك معينة، فإن مبدأ عدم التدخل يكمن في تحديد هذه القواعد التي يجب عدم تخطيها مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف المهنية والقانونية التي تحيط بالعمل المصرفي.

والحقيقة، يمكن القول أن مبدأ عدم التدخل يجد أساسه في هذه الآراء مجتمعة حيث أن لكل منها دور أكيد في إرساء مفهومه، فكون مبدأ عدم التدخل يشكل حدود البنك في ممارسته لالتزام الحيطة والحذر فيعني أن المبدأ نفسه يرتكز في جوهره على حدود معينة ينبغي عدم تخطيها، وهذه الحدود هي قواعد سلوك التي يقتضي على البنك احترامها وعدم تجاوزها في معرض قيامه بموجب الحيطة والحذر على ضوء المبادئ المتعلقة بسرية الأعمال وبقدسية الحياة الخاصة[1]. فهذا المبدأ يظهر كنتيجة للطبيعة التجارية لنشاط البنوك [2]مع الأخذ بعين الاعتبار وبصورة موضوعية مدى إمكانية البنك ممارسة التزام الحيطة في ضوء كمية العمليات وتنوعها. ولا يعني مبدأ عدم التدخل بأعمال الزبون منعه من التأكد من صحة العمليات التي يقدم عليها الزبون بواسطة الأموال المقدمة إليه ومنعه من فحص تلك العمليات خاصة إذا كانت فيها عيوب ظاهرة، فعلى البنك التعرف عليها وللتأكد منها، ويجب العودة إلى القواعد المعمول بها بحسب مبدأ الحيطة الملقى على عاتق البنك وهي تتعلق بشكل عام بالأعمال التي يجوز

[1] لبنى عمر المسقاوي، مرجع سابق، ص 174.

[2] أحمد بركات مصطفى، مرجع سابق، ص 111.

للبنك الحذر من الإقدام عليها. وكما يقول Vezian[1] "إذا كان غير مسموح للبنك استجواب زبونه فيعود له على الأقل التأكد من الشرعية الظاهرة للعمليات التي يقدم عليها الزبون وكذلك المراقبة المستمرة والمتواصلة وبشكل معتدل". أما التدخل لمراقبة أعمال الزبون وبصورة أكبر تعد مخالفة لمبدأ عدم التدخل مما يوقع البنك في المسؤولية. كما لا يعد تدخلا سعيه لكشف التلاعب أو الوسائل غير المشروعة في استخدام الاعتماد أو مراقبة توجيه الاعتماد أو تقديم النصح أو المشورة، فالقرار يظل دائما في يد الزبون[2].

وعليه، فإن مقتضى إعمال مبدأ عدم التدخل في شؤون الزبون يعني أن رقابة البنك على استخدام أموال الاعتماد لا يمكن أن تكون مصدرا لمسؤولية البنك سواء في مواجهة الزبون أو الغير، إذ ليس على البنك أن يهتم بمصير الأموال المسجلة في حساب الزبون حتى ولو أساء هذا الأخير استخدام هذه الأموال على اعتبار أن البنك لا يعتبر مستشارا اقتصاديا لزبونه[3].

---

[1] نعيم مغبغب، مرجع سابق، ص 229.

[2] عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص568.

[3] عبد الحكم محمد عثمان، مرجع سابق، ص89.

-قيود مبدأ عدم تدخل البنك في شؤون الزبون:

