وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد خيضر – بسكرة -
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

المسؤولية المدنية للبنك

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون
تخصص: قانون أعمال

إعداد الطالبة:
خليلي سهام

إشراف الدكتور:
عزري الزين

أعضاء لجنة المناقشة

د. بخوش مصطفى	أستاذ محاضر	جامعة بسكرة	رئيسا
د. عزري الزين	أستاذ محاضر	جامعة بسكرة	مشرفا ومقررا
د. فرحاتي عمر	أستاذ محاضر	جامعة بسكرة	ممتحنا
د. لشهب حورية	أستاذة مساعدة مكلفة بالدروس	جامعة بسكرة	ممتحنا

السنة الجامعية: **2007 - 2008**

مقدمـــــــة

إنه مع اتساع رقعة النشاط الاقتصادي في العالم يعتبر النظام البنكي من أهم الدعامات التي تسهم في ترقية و تفعيل السياسة المالية للدولة،باعتبارها مؤسسات اجتماعية اقتصادية تلعب دورا فعالا في حركية النقود إلى جانب البنوك المركزية.

و الجزائر أحد هّذه الدول التي ترتكز سياستها النقدية على نشاط البنوك، خاصة مع حركة التوجه نحو اقتصاد السوق،إذ سعت إلى إشراك مؤسسات مالية جديدة منها صناديق الاستثمار، وغيرها مشركة بذلك القطاع الخاص في السياسة التمويلية للبنوك.

وسعيا منها لتفعيل الثقة في هذا القطاع، وضعت له ضوابط قانونية تحكمه ضمن قانون البنوك خاصة الأمر رقم (03-11) المتعلق بالنقد والقرض [1] الذي ألغى القانون (90-10) ومختلف تعليمات البنك المركزي[2] ، لأن من يتمتع بحق ما أو بممارسة عمل ما فهو يأتي عملا مشروعا،و ان كان من حيث المبدأ يمكنه ممارسته بكل حرية لكن هذه الأخيرة تكون في الحدود المرسومة وفق القواعد و القوانين التي تنظمه و تضبطه،أو بما ألزم نفسه به عن طريق ما يعقد من اتفاقات و عقود مع الآخرين،فاذا حاد و خرج فانه يكون مسؤولا عن ذلك.

و لأن المسؤولية ترتبط تصاعديا بأهمية الدور الذي يمارسه المسؤول،فان البنوك التجارية وهي تقوم بدورها في الحياة الاقتصادية و التجارية ، شديد الخطورة لأنها المحور الأساسي الذي تدور عليه عمليات الائتمان التجاري على اختلاف صورها عن طريق تمويل المشروعات التجارية و الخدمية المختلفة و التي تعود بالفائدة على المجتمع، إذ لا تكاد تخلو عملية تجارية في الوقت الحاضر من تدخل المصارف. و لكن بالرغم من أن أعمالها تنطوي على الكثير من المخاطر،الا أن الغرض من نشاطها هو خدمة مصلحة العميل،دون حياد على أصول و قواعد المهنة المصرفية.

---

[1] الأمر رقم(03-11)المتعلق بالنقد و القرض المؤرخ في 26غشت2003،الجريدة الرسمية،العدد52.

[2] القانون رقم(90-10) المتعلق بالنقد و القرض،المؤرخ في 14أفريل1990،الجريدة الرسمية،العدد14.

لذلك فان مضمون فكرة المسؤولية عن العمل المصرفي تتحدد بحجم الدور الذي تقوم به البنوك و ذلك بالتطرق الى القيود الواردة على ممارستها لنشاطها دون خرق أو أخطاء خدمة للمصلحة العامة من جهة للوقوف بالسياسة النقدية و المالية للدولة و المصلحة الخاصة من جهة أخرى لما تقتضيه الغاية من انشائها و هي تحقيق الربح.

فعلى صعيد الاعتبارات الواقعية حول أهمية الموقع الاقتصادي للقطاع المصرفي و العوامل التي ساهمت في جعله القطاع الأهم و الأخطر دون منازع على الصعيد الاقتصادي، تجعل وضع تنظيم خاص للمسؤولية المصرفية محاولة لا تخلو من الخطورة.لأنه لا يخفى على أحد أن هذه المحاولة قد تشكل من حيث المبدأ نوعا من التقييد لحرية ممارسة هذه العمليات من قبل المصارف، مما ينعكس سلبا على موقع هذا القطاع و انتاجيته و ربحه.

و لهذا ما تزال المسؤولية المصرفية تشغل أذهان الباحثين و العاملين في مجال القانون و من قبلهم المشرع،و ذلك لأكثر من سبب أهمها استهداف الربح–اذ لا يفترض فيه أن يخسر–من وراء ممارسته مهنته من جهة و ازدياد عدد الدعاوي و الملفات العالقة بين البنوك و عملائها مما ينعكس سلبا على الاقتصاد بشكل عام و على الثقة في النظام البنكي بصفة خاصة من جهة أخرى،مما يدفع الكل و على رأسهم المشرع الجزائري الى ضرورة البحث عن وسائل حماية و تأمين للعميل اتجاه بنكه.

فمهما كانت طبيعة المسؤولية التي تترتب عن أخطاء البنك المهنية و مهما كانت طبيعة الالتزامات التي يلتزم بها في ممارسة مهنته إلا أنه لا بد من التأكيد على مساءلة البنوك على تجاوزاتها في حق عملائها .و هذا لن يتأتى إلا بإتباعه للمعايير و الضوابط القانونية التي تحكم علاقته مع عميله .

و نشير إلى أن دراستنا لموضوع مسؤولية البنك اتجاه عملائه تقتصر فقط على دراسة مسؤوليته المدنية،فيخرج بذلك من مجالها مسؤوليته الجزائية اتجاههم.

على ضوء ما تقدم فان الإشكالية الرئيسية لهذه الدراسة تتمثل فيما يلي:

ما مدى مراعاة الأحكام العامة للمسؤولية المدنية للمسؤولية المصرفية ،في مواجهة العملاء؟

و تنبثق عن هاته الإشكالية جملة من التساؤلات الفرعية تتمحور أساسا،حول ما هي مجموعة النظم و القواعد التي تحكم طبيعة العلاقة بنك-عميل؟و ما لأثر ركن الخطأ في المسؤولية المصرفية بالنظر الى المخاطر المحيطة بنشاط البنوك؟وما هي هذه الخصائص التي تميزه لتضفي عليه هذه السرية؟

و لقد دفعني لاختيار هذا الموضوع مجموعة من الأسباب و الدوافع لتناوله ، خاصة في ظل هذه الهالة و القدسية التي تحيط بهذا القطاع في الجزائر، و ما أضفته السرية المصرفية عليه من خصوصية بل و من غموض،لمعرفة ما عساه يتم بداخله بخاصة فيما يتعلق بعلاقة المصارف بعملائها،مما يمكن إيجازها فيما يلي:

1-ميولي لهذا الموضوع و رغبتي في الخوض في موضوع يثير اشكالات واقعية

2-حداثة الموضوع و ندرة الدراسات القانونية حوله،الأمر الذي دفعني الى محاولة الاسهام في اثراء المكتبة القانونية. لذلك أتمنى أن هذه الرسالة تكون من ضمن الرسائل التي تحاول الوقوف أمام الأخطاء البنكية الكثيرة الحدوث و لكن المواطن يجهلها، و أن لا تكون الأخيرة حتى تحسس العميل بحقه اتجاهه في المعاملة الجيدة و بحسن نية .

3- أردنا التطرق الى هذا الموضوع أيضا، من أجل تبيان الى أي مدى يمكن للزبون سحب المصرف الى ساحة القضاء ،ليصدر في مواجهته حكم أو قرار ينبغي تنفيذه رغما عن المصارف نظرا لكون البنوك أصبحت مسرحا للاعتداءات على حقوق عملائها عند ممارستها لنشاطها المصرفي،و تخليها عن احترام مبادئ و أخلاقيات المهنة التي تقوم عليها أعمالها خاصة ما تعلق منها بثقة هؤلاء في التعامل معها،بسبب الإهمال و عدم الحرص على خدمتهم.

4-مسألة التغليب الدائم للبنك بالنظر إلى دوره الاقتصادي و المركز القانوني الذي يتمتع به على حساب عملائه لأنه يبدو أن المشرع الجزائري قد أعطاه مركزا قويا لم يحترمه.

و قد واجهنا في بحثنا هذا مشكلة شائكة،تتعلق بقلة الأحكام و القرارات القضائية الصادرة عن القضاء الجزائري،وهي مادة لا بد منها لكل دارس،اذا ما أراد التمحيص في مدى تطبيق القضاء لقواعد المسؤولية ليتمكن من أن يعطي تفسيرا أو أن يصدر تقييما موضوعيا لوضع المسؤولية المصرفية،على الرغم من أن الكثير من الوقائع و الأحداث وقعت ولا تزال تقع في الحياة العملية.

ومن هنا تبرز أهمية الموضوع،في أن دراسة المسؤولية المدنية للبـــنك لم تـــــحظى بالاهتمام القانوني اللاز م بالقدر الذي أولته المسؤولية الجزائية له ضـــــمن قواعد قانون العقوبات–وان كانت ليست محل بحثنا هذا– لإبراز مختلف الأحكام القانونية التي تحكمها أو تبرز مختلف الأسس التي تقوم عليها هذه المسؤولية وذلك بالنظر الى طبيعة العلاقة التي تربطه بعملائه خاصة بالنظر إلى البنوك هذا العملاق الذي يحـــكم أعماله القانون المصرفي.

كما تبرز أهمية الموضوع أيضا في التعرف على مختلف الجوانب القانونية التي يقوم عليها العمل المصرفي، لزيادة وعي المتعاملين مع البنوك وعملائه على وجه الخصوص بأصول العمليات المصرفية التي يقدمون عليها.

حيث تهدف هذه الدراسة إلى ترسيخ و تبيان الضوابط التي تتفق و ما يقتضيه الانتقال من النظام الذي يتراجع فيه دور العميل إلى النظام الذي يتزايد فيه وعيه، و اتجاهه نحو المطالبة بحقوقه في مواجهة البنك،زيادة إلى هذا تهدف هذه الدراسة إلى إبراز حتمية التوافق بين ممارسة الأعمال المصرفية و تفعيل روح المنافسة بين البنوك و التشديد من التزاماتها القانونية،لتوفير قدر من الاطمئنان و الثقة في عمل هذه الأخيرة،نظرا لما وصلت إليه الخطورة في تعديها و موظفيها على حقوق عملائها.

كما تهدف أيضا الدراسة إلى إبراز الآثار القانونية للممارسات الخاطئة للأعمال المصرفية و انعكاساتها على الآداء البنكي.

و بغية الإلمام و الإحاطة بمختلف جوانب البحث و تحليل أبعاده و الإجابة على اشكاليته المطروحة،ارتأيت الاعتماد على المناهج التالية:

اعتمدنا على المنهج الوصفي التحليلي،و المقارن باعتبار الوصف العلمي يذكر خصائص ما هو كائن،و يفسر و يحدد الظروف و العلاقات التي توجد بين الوقائع،فهو رصد لحال الشيء.لذلك اعتمدنا على المنهج الوصفي أولا في ذكر خصائص العمل المصرفي و مختلف مراحل تطوره و كيف أن هذا الأخير في تطور مستمر و سريع بحسب ما تقتضيه مستجدات الحياة الاقتصادية و الاجتماعية،و ما لأثرها-هذه الخصائص- في تحديد الظروف و العلاقة التي تربط بين البنك و عميله،هذه العلاقة ذات المنشأ العرفي و التي تفتقد الى مرجعية قانونية موحدة تحكم باقي تفاصيلها.و ما لكل هذا من أثر في وصف و تحديد مظاهر الخطأ المصرفي الواقع في حق العميل.و لأن من أهم أهدافه هو محاولة ايجاد العلاقة بين الظواهر المدروسة اعتمدنا عليه للاجابة على اشكاليتنا،لذلك سنحاول عن طريق التعميم و الذي هو من أهم الأسس التي يقوم عليها المنهج الوصفي و ذلك بتصنيف المسؤولية المصرفية باعتبارها مسؤولية مهنية على أساس عامل مميز لها للوصول الى الأحكام التي ستنطبق عليها في حالة ثبوتها في حق البنك ألا و هي الأحكام العامة للمسؤولية المدنية بانطباقها عليه ا أم لا.من أجل الوقوف أمام النقائص لتطوير المنظومة القانونية.مع تحليل النصوص القانونية التي جاءت متضمنة لبعض هذه المسائل و كيفية تنظيمها،و الوقوف على جوانب النقص فيها.

والمنهج المقارن حيث اقتصرت المقارنة بين التشريع الفرنسي و المصري و الجزائري.

وللإجابة على الإشكالية الرئيسية لهذا الموضوع ،مع ما ينبثق عنها من تساؤلات فرعية،قمنا بتقسيم الدراسة الى مقدمة و فصل تمهيدي و فصلين و خاتمة.

سنتطرق في الفصل التمهيدي الى ما هية العمل المصرفي و مدى المسؤولية عنه من خلال مبحثين:

نتعرض في المبحث الأول الى ماهية العمل المصرفي،ببيان تعريف هذا العمل و التطرق الى نشأته على مر العصور،و التعرف على الخصائص التي تميزه.ثم نتطرق الى المؤسسات التي تزاوله وهي البنوك التجارية و تمييزها عن المؤسسات المالية.

ثم نتطرق في المبحث الثاني الى مدى المسؤولية عنه ،اذ نتطرق فيه الى مفهوم المسؤولية بوجه عام مركزين على مسؤولية الشخص المعنوي ثم نتطرق الى مضمون فكرة المسؤولية على العمل المصرفي بالنظر الى طبيعة العلاقة بنك–عميل.

و في الفصل الأول سنتناول بالدراسة الأساس القانوني الذي تقوم عليه مسؤولية البنك اتجاه عملائه من خلال مبحثين:

ندرس في المبحث الأول مدى اعتبار الخطأ كمبنى لمسؤولية البنك المدنية اتجاه عملائه، فنبين فيه المقصود بالخطأ المصرفي الذي يقوم في حق العميل في مواجهة البنك مبينين– باعتباره شخصا معنويا يمارس نشاطه بتسخيره لموارد بشرية و أخرى مادية–من المسؤول عن ارتكاب الخطأ للتعرف على الأساس الخطئي الذي اعتمده المشرع و كذا التشريعات المقارنة الفرنسية و المصرية.

و في المبحث الثاني نتطرق الى مدى امكانية اعتماد نظرية الخطأ أو المسؤولية دون خطأ كأساس تبنى عليه مسؤولية البنك المدنية خاصة بالنظر الى نشاطه ،مع التطرق الى مكانتها في التشريع المصري و الفرنسي.

أما الفصل الثاني و الأخير فنخصصه لدراسة شروط ثبوت المسؤولية المدنية في حقه و الجزاء المترتب عليها من خلال ثلاث مباحث:

نتناول في المبحث الأول الضرر الموجب للتعويض على الصعيد المصرفي و الذي تتعدد مظاهره بالنظر الى تنوع الأنشطة المصرفية،باعتباره مرتبطا سببيا بالخطأ متناولين خصائصه على الصعيد المصرفي.

أما المبحث الثاني فسنتناول فيه علاقة السببية مركزين على تأثير طبيعة العلاقة بنك عميل في طريقة اثباتها، ثم نتناول في المبحث الثالث الجزاء القانوني الذي رتبه المشرع الجزائري في حق البنك وماهي الاعتبارات التي يأخذ بها قاضي الموضوع في تقديره له.

ينشأ القانون بشكل عام من الحاجات الاجتماعية والاقتصادية التي تبرر وجوده والحال نفسه بالنسبة للقانون المصرفي الذي ينظم السياسة النقدية للدول بصفة عامة، والبنوك التجارية بصفة خاصة.

لكن ما يميز هذا القانون عن غيره هو التداخل الكبير بين فروع القانون في تكوينه من قانون مدني باعتباره الشريعة العامة التي تنظم العلاقات بين الأفراد والقانون التجاري وكذا القانون الإداري[1].

كما يميزه أيضا تشابك أعماله وتعقيدها وكثرتها من جهة، وأهميتها الكبيرة اقتصاديا واجتماعيا من جهة أخرى، مما فرض على المشرع التدخل لتنظيمها وضبطها بتأكيد عنصر المسؤولية عنها وعن البنوك التي تمتهنها.

وهذا الأمر يفرض علينا تقسيم الدراسة إلى مبحثين نتناول في كل منهما ما يلي: في المبحث الأول:نتناول ماهية العمل المصرفي، أما المبحث الثاني:مدى المسؤولية عن العمل المصرفي.

[1] محفوظ لعشب، **الوجيز في القانون المصرفي الجزائري**،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،2004ص21.

المبحث الأول: ماهية العمل المصرفي

تعود نشأة العمل المصرفي إلى القرن العشرين قبل الميلاد، وهو سابق في النشأة على المصارف[1]، وبالنظر للأهمية الاقتصادية التي تقوم بها البنوك، إلا أننا نجهل المعنى الحقيقي للعمل الذي تقوم به. بل والكثير منا من يجهل حتى ماهية هذه البنوك التي يعرف منها إلا اسمها.

لذلك سنحاول من خلال هذا المبحث الوقوف أمام هذا العمل المصرفي من خلال مطلبين، المطلب الأول: نتناول فيه تعريف العمل المصرفي، وفي المطلب الثاني: نحاول إبراز الخصائص التي تميزه.

المطلب الأول: تعريف العمل المصرفي

هو " ذلك العمل الذي يتناول الوساطة في تداول النقد و الائتـــــمان بهدف تحقيق الربح"[2] هذا التعريف الذي يستمد خاصيته من أهم وظيفة من وظائف النقود ألا وهي "وسيط للمبادلة"* أي أنها تعطي حائزها حقا عاما في أن يحصل مقابلها على ما يشاء من سلع وخدمات، ونحن بصدد العمل المصرفي والمصارف التي يتمثل أساسا عملها في تقديم الخدمات، فإن محل الحق هنا هو تقديم الخدمة أو العمل المصرفي. فالوساطة هنا عكس المقايضة التي كانت تقوم على أساس[3]:

أ- مبادلة السلعة في سبيل الحصول على النقود.

ب- ثم مبادلة النقود في سبيل الحصول على السلعة.

---

[1] عبد الفتاح، سليمان، **المسؤولية المدنية والجنائية في العمل المصرفي في الدول العربية** ، مكتبة الانجلو المصرفية الطبعة الأولى، مصر، 1986، ص 11.

2 وائل عبد الرحمن صالح الطويل: ناجح داود رباح، **الأعمال المصرفية و الجرائم الواقعة عليها** ، الجزء الأول، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، الأردن، 2000، ص 15.

* الوظائف الأساسية للنقود هي:

-**النقود وسيط للمبادلة**.

-**النقود مقياس للقيم:** لأنها تقيس فيم الأشياء، بكونها وحدة معيارية.

-**النقود أداة للدفع المؤجل:** أي أداة لسند كافة الالتزامات

-**النقود مخزون للقيمة:**تعني إمكانية تخزين النقود و تأجيل تبادلها إلى وقت لاحق،بل وحتى إنفاقها.

[3] زينب عوض الله،أسامة محمد الفولي،**أساسيات الاقتصاد النقدي و المصرفي**،منشورات الحلبي،لبنان،2003،ص23.

لكن النقود وظيفتها هي مبادلة النقد بالنقد، لذا فالعمل المصرفي هو مبادلة النقد بالنقد.وسنحاول من خلال هذا المطلب تقسيم الدراسة إلى فرعين،متناولين في الفرع الأول :نشأة العمل المصرفي، وفي الفرع الثاني: سنتناول فيه ماهية البنوك، وإن كان يصعب ذكر نشأة العمل المصرفي منفصلة عن البنوك كما سنرى، نفس الشيء بالنسبة إلى تعريف البنوك،إذ يستحيل فصل تعريفها عن العمل الذي تمارسه.

الفرع الأول:نشأة العمل المصرفي

ترجع نشأة العمل المصرفي إلى العصور القديمة، حيث عرفه البابليون في 1400 قبل الميلاد، أما الإغريق فقد عرفوه قبل الميلاد بأربعة قرون، حيث عرفوا تبادل العملات وحفظ الودائع ومنح القروض [1]. كما عرف اليونانيون نظام القرض بالمخاطرة الجسيمة المعروف اليوم "القرض الجزافي" الذي يعتبر أصل نظام التأمين، حيث يقوم مقدم المال بتجهيز السفينة وشراء البضائع [2]. ثم يستوفي ماله مع فائدة مرتفعة متى عادت السفينة سالمة، أما إذا هلكت يضيع ماله. ويعني هذا أن المقرض "هو مؤمن ضامن" ومبلغ التامين هو "القرض" إذا تمت الصفقة ولم يتحقق الخطر، فإن المؤمن له يحصل على فائدة مرتفعة، أما عند تحقق الخطر فلا يلزم مالك السفينة (المؤمن) بدفع فائدة لمن ائتمنه كما هو الحال بالنسبة للمؤمن له الذي يحصل على الخسارة التي لحقت به [3].

وابتداء من القرن السابع والثامن للميلاد برز شأن العرب في التجارة على نطاق واسع في تحريكهم للذهب بين إفريقيا وأوربا، وأقاموا بيوتا مصرفية وكانوا السباقين في ابتكارهم لنظام السفتجة (الحوالة المالية) والصك أي الشيك خاصة في القرن التاسع والحادي عشر للميلاد [4]. وفي أوربا احتكر اليهود تجارة النقود وعمليات الصرف في القرن الثاني عشر عن طريق الربا رغم الحظر الكنسي الذي كان سائدا، لكن بعد اعتراف الكنيسة بمقولة "النقود تلد نقودا " *l'argent enfante l'argent* أخذت الأعمال المصرفية في

---

[1] شاكر القزويني،**محاضرات في اقتصاد البنوك**،ديوان المطبوعات الجامعية،الطبعة الثانية، الجزائر،ص25.

[2] زينب عوض الله، أسامة محمد الفولي، مرجع سابق، ص 23.

[3] سليمان بوذياب، **مبادئ القانون التجاري**، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، لبنان، 2003، ص 33.

[4] سليمان بوذياب،نفس المرجع السابق ،ص37.

التطور والازدهار في الأسواق الايطالية بالتحديد، فظهرت العديد من القواعد والعادات التجارية المرتكزة على سرعة إجراء المعاملات من جهة ودعم الائتمان من جهة أخرى، فظهرت السندات وأوامر التحويل التي تسمح بنقل النقود من مكان لآخر [1]. بالإضافة إلى ذلك كان التجار يقومون بالمقاصة الدورية فيما بينهم عن طريق الحسابات الجارية التي اعتمدوها، فيما بينهم لكنهم لم يغفلوا جانب المخاطرة الذي تقوم عليه هذه العمليات فخلقوا لدرأ ذلك شهادات إيداع كقرينة لإثبات حقوق الغير المتعامل معهم[2].

أما فكرة الاتجار بالنقود فقد بدأت في العصور الوسطى بفكرة الصراف،الذي يكتسب دخله من مبادلات العملات سواء كانت محلية أو أجنبية فاكتسب الصيارفة والتجار ثقة المتعاملين معهم بإيداع الذهب لديهم نظرا للثقة والسمعة الطيبة في الحفاظ على الوديعة، مقابل إيصالات أي اعتراف خطي بالاستلام تدون فيها قيمة ودائعهم، ويتم تحويلها عن طريق السحب فتطورت التعاملات وأصبحت هذه الأخيرة قابلة للتحويل عن طريق التظهير أي تحويل القيمة بواسطة الكتابة و التوقيع على ظهر الورقة لصالح دائنيه [3].

فاتسع بذلك النشاط المصرفي في القرن الخامس عشر، ولا سيما في ايطاليا وفتح السطنطينية على يد العثمانيين أين ظهرت المصارف الكبرى في ايطاليا–أقدم بنك هو بنك برشلونة1401– وانكلترا وعدل الأفراد عن فكرة الاكتناز[4].ثم ظهرت عمليات السحب على المكشوف عندما سمح الصيارفة الايطاليين لعملائهم بسحب مبالغ تتجاوز ودائعهم،حيث تفطن الصيارفة بأن طلبات السحب محدودة بالنظر إلى تزايد عدد المودعين، فاستغلوا الثقة التي نالوها ولم يتقيدوا بإصدار الصكوك أي الإيصالات مساوية للقيمة الاسمية بل أخذوا مدفوعين بدافع الربح إلى إصدار صكوك تفوق قيمتها،مما سبب في النهاية إفلاس بيوت الصيرفة نتيجة عدم الوفاء،الأمر الذي دفع في نهاية القرن السادس عشر المطالبة بإنشاء بيوت صيرفة

[1] سليمان بوذياب،مرجع سابق،ص35.
[2] مصطفى كمال طه، **عمليات البنوك**، دار الفكر الجامعي، مصر،2005، ص3.
[3] شاكر القزويني، مرجع سابق ،ص ص 17–26.
[4] سليمان بوذياب،نفس المرجع السابق،ص40.

حكومية تقوم بحفظ الودائع[1]، وبذلك ضعفت الثقة في النقود وبدأت البنوك بتحصيل عمولة عن العمليات التحويل المصرفي لمصلحة المودعين[2].ثم أخذت تتزايد أهمية الصكوك التي تقوم مقام النقود وسميت فيما بعد بأوراق البنكنوت،التي يعود الفضل في ظهورها إلى الصيرفي السويدي *Palmstruchc* الذي أسس بنك ستوكهولم في منتصف القرن السابع عشر للميلاد،و جعلها أداة ائتمان و أداة خصم[3].

أما الجزائر فكانت كباقي أجزاء الإمبراطورية العثمانية ،تتميز بقلة دور النقود في المبادلات و بنظام المعدنين الذهب والفضة في العملة،حيث كانت هناك دار لسك النقود، أما بمجيء الاحتلال الفرنسي سنة 1830 أصبح النظام المصرفي الجزائري امتدادا للنظام المصرفي الفرنسي، فقد تقرر اعتماد الفرنك الفرنسي كعملة للبلاد سنة 1849 وكانت أول مؤسسة مصرفية بمثابة فرع لبنك فرنسا بموجب القانون الصادر سنة 1843/7/19 كان يصدر النقود ثم ألغي سنة1848[4].

وثاني مؤسسة كانت *le comptoir national* تقتصر وظيفتها على الائتمان،وتتمتع بحق إصدار النقود لكنها فشلت بسبب قلة الودائع،وتلتها مؤسسة بنك الجزائر سنة 1851 كان يتمتع بحق إصدار النقود مؤقتا، لكن تعرض للأزمة بسبب إسرافه في منح القروض- قروض زراعية و أخرى عقارية-ثم نقل مقره إلى فرنسا سنة 1900و أصبح اســمه بنك الجزائر وتونس.

وفي سنة1958/09/19فقد حق الإصدار بالنسبة لتونس بسبب استقلالها، وعاد اسمه بنك الجزائر، كانت له سلطة الإصدار وتغطية الودائع عند الطلب، حيث كان مسؤولا عن ائتمان الحكومة، تقديم تسليفات دون فائدة،مسك حسابات جارية للخزينة ويمنحها اعتماد غير محدود من أجل تحقيق مرونة استبدال بين العملتين. وبعد الاستقلال انطلقت البنوك الجزائرية في امتهانها للنشاط المصرفي بشتى أنواعه مواكبة بذلك التطورات المتعاقبة لظهور الجديد من الأعمال

[1] شاكر القزويني،مرجع سابق،ص ص26-17.
[2] سليمان بوذياب، مرجع سابق،ص40.
[3] شاكر القزويني،نفس المرجع السابق ،ص ص15-18.
[4] شاكر القزويني،نفس المرجع السابق ،ص49.

المصرفية فعلى سبيل المثال سعت الجزائر بحكم توجهها نحو النظام الاشتراكي إلى تعبئة المدخرات على أساس أن المال يأتي من التراكم هذا في 1964[1] وأصبحت تمارس الائتمان القصير والمتوسط، مراعية بذلك المخاطر وتقدم تسهيلات الصندوق، والسحب على المكشوف، والتسليف على البضائع، والخصم، والاعتمادات المستندية[2]

الفرع الثاني:ماهية البنك

تعد البنوك التجارية من أهم المؤسسات التي تقوم عليها التنمية يشابهها.ة،و ذلك من خلال ما تقوم به من أعمال وما تؤديه من وظائف وخدمات تؤدي إلى رفع كفاءة الاقتصاد وتوفير التمويل الضروري لكل القطاعات للقيام بنشاطها على أكمل وجه. لذلك سنحاول التعرف عليها من خلال هذه الدراسة ثم نميزها عما يشابهها.

أولا–تعريف البنك

سنحـــاول فيمـــا يلـــي إعطاء التعريـــف الاقتصـــادي والتشريعـــي للبـــنك

1–التعريف الاقتصادي للبنك

تجد البنوك مدلولها في الاقتصاد باعتبارها "مؤسسات نقدية تقوم بتجميع الودائع في شكل مدخرات صغيرة ومتناثرة من أصحاب الفائض المالي، تعيد توزيعها في شكل قروض ذات حجم كبير لأصحاب العجز المالي ولفترات أطول مما يطرح مشكلة قدرة البنك على خلق النقود*، للتوفيق بين الأهداف المتعارضة لمختلف أطراف العلاقة من حيث السيولة *، الأمان*،

---

[1] محفوظ لعشب**الوجيز في القانون المصرفي الجزائر**،مرجع سابق،ص29

[2] شاكر القزويني،مرجع سابق،ص59.

* **خلق النقود:**كما تسمى أيضا نقود الودائع هي عبارة عن نقود ائتمانية عكس النقود القانونية التي يصدرها البنك المركزي، تظهر من خلال التسجيلات المحاسبية لعمليات الودائع و القروض، تعكس تداول الأموال باستعمال الشيكات تداولا غير حقيقي وحسب الاقتصاد الفرنسي P.Berger فإن العملية ترتكز على نقدوية Monétiser الديون. لكن على البنوك دائما أن تراعي في ذلك الوضعية المالية التي تكون فيها لتحيد حجم الائتمان الذي ستمنحه. أنظر:د. مفتاح صالح**مطبوعة الاقتصاد النقدي**جامعة محمد خيضربسكرة،2003/2004، ص 133.

* **السيولة:** هي قدرة البنك على مقابلة التزاماته بشكل فوري، وذلك من خلال تحويل أي أصل من الأصول الى نقد سائل،حيث تستخدم هذه النقدية في تلبية طلبات المودعين للسحب من ودائعهم و تقديم الائتمان خدمة للمجتمع.ولتحقيق هذه الغاية تعمل البنوك على الاحتفاظ بحد أدنى من النقدية بخزينة البنك، وودائع لدى البنك المركزي ولدى بنوك محلية أخرى،أنظر: حنفي عبد الغفار، **الادارة المصرفية الحديثة**دار الجامعة الجديدة، مصر2002، ص94.

* **الأمان:**يقصد به أن تجعل البنوك التجارية نفسها في مستوى أمان مقبول من المخاطر،مثل مخاطر التصفية الاجبارية، لأنه اذا حدث أي خلل فان جمهور المودعين يتأثرون وربما يقومون بسحب ودائعهم،و باعتبار البنك لا يستطيع استيعاب خسائر أكبر من=

الربحية."[1] ذلك لأنه على البنوك أن توائم بين الربحية والسيولة والأمان، لأن هدف الربحية يتعلق بالبنك،أما السيولة و الأمان فهي أهداف المودعين وتشريعات البنك المركزي[2]

وهناك من عرفها أيضا أنها"مؤسسات مالية وسيطة وظيفتها الأساسية قبول الودائع الادخارية واستخدامها في عملياتها المختلفةمثل الخصم والإقراض،والتي تقوم بتقديم الخدمات المصرفية لجميع الزبائن دون تخصيص و انفرادها بميزة خلق النقود[3]."

فهي تسعى لجذب العملاء من أفراد وهيئات للحصول على الودائع المصرفية لتوفير وتعزيز رأس المال الضروري لنشاطها مستخدمة في ذلك أدوات فنية معينة، سعيا منها لتحويل رأس مال نقدي خامل يتمثل في الودائع إلى رأس مال نشط على شكل قروض منتجة للربح، عن طريق الاستفادة من الفرق بين سعر الفائدة في الإيداع وسعرها في الإقراض فيحقق بذلك[4] ربحا

إذ ترد عملية الإيداع على الودائع النقدية كما ترد على أشياء ثمينة أ و المعادن النفيسة كالذهب وكذا على الأسهم والسندات وغيرها من الصكوك والأوراق التجارية ويدخل في عمليات الإيداع تأجير الخزائن الحديدية* في مبنى البنك للإيداع.أما تقديم الائتمان فهي عملية تقابل عملية الإيداع والمقصود به تقديم القروض أو الدين الذي يمنحه البنك لعملائه لأجل مسمى بناءا على ثقته في قدرتهم على السداد، باعتبارهم ملزمون بدفع ثمن اكتسابحق استخدام هذا

=رأس ماله و ان حدث فانه يغطي هذه الأخيرة بجزء هام من أموال المودعين ،و تصبح النتيجة فقدان الأمان و بالتالي افلاسه لذلك على البنك الالتزام بالنسبة التي تمثل رأس مال البنوك الموضوعة من طرف لجنة بازل المقدرة ب 8..و هذا لحماية المودعين.لذلك أنظر بو عبدالله علي**وظائف الادارة المصرفية**رسالة ماجستير،جامعة محمد خيضر2005/2006،ص11.

[1] الطاهر لطرش،**تقنيات البنوك**،ديوان المطبوعات الجامعية،الطبعة الرابعة،2005،ص7.

[2] بوعبدالله علي، رسالة سابقة، ص11.

[3] بوعبدالله علي،نفس الرسالة السابقة،ص4.

[4] نائل عد الرحمان صالح الطويل، ناجح داوود رباح، مرجع سابق، ص 13.

*__الخزائن الحديدية:__تستعمل لحفظ أشياء ثمينة والهامة كالمجوهرات والمستندات بعيدا عن السرقة والضياع، يتم تأجيرها من البنك بموجب عقد يلتزم فيه البنك بأن يضع في العقار الذي يشغله خزائن حديدية تحت تصرف العميل مقابل أجر يختلف باختلاف حجم الخزانة ومدة الانتفاع وهي عادة تكون محددة.

وهو عقد قائم على الاعتبار الشخصي، يراعي فيه البنك اختيار المستأجر كونه من عملائه أو من غيرهم من ذوي السمعة الطيبة، وهو عقد رضائي ينعقد بتوافر الإيجاب و القبول الذي يتحقق بتوقيع العميل والبنك على نموذج العقد الذي يعده البنك سلفا ويحدد التزامات الطرفين،إذ يجب أن يكون كامل الأهلية ما لم يكن تاجرا قاصرا مأذون له في تجارته،كما جاء في نص المادة5 من القانون التجاري الجزائري التي جاء فيها: "...إذا لم يكن قد حصل مسبقا على إذن والده أو أمه أو على قرار من مجلس العائلة مصادقا عليه من المحكمة،فيما إذا كان والده متوفيا أو غائبا أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحال عليه مباشرتها أو في حال انعدام الأب و الأم.."،أنظر:عبد الفتاح سليمان،مرجع سابق ،ص377.

الدين وفق الشروط والصيغ المتفق عليها. وفي مفهوم الأمر(03-11) المتعلق بالنقد والقرض هي كل عمل لقاء عوض يضع بموجبه شخص ما أو يعد بوضع أموال تحت تصرف شخص آخر، ويدخل تحتها القرض النقدي، فتح الاعتماد،عمليات الخصم،القرض الايجاري[1].

2-التعريف التشريعي للبنوك

تختلف التعاريف التشريعية الخاصة بالبنوك باختلاف القوانين والأنظمة التي تحكم أعمالها وشكلها القانوني لذا فمن الصعوبة بمكان إيجاد تعريف موحد وشامل لها .وفي هذا الصدد سنقتصر على بعض التعاريف التشريعية في الأنظمة المقارنة. حيث عرفها المشرع الأردني بأنها "الشركة التي رخص لها بتعاطي الأعمال المصرفية وفق أحكام القانون، أو الأشخاص والمؤسسات المرخص لها بأعمال الصرافة." [2]

وعرفها المشرع الفرنسي على أنها: "المؤسسة التي تتولى قبول الودائع لاستثمارها لحسابها الشخصي في عمليات الحسم أو القروض أو المشاريع المالية". [3]

وفي الولايات المتحدة الأمريكية، يعرف القانون المصرفي البنك بأنه "منشأة حصلت على تصريح للقيام بأعمال المصارف، سواء حصلت على هذا التصريح من الحكومة المركزية الاتحادية أو الفدرالية أو من حكومة الولايات التي تباشر فيها نشاطاتها". [4]

أما المشرع الجزائري فلم يتولى إعطاء تعريفا للبنك، بل اكتفى فقط بتعداد الأعمال التي يقوم بها كما جاء في القانون رقم(86-12) المتعلق بنظام البنوك والقرض حيث اعتبر بنكا كل مؤسسة قرض تعمل لحسابها الخاص على سبيل المهنية والاحتراف[5]، وتقوم بنفس العمليات المصرفية المذكورة في الأمر (03-11) المتعلق بالنقد والقرض [6]،على خلاف قانون النقد

---

[1] أنظر نص المادة 68 من الأمر رقم (03-11)المتعلق بالنقد والقرض المؤرخ في26غشت2003،جريدة رسمية، العدد52.

[2] نائل عبد الرحمن صالح الطويل،ناجح داوود رباح،مرجع سابق،ص14.

[3] نائل عبد الرحمن صالح الطويل،ناجح داوود رباح،نفس المرجع السابق،ص14.

[4] عميور فرحات، **مكانة القاضي الاداري في مجال البنوك في القانون الجزائري** ،رسالة ماجستير،جامعة محمد خيضر،بسكرة،2006/2005،ص10.

[5] محفوظ لعشب، **الوجيز في القانون المصرفي الجزائري**، مرجع سابق،ص38.

[6] أنظر المواد:66، 67، 68 من الأمر رقم (03-11) المتعلق بالنقد والقرض في26غشت2003،جريدة رسمية، العدد52.

والقرض(90-10)، حيث قضت المادة 114 منه بما يلي: "البنوك أشخاص معنوية مهمتها العادية والرئيسية إجراء العمليات الموصوفة في المواد 111الى113من هذا القانون".

ثانيا-التمييز بين البنك و المؤسسات المالية

لقد استحدث المشرع الجزائري بموجب القانون رقم(90-10)المتعلق بالنقد والقرض، فئة قانونية تدعى المؤسسة المالية، تمارس النشاط المصرفي إلى جانب فئة البنوك، تخضع لنفس الأحكام و القواعد القانونية والتنظيمية التي تخضع لها هذه الأخيرة.

إذ تحتكر البنوك والمؤسسات المالية ممارسة النشاط المصرفي المنصوص عليه في المواد72الى74، وهو ما أكدته المادة76بموجب قانون النقد والقرض،حيث نصت على أنه: «يمنع على كل شخص طبيعي أو معنوي من غير البنوك و المؤسسات،حسب الحالة القيام بالعمليات التي تجريها تلك البنوك والمؤسسات المالية بشكل اعتيادي... "

ولمعرفة حدود هذا الاحتكار لا بد من الوقوف أولا على ماهية هذه المؤسسات ثم لماذا تمييزها عن البنوك محاولين إعطاء تعرفها الاقتصادي والتشريعي ثم التطرق إلى نقاط التمييز بينها و بين البنوك، كما يلي:

1-التعريف الاقتصادي للمؤسسة المالية

هي مؤسسات غير نقدية لا يعني أنها لا تستعمل النقود ولكن لكون طبيعة مواردها لا تسمح لها بإنشاء النقود على خلاف البنوك،لأنها من حيث المبدأ لا يمكنها الحصول على ودائع جارية من الجمهور، وهذا هو السبب في عدم قدرتها على إنشاء نقود الودائع، وعليه فان الجزء الأكبر من مواردها يتشكل بصفة أساسية من رؤوس أموالها الخاصة ومن الودائع الزمنية التي تقوم عليها معظم نشاطاتها التمويلية.[1]

[1] الطاهر لطرش، مرجع سابق،ص13.

2-التعريف التشريعي للمؤسسات المالية

حسب نص المادة 115 من قانون النقد و القرض رقم(90-10) فإن "المؤسسات المالية أشخاص معنوية مهمتها العادية و الرئيسية القيام بالأعمال المصرفية ماعدا تلقي الأموال من الجمهور... "، كما نلاحظ أيضا أنه حتى قانون النقد والقرض الجديد الذي ألغى القانون المذكور أعلاه، قد منع المؤسسات المالية من ممارسة إحدى العمليات المصرفية العادية المتمثلة في عملية وضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن وإدارة هذه الوسائل[1].

3-الفرق بين البنك و المؤسسة المالية

لقد أتاح قانون النقد والقرض إنشاء مؤسسات مالية إلى جانب البنوك للقيام بالعمليات المصرفية،تخضع لنفس المقاييس والشروط الخاصة التي تخضع لها البنوك عند تأسيسها أو عند ممارسة نشاطها، وفضلا عن ذلك تتقارب فيما بينها في كثير من أوجه نشاطاتها الخاصة بالائتمان وتوفير مصادر تمويل المشروعات الاستثمارية.

وبالرغم من التقارب الذي قرره قانون النقد و القرض بين البنك والمؤسسة المالية من حيث ما منحه من حقوق والتزامات سواء عند الالتحاق بالمهنة البنكية أو بعدها، إلا أن هناك خصوصيات نص عليها هذا القانون فصلت بين هذين الفئتين القانونيتين تتجلى هذه الخصوصيات من خلال الموازنة بين الحقوق والالتزامات التي تخضع لها كل فئة على حدى، كما يلي:[2]

- الفرق بينهما على مستوى تحديد الحد الأدنى لرأس مالها عند التأسيس[3]، بالإضافة إلى ذلك يقع على عاتق البنك دون المؤسسة المالية الالتزام بالانخراط في إطار ضمان الودائع المصرفية كتأمين لتعويض المودعين في حالة عدم كفاية احتياطي البنك[4].

---

[1] أنظر المادة71من الأمر (03-11) من قانون النقد والقرض المؤرخ في 26غشت2003،جريدة رسمية، العدد52.

[2] عميورفرحات ،رسالة سابقة، ص ص12-13.

[3] أنظر نظام رقم (04-02) المؤرخ في: 04 مارس 2004 يحدد شروط تكوين الحد الأدنى للاحتياطي الإلزامي، الجريدة الرسمية، العدد 27 المؤرخ في 28 أفريل 2004.

[4] أنظر المادتين 03، 04 من النظام رقم (04-03) المؤرخ في 04 مارس 2004، المتعلق بنظام ضمان الودائع المصرفية، الجريدة الرسمية، العدد 35، المؤرخة في: 02 جوان 2004.

– يمنع على المؤسسة دون البنوك فتح أي حساب لديها للأموال التي تتلقاها من الزبائن؛ وإنما هي مجبرة على وضعها في حساب مفتوح لدى بنك الجزائر[1].

