جامعة قاصدي مرباح – ورقلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر

الميدان: حقوق وعلوم سياسية

الشعبة: حقوق

التخصص: قانون شركات

من إعداد الطالبتين:

بلعلمي فطوم

خينش مباركة

بعنـــــوان :

المسؤولية المدنية للبنوك الناتجة عن استخدام الكمبيوتر

نوقشت وأنجزت : ...../...../2018

أمام اللجنة المكونة من السادة الأعضاء:

الأستاذ / قادري محمد لطفي الصالح – أستاذ محاضر "ب"– جامعة قاصدي مرباح – رئيسا

الأستاذة / قدة حبيبة – أستاذ محاضر "ب" – جامعة قاصدي مرباح – مشرفا

الأستاذة / مبعوج أحلام – أستاذ مساعد "ب" – جامعة قاصدي مرباح – مناقشا

السنة الجامعية: 2018/2017

الشكر والتقدير

قبل كل شيء نحمد الله عز وجل الذي منى علينا في إتمام هذا العمل

كما نتقدم بشكرنا الخالص إلى أستاذتنا المشرفة الدكتورة الفاضلة " حبيبة قدة"

التي لم تبخل علينا بالنصائح والتوجيهات والمعلومات لإنجاز هذا البحث

وكذا نشكر أعضاء اللجنة الموقرة لقبولهم مناقشة هذه المذكرة

كما نتقدم بجزيل الشكر والإمتنان لكل أساتذة قسم الحقوق على

مجهوداتهم معنا خلال المشوار الدراسي فتقبلوا منا فائق

الإحترام والتقدير

كما نتقدم بشكر لكل من ساعدنا في إنجاز هذا العمل من كل بعيد أو قريب

إهداء

إلى اللذان كان لهما الفضل في تربيتي وتعليمي

ومنهما إقتبست الأخلاق القيمة

" أبي وأمي"

مصدر فخري وإعتزازي أطال الله في عمرهما وحفظهما لي

كما أهدي عملي إلى كل أخوتي وأخواتي

وإلى كل الأصدقاء الذين ساعدوني في إنجاز هذا العمل

مباركة خينش

أهدي عملي ثمرة جهدي وعملي المتواضع إلى نبع الحنان

والديا أطال الله في عمرهما

كما أهدي هذا العمل إلى كل أفراد عائلتي كبيرا وصغيرا

كما أهدي هذا العمل إلى كل الأصدقاء والأحبة

وإلى كل من ساعدني في إنجاز هذا العمل من بعيد أو قريب

بلعلمي فطوم

مـــقـــدمـــة

مقدمة:

تعتبر البنوك أحد أهم الركائز التي يقوم عليها الإقتصاد في مختلف الدول، نتيجة للدور الكبير الذي تقوم به في تعبئة المدخرات من الجمهور ووضعها ضمن مشروعات وإستثمارات داخلية وخارجية للدولة وبتالي فإن تلقي الودائع ومنح الإئتمان يشكل النشاط الرئيسي للبنوك، بالموزاة مع قيام البنوك بتوفير الوسائل الملائمة للتعامل في الحسابات حسب متطلبات كل فئة من فئات عملائها، فالتاجر يتوقع من بنكه تقديم خدمات تسهل أعماله التجارية، بينما يبحث غير التاجر عن البنك الذي يوفر له ممارسة أعماله البنكية بأقل تكلفة وبدون تعقيد أو تأخير.

وقد شهدت العقود الأخيرة تطورات تكنولوجية أحدثت تأثيرا كبيرا في جميع نواحي الحياة، وبالخصوص في قطاعات النشاط الاقتصادي المختلفة من بينها القطاع البنكي، حيث شرعت البنوك في الإستفادة من تلك التطورات وتم إستخدامها في تقديم الخدمات نظرا للفوائد المترتبة عنها، وقد أدى الإنتشار الواسع الذي عرفته بعض الخدمات البنكية الناتجة عن التطور التكنولوجي كما هو شأن البطاقات البنكية، إلى تكوين قناعة لدى البنوك مفادها أن الإستفادة من التكنولوجيا الحديثة لتقديم الخدمة البنكية أمر لاغنى عنه في ظل المنافسة الشديدة التي يشهدها القطاع البنكي، ولم يكن هذا الأخير بمنأى عن هذا التطور فكان عليه أن يواكب هذه التغيرات التي أحدثتها ثورة المعلومات، وبالفعل فقد إستجابت البنوك لذلك وقد أخذت تعيد النظر في الدور التقليدي الذي كانت تقوم به في تعاملاتها، إلى تقديم خدماتها على نحو يتلائم مع النمو المتزايد لوسائل الإتصال الحديثة، ومعتمدة على آليات جديدة في هذا الصدد، ومن هنا بدأ دور الكمبيوتر يظهر في البنوك، وذلك سواء كان على مستوى علاقة البنوك بعملائه أو مع بعضها البعض أو حتى على مستوى التنظيم الداخلي لها.

فابنسبة للأعمال الداخلية، فإن الكمبيوتر قد قدم للبنك الكثير من الخدمات من حيث تدخله في كافة الأعمال المصرفية مما سهل وحسن من أدائها، فأصبح يستطيع تسجيل المعاملات المالية والخدمات وترتيبها وإعداد القوائم المالية والأجور والمرتبات وإعداد الموازنة والحسابات الختامية ومن جهة أخرى أصبح الكمبيوتر من أدوات الإنتاج داخل البنك، عن طريق إدخال الوظائف التحليلية في الكمبيوتر وتسجيل المعطيات المختلفة في تكوين الملفات، وأصبح من الممكن أن يساعد الكمبيوتر في إتخاذ القرارات المهمة التي تتعلق بمنح الإئتمان والتعامل في البورصة وغيرها.

أما بالنسبة للعمليات الخارجية للبنك خاصة في علاقته بالعملاء نجد أن الكمبيوتر يقوم بدور مهم في توزيع المنتجات المصرفية، فبفضل الكمبيوتر أصبحت هناك وسائل وفاء جديدة وتطورت وسائل إتصال العملاء مع البنك، فإنتشرت منافذ الصرافة الآلية والبنك عبر الهاتف، والبنك المنزلي والكمبيالة الإلكترونية والشيك الإلكتروني والوقع أن علاقة العميل بالبنك قد تأثرت بدخول الكمبيوتر بأكثر من شكل سواء على مستوى إصدار الأوامر من العميل إلى البنك، أو في طريقة تنفيذ هذه الأوامر من جانب البنك أو في التأكد من هذه الأوامر.