ترد على مبدأ عدم تدخل البنك في شؤون الزبون قيود تفرضها مصلحة جديرة بالاعتبار للزبون نفسه أو للغير يفرضها نص القانون أو العادة المصرفية أو وجود اتفاق بين البنك والزبون[1]، وحتى الواجبات المهنية المفروضة على البنك[2]. فالمبدأ أن البنك غير ملزم بموجب النصح وإعطاء المعلومات وبالتالي لا يتحمل أية مسؤولية من جراء عدم القيام بمراقبة عامة لنشاط زبونه وسلامة عملياته فهو ليس مستشارا له، فقد ذهبت محكمة استئناف Orleans[3] بتاريخ 15 مارس سنة 1973 إلى القول أنه "فيما عدا الرقابة التي تتم ممارستها من جانب البنك على تشغيل الحساب أو على مصدر الشيكات واتجاهاتها لبيان الغش". كما أنه بالنسبة إلى الغير ليس الرقيب على المصلحة العامة وليس مطلوبا منه مراقبة حالة السوق ولا حماية مصالح الغير، ومع ذلك فانه يلتزم ببعض الحيطة كي لا تصبح المساعدة المقدمة للزبون مصدر ضرر له وللغير. لكن كل ما هنالك أن البنك تاجر يلزمه ما يلزم كل تاجر من واجب عدم الاضرار بالغير لا أكثر، وبالتالي فانه لا يتحمل مسؤولية ما يجريه الزبون من معاملات مصرفية ولا يشارك فيها بل ينفرد بذلك الزبون ويعبر عن ذلك بأن البنك ليس عليه أن يتدخل في شؤون زبونه[4].

---

[1] عبد الحميد الشواربي ومحمد عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 1550.

[2] أحمد بركات مصطفى، مرجع سابق، ص 115.

[3] محكمة استئناف Orleans، 15 مارس سنة 1973، مقتبس عن أحمد بركات مصطفى، ص 112.

[4] علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 1200.

إن الجدير بالذكر، أن البنك أثناء تنفيذ الخدمات التي يطلبها عملاءه لا يتدخل في الأعمال بحد ذاتها بل يكون مجرد وكيل لا يتجاوز دور تنفيذ ما هو مطلوب منه حفاظا على المبدأ العام الذي يقضي بعدم تدخل البنك في شؤون زبائنه، ويترتب عليه أنه إذا تضرر شخص من عملية احتيالية أو سوء ائتمان ارتكبها أحد العملاء أو من نشاط غير مشروع قام به، فليس له أن يقاضي البنك مستندا إلى أن هذا الأخير بوسعه أن يراقب نشاط الزبون غير المشروع ويمنع وقوعه، ما لم يكن قد تراخى في تنفيذ موجباته بمراقبة العمليات وكشف المخالفات الظاهرة التي تشير بذاتها إلى وجود غش في العملية.

غير أن مبدأ عدم جواز التدخل يتراجع إذا كان ثمة شرط مرافق لعملية الإيداع من جانب الزبون بتخصيص المبلغ المودع لغرض معين، مما يعطي البنك حق مراقبة تصرفات الزبون وضرورة احترام تخصيص المبلغ ففي مثل هذه الحالة يكون البنك ملزما بواجب المراقبة والتنفيذ وفقا لشروط العقد[1].

[1] إلياس ناصيف، العقود المصرفية، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012، ص 15

فيمكن أن يكون البنك ملزما بتقديم النصـيحة إلى الزبون في حالات، منها أن يكون الزبون قد اتفق معه على ذلك كما لو كان بينهما عقد وكالة بالتحصـيل[1] إذ يلتزم البنك بمقتضـاه أن يلفت نظر الزبون إلى ما بالشـيك المطلوب تحصـيله من عيوب وإذا ما عجز عن اسـتيفاء الشـيك وجب عليه إخطار الزبون موكله. وإذا كان الزبون يتعامل بطريق البنك في الأوراق المالية، فإن على البنك أن يحيط الزبون بكيفية سير السوق الآجل وبالمخاطر التي يتعرض لها في المضـاربة، وفي وديعة الأوراق المالية فعليه إخطار زبونه بما يهدد مصـالحه وكيف يحميها، لكن على البنك أن يتحقق من هوية الزبون والشـيكات المسـحوبة عليه وأوامر الدفع ومدى توافق التواقيع عليها والتأكد من توقيع الوكيل المكلف بالقيام بهذا العمل فيعتبر البنك مسـؤولا عن عدم اتخاذه الحيطة التي كانت منتظرة منه، كما لو كان عالما بان الزبون سـيأخذ المعلومات ويستخدمها بصورة شرعية [2].