–إن مصادر استخدام البنوك، هي في غالب الأحيان أموال تستقيها من مصادر متعددة أهمها تلقيها لأموال المودعين،على عكس المؤسسات المالية التي تركن إلى أموالها الخاصة في تمويل زبائنها وهذا ما يفسر تسميتها بمؤسسات غير نقدية، كون طبيعة مواردها لا تسمح لها بخلق النقود[2].

ثالثا–الأساس القانوني لعمل البنك:

كما جاء في نص المادة 83 من الأمر (03–11) المتعلق بالنقد والقرض الجزائري: "يجب أن تؤسس البنوك... الخاضعة للقانون الجزائري في شكل شركات مساهمة ..."[3].

فهي تخضع في تكوينها لأحكام شركة المساهمة طبقا لنص المادة 592 من القانون التجاري[4]. باعتبارها شركة أموال قائمة على الاعتبار المالي موضوعها الأعمال المصرفية، حيث نلاحظ أن الأمر رقم(03–11) المتعلق بالنقد والقرض الملغي للقانون رقم(90–10) قد كرس مبدأ حرية المبادرة الفردية في المجال البنكي لصالح القطاع الخاص،ولم يميز بين البنوك العامة والخاصة، بحيث جعلها تخضع لنظام واحد [5]، على عكس ما جاء في القانون الملغى في نص مادته 114 بالذي اعتبر البنوك مجرد مؤسسات عامة تزاول العمل المصرفي.

وبالإضافة إلى ذلك لا بد من حصولها على ما يلي:

---

[1] أنظر المادة رقم 73 من الأمر رقم (03–11) المؤرخ في 26 غشت 2003 جريدة رسمية، العدد 52.

[2] عميورفرحات ،رسالة سابقة، ص 13.

[3] لم يستثن المشرع الجزائري المساهمات الأجنبية في البنوك التي يحكمها القانون الجزائري من حصولها على ترخيص مجلس النقد و القرض، كما يرخص أيضا لفتح فروع للبنوك الأجنبية في الجزائر مع مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل حسب نص المادة 85 من الأمر رقم(03–11) المتعلق بالنقد و القرض المؤرخ في 26غشت2003،جريدة رسمية، العدد52.

[4] المادة رقم 592 من الأمر رقم(75–59)المؤرخ في 1975/09/26المتضمن القانون التجاري الجزائري:"شركة المساهمة هي الشركة التي ينقسم رأس مالها إلى أسهم،و تتكون من شركاء لا يتحملون الخسائر إلا بقدر حصتهم... "

[5] عميور فرحات،رسالة سابقة،ص107.

1-الحصول على الترخيص *l'autorisation*

من البديهي أن يكون من أولى الشروط التي يجب توافرها للاعتراف بالبنك كهيئة تزاول النشاط المصرفي هو حصولها على الترخيص هي والمؤسسات المالية حسب ما جاء في نص المادة 62 الفقرة "أ" وكذا مكاتب تمثيل البنوك الأجنبية في الفقرة "د" من نفس المادة من الأمر رقم (03-11) المتضمن قانون النقد والقرض، وذلك من أجل حماية النظام المصرفي بإبعاد الهيئات التي تنتحل أو يخيل لها أنه بإمكانها امتهان العمل المصرفي لمجرد كونها شركة مساهمة، نظرا إلى مدى أهمية وخطورة العمل الذي تقوم به البنوك ومدى انعكاس ذلك على السياسة النقدية والمالية للدولة.

حيث عرف رجال القانون الترخيص بأنه"إجراء يمكن الإدارة أو السلطات العامة من ممارسة رقابتها الصارمة على بعض الأنشطة الاقتصادية الحساسة أو التي تشكل ضررا للأشخاص أو تشكل خطرا على البيئة، وتسمى بالأنشطة المنظمة."[1].

ولم يعط المشرع الجزائري في قانون النقد والقرض تعريفا للترخيص في مجال البنوك غير أنه وفقا لهذا القانون هو " إجراء يقوم به المستثمر من أجل السماح له بتأسيس شركة بنك أو مؤسسة مالية، فرع ومكتب * لبنك أو مؤسسة مالية أجنبية يقدم هذا الطلب أمام مجلس النقد والقرض باعتباره الجهة المختصة" [2] ومنح الترخيص من صلاحية مجلس النقد والقرض.

ولا يكتسي موضوعها مشروعيته إلا بعد التوقيع عليه من قبل محافظ البنك المركزي الذي يعود إليه الاختصاص بحكم وظيفته ومهامه في تنظيم أجهزة البنك المركزي وإدارة شؤونه وتوزيع مهامه ودراسة الملفات لترخيص البنوك والمؤسسات المالية[3].

---

[1] عميور فرحات،رسالة سابقة،ص23.

* يتمثل دور مكاتب التمثيل المرخص لها في دعم الأعمال القائمة للمؤسسة الأم، والبحث عن علاقات عمل بين المتعاملين الاقتصاديين والبنك أو المؤسسة المالية الممثلة و يستبعد كل نشاط تجاري أو مصرفي،أنظر المادة 10 من النظام رقم(90-10) المؤرخ في 14غشت1991 يتضمن شروط فتح مكاتب تمثيل البنوك والمؤسسات المالية الأجنبية،الجريدة الرسمية،العدد25، المؤرخ في1992/4/1.

[2] عميور فرحات ،نفس الرسالة السابقة،ص ص22-23.

[3] محفوظ لعشب،**الوجيز في القانون المصرفي الجزائري**،مرجع سابق،ص47.

كما لم يستثن المشرع الجزائري المساهمات الأجنبية [1] في البنوك التي يحكمها القانون الجزائري من حصولها على ترخيص مجلس النقد والقرض، كما يرخص أيضا لفتح فروع للبنوك الأجنبية في الجزائر مع مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل[2].

2-الحصول على الاعتماد *l'agrément*

إن الحق في ممارسة النشاط المصرفي،لا يتوقف عند حد حصول المعني بالأمر على الترخيص من مجلس النقد والقرض،لأن هذه الرخصة لا يتسمح إلا بتأسيس الشركة الخاضعة للقانون الجزائري و لا يمكنها ممارسة النشاط المصرفي إلا بعد أن تطلب اعتمادها كبنك أو مؤسسة مالية لدى محافظ البنك المركزي حسب ما جاء في نص المادة 92 من الأمر(03-11) المتعلق بالنقد والقرض. يعرف الاعتماد بأنه: "الموافقة الإدارية على ممارسة مهنة معينة،أو مهن معينة في ميادين حساسة تتميز بخصوصية تجعلها غاية في الأهمية. " [3]، وهو أيضا "عبارة عن قرار تصدره جهة إدارية مستقلة يتضمن تقرير بعض المزايا الجبائية والمالية أو يهدف إلى تحقيق أو تنفيذ بعض المشاريع" [4].إذ يمنح بصفة تلقائية بعد الحصول على الترخيص خلال المهلة القانونية المحددة، لأن مجلس النقد والقرض لا يملك أية سلطة تقديرية لمنحه[5].

المطلب الثاني: خصائص العمل المصرفي

للعمل المصرفي خصائص تتميز بالنظر إلى الغاية الأساسية التي يحتويها موضوعها ألا وهي وساطة تداول النقد والائتمان. لذلك سنحاول التعرف على هذه الخصائص من خلال ثلاث فروع كما يلي:

---

[1] أنظر المادة رقم 83 من الأمر رقم(03-11)المتعلق بالنقد والقرض،المؤرخ في26غشت2003،جريدة رسمية، العدد52.

[2] أنظر المادة85 من الأمر من الأمر رقم(03-11)المتعلق بالنقد والقرض،المؤرخ في26غشت2003،جريدة رسمية ،العدد52.

[3] http// :fr.wikipedia.org/wiki/agr/05/04/2008:**agrement.**

[4] عميور فرحات،رسالة سابقة،ص26.

[5] عميور فرحات ،الرسالة السابقة نفسها،ص26

الفرع الأول : العمل المصرفي عمل تجاري

يعد عدم إيجاد تعريف دقيق للعمل المصرفي عائقا في تحديد ما إذا كنا بصدد عملية مصرفية أم لا في العديد من الفرضيات[1]، غير أن اعتبار المشرع الجزائري هذه الأخيرة من قبيل الأعمال التجارية، كما جاء في نص المادة 2 في فقرتها الثالثة عشر:" يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه كل عملية مصرفية أو عملية صرف أو سمسرة أو خاصة بعمولة،..."[2]،ساهم في فهم القوانين الواجبة التطبيق على تلك العمليات.

الفرع الثاني: العمل المصرفي عمل نمطي

النمطية هنا تعني شكلية معينة ذلك أن معظم العمليات المصرفية تتم من خلال توفير نماذج جاهزة تفرغ فيها، بما تقدمه من تنظيم عام لعلاقة البنك بعملائه، من حيث كونها تتضمن التزامات كل طرف في العلاقة، كما تحدد الجزئيات المتروكة للتفاوض حسب طبيعة العملية المصرفية أما الباقي إن لم نقل معظم الشروط فهي شروط عامة تتم صياغتها مسبقا فتبقى من حيث المبدأ في منأى عن أية مناقشة أو تفاوض[3].

كما هو الحال في عقد فتح الحساب المصرفي، وعقد منح الائتمان، حوالات النق ل المصرفي، تأجير الخزائن، الحديدية وغيرها من المعاملات مع احتفاظ كل نوع منها بخصوصية تميزه.

مما دفع بعض الفقه إلى القول بأن الكثير من الأعمال المصرفية تتم في شكل عقود إذعان أو بطريقة يذعن فيها العميل للبنك [4]، لأن هذا الأخير يضع أحكاما تفصيلية لكل عملية من العمليات التي يباشرها على سبيل المثال:

له نموذج لعقد الإيداع وآخر لفتح الاعتماد وغيرهم وليس للعميل الحق في مناقشة ما ورد من شروط وأحكام في هذه النماذج مما يثير إشكالية اختلاف المراكز القانونية في

---

[1] محفوظ لعشب،**الوجيز في القانون المصرفي الجزائري**،مرجع سابق،ص17.

[2] الأمر رقم (75-59)المؤرخ في 26سبتمبر1975 المتضمن القانون التجاري الجزائري.

[3] لبنى عمر مستقاوي،**المسؤولية المصرفية في الاعتماد المالي**منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى2006، ص 75.

[4] محفوظ لعشب،**الوجيز في القانون المصرفي الجزائري**، نفس المرجع السابق،ص95.

علاقة تخضع لأحكام القانون الخاص، فما هي الاعتبارات التي جعلت البنك يتبنى أسلوب الإذعان في أعماله ؟ هذا ما سنحاول التعرف عليه. بعد الوقوف على ماهية عقد الإذعان.

أ- ماهية عقد الإذعان *Contrat d'adhésion*

هو عقد من العقود الملزمة للجانبين له أسباب خاصة تميزه باعتباره استثناءا عن الأصل لان الأصل في التقنيين الجزائري حرية التعاقد، بمعنى إعمال مبدأ التفاوض من إيجاب وتبادل فالعقد شريعة المتعاقدين حسب ما جاء في المادة 106 من القانون المدني الجزائري كل يلقي بشروطه على أساس مبدأ الرضائية في العقود.

لكن استثناء، خص المشرع عقودا يكون لأحد أطرافها قدر كبير من الحرية في وضع شروطه في العقد وما على الطرف الآخر إلا قبولها جملة أو رفضها جملة وهو أمر قريب للتسليم والإذعان.

فكما جاء في نص المادة 70 من القانون المدني الجزائري "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب و لا يقبل مناقشتها". [1] وللإذعان أسباب نحاول التطرق إليها بإسقاطها على العمل المصرفي تتمثل في[2]:

أولا: أن يتعلق العقد بخدمة أو سلعة ضرورية للجمهور، بحيث لا يستطيع الناس الاستغناء عنها في حياتهم. والبنك باعتباره تاجرا نقود وديون فهو يقوم بتقديم خدمة تتمثل في العمل المصرفي الذي يقوم به وبالتالي نستبعد لفظ "سلعة".

ثانيا: كون أحد المتعاقدين محتكرا للخدمة سواء كان احتكاره قانونيا أو فعليا. و البنك له احتكار قانوني في مباشرة أعماله بموجب نص المادة 70 من الأمر (03-11) المتعلق بالنقد والقرض بانفراده بتلقي الأموال من الجمهور وإقراضها لحسابه الخاص، ووضع وسائل الدفع تحت تصرف عملائها[3].

---

[1] الأمر رقم(75-58) المؤرخ في1975 المتضمن القانون المدني،الجريدة الرسمية رقم44،الصادرة بتاريخ1975/01/26.

[2] محمد صبري السعدي،**شرح القانون المدني الجزائري** الجزء الأول،دار الهدى،الجزائر،ص ص130-131 .

[3] نص المادة 70 من الأمر (03-11) المتعلق بالنقد والقرض "البنوك مخولة دون سواها بالقيام بجميع العمليات المبنية في المواد من 66 إلى 68 أعلاه بصفة مهنتها العادية"

نص المادة 66: " تتضمن العمليات المصرفية تلقي الأموال من الجمهور وعمليات القرض، وكذا وضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن و إدارة هذه ..."=

كما جاء عن مجلس الدولة قرار رقم 2129 المؤرخ في 2000/05/08 في قضية بين يونيون بنك "مؤسسة مالية" و بنك الجزائر رفض الطعن المخالفة التشريع، حيث أن يونيون بنك المعتمدة كمؤسسة مالية من قبل بنك الجزائر بقبولها تلقي الأموال من الجمهور برصدها في حسابات جارية تكون قد تجاوزت حدود نشاطها و مخالفتها نص المادة 115 من القانون رقم (90-10) المؤرخ في 14 أفريل 1999 التي تقضي بعدم إمكانية تلقي الأموال من الجمهور بخلاف البنوك، التي يعد هذا صلب نشاطها الرئيسي بموجب نص المادة 110 من نفس القانون. ونص المادة 112 التي استثنت من العمليات التابعة للمؤسسات المالية تلقي أموال الجمهور بينما نصت على أن البنوك مثل المؤسسات المالية، تستطيع القيام ببعض العمليات التابعة لنشاطها. وبذلك يكون قرار مجلس الدولة قانوني لعدم وجود قاعدة شرعية تؤسس هذا الطعن[1].

ثالثا: أن يكون مقدم الخدمة يعرضها على الجمهور وفق شروط مقررة ملغاة ولا يقبل النقاش فيها والغالب أن تكون شروط مطبوعة تكون في مصلحة الموجب للتخفيف من مسؤولية العقدية و التشديد في مسؤولية الطرف الآخر[2].

ب- الاعتبارات التي جعلت البنك يقدم العمل المصرفي في شكل عقود إذعان

تعتبر عقود الإذعان بمثابة ظاهرة اجتماعية جاءت كنتيجة حتمية للتحولات الاقتصادية والاجتماعية التي شهدتها نهايات القرن التاسع عشر، لعدم قدرة العقود الرضائية مواكبة تعقيدات الحياة الاقتصادية الجديدة، إذ الغرض منها ما يلي:

=نص المادة 67 فقرة1: "تعتبر أموالا متلقاة من الجمهور، الأموال التي يتم تلقيها من الغير، لا سيما في شكل ودائع، مع حق استعمالها لحساب من تلقاها، بشرط إعادتها.

نص المادة 68: يشكل عملية قرض في مفهوم هذا الأمر، كل عمل لقاء عوض يصنع بموجبه شخص ما أو يعد يوضع أموال تحت تصرف شخص آخر.

[1] مبروك حسين، **المدونة البنكية الجزائرية مع النصوص التطبيقية و الاجتهاد القضائي والنصوص المتممة**، دار هومة الطبعة الأولى، الجزائر،2006، ص 101.

[2] محمد صبري السعدي، مرجع سابق، الجزء الأول، ص 131.

أولا- تسهيل المعاملات المصرفية للعملاء

بظهور التكتلات الاقتصادية الكبيرة حلت علاقات جماعية محل العلاقات الفردية، و لم يعد بإمكان الشركات الكبيرة مناقشة كل عقد على حدى مع كل عميل خصوصا في ظل تشابه وتكرار هذه العلاقات.مما استدعت الضرورة العملية تعميم وتوحيد كيفيات مباشرة أعمالها تماشيا مع المستجدات. والبنوك باعتبارها جزءا من المنظومة الاقتصادية إن لم تقل عصبها تتميز أعمالها بالتنوع والتكرار وإعمالا لعنصر الزمن الذي يثار عند تعاملها مع كل عميل على حدى كما هو الحال مثلا في عقود منح الائتمان، وما لأثره الأساسي الذي يدخل في اعتبارات كل مؤسسة عند تنظيمها لعلاقاتها وفي حساب أرباحها وخسائرها[1]. إلى جانب ما فرضته التطورات التقنية التي جعلت العلاقات الاقتصادية أكثر تعقيدا. فإن أي عقد حديث يجب أن يشكل استجابة للاعتبارات الاقتصادية من جهة ولعامل الوقت من جهة أخرى.

فإن النماذج الجاهزة Les contrats types تختزل في طياتها كافة أوجه التقنية والفنية التي تظهرها العلاقة محل التنظيم ألا وهي بنك-عميل في حالة موضوعنا، لما توفره من عنصري تسريع انتشار الخدمة وتوفير الوقت في التكرار[2].

ثانيا- اعتبارات التوحيد و التنظيم [3]

هذه الاعتبارات فرضتها التقنية والآلية التي يتطلبها العمل المصرفي موضوع العقد، والتي تترجم إلى شروط فيه سبق تحديدها بعيدا عن إعمال مبدأ المفاوضة قبل إبرام العقد مع العميل طبقا لنص المادة 106 من القانون المدني الجزائري التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين هذه الشروط التي يجهلها العميل الذي خبرته في التعامل مع البنوك معدومة وبالتالي جهله لآلية العمل موضوع العقد و لكيفية تنفيذها، إلا ما تعلق منها بالعميل المهني.

[1] لبنى عمر مستقاوي، مرجع سابق، ص 123.
[2] لبنى عمر مستقاوي، نفس المرجع السابق،ص124.
[3] لبنى عمر مستقاوي، نفس المرجع السابق، ص ص 123-124.

إذ ترى البنوك في هذا الأمر أن ضرورة توحيد تقنيات عملها بعيدا عن إرادة الطرف الآخر، تأتي كنتيجة حتمية للمركز القانوني الذي أخصها به المشرع بالنظر إلى دورها الاقتصادي، كما هو الحال في بعض العقود.

فخضوعها لنظم موحدة ليس فقط على المستوى الداخلي وإنما على المستوى الدولي،لأن بعض العمليات قد تتجاوز في آثارها حدود الدولة كما هو شأن الاعتمادات المستندية وخطابات الضمان وكل ما يتعلق بالتجارة الخارجية لأن هذا التوحيد يسهم في زيادة التبادل التجاري بين الدول ما دامت المنازعات التي تثار بشأن هذه العمليات تخضع لقواعد موحدة، فعلى سبيل المثال فان القواعد الموحدة بشأن الاعتمادات المستندية التي وضعتها غرفة التجارة الدولية في باريس هي التي تنظم هذه العملية في أغلب الدول[1].

أيضا باعتبار عمل البنوك قائم على النقيضين الربحية والمخاطرة في نفس الوقت فإن عقد الإذعان نفسه يعتبر بمثابة تحديد للمخاطر المحيطة بالعمل محل العقد نفسه كضمان احتياطي من المخاطر المحتملة الوقوع ودرأ للمسؤولية، فيما يتعلق بحماية أموال المودعين من جهة وحماية لسمعتها في الساحة المالية التي تدعم الائتمان[2].

فعقد فتح الحساب المصرفي يتم في شكل عقود إذعان باعتباره عقدا يحدد الإطار القانوني للعلاقة بين البنك والعميل، ويحدد بذلك موضوع الخدمات محل هذا العقد [3]. الشيء نفسه بالنسبة لعقد القرض "منح الائتمان" فإن البنك له نماذج جاهزة للتعاقد تسمى اتفاقية قرض *Convention de prêt* محددا فيها موضوع القرض، وقيمته وكيفية تقديمه ويكمن عنصر الحرية فيه فقط في كيفية تسديد أقساط القرض وكيفية منحها وكذا الضمانات المقدمة. لكن حتى هذا الأمر يتحكم فيه البنك حتى لو كان بإمكان المقترض تسديد قيمة القرض قبل المدة المحددة فإن البنك لا يمكنه من ذلك إلا بعد مضي 6 أشهر على الأقل

---

[1] عزيز العكيلي**شرح القانون التجاري–الأوراق التجارية وعمليات البنوك**الجزء الثاني،الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع،الأردن2002،ص298 .

[2] لبنى عمر مستقاوي،مرجع سابق،ص126.

[3] محفوظ لعشب،**الوجيز في القانون المصرفي الجزائري**مرجع سابق، ص95.

لكي يستفيد هو الآخر من فوائد هذا الأخير باعتباره تاجر دين ونقد. فهو يتاجر بالدين الذي في ذمته المترتب من إيداع الودائع، ثم يتاجر بالنقد الناتج عن هذا الدين إلى المقترضين. أما فيما يتعلق بتحديد نسب الفوائد نلاحظ أيضا أن هذا العقد يكون فيه للاتفاق محل ولكن رغم ذلك فإن العميل يذعن إلى شروط البنك لأنها ثابتة لجميع أنواع القروض التي يمنحها البنك وما يتحكم فيها فقط هو تقلبات سعر الصرف، التي قد تكون لصالحه أو لصالح البنك وإن كانت غالبا لصالح البنك[1].

الفرع الثالث: العمل المصرفي ذو طبيعة دولية

تتمثل هذه الخاصية في كون الأعمال المصرفية تتميز بالقبول العام دوليا في تعاطيها، وفي عصر أصبح فيه رأس المال بلا هوية وبلا وطن كان لزاما توحيد أنظمة التعامل في بعض هذه الأعمال إن لم نقل كلها سواء عن طريق النقل أو التقليد أو بواسطة المعاهدات التي تعد من المصادر الدولية للقانون المصرفي.

فمثلا الحساب الجاري *"Le compte courant"* له مفهوم واحد في كافة البنوك باعتباره عقد بين البنك والعميل، لتسهيل تسوية المعاملات ونتائجها بينهما من سحب وإيداع وتحويل يقوم على الاعتبار الشخصي، يكون في هيئة طلب يؤشر عليه مسئول البنك بالموافقة[2].نجد نفس المفهوم للحساب الجاري في جميع الدول والأنظمة المصرفية. والاعتماد المصرفي أيضا نفس المفهوم»هو عقد يتعهد بموجبه البنك بأن يضع تحت تصرف العميل بطريق مباشر أو غير مباشر أداة من أدوات الائتمان في حدود مبلغ معين لمدة محددة أو غير محدودة و بالشروط المتفق عليها".[3]

الشيء ذاته بالنسبة للاعتماد المستندي، الذي نصت عليه مختلف الاتفاقيات الدولية منها الاتفاقية رقم 525 التي تعالج الترتيبات النقطية بين المصارف بموجب الاعتماد المستندي واتفاقية *International stamky practicess IS P 98* الصادرة عن الأمم المتحدة

[1] *Convention de prêt de concours du fonds national de régulation et de développement agricole(fnrda)-Badr banque,Biskra,Algérie*

[2] محي الدين إسماعيل علم الدين، **موسوعة أعمال البنوك،من الناحيتين القانونية والعملية** ، الجزء الأول،بدون دار نشر،مصر،1987 ص 321.

[3] عبد الفتاح سليمان،**المسؤولية المدنية و الجنائية في العمل المصرفي في الدول العربية**، مرجع سابق، ص186.

لتنظيم الاعتماد المستندي المعد للاستعمال، والنشرة رقم 500 الصادرة عن غرفة التجارة الدولية المنظمة للأصول والأعراف الموحدة للاعتماد المستندي لسنة 1993مجسدة لمجموعة القواعد العرفية ينضم إليها أشخاص من القانون العام والخاص ممن تتعلق مصالحهم بالاعتمادات المستندية. وانضمام البنوك إليها لا يكفي للتمسك بها لعدم تمتعها بصفة الإلزام، وإنما لابد من توفر عنصر قبول العميل الصريح لها، فه و اتفاق مبرم بين العميل والبنك، يلتزم بموجبه هذا الأخير بدفـع مبلغا نقديا معينا إلى شخص آخر، في مقابل مستندات معينة يقدمها العميل إلى البنك،خلال مدة محدودة وفاء لدين لهذا الشخص في ذمة العميل[1].وعرفه المشرع المصري في مادته 359 من مشروع القانون التجاري المصري: "الاعتماد المستندي عقد يتعهد البنك لصالح شخص آخر(المستفيد) بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل.ويعتبر عقد الاعتماد المستندي مستقلا عن العقد الذي فتح الاعتماد بسببه.ويبقى البنك أجنبيا عن هذا العقد"؛ وهو تعريف قريب من التعريف الذي أعطته لجنة تعديل القانون التجاري بفرنسا للاعتماد المستندي أنه: "الاعتماد المفتوح بواسطة بنك بناء على طلب آمر لصالح مراس ل لهذا الأخير ومضمون بحيازة مستندات ممثلة لبضائع منقولة أو معدة للنقل"[2].

وأهم ما يثير مسؤولية البنك في الاعتماد المستندي، هو المستندات في حد ذاتها ومدى مطابقتها للمستندات المنصوص عليها في الاعتما د المستندي، باعتباره هو أيضا من العقود الجاهزة.و الذي يجد تطبيقه أكثر في مجال التجارة الخارجية، إذ يلتزم بموجبه بنك العميل المستورد، أن يحل محل المستورد في التزام بتسديد وارداته لصالح المصدر الأجنبي عن طريق البنك الذي يمثله[3]. إذ تبرز أهميته في الدور الذي يلعبه في حله لمشكلتين، أولاهما مشكلة توفير الثقة بين أطراف عقد البيع الدولي طبقا للأحكام التي تنظمه. وثانيهما مشكلة ارتفاع تكاليف البضائع و شحنها.هذه الخاصية أيضا فرضتها الوضعية الاقتصادية الدولية

---

[1] أكرم إبراهيم حمدان الزعبي**مسؤولية المصرف المصدر في الاعتماد المستندي**،دار وائل للنشر،الأردن،2000،ص12.

[2] محي الدين إسماعيل علم الدين، **موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية**، الجزء الثاني،بدون دار نشر،مصر،1987،ص ص 342-343.

[3] الطاهر لطرش، مرجع سابق، ص 117.

وتأثيرها المباشر على أعمال البنوك التي تسعى في شبكية محكمة، إلى توحيد المعاملات المصرفية بين مختلف بنوك العالم خاصة من خلال التكنولوجيا والاتصالية المستعملة م ن جهة، وما تقتضيه ضرورة التأقلم للاندماج في الاقتصاد العالمي من جهة أخرى.

المبحث الثاني: مدى المسؤولية عن العمل المصرفي

إن الأهمية المطردة لنشاط البنوك تبدو جلية من خلال حجم الدور الذي تقوم به هذه الأخيرة.لذلك عمد المشرع إلى وضع قيود على ممارستها لعملها، بما يسمح لها بالقيام به على أكمل وجه دونما أي خرق أو أخطاء خدمة للمصلحة العامة من جهة للوقوف بالسياسة النقدية والمالية للدولة، والمصلحة الخاصة من جهة أخرى لما تقتضيه الغاية من إنشائها ألا وهي تحقيق الربح.

المطلب الأول: مفهوم المسؤولية بوجه عام

إن من يتمتع بحق ما أو بممارسة عمل ما فهو يأتي عملا مشروعا. وإن كان من حيث المبدأ يمكنه ممارسته بكل حرية، لكن الحرية ليست مطلقة بل لها حدود لا يمكن تجاوزها تتمثل أساسا في عدم الإضرار بالغير.

الفرع الأول :تعريف المسؤولية

يقصد بها اصطلاحا "تعهد المرؤوس أو التزامه بتنفيذ أعمال أو التزامه بتنفيذ أعمال،أو نشاطات معينة معهودة إليه بأقصى قدراته"[1].

وفي الشريعة الإسلامية عرفها الشافعي أنها "الاستعداد الفطري الذي جبل الله تعالى عليه الإنسان ليصلح للقيام برعاية من كلفه الله به من أمور تتعلق بدينه و دنياه فان وفى ما عليه من الرعاية حصل على الثواب وان كان غير ذلك حصل له العقاب". [2]

ومن ذلك نستنتج أن المسؤولية يسبقها التزام أو تكليف، واعتماد على سلطة أو صلاحيات ممنوحة و يعقبها حساب وجزاء كما جاء في قوله تعالى: " وأوفوا بالعهد أن العهد

[1] www.moudir.com/a2 مفهوم المسؤولية، تاريخ الزيارة: 2008/02/12

[2] www.moudir.com/a2 مفهوم المسؤولية، تاريخ الزيارة: 2008 /02/12

كان مسؤولا» [1]، وقوله تعالى: «*يا أيها الذين آمنوا لا تخونوا الله والرسول و تخونوا أماناتكم و أنتم تعلمون* .»[2]، وقوله تعالى: «*لا يكلف الله نفسا إلا وسعها لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت*...»[3] ما في فقه القانون فيقصد بها بوجه عام، اقتراف أمر يوجب مؤاخذة فاعله، أو الإتيان بعمل خارج النطاق المسموح به. فمسؤولية الشخص تقوم كونها تبعات لتصرفاته الغير مشروعة، وتكون هذه الأخيرة كذلك متى كانت مخالفة لواجب شرعي أو قانوني إذا ما ألحقت الضرر بالغير[4].

وكلمة "**مسؤولية**" لم تستخدم في الفقه القانوني، إلا في القرن الثامن عشر للميلاد، الذي تزامن مع الثورة الفرنسية بعد التمرد على النظام الملكي بإرساء مبادئ الحرية التي تمخض عنها أفكارا للمسؤولية بالقول أن الإنسان مسئول عن عمله، وهذه الرابطة بين الحرية والمسؤولية تشير إلى الاهتمام بالبحث في مسلك الفرد ومدى إهماله وعدم حرصه[5].

الفرع الثاني:أنواع المسؤولية

ففكرة المسؤولية تثير فكرة الخطأ والجزاء [6]، بمعنى ثمة فعل ضار يوجب مؤاخذة فاعله، والخطأ هنا قد يكون أدبيا و قد يكون قانونيا. وهذا ما سنحاول التعرف عليه.

أولا- المسؤولية الأدبية

فهي شعور الشخص بالذنب أمام الله إذا كان مؤمنا أو أمام ضميره إن لم يكن مؤمن بالله نتيجة ما قام به من فعل أو امتناع كان المفروض أن لا يقوم به أساسا باعتباره خروجا على قواعد الأخلاق.

فهي إذن الإخلال بواجب أدبي سواء كان ذلك بعمل أو الامتناع عن عمل و معيارها حسن النية أو سوؤها، و الجزاء على هذا الخطأ هو بدوره جزاء أدبي يتمثل في تأنيب الضمير أو استهجان المجتمع، أو جزاء ديني يتمثل في العقاب الإلهي في الآخرة[1].

---

[1] سورة الاسراء،الآية رقم34.
[2] سورة الأنفال، الآية27.
[3] سورة البقرة ، الآية رقم286.
[4] مصطفى ابراهيم الزلمي، **موانع المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية**، دار وائل، الأردن، 2005، ص 12.
[5] عبد الفتاح سليمان، **المسؤولية المدنية والجنائية في العمل المصرفي في الدول العربية**،مرجع سابق، ص15.
[6] عز الدين الدناصوري،عبد الحميد الشواربي،**المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء**،الطبعة السابعة،2000،ص6.

تقوم متى ألحق الضرر الأدبي الأذى بأحد، وما يميزها هو اتساع نطاقها المتمثل في هواجس النفس وخلجات الضمير لذلك يتعين استبعادها من نطاق المسؤولية القانونية.

ثانيا- المسؤولية القانونية

هي تحمل الشخص تبعة خروجه على قواعد القانون [2] بمعنى المساس بمصلحة يحميها القانون. و الخطأ موضوع المتابعة في المسؤولية القانونية خطأ قانوني يتمثل في الإخلال بالتزام قانوني باعتباره حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عيني أو بالقيام بعمل أو بامتناع عن عمل [3].

فإذا كان الخطأ يمس مصلحة المجتمع نكون بصدد المسؤولية الجنائية،فهي فعل ضار بالمجتمع باعتباره مخالفة شعورية لواجب قانوني تكفله قوانين العقوبات بنصوص خاصة. ويكون الجزاء فيها باعتباره التبعة القانونية التي يتحملها الجاني كرد فعل اجتماعي وكأثر مترتب على الجريمة التي ارتكبها، وقد يتمثل في عقوبة أو تدبير احترازي، يصدر به حكم قضائي في أعقاب محاكمة جنائية وسيلتها دعوى عمومية تباشرها النيابة العامة عن المجتمع لا يجوز التنازل عنها بعد رفعها كما لا يجوز الصلح فيها [4] ، يتم تنفيذ هذا الجزاء بواسطة السلطة العامة بطريق الإكراه .

لأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص طبقا لما جاء في نص المادة 1 من قانون العقوبات الجزائري[5]،بمعنى خضوعها لمبدأ شرعية العقوبة بأن لا توقع عقوبة من جانب القاضي إلا بناء على نص تشريعي يقررها، كما لا يجوز الحكم بعقوبة تختلف في طبيعتها أو تجاوز في مقدارها تلك المنصوص عليها قانونا[6].

---

[1] عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 6.

[2] محمد صبري السعدي،مرجع سابق،الجزء الأول، ص 14.

[3] محمد صبري السعدي،نفس المرجع السابق،الجزء الأول، ص 14.

[4] سليمان عبد المنعم , **نظرية المسؤولية والجزاء** , دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2000، ص 28 .

[5] المادة 1 من الأمر رقم (66-156) المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات: "لا جريمة ولا عقوبة ولا تدابير أمن بغير قانون. "

[6] سليمان عبد المنعم،مرجع سابق،ص37.

أما المسؤولية المدنية فهي إخلال الفرد لواجب قانوني أو اتفاقي [1] وهي بصفة عامة المسؤولية عن تعويض الضرر الناجم عن الإخلال بالتزام مقرر في ذمة المسؤول بحسب مصدر هذا الالتزام والذي قد يكون مصدره العقد فنكون أمام مسؤولية عقدية [2] باعتبار الإرادة قانون المتعاقدين هي التي تنشئه – الالتزام – وتحدد آثاره كقاعدة عامة لكن هذا لا ينفي أن القانون هو الذي يعمل على تحقيق الغاية التي قصدتها تلك الإرادة المشتركة [3] وقد يكون مصدره القانون فنكون أمام المسؤولية التقصيرية تتم مباشرتها عن طريق دعوى مدنية باعتبارها دعوى خاصة يمتلكها المضرور وحده يحوز له التنازل عنها لأن الجزاء فيها هو إلزام المسؤول بتعويض الضرر، إذ نستخلص ذلك من نص المادة 2 من قانون الإجراءات الجزائية في فقرتها الثانية: "ولا يترتب على التنازل عن الدعوى المدنية إيقاف أو إرجاء مباشرة الدعوى العمومية،... "[4].

لكن قد يحدث أن ينشأ عن الفعل المسؤوليتين معا , كما هو الحال في جرائم السرقة والنصب فيكون للمضرور الحق في رفع دعواه المدنية أمام المحكمة الجنائية عن طريق الإدعاء المدني نظرا لتبعية الدعوى المدنية للدعوى الجنائية طبقا لنص المادة 3 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري [5] أو أمام المحكمة المدنية لكن لا تبت هذه الأخيرة في الدعوى إلا بعد صدور حكم حائز لقوة الشيء المقضي فيه [6] إعمالا لقاعدة أن الدعوى الجنائية توقف الدعوى المدنية.

فنكون بذلك أمام حالتين هما[7]:

---

[1] محمود جلال حمزة، **العمل غير المشروع باعتباره مصدر للالتزام**،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر2000، ص14.

[2] عز الدين الديناصوري،عبد الحميد الشواربي،مرجع سابق،ص 11 .

[3] محمد صبري السعدي, مرجع سابق، الجزء الأول، ص 43.

[4] أنظر المادة 2 الفقرة الثانية من الأمر رقم (66–155) المؤرخ في 8يونيو1966 المتضمن قانون الاجراءات الجزائية المعدل و المتمم.

[5] أنظر المادة3 من الأمر رقم(66–155) المؤرخ في8يونيو1966 المتضمن قانون الاجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

[6] عز الدين الديناصوري , عبد الحميد الشواربي، نفس المرجع السابق ، ص9

[7] أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، **الدراسات البحثية في المسؤولية المدنية–المسؤولية المدنية الشخصية** ،المجلد الأول،منشأة المعارف،مصر،2007،ص ص 12–13.

1.ففي حالة الحكم بالإدانة ,فان الحكم يقتصر الأمر فيه على ما يورده الحكم الجنائي من وقائع دون التكييف القانوني لهذه الأخيرة، ومفاد ذلك أن القاصي المدني لا يستطيع نفي وقائع قرر الحكم الجنائي صدورها من المتهم أو العكس لتعلق الأمر هنا بأسباب ضرورية للحكم الجنائي.

2.أما في حالة الحكم ببراءة المتهم لأسباب ترجع إلى التكييف القانوني فان القاضي المدني قد يحكم بالتعويض متى اجتمعت أركان المسؤولية المدنية.

المطلب الثاني: مضمون فكرة المسؤولية على العمل المصرفي

باعتبار المسؤولية تثار نتيجة تصرف خاطئ أكان هذا الأخير متمثلا بالإخلال بواجب ما أو بالتجاوز بممارسة حق ما، فإن فكرة المسؤولية على العمل المصرفي بالنظر إليه كوظيفة إستراتيجية تسعى البنوك خدمة إلى مصلحة الاقتصاد وحرصا على بقائها في الساحة المالية وما تتميز به من احترافية أضفت على أعمالها سرية خاصة لا يمكن خرقها إلا في حالات مستثناة بنص قانوني، تثار بارتكابها لأخطاء اتجاه عملائها الذين يجهلون غالبا تقنيات العملية المصرفية التي يقدمون عليها. كان لزاما على المشرع التدخل لتحديد الإطار القانوني الذي تنشط فيه هذه الأخيرة. لكن لا يمكننا تحديد مسؤولية البنك أو تحديد معالمها ما لم تتوافر مجموعة النظم والقواعد التي تحكم العلاقة القانونية بنك–عميل.

لذلك سنحاول تحديد مفردات العلاقة بنك–عميل للوقوف أمام الالتزامات المتقابلة في الفرع الأول، ثم نتطرق إلى مصادر مسؤولية البنك.

الفرع الأول: تحديد مفردات العلاقة بنك–عميل

إن العلاقة بين البنك وعميله لا تقوم إلا بموجب عقد فتح حساب مصرفي[1] لدى البنك، وإن كان هناك اختلاف كبير في تحديد المفهوم التعريف الدقيق لعميل البنك، سنحاول التطرق إليه في هذا الفرع معرجين بعد ذلك على تعريف هذا العقد.

أولا–تعريف العميل:

يمتد نطاق بحثنا من حيث الأشخاص إلى من لهم صفة عميل بنك، وهو الطرف الثاني في الالتزام في العقد المصرفي، بل هو المستفيد المباشر من الخدمة موضوع العقد، مع ذلك لا يوجد تعريف تشريعي للعميل في التشريعات المصرفية.

وقد عرفته بعض التشريعات الأجنبية بأنه أي شخص لديه حساب مع البنك أو أنه الشخص الذي وافق البنك على تحصيل حقوق لصالحه و يشمل ذلك الأشخاص الطبيعيين والمعنويين لذلك لا يعتبر عميلا حسب هذا التعريف إلا شخص توجه إلى البنك بقصد تكليفه بخدمات معينة و الدخول مباشرة في علاقة مصرفية. أما فقهيا فقد تنازع مذهبين على تحديد معنا دقيقا لعميل البنك،فمنهم من يوسع في نطاق تحديده ومنهم من يضيق فيه ولكل منهما الاعتبارات التي استند عليها كما يلي:

ففي اجتهاد القضاء جاء في قرار القاضي الجزائي في بيروت رقـــم (501 بتاريخ 1971/11/23) أن كل من يتصل بالمصرف اتصالا مباشرا ولو لعملية واحدة ولو لم يعتبر هذا المصرف بالذات زبونا [2]، ويكتسب صفة العميل منذ أول عملية يجريها مع المصرف لقبض أو تحويل أو مبلغ نودع في المصرف أو لقبض شيك يمثل مبلغا مودعا في هذا البنك،لذلك سنتناول هذين الاتجاهين ، للتعرف على رأي كل واحد منهما كما يلي:

الاتجاه الأول: يتبنى المفهوم الواسع لفكرة العميل، فهو يتوسع في إعطاء صفة العميل لكل من تعامل مع البنك إن هذا القرار قد تبنى تحديدا واسعا لعبارة "زبون المصرف" أو

[1] محفوظ لعشب،**الوجيز في القانون المصرفي الجزائري**،مرجع سابق،ص94.
[2] محمد عبد الودود أبو عمر،**المسؤولية الجزائية عن افشاء السر المصرفي**،دار وائل للنشر،الأردن،1999 ،ص61.

"العميل" لاعتبارات عملية للتشديد في معاقبة مخالفي القانون المنتهك وجعله يشمل أكبر عدد ممكن من المتعاملين مع البنوك.

فلا يشترط تكرار الاتصال بالبنك من قبل العميل لمرات عديدة أو وجود تعامل سابق، بل يكفي لكي يصبح الشخص عميلا أن يتعامل مع البنك و لو لمرة واحدة ولو بصورة غير مباشرة أو عرضية. كمن يتقدم إلى البنك لإجراء عملية واحدة أو عدد محدود من العمليات كتحصيل شيك أو تحويل نقد ، شراء ورقة مالية ،استلام حوالة أو خصم سند. فينظم البنك قيود هذه العملية ويسوي علاقته العابرة بهذا المتعامل بطريق الخزانة " *Par caisse*" أي نقدا وفورا ويغلق الحساب بانتهائه. [1] فوفقا لمفهوم هذا المذهب فإنه يكتسب صفة العميل وبالتالي الحماية القانونية ضد إفشاء معلومات عن هذا التعامل وإلا تقوم مسؤولية البنك حيال ذلك.

اعتبر هذا الاتجاه عميل بنك، كل شخص يلجأ بإرادته للحصول على خدمات البنك ولو قام بعملية واحدة معه بل حتى لو لم يكن هو الذي اختار هذا البنك[2].

الاتجاه الثاني: يأخذ بالمعنى الضيق للعميل إذ أنه لا يكتسب هذه الصفة وفقا لهذا المذهب إلا الشخص الذي يتعامل مع البنك في عمليات سابقة، كما جاء في قرار محكمة استئناف ليون بتاريخ 2 آذار1950 بأن الأسبقية في العلاقات فيما بين الزبون والبنك؛ يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار لأجل إعطاء كلمة العميل معناها، بغية التأكد من هويته لذل ك استبعدت صاحب الحساب العابر.