ولم يقف تأثير الكمبيوتر في الحياة المصرفية عند هذا الحد، وإنما إمتد إلى علاقة البنك مع البنوك الأخرى، من حيث التحويلات النقدية التي تتم بين البنوك تتم بشكل الكتروني، وإذا كان التطور التقني قد أدى إلى إنتشار إستخدام الكمبيوتر وتطور في وسائل وفاء وطرق نقل النقود الالكترونية قد حقق مزايا عديدة لا يمكن تجاهلها، فإنه قد جلب في نفس الوقت صورا وأشكالا جديدة من المخاطر لابد من مواجهتها لدرء ما ينتج عنها من أضرار لذلك أصبح البنك مسؤولا عن الأضرار التي تحدث أثناء قيامه بالعمليات المصرفية نتيجة الإستخدام الخاطئ للكمبيوتر أو فشل في نظام الكمبيوتر سواء من جانب البنك أو العميل.

وتنقسم المخاطر المصاحبة لإستخدام الكمبيوتر إلى نوعين مخاطر مادية تتعلق بطبيعة الكمبيوتر بذاتها كعيب في تصنيع الجهاز أوتلف جزء من أجزاء الكمبيوتر بسبب حريق شب في البنك أو فيضان أو قطع الكهرباء عن الجهاز أو سحب مصدر الكهرباء في وقت غير مناسب، أما النوع الثاني فيتمثل في المخاطر الفنية تتعلق ببرامج التي يعمل الكمبيوتر من خلالها كعدم كفاءة البرنامج لتلقي الأوامر أو تأثر البرنامج بالرطوبة أو الحر الشددين مما جعله ينفذ الأوامر بشكل خاطئ أو وجود عطب الكتروني أو دخول فيروس في أجهزة الكمبيوتر أو في شبكة التي تربط بين البنك والبنوك الأخرى.

ونظرا لأهمية القطاع البنكي بوصفه عماد الإقتصاد الوطني، سعت التشريعات إلى تنظيمه وأقرت إجراءات فعالة وميكانيزمات محكمة تمكن البنوك من تسيير المخاطر ومواجهتها، حفاظا على إستقرار الإقتصاد ولحماية أموال المودعين والأشخاص المتعاملين معها، فلا يمكن للمؤسسة البنكية أن تحقق نشاطا يحفظ استقرارها وسمعتها مالم تخضع لأسس تنظيمية وقانونية تحكم عملها وتقيدها بمجموعة من الضوابط في أدائها لمهامها تحت طائلة المسؤولية والحديث عن مسؤولية البنك ليس أمرا مستجدا في الفكر القانوني لكن يمكن القول أن الاهتمام بهذا الموضوع قد إزداد كثيرا مؤخرا نتيجة لتزايد حجم

المتعاملين مع البنك وتوسع أنشطتها وتطورها مما أدى إلى اتساع دائرة مسؤوليتها يوما بعد يوم وشمولها لمجالات لم يسبق لها أن كانت مسؤولة عنها بل أن ذلك قد أدى الى ظهور أنواع جديدة من المسؤولية منها ما يتحملها البنك بصفته أحد أكبر الفاعلين الإقتصاديين في الدولة فيقع عليه واجب حل بعض المشكلات التي تساهم في دعم استقرار المجتمع وهي ما يطلق عليه المسؤولية الإجتماعية، وعلى أي حال فإن الإهتمام الكبير لمسؤولية البنوك إنصب على مختلف جوانب الأنشطة التي تمارسها لكنه تركز بشكل ملحوظ على جوانب المتعلقة بعلاقة البنوك بمتعاملين معها ومسؤوليتها القانونية عن العمليات التي تجريها خصوصا فيما تعلق بالمسؤولية المدنية عن الأضرار التي يمكن أن تحدث للعملاء نتيجة لما تمارسه من أنشطة والواقع أن تزايد العمليات البنكية واختلاف مضمونها ووسائل ممارستها المتطورة بتطور التقنيات المستخدمة أدى إلى خلق أوضاع قانونية خاصة تعتمد على السرعة في إنجاز العمليات على حساب الإلمام بتفاصيل العملية والنتائج المترتبة عنها.

وتتجلى أهمية الدراسة في تحديد نوع المسؤولية التي تقوم في حق البنك عن الأضرار التي يسببها للعميل سواء كانت عقدية أم تقصيرية أو على أساس تحمل تبعة المخاطر، كما تتجلى أهمية الدراسة في إبراز أهم المخاطر الناجمة عن إستخدام الكمبيوتر التي قد يتعرض لها العميل، وتحديد الوسائل القانونية اللازمة لتجنب حدوث مثل هذه المخاطر والوقاية منها،كما تتجلى الأهمية في توفير حماية للمتعاملين مع البنك من الأضرار لها أثناء إستخدام هذه التقنية، هذا بالإضافة إلى ضرورة إستخدام البنك لطرق تقنية جديدة التي توفر له الوقت والتكاليف وتنفذ العمليات على الوجه الصحيح، لذلك تكمن الأهمية في تحقيق توازن بين تحسين الخدمة وتطوير الأداء من ناحية، والمسؤولية عن الأضرار التي تسببها التقنية الحديثة من ناحية أخرى.

وتهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على مسؤولية البنك المدنية عن العمليات التي يقوم بها من خلال الإعتماد على التكنولوجيا الحديثة وما أفرزه استخدام الحاسب الآلي، فالتعامل عن طريق الكمبيوتر ينطوي على العديد من المخاطر بنسبة للعملاء مما قد يحدث أضرارا إذا ما تحققت تلك المخاطر، إذا كان من المفيد القيام بدراسة مدى إمكانية مساءلة البنك مدنيا كطرف قوي في العلاقة التي تجمعه بعملائه ومحاولة البحث عن الوسائل لحماية الطرف الضعيف ضمن الإطار القانوني الذي حددته التشريعات والإجتهادات القضائية والفقهية.

كما تهدف هذه الدراسة إلى معرفة العميل لحقوقه والتزاماته الناتجة عن العمليات التي تتم باستخدام الكمبيوتر كما يساهم بدوره في تحقيق أقصى درجة من الحماية لها، للحيلولة دون الوقوع في الأخطاء والتعرض للمخاطر الناتجة عنها، فيتجنب كل ما يقع له من أضرار ومن ثم الدخول في نزاع مع البنك حول المسؤولية عن تلك الأضرار، فالعقود التي تنظم العمليات البنكية هي عقود ملزمة لجانبين تحمل كل من البنك والعميل التزامات تنشأ عنها، وللإستفادة من هذه العمليات يتطلب نوعا من التعاون والتواصل الدائم والمستمر بين البنك وعميله وبقيام كل طرف بالالتزامات المفروضة عليه يكون قد ساهم في حماية أمن وسلامة العمليات البنكية.

كما تهدف هذه الدراسة إلى تبيان العوامل التي تؤثر على حدود مسؤولية البنك المدنية عن تلك العمليات البنكية بشكل سلبي تارة وإيجابي تارة أخرى وذلك من خلال معرفة مدى إمكانية إعفاء البنك نفسه من المسؤولية أو إتفاقه مع العميل على تعديل أحكام هذه المسؤولية.