زيادة على ذلك، فالقيد الثاني على المبدأ هو الخاص بالرقابة، فبالرغم أن البنك ليس عليه بحسـب الأصـل واجب الرقابة المنتظمة[3] على شـؤون الزبون، فانه ملزم بذلك أحيانا حتى لا يتسـبب في تمكين الزبون من الإضـرار بالغير، وإنما تكون هذه الرقابة محدودة بالتأكد من السـلامة الخارجية الظاهرة لهذا النشـاط[4]. كما أن البنك غير ملزم بالسؤال عن سبب العمليات أو المبرر للعمليات التي يطلب تنفيذها فيستوي لديه أن يكون المبلغ المطلوب تحويله موجها لأي شـخص ولأي غرض، وأن يكون الشـيك

[1] علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 1200.

[2] نفس المرجع، ص 1200.

[3] أحمد محمد بركات، مرجع سابق، ص 120.

[4] عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 1551.

الذي سحبه الزبون تنفيذا لأي عقد وليس له السؤال عن مصدر النقود التي يودعها الزبون لديه. ومع ذلك، فانه عليه مراعاة الاطمئنان إلى سير الحساب سيرا سليما من الناحية الشكلية، فإذا طرأ ما يلفت انتباهه وجب عليه التأكد من أن سببه مشروع كسحب الزبون لأوراق مجاملة أو شيكات ليس لها رصيد أو إيداعات بمبالغ غير مألوفة فلابد من التحقق في حالة الشك وضرورة المراقبة.

ويسأل البنك إذا شارك في أعمال زبونه المنطوية على الغش[1] أو إذا تركه يرتكبها رغم علمه بذلك أو إذا كان يجب عليه أن يعلم من الحوادث التي طرأت وكانت بطبيعتها تلفت النظر والعبرة هي بكل حالة على حدة وظروف كل زبون.

ولذا فإن على البنك في الواقع أن يراقب الحساب رقابة معتدلة وبحد أدنى لا تصل إلى حد التدخل ولكنها لا تقف عند عدم المبالاة، ولذلك فهناك من الأسباب التي توجب على البنك أن يراقب وفي حالة الامتناع يكون مخطئا كما في حالة وفاء شيك أو كمبيالة فعليه مراقبة تسلسل التظهيرات الواردة عليها وفي توكيله تحصيل شيك، فعليه التأكد من سلامته الظاهرة وتوفر جميع بياناته وكذلك في حالة منح التمويل فإن حرصه يتجاوز مجرد الرقابة لأنه قد يسأل إذا منح اعتمادا غير ملاءم في ظروفه ويسأل البنك إذا خصم أوراق مجاملة أو فتح حساب وعلمه أنه سيستخدم في تهرب ضريبي[2] أو مع قيام دلائل تكشف عن ذلك كما لو كان اجلها قد تم تمديده وتصبح الظاهرة غير مألوفة وتثير الشكوك.

[1] علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 1203.

[2] أحمد محمد بركات، مرجع سابق، ص 120.

حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ 04 جانفي 1974 بأنه "لم يكن ممكنا مقاضاة البنك بحجة إهماله في رقابة سير الحساب لأن البنك ليس له التدخل في شؤون الزبون ولم يكن بوسعه أن يراقب معاملاته ليعرف ما إذا كانت مدفوعات الزبون تتفق مع تخصيص الحساب، وليس له أن يطالبه بأي تبرير أو إيضاح متى سحب الزبون على حسابه شيكا وجب وفاؤه دون أن يمكن رفضه بحجة أن الزبون في سحبه الشيك لم يحترم تخصيص الحساب"[1].

وعلاوة على ما تقدم، فنجد قيود أخرى على مبدأ عدم التدخل البنك في شؤون زبونه بمناسبة تنفيذ التزامه بالرقابة على استخدام أموال الاعتماد، وهي المتمثلة في التزام البنك برقابة تطورات شؤون أعمال المستفيد من الاعتماد، وتخصيص أموال الاعتماد، فيجب على البنك عدم الإبقاء أو الحفاظ على الاعتماد الذي سبق أن منحه للزبون متى تبين بعد ذلك أنه في حالة ميؤوس منها. ويعني ذلك منطقيا أنه يجب على البنك ممارسة رقابة مستمرة على شؤون الزبون[2].

[1] محكمة النقض الفرنسية، 04 جانفي 1974، مقتبس عن علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 1205.