كما يشترط أيضا أن تصله بالبنك روابط متعددة وعلاقات مستمرة من خلال عمليات متنوعة فيودع لدى البنك نقوده وسنداته ويستعين به في تمويل مشاريعه و يحصل منه على القروض، يوسطه في الوفاء بتعهداته الخارجية ويتفق معه على فتح الاعتمادات المستندية ولا يسوي مثل هذا المتعامل علاقاته مع المصرف نقدا وفورا، كما هو الشأن مع المتعامل العابر وإنما يتفق معه على فتح حساب لقيد العمليات التي تتم بينهما في الجانب الدائن أو

[1] فائق محمود الشماع، **الحساب المصرفي دراسة مقارنة**، الطبعة الأولى الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن، 2003، ص 05 .

[2] محمد عبد الودود أبو عمر، مرجع سابق، ص 62.

المدين منه حسب المركز القانوني للعميل فيها حتى يغلق الحساب ويسوى لاستخراج الرصيد "*Le solde*" الذي يتحدد به مركز كل من الطرفين إزاء الآخر، وهذه هي التسوية بطريق الحساب "*Par compte*" [1].

لذلك لا يعتبر عميلا يلتزم البنك في المحافظة على أسراره السائح الذي يتجه للبنك لمجرد صرف شيك سياحي أو لتبديل النقد،كما لا يعتبر عميلا حامل الشيك الذي يتوجه للبنك لصرفه لأن إرادته لم تتجه إلى الدخول في علاقة مع البنك المسؤول عليه[2].

ويتصل بمفهوم العميل اللجوء الإرادي للتعامل مع البنك حيث يعتد بإرادة العميل التعامل مع البنك وإرادة هذا الأخير التعامل معه، وأوضحنا فيما سلف أن العميل إذا اتجهت إرادته للتعامل مع البنك والإفضاء إليه بمعلومات يمتنع على هذا الأخير البوح بها. لذلك يجب الاعتداد بإرادة العميل الصريحة أو الضمنية في التعامل مع البنك وبإرادة البنك التعامل معه حتى يكتسب هذه الصفة. وهو ما يفسر عدم اكتساب الشخص صفة العميل عندما يرفض البنك التعامل معه أو لم يدخل البنك بقصد السرقة أو العبث بأموال البنك أو من سحب شيكا بدون رصيد على المصرف حتى لو كان من زبائنه القدامى.

وعلى ذلك يمكننا القول أن العميل هو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يدخل في معاملات مصرفية مع البنك بإرادته شرط قبول هذا الأخير ما اتجهت إليه إرادة ذلك الشخص[3]؛ إذ ليس من المنطق اعتبار الشخص الذي يتعامل مع البنك بصورة عارضة كتبديل النقد أو صرف شيك عميلا بالمفهوم المصرفي للعميل، حيث لم تتجه إرادة هذا الشخص لإقامة علاقة أو الإفضاء بمعلومات للبنك إنما كلما يعنى به هو تقديم هذه الخدمة له أو تحقيق مصلحة له و ينتهي الأمر بالنسبة إليه.

في حين أنه يعتبر عميلا من يفتح حسابا لدى البنك لأن إرادته اتجهت للتعامل معه كما أقرها الاتجاه الثاني، فيصبح عميلا بالرغم من عدم وجود تعاملات سابقة ومستمرة مع

---

[1] فائق محمود الشماع، مرجع سابق ، ص 05.

[2] محمد عبد الودود أبو عمر، مرجع سابق ، ص62.

[3] محمود عبد الودود أبو عمر، نفس المرجع السابق،ص63.

هذا الأخير[1]. سواء كان شخصا طبيعيا أم شركة هو الطرف المتعامل مع البنك والمستفيد من الأعمال والخدمات التي توفرها البنوك هذا ما أخذ به المشرع الجزائري والفقه الفرنسي، بعد إقراره قانون الشيك المسطر، بأن العميل هو الشخص الذي يفتح حسابا لدى البنك[2].

أما المشرع الجزائري فقد يكتسب العميل هذه الصفة بموجب عقد بينه وبين البنك هو عقد مصرفي يدعى عقد فتح الحساب؛ سنحاول التعريف به :

ثانيا-تعريف عقد فتح الحساب المصرفي:

باعتبار الوساطة المالية هي حلقة تصل بين أصحاب الفائض المالي وأصحاب العجز المالي وبالتالي فهي تقيم علاقات مالية بين الطرفين و تتجسد هذه العلاقات واقعيا بفتح ما يسمى بالحساب المصرفي[3]، وسنحاول تعريفه من وجهة النظر الاقتصادية ثم من وجهة النظر القانونية.

1- التعريف الاقتصادي:

هو التعبير عن الرابطة المالية بين البنك و صاحبه بواسطة رمز «رقم » كتجسيد مادي للعلاقة الموجودة بين البنك و العميل،يعتبر مفتوحا بمجرد إعطاء رقم تسلسلي تقترن به معظم العمليات المالية،كما أنه رمز شخصي يعطي لصاحبه الحق بالاستفادة من دفتر الشيكات في عمليات السحب والإيداع حسب نوع الحساب [4]، الذي يتحدد نوعه حسب ما اتجهت إليه إرادة الطرفين، فقد تقيد نتيجة العملية في الحساب لمجرد حصولها مع احتفاظ العملية بذاتيتها وصفاتها ولا يعدو الحساب حينئذ أن يكون مجرد تمثيل حسابي لعلاقة البنك بعميله،فيسمى حينئذ حسابا بسيطا أو عاديا أو حساب ودائع أو حساب شيكات [5].ولكن قد يقصد الطرفان بقيد العملية في الحساب أن تفقد ذاتيتها وتتحول إلى مفرد حسابي بمقتضى

---

[1] محمود عبد الودود أبو عمر، مرجع سابق، ص 64.

[2] نعيم مغبغب،**السرية المصرفية دراسة مقارنة في القانون المقارن** ،بدون دار نشر ،لبنان ،1996،ص141.

[3] الطاهر لطرش، مرجع سابق،ص15.

[4] الطاهر لطرش، نفس المرجع السابق،ص15.

[5] فائق محمود الشماع،مرجع سابق،ص150.

نوع من التجديد *، ولا تسوى إلا في النهاية أي عند غلق الحساب ويكون الحساب عندئذ جاريا نسبة إلى جريان القيود فيه و هكذا فإن فيصل التفرقة بين الحساب العادي والجاري هو قصد الطرفين وهدفهما من قيد حاصل العملية في الحساب، فإن قصد تسويتها فورا واتخاذ الحساب كمجرد إثبات لهذه التسوية أو لإثبات وقوع العملية فهو حساب عادي، أما إذا كان القصد هو تحويل العملية إلى مفرد في الحساب وإرجاع تسوية هذا المفرد إلى وقت نهاية الحساب فهو حساب جاري [1].

2- التعريف القانوني

هو التمثيل العددي لمركز قانوني معين لعملية أو لعدة عمليات قانونية معينة،فهو في مظهره المادي،عبارة عن كشف أو بيان تثبت فيه عدديا وبأرقام،مفردات العمليات القانونية، يتم بموجب اتفاق أو معاهدة بين البنك الذي يفتحه والشخص الذي يفتح لصالحه [2].

وعن طريق هذا البيان يتم تحديد مجمل هذه العمليات بإتباع نظام محاسبي معين،يكشف عن مدى تنامي حجم هذه العمليات، وبهذا يؤدي الحساب من خلال مظهره المادي إلى الكشف عن واقع قانوني لأن العمليات المثبتة فيه ترتبط سلبا وإيجابا بالذمة المالية للشخص ذي العلاقة بها في صورة حق أو طلب عليه[3]، مهما كانت طبيعتها القانونية سواء كانت إيداعا أو سحبا أو أية عملية أخرى بينهما.

لكن ما يميز هذا العقد أنه عقد إذعان، فرضاء العميل هو مجرد تسليم فقط بهذه الشروط بالتوقيع عليه، بحيث تثبت موافقة العميل كما يثبت فتح الحساب أيضا بتسليم العميل دفتر شيكات مقابل إيصال به [4].لكن غالبا ما يتضمن شروط تضر بمصلحة الطرف

---

* **التجديد:** و هو ان المدفوعات بدخولها في الحساب يطرأ عليها نوع من التجديد القانوني فلا تعتبر وفاء أو استيفء لحق أو التزام ولا يجوز اجراء المقاصة بينها و لا تخضع لتقادم خاص بها ،و انما كل ذلك ينصهر ضمن مفردات الحساب الأخرى لتصبح مجرد عنصر من عناصره لا يكون له مردود قانوني ملموس الا عند انتهاء الحساب و استخراج الرصيد الحساب النهائي من خلال اجراء مقاصة واحدة في نهاية مدة الحساب بين الجانب الدائن و الجانب المدين مع خضوع الرصيد النهائي فقط للتقادم وفقا للقواعد العامة.أنظر:عباس مصطفى المصري،**عقد الحساب الجاري**،دار الجامعة الجديدة للنشر،2004، ص60.

[1] فائق محمود الشماع ، مرجع سابق ، ص 150.

[2] الطاهر لطرش،مرجع سابق ، ص15.

[3] فائق محمود الشماع ،نفس المرجع السابق ، ص 07.

[4] محمد صبري السعدي، مرجع سابق ، الجزء الأول، ص 16

المذعن الذي لا يستطيع تعديل هذه الشروط بالنظر إلى حاجته الملحة في التعامل مع البنك لذا قرر المشرع الجزائري حماية للطرف المذعن بوسيلتين:

* **الأولى:** تتعلق بسلطة القاضي إزاء الشروط التعسفية التي قد يتضمنها عقد الإذعان كما جاء في نص المادة 110 من القانون المدني الجزائري[1]،

* **الثانية:** خاصة بتفسير بنود العقد، فالقاعدة العامة أن الشك يفسر لمصلحة المدين حسب نص المادة 112 من القانون المدني الجزائري؛ غير أنه حماية للطرف المذعن خرج المشرع الجزائري عن هذا الأصل فقرر في نفس المادة؛ أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة طرف المذعن وللقاضي السلطة التقديرية في تفسير الغموض دائما لمصلحة الطرف الضعيف المذعن؛ حتى ولو كان دائنا كما هو الحال بالنسبة للعميل في عقد الحساب المصرفي [2]. وهذا الأمر لا ينطبق تماما م ع مبدأ الرضائية في العقود الذي جاء في نص المادة 59 من القانون المدني الجزائري "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"، لكن ما نراه هو التسليم والإذعان لشروط العقد.

أما عبارة " دون الإخلال بالنصوص القانونية"، فإن عقد فتح الحساب لم ينص عليه المشرع الجزائري في قانون النقد و القرض بموجب الأمر رقم (03-11)، كما لم يحدد واجبات الطرفين ولم يتطرق إليها إطلاقا وهذا ما ترك المجال للعرف المصرفي في حرية تنظيمه لهذه العقود بما يضمن له حقوقه و كذا درأ المسئولية عنه قدر الإمكان.

لكن بالرجوع إلى القرار الصادر عن مجلس الدولة (قرار رقم 2129 المؤرخ في 2000/05/08) [3] في قضية يونيون بنك وبنك الجزائر أنه رفض الطعن بناء على تجاوز حدود صلاحياته بتلقيها لأموال الجمهور وكذا رصدها في حسابات جارية وإصدارها للشيكات.

---

[1] المادة 110 : "إذا تم العقد بطريقة الإذعان ، و كان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

[2] محمد صبري السعدي،مرجع سابق ،الجزء الأول، ص 133.

[3] حسن مبروك، مرجع سابق، ص 101

فيونين بنك باعتبارها مؤسسة مالية ليس من اختصاصها ذلك، في حين يعتبر هذا عملا أصيلا للبنك. و العلاقة بنك–عميل تثبت بإصدار الشيكات التي لا تكون ولا تسلم للمتعامل مع البنك إلا بعد إبرام عقد فتح الحساب.

من هنا نرى أن مجلس الدولة أصدر هذا القرار باتخاذه لموقف تكميلي وتفسيري وعملي مستندا على الحقائق العملية للعمل المصرفي لإكمال النقص في الفراغ التشريعي الموجود في تحديد مفردات العلاقة القانونية بين البنك وعميله لأنها من الأهمية بمكان للتعرف على الحقوق والالتزامات المتقابلة لهما. وما يثبت ذلك هو القرار رقم(311012–2005/10/19)الصادر عن المحكمة العليا في قضية ضد البنك الوطني الجزائري الموضوع شيك طبقا لنص المادة473 من القانون التجاري: حيث قضت بأن الطاعن ليس زبونا لدى بنك الجلفة ولا تربطه بها علاقة قانونية فالقرار لم يثبت كيف توصل بأن المدعي عليه زبونا لدى البنك وليس فضولي، بالرغم من أن البنك ليس زبونا لدى بنك الجلفة و لا تربطه بها علاقة قانونية، فالقرار لم يثبت وجود علاقة زبائنية لأن الأمر يتعلق بالصفة والمصلحة التي هي من النظام العام،و لم يحدد النصوص القانونية المطبقة؛ فان غياب العلاقة القانونية بين بنك الجلفة والطاعن يجعل إلزام هذا الأخير بدفع مبلغ الدين غير مؤسس قانونا [1]، وبذلك تم تأييد الحكم المستأنف الصادر عن محكمة برج بوعريريج في 2001/01/30.

إذن يبدو أن القرار يؤيد أن العلاقة بنك عميل تبدأ بفتح الحساب ومنه بمسك دفتر الشيكات، بالرغم من أن هذا القرار يؤكد وجود الفراغ القانوني الذي تستند إليه هذه العلاقة–بعدم وجود نص قانوني يستند إليه القاضي– القائمة على أساس عرفي .

[1] "المحكمة العليا"،مجلة المحكمة العليا،قسم الوثائق،السنة2005،العدد02.

3- الدور القانوني للحساب المصرفي

يكتسي الحساب المصرفي أهمية كبيرة إذا ما لاحظنا الدور الذي يؤديه الحساب في ميدان النشاط المصرفي،فالمصارف تستعين بالحساب كأسلوب محاسبي * لتنظيم نشاطاتها وفق جداول محاسبية، كما أنها تستعين بالحساب كأسلوب للتعامل مع الغير بموجب اتفاق خاص مع هذا الأخير، وهو الاتفاق محل الدراسة.

فله دور قانوني مهم في كونه وسيلة إثبات ووسيلة تسوية وضمان، كما يلي:

1- هو وسيلة قانونية لتسوية الديون، بين البنك والعميل تسجل فيه كافة عمليات السحب والإيداع وغيرها. بحيث يقيد البنك في الجانب الدائن ما يكون مستحقا للعميل وفي الجانب المدين ما يكون مستحقا عليه، باعتباره وسيلة محاسبية تسمح للبنك بمراقبة العمليات المالية وتسجيلها وإجراء المقاصة عليها. وهكذا يكون الحق أو الدين مجرد بند من بنود عقد الحساب[1].

كما يمكن الاستعانة بالحساب المصرفي ،لغرض التسديد، تترتب على طرف الحساب لمصلحة شخص آخر ليس طرفا في ذات الحساب و لكنه ذو حساب آخر مفتوح في المصرف نفسه أو في مصرف آخر عن طريق النقل المصرفي حيث تتم تسوية الديون فيه بفضل وجود الحساب المصرفي وذلك من خلال عملية تقوم على تبادل القيود في الحسابات دون حاجة لتبادل النقود [2].

2- هو وسيلة ضمان بالنسبة للبنك، حيث تظهر هذه الوظيفة من خلال العمليات التعويضية للحركات الدائنة والمدينة [3]. وهذا يعني أنه في حالة امتناع تحقق المقاصة القانونية فورا عزل الأموال الداخلة في الحساب ضمن نطاق الذمة المالية لكل من الطرفين بقصد

---

* تجدر الإشارة إلى ضرورة التمييز بين الحساب و المحاسبة،فالمحاسبة عبارة عن فن أو تقنية علمية خاصة تقوم أساسا بالمتابعة الزمنية للمتغيرات القيمية لمختلف العناصر السالبة و الايجابية للذمة المالية،عن طريق الجداول التي يقوم المصرف بإعدادها لأغراض تنظيمية و محاسبية دون أن تكون هذه الجداول وسيلة للتعامل مع العملاء من شأنها ترتيب علاقة قانونية معهم.أنظر: فائق محمود الشماع،مرجع سابق،ص9.

[1] كمال طه، مرجع سابق، ص 17.

[2] فائق محمود الشماع، نفس المرجع السابق، ص 08.

[3] الطاهر لطرش، مرجع سابق، ص16.

تصفيتها؛ وعليه يكون الحساب بمثابة ضمان لطرفيه لأن كلا منهما،على فرض وجود ديون متبادلة، يكون دائن ومدين للآخر في ذات الوقت، وبالتالي لا يستطيع أيا منهما أن يطالب الآخر بدفع ما عليه من الديون طالما أنه لم يدفع بدوره المبالغ المستحقة عليه ويترتب على هذا نتائج هامة خاصة متى كان الحساب دائنا، إذ يشجع ذلك البنك على منح تسهيلات مصرفية، كمنح اعتماد أو إصدار خطاب ضمان* ... إلى غير ذلك.

3-الحساب المصرفي وسيلة إثبات لأنه يثبت آثار العمليات القانونية الناشئة بين أطرافه[1].

الفرع الثاني: مصدر مسؤولية البنك

ترتبط المسؤولية تصاعديا بأهمية الدور الذي يمارسه المسؤول، وبالنظر إلى الدور الذي تلعبه البنوك خاصة مع التطور الاقتصادي في العالم وبشكل أساسي من خلال اعتمادها لوسائل ابتكرتها، فرضت بالموازاة مع ذلك على المشرع التدخل للضبط والتشديد والرقابة على أعمالها من خلال القواعد القانونية التي تستهدف في مجملها حماية أموال المودعين من أية تجاوزات ترتكبها البنوك كإدارات أو العاملين فيها تكون من شأنها إضاعة أو تبديد أو الاستيلاء أو الابتزاز لأموالهم [2]. عن طريق إخضاعها للرقابة الدائمة للبنك المركزي باعتباره المشرف على السياسة النقدية للدولة بواسطة قرارات اللجنة المصرفية ومجلس النقد والقرض لمراقبة سيولتها وقدرتها على الوفاء اتجاه المودعين والغير كما جاء في نص المادة 97 من الأمر المتعلق بالنقد والقرض [3]، وكذا الرقابة على

---

* **خطاب الضمان:**في بعض العمليات المصرفية يقرض البنك نقودا،و في البعض الآخر يفتح له اعتمادا يسحب منه الى حد معين أو قابل للتعيين ،أما خطابات الضمان فتختلف عن ذلك في أن البنك لا يقدم للعميل المال فورا و لا يضعه تحت تصرف العميل ليقتضيه متى شاء،و انما يتعهد البنك فقط فيه بأن يدفع الى شخص يعينه العميل(عادة يكون دائنا حالا أو دائنا احتماليا للعميل)مبلغا معينا أو قابلا للتعيين،يطلب العميل في خطاب الضمان تقديم تأمين نقدي يجعله أهلا للثقة أمام من يتعامل معهم عند طلب هذا الدائن.

و البنك بذلك لا يدفع شيئا عند إصدار هذا الخطاب و لذلك قيل أن البنك وإن كان لا يقرض العميل المال حالا،إلا أنه يقرضه توقيعه و هو اشتراط لمصلحة الغير حيث أن المشترط(العميل)يتعاقد باسمه مع المتعهد(البنك)على إنشاء حق مباشر للمنتفع،و أنه يلزم توافر مصلحة شخصية أو أدبية لدى المشترط.مقابل ضمانات يطلبها البنك من طالبي إصدار خطابات الضمان ليغطي

مركزه عن كل مبلغ يتعهد بدفعه فيما لو اضطر إلى ذلك نفاذا لهذا الخطاب. و قد تكون هذه الضمانات نقودا أو أوراقا مالية أو تجارية.أنظر: محي الدين إسماعيل علم الدين،مرجع سابق،الجزء الأول،ص ص535-584-667.

[1] فائق محمود الشماع، مرجع سابق ، ص 8

[2] نائل عبد الرحمن ، ناجح داوود رباح، مرجع سابق، ص 10.

[3] الأمر رقم(03-11)المتعلق بالنقد و القرض،المؤرخ في 26غشت2003،الجريدة الرسمية،العدد52.

التقنيات المستعملة، كما لا يمكننا إنكار دور العرف في تنظيم عمل البنوك. لكن ما يعاب على العرف المصرفي أنه عرف مهني صنيعة أرباب العمل أنفسهم أي المصرفيين كان من البديهي أن لا يتضمن هذا الأخير لا يتضمن أي تنظيم قانوني دقيق لواجبات الطرفين.

لكن بسبب ازدياد عدد الدعاوى والملفات العالقة بين البنوك والعملاء التي من شأنها أن تنعكس سلبا على الاقتصاد بشكل عام وكما سبق وأن قلنا فإن هذه الأخيرة وهي تقوم بأعمالها يترتب في ذمتها التزامات في مواجهة عملائها، إما بنص عقدي أو بنص قانوني تتولد عنها مسؤوليته عند إخلاله بأي من تلك الالتزامات هنا نكون أمام المسؤولية المدنية، أما إذا اقترف البنك فعلا يعاقب عليه القانون يكون أمام المسؤولية الجزائية باعتبارها تحمل تبعة الجريمة وللالتزام بالخضوع للجزاء الجنائي المقرر لها قانونا، هذا يعني أنها صلاحية الشخص لتحمل العقوبة والتدبير الوقائي ،الذي يقرره القانون حيث يمكن معاقبته للشخص المعنوي جزائيا لاقترافه أفعالا مجرمة رغم كون هذا الأمر لا يزال محل جدل في الفقه والتشريع والقضاء[1]. لكن الفقه الحديث في القانون الجنائي ذهب إلى تقرير مسؤولية البنك كشخص معنوي جزائيا باعتباره حقيقة وليس فرضا أو مجازا، لأن من وجهة النظر القانونية يعتبر ذا قيمة اجتماعية تجعله أهلا لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات هو والأشخاص الممثلين له قانونا، لأن هذا الأخير كان ارتكابه للخطأ تنفيذا لإرادة الشخص المعنوي وأوامره كما أن قواعد الدفاع الاجتماعي تستوجب هذه المساءلة مع مراعاة الطبيعة الخاصة لكل منهما.

أما المشرع الجزائري الذي نص في المادة 142 من التعديل الدستوري لسنة 1996 على مبدأي شرعية العقوبة و شخصيتها فإنها لا يتحملها إلا الشخص الطبيعي متى اكتمل في سلوكه وإرادته أركان الجريمة، واستبعاده لعقاب الشخص المعنوي، لكن مع تزايد هذه الكيانات والتجمعات الافتراضية واتساع دائرة نشاطها وتزايد أخطائها ومخاطرها والبنك يشكل أحد أضخم هذه الكيانات الاقتصادية التي بات من الصعب لعملائها جرها إلى ساحات القضاء نتيجة للأخطاء التي ترتكبها في حقهم.حيث كانت العقوبة تطبق على الأعضاء الممثلين له. أقر

[1] عبد الفتاح سليمان، **المسؤولية المدنية والجنائية في العمل المصرفي في الدول العربية**، مرجع سابق، ص 17.

المشرع المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي بصورة واضحة من خلال تعديل 2004 بموجب الأمر رقم (04-14) الصادر بتاريخ 2004/11/10 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية المعدل بموجب القانون رقم (06-22) المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 وكذا الأمر رقم (04-15) المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 المعدل والمتمم لقانون العقوبات، المعدل بدوره بالقانون رقم (06-23) المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

ونكون أمام المسؤولية التأديبية متى ارتكب موظفوه خطا مهنيا لمخالفة قراراته. إذ يعتبر **الخطأ مهنيا** حسب ما جاء في التنظيم الداخلي للبنوك الجزائرية قانون رقم (90-11) المؤرخ في 1990/04/21 المتعلق بعلاقات العمل، باستثناء الإطارات المسيرة للبنك كما نصت عليه أحكام المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم (90-290) المؤرخ في 1990/09/29 المتعلق بالنظام الخاص لعلاقات العمل المتعلق بمسيري المؤسسات، في نص المادة 66 منه: "الخطأ المهني هو كل إهمال أو مخالفة لقواعد النظافة والأمن وبصفة أهم كل تقصير في الواجبات المهنية أو إخلال بأحكام تشريع العمل أو ارتكاب تصرف معاقب عليه بالقانون الوضعي، في أمكنة العمل ...". تنجر عنه حسب درجة خطورة هذا الأخير عقوبات تأديبية مقررة في هذا القانون تبدأ بدءا من الإنذار الكتابي، التوبيخ، التنزيل في الرتبة، التوقيف المؤقت عن العمل لتنتهي بالفصل النهائي عن العمل ما لم يرتب خطئه هذا مسؤولية جزائية.

لكن المسؤولية محل البحث هي مسؤولية البنك المدنية، لذا سنحاول التطرق إليها بالتفصيل من خلال الفصلين القادمين في الفصل الأول نحاول التعرف على أساسها القانوني وفي الثاني نحاول التطرق إلى شروط قيامها والجزاء المترتب عليها للتعرف على موقع المسؤولية المصرفية من الأحكام العامة للمسؤولية المدنية.

إن تحديد أساس المسؤولية المدنية يقصد به تأصيلها فنيا، ومحاولة ردها إلى نظام من الأنظمة القانونية المعروفة. أو خلق نظام مناسب لها يمكن نسبتها إليه إذا استعصى ردها إلى أي من هذه الأنظمة [1]، وبتعبير تغيرات.أساس المسؤولية يقصد به السبب الذي من أجله يضع القانون عبء تعويض الضرر الحاصل على عاتق شخص معين[2]، إذ تعتبر من أعقد فروع القانون المدني وأكثرها صعوبة،و قد زادت خطورتها في الفترة الأخيرة بدرجة كبيرة نتيجة امتداد العمران والحالة الاقتصادية التي يعاني منها الناس،بالإضافة إلى اتساع دائرة المعاملات بين الأفراد وتنوعها في شتى القطاعات. فان القانون باعتباره المرآة العاكسة لهذه التطورات يتجدد ويغتني تبعا لما يصيب المجتمع من تغيرات.

و نظرا لأن للتأصيل القانوني أهمية بالغة في المسؤولية المدنية حتى يمكن تطبيقه على الحالات المماثلة لأن قواعدها في معظمها مبادئ عامة، تتغير وتتطور طبقا للتغيرات الاجتماعية و الاقتصادية للمجتمع [3]،لذلك كان من أهم سمات التطور القانوني على صعيد المسؤولية،ظهور المسؤولية المهنية كمفهوم متطور للمسؤولية المدنية،حيث كرس هذا المفهوم في فرنسا نتيجة الاجتهاد القضائي،الذي أضفى الكثير من الواقعية على القانون بعيدا عن التجريد[4].

إذ تقوم المسؤولية المدنية إما على أساس الخطأ في جانب المسؤول أو دون خطأ، والمسؤول قد يكون شخصا معنويا كما في حالة البنك كما قد يكون شخصا طبيعيا، والحال نفسه بالنسبة للمضرور الذي هو في حالتنا العميل لذلك سنحاول من خلال هذا المبحث التعرف على الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية البنك المدنية.

---

[1] عادل جبري محمد حبيب،**المفهوم القانوني لرابطة العلاقة السببية وانعكاساتها في توزيع عبء المسؤولية المدنية**،دار الفكر الجامعي،مصر،2003،،ص93.

[2] فاضلي إدريس،**المسؤولية عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، 2006، ص199.

[3] عز الدين الدناصوري،عبد الحميد الشواربي،مرجع سابق،ص4.

[4] لبى عمر مستقاوي،مرجع سابق،ص223.

المبحث الأول:مسؤولية البنك المدنية على أساس الخطأ

يحدد الخطأ في المسؤولية المدنية بالتشريعات المدنية أو القواعد العامة أو الاتفاقات حسب طبيعة الالتزام[1]. ذلك لأن تحديد مفهوم الخطأ في هذا النوع من المسؤولية من أصعب المسائل بسبب تعدد صوره و مظاهره بالإضافة إلى عدم إمكانية حصره في قوانين الجماعة، فهي تتسع لكل فعل ضار بخلاف الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات[2].

ومنه فالخطأ المدني عكس الخطأ الجزائي لا يخضع لمبدأ الشرعية، و من ثم استحال حصر هذه الواجبات التي يترتب على الإخلال بها خطأ و هذه هي المشكلة التي يواجهها الفقه بصدد تعريف الخطأ.ويعرف الخطأ المدني على أنه:

" كل إخلال بواجب قانوني مصدره العقد أو القانون." [3]ومنهم من أضاف أنه إخلال بالتزام قانوني سابق نشأ عن العقد أو القانون "[4] وهناك من عرفه انطلاق من مشروعية الثقة المتوقعة في المعاملات بين الأفراد كما فعل Levy إذ يرى أن الخطأ" إخلال بالثقة المشروعة لأنه من حق الفرد في معاملاته مع الغير ، أن يتوقع منهم سلوكا عاديا و مجردا من الغش و سوء النية."[5]

ومنهم أيضا من يرى أن الخطأ إخلال بواجب قانوني سواء كان التزاما بمعناه الدقيق مسؤولية عقدية أم كان واجبا قانونيا عاما تترتب عليه المسؤولية التقصيرية عن الإخلال[6]به"

والبنوك وهي تقوم بالعمليات المصرفية المختلفة التي يسخر لها موارد بشرية تتمثل في الموظفين وأخرى مادية تتمثل في الأجهزة التي تباشر من خلالها هذه العمليات، يترتب عليها في مواجهة عملائها إما بنص عقدي أو بنص قانوني التزامات على عاتقها بحسن أدائها لهذه

---

[1] مصطفى ابراهيم الزلمي،مرجع سابق،ص12.
[2] محمد صبري السعدي،مرجع سابق،الجزء الأول،ص9.
[3] مصطفى ابراهيم الزلمي،نفس المرجع السابق ،ص12.
[4] علي فيلالي، **الالتزامات المستحق للتعويض**، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص45.
[5] علي فيلالي،نفس المرجع السابق ،ص47.
[6] حسن حنتوش الحسناوي،**التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية**ار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن1999 ،ص10.

الأخيرة في أكمل وجه،لكن قد تثور مسؤوليته عند إخلاله بأحد هذه الالتزامات[1]، لذلك سنحاول التعرف على طبيعة الخطأ الذي تقوم به مسؤوليتها اتجاه عملائها.

المطلب الأول:المسؤولية على أساس الخطأ العقدي

إن مفهوم الخطأ العقدي بالنسبة للمدين(البنك) و الذي حددته نص المادة 176 من القانون المدني الجزائري: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه،و يكون كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه " [2]،إذن هذه المادة بينت أن الخطأ العقدي هو إما عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه.كما يضاف إليه أيضا سوء تنفيذه للالتزام[3]لكن حقل الأخطاء البنكية واسع جدا ، يختلف عن المفهوم العادي للخطأ العقدي بالنسبة إلى البنك كمدين أيضا [4]،بالرغم من كون العقود المصرفية عقودا ملزمة للجانبين[5].ذلك لكون العميل هنا يتعامل مع مدين من نوع خاص فهو كالطبيب و صاحب الفندق يعتبر مدينا محترفا [6]، لأن هذا الأمر يتحكم في مدى الوفاء بالتزاماته العقدية، وبالمقابل مدى اعتباره مخطئا أم لا.لذلك لا بد أن نتعرف على حدود خطأ البنك العقدي كمدين محترف و كذا معيار تقديره.

الفرع الأول: حدود خطأ البنك العقدي كمدين محترف

نقول عن مدين أنه مدينا محترفا إذا كان في نشاطه المعتاد يبرم عقودا معينة و ينفذها.فاحترافه يكون فيما يتعلق بالتزاماته المهنية مع ضرورة توافر المعرفة الفنية الجيدة بما تقتضيه مهنته،و مراعاة ظروف خارجية تؤثر في حدود التزامه العقدي ذلك لأن

[1] عز الدين الدناصوري،عبد الحميد الشواربي،مرجع سابق،ص1685.
[2] الأمر رقم(75-58)، المتضمن القانون المدني، المؤرخ في 1975/09/26،الجريدة الرسمية، العدد44 .
[3] Antoine Vialar ,droit civil algérien,2em édition,office des publications universitaires,Algérie, P14
[4] www.contrexpert.com: La responsabilité des fautes bancaires 24/02/2007.
[5] محفوظ لعشب،**الوجيز في القانون المصرفي**،مرجع سابق،ص116.
[6] أحمد شوقي محمد عبد الرحمن،**الدراسات البحثية في المسؤولية المدنية**،مرجع سابق،ص131.

مدى ارتفاع المستوى الفني لهذا الأخير يلعب دورا كبيرا في تحديد التزاماته سواء بالنظر إلى ثقة المتعاقدين معه أو الدقة في تقديم الخدمات[1].

وكما سبق القول أن البنك يستأثر بممارسة الأعمال المصرفية بموجب احتكار قانوني خوله إياه المشرع لا شك أنه ينتمي إلى طائفة المدينين المحترفين، لأن صفة الاحتراف تبدو جلية في أن البنك يعمل وفق تنظيم مسبق للعمل.يمتلك الأدوات والأجهزة والموظفين المختصين لأداء النشاط المصرفي يستخدمهم قصد تحقيق هدفه الأساسي وهو تحقيق الربح، بل أكثر من ذلك أنه يسعى إلى تعظيم رأس ماله.وبصفة مستمرة ومتكررة، فنادرا ما تتم مباشرة عمل مصرفي لمرة واحدة في البنوك، وهذا راجع إلى وجود مشروع منظم يمتلك وسائل مادية و بشرية لذلك يجب عليه إتباع الأصول الفنية السليمة في مهنته [2].و البنك تاجرا يحترف عمليات المضاربة على النقود و قبول الودائع و عمليات الائتمان التجاري بهدف تحقيق الربح [3]،لأن الأموال التي يقرضها البنك هي أموال المودعين–أي ديون الناس بذمته–و هو عند تقديم هذه الأموال للآخرين يكون قد تاجر بما لا يملكه أي تاجر بما هو مدين به وهكذا فان البنك يتاجر بالديون[4]، فهو إذن تاجر نقد ودين.

لذلك سنحاول التعرف على حدود هذه الواجبات لكي يقوم خطأ البنك كمدين محترف اتجاه عميله.

انه بمجرد تعاقد المحترف (لبنك) تترتب في ذمته مجموعة من الالتزامات تفرض عليه أو تضاف إلى الواجبات العامة في حالة عدم الاحتراف، لكن أهم ما يميزها أنها لا تذكر في العقد.

بينما تنتج بمجرد إبرامه تسمى بالشروط الخاصة التي يسأل على أساسها، وهي في نفس الوقت وسائل حماية للعميل.إما لما يفرضه مبدأ حسن النية في التعاقد أو لما يقتضيه نطاق العقد من حيث موضوعه،و بذلك تقوم مسؤولية المدين المحترف العقدية(البنك) متى أخل

[1] أحمد شوقي عبد الرحمن،**المسؤولية العقدية للمدين المحترف**،منشأة المعارف،مصر،2007، ص3.

[2] محمد شريف غانم**مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الالكتروني**، دار نشر، مصر2006، ص ص43–44.

[3] عزيز العكيلي،مرجع سابق،ص 295.

[4] شاكر القزويني،مرجع سابق،ص24.

بالواجبات الخاصة بالصرامة و الاستقامة المفروضة عليه كنتيجة حتمية لمركزه وهي الواجبات الثلاثة التالية [1]:

1-واجبات تفرض حسن النية في التعامل و هو واجب وضعه القضاء الفرنسي منذ زمن يتحمله طرفي العلاقة العقدية:

-واجب تنفيذ العقد *Obligation d' executer le contrat*

-واجب تسهيل تنفيذه *Obligation de facilities l' execution du contrat*

-واجب الإعلام والاستعلام والاستشارة *Obligation de renseignement, d'information et de conseil*

هذا الواجب له ثقله بالنسبة له خاصة في الحالات الضرورية، فهو واجب يقوم حتى في غياب النص عليه في القانون ولكن بصورة عامة لا بد أن تكون مهمة للعميل وصحيحة وملائمة وموافقة للحالة.فهي واجب إضافي في ذمة المحترف ذو طبيعة عقدية أين يكون خرقه أو التحفظ عليه يولد مسؤوليته العقدية.

- واجب المواظبة و المثابرة *obligation de persévérance* في أداء مهامه حيث أن المحترف يدعى كذلك بسبب كفاءته التي تجعله قادرا على تحمل المخاطر المترتبة على مهنته من أجل تنفيذ التزاماته.

- واجب *الأمانة obligation de fidélité*

- واجب احترام مصلحة *العميل obligation de respecter les interest du client*

2-واجبات *الفعالية obligation de d' efficacité* سواء كانت فعالية فنية أو تقنية

3-واجب توفير الأمان *obligation de sécurité* باعتباره واجب تبعي لواجب الفعالية يفرضه عنصر عدم تساوي المراكز القانونية الموجود في حالة التعاقد مع المدين المحترف.

ولذلك يعرف الخطأ العقدي للبنك في عدم تنفيذه بالواجبات الخاصة بالصرامة والاستقامة التي يفرضها العقد المبرم بينه وبين عميله، ويستوي في ذلك أن يكون هذا

[1] Phlipp Le Tourneau **,La Responsabilité Civile Professionnelle**,Economica, Paris,1995, PP57-65

الخطأ ناشئ عن عمد أو إهمال أو عن فعل دون عمد أو إهمال[1].فالعقد بما يرتبه من علاقات بين طرفيه،يولد فرصا لوقوع أضرار لا مجال لوقوعها بين اثنين كل منهما أجنبي على الآخر أ ين يكون الدائن(العميل) قد عرض نفسه إلى حد ما لأخطاء المدين(البنك) الذي اختاره للتعامل معه.وعليه أن يتحمل بعض نتائج سوء اختياره[2].لكن عميل البنك هنا لم يضع في اعتباره فكرة سوء اختيار مدينه(البنك) بل أن الحجم الاقتصادي والمركز القانوني لهذا الأخير– وبأنه يتعامل مع مدين محترف لما ينتظره من الدقة في تنفيذ التزاماته–يجعل نسبة توقع الخطأ في جانبه ضعيفة جدا.

ولذا فعلى البنك بالمقابل تدعيم الثقة التي وضعها عميله فيه أثناء تنفيذه لالتزاماته المتقابلة، فالواجب يكبر في إطار العلاقات القانونية كلما تمتع فيها أحد الأطراف بموقع متميز اتجاه الطرف الآخر[3].

إن كل هذه الاعتبارات تفرض عدم الاعتداد بدرجة محددة في الخطأ لاعتبار البنك مخطئا، لذلك يستوي فيه أن يكون الخطأ ناتجا عن عمد أو إهمال[4].لأن الخطأ إخلال بواجب قانوني

وما التفاوت والتدرج فيه مقصور فقط في مضمون الواجبات القانونية لا في الخطأ، فهذا الأخير إنما يتحقق بأي إخلال لتلك الواجبات[5].

و مثال على هذه الالتزامات، التزامات المصرف المصدر اتجاه العميل الآمر، في عقد فتح الاعتماد المستندي[6]:

1–الالتزام بالإعلام يتعين على المصارف إعلام العميل الآمر بمتطلبات فتح الاعتماد؛ إذ لا بد أن تكون التزاماته واضحة ومحددة ولا يمكن الوصول إلى هذه الغاية إلا إذا كانت

---

[1] سليمان عبد الفتاح،**المسؤولية المدنية و الجنائية في العمل المصرفي في الدول العربية**،مرجع سابق،ص48.

[2] عادل جبري محمد حبيب،مرجع سابق،ص99.

[3] لبنى عمر مستقاوي،مرجع سابق،ص248.

[4] عبد الفتاح سليمان، **المسؤولية المدنية و الجنائية في العمل المصرفي في الدول العربية** ،مرجع سابق،ص48.

[5] سليمان مرقص، **الوافي في شرح القانون المدني–لفعل الضار و المسؤولية المدنية–قسم المسؤوليات المفترضة**،دار الكتاب الحديث ،ص263.

[6] أكرم ابراهيم حمدان الزعبي،مرجع سابق،ص ص37–50–51–54

تعليمات فتح الاعتماد مكتملة و دقيقة تجنبا للبس وسوء الفهم؛ إذ جاء في النشرة 500 في المادة 5/أعلى أنه: "...ينبغي على المصارف أن لا تشجع أي محاولة لتضمين الاعتماد تفاصيل مبالغ فيها..."

2-الالتزام بحسن التقدير إن للبنك الحرية في قبول فتح الاعتماد من عدمه،استنادا إلى مدى جدارة العميل الآمر واستحقاقه لثقة المصرف الذي وجد أصلا لدعم التجارة والقائمين عليها.

3-الالتزام بالاستعلام أي تحلي المصرف الدقة في وضوح عبارات الأمر الموجه إليه وأي غموض فيه يفسر استنادا إلى النية المشتركة للمصرف والعميل الآمر مع الاستهداء إلى طبيعة التعامل وبما ينبغي توافره من أمانة وثقة بينهما وفقا للعرف الجاري في المعاملات، وقواعد حسن النية المقررة في القوانين والاتفاقيات الدولية.

4-الالتزام بالتنفيذ الحرفي،لأن البنك في الاعتماد المستندي يشبه بأنه آلة منفذة لشروط فتح الاعتماد.

الفرع الثاني:معيار تقدير خطأ البنك العقدي

المقصود به هو تقدير سلوك أو تصرف البنك الذي يقدره العرف المصرفي والاجتهاد القضائي في حالة عدم وجود نص تشريعي يقضي بذلك،بوصفهما من مصادر القانون المصرفي،أي تحديد درجة الخطأ من قبل هذا الأخير [1]، ومقارنته بتصرف غيره من البنوك لأن سلوكه كمدين محترف لا يكون بالضرورة نفسه بالنسبة لطائفته ،اذ يجب أن يوضع في الاعتبار الظروف التالية[2]:

1-ظروف متعلقة بدرجة تخصص المدين في المهنة.

2-ظروف خاصة بطبيعة الاحتراف المهني للمدين.

3-ظروف متعلقة بأهمية المصلحة الخاصة المحافظ عليها.

3-ظروف متعلقة بالعادات.

[1] لبنى عمر مستقاوي،مرجع سابق، ص256.

[2] أحمد شوقي محمد عبد الرحمن،**المسؤولية العقدية للمدين المحترف**،منشأة المعارف، مصر،2003،ص5.

لكن هذا السلوك لا يمكن تقديره إلا بالنظر إلى طبيعة الالتزامات التي رتبها في ذمته[1]. وبعبارة أخرى على أساس مدى اتصال آدائه بالغاية التي يهدف الدائن إلى تحقيقها[2]، وهما الالتزام بتحقيق نتيجة و الالتزام ببذل عناية.