ومن بين أسباب التي دفعتنا لإختيار الموضوع المسؤولية المدنية للبنك الناتجة عن إستخدام الكمبيوتر عديدة منها أسباب شخصية متمثلة في ميولنا الشخصي لهذا الموضوع المتعلق بالقطاع البنكي ورغبتنا في الخوض لموضوع يثير إشكالات واقعية.

أما الأسباب الموضوعية قلة الدراسات لموضوع مسؤولية المدنية للبنك الناتجة عن استخدام الكمبيوتر وهذا راجع بطبيعة الحال إلى حداثة الموضوع، كذلك من بين الأسباب غياب رؤية واضحة للمسؤولية المدنية للبنك والذي يرتب أثار قانونية سواء بالنسبة للبنك أو العميل، ومن بين الأسباب أيضا غياب رؤية واضحة حول حدود مسؤولية البنك عن الأضرار التي يمكن أن يتعرض لها العميل نتيجة الأخطاء المتعلقة بالكمبيوتر.

وتتمحور إشكالية موضوع البحث في إشكالية رئيسية وهي:

إلى أي مدى يمكن مساءلة البنك مدنيا عن الأخطاء التي يرتكبها الكمبيوتر؟

وتتفرع عن هذه الإشكالية عدة تساؤلات فرعية:

فيا يتمثل الخطأ الذي يمكن أن ينسب للبنك؟ هل هو خطأ عقدي أم تقصيري؟

هل يمكن تأسيس مسؤولية البنك على أساس فكرة المخاطر؟

وهل يستطيع البنك أن يتمسك بخطأ الكمبيوتر ويتخلص من مسؤوليته؟

وللإجابة عن إشكالية الموضوع إتبعنا المناهج التالية من بينها المنهج المقارن باعتباره المنهج المناسب لكون دراسة موضوع البحث دراسة مقارنة بين مختلف التشريعات كالتشريع الأردني والمغربي والمصري والفرنسي وكذا التشريع الجزائري، كذلك من بين المناهج المعتمدة المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليلنا للمسؤولية المدنية للبنك بشقيها عقدية وتقصيرية وكذا الآثار المترتبة عنها وذلك بالرجوع للقواعد العامة في القانون المدني.

ومن بين الصعوبات التي واجهتنا أثناء إعداد البحث هي قلة المراجع المتخصصة لكون الموضوع جديد وكذلك عدم وجود دراسات قانونية وطنية سابقة في الموضوع، وغياب الإجتهادات القضائية والأحكام في الموضوع.

ولدراسة هذا الموضوع فقد إتبعنا الخطة التالية والتي تتكون من فصلين وكل فصل يتكون من ثلاث مباحث، حيث نعالج في الفصل الأول النظام القانوني للمسؤولية المدنية للبنك الناتجة عن إستخدام الكمبيوتر، حيث يتضمن المبحث الأول المسؤولية العقدية أما المبحث الثاني فيتضمن المسؤولية التقصيرية أما المبحث الثالث فعالجنا فيه تطور المسؤولية المدنية الناتجة عن إستخدام الكمبيوتر، أما الفصل الثاني فقد تناولنا فيه حدود المسؤولية المدنية الناتجة عن إستخدام الكمبيوتر ويدرس المبحث الأول العوامل التي تحد من مسؤولية البنك إتجاه العميل، أما المبحث الثاني فنعالج فيه الحماية القانونية للطرف الضعيف في العلاقة العقدية.

الفصل الأول: النظام القانوني للمسؤولية المدنية للبنوك الناتجة عن إستخدام الكمبيوتر

الفصل الأول: النظام القانوني للمسؤولية المدنية للبنوك الناتجة عن إستخدام الكمبيوتر

يكتسي موضوع مسؤولية البنك أهمية بالغة في وقتنا الحاضر نظرا للتطورات التي عرفها القطاع البنكي في ظل الإعتماد الكبير على وسائل التكنولوجيا الحديثة من جهة، وعلى مستوى حجم المعاملات المنفذة من طرف البنوك من جهة أخرى فالأنشطة التي تمارسها هذه الأخيرة أصبحت تمس مختلف جوانب الأفراد في المجتمع، لكن بتوسع أنشطة البنك زاد من إمكانية وقوع أخطاء أثناء ممارسة هذه الأنشطة كما زاد من إمكانية وقوع أضرار للأشخاص الذين يتعاملون معها.

فالمقصود بالمسؤولية بوجه عام حسب ماهو مقرر في الفقه والقضاء المقارن بأنها المسؤولية عن تعويض الضرر الناجم عن الإخلال بإلتزام مقرر في ذمة المسؤول.[1]

وعند تنفيذ البنك للخدمات المصرفية فإنه يتعرض إلى قيام المسؤولية بحقه والمتمثلة في المسؤولية المدنية، والمسؤولية تقوم عند إخلال المدين بإلتزامه من قبل الغير سواء كان الالتزام عقدي أو قانوني وبتالي يترتب عليه تعويض الضرر الناشئ عن هذا الإخلال (عدم تنفيذ الإلتزام).[2]

والمسؤولية إما تكون عقدية ويقصد بها الإخلال بإلتزام عقدي أي كانت صورة هذا الإخلال[3]، أما المسؤولية التقصيرية فهي التي تنشأ دون وجود علاقة عقدية بين المسؤول عن هذا الضرر وبين المضرور[4]، كما يقصد بها إلتزام الشخص بتعويض الضرر الناشئ عن فعله الشخصي أو عن فعل من هم تحت رقابته من الأشخاص أو الإتباع أو تحت سيطرته الفعلية كالحيوان أو الأشياء أو البناء، لذلك يجب على المدين تنفيذ الإلتزامات الناشئة عنه مختارا، فإن تأخر أو إمتنع عن تنفيذها فإنه يجبر على ذلك عن طريق القضاء، وهو ما أقره المشرع الجزائري في القانون المدني وذلك في الباب الأول تحت

---

[1] جاسم علي سالم الشامي، **تطبيقات المسؤولية المدنية في قضاء المحكمة الإتحادية العليا ومحكمة تمييز دبي**، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة بالتعاون مع كلية الشريعة والقانون بجامعة غرفة التجارة والصناعة دبي، المجلد الرابع، ج4، 2003، ص 1783 ومابعدها.

[2] عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، ج1، نظرية الإلتزام بوجه عام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص 615.

[3] محمد سيد عمران، **الأسس العامة في القانون** " المدخل إلى القانون ونظرية الإلتزام"، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1999، ص 278.

[4] محمد صبري سعدي، **شرح القانون المدني الجزائري**، ج1، ط2، عين مليلة، الجزائر، 2004، ص12.