[2] عبد الحكم محمد عثمان، مرجع سابق، ص90

وخلاصة لما سبق بيانه، فإن إثارة مسؤولية البنك عن عدم تنفيذ التزاماته بالحيطة والحذر أو أي عنصر من عناصره يتطلب من الزبون إثبات خطأ البنك، عن طريق تقدير كيفية تنفيذه لهذا الالتزام ويتم مقارنته مع نموذج البنكي المتخصص المتبصر الذي يمارس نشاطه عل ضوء الوسائل التي يمتلكها أو التي يفترض به امتلاكها. فإذا كان الأصل هو عدم التزام البنك بتقديم النصح مثلا، فإن الزبون الذي يدعي أن البنك أخطأ لأنه لم يحطه علما بشيء أو لم ينصحه أن يقيم الدليل على وجود واجب بذلك على البنك، ويقدر القضاء مدى التزام البنك بالنظر إلى مهنة الزبون وظروفه وخبرته لأن ذلك يتدخل في بيان مدى حاجة الزبون إلى النصح أو الاخطار، فإذا كان خبيرا بالعمليات محل البحث لم يكن بحاجة إلى الإعلام أو النصح كما هو الشأن للشخص العادي الذي ليس له خبرة في المجال.

ولابد من التسليم بالصعوبة العملية التي يمكن أن يواجهها الزبون في إثبات خطأ البنك، فالزبون مهما بلغت درجة مهنيته ومهما كانت أهمية موقعه الاقتصادي يبقى قاصرا عل امتلاك كافة الأدلة التي تثبت خطأ البنك وعاجزا على الحصول عليها، مما يحول عمليا دون تمكين الزبون المتضرر من إثبات خطأ البنك بسهولة الأمر الذي يشكل عقبة فعلية أمام إقامة مسؤولية هذا الأخير، بحكم امتلاك البنك لكافة المعطيات المادية والمعنوية التي توجه القرار سواء عند دراسة طلب منح الاعتماد أو اتخاذ القرار أو كيفية تنفيذه أو إنهاءه[1].

[1] نورة سعداني، مرجع سابق، ص 185.

خاتمة

حاولت الباحثة من خلال هذا الكتاب التطرق إلى موقف الفقه الذي نادى بتطبيق نظرية تحمل المخاطر قصد مواجهة التطورات الهامة التي شهدها القطاع المصرفي وتأسيسا على فكرة العدالة والمنطق وكونها أقدر من الناحية الاقتصادية على تعويض أية أضرار تقع، فهذه الاعتبارات استمالت الفقه لتطبيق نظرية المخاطر على النشاط المصرفي. ولكن ما يعاب على هذا الاتجاه هو الصعوبات التي تترتب على اعتماد هذه النظرية الخطيرة على مسؤولية البنك، لكونها تجعل هذه الأخيرة حتمية لنشاطه، وتؤدي إلى نتائج متطرفة وأنه لا يمكن تعميم تطبيقها وإنما يكون محصورا في بعض الصور وبنص قانوني وتبين أنه لا يمكن أن تشكل أساسا لقيام مسؤولية البنك لكونها تتعارض مع النظام الاقتصادي الحر القائم على المبادرة الفردية المكرس دستوريا. فمسؤولية البنك تبقى قائمة على أساس الخطأ المهني وهو الأساس المناسب لهذه المسؤولية بالنظر إلى طبيعة النشاط المصرفي الذي يتحقق عندما لا يسلك البنك مسلك غيره من المهنيين الذين يوجدون في نفس ظروفه. كما تلتزم البنوك كشخص مهني بجملة من الالتزامات تحت عنوان التزام الحيطة والحذر أثناء مباشرة العمل المصرفي وهو التزام مركب من عدة التزامات خلال عملية منح الاعتماد.

تم بحمده تعالى

قائمة المراجع

- إبراهيم سيد أحمد، التعسف في استعمال الحق فقها وقانونا، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.
- أحمد بركات مصطفى، مسؤولية البنك عن تقديم المعلومات والاستشارات المصرفية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة.
- إلياس ناصيف، العقود المصرفية، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012.
- أنور العمروسي، المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، مصر،2004.
- أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،1998.
- بسام هلال مسلم القلاب، الاعتماد المالي دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الراية للنشر والتوزيع، الأردن،2009.
- بودالي محمد، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
- جعفر عقيل الجميلي، مسؤولية المصرف مانح التسهيلات دراسته مقارنة في القانونين الأردني والعراقي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2015.
- حازم نعيم الصمادي، المسؤولية في العمليات المصرفية الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، الأردن 2003.