أولا- الالتزام بتحقيق نتيجة

هو" الالتزام الذي لا يتم تنفيذه إلا إذا تحققت الغاية المقصودة؛ إذ يتحدد فيه مضمون الأداء بالهدف الذي يرمي الدائن إلى تحقيقه"[3] .قد تكون هذه النتيجة القيام بعمل كالتزام البنك بتمويل أحد مشروعات العميل، أو امتناع عن عمل كالتزام أحد كفلاء مديني البنك بعدم شطب الرهن المقيد على عقار مملوك للمدين إلا بعد سداد كامل مديونية البنك[4].

وفي هذا النوع من الالتزام يعتبر البنك مخطئا إذا لم تتحقق النتيجة التي يرمي عميله إلى تحقيقها من جراء تعاقده معه[5]،دون حاجة لإثبات هذا الخطأ أو تقديره من قبل العميل الذي يكفيه إثبات عدم تنفيذ العقد ليقوم الخطأ المصر في [6] .ودون حاجة لإثبات إهمال أو عدم بذله العناية اللازمة [7]. وباعتبار محل الالتزام هو الالتزام بعمل أو الالتزام بالامتناع أو الالتزام بإعطاء؛ فان الالتزام بالامتناع عن قيام بعمل أو الالتزام بالإعطاء تعتبر جميعا التزامات بتحقيق نتيجة [8].

---

[1] لبنى عمر مستقاوي، مرجع سابق،ص260.

[2] محمد صبري السعدي،مرجع سابق،الجزء الأول،ص20.

[3] العربي بلحاج ، **النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري-التصرف القانوني والإرادة المنفردة** ،الجزء الأول،الطبعة الثالثة،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،2004،ص 24.

[4] سليمان عبد الفتاح ، **المسؤولية المدنية و الجنائية في العمل المصرفي في الدول العربية**، مرجع سابق،ص48

[5] www.banque –info.com/Q-R/part-respon-bancaire-php/12/02/2008, la responsabilité bancaire.

[6] لبني عمر مستقاوي، نفس المرجع السابق ، ص 260

[7] محمد صبري السعدي،نفس المرجع السابق،الجزء الأول،ص 21 .

[8] محمد صبري السعدي، نفس المرجع السابق الجزء الأول،ص18.

*ومن أهم تطبيقاتها مسؤولية البنك عن إفشاء أسرار مهنته، إذ أنه يقع على عائق البنك عدم الإفشاء بأسرار عملائه المعهودة إليه لأن ذلك يعرضه للجزاءات المدنية والجنائية [1]لأن له خصوصية تميزه خلافا لباقي الأسرار المهنية الأخرى لمساسها بالمركز الاقتصادي للعميل [2]. وهو أمر يخل بالثقة العامة الواجب توفرها في ممارسة المهنة المصرفية ،إذ متى نشأ عقدا صحيحا بين البنك والعميل فانه يترتب قي ذمة البنك التزاما ضمنيا بموجب هذا العقد بأن لا يفشي أسرار هذا العميل، ومتى حدث ذلك فعلى هذا الأخير إثبات حصول الإخلال به [3]. كأن يدلي البنك إلى الشخص غير صاحب الحساب برصيد هذا الحساب ولو كان يحمل شيكا، ويتقدم إلى البنك لصرفه قيمته، لأن الالتزام المترتب في ذمته هو عدم قيامه بأخبار أحد بمقدار مديونية العميل وأسماء من يعطيهم شيكات على حسابه [4]. حيث قضت المحاكم الانجليزية في حكم لها في أفريل 1952 في قضية tournier v.National proviticial and union bank of englandحيث كان حساب عميله مدينا بمبلغ معين، و كان الاتفاق بينهم على التسديد على أقساط لكن العميل لم يفي بالتزامه. مما أجبر البنك المدعي عليه بالاتصال بمقر عميله والكشف عن رصيد عميله و بأنه يراهن بكثرة، وما كان نتاج ذلك إلا أن فصل المدعي عليه من عمله .فأقام دعوى يطالب فيها البنك بالتعويض عن التشهير به وإخلاله –إفشائه بالسر المصرفي–

[1] محمد عبد الودود أبو عمر،مرجع سابق، ص59.
[2] Christian Gavalda et Jean Stoufflet, droit bancaire,2eme édition, litec-groupe lexis nexis,p84.
[3] محي الدين اسماعيل علم الدين ،مرجع سابق،ص136 .
[4] محي الدين اسماعيل علم الدين،نفس المرجع السابق ،ص138.

فقضت له محكمة الدرجة الثانية أن الالتزام بالسر المصرفي يشمل ما إذا كان الحساب ذا رصيد دائن أو مدين، و مقدار هذا الرصيد ويمتد الالتزام إلى كل المعاملات التي تدرج في الحساب و إلى الضمانات المعطاة بخصوص هذا الحساب[1].

*ومن تطبيقاتها أيضا حالة تأجير الخزائن الحديدية[2].

ثانيا-الإخلال بالالتزام ببذل عناية

ويقتصر هذا النوع من الالتزامات على الالتزامات التي يكون محلها القيام بعمل [3]، ذلك ما نصت عليه المادة 172من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى: "في الالتزامات بعمل إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء بإدارته، أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيطة والحذر في تنفيذ التزامه فان المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي و لو لم يتحقق الغرض المقصود هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك. "

إذن نستشف من نص هذه المادة أن مضمونه طلب المدين(البنك) بذل جهد معين سواء تحقق الهدف المنشود أو لم يتحقق؛ إذ يكفي أن يقوم المدين(البنك) ببذل العناية اللازمة سواء تحققت النتيجة أو لم تتحقق[4]لأن تحقيقها خارج عن إرادته.

[1] محمد عبد الودود أبو عمر،مرجع سابق،ص ص 31-32.

[2] www.banque –info.com/Q-R/part-respon-bancaire-php/12/02/2008, la responsabilité bancaire.

[3] العربي بلحاج،مرجع سابق،ص24.

[4] العربي بلحاج،نفس المرجع السابق ، الجزء الأول،ص24.

و بذلك يقوم خطأ البنك في هذا النوع من الالتزام بإهماله في قيامه بعمله لما يتوافق مع الأعراف المصرفية [1]باعتباره إخلال بواجب قانوني سابق مقترن بإدراكه لهذا الإخلال دون قصد الإضرار بالعميل.إذ يقتضي على القاضي تعيين مدى الواجب القانوني الذي كان يقع على عاتق البنك في الظروف التي ارتكب فيها الفعل الضار [2].و لقد ألزم المشرع الجزائري المدين(البنك) باتخاذ الحيطة و الحذر في تنفيذه الالتزام و لو لم تتحقق النتيجة المرجوة من التزامه لكنه لم يحدد مقدار واجب الحرص و العناية المفروض على البنك ،

و لذا حاول الفقه اللجوء إلى المعيار الموضوعي المتمثل في مدى اتخاذ الاحتياطات اللازمة، آخذا في تحديده مدى اتخاذ البنك لتلك الاحتياطات مجموعة من الاعتبارات كدرجة الخطر،و جسامة الضرر و القيمة الاجتماعية لنشاط البنك و مدى ما تكبده من احتياطات لدفع الخطر.[3]

ويكون الخطأ على الإهمال يسيرا و قد يكون جسيما إذا لم يبذل البنك العناية المطلوبة بشأن عميله بصورة لا تصدر إلا من أقل البنوك حرصا و أشدهم فوضى في شؤونه الخاصة[4].

فجسامة الخطأ تقدر بالنظر إلى طبيعة العقد المصرفي، و من تكرار حدوث الخطأ من جانب البنك.و أيضا بالنظر إلى الإمكانيات التي يتمتع بها من كفاءة عالية و الخبرة الطويلة والتخصص الوظيفي، يفرضان عليه أن يكون متبصرا بمدى احتمال حدوث الضرر؛ وإن كان يجد ضالته في هذا النوع من الالتزام، لما له من دور في تخليصه من المسؤولية أو التخفيف منها[5].

---

[1] www.banque –info.com/Q-R/part-respon-bancaire-php/12/02/2008, la responsabilité bancaire.

[2] سليمان مرقص، مرجع سابق،ص263.

[3] عبد الفتاح سليمان، **المسؤولية المدنية و الجنائية في العمل المصرفي في الدول العربية**، مرجع سابق،54.

[4] عبد الفتاح سليمان ، **المسؤولية المدنية والجنائية في العمل المصرفي في الدول العربية**، نفس المرجع السابق ،ص51.

[5] محمد شريف غانم،مرجع سابق،ص51.

كما نستنتج أيضا أن الخطأ في هذا الالتزام يقوم متى انحرف المدين في تنفيذ التزامه عن العناية التي يبذلها الرجل المعتاد وبالتالي يقدر تصرف المدين وفقا للنموذج التقليدي وهو النموذج الموضوعي إذ يقارن تصرفه بتصرف الأب الصالح*un bon père de famille*. ولكن مع تطور أحكام المسؤولية المهنية تطور مفهوم هذا النموذج المجرد بحيث حل محله مفهوم الممتهن الصالح *un bon professionnel* أو المدين المحترف، الذي يمارس نشاطه بتبصر ضمن إطار الوسائل التي يمتلكها أو التي يفترض به امتلاكها. وبذلك يكون تقدير تصرف البنك في إخلاله بهذا الالتزام وفقا لهذا المعيار، ذلكن البنك باعتباره مدين محترف يجـــب عليه تنفيذ واجباتـــه بما يتناسب مع موقعه الاقتصادي وتخصصه[1].

ويكون مقدار العناية هنا هو نفسه المقدار الذي يبذله بنك مماثل، إلا أن هذا القدر من العناية قد يزيد أو ينقص تبعا لما نص عليه العقد أو القانون أو لما يقضي به العرف [2].هذا ما يؤكده نص المادة172السابق ذكرها:"...ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك"، وبالتالي نستنتج من خلال عبارات هذه المادة أن هذا المعيار غير ثابت إذ قد ينص القانون على معيار آخر يراه مناسبا حسب الحالة.

أما عبارة "...الاتفاق..." فانه باعتبار المسؤولية العقدية مصدرها إرادة الأطراف هي التي تنشئه في ذاته وتحدد آثاره أيضا كقاعدة عامة– وما تدخل المشرع إلا لتحقيق الغاية التي

[1] لبنى عمر مستقاوي،مرجع سابق،ص ص259–260.

[2] عبد الفتاح سليمان، **المسؤولية المدنية و الجنائية في العمل المصرفي في الدول العربية**، مرجع سابق ،ص49.

قصدتها تلك الإرادة المشتركة- إعمالا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين [1]، فالبنك وعميله يستطيعان إدراج شروط تنظم العلاقة بينهما بشكل يوسع أو يضيق أو يغير طبيعة التزامهما. لكن هذه الشروط تخضع للتطبيقات العملية والاستعمالات المهنية باعتبارها جزء لا يتجزأ من العمل المصرفي [2]، و بذلك قد يستبعدان المعيار الموضوعي و يحل محله معيار آخر يقاس به انحراف المدين في تنفيذ التزامه. إذ قد يتفقان على أن يبذل البنك في تنفيذ التزامه نفس العناية التي يبذلها عادة في شؤونه الخاصة حتى وإن كانت أقل أو أعلى من مستوى الرجل المعتاد-الأب الصالح- فيتحول من معيار موضوعي إلى معيار ذاتي[3].

إذن نستنتج أن تقدير سلوك البنك المخطئ يكون محله فقط الالتزام ببذل عناية،و لكن بالرغم من ذلك فانه بالنظر إلى واجب الفعالية في أداء النشاط المفروض عليه كمدين محترف يجعل عميله ينتظر منه تحقيق نتيجة حتى في الالتزام ببذل عناية [4].لكن البنوك تسعى جاهدة إلى تفادي المخاطبة الكتابية مع عملائها قدر الإمكان حتى لا تشكل دليلا ماديا ضدها، حيث يتجلى هذا الحذر في عدم تسجيل الدقة المطلوبة في العقد مع محاولتها إدراج شرط عدم تحمل المسؤولية في شروط العقد [5].لذلك تجد البنوك ظالتها في جعل طبيعة التزامها التزاما ببذل عناية ومن أمثلة هذه الشروط [6]:

---

[1] محمد صبري السعدي،مرجع سابق،الجزء الأول،ص43.

[2] محمد شريف غانم ،مرجع سابق،ص49.

[3] أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، **الدراسات السابقة في المسؤولية المدنية**،مرجع سابق،ص57.

[4] Philippe le Tourneau,Op.,Cit, P63.

[5] محفوظ لعشب،**الوجيز في شرح القانون المصرفي الجزائري**،مرجع سابق،ص111.

[6] محمد شريف غانم، نفس المرجع السابق ،ص49

1."لا يلتزم البنك سوى ببذل العناية المطلوبة في تنفيذ الأوامر التي يتلقاها من العميل بمقتضى هذا العقد.."

2."يبذل البنك العناية المطلوبة لتنفيذ الأوامر الصادرة من العملاء في أفضل مدة ممكنة.. "

3."أن البنك سوف يتخذ كل الإجراءات التي في استطاعته لكي يحد من النتائج الضارة التي قد تترتب على وقوع أخطاء في نظامه الالكتروني".

ومن أهم التزامات البنك ببذل عناية ، واجب تقديم الاستشارة للعميل [1] ،سواء تعلق الأمر بالعملية المصرفية التي هو مقدم عليها أو بغيرها كما في حالة إجراء دراسات سابقة حول مشاريع العميل [2]؛ إذ على البنك كمدين محترف أخذ المبادرة بالإعلام والاستعلام متحليا الدقة في ذلك.

*ومن تطبيقات التزام البنك ببذل عناية، تقديم الائتمان، هذا الالتزام فرضته طبيعة هذه العملية المصرفية بسبب ما يحيط بها من مخاطر خارجة عن إرادته تتمثل في [3]:

1-الخطر اللصيق بعنصر المال نفسه[4].

2-العنصر الاحتمالي المرتبط بالزمن، ومدى ما يستجد من أمور سواء على الصعيد الاقتصادي بشكل عام أو بوضع العميل، ومدى إمكانيته الوفاء بالتزاماته اتجاه البنك.

---

[1] Philippe le Tourneau,OP.cit, p58

[2] www.banque –info.com/Q-R/part-respon-bancaire-php/12/02/2008, la responsabilité bancaire.

[3] لبنى عمر مستقاوي،مرجع سابق،ص158.

[4] أنظر نظام رقم(91-09)المؤرخ في 14غشت1991، يحدد قواعد الحذر في تسيير المصارف والمؤسسات المالية،الجريدة الرسمية،العدد24 المؤرخ في 92/03/25 المعدل والمتمم بالنظام رقم(95-04) المؤرخ في 20أفريل1995، الجريدة الرسمية،العدد39،المؤرخ في95/07/23.

*التزام البنك بتحصيل الأوراق التجارية لحساب عميله.[1]

المطلب الثاني:المسؤولية على أساس الخطأ المفترض

الافتراض " وسيلة عقلية لازمة لتطوير القانون، تقوم على أساس افتراض أمر مخالف للواقع، يترتب عليه تغيير حكم القانون دون تغيير نصه" [2].جاء لمعالجة القصور الموجود في القاعدة القانونية بسبب عدم مسايرتها للتطور السريع للعلاقات الإنسانية، لأن الحوادث غير متناهية أماهية فمتناهية.فظهرت بذلك الحاجة إلى ما يسمى بالاقتصاد القانوني،الذي يمدنا بالوسائل التي نستطيع بمقتضاها استنباط أحكام قانونية لحكم العلاقات الاجتماعية المتجددة و المتعددة.من خلال القواعد و المبادئ القانونية المحدودة بتزويدنا بالوسائل التي نستطيع استعمالها لتطوير القانون سواء كانت بسيطة، كما في حالة تطبيق قاعدة قانونية على حالات لم توضع أصلا من أجلها قاعدة قانونية، فانه تقاس عليها و تتحد معها في علة الحكم و هو ما يسمى بالقياس.وأخرى مصطنعة إذا كان القصد منها الوصول إلى غرض مخالف للغرض الذي وضعت من أجله القاعدة القانونية.أو إذا اعتمدت على وقائع كاذبة باعتبارها صحيحة لكي ينطبق القانون على حالة لم يكن ينطبق عليها من قبل و هذه الوسائل كلها تعتمد إلى تعديل القانون لجعله ملائما لتطورات المجتمع دون تعديل في نصوصه، وهي ما نعرفها باسم الافتراض القانوني[3].

و بذلك يعرف الخطأ المفترض:" باعتباره طريق التمسه الفقه الفرنسي بافتراض الخطأ في جانب المسؤول، بسبب صعوبة إثبات المضرور للخطأ في جانب هذا الأخير"[4].

فهو لا يعتبر في الأصل خطأ لأن فرض القانون الخطأ على ش، جامدادون السماح له بنفيه ينشأ التزاما على هذا الأخير، وبذلك لا يخلق الخطأ المزعوم الالتزام وإنما القانون هو الذي ينشئه، وبذلك فان الخطأ المفترض ما هو إلا إجراء صوري استخدم لتوضيح الالتزام

---

[1] عبد الفتاح سليمان، **المسؤولية المدنية و الجنائية في العمل المصرفي في الدول العربية** ،مرجع سابق،ص49.

[2] السيد عبد الحميد فودة**الافتراض القانوني بين النظرية والتطبيق**دار الفكر الجامعي،الطبعة الأولى،مصر2003،ص15.

[3] السيد عبد الحميد فودة،نفس المرجع السابق،ص ص32-33.

[4] عبد الرزاق السنهوري**الوسيط في شرح القانون المدني-نظرية الالتزام بوجه عام**جلد الثاني، الجزء الأول، ط2، 1222.

التقصيري الذي فرض على الشخص فرضا غير قابلا لإثبات العكس. لكن قد يحدث وأن يرتكب خطأ في حق العميل ولذا وضع القانون قرينتين،الأولى هي المسؤولية عن الأشياء و أخرى المسؤولية عن عمل الغير [1]. ويسأل البنك عن الأخطاء التي تترتب من جراء الأدوات والأجهزة التي سخرها لأداء عمله كما يسأل على الأخطاء التي يرتكبها موظفوه على أساس الخطأ المفترض.

الفرع الأول:مسؤولية البنك عن الأشياء غير الحية

إن المسؤولية عن الأشياء غير الحية أصبحت اليوم مستقلة تماما عن المسؤولية عن الأفعال الشخصية، لا تقوم على فكرة الخطأ،بل تفترض بمجرد إحداث شيء غير حي ضررا للغير [2] ويعتبر من الأشياء: " كل منقولا أو عقار كبيرا أو صغيرا، جامدا أو سائلا " [3].ودراستنا حول الأشياء التي يستعملها البنك تقتصر على المنقولات التي يستعين بها لأداء نشاطه، خاصة في ظل التطورات الحديثة التي أدخلت العديد من الوسائل التقنية على صعيد العمل المصرفي. فالبنك مسئولا عن الأضرار التي تسببها هذه الأخيرة، ولا يمكنه التنصل من المسؤولية الناجمة عن أخطائها لأنه بالنظر إلى نتائجها أو تكرار حدوثها تكون غالبا وخيمة. ومن أمثلتها[4]:

-خطأ في كشف حساب العميل.

-تحويل نقدي يجريه في وقت غير مناسب.

-تسجيل خطأ في حسابه أثناء سحب النقود من الصراف الآلي.

-إضافة شيك في حسابه بملغ يقل أو يزيد عن المبلغ الحقيقي

---

[1] عز الدين الدناصوري،عبد الحميد الشواربي،مرجع سابق،ص278.

[2] علي علي سليمان، **دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية،الطبعة الثانية،الجزائر،1989،ص100.

[3] محمد صبري السعدي،**شرح القانون المدني الجزائري**،دار الهدى للطباعة والنشر، الجزء الثاني، ط18، ص218.

[4] محمد شريف غانم، مرجع سابق، ص4.

لأجل ذلك أبدى المشرع الجزائري اهتمامه الكبير بهذا الأمر، بأن لا تحصل البنوك على الترخيص إلا بعد تحديد التقنية والآلية التي ستستخدمها في نشاطها كما جاء في نص المادة91من الأمر المتعلق بالنقد و القرض: "من أجل الحصول على الترخيص...،يقدم الملتمسون برنامج النشاط و الإمكانات المالية و التقنية التي يعتزمون استخدامها... "[1].

و باعتباره مدين محترف فانه يستعمل الأدوات والأجهزة بحسب تخصصه المهني، و أهمها الكمبيوتر و الصراف الآلي وان كان يتحكم فيه الكمبيوتر *، اللذان يختزلان المدة بين إصدار الأمر و تنفيذه و ما لقدرته الهائلة على تخزين واسترجاع المعلومات [2].و ما لأهميتها الفائقة و الدور الذي تلعبه في الربط الشبكي بين مختلف البنوك، بالاضافة إلى استعماله الخزائن الحديدية و أشياء أخرى.

وما يثير الإشكال هو الأدوات والأجهزة التي يستخدمها البنك والتي من أهمها الكومبيوتر، في تحديد الأساس الذي تقوم به المسؤولية التي تقع على عاتق البنك.؛ إذ لابد من معرفة هل بالنظر إلى الطبيعة الخاصة للعقد المصرفي تدخل في نطاقه أم بعيدة عنه؟

انقسم الفقه و القضاء إلى رأيين فيما يتعلق بتحديد أساس هذه المسؤولية فمنهم من اعتبرها ليست مستقلة على العقد المصرفي و منهم من اعتبرها مستقلة تماما عليه.

أولا-عدم استقلالية أدوات و أجهزة البنك عن العقد المصرفي

يرى الفقه و أحكام القضاء فرنسي أنه يوجد أساسين لإقامة المسؤولية العقــدية للبنك من جراء أخطاء أجهزته،وهما [3]:

1-مسؤوليته العقدية عن فعل الأشياء.

2-مسؤوليته عن الإخلال بالالتزام بضمان السلامة.

---

[1] الأمر رقم (03-11)المتعلق بالنقد و القرض المؤرخ في 26غشت2003،الجريدة الرسمية العدد 52.

* دور الكمبيوتر:

-اسهامه في خلق وسائل جديدة للتعامل في النقود والكروت البنكية على اختلاف أنواعها.

-انجاز عمليات السحب وإيداع النقود بأسرع وقت.

-اسهامه في اختفاء الدعامات الورقية أو على الأقل التقليل منها وإحلال الدعامات الالكترونية بدلا منها.

-عمليات التحويل الالكتروني

[2] محفوظ لعشب،**الوجيز في القانون المصرفي**،مرجع سابق،ص94.

[3] محمد شريف غانم،مرجع سابق ،ص21.

1-مسؤولية البنك العقدية عن فعل الأشياء الغير حية

إن طبيعة العقد المصرفي الذي يحوي في طياته التقنية المستعملة،باعتباره عقد ذو طبيعة خاصة و بالنظر إلى احترافية البنك للأعمال المصرفية،كان من الطبيعي أن تكون هذه الأشياء مرتبطة بفنه المصرفي إن لم نقل أنها امتداد طبيع ي للنشاط المصرفي.و أهم هذه الآلات هو الكمبيوتر،الذي يتحكم في نظامه المعلوماتي، باعتباره أداة من أدواته، لكن ما يميزه هو الدور الإيجابي الذي يتمتع به، إذ يتقبل معلومات و يتعامل معها ويعيد تشكيلها ويوجد نتائج جديدة حتى ولو لم يلمسه موظف البنك.فكما جاء في حكم المحكمة الفرنسية*Amines* الصادر في ماي 1978 ، التي رفضت فكرة استقلالية الكمبيوتر عن البنك،فهو جزء منه يترجم إرادة البنك،وكان مضمونه أن البنك احتج بأنه لم يخصم قيمة الكمبيالة في الميعاد المحدد نتيجة أن جهاز الكمبيوتر قد قام بشكل تلقائي بإلغاء القيد العكسي.[1]

وما يثير الخوف أيضا هو البرمجيات باعتباره الأساس المعول عليه في نشاطه،ذلك لأن الأجهزة تخضع للأحكام القانونية العامة.فنوع هذه البرمجيات يقتضي من القوانين التعمق في دراستها، باعتبارها منتجات جديدة عن الفكر القانوني،للإحاطة بمختلف جوانب المخاطر المنجرة على استعمالها[2].

لذا فبالنظر إلى مخاطر التقنية، رأى جانب من الفقه أنه مجرد آلة يستعين بها البن ك على تنفيذ التزاماته، فلا يمكن اعتباره مستقلا عمن يستخدمه باعتباره آلة معدومة الإرادة.كل هذه الأمور تفرض أن يحوي العقد المصرفي في طياته عدم استقلالية الأجهزة التقنية-خاصة الكمبيوتر- عنها، حيث جاء في حكم محكمة النقض الفرنسية عام 1926 متعلقة بالعقد الطبي أين وقعت سيدة من أعلى منضدة الكشف وسقطت على الأرض،فأصيبت بأضرار من جراء ذلك. قضت المحكمة بأنه إذا كان استعمال الشيء الذي سبب الضرر للمريض يرتبط بتنفيذ العقد الطبي،فلا يجوز الفصل بين العمل الطبي و العقد

[1] محمد شريف غانم، مرجع سابق ، ص24.

[2] فاروق علي الحفناوي، **قانون البرمجيات دراسة معمقة في الأحكام القانونية لبرمجيات الكميوتر**، الكتاب الأول، دار الكتاب الحديث،2001، ص29.

الذي أخل بتنفيذه –العقد الطبي–حيث علق الأستاذ *Savatier* أن هذا العقد–موضوع القضية–له معنى أوسع وأشمل من العمل الطبي الذي يجمع بين الطبيب و المريض.فمن غير المنطقي أن يضع الطبيب منضدة تحت تصرف المريض ليتمكن من الكشف عليه، ولا يعد مسؤولا عن أية أضرار نتيجة عدم توفير طريقة سهلة و مبسطة للنزول منها.فإذا كان الصعود والهبوط من المنضدة لا يدخلان ضمن العمل الطبي، فإنهما يدخلان ضمن العقد الطبي بمعناه الواسع.لأن الأشياء المرتبطة بالفن الطبي مثل الأدوات، والأجهزة المختلفة ماهي إلا امتداد طبيعي لنشاط الطبيب خاصة باعتباره مدينا محترفا، ومن ثم يسأل عن أية أضرار تتسبب فيها [1].و على الرغم من أن هذا الحكم يتعلق بعقد آخر إلا أن التسبيب الدقيق له يقود إلى أن العقد المصرفي أيضا بمعناه الواسع يلقي على عاتق البنك التزاما بتعويض العميل عن أية أضرار تنتج من استخدام أدوات و أشياء كالكمبيوتر أثناء تنفيذ هذا العقد[2]، وكأن الخطأ قد صدر من البنك ذاته.لأنه ليس من المعقول أن يتخفى البنك

وراء أخطاء نظامه المعلوماتي لأبعاد المسؤولية عنه.فعليه أن يكون أكثر حرصا في استخدامه للتقنيات التكنولوجية لمعقدة.

ولكن في هذه الحالة يصعب على العميل إثبات خطأ البنك لأنه بالرغم من أن العقد قرينة تثبت الحق،لأنه في الأصل التزام بتحقيق نتيجة بتنفيذ العقد على أكمل وجه؛ لكن قد يتمسك البنك بالأعراف المصرفية و التي يجهلها العميل، وما ترمي إليها لإبعاد المسؤولية عنه.

* و من التطبيقات القضائية ما جاء حكم النقض الفرنسي الصادر في 17 يونيو 1987 أن الحكم الذي ذهبت إليه المحكمة إلى أن إلغاء القيود المكتوبة تلقائيا من البنك،بشكل غير صحيح تعد وكأنها قد تمت من العاملين في إدارة حسابات البنك فهم الذين يزودون الكمبيوتر بهذه المعلومات.فأيدت المحكمة الحكم المطعون فيه الذي رفض فكرة استقلال

[1] محمد شريف غانم ،مرجع سابق،ص ص 25–26 .

[2] محمد شريف غانم ، نفس المرجع السابق،ص 26 .

الكمبيوتر عن البنك الطاعن [1].لأنه بالرغم ما للتقنية المتطورة من أهمية ،إلا أنه لا يمكننا تجاهل الأخطاء الناتجة عنها،و التي تعود إما لأخطاء الاستعمال أو القرصنة، و التي غالبا ما تكون جسيمة مما يؤثر سلبا في علاقة البنك بعميله فتفقده الثقة فيه.بل و أكثر من ذلك أنها تبعث في نفسه الخوف من أن تقع المسؤولية عليه،و ذلك بالنظر إلى المركز القانوني والاقتصادي القوي للبنك،لأنه مهما بلغت مهنية العميل إلا أنه يبقى دائما في حالة شك من أمره،بل وقد يخاف حتى من الاطلاع على رصيده[2].

2- مسؤولية البنك عن الإخلال بضمان السلامة

إن جهل العميل بالنظام المعلوماتي وجميع الأجهزة التي يستخدمها البنك مبنية أساسا على الثقة المفترضة في هذا الأخير [3]، لأن العميل عندما يقوم بسحب نقود من الصراف الآلي للبنك مثلا أو يطلب إجراء تحويل مصرفي،أو يطلب تحصيل أوراقه التجارية [4].فإنه يراعي بذلك أمرين هما السرعة و الدقة في التنفيذ.هذا ما أدى بالفقه إلى فرض التزاما جديدا على البنوك وهو التزام بالأمان أو بضمان السلامة و هو التزام يفرضه واجب حسن النية في تنفيذ العقود السابق ذكره لأن أكبر خطر أصبح يهدد البنوك بالنظر إلى كل الأشياء التي يستعين بها هو الخطر الآتي من داخل النظام نفسه [5]،لذلك لا بد من التأكد من سلامة البرمجيات بالإضافة إلى التزام البنوك في ممارستها درجة معينة من السلامة في الحفاظ

---

[1] محمد شريف غانم، مرجع سابق ، ص25.

[2] http:// thaz.alzehda.gov.sy/05/04/2007 إلى متى يتحمل المواطن أخطاء المصرف و المحاسبين؟

[3] أضاف القضاء الفرنسي إلى نطاق العقد ثلاث التزامات هي:
-الالتزام الأول:يتعلق بتنفيذ العقد هو حسن النية
-الالتزام الثاني:هو الالتزام بالضمان ، حسب ما تقتضيه الطبيعة الخاصة لبعض العقود، كما هو الحال في العقد المصرفي.
-الالتزام الثالث:ضمان السلامة، نفس الشيء هو التزام تقتضيه طبيعة بعض العقود، وكذا العقد المصرفي. **أنظر:**صبري السعدي،مرجع سابق،الجزء الأول،ص309.

[4] عز الدين الدناصوري،عبد الحميد الشواربي،مرجع سابق،ص1688.

[5] محمد شريف غانم، مرجع سابق، ص ص 34-35

على سرية البيانات و مراجعتها دوريا بواسطة خبراء المصارف [1].ويترتب هذا الالتزام بتوفر عنصرين هما[2]:

1-تضمن العقد خطرا يتهدد العميل، خاصة في عقود التحويل الالكتروني للنقود، وتأجير الخزائن الحديدية.

2-أن يكون المدين بالالتزام مدينا محترفا كما في حالة البنك.

وهو التزام بتحقيق نتيجة تقوم به مسؤولية البنك العقدية، أساسه القانوني ما جاء في نص المادة 107من التقنين المدني الجزائري: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن النية و لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب؛ بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، العرف والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام..." [3]

فانطلاقا من نص هذه المادة فاننا نرى أن مضمون العقد و نطاقه لا يتحددان فقط بما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين؛ بل منح المشرع الجزائري للقاضي سلطة واسعة في تحديد ذلك وهي سلطة تخضع لرقابة محكمة النقض، خاصة ما تقتضيه قواعد العدالة للموازنة بين المراكز القانونية لأطراف العلاقة العقدية بنك –عميل[4].لأن القاضي يرجع إلى الأحكام التكميلية والمفسرة في المسائل التي تركها المتعاقدان، وذلك راجع إلى صعوبة تحديد كافة التفصيلات الدقيقة المتعلقة بالعقد،فانه في تفسيره ذلك يراعي طبيعة وخصوصية العقد المصرفي.لأن ما يحكم هذا الأخير، هو القانون المصرفي الذي يستمد أصالته من[5]:

1-قرارات الهيئات المسيرة للمهنة.

2-الأعـــراف الـــــدولـــية.

---

[1] سحنون محمود،"**النقود الالكترونية وأثرها على المصارف المركزية في إدارة السياسة النقدية**"،مجلة العلوم الإنسانية، العدد9، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر،2006، ص33.

[2] محمد شريف غانم، مرجع سابق ،ص ص30-32.

[3] الأمر رقم(75-58)، المتضمن القانون المدني، المؤرخ في 1975/09/26،الجريدة الرسمية، العدد 44.

[4] محمد صبري السعدي،مرجع سابق،الجزء الأول،ص312.

[5] محمد صبري السعدي، نفس المرجع السابق ،الجزء الأول ،ص ص311-309.

ولذا فان جهل العميل لهذه الأعراف، و كذا جهله أو عدم اطلاعه على مختلف التعليمات التي تصدرها الهيئات المصرفية ،يحتم على البنك مسؤوليته عن أية أضرار تنتج عن فشل الوسيلة أو الأداة التي يستعملها في نشاطه . هذا الأمر يحتم على القاضي المعروض عليه النزاع في هذه الحالة– الاحتجاج بالأعراف المصرفية–في مواجهة العميل اللجوء إلى الخبرة بالاستعانة بالخبراء المختصين في أنشطة البنوك ، خاصة في عقود الاعتماد المستندي الذي تكون فيه دائما الأعراف المصرفية المصدر الوحيد لاسترشاد المحاكم وهيئات التحكيم حتى ولو لم يتفق الأطراف على تطبيقها [1]،كما جاء في نص المادة47 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري: "عندما يأمر القاضي بإجراء الخبرة،يعين خبيرا أو عدة خبراء ويوضح لهم مهمتهم. "ويعينهم من تلقاء نفسه أو بناء على اتفاق الخصوم، بنك–عميل كما جاء في نص المادة 48 من نفس القانون[2].

إذ نلاحظ من خلال نص المادة 48 المذكورة أدناه، أن الأطراف أيضا لهم إمكانية طلب انتداب خبير، لكن هذا الأمر غالبا ما يثير إشكالا متى احتج أحدهم بعدم قبول الخبرة، وبالرغم من أن القاضي يبقى محايدا بالنظر إلى هذه العملية،إلا أنه إجراء يخضع للسلطة التقديرية للقاضي حسب ما يقتضيه التنسيق بين فئات الخبراء،وجهاز العدالة وما تقتضيه وقائع وملابسات القضية المعروضة أمامه [3] لذلك على البنك أن يخص نظامه المعلوماتي بالصيانة و المتابعة لحسن ضمان تنفيذ التزامه اتجاه عملائه بأكمل وجه ودرأ للمخاطر،لأن البنك لا ينفذ التزامه كاملا إلا باستعمال هذه الآلة التي يجب أن تستغل بشكل سليم. لكن ما يميز الإخلال بهذا الالتزام هو أن البنك يمكنه بسهولة التخلص من مسؤوليته عن الأخطاء بإثبات السبب الأجنبي و صعوبته على العميل [4].

---

[1] أكرم ابراهيم حمدان الزعبي،مرجع سابق،ص42.

[2] ص المادة 48من قانون الإجراءات المدنية الجزائري : "يعين القاضي الخبير إما من تلقاء نفسه أو بناء على اتفاق الخصوم ".

[3] سائح سنقوقة،**قانون الإجراءات المدنية نصا وتعليقا**،الطبعة الأولى،دار الهدى،الجزائر،2001،ص54.

[4] محمد شريف غانم، مرجع سابق،ص56.

و من أبرز هذه المخاطر مايلي[1]:

-عـــــدم كـــفاءة البرنامـــج لتلقـــي الأوامـــــر.

-وجود أعطال إلكترونية كخطأ في مكونات الجهاز المادية.

-وجود فيروس في أجهزة الكمبيوتر،أو في الشبكة التي تربط بين البنك و البنوك الأخرى.

-سحب مصدر الكهرباء في الوقت الغير مناسب.

*و من التطبيقات القضائية عن إخلال البنك بالالتزا م بضمان السلامة،ما جاء في الحكم الصادر عن محكمة استئناف باريس عام 1980 في قضية بنك *DAB* حيث أسست المحكمة مسؤولية البنك عن المبالغ التي تمت سرقتها من حساب أحد العملاء على أساس الإخلال بالالتزام بالسلامة المفروض على البنك. وتتمثل الواقعة في أن أحد العملاء قد رفع دعوى ضد البنك مطالبا إياه برد المبالغ التي تمت سرقتها من حسابه من جانب شخص أجنبي مستعينا بكارت العميل الذي سرق منه. ورفضت المحكمة الحجة المقدمة من البنك والمتمثلة في أن العميل قد أهمل في حراسته للكارت الخاص به مما مكن السارق من تشغيل ماكينة الرف الآلية.و شددت

المحكمة على واجب البنك بوضع نظام قادر على تفادي الغش وإبطاله بقولها :"ليس مستبعدا أن يكون تشغيل ماكينة الصرف الآلية بسبب وجود نقص أو عيب في نظام الأمان ونظام السلامة الذي خصصه البنك للعميل؛ حيث يمكن للماكنة أن تعمل عن طريق إدخال الكارت فقط دون إدخال الرقم السري. ولولا هذا النقص في تنفيذ الالتزام بالسلامة لما تمكن السارق من تشغيل الآلة و الوصول إلى حساب العميل و سرقة أمواله. "[2]

* ومن التطبيقات القضائية التي تفرض عدم استقلالية الآلة عن العقد المصرفي،ما جاء في حكم محكمة nanterreعام1983الذي أكدت فيه المحكمة أن اللجوء إلى المعلوماتية و استخدام التكنولوجيات الحديثة في مجال الأعمال البنكية،يفرض عليه تحسي ن الخدمة

[1] محمد شريف غانم،مرجع سابق،ص5.
أنظر:محمد شريف غانم، مرجع سابق،ص38

[2] Cour d'appel de Paris,1Decembre 1980,

المقدمة للعملاء لا العكس لأنه لا يجوز للبنك التخفي وراء استقلاليته عنه حتى تتخلص من المسؤولية.

لذلك يرى الفقه بأن الأشياء التي يستخدمها البنك تقوم على أساس فكرة الحراسة لأنها مستقلة و السبب في ذلك هو تسهيل إثبات البنك للتشديد من مسؤوليته.

ثانيا-استقلالية أدوات و أجهزة البنك عن العقد المصرفي

كثيرا ما تبقى بعض الأخطاء البنكية في حق العملا ء بلا حل،بسبب تدخل الأشياء الغير حية لذلك اهتمت التشريعات بهذه المسائل [1].إذا كان الضرر ناتج عن شيء لا يتضمنه العقد، فإنه تقوم في حق البنك مسؤولية تقصيرية باعتباره حارسا على الأشياء التي يستعملها في أدائه لنشاطه. كما جاء في نص المادة 138 في فقرتها الأولى من التقنين الجزائري ،أين تأثر المشرع الجزائري بنص المادة 1384 في فقرتها الأولى [2] من التقنين الفرنسي،أن: "كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال و التسيير،و الرقابة،يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء. "[3] أساسها الخطأ المفترض في الحراسة.

أولا- مضمون فكرة الحراسة

فقرروا أن أساس المسؤولية عن الأشياء تقوم على أساس الخطأ المفترض في جانب من يوجد الشيء في حراسته [4]؛ وهو خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس، يقوم على فكرة العناية الخاصة التي تتطلبها حراسة الشيء؛ إذ لا يجوز للحارس نفي الخطأ عن نفسه بعدم ارتكابه الخطأ أو أنه قام بما ينبغي لتجنب الضرر لذا جعل القانون حدوث الضرر

---

[1] علي فيلالي،مرجع سابق،ص167.

[2] *Art.1384: "on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait ,mais encore de celui qui est cause par le fait des personnes dont on doit répondre,ou des choses que l'on a sous sa garde."*

[3] الأمر رقم(75-58) المتضمن القانون المدني، المؤرخ في 1975/09/26،الجريدة الرسمية، العدد 44.

[4] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، المجلد الثاني،الجزء الأول،ص1222.

دليلا على إفلات الشيء من حراسة حارسه،مما يؤدي إلى جعل التزام هذا الأخير التزاما بتحقيق غاية و هي عدم إحداث الشيء ضررا لأحد[1].

لقد جعل المشرع الجزائري المسؤولية عن فعل الشيء تقوم على أساس الخطأ في الحراسة وهي نوعان:

1-الحراسة القانونية

هي الحراسة التي تقتضي في الشخص أن يكون كذلك بأن تكون له سلطة قانونية على الشيء التي يستمدها من حق عيني على هذا الشيء أو من حق شخصي متعلق به.فلكي يكون الشخص حارسا يجب أن تكون له سلطة على الشيء بناء على عقد أو نص في القانون أو أي مصدر آخر من مصادر الحقوق، فهي توجد حيث يوجد التزام قانوني بالمحافظة على الشيء و بمنعه أن يكون مضرا للناس[2].

2-الحراسة الفعلية

أو المادية، وهي أن يكون للشخص السيطرة الفعلية على الشيء، بأن تكون له سلطة الاستعمال والتوجيه والرقابة[3].

و قد أخذ المشرع الجزائري بفكرة الحراسة الفعلية بمعنى أن يكون للحارس على الشيء سلطة فعلية عليه و التصرف فيه في الاستعمال و التوجيه و الرقابة لحساب نفسه [4]. إذ تقوم على أساس ما جاء في نص المادة 138من القانون المدني الجزائري: "كل من يتولى حراسة الشيء وكانت له قدرة الاستعمال و التسيير و الرقابة يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء. "انه من خلال نص هذه المادة نستنتج، أنه لقيام فكرة الحراسة لابد من توفر شروط تتعلق بالحارس،و أخرى تتعلق بالشيء محل الحراسة المتسبب في الضرر .

[1] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، المجلد الثاني،الجزء الأول، ص ص 1240-1241.
[2] عز الدين الدناصوري،عبد الحميد الشواربي،مرجع سابق،ص354.
[3] عز الدين الدناصوري،عبد الحميد الشواربي،نفس المرجع السابق ،ص353.
[4] محمد صبري السعدي،مرجع سابق،الجزء الثاني، ص219.

أ-الشروط المتعلقة بالحارس([1]):

1-أن تكون له سلطة الاستعمال: وهي إمكانية الاستفادة من الشيء في الغرض الذي وضع لأجله، بمناسبة استعماله مهما كانت درجة مهنية واحتراف مستعمله.

2-أن تكون له سلطة الرقابة: بمعنى أن الحارس له إمكانية مراقبة الشيء، وحتى على الأقل إذا كان محترفا فانه يسعى جاهدا إلى منع أسباب تحقق الضرر

3-أن يكون له سلطة التسيير:وهي السلطة الفعلية للحارس على الشيء، فبإمكانه استعماله أو وضعها أينما شاء بصورة مستقلة.