عنوان مصادر الإلتزام، في الفصل الثاني الخاص بالتنفيذ عن طريق التعويض، نجدها في نص المادة 176 منه تنص على ذلك.[1]

و بإعتبار أن البنوك تتعرض أثناء ممارستها لأنشطتها باعتمادها على وسائل إلكترونية حديثة كالكمبيوتر إلى العديد من المخاطر وأصبح كل من البنك والأشخاص المتعاملين معه أكثر عرضة للضرر، الأمر الذي دفع بعض الفقه إلى جعل هذه المخاطر سببا في تشديد مسؤولية البنك وقيامها على أساس موضوعي دون الحاجة لإثبات صدور خطأ منه[2]، لهذا سنتناول في هذا الفصل القواعد العامة للمسؤولية المدنية الناتجة عن استخدام الكمبيوتر في مبحثين، الأول نخصصه لدراسة المسؤولية العقدية للبنك والثاني نتطرق فيه للمسؤولية التقصيرية، أما المبحث الثالث فسنتعرض فيه إلى تطور المسؤولية المدنية للبنك الناتجة عن استخدام الكمبيوتر.

[1] المادة 176 من القانون المدني الجزائري تنص على: " إذا استحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ إلتزامه، مالم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لايد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ إلتزامه".

[2] محمود محمد أبو فروة، **مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني**، ط1، دار وائل للنشر، الأردن، 2014، ص 202.

المبحث الأول: المسؤولية العقدية للبنوك الناتجة عن إستخدام الكمبيوتر

تكون المسؤولية عقدية إذا كان الالتزام الذي وقع الإخلال به التزاما عقديا، ومن ثم تفترض المسؤولية العقدية توافر أمرين، الأول يتمثل في وجود عقد صحيح بين المضرور والمسؤول، والثاني يكون الضرر الذي أصاب المضرور ناشئا عن الإخلال بإلتزام متولد عن العقد.

المطلب الأول: أساس المسؤولية العقدية للبنوك الناتجة عن إستخدام الكمبيوتر.

إذا كانت العلاقة بين البنوك وعملائها توصف بأنها عقدية على هذا النحو، وإذا كانت البنوك تستخدم الكمبيوتر في تنفيذ هذه العقود، فإنه من المنطقي أن تثار مسؤولية هذه البنوك على أساس الخطأ العقدي عن الأضرار التي تنجم عن استخدام الكمبيوتر.

يتجه غالبية الفقه والقضاء للقول بوجود أساسين لإقامة مسؤولية البنك التعاقدية عن أخطاء الكمبيوتر عن الأشياء التي يستخدمها البنك في تنفيذ التزاماته العقدية، ويوجد أيضا مسؤولية البنك على أساس الإخلال بالتزام تعاقدي مفروض عليه وهو الالتزام بسلامة[1]، وسوف نتعرض لهذين الأساسين لتحديد مدى صلاحيتهما لتأسيس مسؤولية البنك في هذه الحالة.

الفرع الأول: مسؤولية البنوك العقدية عن فعل الأشياء

يقوم البنك بتقديم خدمات مصرفية متعددة من خلال وسائل إلكترونية، فالعقد الذي يربط البنك والزبون لا يتم تنفيذه من طرف البنك بشكل مباشر وإنما يستعين بأشياء يتم تنفيذه من خلالها، وقد إعتبر بعض الفقه أنه في حالة عجز القواعد التقليدية للمسؤولية العقدية عن توفير الحماية للعملاء من الأضرار الواقعة لهم نتيجة استخدام الكمبيوتر فإنه يمكن الإعتماد على قواعد المسؤولية العقدية عن فعل الشيء.[2]

[1] محمود محمد أبو فرروة، **مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني**، المرجع السابق، ص 144.

[2] حازم نعيم الصمادي، **المسؤولية المدنية للمصرف عن إستعمال الوسائل الإلكترونية في العمليات المصرفية**، رسالة ماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل بيت، الأردن، 2002، ص 64.

أولا: تأييد الفقه لإستقلال الكمبيوتر عن البنك

يتجه الرأي الراجح في الفقه إلى أن أساس المسؤولية العقدية هو الإخلال بالتزام عقدي فرضه العقد على أحد طرفيه، فإذا وجد الضرر لسبب آخر بخلاف عدم تنفيذ أحد الالتزامات العقدية فلا نكون بصدد مسؤولية عقدية، وبتطبيق الفكرة على المسؤولية عن الكمبيوتر نجد أن هذا الأخير كأداة يستخدمها البنك في تنفيذ التزامه هو من يتسبب في الضرر للعميل، فلا ينتج الضرر من مخالفة أحد الالتزامات المقررة في العقد، وإذا ترتب الضرر من فعل الشيء، فإنه في هذه الحالة تكون المسؤولية تقصيرية عن فعل الأشياء لا مسؤولية عقدية.[1]

كما يستند أصحاب هذا الاتجاه إلى أنه يجب البحث عن مصدر الضرر، لذلك فإنه إذا كان الضرر يرجع إلى مخالفة العقد تأسست المسؤولية على الخطأ العقدي، أما إذا كان الضرر خارجا عن العقد تأسست المسؤولية على الخطأ التقصيري حتى ولو كان المتضرر طرفا في العقد، وبمعنى أدق أنه ليست كل الأضرار التي تصيب المتعاقد تقوم عنها مسؤولية عقدية، لذلك فإن العبرة بتحديد الضرر وليس الشخص المتضرر.[2]

ويرى الرأي الراجح في الفقه أن المسؤولية العقدية عن فعل الأشياء تقوم في جميع الحالات التي يؤدي فيها استخدام الكمبيوتر إلى إيقاع الضرر بالزبون، وهي تقوم طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية عن حراسة الأشياء فيشترط أن يكون الشيء المسبب لضرر تحت الحراسة الفعلية للبنك، ويبرر أصحاب هذا الرأي أن الشيء الذي يستخدمه البنك لتنفيذ العقد لا يعتبر مستقلا عن نطاق العقد، طالما أنه يقع تحت حراسته ورقابته فإنه يجب أن يكون مسؤولا عنه كمسؤوليته عن الفعل الشخصي، وتقوم مسؤولية البنك دون الحاجة إلى إثبات وقوع خطأ من طرفه، فالتزامه بالحفاظ على ودائع الزبون هو التزام بتحقيق نتيجة طبقا للقواعد العامة، وإلا تملص البنك من واجباته بحجة وقوع خلل في الأجهزة أو عطل فيها.[3]

فعلى سبيل المثال قد يكون هناك خطأ متعلق بالجوانب الفنية لقاعدة المعلومات أو خطأ نتيجة وجود فيروس يلحق جهاز الكمبيوتر لدى المشترك مما يؤدي إلى وقوع ضرر نتيجة وجود فيروس انتقل

---

[1] شريف محمد غنام، **مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الإلكتروني للأموال**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 22.

[2] فياض مفلح القضاة، **المسؤولية الناتجة عن استخدام الكمبيوتر كوسيلة وفاء**، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والانترنيت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2001، ص 19 وما بعدها.

[3] حازم نعيم الصمادي، المرجع السابق، ص 66.