- خالد عطشان عزارة الضفيري، المسؤولية المدنية للبنك عن عمليات القروض الاستهلاكية تجاه العميل المقترض دراسة في القانون الفرنسي والكويتي، مجلة الشريعة والقانون، العدد التاسع والأربعون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، جانفي 2012.

- زينة غانم يونس العبيدي، مسؤولية المصرف عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الإلكتروني للنقود، مجلة الرافدين للحقوق السنة 2009، مجلد 11، العدد 39، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق.

- سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني 01 في الالتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الأول في الأحكام العامة، المجلد الأول، الطبعة الخامسة، القاهرة، 1992.

- شريف محمد غنام، مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الإلكتروني للنقود دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار وائل، الأردن، 2014.

- طارق عبد العال حماد، إدارة المخاطر، الدار الجامعية، مصر، 2007.

- عبد الحميد الشواربي، عمليات البنوك في ضوء الفقه القضاء التشريع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.

- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، الجزء الأول المجلد الثاني.

- عدنان إبراهيم سرحان ونوري حمد خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية الالتزامات، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع والبرمجيات، مصر، 2010.

- عزالدين الديناصوري وعبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة 7، الإسكندرية،2000.

- علاء التميمي، التنظيم القانوني للبنك الإلكتروني على شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، دون سنة نشر.

- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة السادسة ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.

- فاضلي إدريس، المسؤولية عن الأشياء الغير الحية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2006.

- قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2004-2005.

- لبنى عمر المسقاوي، المسؤولية المصرفية في الاعتماد المالي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006.

- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الطبعة الثانية، الجزء الثاني، دار الهدى، الجزائر، 2004.

- محمود محمد أبو فروة، مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني للنقود، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر دراسة مقارنة، الأردن، 2014.

- محمود مختار أحمد بريري، المسؤولية التقصيرية للمصرف، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1986.

فهرس المحتويات

مقدمة.....7

الفصل الأول

خصوصية الخطأ المهني للبنك فقها وقضاءً

المبحث الأول: الاتجاه الفقهي القديم (نظرية المخاطر) كأساس للخطأ المهني للبنك 13

المطلب الأول: مبررات نظرية المخاطر.....15

المطلب الثاني: نقد نظرية المخاطر.....26

المبحث الثاني: الاتجاه الفقهي الحديث (نظرية الخطأ) كأساس للخطأ المهني للبنك 33

المطلب الأول: تقدير الخطأ المهني للبنك الناتج عن التعسف في استعمال الحق 35

المطلب الثاني: تقدير الخطأ المهني للبنك الناتج عن استعمال الحق خارج إطار الغاية المحددة له.....42

المطلب الثالث: تقدير الخطأ المهني للبنك الناتج عن عدم تنفيذ التزاماته.....47

الفصل الثاني

مظاهر الخطأ المهني للبنوك

المبحث الأول: الأساس القانوني والو اقعي لالتزام البنك بالحيطة والحذروحدوده..67

المطلب الأول: الأساس الو اقعي والقانوني لالتزام البنك بالحيطة والحذر 68

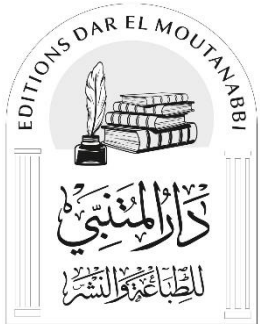
المطلب الثاني: حدود التزام البنك بالحيطة والحذر 72

المطلب الثالث: تكريس مبدأ عدم التدخل في شؤون الزبون 73

خاتمة.....83

قائمة المراجع.....85

فهرس المحتويات.....89


EDITIONS DAR EL MOUTANABBI
دار المتنبي
للطباعة والنشر