ب-تسبب الشيء في حدوث الضرر

لم يخصص المشرع الجزائري الشيء في صلب نص المادة السابق ذكرها أية خصوصية تميزه كما فعل المشرع الفرنسي في نص المادة 1384من القانون المدني الفرنسي لكن بالنظر إلى السلطات الواردة على الشيء محل الحراسة نرى أنه لا بد من أن له من الأمور ما يميزه لتقتضي حراسته كل هذا.

فالمشرع الفرنسي حذى حذو المشرع الجزائري بعدم أخذه بفكرة التفرقة بين الأشياء الخطرة و الغير خطرة التي هجرها، على عكس المشرع المصري الذي أخذ بها في تقنينه المدني في نص المادة 178منه: "كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسؤولا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر،ما لم يثبت وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه،هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة. "إذ يرى أن المقصود من تحديد اصطلاح الحراسة، هو بيان الأشياء التي تتطلب ملاحظتها عناية خاصة حتى لا تضر بالغير و تمييزها عن غيرها لا تحتاج في حراستها عناية خاصة، حيث اتبع في مذكرته الإيضاحية لهذا النص مذهب القضاء الفرنسي باعتباره يستجيب إلى مقتضيات الحياة الاقتصادية الحديثة [2].

[1] Philippe le tourneao,op.cit p50.

[2] عز الدين الدناصوري،عبد الحميد الشواربي،مرجع سابق،ص352.

فجاء في النص بأن الآلات الميكانيكية تتطلب رعايتها حماية خاصة، بالإضافة إلى أشياء أخرى تتطلب رعايتها حماية خاصة وفقا لأمرين؛ أحدهما- بالنظر إلى طبيعة الشيء بمعنى أنه خطرا بحسب تكوينه و عناصره الأساسية[1].

ثانيهما-أن يكون الشيء ذاته لا يتضمن خطورة ولا يحتاج إلى عناية خاصة ولكنه أصبح كذلك بسبب الظروف والملابسات التي صاحبت الحادث قد اقتضت عناية خاصة في حراسة الشيء[2].

وضابط العناية الخاصة الذي وضعه المشرع المصري لتقييد المسؤولية الناشئة على الأشياء هو ضابط مرن، ومرونته تعطي للقضاء سلطة واسعة في تفسيره تفسيرا يتماشى مع التطور المستمر لحالة البلاد الاقتصادية [3]. إذن فالمشرع الفرنسي ترك للقضاء حرية تفسير عبارات نص المادة 1384 القضاء الفرنسي أخذ بفكرة التدخل الايجابي للشيء، أي أن يلعب دورا نشيطا وفعالا فلا يعتد بفعله إلا إذا كان هو مسبب الضرر [4]، والتي تحمل في فحواها فكرة الشيء الخطر بالنسبة إلى طبيعته وملابساته [5]، وهو ما أخذ به القانون المدني الجزائري لتفسير عبارات نص المال بنك. [6]،على أساس أن أركان المسؤولية لا تخضع لرقابة محكمة النقض فما يسجله قضاة الموضوع من وقائع مادية في شأن إثبات هذه الأخيرة فيما يتعلق بذاتية الشيء الذي أحدث الضرر يبقى قائما؛ لكنها تراقب كل ما يتعلق بالتكييف القانوني لهذه الوقائع في وصف الشيء الذي أحدث الضرر بأنه من الأشياء التي تحتاج في حراستها إلى عناية خاصة أو لا، وإلا كان حكم القاضي معيبا بقصور في تسبيبه[7]، لأن الأمر يتعلق بتفسير عبارات المادة 136فهي مسألة قانون وليست مجرد وقائع.

[1] محمد شريف غانم،مرجع سابق،ص69.
[2] عز الدين الدناصوري،عبد الحميد الشواربي،مرجع سابق ،ص352.
[3] عز الدين الدناصوري،عبد الحميد الشواربي،نفس المرجع السابق ،ص350
[4] Philippe Le Tourneuo ,Op.Cit 49.
[5] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، المجلد الثاني،الجزء الأول،ص1238.
[6] محمد صبري السعدي،مرجع سابق،الجزء الثاني،ص217.
[7] عز الدين الدناصوري،عبد الحميد الشواربي،نفس المرجع السابق ،ص ص 354-353

والبنك يستعمل الأشياء غير الحية و التي منها الكمبيوتر و الصراف الآلي و حاسب النقد و غيرها من الأشياء التي تعتبر من أهم مصادر أخطاء البنك .بالإضافة إلى الخزائن الحديدية ويمارس سلطة استعمال الشيء في الغرض المخصص له؛ و له سلطة إصدار الأوامر عند توجيهه لتنفيذ أوامر العميل فموظف البنك هو الذي يجعل الجهاز يقوم بالتحويل المصرفي أو يخصم من حساب العميل ثمن الخدمات والمنتجات التي تصل إلى العميل،و هو الذي يأمر الكومبيوتر بإضافة أموال في حساب العميل على اثر إيداع أو تحويل،أما فيما يتعلق بالرقابة ففحص الأجهزة و إجراء الصيانة تقوم بها شركات نظم المعلومات التي تتعامل معه،كما أنه لا يقوم بصيانة خطوط الاتصالات التي تستعمل في تنفيذ أوامر العميل بل تقوم بها شركات الاتصال المختصة بذلك[1].

*ومن التطبيقات القضائية ما جاء في حكم للقضاء الفرنسي بتاريخ 11فيفري 1946قررت بالنسبة للمسلك الواجب على البنك في المحافظة على الأموال المودعة داخل الخزينة الحديدية التي يضعها تحت تصرف العميل،بأن العناية الواجبة على البنك كمدين محترف تزيد عما يطلب من المودع لديه غير المحترف.و خاصة أن البنك يعلم بأن عميله يودع الأموال ذات الأهمية الخاصة داخل الخزينة الحديدية، وبذلك تشدد القضاء الفرنسي في اعتبار هذا الالتزام التزاما بتحقيق نتيجة، و ليس التزاما ببذل عناية وعليه لا يلزم العميل بإثبات خطأ البنك في المحافظة على الشيء،بل يجب على هذا الأخير لكي يتخلص من المسؤولية إثبات السبب الأجنبي[2].

ثانيا-أساس فكرة الحراسة

تقوم هنا مسؤولية البنك لا على أساس عنصر الخطأ في جانب المسؤول [3]؛ بل على على أساس الخطأ في الحراسة، وهو خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس يقوم على فكرة العناية الخاصة التي تتطلبها حراسة الشيء؛إذ لا يجوز للحارس(البنك) نفي الخطأ عنه بعدم ارتكابه الخطأ أو أنه قام بما ينبغي لتجنب الضرر، وحدوث الضرر جعله القانون

[1] محمد شريف غانم،مرجع سابق،ص81.
[2] أحمد شوقي محمد عبد الرحمن،**الدراسات البحثية في المسؤولية المدنية**،مرجع سابق،ص131.
[3] دربال عبد الرزاق،**الوجيز في النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام**،دار العلوم،الجزائر،2004، ص97.

دليلا على إفلات الشيء من حراسة حارسه، مما يؤدي إلى جعل التزام هذا الأخير – بالنظر إلى ما ينتظره من البنك كمدين محترف–التزاما بتحقيق غاية هي عدم إحداث الشيء ضررا لأحد أكثر مما هو التزاما ببذل عناية[1] لكن من أجل تثبيت أركان المسؤولية التقصيرية التي ستقوم في حقه،باعتبار الضرر غير ناتج عن الخطأ العقدي مع وجوب توافر الأركان الثلاثة للمسؤولية المدنية يعتبر ضرره ناتج عن خطأ يفترض في الفعل. ولا يتطلب من البنك إثبات أنه لم يخطء أو أنه بذل العناية المطلوبة،لمنع وقوع الضرر، لأنه بمجرد وقوع ضررا للعميل يقوم الفرض بأنه قد فقد السيطرة الفعلية على الشيء، فالعبرة هنا بتحديد مصدر الخطأ[2].

انه بعرضنا للفكرتين،نرى أن هناك من يرى أنهما لا تختلفان عن بعضهما إلا في أن الإخلال ينشأ عن التزام عقدي في المسؤولية العقدية عن فعل الأشياء ،و في المسؤوليتين يفترض خطأ المسؤول:[3]

- بأن يكون الإخلال قد ترتب عن العقد.
- أن ينسب هذا الإخلال إلى شيء يقع تحت حراسة المتعاقد(البنك).
- أن يكون هذا الشيء قد تدخل تدخلا ايجابيا في إحداث الضرر.

غير أن ذلك لا يتصور إلا إذا كان التزام المدين(البنك) بتحقيق نتيجة،أما إذا كان التزامه ببذل عناية فيكون على العميل إثبات الخطأ،و لا يستثنى من ذلك إلا ما نص عليه المشرع الجزائري من أحكام خاصة في بعض العقود ،كعقد الإيجار [4]،و نعود بذلك إلى فكرة صعوبة إثبات خطأ البنك.

نستخلص من أن المسؤولية العقدية عن فعل الأشياء تثير معها صعوبة في إثبات الخطأ من طرف العميل،لكن فكرة الحراسة–المسؤولية التقطيرية– التي أقرها المشرع الجزائري تفترض الخطأ في جانب المسؤول دون إثقال كاهل العميل بإثبات الخطأ،و نحن

[1] عبد الرزاق السنهوري،مرجع سابق،المجلد الثاني،الجزء الأول،ص ص 1240–1241.
[2] محمد صبري السعدي،مرجع سابق، الجزء الثاني،ص217.
[3] فاضلي إدريس، مرجع سابق، ص138.
[4] فاضلي ادريس،نفس المرجع السابق،ص145.

نراها فكرة صائبة لصالح العميل. و إن كنا نعلم أنه لا اجتهاد مع النص على فكرة الحراسة، و لكن بالنظر للفراغ القانوني الذي يفتقر إلى تنظيم أحكام العقد المصرفي و تحديد نطاقه يبقى الإشكال في الغموض الذي يكتسي هذا الأخير، و بالتالي يبقى السؤال مطروحا.

الفرع الثاني:مسؤولية البنك عن أعمال موظفيه

إن العمل المصرفي يقوم أساسا على الثقة المتبادلة بين المصرف وعملائه وبين المصارف فيما بينها، وهو في الوقت نفسه جز أ لا يتجزأ من آداب المجتمع وتقاليده، والموظف المصرفي* هو عماد هذه الثقة ولذا لا بد أن يكون مثالا لسمو الخلق وأهلا لهذه الثقة وأن تكون علاقته العامة والخاصة مؤكدة لهذه الصفات وأن ينأى بنفسه عن مواطن الشبهات ، وأن يبذل قصارى جهده في عمله لتقديم خدمة مصرفية متميزة ، متوخيا في ذلك الأمانة والنزاهة والشرف.

لذلك يترتب على البنك دائما تقييم أداء موظفيه الذين يتعاملون مباشرة مع العملاء عن طريق تقديم الخدمات المختلفة ،إذ يقاس أدائه بمدى احترامه لهم و إنجاز معاملاتهم و تبسيط الإجراءات عليهم.لأن الحديث عن الأداء في أي مؤسسة يقودنا دائما إلى التحدث عن البعد الإنساني، باعتبار ه العنصر الأساسي لنموها و من ثم فهو المورد الوحيد فيها الذي يتميز بالقدرة على التفكير و من ثم الإبداع و التطوير [1].لكن قد يحدث أن يرتكب أحد الموظفين أخطاء في حق عميل البنك،و لهذا لابد للبنك أن يحرص دائما على مراقبة أدائهم لتحسيسهم بقيمة العمل المنوط بهم.فخطأ الموظف في البنك له خصوصية تميزه إذ يقدر

* موظفي البنك نوعان:

- **البنك الجالس *Banque Assise***: وهم الموظفين المكلفين بالزبائن « العملاء

- **البنك القائم *Banque Debout*: وهم الموظفون الذين لا يعملون في الواجهة (بعيدا عن المعاملات المباشرة مع العملاء)**

[1] بركات ربيعة، «**دور تقييم الآداء في تحسين الخدمات العمومية-دراسة حالة وحدة البريد الولائية-بسكر** ة «، رسالة ماجستير،جامعة محمد خيضر،بسكرة،2005الجزائر،/2006،ص35.

سلوكه بسلوك المصرفي الحسن *un bon banquier* مقارنة بسلوك موظف وضع في نفس الموقف و من نفس الطائفة[1].

أولا- مضمون فكرة التبعية

لم يأت المشرع الجزائري تحديد المشرع الجزائري في تعديله الجديد للقانون المدني على ذكر الطبيعة التي تقوم عليها التبعية إذ نص في المادة 136 الفقرة الثانية: "وتتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع. "بل اكتفت فقط بذكر أن التابع يعمل لحساب المتبوع(البنك) فقط. لذلك يسال البنك عن أعمال موظفيه مسؤولي ة التابع على أعمال تابعيه طبقا للقواعد العامة في القانون المدني[2] بموجب نص المادة 136من القانون المدني الجزائري : "يكون المتبوع مسؤول عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبتها" [3] على عكس النص السابق قبل التعديل الذي يبدو أن المشرع الجزائري مازال يستفي منه طبيعة هذه التبعية والتي جاء فيه في فقرتها الثانية : "تقوم رابطة التبعية،و لو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه،متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه. "

وعلى هذا الأساس تعرف التبعية: " بأنها رابطة تنشأ عن عملية تشغيل يقوم بها شخص يستخدم بموجبها أشخاصا آخرين تنشأ لمن يقوم بها سلطة فعلية في إصدار الأوامر و ممارسة الرقابة و التوجيه على تنفيذ الأوامر على أن تتم عملية التشغيل لحساب ذلك الشخص."[4]

---

[1] Christian Gavalda et ,Jean Stoufflet, op.cit ,P92.

[2] محفوظ لعشب،**الوجيز في القانون المصرفي الجزائري**،مرجع سابق،ص111.

[3] قانون رقم (05- 10) المؤرخ في 20يونيو2005 المتضمن القانون المدني.

[4] عادل أحمد الطائي،**المسؤولية المدنية للدولة عن أخطاء موظفيها**، بدون دار نشر،1999،ص32.

فالتبعية المعتد بها هي التبعية الاقتصادية [1] التي تقوم سواء بموجب عقد عمل أي للمتبوع حرية اختيار التابع، أو تقوم مستندة إلى علاقة تنظيمية من علاقات القانون العام[2]طبقا لما جاء في المادة السابق ذكرها و تتحقق و لو لم يكن المتبوع(البنك) حرا في اختيار تابعه.

أما التابع فهو الموظف الذي يشغل وظيفة أعضاء الجمعية يقوم بتنفيذ بعض الأعمال لحسابه ولا تعد القرارات التي يتخذها صادرة من البنك مباشرة ، لأن المعتد بت في تحديد ما إذا كان الشخص تابعا آم لا ليس طبيعة الأعمال التي يقوم بها أو طريقة تعينه، و إنما المعول عليه عقد تأسيس البنك والنظم واللوائح المتعلقة به وما إذا كان هذا الشخص ينظر إليه كجزء من البنك أم لا، ليكون عضوا أو من الغير فيكون مجرد تابع–باستثناء حارس البنك المعين من الشرطة مثلا و المهندس الاستشاري الذي تعاقد معه للإشراف على أعمال مبانيه– والعضو فيه باعتباره شركة مساهمة هم أعضاء الجمعية العمومية للمساهمين، أعضاء مجلس الإدارة المنتدب ،في حين يعتبر المديرون المعينون وكافة الموظفين الذين تحت إمرتهم مجرد تابعين لأن عضو لبنك هو جزء ملتصق به، وهو من يمثل عقله والمعبر عن إرادته، فهو الفرد آو جماعة الأفراد المخول لهم اتخاذ القرار باسم البنك [3].

و منه تقتضي رابطة التبعية توفر ثلاثة شروط هي[4]:

1–قيام سلطة الرقابة و التوجيه

2–أن تكون هذه السلطة عن عمل معين.

3–قيام التابع بهذا العمل لحساب المتبوع.

ثانيا–شروط قيامها

انطلاقا من نص المادة 136 المعدلة السابق ذكرها في فقرتها الأولى: "يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية

---

[1] دربال عبد الرزاق ،**الوجيز في النظرية العامة للالتزام–مصادر الالتزام**، مرجع سابق ، ص ص 97 – 98

[2] محمد صبري السعدي ، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص199

[3] عبد الفتاح سليمان،**المسؤولية المدنية والجنائية في العمل المصرفي في الدول العربية**،مرجع سابق،ص ص122–123

[4] محمد صبري السعدي،نفس المرجع السابق،الجزء الثاني،ص198.

وظيفته أو بسببها أو بمناسبتها. "من هن نستنتج أن شروط قيام مسؤولية المتبوع عن اعمال تبيعه تتمثل فيما يلي:

الشرط الأول :توفر عنصر الرقابة و التوجيه

إن علاقة التبعية تقوم بتوافر عنصر الرقابة و التوجيه للمتبوع(البنك) على تابعه ،لأنه على أساسها تكون هناك سلطة فعلية في إصدار الأوامر للتابع بأداء عمل معين لحسابه. و هذا الأمر يقتضي ضرورة التدخل الإيجابي من المتبوع في تنفيذ هذا العمل وتسييره [1]. والموظف يتقاضى أجرا من البنك لقاء عمله فهو يدين له بالطاعة والخضوع [2]، فلا يعد من هذا القبيل مجرد الإشراف العام على التابع، لأن الرقابة تقوم على فكرة الموازنة بين السلطة و المسؤولية للكشف عن الانحرافات والأخطاء ومعرفة المسؤولين عنها، وبالتالي منع حصولها[3]. لأن الموظف ملزم بتطبيق القوانين والأنظمة والتعليمات كما ينبغي وإلا حوسب على خرقه لها.

وإذا ما قصر البنك في توجيه تابعه ومراقبته ،فان المسؤولية في هذه الحالة تقوم مسؤوليته الشخصية التي يحكمها نص المادة 124 مكرر من التقنين المدني الجزائري: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض. "،لافتراض أنه قد أخالخطأ فيكون العبرة بالسلطة الفعلية على توافر الولاية في الرقابة

والتوجيه، فإذا لم تتوافر لدى البنك سلطة في الرقابة والتوجيه انتفت علاقة التبعية،و انعدمت مسؤولية البنك[4].

---

[1] إبراهيم سيد أحمد، **المسؤولية المدنية التعويض في المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية**، دار الكتب القانونية،مصر2006،ص193.

[2] محمد عبد الودود أبو عمر،مرجع سابق،ص128.

[3] بوعبد الله علي،رسالة سابقة،ص31.

[4] عبد الفتاح سليمان، **المسؤولية المدنية و الجنائية في العمل المصرفي في الدول العربية**، مرجع سابق،ص126.

الشرط الثاني: صدور الخطأ في حالة تألبنك أوفة أو بسببها أو بمناسبتها

يشترط لقيام مسؤولية البنك بصفته متبوعا أن يقع الخطأ من قبل الموظف أثناء مباشرته لوظيفته كي تقوم هذه المسؤولية [1]؛ أي أن للوظيفة علاقة بالفعل الضار فلولاها لما حدث الضرر[2].

سواء ارتكب التابع هذا الخطأ لمصلحة البنك أو عن باعث شخصي، وسواء كان الباعث الذي دفعه متصلا بالوظيفة أو لا علاقة له بها؛ وسواء كان الخطأ بعلم البنك أو بغير علمه[3].أما الخطأ بسببها فانه خطأ يتصل بالوظيفة اتصال العلة بالمعلول بمعنى لولا الوظيفة لما وقع هذا الأخير، لكنه ا تنتفي إذا علم العميل أن الموظف قد خرج عن مهامه ولم يصرح بذلك[4].

أما الخطأ الذي يرتكب بمناسبة الوظيفة و الذي يعني أن الوظيفة هي التي تسهل ارتكاب الخطأ وتساعد في ذلك بل وتهيئ الفرصة لارتكابه، حيث كان لا يعتد به في قيام خطأ التابع بل كان عبارة عن خطأ أجنبي عن الوظيفة. أضافه المشرع الجزائري صراحة في تعديله الجديد لنص المادةة 136من القانون المدني بالرغم من وروده قبل التعديل في النص الفرنسي لهذه المادة للتوسيع من مسؤولية المتبوع، لإتاحة الفرصة للمضرور في الرجوع على المتبوع لاستفاء التعويض لأنه من الأحسن على المضرور الرجوع على مدين موسر و ليس على مدين معسر و هو التابع[5].

حيث قضت محكمة النقض المصرية في نص المادة 178منه يقابلها نص المادة 136مدني جزائري بأن المتبوع يكون مسؤولا عن الضررالذي يحدثه تابعه بعمله الغير مشروع، متى كان واقعا منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها قد أقام المسؤولية على خطأ مفترض في

---

[1] محمد عبد الودود أبو عمر،مرجع سابق،ص129.

[2] دربال عبد الرزاق، **الوجيز في النظرية العامة للالتزام،مصادر الالتزام** ،مرجع سابق،ص99.

[3] إبراهيم سيد أحمد، مرجع سابق، ص206.

[4] محمد صبري السعدي،مرجع سابق، الجزء الثاني، ص206.

[5] محمد صبري السعدي، نفس المرجع السابق ،الجزء الثاني،ص207.

جانب المتبوع؛ وهو فرضا غير قابل لإثبات العكس بل تتحقق المسؤولية كلما كان فعل التابع قد وقع منه أثناء تأدية الوظيفة أو كلما استغل وظيفته أو ساعدته على إتيان فعله غير المشروع[1].

ثالثا- الأساس القانوني لمسؤولية البنك على أخطاء موظفيها

لقد اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة مسؤولي ة المتبوع، فمنهم من اعتبرها مسؤولية شخصية ومنهم من يعتبرها مسؤولية عن فعل الغير. وبالرغم من أن المشرع الجزائري قد أدرجها ضمن مسؤولية عن فعل الغير، في تقنينه المدني إلا أن الأساس الذي تقوم عليه واجه اختلافات فقهية كما يلي:

الاتجاه الأول : انقسم الفقهاء في هذا الاتجاه إلى قسمين ،فاتجاه يرى أنها تقوم على أساس المسؤولية الشخصية و آخر يرى أنها تقوم على فكرة التبعة. فباعتباره ا مسؤولية شخصية تفترض الخطاء في جانب المتبوع ، فالمتبوع مسؤو ل شخصيا على أخطاء تابعه على أساس الخطأ المفترض في جانبه باعتبار الخطأ في اختيار التابع آو الخطأ في الرقابة والتوجيه وهو خطأ لا يقبل إثبات العكس، لكن انتقد بسبب إن المتبوع يستطيع التخلص من المسؤولية بنفي علاقة السببية بين خطئه المفترض والضرر، وهو مالا يجو ز بإجماع الفقه والقضاء[2]. لكن هذه المسؤولية تقوم في حق البنك متى صدر الخطاء عن أحد أعضاءه السابق ذكرهم .

أما البعض الآخر فيرى أنها تقوم على فكرة التبعة،أي أن أساس مسؤولية البنك عن أخطاء موظفيه هو مبدأ الارتباط بين المغارم و المغانم la correlation enter avantage et charges لأن البنك بالنظر إلى الفائدة التي يجنيها من نشاطه و التي يسهم فيها موظفوه، بشكل كبير في تنفيذ أوامره و تعليماته كان لزاما عليه أن يتحمل هو عبء أخطائه على أساس "الغرم بالغنم " لأنه ليس من المنطق التنصل عن مسئوليته اتجاههم .لأن أساس هذه النظرية هو فكرة المنفعة التي تقوم على أن: "من يقوم باستغلال جهود

[1] محمد صبري السعدي ، مرجع سابق،الجزء الثاني،ص 222.
[2] محمد صبري سعدي، نفس المرجع السابق ، الجزء الثاني ،ص 210

غيره بتشغيله لحسابه من أجل الانتفاع بمجهوده يجب أن يتحمل مخاطر هذا التشغيل بأن يكون مسؤولا عن الأضرار التي يحدثها هذا الغير بغير حق. "[1]

فهي تقتضي تحميل المسؤولية للمتبوع حتى لو لم يكن خطأ التابع لقيامها على فكرة المنفعة،لكنه انتقد هذا الرأي لأن مسؤولية المتبوع تقوم متى وقع الخطأ من التابع.أما فكرة التبعية فتقوم فيها المسؤولية بمجرد حدوث الضرر و لو لم يقع الخطأ من التابع،كما أن فكرة التبعية تقوم في حق من له السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه[2].

الاتجاه الثاني : يعتبر مسؤوليةِ المتبوع عن أعمال تابعه هي مسؤولي ة عن عمل الغير، وليس تحمل التبعة فالمتبوع فيها يقوم بضمان ما يرتكب ه التابع من خطاء يضر بالغير طالما وقع هذا الخطأ في حال تأدية وظيفته أو بسببها إما على أساس تابع له؛ وإما على أساس تابع قد حل محله باعتباره امتدادا لشخصية المتبوع [3].

ويعيب على هذا الرأي انه يقوم على افتراض لأنه لا يمكن نسبة الخطاء إلا إلى الشخص الذي صدر منه، إذ اعتبر المتبوع متضامنا مع التابع في الوفاء بالتزامه بالتعويض عن الأضرار فان رجع على المتبوع واستوفي منه ذلك كان للمتبوع الرجوع على التابع[4].

حيث قضت محكمة النقض المصرية بأن مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه مسؤولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور(العميل)،و تقوم على فكرة الضمان القانوني،باعتبار المتبوع في حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون و ليس العقد[5].

وهو الرأي السائد بالرغم من الانتقادات الموجهة إليه، كما أخذ به المشرع الجزائري[6].

---

[1] مسعود شيهوب، **المسؤولية عن المخاطروتطبيقاتها في القانون الإداري** ،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،ص ص11-12

[2] محمد صبري السعدي،مرجع سابق،الجزء الثاني،ص211.

[3] انور العمروسي**المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في القانون المدني**، الفكر الجامعي،مصر2004، ص 213

[4] محمد صبري السعدي، نفس المرجع السابق ،الجزء الثاني، ص212

[5] عبد الفتاح سليمان، **المسؤولية المدنية و الجنائية في العمل المصرفي في الدول العربية**، مرجع سابق،ص141.

[6] محمد صبري السعدي، نفس المرجع السابق ،الجزء الثاني،ص212

و بذلك تكون هذه المسؤولية مفترضة لصالح المضرور(العميل) فقط،أما إذا أصاب التابع نفسه بضرر أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها فليس عليه الرجوع على متبوعه إلا بإثبات خطأ هذا الأخير ،كما أنه ليس للمتبوع أن يرجع على التابع بما دفع من تعويض على أساس المسؤولية المفترضة[1].

أخيرا لقيام مسؤولية البنك عما يحدثه تابعه بسبب ما يقترفه من عمل غير مشروع يجب على العميل، اثبات قيام شرط وحيد هو أن اتصال الموظف المخطئ مع العميل قد تم بوصفه تابع للبنك[2]،لأن المعيار في علاقة التبعية هو بما يكون للمتبوع من حق إصدار الأوامر للتابع وتوجيهه لآدائه ما يستخدم ه فيه[3] .و لذا فهي الحالة الوحيدة في الواقع التي يسال فيها البنك عن ضرر الغير وازدادت أهمية هذه المسؤولية في الوقت الحاضر تبعا لزيادة الأضرار التي تقع من التابعين[4].

فلا يجوز للبنك الاحتجاج بالمسؤولية العقدية عن عدم تنفيذ التزاماته آو التأخر في تنفيذها، أو تنفيذها المعيب الذي ينسب إلى موظفه بإقامة الدليل على انه لم يرتكب خطأ في اختيار الموظف، ما دام عدم التنفيذ على الوجه المتفق عليه لا يرجع إلى سبب أجنبي[5].

المبحث الثاني: المسؤولية دون خطأ

لقد أدى ازدهار الاقتصاد خلال القرن التاسع عشر، الى قصور في القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية عن حماية المضرور من جراء حوادث تزايد عددها وتزايدت جسامتها وصعب اثباتها.

ولذا ظهر اتجاه لتطوير أحكام المسؤولية المدنية،فنادى البعض بقيام المسؤولية لا على أساس الخطأ بل على أساس آخر دون حاجة لإثبات الخطأ[6].ذلك لأنه إذا كانت المسؤولية

---

[1] علي علي سليمان،مرجع سابق،ص38.

[2] محفوظ لعشب،**الوجيز في القانون المصرفي الجزائري**،مرجع سابق،ص111.

[3] انور العمروسي ،مرجع سابق ، ص36

[4] محمد صبري السعدي ، مرجع سابق، الجزء الثاني ، ص197

[5] عبد الفتاح سليمان ، **المسؤولية المدنية و الجنائية في العمل المصرفي في الدول العربية** ،مرجع سابق ، ص126 .

[6] عبد الفتاح سليمان، **المسؤولية المدنية و الجنائية في العمل المصرفي في الدول العربية**،نفس المرجع السابق،ص16.

الشخصية أو نظام الخطأ ينظر إلى حرية المدعي عليه و حقه في الحركة و العمل،فان ذلك غير كافي لأنه يجب الأخذ بعين الاعتبار جانب المضرور والاعتداد بحقه وأمنه و سلامته و الحفاظ على حقوقه الخاصة .لأن التزام الشخص بتعويض الأضرار التي يحدثها هو المقابل الضروري و القانوني لحريته في العمل[1].

أما على الصعيد المصرفي و تبعا للتطورات الاجتماعية و الاقتصادية،فقد ظهر مفهوم المسؤولية المهنية كمفهوم متطور للمسؤولية المدنية كنظام جديد يحكم العلاقات المهنية بين أطرافه كافة [2].لذلك انقسم الفقه و القضاء الفرنسي الى اتجاهين،أحدهما ارتبط مباشرة بتطبيق نظرية عن الفعل الشخصي المؤسسة على نص المادة 1382من القانون المدني الفرنسي،التي تقابلها نص المادة 124مكررمن القانون المدني الجزائري،حيث يكون فيها تقدير الخطأ خاضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

و آخر شدد من مسؤوليته على أساس المهنية لكونه مكلف بالحفاظ على خدمة اجتماعية.

المطلب الأول:أثر المسؤولية دون خطأ على العمل المصرفي

إن أول من تكلم على هذه المسؤولية هو الفقيه الفرنسي سالي وتبعه جوسران؛ إذ يعود السبب الرئيسي لإقامة هذه النظرية إلى التطور الصناعي الذي شهدته فرنسا في تلك الحقبة.فتبع ذلك ازدياد حوادث العمل الناشئة عن الآلات الصناعية الكبرى وقوع الضحايا في صفوف العمال دون أن يتمكن هؤلاء من الحصول على تعويضات ملائمة، لاستحالة اثبات خطأ أرباب العمل تمهيدا لترتيب مسؤوليتهم و الزامهم بالتعويض .فجاءت هذه النظرية لتنادي بالمسؤولية المبنية على المخاطر أو المسؤولية دون خطأ،اذ تقوم على أساس أن كل نشاط يؤدي الى خلق مخاطر معينة يجعل صاحبه مسؤولا عن الضرر الذي يمكن الحاقه بالغير نتيجة هذا النشاط [3]،و ان لم يخطء.الا أنه قد أوجد فرضا و احتمالات لاصابة الغير بالضرر و عليه ،فكما يستفيد من ممارسة أنشطة معينة داخل المجتمع في المقابل عليه تحمل المخاطر المنجرة عليها،فهي بذلك تقوم على ركنين هما الضرر

[1] عادل جبري محمد حبيب ،مرجع سابق،،ص135.
[2] لبنى عمر مستقاوي،مرجع سابق،ص223.
[3] عادل جبري محمد حبيب،نفس المرجع السابق،ص227.

و علاقة السببية بينهمادون اشتراط أن يشكل فعله هذا خطأ أم لا،لأن انتفاؤه لا يعدم المسؤولية[1].

ويؤكد أنصار هذه النظرية فكرتهم على أن القضاء يسعى دائما الى ضمان تعويض الأضرار التي تلحق بمصالح الأفراد بعيدا عن فكرة الخطأ،طبقا لما استقر عليه الفقه والقضاء الفرنسي بأن يعوض عن الضرر استنادا الى فكرة التبعة كفكرة تستوعب الخطأ وتعلو عليها أو تتضمنها[2].

ولا بد أن تقوم الاستفادة من النشاط على ما يلي[3]:

1-تبعة الربح:مفادها أن من يفيد من خطر ناشئ من نشاطه يجب عليه أن يتحمل تبعته و من ثم أن يعوض الأضرار الناجمة عن هذا النشاط.

2-تبعة النشاط أو استحداث الخطر:خلاصتها أن النفع وحده لا يكفي أساسا للمسؤولية، و انما يلزم أيضا أن يكون هناك خطر نشاط، بمعنى أن يكون النشاط الممارس هو ذاته يتسم بالخطورة،أو بعبارة أخرى يستحدث خطرا.

نفس الشيء بالنسبة للنشاط المصرفي؛ فباعتبار المسؤولية المصرفية مسؤولية مهنية تقدر على ضوء النشاط الذي يمارسه المصرف فانه بالنظر الى جدارته وتقنياته و الوسائل التي يمتلكها الا أن نشاطه بطبيعته هو مصدر للمخاطر نتيجة ارتباطه بعنصر المال و تأثره بالعوامل الاقتصادية المختلفة،فقد نادى بعض الفقهاء الفرنسيين بوجوب اعتماد نظرية المخاطر كمبنى للمسؤولية المصرفية[4]،بحيث تتحمل المصارف مسؤولية أي ضرر يحدث للعملاء أو للغير نتيجة ممارستها لنشاطها دون أن يكون قد صدر منها الخطأ.هذا الأمر فرضته أهمية موقع المصارف و ضخامة الأرباح التي يحققها باعتباره باعتباره تاجر نقد و دين [5].

---

[1] محمد شريف غانم،مرجع سابق،ص94.

[2] عادل جبري محمد حبيب ، مرجع سابق ،ص133.

[3] عادل جبري محمد حبيب ،نفس المرجع السابق ، ص137.

[4] لبنى عمر مستقاوي،مرجع سابق،ص227.

[5] عبد الرحمن صالح الطويل،ناجح داود رباح،مرجع سابق،ص13.

ولذلك فان أهم مبررات اللجوء اليها لاقامة المسؤولية المصرفية هي :

1-عدم تحميل العميل عبء اثبات خطأ البنك لصعوبة ذلك،اذ على عكس التزام البنك بتحقيق نتيجة يجد العميل صعوبة في اثبات خطأ البنك في حالة التزامه ببذل عناية،مهما بلغت درجة مهنيته و مهما كانت أهمية موقعه الاقتصادي يبقى قاصرا عن امتلاك كافة الأدلة التي تثبت خطأ البنك وعاجزا عن الحصول عليها[1].

2-عدم تمكين البنك من التملص من المسؤولية مهما كانت طبيعة التزامه العقدي.

لهذين السببين قام الفقه و الاجتهاد الفرنسي بتوسيع اطار الواجبات المصرفية و اغنائها خصوصا في الاطار العقدي عن طريق توسيع تطبيقات مفهوم حسن النية في تنفيذ العقود ،و بذلك أصبح مفهوم الخطأ المصرفي كخطأ مهني،يقترب شيئا فشيئا من مفهوم المخاطر الناتجة عن الربح،و أن مركز الثقل في المسؤولية المصرفية آخذا في الانتقال مع الوقت الى ما يمكن تسميته بالمسؤولية الوظيفية للمصارف لأنها لم تعد نتاج عمل ايجابي يقوم به البنك بل أصبحت تفسر كونها النتيجة الحتمية للمركز المتميز الذي يتمتع به[2].

إن أنصار هذا الاتجاه على قلتهم يجدون فيه آفاق مستقبلية للمسؤولية المدنية المصرفية ،بسبب التطورات الهامة التي يشهدها القطاع المصرفي، آخذين بعين الاعتبار ضخامة أرباحه و الموقع الاستراتيجي الذي أخصته له كافة التشريعات. و بالتالي أصبحت المسؤولية فيه تخاطب الجانب المهني الناتج عن نشاطها،هذا ما أدى إلى تشدد القضاء في اعتماد هذه المسؤولية على أساس المخاطر لأن أهمية موقع البنك هي التي تأخذ بعين الاعتبار لاقامة المسؤولية المرتبطة بنشاطه الذي يشكل قوة اقتصادية معتبرة بالنظر الى قوة العميل التي تشكل الطرف الضعيف في هذه العلاقة[3].

ومن تطبيقات مخاطر العمل المصرفي المتوقعة حالة صرف البنك لشيك متقن التزوير ، دون ثبوت خطئه، لكنه قام بصرف شيك مسروق لعميله مزورا توقيعه ،و لم

---

[1] لبنى عمر مستقاوي،مرجع سابق ،ص216.

[2] لبنى عمر مستقاوي،نفس المرجع السابق ،ص227.

[3] محفوظ لعشب ،**الوجيز في القانون المصرفي الجزائري**،مرجع سابق،ص110.

* **درجات تزوير الشيكات:=**

يتمكن هذا الأخير من اكتشاف السرقة إلا بعد صرف قيمته.هنا لا يسري هذا الوفاء في حق العميل لفقدانه شرطا جوهريا للوفاء به، ألا وهو صحة توقيع الساحب،و لا يجوز قانونا الزام العميل بما بمقتضى ذلك.

لذلك أسست محكمة النقض مسؤولية البنك على أساس المخاطر–تحمل البنك وحده قيمة الوفاء الخاطئ– لأن هذا الأمر من مخاطر المهنة و التي لا تتناسب أعباؤها مع المزايا التي تعود على البنوك من تدعيم للثقة بها،و بث روح الاطمئنان لدى المتعاملين معها.خاصة و أن صرف الشيكات المزورة يتطلب من البنوك قدرا كبيرا من الحيطة و الحذر متى استدعت ظروف الشيك و ملابساته ذلك[1].

المطلب الثاني:تقييم النظرية

تؤدي فكرة تحمل التبعة الى تقاعس الأفراد عن ممارستهم لحقوقهم مخافة شبح المسؤولية دون أدنى خطأ يرتكبونه.فالشخص الذي يمارس نشاطه في حدود حقوقه المشروعة،متخذا جميع الاحتياطات اللازمة لتجنب الاضرار بالغير مع الحصول على الترخيص اللازم لمزاولة النشاط مهيئا اياه لتحقيق مصالح لها أهميتها له و للمجتمع الذي يعيش فيه.فلو ألزمناه بتعويض الغير عن الأضرار التي تقع له من جراء هذا النشاط لقتلنا فيه الحافز الفردي لديه اذ بدلا من أن يعود عليه نشاطه بالفائدة سيعرضه لمطالبات بالتعويض تكلفه الكثير [2]،مما تجعله دائما يسعى الى تجنب المخاطرة و من يتجنبها لا يعمل أبدا فالكثير من الاحتياط يؤدي الى تدمير حرية المبادرة. فينجر عن ذلك جمود يؤدي

=1–الشيك المزور تزويرا متقنا:هو الذي لا يمكن لموظف البنك المتخصص و صاحب الخبرة اكتشافه بسبب دقته،و يلزم لاكتشافه خبير متخصص في الأدلة الجنائيةو يلزمه أدوات مخبرية،و هو أمر غير متيسر لدى البنوك و لا يتفق مع طبيعة العمل المصرفي و سرعة الآداء المطلوب فيه مما يصعب الأمرعلى البنك الذي يصرف يوميا آلاف الشيكات.

2–الشيك المزور تزوير عادي:هو ذلك التزوير الذي يمكن لموظف البنك المتخصص القائم باجراء عملية المضاهاة اكتشافه،دون الاستعانة بخبير في الأدلة الجنائية أو اجراء اختبارات معملية.

3–الشيك المزور تزويرا مفضوحا:هو ذلك التزوير الذي يفضح نفسه، مما يسهل على أي شخص عادي اكتشافه و بالتالي يكون من اليسير جدا على موظف البنك و بمجرد نظرة أولية بسيطة عليه اكتشافهلاختلافه تماما عن نماذج التوقيع المحفوظ لدى البنك.أنظر:عبد الفتاح سليمان،**استخدام الشيك و مشكلاته العمليةو حلولها**،الشركة الوطنية الموحدة للتوزيع،الطبعة الثانية،المملكة العربية السعودية،2006،ص ص222–229–236.

[1]عبد الفتاح سليمان،**استخدام الشيك و مشكلاته العملية و حلوله**،نفس المرجع السابق،ص 224:حكم محكمة النقض المصرية،بتاريخ1956/101/11 .

[2] عادل جبري محمد حبيب ،مرجع سابق،ص138.

إلى نتائج سيئة على الصعيدين الاجتماعي والاقتصادي،و المجتمع السليم من الناحية الاقتصادية هو الذي يفتح مجال لحرية التحرك لأفراده بحد أدنى من قواعد المراقبة التي تبقى ضرورية من أجل ضمان احترام المصلحة العامة،و لكن دون أن يؤدي ذلك الى تكبيل المبادرة الفردية .نفس الشيء بالنسبة للمجموعات الاقتصادية فلا يمكنها الاستمرار و الرقي دون توفير المناخ المناسب لعناصرها للعمل بحرية[1].

فبالرغم من أنها فكرة توحي بالبساطة إلا أنها بعدت كثيرا عن الواقع،بل و شكلت ظلالا معقدة على الواقع القانوني،فمن ناحية يرى الفقه التقليدي أن المسؤولية في القانون الفرنسي تبنى بوجه

عام على نظرية الخطأ أما نظرية تحمل التبعة فهي فكرة استثنائية لا يجوز اللجوء إليها إلا في أضيق الحدود و بمقتضى نص صريح يقررها[2].

لذلك فباعتبار المخاطر من صميم العمل المصرفي،و هي أكثر ما تتجلى في عمليات منح الائتمان التي يدق الخطر فيها في عامل المال و امكانية تأثره بالتقلبات الاقتصادية و كذا بالآجال لما يمكن أن يستجد من طوارئ اقتصادية أو مالية سواء تعلقت بالعميل أو بالبنك[3].تقضي على روح المنافسة بين البنوك على الصعيدين الاقتصادي و الاجتماعي، لأن هذه الأخيرة تبقى دائما متخوفة من احتمال حدوث ضررا للعميل في أية لحظة سواء كان بخطئه أو دونه.مما يدفع بالمصارف الى الاحتياط أكثر و بذل عناية أكبر سواء في ممارسة حقوقها أو في تنفيذ واجباتها ،فينعكس هذا كله سلبا على مصالح أطراف النشاط المصرفي،و على الاقتصاد بشكل عام[4].

[1] لبنى عمر مستقاوي،مرجع سابق،ص229.
[2] عادل جبري محمد حبيب ،مرجع سابق ،ص137.
[3] لبنى عمر مستقاوي،نفس المرجع السابق،ص230.
[4] لبنى عمر مستقاوي،نفس المرجع السابق،ص231.