من القاعدة إلى الجهاز المشترك أثناء دخول إلى القاعدة مما يترتب عليه فقدان كافة المعلومات والبيانات الهامة المخزنة على جهاز الحاسوب الخاص بالمشترك إذ يقع عليه التزام توفير كافة وسائل الأمان الفنية التي تمكن المشترك من دخول إلى القاعدة بدون أضرار، وذلك بتركيب برنامج مضاد للفيروسات لحماية المشتركين من عدوى الفيروس التي تنتقل إلى أعمالهم، فالبنك يعد مسؤولا عن الأضرار التي تسببها الوسائل التقنية، وبتالي لا يمكن له التنصل من المسؤولية الناجمة عن أخطائها بالنظر إلى نتائجها التي تكون في الغالب وخيمة، ومن أمثلة هذه الأخطاء نجد:

- خطأ في كشف حساب العميل.
- تحويل نقدي في وقت غير مناسب.
- تسجيل خطأ في حسابه أثناء سحب النقود من الصراف الآلي.
- إضافة شيك في حسابه بمبلغ يقل أو يزيد عن المبلغ الحقيقي.[1]

لذلك فقد أبدى المشرع الجزائري إهتمامه بذلك، حيث أن البنوك لا يمكنها الحصول على ترخيص إلا بعد تحديد الآلية أو التقنية التي تستخدمها في نشاطها، وهذا مانص عليه المشرع في مضمون نص المادة 91 من الأمر المتعلق بالنقد والقرض حيث تنص:" من أجل الحصول على الترخيص...، يقدم الملتمسون برنامج النشاط والإمكانات المالية والتقنية التي يعتزمون استخدامها...".[2]

وباعتبار أن البنك مدين محترف فإنه يستعمل الأدوات والأجهزة حسب تخصصه المهني وأهمها الكمبيوتر والصراف الآلي، وإن كان يتحكم فيه الكمبيوتر الذي يختزل المدة بين الإصدار وتنفيذه وما لقدرته الهائلة على تخزين واسترجاع المعلومات وما لأهميته الفائقة والدور الذي تلعبه في الربط الشبكي بين مختلف البنوك.[3]

[1] عبد الفتاح محمود الكيلاني، **المسؤولية المدنية الناشئة عن المعملات الإلكترونية عبر الأنترنيت**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص 127.

[2] الأمر رقم 03- 11 المتعلق بالنقد والقرض المؤرخ في 26 غشت 2003، ج ر العدد 52.

[3] سهام خليلي، **المسؤولية المدنية للبنك**، مذكرة ماجستير، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة 2007- 2008، ص 53- 54.

ثانيا: تواتر أحكام القضاء على إستقلال الكمبيوتر عن البنك

إحتلت فكرة عدم إستقلال الكمبيوتر عن البنك مكانا كبيرا في أحكام القضاء، حيث تواترت رفض فكرة الإستقلال ومن بين التطبيقات القضائية في هذا الصدد نجد حكم محكمة Amiens الذي أشار بأن الكمبيوتر يترجم بشكل جيد إرادة البنك وأنه جزء منه يستعين به في تنفيذ إلتزامه، ولا يتصور إلا أن يكون مسؤولا عنه تعاقديا، وفي هذه القضية رفضت المحكمة حجة البنك بأنه لم يخصم قيمة الكمبيالة في الميعاد المحدد نتيجة أن جهاز الكمبيوتر قام بشكل تلقائي بإلغاء القيد العكسي، وفي نفس الإتجاه نجد حكم محكمة Nantterre عام 1983 الذي أكدت فيه المحكمة أن اللجوء إلى المعلوماتية وإستخدام الكمبيوتر يجب أن يؤدي في مجمله إلى تحسين الخدمة التي تقدمها البنوك إلى العملاء لا العكس، ولا يجوز للبنك أن يركن إلى إستقلال الكمبيوتر عنه حتى يتخلص من مسؤوليته.

والأمر ذاته في قضاء النقض الفرنسي إذ قضت المحكمة في حكمها الصادر في 17 يوليو 1987 أن البنك لا يمكنه الإختفاء وراء جهاز الكمبيوتر كآلة للتخلص من المسؤولية، ولا يمكنه دفع هذه المسؤولية بحجة إستقلال الكمبيوتر عنه، وفي ذات الإتجاه الحكم الصادر في 1987 الذي ذهبت فيه المحكمة إلى 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، وأيدت المحكمة الحكم المطعون فيه الذي رفض فكرة إستقلال الكمبيوتر عن البنك الطاعن.[1]

ومن خلال ماسبق يتضح أن المسؤولية عن الأشياء كالمسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي تقوم على الخطأ المفترض، ففكرة المسؤولية العقدية عن فعل الشيء ماهي إلا وصف لكيفية قيام المسؤولية وليست تحديدا لطبيعتها أو أساسها، ونظرا لكون قواعد مسؤولية العقدية الشخصية هي التي يتم تطبيقها في هذه الحالة، فالقول بأن البنك يكون مسؤولا تجاه عميله مسؤولية عقدية عن فعل الشيء لا يضيف أي جديد بخصوص أساس المسؤولية أو طبيعتها، وهو ما دفع الفقه بالبحث عن أساس آخر للمسؤولية وذلك دون الخروج عن الإطار التعاقدي الذي يجمع البنك بعملائه.[2]

[1] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 64- 65.

[2] محمود محمد أبو فروة، **مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني**، المرجع السابق، ص149.

فالرغبة في عدم الخروج عن النطاق العقدي لمسؤولية البنك المدنية عن إستخدام الكمبيوتر إضافة إلى عدم كفاية قواعد المسؤولية العقدية في حماية العملاء من أضرار الحاسبات الآلية في العمل البنكي جعلت البعض يخرج عما تتضمنه العقود التي تقوم البنوك بإبرامها مع عملائها، من خلال إفتراض وجود إلتزام عقدي يفرض على البنك ضمان سلامة عميله.[1]

الفرع الثاني: مسؤولية البنوك عن الإخلال بالالتزام بسلامة

الالتزام بسلامة هو إلتزام يقع على عاتق أحد الطرفين يحثه على تنفيذ التزاماته العقدية بطريقة تتفق مع حسن النية دون أن يصيب المتعاقد الأخر بضرر، فإذا لم يسلك المتعاقد هذا السلوك وأصيب المتعاقد الأخر بضرر من جراء ذلك، ففي هذه الحالة تقوم المسؤولية التقصيرية حتى ولو لم يتوفر عنصر الخطأ في حقه، وقد تم تقرير هذا الالتزام في مواجهة التطور وكفالة حق المتضرر لتعويض الضرر الذي لحقه حتى لو كان ناشئا عند إبرام العقد.

ويتضح من هذا التعريف أن الالتزام بالسلامة أحد الالتزامات العقدية التي يترتب على عدم تنفيذها مسؤولية أحد المتعاقدين، وما دامت العمليات المصرفية عقودا فإنه من الممكن اعتبار إخلال البنك بإلتزامه بالسلامة أساس للمسؤولية عن الأضرار الناتجة عن استخدام الكمبيوتر.[2]

لذلك يقتضي الأمر التعرض لهذا الالتزام بوجه عام ثم محاولة تطبيقه في مجال مسؤولية البنك عن الأضرار التي يسببها الكمبيوتر وذلك وفقا للآتي:

أولا: الالتزام بسلامة بوجه عام

إن الالتزام بسلامة يهدف إلى حماية المضرورين بعدم الزامهم بإثبات خطأ المسؤول للحصول على التعويض، وعدم السماح للمسؤول بأن يدفع عن نفسه المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي الذي أدى إلى حدوث الضرر.[3] لذلك سنتعرض إلى تحديد الأساس القانوني للالتزام بالسلامة ثم تحديد شروط تطبيقه وذلك وفقا للآتي:

---

[1] Armand colin , jean– Luc Aubert, les obligation, le faite juridique , 1996, p 243.

[2] قدة حبيبة، **تقنيات النقل المصرفي وآلياته في ظل التحولات الإقتصادية**، رسالة دكتوراه، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم سياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2016– 2017، ص 241.

[3] عزة محمود أحمد خليل، **مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب**، ب د ن، القاهرة، 1994، ص 118.

1- الأساس القانوني للالتزام بالسلامة

تقوم فكرة الالتزام بضمان السلامة على افتراض وجود شرط في نوع معين من العقود مفاده التزام المدين بتنفيذ العقد المبرم بينه وبين الدائن دون إيقاع أضرار به أي أنه يضمن سلامة الدائن أثناء تنفيذ العقد، لذلك أوجد القضاء فكرة الالتزام بضمان السلامة، وأدخله ضمن النطاق العقدي بقصد تكملة العقد وذلك بإدراج التزام قانوني، برغم من أن هذا الالتزام يندرج ضمن قواعد المسؤولية التقصيرية الذي يقضي بعدم الإضرار بالغير، وقد افترض القضاء أن العقد يتضمن الواجب العام وذلك من أجل تمكين المتضرر من اللجوء إلى قواعد المسؤولية التقصيرية التي لا تلزمه إلا بإثبات وجود العقد الرابط بينه وبين الطرف الآخر لجبر الضرر لأن هذا الضرر لم يكن نتيجة الإخلال المتعاقد الآخر بأحد الالتزامات الواردة في العقد، وهو ما أدى إلى توسيع نطاق المسؤولية العقدية على حساب المسؤولية التقصيرية.[1]

2- شروط تطبيق الالتزام بسلامة

أوجب الفقه والقضاء لإقامة المسؤولية على أساس الإخلال بإلتزام بضمان السلامة بتوافر شرطين وهما، أن يتضمن العقد خطرا يتهدد أو يتعرض له أحد طرفي العقد وأن يكون المدين بالالتزام بالسلامة مدينا محترفا.[2]

<u>الشرط الأول</u>: أن يتضمن العقد خطرا يتهدد أو يتعرض له أحد الطرفين

يقوم الالتزام بسلامة على فكرة إلزام أحد المتعاقدين بعدم الإضرار بالمتعاقد الآخر أثناء تنفيذهم لإلتزامهم، ويحدد الفقه نوع الضرر اللازم لإعمال الالتزام بسلامة بأنه الضرر المادي الذي يصيب الإنسان في جسده، فيجب أن يتعرض أحد أطراف العقد إلى ضرر بالغ قد يودي بحياته أو يصيبه في ماله حتى يمكن مساءلة الطرف الآخر عن هذا الضرر على أساس مخالفة الإلتزام بضمان السلامة، غير أن غالبية الفقه يرى أن إصابة المتعاقد بأي ضرر في جسده أو في ماله من جراء تنفيذ المتعاقد الآخر لإلتزامه يثير مسؤولية المتعاقد الآخر على أساس الإخلال بضمان السلامة.

[1] محمود محمد أبو فروة، **مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني**، المرجع السابق، ص 150.

[2] محمد علي عمران، **الإلتزام بضمان سلامة وتطبيقاته في بعض العقود**، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 1980، ص 143 ومابعدها.

ولتحديد مإذا كان العقد يتضمن التزاما بسلامة بحيث ينشأ الإخلال به مسؤولية عقدية من عدمه إنقسم الفقه إلى اتجاهين، الأول يرى أنه يجب النظر إلى الإلتزام الرئيسي الذي يقع على عاتق أحد الطرفين وسلامة الطرف الآخر، فإذا كانت هناك صلة بين الإثنين، فإنه يمكن القول بأن العقد يضع على عاتق الطرف المحتمل للإلتزام الرئيسي التزاما جديدا بضمان سلامة الطرف الآخر، أما الرأي الثاني فينظر إلى هذا الإلتزام من زاوية نصوص القانون والعرف والعدالة، فإذا كان القانون يفرض هذا الإلتزام على عاتق أحد الطرفين في العقد لصالح الطرف الآخر أو يقضي به العرف أو يتماشى مع قواعد العدالة، كان هذا العقد يتضمن هذا الإلتزام والعكس صحيح.[1]

الشرط الثاني: أن يكون المدين بالإلتزام محترفا

يستخلص جانب من الفقه عند استقراء العقود التي طبق فيها القضاء الالتزام بضمان السلامة شرطا مهما مفاده أن يكون المدين بهذا الالتزام محترفا، فالمتعاقد مع المدين المحترف ينتظر منه أكثر مما ينتظر من الآخرين عناية وحرص في تنفيذه للإلتزامات الناشئة عن العقد، فيجب أن يرتفع بماله من علم وخبرة إلى مستوى عال يجعله يتجنب الأخطاء التي تسبب ضررا للمتعاقد معه ويكون تحمل المدين المحترف ذي الخبرة العالية بضمان سلامة المتعاقد معه وذلك لكونه محترفا.[2]

ثانيا: مساءلة البنك على أساس الإخلال بالإلتزام بضمان السلامة.

ومن أجل تأسيس مسؤولية البنك على أساس الإخلال بالالتزام بضمان السلامة، فإنه يجب البحث عن مدى توافر شروط تطبيق هذا الالتزام في حالة أخطاء الكمبيوتر التابع للبنك.

1- مدى توافر الشرط الأول: وجود خطر يتهدد العميل.

تتأسس العقود المصرفية التي تجمع البنك والعميل على فكرة مفادها قيام البنك بتنفيذ كل الأوامر التي يصدرها العميل بدون تأخير أو خطأ من جانبه، فالعميل عندما يقوم بسحب النقود من الصراف الآلي للبنك، أو بطلب إجراء تحويل مصرفي أو دفع مستحقات البائع عن طريق الصراف الآلي فإنه

[1] محمد شريف غنام، المرجع السابق، ص 31- 32.

[2] محمد حسين عبد الظاهر،**المسؤولية القانونية في مجال شبكات الأنترنيت**، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 2002، ص118.