وإذا كان القضاء اعتد بهذه الفكرة لاعمال مسؤولية البنك و التشدد فيها ، الا أنه بالمقابل يمكنه أن يشترط في عقود ه المصرفية عدم تحمل مسؤوليته عن فعله المجرد من الخطأ–في شكل اتفاقيات يبرمها مع العملاء [1]بسبب طبيعة العلاقة العقدية التي تربطهما [2] اعمالا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.فيبقى بذلك البنك في منئ عن المسؤولية.و تبقى البنوك في منئ عن المسؤولية،فيكون الضحية في كل ذلك هو العميل.

لذلك و"بالرغم من أن هذه النظرية قد أرصت مفهوما خاصا للمسؤولية المصرفية بوصفها أحد أشكال المسؤولية المهنية الا أنها لم تلغي تطبيق أحكام المسؤولية المدنية على العمل المصرفي،غير أن الواجبات المصرفية هي التي توسعت و أعيد تعريفها بما يتناسب مع المعطيات الاقتصادية،مع تطوير معيار الخطأ المصرفي ليتناسب مع مهنية القطاع المصرفي ،يحقق نتائج تنعكس ايجابا على النشاط المصرفي بشكل عام" [3].

*و بالرجوع الى مثالنا السابق على الشيك المزور ،فانه يؤخذ على هذه النظرية أيضا أنه لن يكون هناك أساس قانوني لرجوع البنك على موظفيه الذين أجرو العملية ما دام لم ينسب اليهم أي خطأ،بالرغم من كون البنك يتحمل وحده الضرر الذي أصاب العـــميل،مما سيـــدفع بالموظفين القائمين على المضاهاة الى التساهل في اجرائها الشيك [4]؛ إذ ترى أن تحميل البنك كامل المسؤولية عن صرف شيك مزور–رغم عدم وجود

[1] عز الدين الدناصوري،عبد الحميد الشواربي،مرجع سابق،ص1685.
[2] عز الدين الدناصوري،عبد الحميد الشواربي،نفس المرجع السابق، ص1687.
[3] لبنى عمر مستقاوي،مرجع سابق،ص231.
[4] عبد الفتاح سليمان،**استخدام الشيك و مشكلاته العملية و حلولها**،مرجع سابق،ص226.

الخطأ– أن أساس الرجوع على البنك هو المسؤولية التقصيرية ،لكن أحد أركان هذه الأخيرة هو الخطأ،فطالما أن البنك لم يخطئ فانه من الصعب القول بتحميله وحده كامل المسؤولية عن صرف شيك مزور[1].

اذن الأصل أن مسؤولية البنك تقوم على أساس الخطأ و الضرر معا و ليس على أساس الضرر فقط،و ذلك طبقا للقواعد العامة للمسؤولية المدنية[2].

[1] عبد الفتاح سليمان ، **استخدام الشيك و مشكلاته العملية و حلولها**، مرجع سابق ،ص226.
[2] عز الدين الدناصوري،عبد الحميد الشواربي،مرجع سابق ،ص1685.

بعد تعرفنا في الفصل السابق على الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية البنك المدنية في حق عملائها،سنحاول من خلال هذا الفصل التطرق إلى شروط ثبوتها فعلا في حقه، ذلك لأن مجرد توفر الخطأ في جانب البنك لا يكفي لقيام مسؤوليته المدنية؛ بل لا بد من استجماع بقية الشروط الضرورية لذلك، لكي يتحقق الجزاء ويصبح من حق العميل المطالبة بتحقيق العدالة التي رسمها له المشرع.

لذلك ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث؛إذ سنتناول في:

المبحث الأول:الضرر الواجب التعويض الذي، وفي المبحث الثاني سنتناول فيه، كيفية إثبات علاقة السببية، وأما في المبحث الثالث:فسنتطرق إلى الجزاء الذي أقره المشرع للعميل جراء ارتكاب البنك لخطأ في حقه.

المبحث الأول: الضرر الموجب للتعويض

إن وقوع الخطأ وحده لا يكفي لقيام المسؤولية المدنية للبنك و إنما يجب أن يترتب على هذا الأخير ضررا يصيب العميل لأن تحققه هو المحرك الأساسي لإقامة مسؤولية البنك،حيث يشكل التعويض على هذا الضرر الهدف الأساسي من سعي الأول إلى ترتيب مسؤولية الأخير[1]. لذلك سنتطرق إلى مفهومه ثم نعرج على مظاهره في العمل المصرفي.

المطلب الأول: مفهوم الضرر

نظم المشرع الجزائري النصوص المتعلقة بالتعويض ضمن ذات المواد التي تتناول الضرر سواء في إطار المسؤولية العقدية أو التقصيرية انطلاقا من نص المادة 176 إلى المادة187من التقنين المدني، كون التعويض هو المقابل المادي للضرر. وهذا الركن من أركان المسؤولية المدنية يكتسي أهمية كبيرة .

الفرع الأول:تعريف الضرر

الضرر لغة يعني: "عدم النفع، والشدة والضيق وسوء الحال والنقص في الأموال والأنفس"[2]، ويعرفه الفقه الإسلامي بأنه:" إلحاق مفسدة بالآخرين أو كل إيذاء يلحق بالشخص سواء في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته "[3].

وعرفه فقهاء القانون أنه: "إخلال بمصلحة مشروعة، و هو مناط التعويض"[4].وهناك من عرفه أنه: "الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له[5], سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسمه أو عاطفته أو بماله

[1] لهنى عمر مستقاوي،مرجع سابق،ص265.
[2] حسن حنتوش الحسناوي،مرجع سابق،105.
[3] حسن حنتوش الحسناوي،نفس المرجع السابق ،ص105.
[4] محمود جلال حمزة، مرجع سابق،ص97.
[5] Antoine Vialad, **Droit civil algerien,la responsabilite civile delictuelle**,2eme edition,office des publications universitaires,Algerie,1986, p152.

أو شرفه أو غير ذلك " [1]. فوقوع الضرر واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق [2]؛إذن فالضرر نوعان إما مادي أو معنوي.

*أما الضرر المادي هو الذي يمكن تقويمه بالنقود، يصي ب الشخص في ذمته المالية [3]، يصيب المضرور بانتقاص حقوقه المالية، أو تفويت مصلحة مشروعة تسبب خسارة مادية له[4].

*أما الضرر المعنوي فلم ينص المشرع الجزائري سابقا صراحة على التعويض عليه، بل كان يقضي بنص المادة 3 في فقرتها الرابعة من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري:

"تقبل دعوى المسؤولية المدنية عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو جثمانية أو أدبية ناجمة عن الوقائع موضوع الدعوى الجزائية." [5]؛ حيث أقر المشرع الجزائري أن أن التعويض يقبل عن كافة أوجه الضرر المادي والأدبي في الدعوى المدنية بالتبعية، فكان على إثرها يقضي بالتعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية.

لكنه نص عليه صراحة في قانون العمل، حيث تناول التعويض عن الضرر المعنوي في نص المادة 8 من قانون العمل الجزائري الصادر في سنة 1978 والتي مفادها :

"يضمن القانون حماية العامل أثناء ممارسة عمله كل أشكال الإهانة والقذف والتهديد والضغط أو محاولة حمله على التشيع والتبعية". [6]

ولكن بعد صدور القانون رقم(05-10)المؤرخ في20 يونيو2005 المتضمن القانون المدني وضع المشرع نص صريح يتعلق بالتعويض عن الضرر المعنوي في نص

[1] علي فيلالي،مرجع سابق،ص244.
[2] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق ،المجلد الثاني،الجزء الأول،ص 980.
[3] حسن حنتوش الحسناوي،مرجع سابق،ص120.
[4] محمود جلال حمزة،مرجع سابق،ص98.
[5] الأمر رقم(69-73)المؤرخ في 16سبتمبر1969المتضمن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.
[6] علي علي سليمان،مرجع سابق،ص243.

المادة182مكرر من التقنين المدني الجزائري والتي جاء فيها:"يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة"[1].

*ومن تطبيقاته عدم قيام البنك بتنفيذ تعليمات العميل بتحويل مبلغ من حسابه لمستفيد معين وترتب على هذا الإخلال إساءة لسمعة العميل[2].

الفرع الثاني:خصائص الضرر

والضرر الذي يلحق بالعميل قد يكون ضررا حالا وقد يكون ضررا مستقبليا كما يلي:

أولا-الضرر الحال

هو ذلك الضرر الذي يكون قد تحقق فعلا بأن تقوم به المسؤولية [3]،يشترط فيه سواء كان ماديا أو أدبيا أن يكون محققا، بحيث يكون قد وقع فعلا [4]. فإذا تضرر العميل من تعسف البنك في ممارسة حقه في تحريك معدلات الفوائد، بحيث قام بزيادتها بصورة غير مبررة،يكون الضرر الناتج-المتمثل في زيادة الأعباء المادية على العميل- هو ضرر حال وأكيد؛ يكفي لإثباته من قبل العميل لترتيب مسؤولية البنك[5].

ثانيا-الضرر المستقبل

هو" الضرر الذي قامت أسبابه ولكن تراخت نتائجه كلها أو بعضها إلى المستقبل، فهو الضرر الكامن بالقوة في الفعل الضار والذي يحمل في ذاته كافة مقومات تحققه بحيث يشكل امتدادا فعليا للوضع القائم مما يتيح تقديره بصورة مباشرة" [6]. وهو الضرر الذي يجب أن يكون محقق الوقوع [7]؛ إذ لا يكفي أن يكون محتملا فقط بل لا بد من التأكد من تحقق وقوعه.ويكون كذلك إذا كان تقدير القضاء له سهلا ميسورا، لأن هذا الأمر يثير إشكالا في إمكانية حدوث الضرر المستقبلي. لذا فإذا كان يمكن تقديره في الحال جاز

---

[1] قانون رقم(05-10)المؤرخ في20يونيو,المتضمن القانون المدني الجزائري،2005.

[2] عبد الفتاح سليمان، **المسؤولية المدنية و الجنائية في العمل المصرفي في الدول العربية** ،مرجع سابق،ص57.

[3] لبنى عمر مستقاوي، مرجع سابق،ص268.

[4] العربي بلحاج، مرجع سابق، ص287.

[5] لبنى عمر مستقاوي،نفس المرجع السابق ،ص268.

[6] محمود جلال حمزة،مرجع سابق ،ص99.

[7] عبد الرزاق السنهوري،مرجع سابق،المجلد الثاني،الجزء الأول،،ص984.

للعميل المطالبة به فورا، عند تعذر ذلك فان القاضي الموضوع يحكم بالتعويض عما وقع من ضرر، ويحتفظ للعميل بالحق في أن يرجع بعد ذلك بالتعويض عند استفحال الضرر في المستقبل[1].

المطلب الثاني:مظاهر الضرر المصرفي

حسبما جاء في نص المادة 182 في فقرتها الأولى: "...ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب،... "تستنتج أن هذه المادة تخاطب الضرر المادي الذي ينتج من جراء خطأ البنك هو ما يلحق الدائن من خسارة أو الربح الفائت وما فاته من كسب أو تفويت فرصة الكسب.أما الضرر المعنوي فانه لا يتحلل إلى هذين العنصرين؛ وإنما يعتبر عنصرا قائما بذاته،كما أن التعويض عنه لا يؤدي إلى محو الضرر بالكامل وإنما يساهم إلى حد ما في التخفيف من حدته[2].

الفرع الأول: الربح الفائت

ونعني بها الكسب الفائت، والذي يتحدد بالربح الذي ضاع على الدائن عند استغلاله للشيء[3].ويكون البنك بالتالي مسؤولا، وملزما بالتعويض عن الضرر المتمثل بالخسارة الحالة –الربح الفائت– مع الأخذ بعين الاعتبار توزيع المسؤولية بين البنك والعميل، إذا كان هذا الأخير عميلا مهنيا وبالتالي يمكنه على الأقل السعي جاهدا للحفاظ على مصالحه لدرايته بالعمل المصرفي ومخاطره[4].

*ومن تطبيقاته حصول العميل على تسهيلات مالية لتنفيذ مشروع محدد، وأسدى له النصيحة بالاستفادة من التسهيلات بالعملة الوطنية، بالرغم من توافر معطيات لديه تنبئ بانخفاض قيمة العملة في المستقبل القريب وفي المقابل ارتفاع معدلات الفوائد أو امتنع عن

[1] العربي بلحاج، مرجع سابق،ص287.
[2] حسن حنتوش الحسناوي،مرجع سابق،ص ص152–153
[3] أحمد شوقي محمد عبد الرحمن،**دراسات بحثية في المسؤولية المدنية**،مرجع سابق،ص288.
[4] لبنى عمر مستقاوي،مرجع سابق،ص272.

إعلامه بها ولم يسدي له النصيحة بالعدول على الحصول على تسهيلات بالعملة الوطنية أي أنه أسدى له معلومة مغلوطة أو امتنع عن تقديمها[1].

الفرع الثاني: تفويت الفرصة

قد تفوت الفرصة على الشخص من جراء خطأ شخص آخر، كإهمال إخطار لكن الأمر يقتصر فقط على مجرد ضياع فرصة الكسب. بالرغم من أنها قد لا تتحقق فإخلال بهذا الحق يعد ضررا وإن كانت نتيجة مباشرته احتمالية ويشترط أن يكون أمل المضرور في الحصول على الكسب مبررا، قائما على أسباب مقبولة من شأنها ترجيح كسب فوّته عليه العمل غير المشروع [2].

إذ يثير الاعتداد بهذا الأمر كضرر أم لا، يستحق التعويض عليه إشكالية كونه يخرج عن دائرة الضرر الأكيد والمحقق الوقوع [3].بسبب الخلط بينه وبين الضرر المحتمل باعتباره الضرر الذي لا هو قد تحقق فعلا، ولا هو محقق الوقوع في المستقبل، فهو ضرر مستقبلي لكن لا يوجد ما يؤكد وقوعه، وبالتالي لا تقوم به المسؤولية[4].

ولا يتم التعويض عنه بسبب صعوبة توقعه [5]. وبذلك يكون تقدير القاضي للتعويض–لاعتباره ضررا أو لا– على أساس تفويت الفرصة لا على أساس نتيجة هذه الفرصة؛ إذ يراعي فيه مدى قوة أو ضعف تحقق النتيجة الاحتمالية [6]، فهو أمر تتسع فيه سلطة القاضي التقديرية حيث استقر القضاء الفرنسي و المصري على اعتبار تفويت الفرصة في حد ذاته ضررا محققا وليس احتماليا،على أساس أن المضرور كان له الحق في استخدام الفرصة المتاحة له[7].

---

[1] لبنى عمر مستقاوي،مرجع سابق،ص272.
[2] أحمد شوقي محمد عبد الرحمن،**دراسات بحثية في المسؤولية المدنية**،مرجع سابق،ص180.
[3] لبنى عمر مستقاوي، مرجع سابق،273.
[4] محمود جلال حمزة،مرجع سابق ،ص101.
[5] العربي بلحاج،مرجع سابق،ص289.
[6] محمد صبري السعدي،مرجع سابق،الجزء الثاني،ص80.
[7] أحمد شوقي محمد عبد الرحمن،**دراسات بحثية في المسؤولية المدنية**،مرجع سابق،ص180.

*ومن تطبيقاته، حالة امتناع البنك عن وضع تسهيلات تحت تصرف العميل مما يلحق ضرر متمثل في تفويت فرصة تنفيذ المشروع الذي يسعى إلى تمويله بواسطة التسهيلات المتفق عليها [1].

المبحث الثاني:إثبات علاقة السببية

لا يكفي لقيام المسؤولية أن يقع الخطأ و يتحقق الضرر؛ بل لا بد أن يكون بينهما ترابط سببي،بأن يكون أولهما هو السبب الذي استتبع الثاني نتيجة ضرورية له؛ إذ لا تقوم المسؤولية المدنية للبنك عقدية كانت أم تقصيرية اتجاه عميله إلا بتوافرها، بأن يكون خطأ البنك هو سبب الضرر اللاحق بالعميل[2].

وعلاقة السببية تعني نسبة الضرر إلى فعل المسؤول مباشرة، لذلك كان الأصل فيها أن مدعي التعويض(العميل) يجب عليه إثبات أركان المسؤولية الثلاثة-الخطأ-الضرر-العلاقة السببية بينهما، بشتى وسائل وطرق الإثبات، وإن كان هذا لا يمنع المدعي عليه(البنك) من دفع المسؤولية عنه بهدم هذه القرائن عن طريق إثبات انعدام السببية بين خطئه والضرر الذي لحق العميل[3].

إذن لترتيب المسؤولية المدنية للبنك إزاء عميله، لا بد من إثبات صلة السببية بين الخطأ والضرر اللاحق بالعميل وتقدير وجودها. لأن انقطاع هذه الرابطة يؤدي إلى عدم قيام المسؤولية اتجاه العميل مما يؤدي إلى إعفائه من المسؤولية.

لذلك سنحاول ضمن هذا المبحث التعرف على شروط إقامة علاقة السببية بين الخطأ البنك والضرر اللاحق بالعميل، من خلال المطلب الأول: تقدير علاقة السببية، ثم التعرف على الأسباب التي تعفي البنك من المسؤولية في: المطلب الثاني.

المطلب الأول:تقدير الرابطة السببية

لم يخصص المشرع الجزائري نصا خاصا ف ي القانون المدني يتعلق بعلاقة السببية،بل جاءت الإشارة إليها صراحة حينا وضمنا أحيانا أخرى في مواد متفرقة من هذا

[1] لبنى عمر مستقاوي، مرجع سابق، ص274.
[2] عبد الفتاح سليمان ، **المسؤولية المدنية و الجنائية في العمل المصرفي في الدول العربية**، مرجع سابق،ص61.
[3] سليمان مرقص، مرجع سابق،ص ص474-475.

القانون، لكنه أقرها في المسؤولية عن العمل الشخصي صراحة كما جاء في نص المادة 124مكررمن القانون المدني الجزائري أن: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه،و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض."؛ إذ نستشف منها أن المسؤولية لتقوم لابد لها من ضرر يسببه خطأ المسؤول .

فالعميل ملزم بإثبات صلة السببية المباشرة بين الخطأ والضرر. ويتم ذلك بجميع وسائل الإثبات، ومن بينها القرائن التي يجب أن تكون واضحة خالية من عنصر الاحتمال[1].لأنه من حيث المبدأ، تكون رابطة السببية واجبة الإثبات فلا يعفى العميل من إقامة الدليل على وجودها، إلا في الحالات التي يضع فيها القانون قرينة السببية لمصلحته. كما في حالات المسؤولية المفترضة قانونا كمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه التي لا يجوز دفعها إلا بنفي مسؤولية تابعه بإقامة الدليل على وجود السبب الأجنبي [2]، ومسؤولية حارس الأشياء الجامدة، التي لا يجوز دفعها إلا بإثبات السبب الأجنبي [3]. وتلك العقدية إذا كانت طبيعة الالتزام هو تحقيق نتيجة لأن القرينة هنا هي العقد المبرم بين البنك وعميله واضحة[4]، فتقوم المسؤولية في هذه الحالة بمجرد عدم حصول النتيجة المتعهد بها من قبل البنك[5] فإذا كان محل الالتزام فيها هو القيام بعمل أو إعطاء شيء معين، فعلى العميل إثبات قيام الالتزام بإثبات وجود العقد. أما في حالة الامتناع عن القيام بعمل فانه يجب على العميل إقامة الدليل على وقوع الفعل الذي تعهد البنك بالامتناع عنه [6]. باستثناء هذه الحالات فانه يصعب على العميل إثبات علاقة السببية في الالتزام ببذل عناية[7].

[1] لبنى مستقاوي، مرجع سابق، ص289.
[2] محمد صبري السعدي، مرجع سابق، الجزء الثاني،ص209.
[3] سليمان مرقص،مرجع سابق،ص474
[4] لبنى مستقاوي، نفس المرجع السابق ،ص289.
[5] علي فيلالي، مرجع سابق،ص281.
[6] عبد الفتاح سليمان، **المسؤولية المدنية والجنائية في العمل المصرفي في الدول العربية**، مرجع سابق،ص50.
[7] أنور العمر، المبادئ، مرجع سابق،ص51.

لذلك حاول الفقهاء اعتماد معيارا محددا لتقدير رابطة السببية للاعتداد بها لإقامة المسؤولية المدنية للبنك، والنظريات الفقهية التي تناولت الأمر كما سنتناولهما من خلال الفرعين التاليين هما،نظرية الفرع الأول: تعادل الأسباب.والفرع الثانينظرية السبب المنتج.

الفرع الأول:نظرية تعادل الأسباب

نادى بها الفقيه الأماني *Vonburi*مقتضاها أن" يسهم الفعل في إحداث الضرر ويعتبر سببا في حدوثه حتى وإن تعددت الأسباب فكلها تدخل وتتعادل في إحداث الضرر" [1]، ومنه فالسبب ما هو إلا: "مجموع القوى التي ساهمت في إحداث الظاهرة، وما هو إلا علاقة ضرورية بين الخطأ وأثره".[2]

إذ يجب الاعتداد بجميع الأسباب التي تتفاعل لإحداث الضرر، مهما كانت درجة إسهام كل سبب في إحداثه، لأن العبرة بها جميعا.ولأن كل سبب منها ضروري بحيث لا يمكن الاستغناء عنه، لذلك فعملية فرزها ليست مهمة.

لكن هذه النظرية انتقدت لعدم جدواها لأنه لا بد من التمييز بين الأسباب التي تدخل فعلا في إحداث الضرر المباشر، أي المنتجة له وبين غيرها إذ قد يحدث أن تكون هناك أسباب ولكنها لا ترقى لإحداث أي أثر سلبي في العلاقة بنك–عميل.[3]

وبالرغم من أن الفقه الفرنسي مازال يعتمدها في الكثير من أعماله إلا أنها لم تسلم من النقد لأن الفعل الواحد قد يؤدي إلى سلسلة من الأضرار وبالتالي يصعب على قاضي الموضوع تحديد أيهما كان السبب المباشر للضرر.[4]

الفرع الثاني:نظرية السبب المنتج

نادى بها الفقيه الألماني *Vonkries* أنه: "إذا اشتركت عدة وقائع في إحداث الضرر فانه يجب استخلاص الأسباب المنتجة المباشرة فقط، وإهمال باقي الأسباب"[5].

---

[1] محفوظ لعشب، **المبادئ العامة في القانون المدني الجزائري**،ديوان المطبوعات الجامعية،بدون سنة نشر،ص233.
[2] محمد صبري السعدي،مرجع سابق،الجزء الثاني،ص96.
[3] علي فيلالي،مرجع سابق،ص274.
[4] لبنى مستقاوي،مرجع سابق،ص292.
[5] محمد صبري السعدي، نفس المرجع السابق،الجزء الثاني،ص98.

السبب المنتج، هو ذلك السبب الذي يكون النتيجة المنطقية لإحداث الضرر للعميل، كما جاء في نص المادة182من التقنين المدني الجزائري السابق ذكرها في فقرتها الأولى: "...ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به..." أن المشرع الجزائري يعتد بالخطأ الذي يكون النتيجة الطبيعية والذي نتج عنه الضرر مباشرة ؛ أي بسببه لم يتحقق الوفاء بالالتزام أو تأخر عن الوفاء به. بمعنى أن تكون السببية بين الخطاء والضرر الواجب التعويض محققة " *certaine* ومباشرة *directe*"[1]. لذلك فإذا اشتركت عدة أسباب في أحداث الضرر فالأكيد أنها ليست جميعها متساوية، لذا يجب التمييز من التعويض: بين الأسباب العارضة وبين الأسباب المنتجة، فالأولى تستبعد من إحداث الضرر آما الثانية فيعتد بها [2].

إذ يرى الفقه المصري آن عبارة المادة 221 من القانون المدني المصري في فقرتها الأولى في نصها على التعويض : "... يجب عن الضرر الذي يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء آو التأخر فيه." إنما تأيد الآخذ بنظرية السبب المنتج وهو ما أخذ به القانون المدني الجزائري في مادته 182 في فقرته الأولى جاءت مطابقة للنص المصري : " إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد آو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به" .

ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن آن يتوقاه، في بذل جهد معقول "[3] نلاحظ من خلا ل نص هذه المادة آن المشرع الجزائري، يأخذ بنظرية السبب المنتج للضرر المباشر الذي هو النتيجة الطبيعية للخطأ الذي أحدثه. لذلك نجحت هذه

[1] سليمان مرقص ، مرجع سابق ،ص 456

[2] http://ar.jurispedia.org/index.php رابطة السببية في المسؤولية المدنية ،2007/06/70:

[3] الآمر رقم (75–58) المتضمن القانون المدني، المؤرخ في 1975/09/26،الجريدة الرسمية رقم44.

النظرية في حمل الفقه والقضاء على الآخذ بها وتم هجر نظرية تكافؤ الأسباب [1]. ونجد أيضا أنه بالرجوع لنص المادة 182 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية السابق ذكرها التي جاء فيها: "غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيم إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد."

لكن ما نلاحظه أيضا أن المشرع الجزائري لفظ "التزام" بقوله: "غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد... "، محددا أن مصدر الالتزام المخصوص بالذكر في هذه الفقرة هو العقد المبرم بين الدائن(العميل) والمدين (البنك)، فهنا المشرع الجزائري ذكر لفظ الالتزام بالمعنى الحرفي للفظ ألا وهو واجب قانوني أو رابطة قانونية أتبعها بمصدرها، وهو العقد. لكن عبارة :"غير أنه " هنا تفيد أن المشرع قد تطرق إلى المسئوليتين العقدية والتقصيرية في الفقرة الأولى من نص المادة 182 من القانون المدني الجزائري السابق ذكرها،لكنه أخص الحديث في الفقرة الثانية بعد ذكره عبارة: "غير أن" السابق ذكرها أعلاه بالتطرق فقط إلى نوع واحد من المسؤولية ألا وهي المسؤولية العقدية.

ومن هنا نستنتج أن عبارة: "... ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول." تنطبق أيضا على كلتا المسؤوليتين، ومعناها أن الضرر الذي يعتد به المشرع الجزائري هو الذي يكون ناتجا عن فعل المسؤول والذي لا يكون العميل باستطاعته تفاديه أو تجنبه .إذ اعتبره نتيجة طبيعية لحتمية وقوعه وذلك إذا كانت ملابسات الفعل الخاطئ كلها تحتم وقوعه لعدم استطاعة العميل توقيه و درئه،مهما كانت طبيعة الخطأ عقديا كان أو تقصيريا.و هو ما يطلق عليه بالضرر المباشر وهو: "الذي يكون نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدثه،و الذي كان المضرور لا يستطيع توقيه ببذل جهد معقول". [2]

[1] محمد صبري السعدي ، مرجع سابق ، الجزء الثاني،ص 98

[2] محفوظ لعشب، **المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري**،مرجع سابق،ص233.

وبانعدام الصلة المباشرة بين خطأ البنك و الضرر الذي لحق بالعميل فلا يعوض أصلا عن هذا النوع من الضرر سواء في المسؤولية العقدية أو التقصيرية؛ إذ لا يعوض إلا عن الضرر المباشر[1].

[1] عبد الرزاق السنهوري،**الوجيز في شرح القانون المدني بوجه عام،آثار الالتزام**،الجزء الثاني،دار النهضة العربية،مصر،1982،ص1105.

المطلب الثاني:انتفاء الرابطة السببية

نتفي رابطة السببية، إذا استطاع البنك إثبات أن الضرر الذي أصاب العميل لم يكن نتيجة عدم الوفاء بالتزاماته اتجاهه، أو خطئه؛ إذ قد تعود لسبب خارج عن إرادة البنك يستوجب عليه إثباته أو بسبب خطأ العميل نفسه،كما عبرت عليه الإرادة التشريعية الجزائرية بالسبب الأجنبي [1] في نص المادة 127من التقنين المدني الجزائري: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ،أو القوة القاهرة،أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير،كان غير ملزم بتعويض الضرر،ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك". [2]

ولذلك وفي إطار مسؤولية البنك اتجاه عميله،فان ارتكاب هذا الأخير لخطأ أو تحقق ظرف من الظروف المذكورة في نص المادة السابقة،يؤدي إلى عدم ترتيب أية مسؤولية،مما قد يشكل مانعا كليا أو جزئيا لمسؤولية البنك اتجاهه.

كما أنه يعفى البنك من المسؤولية كما جاء في نص المادة 127من القانون المدني : "...ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك" أي يعفى هذا الأخير عند وجود نص قانوني خاصة ما تعلق منها بتعليمات البنك المركزي التي تعتبر واجبة التطبيق عليه أو بعض الأعراف المصرفية.كما يمكنه أيضا الاتفاق مع العميل على إعفائه من المسؤولية وهذا ما سنراه في الفرع الثاني، أما الفرع الأول:فسوف نتناول فيه ماهية السبب الأجنبي للتعرف عليه وعلى الحالات التي لو حدثت نقول أننا بصدد سبب أجنبي.

الفرع الأول:ماهية السبب الأجنبي

سنقوم أولا بتعريف السبب الأجنبي، وبعد ذلك نتعرف على الحالات التي يقوم فيها السبب الأجنبي، كما يلي:

[1] محفوظ لعشب،**المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري**، مرجع سابق،ص237.

[2] الأمر رقم(75-58) المتضمن القانون المدني، المؤرخ في 1975/09/26،الجريدة الرسمية عدد 44.

أولا–تعريف السبب الأجنبي

السبب الأجنبي أو كما جاء في نص المادة127من التقنين المدني الجزائري: "...لا يد له فيه...فهي عبارة موجهة للمدعي عليه ألا وهو البنك، سواء قامت في حقه المسؤولية على الخطأ العقدي أو مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه في المسؤولية عن فعل الغير أو مسؤولية الحارس عن الأشياء الواقعة تحت حراسته، في هذه الحالة هو "كل فعل أو حادث لا يد له فيه،و يكون هذا السبب قد جعل منع وقوع العمل الذي أفضى إلى الضرر مستحيلا. "[1]؛ إذن من هنا نجد أن السبب الأجنبي هو فعل خارجي عن إرادة البنك، لم يكن *ليتوقعه imprevisibilite* أو يستطيع دفعه *inevitabilite*.لذلك لتحقق السبب الأجنبي لا بد من توافر ركنان هما:

1–ركن السببية: *Imposibilite d'execution*

معناها أن الضرر كان محتم الوقوع فينتج عليه استحالة وفاء البنك بالتزاماته اتجاه عميله الوفاء[2].

2–**ركن انتفاء الإسناد:***non-imputabilite*

معناه عدم إمكانية إسناد الفعل الضار للبنك،لأن حدوثه كان أصلا مستبعدا من قبله، ولم يكن في الحسبان[3].لذلك على البنك أن يتفانى في إثبات السبب الأجنبي لدرء المسؤولية عنه.لذلك سنحاول في هذا الفرع التعرف على حالات السبب الأجنبي.

[1] محمد صبري السعدي،مرجع سابق،الجزء الثاني،ص109.
[2] سليمان مرقص،مرجع سابق،477.
[3] محمد صبري السعدي،نفس المرجع السابق ،الجزء الثاني،ص109.

ثانيا-حالات السبب الأجنبي

1-1-القوة القاهرة

القوة القاهرة هي "الحدث الذي ليس بالإمكان توقعه ولا يستطاع دفعه، والذي يحصل دون أن يكون للمدعي عليه(البنك) يد فيه" [1].هناك من يعرفها أنها نفسها الحادث الفجائي، وهو الحادث الذي يستحيل توقعه كانفجار آلة،أما المشرع الجزائري،اعتبرهما شيء واحد ،يتميزان بصعوبة توقع حدوثهما وكذا استحالة دفعهما، كما قد تكون قوة قاهرة صدور تشريع أو أمر إداري واجب التنفيذ *fait du prince* كأن يصدر عن البنك المركزي تعليمة[2].

لذلك ومن أجل الاعتداد بالقوة القاهرة في إطار المسؤولية المصرفية، يجب أن يكون الحدث المعتد به غير منسوب للبنك أي خارجي عنه .

1-2-خصائص القوة القاهرة

للقوة القاهرة خصائص تميزها، هي أنها غير متوقعة واستحالة دفعها، كما سيأتي:

أولا-الطابع الغير متوقع

يجب أن تكون القوة القاهرة أو الحدث الفجائي مما لا يمكن توقعه، لأنه إذا أمكن توقع الحدث حتى لو استحال دفعه لم يكن قوة قاهرة[3].

وعدم التوقع لا يكون فقط من جانب بنك معين بذاته،بل يكون من جانب أشد البنوك يقظة،فالمعيار هنا معيار موضوعي بأن يكون عدم التوقع مطلقا لا نسبيا [4].لأنه في إطار المسؤولية المصرفية،و بالنظر إلى أن البنك كمدين محترف يفترض به امتلاك معلومات ووسائل تمكنه من الاستعلام والتوقع والتبصر بصورة أفضل من المدين العادي؛ إذ يكون

[1] محفوظ لعشب ،**المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري**،مرجع سابق،ص237.
[2] محمد صبري السعدي،مرجع سابق ،الجزء الثاني،ص111.
[3] لبنى عمر مستقاوي،مرجع سابق،ص300.
[4] عبد الفتاح سليمان، **المسؤولية المدنية و الجنائية في العمل المصرفي في الدول العربية** ،مرجع سابق،ص300.

على دراية بالمخاطر المتعلقة مثلا، بأسعار الفائدة خاصة في حالات تقديم الائتمان والسيولة، وتقلبات سعر الصرف[1].

وتكون استحالة التوقع في المسؤولية العقدية للبنك،وقت إبرام العقد،أما في المسؤولية التقصيرية فتقوم وقت وقوع الفعل الضار.[2]

ثانيا-استحالة الدفع

إن هذه الخاصية تعني أن البنك لم يكن في مقدوره تجنب هذه الوقائع.فكما هو الحال في استحالة التوقع يرتبطان بظروف الحال ارتباطا وثيقا [3] ،فهي تعني أيضا استحالة دفع وقوع الضرر،حتى بالنظر إلى الوضعية الاقتصادية للبنك ومدى اطلاعه على كل المتغيرات التي تطرأ على الساحة المالية وكذا بالنظر إلى الوسائل التي يمتلكها،لذلك لا بد أن تكون استحالة مطلقة بالنسبة إليه [4]. والاستحالة هنا قد تكون استحالة مادية أو معنوية وكمثال عن هذه الأخيرة ما يفرضه الواجب المهني المصرفي في واجب الالتزام بالامتنا ع عن العمل- التزام سلبي- بعدم إفشاء الأسرار المصرفية للعملاء [5].ويقدر معيار استحالة الدفع بالنسبة للبنك بنفس معيار عدم التوقع،وتخضع في تقديرها لرقابة قاضي الموضوع[6]. الموضوع[6]. ومن تطبيقات القوة القاهرة :

*حالة صدور قرار من البنك المركزي ضمن صلاحياته بإصدار قرارات ملزمة للبنوك، بمنع الإقراض لقطاع اقتصادي معين.فإذا كان هناك مفاوضات جارية بين البنك والعميل ينتمي نشاطه إلى القطاع المشمول بالمنع.وكانت هذه المفاوضات جدية وقد قطعت شوطا أصبح معه منح الائتمان شبه مؤكد، فان إيقاف البنك لهذه المفاوضات، وامتناعه عن

---

[1] طارق عبد العال حماد،**التطورات العالمية و انعكاساتها على أعمال البنوك**،الدار الجامعية،مصر،2003،ص116.
[2] علي فيلالي،مرجع سابق،ص287.
[3] عادل أحمد الطائي ،مرجع سابق،ص199.
[4] لبنى عمر مستقاوي، مرجع سابق ،ص300.
[5] محمد عبد الودود أبو عمر، مرجع سابق،ص56.
[6] عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني- نظرية الالتزام بوجه عام-آثار الالتزام**،مرجع سابق، المجلد الثاني،الجزء الثاني ،ص779.

ذلك يكون عائدا لقوة قاهرة متمثلة بقرار منع الإقراض الصادر عن السلطات المختصة، مما يعفيه اتجاه العميل[1].

*حالة الاعتماد المستندي تدخل القوة القاهرة ضمن القواعد الدولية للإعفاء من المسؤولية فمسؤولية البنك عن الاعتماد المستندي مسؤولية عقدية في مواجهة عميل المشتري الآمر بإصدار الاعتماد تستند إلى العقد المبرم بين البنك والآمر. ومسؤولية عقدية أيضا في مواجهة البائع المستفيد من الاعتماد، تستند إلى خطاب الاعتماد المرسل من البنك للمستفيد[2]. ويمكن الإعفاء من المسؤولية الناشئة عنه أو الحد منها وفقا للأحكام الدولية المنصوص عليها في لائحة القواعد والعادات الموحدة للاعتمادات المستندية، طبقانص المادة 17 من النشرة 500 السابق ذكرها،تساير نفس الأحكام القانونية هي النتائج التي تنجم عن انقطاع أعمال البنك بسبب أيةِ اضطرابات أو إغلاق،كما أن البنك لا يلتزم عند استئناف عمله بأن يتحمل بالتزام مؤجل بالدفع أو بأن يدفع أو يقبل أو يخصم بخصوص اعتماد انتهت مدة سريانه أثناء انقطاع عمل البنك،إلا إذا صرح خطاب الاعتماد بذلك بناء على موافقة طالب الاعتماد لدى البنك المصدر[3].

2-خطأ العميل

قد يحدث أن يتسبب العميل في الخطأ وليس البنك كما جاء في نص المادة 127من التقنين المدني الجزائري السابق ذكرها،شرط أن يكون خطأه غير متوقع وغير ممكن الدفع[4].

وهو خطأ لا يفترض بل يجب على البنك إثباته،ولا يشترط فيه مواصفات خاصة، لخضوعه للأحكام العامة فقد ينتج عن إهمال أو قلة احتراز ،مع الأخذ بعين الاعتبار صفة العميل؛ لأنه إذا كان عميلا ممتهنا فلا بد لهذه الصفة أن تؤثر في تقدير التصرف الخاطئ

[1] لبنى عمر مستقاوي، مرجع سابق،ص303.
[2] عبد الفتاح سليمان ، **المسؤولية المدنية و الجنائية في العمل المصرفي في الدول العربية** مرجع سابق،ص280.
[3] أكرم ابراهيم حمدان الزعبي،مرجع سابق،ص132.
[4] علي فيلالي،مرجع سابق،ص290.

الذي أتاه [1]. والمعيار في تقدير خطأ العميل معيار موضوعي، ينظر إليه قياسا على مسلك الرجل العادي الحريص المتيقظ[2].

ولكن هذا الخطأ قد يكون خطأ ينسب لفعل العميل نفسه، و قد يكون ناتجا عن مزيج من خطأ العميل والبنك لاعتباره سببا من أسباب الإعفاء الكلي أو الجزئي من المسؤولية. وهنا تثور إشكالية كبيرة في تحديد السبب المنتج فعلا للضرر المستحق للتعويض، ونصبح أمام أمرين:

أولا، الاستغراق،إذ يكون الخطأ مستغرقا إذا حدث أحد الخطأين كنتيجة للخطأ الآخر فإذا كان خطأ العميل نتيجة لخطأ البنك اعتبر الأخير مسؤولا عنه مسؤولية كاملة، والعكس صحيح، بحيث تثور إشكالية أي الخطأين أشد جسامة من الآخر وإذا ما كان أحدهما عمدي والآخر غير عمدي[3].

ثانيا–إذا كان الخطأ الذي يعفى من المسؤولية يقوم على أن أحد الخطأين غير مستقل عن الخطأ الآخر فان الخطأ المشترك على العكس من ذلك يقوم على أن الخطأ مستقل،أي أن خطأ العميل وخطأ المسؤول(البنك) متمايزان عن بعضهما بحيث لم يستغرق خطأ أحدهما الخطأ الآخر وكلاهما يتحمل نتيجة الضرر [4].و بذلك يمكن للقاضي توزيع مقدار التعويض على الخطأ المشترك على المسؤولين بالتساوي إلا إذا أمكن تحديد جسامة كل خطأ، فالمضرور(العميل) الذي لم يبذل جهدا معقولا في توقي الضرر يكون مخطأ في حق نفسه ويسأل عن ذلك القسط من الضرر الذي يحدثه[5].

وقد يحدث أن يرضى العميل إلحاق الضرر بنفسه، وهي مسألة تسمى في فقه القانون المدني "رضا المضرور" التي يقوم في الحالتين التاليتين[6]:

---

[1] لبنى عمر مستقاوي،مرجع سابق،ص308.

[2] عبد الفتاح سليمان **المسؤولية المدنية و الجنائية في العمل المصرفي في الدول العربية** ،مرجع سابق،ص62.

[3] http://ar.jurispedia.org/index.php07/06/2007 انتفاء رابطة السببية

[4] أنور العمروسي،مرجع سابق،ص211.

[5] سليمان مرقص،مرجع سابق،ص469.

[6] عبد الفتاح سليمان ، **المسؤولية المدنية و الجنائية في العمل المصرفي في الدول العربية**، نفس المرجع السابق،ص63.

1-حالة علم المضرور بالمخاطر

2-حالة قبول المضرور المخاطر،أي الإضرار بنفسه.

* ومن التطبيقات على خطأ العميل، في حالة منح البنك قرضا للعميل، تمت بينهما مفاوضات على تحديد الضمانات، ومعدلات الفائدة وغيرها قبل اتخاذ القرار بإبرام عقد منح الائتمان، وكان قرار البنك بالقبول ينقصه مستندات معينة متاح تأمينها للعميل لاستكمال ملفه. لكن هذا الأخير تماطل في ذلك فقطع البنك المفاوضات ،فان العميل يكون قد أخطأ بعدم استجابته مما يثير تصرفه هذا ريبة البنك في التعامل معه، فقطعت المفاوضات ففي هذه الحالة خطأ العميل استغرق خطأ البنك كون خطأ البنك هو الذي أدى إلى قطع المفاوضات[1].

3 –خطأ الغير

الأصل أن مسؤولية المدنية تقوم في حق أطراف العلاقة العقدية ألا وهما البنك والعميل، لكن قد يحدث أن يرتكب الخطأ المسبب لضرر العميل من قبل شخص ثالث أجنبيا عن العقد المبرم بين البنك وعميله[2].

والغير المعتد بخطئه يجب أن لا يكون من الأشخاص الذين يسأل عنهم البنك كما هو الحال بالنسبة لتبعية الموظف للبنك [3]، لأن وجود مثل هذه العلاقة تقوم معها مسائلة البنك على خطأ موظفه مسؤولية المتبوع على أعمال تابعه[4].

فخطأ الغير يأخذ حكم القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، في نفي العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر لأن له نفس خصائصها بحيث يشترط أن يكون غير متوقع وغير ممكن الدفع [5]؛ الدفع[5]؛ إذ يقاس بالسلوك المألوف للرجل المعتاد. شرط أن يكون هذا الخطأ ذو شأن في

---

[1] لبنى عمر مستقاوي،مرجع سابق،ص311.

[2] عبد الفتاح سليمان ، **المسؤولية المدنية و الجنائية في العمل المصرفي في الدول العربية** مرجع سابق،ص65.

[3] محمد صبري السعدي،مرجع سابق،الجزء الثاني،ص122.

[4] عادل أحمد الطائي،مرجع سابق،ص204.