يسعى إلى تحقيق الأمرين معا(السرعة والدقة)، فإذا لم يحصل العميل على هذين الأمرين بأن تراخى البنك في التنفيذ أو أخطأ فيه، فمن الطبيعي أن تقوم مسؤوليته العقدية.[1]

لذلك يرى جانب من الفقه أن النشاط المصرفي يتضمن مخاطر مالية للعميل المتعاقد مع البنك وأن البنك يعد مسؤولا على أن يضع في مكنة العميل نظاما جديدا يضمن مستوى معقولا من الأمان فإذا أصيب العميل بأضرار من جراء فشل هذا النظام، يكون البنك قد أخل بالتزامه بضمان السلامة مما يستوجب مسؤوليته التعاقدية، كما يعد البنك قد نفذ الالتزام بضمان السلامة إذا كان قد نفذ الأوامر وتعليمات العميل بشكل دقيق ومنتظم كما هو الحال في العمليات المصرفية المعتادة، فإذا قصر البنك وتراخى في تنفيذ أوامر العميل أو أخطأ في هذا التنفيذ وأصاب العميل ضرر، فإنه لا يستطيع التنصل من المسؤولية بإسناد الخطأ إلى الكمبيوتر المسؤول عنه لكونه قد أخل بواجب السلامة والأمان.[2]

ومن تطبيقات القضائية التي تضع على البنك هذا الإلتزام الحكم الصادر عن محكمة الإستئناف Liege الصادر في فيفيري 1985 ففي هذه القضية تم سرقة الكرت البنكي الخاص بأحد العملاء في أول مارس 1982، وقد أخطر العميل البنك بهذه السرقة في وقته بيد بأن البنك لم يستطع أن يتخذ الإجراءات الضرورية لغلق النظام الإلكتروني حتى لا يتلقى أوامر بالسحب إلا في 19 أفريل 1982 بعد مكالمات عديدة من العميل وإصرار منه على ذلك، وفي أثناء هذه الفترة تمت سرقة ألف فرنك بلجيكي من حساب هذا العميل وقد دون الكمبيوتر البنك قيمة المبالغ المسحوبة وتاريخ سحبها ونوع قيدها مما أكد إهمال البنك في ذلك.

وعلى الرغم من الأخطاء العديدة التي إرتكبها العميل مثل إبلاغ أقاربه برقمه السري مما سهل إستعمال الكرت البنكي الخاص به بعد سرقته، وعدم إطلاعه المستمر على كشف حسابه لمعرفة المسحوبات الجديدة منه، إلا أن المحكمة أقامت المسؤولية العقدية عن هذه المبالغ، وأسست المحكمة خطأ البنك على أنه لم يستخدم نظاما إلكترونيا فعالا لا يسمح بالغلق الإلكتروني بعد إخطار العميل

[1] عماري إبتسام، **مسؤولية البنك المدنية عن عملية التحويل البنكي الإلكتروني**، مذكرة ماستر، تخصص قانون شركات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2016- 2017، ص 26.

[2] قدة حبيبة، المرجع السابق، ص247.

مباشرة دون تدخل إنساني من قبل موظفي البنك، فالبنك مسؤولا عن عدم كفاءة النظام الذي يتبعه وبهذا يكون قد أخل بالإلتزام بالسلامة المفروض عليه.[1]

الشرط الثاني: أن يكون المدين بالإلتزام محترفا

يقتضي إحتراف المدين أن يرتكز نشاطه المعتاد في إبرام عقود معينة وتنفيذها بحيث يعتمد على هذا النشاط في اكتساب رزقه، ويوصف الشخص بأنه محترف إذا توافر شرطان:

فالبنسبة للشرط الأول نجد أن التخصص وتركيز الأعمال في بعض الأنشطة يحول الشخص من شخص عادي إلى شخص محترف في هذا نوع من الأنشطة.

أما الشرط الثاني يقصد من إعتياد المحترف القيام بالعمل بصورة مستمرة ومنتظمة وإتخاذه مهنة للكسب والإرتزاق، فمناط هذا الشرط إذن هو جعل العمل الذي يمارسه المحترف محورا لنشاطه الرئيسي وإعتياد مباشرته.

ولاشك أن البنوك تنتمي إلى طائفة المحترفين، فهي تحترف أساسا كل العمليات المصرفية مثل قبول الودائع، وعمليات الإقراض والتعامل في القروض البنكية على إختلاف أنواعها، فالبنوك متخصصة دون غيرها في كل مايتعلق بالعمليات المصرفية.[2]

المطلب الثاني: شروط قيام المسؤولية العقدية للبنوك الناتجة عن إستخدام الكمبيوتر

لم يضع المشرع الجزائري على غرار نظيره المشرع الأردني والمغربي قواعد المسؤولية ضمن نظرية عامة تحكمها وإنما جاءت هذه القواعد متشتة ضمن نصوص القانون المدني، وبالإطلاع على مختلف هذه النصوص يمكن إستنتاج لقيام المسؤولية العقدية شرطان أولهما وجود رابطة عقدية تجمع بين الطرف المضرور والطرف المسؤول، وثانيهما أن يكون الضرر الواقع للمضرور نتيجة إخلال المسؤول بأحد الإلتزامات الواردة في العقد.[3]

[1] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 35- 36.

[2] شريف محمد غنام، المرجع نفسه، ص 42.

[3] محمد محمد أبو فروة، **مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني**، المرجع السابق، ص 135.

أولا: وجود علاقة تعاقدية بين البنك والعميل

عند قيام مسؤولية عقدية فإنه لابد من وجود عقد صحيح يجمع بين البنك والعميل، ويتفق فيه الطرفان على أن يقوم البنك بأداء الخدمات المصرفية، ولمساءلة البنك فإنه يجب أن يرتكب هذا الأخير خطأ أثناء قيامه بتنفيذ العقد، وأن يترتب على هذا الخطأ ضرر للعميل، فإذا تخلف شرط من هذه الشروط فإننا لا نكون بصدد مسؤولية عقدية وإنما بصدد مسؤولية تقصيرية.[1]

يفترض قيام مسؤولية عقدية للبنك في مواجهة عميله عن الأخطاء الناتجة عن استخدام الكمبيوتر، بأن يرتبط الطرفان بعقد صحيح يحدد التزامات كل منهما في مواجهة الآخر، وذلك لأن العلاقة التي تجمع البنك بالعميل تقوم على مجموعة مختلفة من العقود المتعددة في علاقة واحدة ذات طبيعة خاصة فرضها العمل المصرفي وطورها العرف تمتاز بالسرعة في الإنشاء والإنقضاء، حيث يكون من الصعب الفصل بينهما، والطريقة التي تنظم بها العلاقة بين البنك والعميل تتسم بالتعقيد من الناحية العملية وتبدأ منذ فتح الحساب وإيداع مبالغ نقدية، وبهذا يتولد عقدان عقد فتح حساب وعقد وديعة النقدية وأن فتح الحساب يمكن العميل الإستفادة من بعض الخدمات التي يقدمها البنك للعميل وكيلا عنه في التحصيل والوفاء دون عقد سابق.[2]

وفي ذلك نص المشرع الجزائري من خلال نص المادة 106 من ق م ج على أنه" العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون".[3]

فالإخلال بالتزام العقدي يعد شرطا لقيام مسؤولية العقدية، فهو يمثل أيضا ركن الخطأ فيها فالخطأ العقدي يتمثل في عدم قيام الشخص بتنفيذ أحد الإلتزامات التي تقع على عاتقه بمقتضى العقد، حيث يمكن تعريف الخطأ على أنه كل إخلال بواجب قانوني مصدره العقد أو القانون.[4]

---

[1] إبراهيم سيد أحمد، **مسؤولية البنوك عن العمليات المصرفية فقها وقضاءا**، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص 13.