[5] علي فيلالي،مرجع سابق،ص290.

إحداث الضرر [1].لأن العبرة باستغراق خطأ الغير لخطأ البنك للاعتداد به كسبب أجنبي،لتنعدم معه علاقة السببية بين الخطأ و الضرر[2].

وأخيرا ليس من الضروري أن يكون الغير الذي يحتج البنك بخطئه لدفع مسؤوليته معروفا بذاته فإذا أثبت من بين الأسباب التي أدت إلى إلحاق الضرر بالعميل هو خطأ صدر من شخص ثالث،و لم يكن بالإمكان تحديد هذا الشخص يبقى مؤثرا في مسؤولية البنك إذا استغرق الخطأ الصادر عن البنك[3].

الفرع الثاني:الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية

إن العقد المصرفي باعتباره وليد الإرادة الحرة، فهي التي تنشأ الالتزامات المتقابلة بينهما، فلها أن تعدل في شروط العقد أو تغير فيها ما تراه مناسبا لحدود العلاقة بين طرفيها،في الحدود التي يسمح بها القانون [4] إلا ما استثني منه بنص.أما في المسؤولية التقصيرية فلا يجوز الاتفاق على الإعفاء منها لتعلق قواعدها بالنظام العام [5]،لذلك سنرى ماهي هذه الحالات:

أولا– الأصل أن الشروط التعاقدية بالنظر إلى الطبيعة الخاصة للعقد المصرفي لها من الأهمية الكبيرة في مجال النشاط المصرفي خاصة ما يتعلق منها بتحديد نطاق المسؤولية فيها عند قيامها. لكن هذه الشروط بطبيعة الحال تخضع إلى التطبيقات العملية والاستعمالات المهنية.فهي شروط يمكن أن تكون عادة من العادات *المصرفية les usages bancaires*، مدرجة في النظام القانوني الذي ينظم العمل المصرفي،كوقاية يلجأ إليها البنك و يستطيع التحجج بها ،بحكم أنها عادة حتى في حالة عدم إدراجها في العقد،ما لم تتعارض مع نص آمر أو النظام العام المصرفي[6].

---

[1] عبد الرزاق السنهوري**الوسيط في شرح القانون المدني– نظرية الالتزام بوجه عام– آثار الالتزام**،مرجع سابق،المجلد الثاني،الجزء الثاني،ص896.

[2] محمد صبري السعدي، مرجع سابق،الجزء الثاني،ص123.

[3] عادل أحمد الطائي، مرجع سابق،ص205.

[4] عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني– نظرية الالتزام بوجه عام– آثار الالتزام**، المرجع السابق،المجلد الثاني،الجزء الثانيص673.

[5] عبد الفتاح سليمان، **المسؤولية المدنية و الجنائية في العمل المصرفي في الدول العربية** ،مرجع سابق،ص40.

[6] محمد شريف غانم،مرجع سابق ،ص50.

و كما جاء في نص المادة 178 من التقنين المدني الجزائري في فقرتها الثانية : "كذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلا ما ينشأ عن غشه، أو عن خطئه الجسيم... " [1]، انطلاقا من نص هذه المادة نرى أن الأمر جوازي أي أن المشرع الجزائري أجاز اتفاق العميل والبنك على إعفاء هذا الأخير من المسؤولية،و هذا يبين لنا أن الإرادة حرة في ما ترتضيه من شروط عقدية سواء كان ذلك أثناء إبرام العقد أو إدراجها في اتفاق لاحق عن ذلك بإعفاء البنك نهائيا أو بالتخفيف من حدود المسؤولية[2]. لذلك تسعى البنوك جاهدة إلى تفادي المخاطبة الكتابية مع عملائها قدر الإمكان حتى لا تشكل دليلا ماديا ضدها؛ حيث يتجلى هذا الحذر في عدم تسجيل الدقة المطلوبة في العقد مع محاولتها إدراج شرط عدم تحمل المسؤولية في شروط العقد [3]؛ إذ يقع على البنك في هذه الحالة عبء إثبات قبول العميل شرط إعفائه من المسؤولية ،وفي هذه الحالة لا يحق للعميل طلب إبطاله بحجة أنـــه شرط إذعان تعسفي[4].

*ومن أمثلة ذلك في حالة الاعتماد ألمستندي "يعفى المصرف من المسؤولية في حالة بذله العناية المعقولة في جعل تعليمات العميل الآمر بعيدة عن
الغموض، إذا ما زوده بمتطلبات فتح الاعتماد مراعيا بذلك الوضوح والبعد عن التناقض واللبس فيها ما أمكن"[5]. وكذا في حالة التحويل الالكتروني للنقود[6] :
– والشرط الذي ينص على أن: "البنك غير مسؤول في أي حال من الأحوال عن الانقطاع المؤقت للخدمة الناجم عن أحداث مستقلة عن إرادته مثل عطل أو قطع الأسلاك الاتصالات،أو الاضطرابات،..."

[1] الأمر رقم(75–58)المتضمن القانون المدني المؤرخ في المؤرخ في 1975/09/26،الجريدة الرسمية رقم44.
[2] عبد الفتاح سليمان، **المسؤولية المدنية و الجنائية في العمل المصرفي في الدول العربية**، مرجع سابق، ص75.
[3] محفوظ لعشب،**الوجيز في شرح القانون المصرفي الجزائري**،مرجع سابق،ص111.
[4] عز الدين الدناصوري،عبد الحميد الشواربي،مرجع سابق،ص1687.
[5] أكرم ابراهيم حمدان الزعبي،مرجع سابق،ص38.
[6] محمد شريف غانم،مرجع سابق،ص61.

– وأيضا:"البنك غير مسؤول عن الأضرار التي تحدث نتيجة سوء عمل الشبكة العامة للاتصالات السلكية و اللاسلكية.."

كما يمكنهما أيضا الاتفاق على التشديد فيها، ذلك بأن يتفق الطرفين على تحميل البنك المسؤولية عن السبب الأجنبي كما جاء في نص المادة178السابق ذكرها في فقرتها الأولى: "يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة". ولا يحد من نطاق الإرادة إلا ما تعلق منه بالطبيعة الفنية لتكوين العقد أو فكرة النظام العام[1].

ذلك لأن التشديد في المسؤولية العقدية بتحمل المدين(البنك) عدم التنفي، ب ل حتى لو كان يرجع إلى السبب الأجنبي، يجعل الاتفاق في العقد بمثابة نوعا من التأمين *assurance*، وعادة يكون ذلك مقابل الزيادة التي يتقاضاها المدين(البنك) في المقابل من العقد كما في حالة التأمين على الودائع[2].هذا الأمر قلما يحدث فالبنك دائما يراعي في أعماله مصالحه وما يخدمه،لكنه قد يثور في عقد التحويل المصرفي،و تأجير الخزائن الحديدية خاصة باعتبارها تقع في مبناه وتحت حراسته.

ثانيا–الاستثناء أي أن هذا الأمر لم يتركه المشرع الجزائري على إطلاقه،بل قيدها طبقا لما جاء في نص المادة 178السابق ذكرها من التقنين المدني الجزائري في فقرتها الثانية: "...وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على تنفيذ التزامه التعاقدي،إلا ما ينشأ عن غشه،أو عن خطئه الجسيم ..." فمن خلال نص هذه المادة نستنتج أن نطاق الاتفاق على إعفاء البنك من المسؤولية،لا يتسع إلى حد الإعفاء منها؛ إذ يمكنه الرجوع عليه إذا أثبت أن الضرر الذي لحقه كان من جراء غش البنك أو خطأه الجسيم وليس بالسبب الأجنبي[3].كذلك يمكن للبنك أن يتفق على إعفائه من خطئه أثناء التنفيذ، كما في حالة التأخير في تحصيل الأوراق التجارية أو اشتراطه في عقد تأجير الخزائن الحديدية عدم مسؤوليته عن هلاك أو تلف محتوياتها إذا كان الهلاك أو التلف حدث بسبب أجنبي

[1] العربي بلحاج ،مرجع سابق،ص282.
[2] محمد صبري السعدي،مرجع سابق،الجزء الأول،ص337.
[3] عز الدين الدناصوري،عبد الحميد الشواربي،مرجع سابق،ص1687.

[1]،كما نلاحظ أيضا أن المشرع الجزائري جعل الخطأ الجسيم يتساوى مع الفعل الضار كما جاء أيضا في نص المادة 178 السابق ذكرها من التقنين المدني الجزائري في فقرتها الثالثة : "ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي." فأحكام المسؤولية التقصيرية تتعلق بالنظام العام فلا يجوز الإعفاء عنها [2]، سواء بالإعفاء منها أو كان خطأ البنك يسيرا أم جسيما،لأن هدفها هو تأكيد احترام القانون[3].

لكنه دائما بالرجوع إلى نص المادة 178من التقنين المدني الجزائري في فقرتها الثانية : "...غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش، أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه. " نستشف منها أن البنك يمكنه دفع المسؤولية عنه إذا ما كان الخطأ ناجما عن الغش أو الخطأ الجسيم الصادر عن موظفيه–حالة مسؤولية المتبو ع عن فعل تابعه –لأن عمد الغير(التابع) لا ينزل منزلة الشرط الإرادي[4].

---

[1] عز الدين الدناصوري،عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق،ص1687.

[2] العربي بلحاج ،مرجع سابق،ص283.

[3] عبد الفتاح سليمان ، **المسؤولية المدنية و الجنائية في العمل المصرفي في الدول العربية**، مرجع سابق،ص77 عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني– نظرية الالتزام بوجه عام– آثار الالتزام**مرجع سابق،المجلد

[4] الثاني،الجزء الثاني ص674.

المبحث الثالث:جزاء قيام مسؤولية البنك المدنية اتجاه عملائه

يشترط لاستحقاق التعويض أن تجتمع شروط المسؤولية المدنية سواء كانت عقدية أو مفترضة، أي ثبوت الخطأ في جانب المسؤول ما لم يعف العميل من إثباته، وضرر أصابه أو علاقة سببية بينهما[1].

فالتعويض هو الحكم أو الجزاء الذي يترتب على تحقق المسؤولية المدنية متى توافرت أركانها الثلاثة السابقة الذكر، لكن ما يميز التعويض في المسؤولية المصرفية أن المشرع الجزائري لم يميز العلاقة بنك–عميل ولم يعطيها أية خصوصية في إطار العمليات المصرفية ولم يميزها عن أية علاقة تعاقدية أخرى.

فالساحة القانونية ما تزال خالية من أي تنظيم للمسؤولية في هذا الإطار ولا يمكننا الكلام عن أي نظام خاص للمسؤولية المصرفية خارج نطاق الأحكام العامة للمسؤولية المدنية، فيما يتعلق بالتعويض.

المطلب الأول: مفهوم التعويض ومعيار تقديره

التعويض هو الأثر البارز الذي يترتب على قيام وتحقق عناصر المسؤولية؛ إذ لا جدوى من القول بوجود فعل ضار أنتج ضررا يرتبط معه برابطة سببية بدون تقرير الحق للمضرور(العميل) في الحصول على التعويض من البنك عن الضرر باعتباره وسيلة القضاء إلى محو الضرر أو التخفيف من وطأته. لذلك سنحاول في هذا المطلب التعرف عليه وعلى المعيار الذي يحتكم إليه القاضي في تقديره.

الفرع الأول:مفهوم التعويض

من خلال هذا الفرع سنحاول الوقوف على تعريف التعويض الذي يعتبر الهدف الأخير من إعمال مسؤولية البنك، والتعرف على أنواعه.

[1] دربال عبد الرزاق،الوجيز في **أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري**،دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر،2004،،ص15.

أولا–تعريفه

التعويض في الشريعة الإسلامية

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

التعويض في القانون

هو " جزاء مدني يفرضه القانون على كل من سبب بخطئه–الثابت أو المفترض– ضررا للغير بجبر الضرر الذي لحق المصاب، يفرضه القانون على المدين به جراء إخلاله بواجب سابق،سواء أكان هذا الواجب منصوص عليه في القانون أم كان يفرضه القانون بطريقة غير مباشرة نتيجة الاعتراف للغير بحقوق معينة". [2]

نستنتج من كل التعريفات السابقة للتعويض أن الهدف الأساسي من التعويض هو إصلاح المتسبب في الخطأ للضرر الناتج عنه.

فهو ليس التزاما تخييريا * يتعدد فيه محل الالتزام تبرأ به ذمة المدين(البنك) إذا وفى بأحدها، أو التزاما بدليا إذا كان محله شيئا واحدا ولكن ذمة هذا الأخير تبرأ منه إذا وفى

---

[1] حسن حنتوش الحسناوي،مرجع سابق ،ص ص19–18.

[2] سليمان مرقص،مرجع سابق،ص506.

* **الالتزام التخييري**: هو كما جاء في نص المادة213من القانون المدني الجزائري،بموجب الأمر رقم(75–58)المتضمن القانون المدني المؤرخ في 1975/09/26،الجريدة الرسمية، العدد44: "يكون الالتزام تخييريا إذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحد منها،و يكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك".

بشيء آخر غير محل الالتزام الأصلي،والذي تغير فقط هو محل الالتزام فبعد أن كان تنفيذا عينيا أصبح تعويضا[1].

ثانيا-أنواع التعويض

تحتل الطرق التي يمكن أن يستعين بها القاضي لتقدير التعويض، أهمية بالغة للوصول للغاية النهائية التي يراد تحقيقها من الحكم بالتعويض وهي جبر الضرر.بحيث تتمثل هذه الطرق في التعويض بمقابل(نقدي) والتعويض العيني، كما جاء في نص المادة132 من التقنين المدني الجزائري في فقرتها الثانية: " ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه..."[2] . هذا ما سنتناوله في هذا الفرع.

1-التعويض بمقابل

له مظهران مظهر نقدي وهو الغالب وآخر غير نقدي؛ إذ يكون التعويض نقديا متى تضمن الحكم الصادر به إلزام المدين بدفع مبلغ من النقود للدائن كمقابل للضرر الذي أصابه من جراء إخلاله بتنفيذ التزامه، وذلك بإدخال قيمة مالية جديدة موازية للقيمة المالية التي فقدها المتضرر من ذمته [3] وهذا ما يسمى"التعويض النقدي". ويكون متى أصبح تنفيذ الالتزام العيني مستحيلا بخطأ البنك – مع عدم تناسي أن أصل العلاقة بين البنك وعميله هي علاقة عقدية-ولم يبقى إلا التنفيذ بطريق التعويض [4].والتعويض "غير النقدي" كما في حالة التعويض عن الضرر المعنوي، أين يحكم القاضي بنشر الحكم في الصحف[5]على نفقة البنك بناء على طلب العميل.

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني- نظرية الالتزام بوجه عام- آثار الالتزام**، مرجع سابق، المجلد الثاني، الجزء الثاني،ص1076.

[2] قانون رقم(05-10)المؤرخ في20يونيو، المتضمن القانون المدني الجزائري،2005،المعدل و المتمم للأمر رقم (75-58)المتضمن القانون المدني المؤرخ في المؤرخ في 1975/09/26،الجريدة الرسمية، العدد 44

[3] حسن حنتوش الحسناوي،مرجع سابق،ص ص151 -152.

[4] عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني- نظرية الالتزام بوجه عام- آثار الالتزام**، نفس المرجع السابق ، المجلد الثاني، الجزء الثاني،ص1076.

[5] محمد صبري السعدي،مرجع سابق،الجزء الثاني،ص158.

2-التعويض العيني

باعتبار أنها مسؤولية عقدية فانه كما جاء في نص المادة 176 السابق ذكرها أن التعويض يكون في حالة استحالة التنفيذ العيني للالتزام أو التأخر في تنفيذه،هذا يعني أن التنفيذ العيني هو الأصل في هذا النوع من المسؤولية إذ ليس على المدين(البنك) أن يفرض على الدائن(العميل) التنفيذ بمقابل بدلا من التنفيذ العيني متى كان هذا الأخير ممكنا [1]هذا ما نصت عليه المادة 160من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى التي جاء فيها: "المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به."[2]

فالتعويض العيني كما جاء نص المادة 132المذكورة سابقا من القانون المدني هو إعادة الحالة إلى ما كانت عليه بناءا على طلب العميل، تبعا للظروف أي حسب طبيعة المعاملة المصرفية محل العقد.

*ومن تطبيقات التعويض العيني،في الالتزام السلبي بالامتناع عن عمل : خطأ البنك في تنفيذ أمر النقل المصرفي دون أمر من عميله ،لأنه يشترط لصحة هذا الأمر تلقي البنك من عميله تعليمات كتابية بتنفيذه،إذ قد تكون هذه التعليمات خاصة بعملية نقل واحدة أو عدة عمليات لصالح مستفيد واحد أو أكثر،وان نفذه البنك كان مسؤولا عن ذلك بقدر ما نقل من حساب العميل فضلا عن تعويض العميل عما لحقه من ضرر من جراء النقل إن كان له مقتضى[3].

[1]علي علي سليمان،مرجع سابق،ص209.
[2]الأمر رقم(75-58)المتضمن القانون المدني المؤرخ في المؤرخ في 1975/09/26،الجريدة الرسمية رقم44
[3]عبد الفتاح سليمان ، **المسؤولية المدنية و الجنائية في العمل المصرفي في الدول العربية** ،مرجع سابق،ص372.

الفرع الثاني:معيار تقدير التعويض

هذا الأمر يتطلب منا الوقوف جيدا حول طبيعة العلاقة بين البنك و العميل، والتي سبق الذكر أنها علاقة عقدية تقوم على أساس ثقة العميل في البنك المدين المحترف الذي يتعامل معه.و لذلك و بالرجوع إلى نص المادة 182من التقنين المدني الجزائري السابق ذكرهـــا في فقرتها الثانية التي جاء فيها : "غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد،فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد."

إذ يعتد في تقدير جسامة الضرر بالفائدة التي يهدف البنك إلى تحقيقها من الخطأ،كتحقيق ربح أو الاقتصاد في النفقات؛ لأن ارتفاع درجة التخصص توجب عليه بذل العناية والتبصر والحيطة في تنفيذ التزامه بالقدر الذي يتوافق مع مستواه الفني [1].فالمحكمة في تقديرها للتعويض تستعين بالظروف المحيطة بالواقعة،كما تتأثر بدرجة الخطأ، ولكنها تتأثر أكثر بحجم الضرر الناتج لأن الفصل في الضرر وفي توقع مداه مسألة موضوعية تتعلق بالوقائع، ولا يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة النقض–المجلس الأعلى–ولكن وصفه وتكييفه بأنه محقق أو احتمالي من مسائل القانون التي تخضع لرقابة النقض [2]. لذلك سنحاول في هذا الفرع التعرف على المعيار الذي على أساسه يتم تقدر التعويض.

أولا–الضرر المباشر المتوقع

نستشف من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قد أخص في الالتزام العقدي التعويض فقط عن الضرر المتوقع وقت التعاقد، ولكن بالإمعان في نص هذه الفقرة نجد أن عباراتها تدل على أنه في حالة ارتكاب المدين غشا أو خطأ جسيما فأنه يعوض عن الضرر المباشر المتوقع والغير متوقع في المسؤولية العقدية، وبذلك سنحاول التعرف على هاتين الحالتين .لأن هذه المادة تحمل بين سطورها مسائلة البنك حتى عن الضرر الغير متوقع في حالة استعماله الغش أو ارتكابه للخطأ الجسيم كما سنرى:

---

[1] أحمد شوقي محمد عبد الرحمن،**المسولية العقدية للمدين المحترف**،مرجع سابق،ص7.

[2] قرار المجلس الأعلى رقم21160 مؤرخ في 13يوليو1980،نشرة القضاة–وزارة العدل العدد 81/90 مديرية الوثائق،الجزائر،أنظر :محمد صبري السعدي،الجزء الثاني،مرجع سابق،ص91

إذ يقصد بالضرر المتوقع أنه، الضرر الذي يمكن أن يتوقعه وقت التعاقد الرجل العادي[1]، ولذلك في هذا، فل م من الضرر يكون البنك قد توقع حدود الضرر في سببه ومقداره، وتوقع البنك للضرر يقاس بالضرر الذي يتوقعه بنك مماثل أ ي بمعيار موضوعي لا ذاتي وفق ما يتوقعه بنك مماثل له في مثل الظروف الخارجية التي وجد بها [2]، وليس وفق ما يتوقع البنك الذي يقع منه الضرر [3].فالبنك وعميله هما من أنشآ بإرادتهما الالتزام السابق و هما اللذان حددا مداه لذلك افترض القانون أن هذه الإرادة قد انصرفت إلى جعل المسؤولية عن الضرر مقصورة فقط على المقدار الذي يتوقعه البنك، ويكون هذا الافتراض بمثابة شرط اتفاقي يعدل من مقدار المسؤولية،بقصرها على مقدار معين هو مقدار الضرر المتوقع[4] مع الأخذ بعين الاعتبار كافة المعطيات الاقتصادية والظروف المالية، والمخاطر المحيطة بتنفيذ العقد المصرفي.

ويرى الأستاذ عبد الرزاق السنهوري نفس الأمر بأن القانون افترض أن هذه الإرادة قد انصرفت إلى جعل المسؤولية عن الضرر مقتصرة على المقدار الذي يتوقعه المدين،و هذا المقدار يمكن أن يفترض افتراضا معقولا أن(المدين) البنك قد ارتضاه [5] وقد قدرا مدى التعويض عن الضرر، فلم تدخل في حسابهما الأضرار الغير متوقعة،ولم تتجه إرادتهما إلى التعويض عنها[6].

فيسأل البنك عن مقدار الضرر الذي كان متوقعا في سببه أي نسبته للخطأ،أما إذا لم يكن متوقعا في سببه فيكون من غير الممكن أن يتوقع أن خطئه سيرتب كل ما حدث للعميل من

---

[1] العربي بلحاج،مرجع سابق،ص288.

[2] عبد الفتاح سليمان،**المسؤولية المدنية والجنائية في العمل المصرفي في الدول العربية**،مرجع سابق،ص59.

[3] www.f-law.net/law/archive/index.php التزام المدين بالتعويض عن الأضرار المتوقعة في المسؤولية العقدية،تاريخ الزيارة:14/08/2007

[4] أنور العمروسي،مرجع سابق،ص341.

[5] حسن حنتوش الحسناوي،مرجع سابق,ص110.

[6] محمود جلال حمزة،مرجع سابق،ص27.

ضرر، فلا يسأل بذلك عن الضرر الغير متوقع مهما كان مقداره ومداه [1] لأن العبرة بما كان يتوقع وقت التعاقد[2].

ثانيا-الضرر المباشر غير المتوقع

الأصل أن ينفذ البنك التزاماته اتجاه عميله وفقا لمبدأ حسن النية كما جاء في نص المادة107من التقنين المدني الجزائري السابق ذكرها،لاستقرار المعاملات بينهما خاصة وأن النشاط المصرفي بالنسبة إلى البنك هو عمل تجاري، وبالتالي فان التزامه بهذا المبدأ يعزز من سمعته في الوسط المالي بالنظر إلى غيره من البنوك، كما يؤثر أيضا في علاقته مع عملائه. لذلك فان إرادتهما انصرفت إلى حسن تنفيذ الالتزام لأن حسن النية مفترض حتى يثبت العكس[3]، لكن هذا الافتراض يقع باطلا في حالة الغش والخطأ الجسيم، فيصبح البنك المدين ملتزما بالتعويض عن كل الضرر المباشر متوقعا كان أم غير متوقع، ويقع عبء إثبات الغش والخطأ الجسيم على عاتق الدائن (العميل)[4]. طبقا لما جاء في الفقرة الثانية من المادة 182: "غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد. " التي تدل من جهة على أن المشرع يريد أن تكون العقوبة المتوقعة عن الخطأ التدليسي أشد من العقوبة المتوقعة عن الخطأ غير التدليسي في المسؤولية العقدية[5].

لأن التعويض عن الضرر الغير متوقع فيها يستند إلى فكرة العقوبة الخاصة، لكي يجمع التعويض بين الوظيفة الإصلاحية والوظيفة الرادعة[6].

ومن جهة أخرى وسع المشرع من دائرة الضرر المباشر الواجب التعويض في حالة قيام المسؤولية التقصيرية في حق البنك وجعلها تشمل الأضرار المباشرة المتوقعة وغير

---

[1] علي علي سليمان،مرجع سابق، ص229.
[2] أنور العمروسي،مرجع سابق ،ص340.
[3] علي علي سليمان، نفس المرجع السابق ،ص230.
[4] حسن حنتوش الحسناوي،مرجع سابق ،ص110.
[5] أنور العمروسي،مرجع سابق،ص341.
[6] لبنى عمر مستقاوي،مرجع سابق،ص284.

المتوقعة[1]؛ إذ باعتبار مصدرها القانون، فإن هذا لا ينفي كونها أيضا ناتجة عن عقد اجتماعي بين البنك–المدين–و المجتمع–الدائن–،يلزمه احترام القواعد القانونية التي حددها القانون لهذا الأخير، فهي إخلال أيضا بالتزام سابق فرضه القانون على البنوك بعدم الإضرار بالغير، لأن المخاطب في المسؤولية التقصيرية هم جميع البنوك للتشديد من مسؤوليتهم[2].

ولأن العميل هو أحد أفراد هذا المجتمع الذي يفرض على البنك عدم الإضرار بالمتعاملين معه مما يستلزم أن ينوب العميل المتضرر هنا عن المجتمع وبالتالي فان المسؤولية هنا هي عبارة أيضا عن جزاء الإخلال بعقد اجتماعي بين البنك وعميله.

المطلب الثاني:الجهة الملزمة بالتعويض

أن العميل يرفع الدعوى في الأصل على البنك فهو الملزم بالتعويض عن الأخطاء التي يرتكبها في حق عملائه.فمهما كان مصدر الخطأ سواء كان البنك في حد ذاته أو أحد تابعيه فان الهم الوحيد للعميل هو استيفائه تعويضا عما لحقه من ضرر.

الفرع الأول:البنك و أعضائه

الأصل أن البنك هو الملزم بالتعويض عن خطئه اتجاه عملائه،فطبعا باعتباره شخص معنوي له أعضاء يباشرون الأعمال عنه حسب ما جاء في العقد التأسيسي له.

فإذا كان الخطأ صادر عن أعضاء مجلس الإدارة، تقوم في حقه كما سبقت الإشارة إليه مسؤولية البنك في التعويض وبالتالي هو الملزم بالتعويض لاعتبارهم أعضاء فيه والعضو هو جزء من البنك ملتصق به، فهو يمثل عقله المعبر عن إرادته، فهو الفرد أو مجموعة الأفراد المنوط بهم اتخاذ القرار باسم البنك[3].

لكن قد يحدث أن يكون خطأ العضو خطأ شخصيا، وبالتالي تقوم في حقه المسؤولية الشخصية عن الخطأ الشخصي وقد يكون المخطئ مجموعة من الأعضاء؛ إذ كما جاء في نص

---

[1] محمود جلال حمزة،مرجع سابق،ص28.
[2] محمد داود أبو عمر،مرجع سابق,ص49
[3] عبد الفتاح سليمان،**المسؤولية المدنية و الجنائية في العمل المصرفي في الدول العربية**،مرجع سابق،ص122.

المادة715مكرر23 من القانون التجاري الجزائري تنص على: " يعد القائمون بالإدارة مسؤولين على وجه الانفراد أو بالتضامن حسب الحالة اتجاه الشركة أو الغير، إما عن المخالفات الماسة بالأحكام التشريعية أو التنظيمية المطبقة على شركات المساهمة، وإما عن خرق القانون الأساسي أو عن الأخطاء المرتكبة أثناء تسييرهم، إذا شارك عدد كبير من القائمين بالإدارة في نفس الأفعال، فان المحكمة تحدد حصة كل واحد في تعويض الضرر."[1]

فباعتبار البنك شركة مساهمة يخضع لنفس أحكامها، تنطبق عليه أحكام هذه المادة هو و القائمون بالإدارة.نستنتج من نص هذه المادة أنه في حالة الأخطاء المرتكبة أثناء تسييرهم اتجاه الغير أو الشركة والتي في حالتنا هي البنك أنه في حالة ثبوت الخطأ في جانبهم، تقوم في حقهم مسؤولية شخصية في تعويض هذا الغير الذي هو في حالتنا عميل البنك.

*فقط يبقى علينا أن نفرق فيما إذا كان الخطأ عقدي أم تقصيري، إذ لو كان الخطأ عقدي فانه لا تضامن بينهم إلا بالاتفاق أو بوجود نص في القانون [2]طبقا لما جاء أيضا في نص المادة217من القانون المدني الجزائري: " التضامن بين...المدينين لا يفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون."[3]

إذن من خلال نص هذه المادة، نجد أنه في هذه الحالة التضامن بين أعضاء الإدارة لا يفترض وإنما يكون إما بناء على اتفاق أو نص في القانون، ولأنه يوجد نص في القانون هو نص المادة 715مكرر23 من القانون التجاري السابق ذكرها في فقرتها الأولى تنص على حالة التضامن إذ جاء فيها :" يعد القائمون بالإدارة مسؤولين على وجه الانفراد أو بالتضامن حسب الحالة، اتجاه الشركة أو الغير،...عن الأخطاء المرتكبة أثناء تسييرهم."

إذن في حالة وجود النص التضامن يكون له محل في هذه الحالة، وبذلك تحدد حصة كل عضو طبقا لما جاء في نص المادة 715المذكورة أعلاه في فقرتها الثانية:" إذا شارك

[1] القانون رقم(05-02) المؤرخ في 2005/02/06 المعدل و المتمم للأمر رقم (75-59)المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون التجاري.

[2] عبد الفتاح سليمان، **المسؤولية المدنية والجنائية في العمل المصرفي في الدول العربية**، مرجع سابق، ص40.

[3] الأمر رقم(75-58)المتضمن القانون المدني المؤرخ في المؤرخ في 1975/09/26، الجريدة الرسمية رقم44

عدد كبير من القائمين بالإدارة في نفس الأفعال فان القاضي يحدد حصة كل واحد في تعويض الضرر."

أما إذا قامت في حقهم المسؤولية التقصيرية، وثبت في حقهم ارتكابهم للفعل الضار،فان التضامن مفترض بينهم بحكم القانون [1] ففي هذه الحالة كما جاء في نص المادة 126من القانون المدني الجزائري :" إذا تعدد المسؤولون عن الفعل الضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض." [2] تكون مسؤوليتهم في التعويض عن فعلهم الضار مقسمة بالتساوي فيما بينهم، إلا إذا عين القاضي نصيب كل واحد منهم، وهذا الحكم لا يرد إلا عند تحديد مسؤولية كل شخص من محدثي الضرر المتضامنين وذلك فيما بين مرتكبي الفعل الضار أنفسهم [3].

أما إذا قامت في حق البنك مسؤولية جزائية يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزائيا عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك حسب نص م51 مكرر من قانون العقوبات الجزائري وأن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تمنع من مسائلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو كشريك في نفس الأفعال،وان كان ما يهمنا من هذا الأمر فقط هو قيمة الغرامة التي تعتبر بمثابة تعويض لخزينة الدولة تعتبر من أهم العقوبات التي تطبق على الشخص المعنوي [4]، لضرورة تطويع العقوبة مع طبيعة الشخص المعنوي الخاصة هو اتجاه أحسن فيه المشرع الجزائري في إتباعه، لمواكبة التطورات الاقتصادية والاجتماعية وتمكينا للمجتمع من الدفاع عن نفسه ضد الأخطار التي باتت تتهدده، والتي سببها تجاوزات الأشخاص المعنوية[5]. فتكون قيمة الغرامة كما يلي:

---

[1] محمود جلال حمزة،مرجع سابق،ص23.

[2] الأمر رقم(75-58)المتضمن القانون المدني المؤرخ في المؤرخ في 1975/09/26،الجريدة الرسمية رقم44

[3] سليمان مرقص،مرجع سابق،ص522.

[4] صمودي سليم،**المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي**،دار الهدى،الجزائر،2006،ص62

[5] حسينة شرون،عبد الحليم مشري،"**المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي في التشريع الجزائري**"مجلة المنتدى القانوني،العدد 2،جامعة محمد خيضربسكرة، الجزائر،2005،ص23.

أ–فطبقا لنص المادة 18مكرر 2من قانون العقوبات الجزائري [1] في الحالة التي لا ينص عليها بعقوبة الغرامة بالنسبة للأشخاص الطبيعيين سواء في الجنايات أوالجنح، وقامت مسؤوليته، تكون العقوبة كالآتي:

1–2.000.000 دينار جزائري عندما تكون الجناية المعاقب عليها بالإعدام أو بالسجن

2–1.000.000 دينار جزائري عندما تكون الجناية المعاقب عليها بالسجن المؤقت.

3–500.000 دينار جزائري بالنسبة للجنحة.

ب–أما إذا ثبتت مساءلة العضو كفاعل أصلي أو كشريك في نفس الأفعال كما جاء في الفقرة الثانية من المادة51مكرر من قانون العق بات الجزائري، فتكون الغرامة المقررة على الشخص المعنوي حسب نص المادة 18مكرر من القانون العقوبات الجزائري [2] ونص المادة 18مكرر1[3] تساوي مرة إلى خمس مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة،سواء في الجنايات أو الجنح،المخالفة. كما جاء في نص المادة34 من القانون رقم(05–01) الصادر بتاريخ 06 فيفري2005: "يعاقب مسيروا أعوان البنوك والمؤسسات المالية ...الذين يخالفون عمدا وبصفة متكررة تدابير الوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب المنصوص عليها في المواد 7و8 و 9 و 10 و 14من هذا القانون بغرامة50.0000 دج الى 1.000.000دج و تعاقب المؤسسات المالية المذكورة في هذه المادة بالغرامة1.000.0000دج إلى5.000.000دج..."[4].

ولقد نص الأمر (03–11)المتعلق بالنقد و القرض في نص المادة 132على عقوبة الغرامة إذا كانت عقوبة الأعضاء جناية من سنة إلى عشر سنوات بغرامة 5.000.000دج إلى 10.000.000دج الذين يختلسون أو يبددون أو يحتجزون عمدا بدون وجه حق على حساب المالكون أو الحائزين سندات أو أوراق أو أي محررات، وديعة أو رهن حيازي أو

[1] أنظر المادة رقم18مكرر2من القانون رقم(06–23)المؤرخ في 20ديسمبر2006.
[2] أنظر المادة رقم 18مكرر من القانون رقم(06–23) المؤرخ في 20ديسمبر2006.
[3] أنظر المادة18مكرر 1من القانون رقم(04–15)المؤرخ في 10نوفمبر2004.
[4] صمودي سليم،مرجع سابق،ص63

سلعة، فتكون بذلك قيمة الغرامة التي يدفعها البنك في 10.000.000الى50.000.000دج طبقا لنص المادة18مكرر السابق ذكرها.

كما أن استعمال أموال البنك استعمالا منافيا لمصالحه أو استغلال السلطة تكون الغرامة نفسها حسب نص المادة131من نفس الأمر.

ويكون العقاب المستوجب في الحالات المنصوص عليها في المادتين131و132، حسبما ما جاء في نص المادة133من نفس الأمر، إذا كانت القيمة المختلسة أو المبددة أو المحجوزة عمدا تفوق 10.000.000دج أو تفوقها كانت عقوبة العضو السجن المؤبد وغرامة من20.000.000 دج الى50.000.000 كما جاء في نص، بالتالي تكون قيمة الغرامة بالنسبة للبنك هي من 50.000.000 إلى250.000.000 دج؛ بل وبالإضافة إلى ذلك باعتبارها مسؤولية مهنية كلما أخلت بقواعد حسن سير المهنة،يمكن للجنة المصرفية بالإضافة إلى العقوبات التي تفرضها عليها باعتبارها عقوبات تأديبية إلا أنها قد تفرض عليها أيضا عقوبة مالية تكون مساوية على الأكثر لرأس المال الأدنى الذي يلزم البنك، لخزينة الدولة حسب ما جاء في نص المادة 114من نفس الأمر.وهي أمور تخرج عن نطاق الرقابة القضائية لتفعيل الرقابة التي تمارسها اللجنة المصرفية في المجال البنكي، لتمتعها بسلطة قمعية تتمثل في توقيع العقوبات التأديبية على البنوك والمؤسسات المالية[1].

الفرع الثاني: البنك و موظفيه

وأما في حالة صدور الخطأ من تابع البنك، فإن مقتضى القواعد المدنية أن يكون البنك مسؤولا مدنيا عن أخطاء هذا التابع أمام العميل عما أصابه من ضرر، طبقا لما جاء في نص المادة136 بمجرد إثبات اتصال الخطأ بالوظيفة صلة مادية وسببية. لذلك يجب علينا معرفة من المسؤول عن التعويض في هذه الحالة، مع العلم أن الهدف الأخير للعميل هو استيفاء التعويض من مدين غير معسر لذلك يفضل دائما الرجوع على المتبوع.

[1] عميور فرحات،رسالة سابقة،ص82.

لان مسؤولية المتبوع تتقرر تلقائيا بمجرد ثبوت خطأ التابع [1] والمضرور لا يعلم ما هي حدود وظيفة التابع ليقر أن عمله في حدود وظيفته أم خارج نطاقها من جهة [2]، وبالتالي يصطدم بصعوبة إثبات نسبة الخطأ إلى هذا الأخير باعتباره المتسبب في الضرر،و اصطدامه بمدين معسر من جهة أخرى.

ويتم الحصول على التعويض بموجب دعوى يرفعها العميل على البنك كما جاء في الفصل التمهيدي، لكن ينبغي التفرقة في الحكم بحسب مصدر الضرر هل هو ضرر ناشئ عن مجرد خطأ التابع المدني يستحق مجرد التعويض أو ناتج عن جريمة ارتكبها ترتب عليها ضررا للعميل يوجب التعويض، هذا ما سنراه من خلال هذا الفرع.

أولا-الدعوى المدنية الأصلية

ترفع الدعوى عن الخطأ المدني للعميل عدة طرق يستفي بها حقه كما يلي:

1-دعوى العميل ضد البنك

للمضرور(العميل) الرجوع مباشرة على المتبوع(البنك) عن أعمال تابعه دون حاجة لإدخال التابع في الدعوى طبقا لنص المادة82 من قانون الإجراءات المدنية:" الضامن ملزم بالتدخل في الدعوى فإذا لم يحضر من تلقاء نفسه فانه يقضي في الدعوى غيابيا بالنسبة له، ولكن ليس للضامن أن يقوم مقام المضمون في الدعوى إلا بناء على تصريحه ". والتضامن هنا مقررا قانونا بحكم علاقة التبعية.

2-**دعوى العميل على التابع**

يمكن للمضرور(العميل) الرجوع على التابع ولكن على أساس المسؤولية الشخصية حسب ما يقضي به نص المادة 124من القانون المدني الجزائري فيتحمل به نهائيا لأنه المسؤول الأصلي.

---

[1] محمد صبري السعدي،مرجع سابق،الجزء الثاني،ص214.

[2] http://ar.jurispedia.org/index.php07/06/2007 انتفاء رابطة السببية

ولا يرجع العميل على المتبوع (البنك)؛ إذ لا يصح أن يقتضي تعويضين عن ضرر واحد[1]، ولا يجوز للتابع الرجوع على البنك بشيء مما دفع[2].

3-دعوى رجوع العميل على البنك و التابع معا[3]:

إذا ساهم خطأ البنك مع التابع في إحداث الضرر، فانه يجوز رجوع المضرور على المتبوع والتابع معا وهو تضامن مقرر لمصلحته كفله القانون، على أساس أن التضامن يقوم على وحدة الدين، وإن كانت هذه الوحدة لا تمنع من تعدد الروابط بين المدينين المتضامنين والدائن [4]، فانه حسب نص المادة 126 من القانون المدني: "إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزاماتهم بتعويض الضرر،و تكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي، إلا إذا عين القاضي نصيب كل واحد منهم في الالتزام بالتعويض".

ثانيا-الدعوى المدنية بالتبعية

أما إذا كان الضرر الذي أصاب العميل ناتج عن جريمة ارتكبها التابع:

كما جاء في نص المادة2 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري في فقرتها الأولى : "يتعلق الحق في الدعوى المدنية للمطالبة بتعويض الضرر الناجم عن جناية أو جنحة أو مخالفة بكل من أصابهم شخصيا ضرر مباشر تسبب عن الجريمة. "، يتعين بالضرورة إدخال التابع في الدعوى على أساس أن مسؤولية البنك جريمة التابع لذلك يتعين اختصامه [5]، ففي هذه الحالة يكون البنك مسؤولا عن الحقوق المدنية أو مدع عليه مدنيا، وبذلك يلزمه القانون بتعويض الضرر الذي ينتج عن فعل تابعه لما ينسب إليه من خطأ تقصيري مفترض حسب نص المادة136 من القانون المدني الجزائري[6]. فيكون للعميل بذلك الخيار:

1- إما برفع دعواه أمام القضاء الجزائي عن طريق الدعوى المدنية بالتبعية،

---

[1] http://ar.jurispedia.org/index.php07/06/2007 انتفاء رابطة السببية

[2] محمد صبري السعدي،مرجع سابق،الجزء الثاني،ص214.

[3] http://ar.jurispedia.org/index.php07/06/2007 انتفاء رابطة السببية

[4] نبيل ابراهيم سعد،**التضامم ومبدأ عدم افتراض التضامن**،منشأة المعارف،الطبعة الثانية،مصر،2000،ص72.

[5] http://ar.jurispedia.org/index.php07/06/2007 انتفاء رابطة السببية

[6] عبد العزيز سعد،مرجع سابق،ص65.

2-أو عن طريق رفع دعواه أمام القضاء المدني،مع مراعاة ما سبق ذكره في الفصل التمهيدي،مع مراعاة أحكام المادة 4 والمادة 5 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري[1].

لكن سنركز على حالة ما إذا رفعت الدعوى المدنية في وقت واحد أمام القضاء الجنائي طبقا لنص المادة3 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري:

أ-إذا صدر في حق التابع الحكم بالبراءة لسبب من الأسباب فان البنك تنتفي معه مسؤولية التابع عن تعويض الضرر الذي أصاب المدعي المدني(العميل) لانعدام العلاقة السببية بين الضرر والجرم الذي كان سينسب للتابع لأن لها نفس الأركان [2].

وكذلك الحال إذا كان الفعل مبررا 39من قانون العقوبات المتعلقة بنزع الوصف الجرمي عن ما تتضمنه من أفعال[3].

ب-حالة المساهمة أو الاشتراك إذا أثبتت المحكمة المساهمة في القيام بالجرم فالتضامن مقصور على الشرط الذي جاء في نص المادة 4 من قانون العقوبات الذي يقضي بتضامن المحكوم عليهم بنفس الجريمة في التعويضات المدنية للعميل والغرامة-كما سبق شرحه أعلاه- والمصاريف القضائية[4] و المادة 126 من القانون المدني السابق ذكرها[5].

أما إذا انتفت المساهمة فلا تضامن بينهم ولا يجوز للمحكمة أن تحكم بتضامنهم لا في التعويض ولا في الغرامة ولا في المصاريف القضائية حتى ولو أحيلوا إليها ضمن ملف واحد؛ بل تحكم على كل واحد بتعويض ما أحدثه فعله من ضرر [6].

---

[1] أنظر المادة4 و5 من الأمر رقم (66-155) المؤرخ في8يونيو1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتمم.

[2] عبد العزيز سعد، مرجع سابق،ص72.

[3] أنظر المادة 39من الأمر رقم (66-156) المؤرخ في 8 يونيو1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم.

[4] المادة 4 من القانون رقم (06-23) المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المتضمن قانون العقوبات: "يعتبر الأشخاص المحكوم عليهم بسبب نفس الجريمة متضامنين في رد الأشياء والتعويضات المدنية و المصاريف القضائية،مع مراعاة ما نصت عليه المادتان310 والفقرة الرابعة و370 من قانون الإجراءات الجزائية".

[5] عبد العزيز سعد، مرجع سابق،ص112.

[6] عبد العزيز سعد، نفس المرجع السابق،ص111.

ثالثا- دعوى البنك بما دفعه من تعويض على التابع:

القاعدة تقضي بأنه يجوز للبنك الرجوع على التابع بما أداه من التعويض للعميل في الحدود التي يكون فيها هذا التابع مسؤولا عن تعويض الضرر [1]، هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة137 قبل التعديل: "للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسؤولا عن تعويض الضرر".

لكن بعد التعديل أصبح الأمر مختلفا حيث أصبح رجوع المتبوع عن أعمال تابعه مقتصرا فقط على حالة ارتكابه للخطأ الجسيم؛ إذ يتمثل خطأ التابع الجسيم في قصد هذا الأخير تحقيق مصلحته الشخصية حتى ولو شارك قصده هذا تحقيق مصلحة البنك وأقصى درجات الخطأ الجسيم هو الخطأ العمدي، حيث ينطوي هذا الأخير على عنصر إرادي من الموظف،و قصد الأضرار بالغير؛ لذا يجب أن يعامل الموظف بأشد ردع ممكن، يتمثل في إلزامه بكامل التعويض[2]، وبذلك تكون عبارات هذه المادة قد جاءت للتشديد من مسؤولية المتبوع على حالات الرقابة والتوجيه للتابع حيث ضيقت من حالات رجوعه عن أخطاء موظفيه،إذ نعتقد أنها جاءت للمبررات التالية:

1-يبدو أن المشرع الجزائري قد أعطى التابع مساحة من الأمان في ممارسة نشاطه لإدراك هذا الأخير بوجود الضامن له، ذلك لأن إلقاء تبعة التعويض في كل الأحوال على عاتق التابع طبقا للنص القديم يدفعه إلى الخوف والتردد في أداء العمل خشية المسؤولية، مما يصيب البنك بالضرر لأنه لم يرتكب الخطأ إلا في خدمة البنك.

2-لكي يفعل في البنك روح التوعية لتابعيه،بالتزاماتهم وكذا بحدود مسؤولياتهم،و لتفعيل أيضا عنصر الرقابة و التوجيه في حقه اتجاههم لما تقتضيه رابطة التبعية.لأن هذا التقصير في ذاته يحمل صفة الخطأ وهو أساس مسؤولية البنك في مواجهة العميل مسؤولية شخصية [3]طبقا لنص المادة124من القانون المدني الجزائري تدعيما لفكرة الخطأ المفترض في جانب البنك.

---

[1] سليمان عبد الفتاح، **المسؤولية المدنية و الجنائية في العمل المصرفي في الدول العربية**،مرجع سابق،ص142.

[2] سليمان عبد الفتاح، **المسؤولية المدنية والجنائية في العمل المصرفي في الدول العربية**،نفس المرجع السابق،ص143.

[3] سليمان عبد الفتاح،**المسؤولية المدنية والجنائية في العمل المصرفي في الدول العربية**، نفس المرجع السابق، ص143.

وبذلك يكون حق الرجوع بمقتضى طريقة ودية أو بمقتضى:

1- **إذا اقتضى العميل التعويض بدعوى مدنية من البنك**

أمكنه الرجوع به على التابع لأنه مسؤول عنه بالتبعية التي تنتج عن التزامه التضامني مع التابع لأن القاعدة العامة في الضمان تسمح لمن يدفع التعويض عن الخطأ باسترجاع ما دفع من تعويض من التابع،بمقاضاة المتبوع(البنك) لتابعه على اثر دعوى مدنية أصلية مستقلة ترفع أمام المحكمة المدنية [1]. ولا يستطيع التابع أن يدفع مطالبة المتبوع له بافتراض مسؤولية المتبوع لأن هذا الافتراض كما سبقت الإشارة إليه لمصلحة المضرور [2]. لذلك يكون رجوع المتبوع على التابع بما دفعه من تعويض للمضرور على تابعه بالدعوى الشخصية [3] طبقا لنص المادة 124 من القانون المدني الجزائري وفي الحدود التي أقرتها المادة137 المعدلة ألا وهي ارتكاب هذا الأخير للخطأ الجسيم.

2-**في الدعوى المدنية بالتبعية[4]:**

نفس الشيء بالنسبة للدعوى المدنية بالتبعية لأن موضوع دعوى الرجوع استرداد مبلغ معين كان قد صدر حكم نهائي بدفعه للعميل،أما إذا رفعت أمام محكمة جزائية فان هذه الأخيرة تقضي بعدم الاختصاص[5]، لكن بتوفر الشروط التالية:

1-إن أول شرط يتطلب القانون توفره لإمكانية رجوع البنك على تابعه المدان بما دفعه من تعويض للعميل من الجريمة هو أن يصدر حكم نهائي عن جهة قضائية مختصة يقضي بمسؤوليته وإلزامه بتعويض الضرر.

2-شرط تسديد المبلغ المحكوم به إلى العميل.

3-شرط اقتصار الرجوع على ما جاء في نص المادة137المعدلة من القانون المدني الجزائري.

---

[1] عادل أحمد الطائي،مرجع سابق،ص252.

[2] محمد صبري السعدي، مرجع سابق، الجزء الثاني،ص214.

[3] http://ar.jurispedia.org/index.php07/06/2007 انتفاء رابطة السببية

[4] عبد العزيز سعد ،مرجع سابق،ص119.

[5] عبد العزيز سعد، نفس المرجع السابق،ص120

الخاتمـــــة

تناولنا في هذه المذكرة موضوع المسؤولية المدنية للبنك من حيث أنه موضوع تتنازعه عدة قوانين باعتباره موضوع ذ و طبيعة مهنية و أخرى قانونية يهتم بمهنة البنوك و ما تقتضيه علاقتها العقدية بعملائها،إذ يعتمد أساسا على الأعراف الدولية باعتبارها أهم مصدر من مصادر هذا القانون،و القانون التجاري باعتباره تاجر و القانون المدني الشريعة العامة لكل هذه القوانين.

إن هذا المزيج من القوانين إن دل فهو يدل على شيء واحد ألا و هو أهمية الشيء محل الدراسة و هو أعمال البنوك،فاشتمل البحث مختلف الاتجاهات الفقهية و القانونية و القضائية التي تناولته.

نخلـــــــص الى أن المـــــسؤولية المصرفية-كمسؤولية مهنية- تقوم على أساس الخطأ، لاعتبار الغرض من قيامها في حق البنك هو تعويض العميل عما أصابه من ضرر،فقد تقع على عاتق البنك وحده كشخص معنوي و قد تقع على عاتق موظفيه و قد تقع عليهما معا و أنه من حقه في ظروف معينة الرجوع عليه بالتعويض الذي دفعه للعميل عما أصابه نتيجة لخطأ الموظف.لذلك نخلص الى النتائج التالية:

أولا- الأساس هو السبب الذي من أجله يضع القانون عبئ تعويض الضرر على عاتق شخص معين و ان كان لا يهم العميل بقدر ما يهم القاضي لتحقيق العدالة ،فالعميل لا يهمه من الأمر الا استيفائه للتعويض لجبر الضرر الواقع عليه من مدين غير معسر ألا و هو البنك خاصة بالنظر الى طبيعة احترافه باعتباره تاجر نقد و دين. أما القاضي فيهمه ليبني على أساسه مسؤولية البنك اذ يجب عليه التعرف على مصدر الخطأ للتعرف على نوع المسؤولية المدنية التي سيعود عليها على البنك.

ولكن مجال الخطأ المصرفي واسع يحتاج الى قدر كبير من الضبط و الخبرة عند القضاء به،اذ يجب أن يكون تقديره ترجمة فعلية للواقع القانوني و الاقتصادي و العلمي المحيط بالعمل المصرفي. اذ يتحدد على أساس مدى الواجب القانوني الذي أخل به لذلك لم يوضع

له تعريفا دقيقا وان كان القاضي دائما يعود في تقديره الى أعراف المهنة المصرفية لاختلافه بحسب طبيعة كل عملية مصرفية.و لذلك ما تزال فكرة التطرق الى الخطأ المصرفي من الأمور الدقيقة التي تثير جدلا فقهيا في القانون .

لذلك نرى أن تطبيق نص المادة 176 غير كافي لمخاطبة أو لتبني الخطأ المصرفي واحتوائه، و لهذا السبب لابد من تدخل تشريع مصرفي يتبناه ليتماشى و مستجدات النشاط المصرفي لأن ما يتحكم فيه صعوبة وضع تعداد جامع مانع للعمليات المصرفية بسبب تطورها،اذ تزيد أو تنقص تبعا لتطور الظروف الاقتصادية و الاجتماعية، و على ذلك يصعب وضع معيار فني لتحديدها ،مما يثير معه تعدد صور الضرر لارتباطه سببيا مع الخطأ .

ثانيا–كما يجد القضاء أيضا صعوبة في تحديد نطاق العقد المصرفي من حيث موضوعه لعدم وجود نظام قانوني موحد يحكم جميع العقود المصرفية.باعتبارهاعقودا جاهزة ذات طبيعة خاصة و التي يتحدد الجزء الأكبر من مضمونها بالعبارات التي تشتمل عليها هذه الأخيرة و تكملها العادات و القواعد المصرفية التي ابتكرتها و طورتها .لذا فمن الصعب ادخالها في الأصول القانونية المعروفة،باعتبارها نظم من نوع خاص،و أن تفسيرها لا يخضع للقواعد المقررة لتفسير التشريعات المدنية أو التجارية،لاحتوائها على شروط يذعن فيها العميل فرضتها الأعراف الدولية و رسختها حتمية التعامل مع البنك و عدم امكانية الاستغناء عنه، و تفك طلاسمها الخبرة القضائية للتعرف على حدود الخطأ. الا أن المشرع الجزائري أحال المسألة الى نص المادة107 .

ثالثا–كما **أن** تغيير طبيعة الالتزام في الواقع التعاقدي ،يفرضه مبدأ سلطان الارادة،باعتبارها قانون المتعاقدين، الذي يجد تطبيقه الواسع في العقود المصرفية طبقا لنص المادة 106فالبنوك استغلت هذا المبدأ لصالحها و لم تفوت أي عبارة في نص 178الا و طبقتها حرفيا، نظرا لاحتوائها على عبارات فقرتها الأولى تفعل روح المنافسة بين البنوك اذ تعتبرها شروط اغرائية للتعاقد بمثابة تأمين على المسؤولية مقررة لمصلحة العميل،أما في فقرتـــها الثانية فانها لا تتماشى و درجة احترافية البنك – بالنظر إلى

إمكانياته الاقتصادية و المهنية و المركز الاقتصادي الذي أخصه المشرع –به اذ تجيز له الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي ، وإن كان المشرع قد أبقى على مسؤوليته في حالتي حالة الغش والخطأ الجسيم ،لكن هذا غير كافي لأن الخطأ اخلال بواجب قانوني وما التفاوت و التدرج فيه مقصور فقط في مضمون الواجبات القانونية لا في الخطأ،فهذا الأخير انما يتحقق بأي اخلال لتلك الواجبات بالرغم من أن العرف المصرفي لا يتضمن أي تنظيم قانوني لواجبات المصارف اتجاه عملائها اذ يقتصر فقط على تنفيذ هذه العمليات على ضوء الآليات المصرفية التي يقتضيها هذا النوع من النشاط.لذلك نوصي بتعديل نص المادة 178 لجعلها تشمل جميع المخاطبين بها ،في ظل غياب تشريع مصرفي ينظم حدود التعامل مع العميل.

رابعا–كما تثارمشكلة الموقع القانوني الذي يوفره العقد المصرفي لأطرافه سواء البنك أو العميل اذ يتشابه من جهة مع المواقع القانونية التي توفرها العقود الأخرى بتوفر دائن هو العميل و مدين هو البنك باعتباره عقدا ملزما للجانبين مستوفي لجميع أركان العقد،لكن من حيث القوة نلحظ فرقا كبيرا بسبب المركز المتميز الذي أخصه به المشرع حيث يظهر تأثير هذا الأمر عند اثبات الخطأ لأن عبء اثباته دائما على عاتق من يدعيه ألاو هو العميل،و هذا الأخير مهما بلغت مهنيته –في العمل المصرفي– يصطدم دائما بصعوبة اثبات الخطأ بالنظر الى الامكانيات التي يمتلكها البنك . لذلك تدخل المشرع الجزائري في بعض الحالات لتسهيل عبء اثبات الخطأ بوضعه قرينة غير قابلة لاثبات العكس مفروضة لصالح العميل المتضرر في نص المادة 136و عند قيام مسؤولية البنك عن فعل تابعه، أو عن الأشياء الغير حية الواقعة تحت حراسته في نص المادة 138 و ان كانت الطبيعة الخاصة للعقد المصرفي–الذي يحمل في طياته التقنية التي يتطلبها نشاطه– هي التي تتحكم في تطبيق نص المادة 138 أو نص المادة 107،الا أن هذه الأخيرة تسهل على البنك التخلص من المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي،لذلك لا بد من التدخل التشريعي لتحديد أساس موحد يعتد به ليحكم مسؤولية البنك عن فعل الأشياء.

كما أن ما يتحكم في إثبات الخطأ العقدي ه وطبيعة التزامه سواء كان ببذل عناية بإهماله لعناصر الحيطة و الحذر الضروريين لأدائه، مخالفا بذلك قواعد وأصول العمل المصرفي،و الذي يجد فيه البنك ظالته أو بتحقيق نتيجة وإن كان كمدين محترف ينتظر منه عميله ما لا ينتظره من غيره من المدينين بالنظر إلى إمكانياته الاقتصادية و المهنية و المركز الاقتصادي الذي أخصه المشرع به، ينبغى على المشرع التدخل لجعل التزامه التزاما بتحقيق نتيجة فقط، لتسهيل عبء الإثبات على العميل و للتـــشديد من سهولة تنصله من المسؤولية .

خامسا– كما لاحظنا أن الغرامة التي فرضها المشرع على البنك في حالة قيام مسؤوليته الجزائية –الدعوى المدنية بالتبعية– بالرغم من أنها تعود إلى خزينة الدولة ولا ينتفع بها العميل في التعويض؛ إلا أنها مقارنة بالربح الذي يحققه البنك والأخطاء التي يرتكبها في حق عملائه وصعوبة اكتشافه كان لزاما عليه الرفع من قيمتها، فهي عبارة عن عقوبة رادعة له؛ بالإضافة إلى العقوبة المالية التي فرضتها عليها اللجنة المصرفية كضريبة على خطئها المهني اتجاه عملائها.

وفي النهاية لا ننكر إمكانية وقوع بعض الأخطاء نتيجة ضغط العمل، في كون البنوك في حركية دائمة و متجددة سواء في علاقتها مع عملائها أوفي أعمالها الخاصة بها،خاصة بالنظر الى طبيعة احترافه باعتباره تاجر نقد و دين.لذلك لا بد من تصحيح الخطأ و محاسبة المقصرين إضافة إلى التحلي الدقيق و الصارم بتعليمات البنك المركزي للتمكن من تقديم الخدمات بالشكل و المضمون اللائقين بالبنك،لان الثقة التي تبنى فيه لا تأتي من فراغ بل عليه بالسعي الدائم لتقديمه الأفضل، تأكيدا لحرصه على رضا العميل.و لكل ما جاء نحرص على تقديم جملة من الاقتراحات المتوصل إليها من خلال البحث كما يلي:

1–تقريب البنك من العميل عن طريق تكثيف وسائل الاتصال و الحوار بينهم،في إطار سياسة جوارية ،خاصة في ظل الانفتاح على اقتصاد السوق لاعتبا ر الفرد هو العنصر المحرك في عملية التـــنمية.

2-عملية توعية العميل على وجه الخصوص لحقوقه و ممارستها لجهله بأبسط قواعد العمل المصرفي،و هنا لا بد من الاعتراف بأن البنك يتحمل مسؤولية التوعية،و التأكـــيد بذات الوقت على أهمية بذل المزيد من الجهود لنشر ثقافة مصرفية جيدة لدى المتعاملين معهم،إضافة إلى التذكير الدائم بخدماته و شرح قديمها و جديدها.

3-تفعيل دور البنـــك المركزي في الرقابة على أعمال البنوك.

4-تعزيز معرفة رجل القانون بالتقنيات البنكية و انعكاساتها في توسيع الحماية القانونية للمتعاملين معها،خاصة منها تكوين قضاة متخصصين في ميدان العمل المصرفي ،لتوسيع اطلاعهم على الأعراف المصرفية.

5-تدارك النقص في المنظومة التشريعية البنكية برعايتها لمسؤولية البنوك،كمسؤولية مهنية اتجاه عملائها،لتدارك الفراغ القانوني الذي فرض زيادة الاعتماد على العرف، بسسب خاصية التدويل التي تكتسيها العمليات المصرفية،لذلك لا بد من السعي الى وضع مفهوم دولي دقيق لنظام عام مصرفي .

6-دمج إطارات قانونية متخصصة لمراجعة مختلف الجوانب القانونية للمعاملات المصرفية التي يقدم عليها البنك مع عملائه.

7-محاربة الفساد و الخطر الأخلاقي فيما يتعلق بموظفيه،وضرورة توعيتهم بأهمية النشاط المصرفي و دوره في الاقتصاد الوطني.

8-الارتقاء بالآداء و الكفاءة المصرفيين و التي تؤدي الى الارتقاء بالعنصر البشري عن طريق الاستعانة بالخبرة في المكاتب الدولية لتدريب اطارات مصرفية لتبني أحدث نظم التسيير البنكية.

9-تبني سياسة الشراكة مع مختلف البنوك الأجنبية المتخصصة لتعزيز تبادل الخبرات من أجل تفعيل الآليات المصرفية و تحديث نظامها مع ما يفرضه الانظمام الى المنظمة العالمية للتجارة استجابة لما تقتضيه سياسة الانفتاح الاقتصادي.

قائـــــمة المراجـــع

أولا-النصوص القانونية

1. الأمر رقم(03-11)المتعلق بالنقد و القرض المؤرخ في26غشت2003 جريدة رسمية رقم52.
2. الأمر رقم(75-59)المؤرخ في26سبتمبر1975،المتضمن القانون التجاري،جريدة رسمية رقم101.
3. الأمر رقم(75-58) المتضمن القانون المدني المؤرخ في1975/09/26،الجريدة الرسمية رقم44
4. القانون رقم(05-10)المؤرخ في 20يونيو2005،المعدل و المتمم ل الأمر رقم(75-58) المتضمن القانون المدني المؤرخ في1975/09/26،الجريدة الرسمية رقم44
5. القانون رقم(04-15)المؤرخ في 10نوفمبر2004، المتضمن تعديل الأمر رقم(66-156) المؤرخ في 8يونيو1966،المتضمن قانون العقوبات والتعديلات الطارئة عليه.
6. الأمر رقم(66-156)المؤرخ في8يونيو1966،المتضمن قانون العقوبات والتعديلات الطارئة عليه.
7. الأمر رقم (66-155) المؤرخ في 8يونيو1966 المتضمن قانون الاجراءات الجزائية.
8. المرسوم التنفيذي رقم (90-290) المؤرخ في 1990/09/29 المتعلق بالنظام الخاص لعلاقات العمل المتعلق بمسيري المؤسسات.
9. القانون رقم(90-10)المؤرخ في14أفريل1990،المتعلق بالنقد و القرض،جريدة رسمية رقم14
10. قانون رقم (90-11) المؤرخ في 1990/04/21 المتعلق بالتنظيم الداخلي للبنوك الجزائرية لعلاقات العمل.
11. القانون رقم(06-23)المؤرخ في 20ديسمبر2006، المتضمن التعديل الجديد لقانون العقوبات.
10. نظام رقم(91-09)المؤرخ في14 غشت1991المحدد لقواعد الحذر في تسيير المصارف و المؤسسات المالية،الجريدة الرسمية،العدد39.

11. النظام رقم(91-10)المؤرخ في 14غشت 1991 المتضمن شروط فتح مكاتب تمثيل البنوك والمؤسسات المالية الأجنبية،الجريدة رسمية رقم25.

12. نظام رقم (04-02) المؤرخ في: 04 مارس 2004 يحدد شروط تكوين الحد الأدنى للاحتياطي الإلزامي، الجريدة الرسمية، العدد 27 المؤرخ في 28 أفريل 2004.

13. النظام رقم (04-03) المؤرخ في 04 مارس 2004، المتعلق بنظام ضمان الودائع المصرفية، الجريدة الرسمية، العدد35، المؤرخة في: 02 جوان 2004.

ثانيا-المراجع بالغة العربية

1 -المراجع العامة:

1-الطاهر لطرش،**تقنيات البنوك**،الطبعة الرابعة،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،2005.

2-حنفي عبد الغفار،**ادرة المصارف الحديثة**،دار الجامعة الجديدة للنشر،مصر،2002.

3-زينب عوض الله،أسامة محمد الفولي،**أساسيات الاقتصاد النقدي و المصرفي**،منشورات الحلبي الحقوقية،لبنان،2003.

4-سليمان بوذياب،**مبادئ القانون التجاري**،المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع،الطبعة الأولى،لبنان،2003.

5-شاكر القزويني،**محاضرات في اقتصاد البنوك** ،ديوان المطبوعات الجامعي،الطبعة الثانية،.1992

6-عبد الفـــتاح مراد،**موســـوعة البنوك**،بدون دار نشر،مصر،.1999

7-فاروق علي الحفناوي، **قانون البرمجيات،دراسة معمقة في الأحكام القانونية لبرمجيات الكومبيوتر**،الكتاب الأول،دار الكتاب الحديث،.2001

8-فائق محمود الشماع، **الحساب المصرفي دراسة مقارنة** ،الطبعة الأولى،الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع،الأردن،.2003

9-مصطفى كمال طه،**عمليات البنوك**،دار الفـــــكر الجامعي،مصـــــــــــر،.2005

10-مفتاح صالح،**مطبوعة الاقتصاد النقدي**،جامعة محمد خيضر بسكرة،2004/2003.

2-المراجع المتخصصة:

1-أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، **المسؤولية العقدية للمدين المحترف** ،منشأة المعارف،مصر،2003.

2----------،**الدراسات البحثية في المسؤولية المدنية، -المسؤولية المدنية الشخصية**، المجلد الأول، منشأة المعارف،مصر،2007.

3-إبراهيم سيد أحمد،المسؤولية المدنية، **التعويض في المسؤولية التقصيرية و المسؤولية العقدية**،دار الكتب القانونية،مصر،2006.

4-أكرم إبراهيم حمدان الزعبي، **مسؤولية المصرف المصدر في الاعتماد المستندي** ،دار وائل للنشر،الأردن،2000.

5- السيد عبد الحميد فودة، **الافتراض القانوني بين النظرية و التطبيق** ،دار الفكر الجامعي،مصر،.2003

6- العربي بلحاج ، **النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري** ،التصرف القانوني و الارادة المنفردة،الجزء الأول،الطبعة الثالثة،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،2004.

7- أنور العمروسي،**المسؤولية التقصيرية و المسؤولية العقدية في القانون المدني** ،دار الفكر الجامعي،مصر،2004.

8-حسن حنتوش الحسناوي،**التعويض القضائي،في نطاق المسؤولية العقدية**،دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن،1999.6

9-دربال عبد الرزاق، **الوجيز في النظرية العامة للالتزام** ،مصادر الالتزام،دار العلوم،الجزائر،.2004

10----------،**الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري** ،دار العلوم،الجزائر،2004.

11-سائح سنقوقة،**قانون الاجراءات المدنية،نصا و تعليقا** ،دار الهدى،الجزائر،.2001

12-سليمان مرقص،**الوافي في شرح القانون المدني-الفعل الضار و المسؤولية المدنية،قسم**

13-**المسؤوليات المفترضة**،دار الكتاب الحديث،مصر،1987.

13- صمودي سليم،**المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي**،دار الهدى،الجزائر.2006

14-عادل جبري محمد حبيب،**المفهوم القانوني لرابطة السببية و انعكاساتها في توزيع عبء المسؤولية المدنية**،دار الفكر الجامعي،مصر،2003.

15-عادل أحمد الطائي، **المسؤولية المدنية للدولة عن أخطاء موظفيها** ،بدون دار نشر،الأردن،1999.

16- عباس مصطفى المصري،**عقد الحساب الجاري**، دار الجامعة الجديدة للنشر،2004.

17-عبد الفتاح سليمان، **المسؤولية المدنية و الجنائية في العمل المصرفي في الدول العربية**،مكتبة الانجلو المصرية،الطبعة الأولى،مصر،1986.

18----------،**استخدام الشيك و مشكلاته العملية و حلولها**الشركة الوطنية الموحدة للتوزيع،الطبعة الثانية،المملكة العربية السعودية،.2006

19-عبد الرزاق السنهوري،**الوسيط في شرح القانون المدني،نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام**،الجزء الأول،دار إحياء التراث العربي،بدون سنة نشر،لبنان.

20- عبد الرزاق السنهوري،**الوسيط في شرح القانون المدني،نظرية الالتزام بوجه عام -آثار الالتزام** ،الجزء الثاني،المجلد الثاني، دار النهضة العربية،مصر،1982.

21-عبد العزيز سعد، **شروط ممارسة الدعوى المدنية أمام المحاكم الجزائية** ،الديوان الوطني للأشغال التربوية،الطبعة الأولى،الجزائر،2002.

22-علي علي سليمان، **دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري** ،،ديوان المطبوعات الجامعية،الطبعة الثانية،الجزائر،.1989

23-عز الدين الدناصوري،عبد الحميد الشواربي،**المسؤولية المدنية في ضوء الفقه و القضاء**،الطبعة الأولى،2000.

24-عزيز العكيلي، **شرح القانون التجاري،الأوراق التجارية و عمليات البنوك** ،الجزء الثاني،الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع و دار الثقافة للنشر و التوزيع،الأردن،2002.

25-علي فيلالي،**الالتزامات العمل المستحق للتعويض**،موفم للنشر و التوزيع، الجزائر،.2002

26-عمر بن سعيد ،**الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني**، دار الهدى،الجزائر،2004.

27- فاضلي ادريس، **المسؤولية عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري** ،ديوان المطبوعات الجامعي،الجزائرية،2006.

28-لبنى عمر مستقاوي، **المسؤولية المصرفية في الاعتماد المالي** ،منشورات الحلبي الحقوقية،الطبعة الأولى،2006.

29-مبروك حسين،**المدونة البنكية مع النصوص التطبيقية و الاجتهاد القضائي** و النصوص المتممة،دار هومة،الطبعة الأولى،الجزائر،.2006

30-محمد شريف غانم،**مسؤولية البنك عن أخطاء الكومبيوتر في النقل الالكتروني** ،بدون دار نشر،مصر،2006.

31-محمد صبري السعدي، **شرح القانون المدني الجزائري** ،دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع،الجزء الأول،الطبعة الثانية، الجزائر،.2004

32- محمد صبري السعدي، **شرح القانون المدني الجزائري** ،دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، الجزء الثاني،الطبعة الثانية،الجزائر،.2004

33-محمد عبد الودود أبو عمر، **المسؤولية الجزائية عن افشاء السر المصرفي** ، الطبعة الأولى،دار وائل،الأردن،بدون سنة نشر.

34-محفوظ لعشب، **الوجيز في القانون المصرفي الجزائري** ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2004

35----------، **المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري**،ديوان المطبوعات الجامعية،بدون سنة نشر.

36-محي الدين إسماعيل علم الدين، **موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية**،الجزء الأول،مصر،1987.

37- ----------**موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية**الجزء الثاني،مصر،1987

38-محمود جلال حمزة، **العمل الغير مشروع باعتباره مصدر للالتزا م،دراسة مقارنة بين القانون المدني السوري و القانون المدني الجزائري**،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر1985.

39-مسعود شيهوب، **المسؤولية عن المخاطر و تطبيقاتها في القانون الاداري** ،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،2000.

40-مصطفى إبراهيم الزلمي، **موانع المسؤولية الجنائية في الشريعة الاسلامية و التشريعات العربية**،الطبعة الأولى ، الأردن،2005.

41-نبيل ابراهيم سعد، **التضامم و مبدأ عدم افتراض التضامن** ،منشأة المعارف،الطبعة الثانية،مصر،.2000

42-نعيم مغبغب، **السرية المصرفية،دراسة مقارنة في القانون المقارن** ،بدون دار نشر،لبنان،.1996

43-وائل عبد الرحمان صالح الطويل،ناجح داوود رباح، **الأعمال المصرفية و الجرائم الواقعة عليها**، الجزء الأول،دار وائل للنشر،الأردن،.1999

3-الرسائل الجامعية:

1-بركات ربيعة،"**دور تقييم الآداء في تحسين الخدمات العمومية،دراسة حالة وحدة البريد الولائية بسكرة**"،رسالة ماجستير،جامعة محمد خيضر بسكرة،الجزائر،.2006

2-بوعبد الله علي،" **وظائف الادارة المصرفية،دراسة حالة بنك الفلاحة و التنمية الريفية**"،رسالة ماجستير،جامعة محمد خيضر بسكرة،الجزائر،2005.

4-المجلات:

1-سحنون محمد،" **النقود الالكترونية و أثرها على المصارف المركزية في إدارة السياسة النقدية**"،مجلة العلوم الانسانية،العدد9،جامعة محمد خيضر بسكرة،الجزائر،2006.

2- شرون حسينة ، مشري عبد الحليم ،" **المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي في التشريع الجزائري**"مجلةالمنتدى القانوني،العدد 2،جامعة محمد خيضربسكرة،الجزائر،.2005

5- المطبوعات:

1- مفتاح صالح، **مطبوعة الاقتصاد النقدي**، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2004/2003.

ثانيا-المراجع باللغة الفرنسية

1-Les ouvrages

1-CHRISTIAN CHristian Gavalda et Jean Stoufflet,**Droit bancaire** ,2em edition,litec-groupe lexis nexis.

2-ANTOINE VIALAD,**Droit civil algerien ,la responsabilite civile delictuelle**,2 edition,office des publications universitaires,algerie,1986.

3-PHILIPPE LE TOURNEAU ,**la responsabilite civile professionnelle** .economhca ,paris1995.

2-Les sites internet

1- www.contrexpert.com:la réparation des fautes bancaires des fautes bancaires/24/02/2007

4- http://ar.jurispedia.org/index.php رابطة السببية في المسؤولية المدنية تاريخ الزيارة:2007/06/07.

2- http://thaz.alzehda.gov.sy/05/04/2007 إلى متى يتحمل المواطن أخطاء المصرف و المحاسبين تاريخ الزيارة:2007/04/50.

3- www.f-law.net/law/archive/index.php التزام المدين بالتعويض عن الأضرار المتوقعة في المسؤولية العقدية،تاريخ الزيارة:14/08/2007

5- www.arablaw.com/board/archive/index.php: آثار المسؤولية التقصيرية–التعويض,تاريخ الزيارة:14/08/2007.

6-www.banque-info.com/q-r/part-respon-bancaire.php/12/02/2008/la responsabilite bancaire

7-www.moudir.com/a2/12/02/2008 مفهوم المسؤولية تاريخ الزيارة

hptt// :fr.wikipedia.org/wiki/05/04/2008agrement

فهرس الموضوعات

العنوان	الصفحة
مقدمـــــة	
الفصل التمهيدي:ماهية العمل المصرفي و مدى المسؤولية عنه	
المبحث الأول:ماهية العمل المصرفي.....	02
المطلب الأول:تعريف العمل المصرفي.....	02
الفرع الأول:نشأة العمل المصرفي.....	03
الفرع الثاني:ماهية البنك.....	06
أولا–تعريف البنك.....	06
1–التعريف الاقتصادي للبنك.....	06
2–التعريف التشريعي للبنك.....	08
ثانيا–التمييز بين البنك و المؤسسات المالية.....	09
1–التعريف الاقتصادي للمؤسسة المالية.....	09
2–التعريف التشريعي للمؤسسة المالية.....	10
3–الفرق بين البنك و المؤسسة المالية.....	10
ثالثا–الأساس القانوني لعمل البنك.....	11
المطلب الثاني:خصائص العمل المصرفي.....	13
الفرع الأول:العمل المصرفي عمل تجاري.....	14
الفرع الثاني:العمل المصرفي عمل نمطي.....	14
الفرع الثالث:العمل المصرفي ذو طبيعة دولية.....	19
المبحث الثاني:مدى المسؤولية عن العمل المصرفي.....	21
المطلب الأول:مفهوم المسؤولية بوجه عام.....	21
الفرع الأول:تعريف المسؤولية.....	21
الفرع الثاني:أنواع المسؤولية.....	22

أولا–المسؤولية الأدبية..... 22
ثانيا–المسؤولية القانونية..... 23
المطلب الثاني:مضمون فكرة المسؤولية على العمل المصرفي..... 25
الفرع الأول:تحديد مفردات العلاقة بنك–عميل..... 26
أولا–تعريف العميل..... 26
ثانيا–تعريف عقد فتح الحساب المصرفي..... 29
1–التعريف الاقتصادي..... 29
2–التعريف القانوني..... 30
3–الدور القانوني للحساب المصرفي..... 33
الفرع الثاني:مصدر مسؤولية البنك..... 34
الفصل الأول:أساس المسؤولية المدنية للبنك اتجاه عملائه
المبحث الأول:مسؤولية البنك المدنية على أساس الخطأ..... 39
المطلب الأول:المسؤولية على أساس الخطأ العقدي..... 40
الفرع الأول:حدود خطأ البنك العقدي كمدين محترف..... 40
الفرع الثاني:معيار تقدير خطأ البنك العقدي..... 44
أولا–الالتزام بتحقيق نتيجة..... 45
ثانيا–الالتزام ببذل عناية..... 47
المطلب الثاني:المسؤولية على أساس الخطأ المفترض..... 52
الفرع الأول:مسؤولية البنك عن الأشياء الغير حية..... 53
أولا–عدم استقلالية أدوات و أجهزة البنك عن العقد المصرفي..... 54
1–مسؤولية البنك العقدية عن فعل الأشياء الغير حية..... 55

2-مسؤولية البنك عن الاخلال بالسلامة..... 57
ثانيا-استقلالية أدوات و أجهزة البنك عن العقد المصرفي..... 61
1-مضمون فكرة الحراسة..... 61
2-أساس فكرة الحراسة..... 65
الفرع الثاني:مسؤولية البنك عن أعمال موظفيه..... 68
أولا-مضمون فكرة التبعية..... 69
ثاني-شروط قيامها..... 70
ثالثا-الأساس القانوني لمسؤولية البنك على أخطاء موظفيه..... 73
المبحث الثاني:المسؤولية دون خطأ..... 75
المطلب الأول:أثر المسؤولية دون خطأ على العمل المصرفي..... 76
المطلب الثاني:تقييم النظرية..... 79
الفصل الثاني:شروط ثبوت المسؤولية المدنية للبنك اتجاه عملائه و جزاء قيامها
المبحث الأول:الضرر الموجب للتعويض..... 85
المطلب الأول:مفهوم الضرر..... 85
الفرع الأول:تعريف الضرر..... 85
الفرع الثاني:خصائص الضرر..... 85
أولا-الضرر الحال..... 87
ثانيا-الضرر المستقبل..... 87
المطلب الثاني:مظاهر الضرر المصرفي..... 88
الفرع الأول:الربح الفائت..... 88
الفرع الثاني:تفويت الفرصة..... 89

المبحث الثاني:اثبات علاقة السببية..... 90
المطلب الأول:تقدير رابطة السببية..... 90
الفرع الأول:نظرية تعادل الأسباب..... 92
الفرع الثاني:نظرية السبب المنتج..... 92
المطلب الثاني:انتفاء الرابطة السببية..... 96
الفرع الأول:ماهية السبب الأجنبي..... 96
أولا-تعريف السبب الأجنبي..... 97
1-ركن السببية..... 97
2-ركن انتفاء الاسناد..... 97
ثانيا-حالات السبب الأجنبي..... 98
1-القوة القاهرة..... 98
2-خطأ العميل..... 100
3-خطأ الغير..... 102
الفرع الثاني:الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية..... 103
المبحث الثالث:جزاء قيام مسؤولية البنك المدنية اتجاه عملائه..... 107
المطلب الأول:مفهوم التعويض و معيار تقديره..... 107
الفرع الأول:مفهوم التعويض..... 107
أولا-تعريفه..... 108
ثانيا-أنواع التعويض..... 109
1-التعويض بمقابل..... 109
2-التعويض العيني..... 110

الفرع الثاني:معيارتقدير التعويض..... 111
أولا–الضرر المباشر المتوقع..... 111
ثانيا–الضرر المباشر الغير متوقع..... 113
المطلب الثاني:الجهة الملزمة بالتعويض..... 114
الفرع الأول:البنك و أعضائه..... 114
الفرع الثاني:البنك و موظفيه..... 118
أولا–الدعوى المدنية الأصلية..... 119
1–دعوى العميل ضد البنك..... 119
2–دعوى العميل على التابع..... 119
3–دعوى رجوع على البنك والتابع معا..... 120
ثانيا–الدعوى المدنية بالتبعية..... 120
ثالثا–دعوى البنك بما دفعه من تعويض على التابع..... 122
1– إذا اقتضى العميل التعويض بدعوى مدنية من البنك..... 123
2– في الدعوى المدنية بالتبعية..... 123
الخاتمة..... 124
قائمة المراجع..... 128
الفهـــــــــرس.....
الملاحـــــــــق.....

الملخص

إن ما يحكم الأعمال المصرفية هو القانون المصرفي الـــــذي يعتمد أســـــاسا على الأعراف الدولية باعتبارها أهم مصدر من مصادره و القانون التجاري باعتبار البنك تاجر يمتهن الأعمال التجارية،و القانون المدني باعتباره الشريعة العامة لكل هذه القوانين. فالخطأ المدني عكس الخطأ الجزائي لا يخضع لمبدأ الشرعية، نفس الشيء بالنسبة للخـــطأ المدني للبنك ،و من ثم استحال حصر الواجبات التي يترتب على الإخلال بها خطأ و هذه هي المشكلة التي يواجهها الفقه بصدد تعريف الخطأ.

لذلك أثارت فكرة المسؤولية المصرفية باعتبارها مسؤولية مهنية إشكالات تتعلق بمدى انطباق الأحكام العامة للمسؤولية المدنية فيما يتعلق بتحديد الأســـاس القانوني الذي ترتكز عليه اتجاه عملائها،بالنظر إلى طبيعة العمل المصرفي و ذلك بسبب التناقض الذي يقوم عليه هذا الأخير ألا و هو الربحية من جهة و المخاطرة من جهة أخرى.و قـــصور الأمر(03-11) المتعلق بالنقد و القرض المعدل للقانون(90-10)،عن وضع أحكام للمسؤولية المصرفية التي تقوم اتجاه عملاء البنوك.فهو يحتاج بذلك لإدخال تعديلات بتزويده بقواعد تتحدد بها أحكام هذه المسؤولية.

هذا النقص أو الفراغ القانوني يقتضي تفعيل دور القضاء باعتباره المسؤول عن تكييف و تفسير العقود المصرفية ،مما يحتم عليه توسيع معارفه في مجـــــال العمل المصرفي.وإن كان هو أيضا يعاني من عدم وجود تنظيم للمسؤولية المصـــــرفية لسببين الأول هو عدم طرح العملاء في دعاويهم إلى الواجبات التي يكون البنك قد خرقها مما يؤدي لإعمال مسؤوليته، و ذلك بسبب جهل العميل لها مهما بلغت مهنيـــتته في العـــمل المصرفي ،لأن هذه الأخيرة-الواجبات-تتجدد و تتسع و تضيق بحسب طبيعة العـــملية المصرفية من جهة،و من جهة أخرى يبدو أن المشرع قد أحال الأمر إلى القضاء بهدف تطبيق السياسة العامة له و التي تسعى إلى حماية القطـــاع المصرفي بعدم تقـــــييده بأية واجبات محددة بالنظر إلى الموقع الاقتصادي لهذا الأخير و العوامل التي ساهمت في جعله القطاع الأهم و الأخطر اقتصاديا في الدولة.

Résumé :

Que régit les activités bancaires est la loi bancaire, qui repose essentiellement sur les normes internationales, comme la plus importante source de la confixation et la loi commerciale en tan que commerçant exerçant des activités commerciales, et la loi civil qui représente la législation suprême de chacune de ces loi.

Contrairement à la faute pénale, la faute civile n'est pas soumise au principe de la légistrature , ce qui est de même pour la faute civile bancaire , de ce faite, il est impossible d'innombrer les devoirs dont leur violation engendre « l'erreur » et c'est le problème que rencontre le jurisprudence dans la définition de « l'erreur ».

Par conséquent, l'idée de responsabilité bancaire entant que responsabilité professionnelle a soulevé des problèmes relatifs à l'applicabilité des dispositions générales de la responsabilité civiles à l'égard de la base juridique sur laquelle est basé l'attitude des clients, étant donné la nature des activités et a cause de la contradiction bancaire qui sous-tendent ce dernier qu'est la rentabilité d'une part, et le risque de l'autre part.

L'échec de la loi bancaire (11-03) modifiant la loi (10-90) de mettre des dispositions pour la responsabilité bancaire fondés sur la clientèle des banques.

Cette lacune ou vide juridique névessite l'activation du rôle de la magistrature chargé de l'adaptation et l'interprétation des contrats par la banque qui fait qu'il est impératif de développer les connaissances dans le domaine de la banque, mais souffre également d'un manque d'une organisation bancaire pour deux raisons : la responsabilité première est de ne pas mettre les clients dans prétend être le monde que les violations des droits, ce qui peut conduire à des actes de responsabilité et à cause de l'ignorance du client quel que soit le professionnalisme dans le secteur bancaire, en raison de celle-ci les devoirs- Et a renouvelé l'élargissement et à la réduction en fonction de la nature de la banque, et d'autre part, il semble que législateur a renvoyé la question à la magistrature de l'application d'une politique qui vise à protéger le secteur bancaire ne se limite pas à l'un des devoirs spécifiques donnés sur le site de ce dernier facteurs économiques, ce qui contribué à ce secteur afin de le rendre plus dangereux et plus importante sur la plan économique de l'état.