[2] إلياس ناصيف، **موسوعة الوسيط في القانون التجاري**، ج4، عمليات المصارف، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2008، ص500.

[3] الأمر 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد 44.

[4] علي فيلالي، **الإلتزامات، العمل المستحق التعويض**، مولفم للنشر، الجزائر، 2002، ص45.

فمفهوم الخطأ العقدي بنسبة للمدين البنك والذي حددته المادة 176 من ق م ج : " 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".[1]

فالمادة تبين أن الخطأ العقدي هو إما عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه، ويضاف إليه سوء تنفيذ الالتزام بالرغم من أن حقل الأخطاء البنكية واسع جدا، فالإخلال بالتزام العقدي هو إنحراف سلوك المدين بهذا الالتزام لا يأتيه الرجل المعتاد إذا وجد في نفس ظروف المدين العادية، فالإنسان العادي لا يمكن أن يخل بالتزامه إلا لأسباب خارجة عن إرادته.[2]

ثانيا: الإخلال بأحد الإلتزامات العقدية

إن قيام المسؤولية العقدية للبنك يقع بالإخلال بأحد إلتزاماته الواردة في العقد يتمثل في ركن الخطأ العقدي ولابد من تحديد ما إذا كان الإلتزام الوارد في العقد التزام ببذل عناية أو إلتزام بتحقيق نتيجة، فالإلتزام ببذل عناية يتعهد الشخص ببذل جهد معين في سبيل الوصول إلى الغاية المرجوة من العقد، ويكون الشخص مخطئا إذا لم يقم ببذل مقدار الجهد المتفق عليه، ويتم تحديد الخطأ بتحليل سلوك الملتزم ومقارنته وفقا للمعيار الموضوعي بسلوك الشخص المعتاد الذي يوضع في نفس الظروف ويمارس نفس الأعمال ويكون عبئ إثبات هذا الخطأ على عاتق الدائن بالإلتزام من خلال إثبات وجود تقصير من طرف المدين ببذله العناية المتفق عليها أو صدور إهمال منه في بذله هذه العناية، لذا فإن المسؤولية العقدية في هذه الحالة تقوم على أساس الخطأ الواجب الإثبات.[3]

ويقتصر هذا النوع من الالتزامات التي يكون محلها القيام بعمل، حيثت تنص المادة 172 من ق م ج على أنه" في الإلتزام ببذل عناية إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء، أو أن يقوم بإدارته ويتوخى الحيطة في تنفيذ التزاماته فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية مايبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا مالم ينص القانون أو الإتفاق على خلاف ذلك "، حيث يستشف من نص المادة أن المدين وهو البنك بذل جهد معين سواء

[1] الأمر 75- 58 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

[2] عدنان إبراهيم سرحان، نوري حمد خاطر، **شرح القانون المدني- مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات**، ط1، دار الثقافة، عمان، 2009، ص 302، ص 302.

[3] محمود محمد أبو فروة، **مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني**، المرجع السابق، ص 140.

تحقق الهدف المنشود أو لم يتحقق، إذ يكفي أن يقوم المدين(البنك) ببذل العناية اللازمة سواء تحققت النتيجة أو لم تتحقق، لأن تحقيقها خارج عن إرادته.[1]

وبتالي يقوم خطأ البنك في هذا النوع من الالتزام بإهماله في قيامه بعمله لما يتوافق مع أعراف الأعمال المصرفية، باعتباره أخل 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 أرتكب فيها الفعل الضار،[2] ولقد ألزم المشرع الجزائري المدين البنك بإتخاذ الحيطة والحذر في تنفيذ الالتزام ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة من التزامه، لكنه لم يحدد مقدار واجب الحرص والعناية المفروض على البنك، لذا حاول الفقه اللجوء إلى المعيار الموضوعي المتمثل في درجة إتخاذ الإحتياطات مجموعة من الإعتبارات كدرجة الخطر وجسامة الضرر والقيمة الاجتماعية لنشاط البنك وماتكبده من إحتياطات لدفع الخطر.[3]

ومن أهم تطبيقات إلتزام البنك ببذل عناية، تقديم الإئتمان هذا الالتزام فرضته طبيعة هذه العملية المصرفية بسبب مايحيط بها من مخاطر خارجة عن إرادته تتمثل في:

- الخطر اللصيق بعنصر المال نفسه.[4]
- العنصر الإحتمالي المرتبط بالزمن، وما يستجد من أمور سواء على الصعيد الإقتصادي بشكل عام أو وضع العميل، ومدى إمكانية الوفاء بالتزاماته إتجاه البنك.
- التزام البنك بتحصيل الأوراق التجارية لحساب عميله.[5]

أما في الإلتزام بتحقيق نتيجة فإن الشخص يكون ملتزما بالوصول إلى نتيجة معينة فيتحدد الخطأ بعد تحقق النتيجة المرجوة من الإلتزام بغض النظر عن مقدار الجهد الذي بذله الشخص ودون الحاجة إلى النظر في سلوكه، فعدم تحقق النتيجة يجعل المدين مسؤولا تجاه الدائن، ويكفي من هذا الأخير في هذه

---

[1] العربي بلحاج، **النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري**، ج1،التصرف القانوني والارادة المنفردة، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 34.

[2] سليمان مرقص، **الوافي في شرح القانون المدني، الفعل الضار والمسؤولية المدنية**، دار الكتاب الحديث، مصر، 1980، ص 263.

[3] سليمان عبد الفتاح، **المسؤولية المدنية والجنائية في العمل المصرفي في الدول العربية**، ط1، مكتبة أنجلو المصرية، مصر، 1986، ص 54.

[4] انظر النظام رقم 91- 09 المؤرخ في 14 غشت 1991، يحدد قواعد الحذر في تسيير المصارف والمؤسسات المالية، ج ر، عدد 24، في 25- 03- 1992 المعدل والمتمم بالنظام 95-04 المؤرخ في 20 افريل 1995، ج ر، عدد 39، المؤرخ في 23-07-1995.

[5] سليمان عبد الفتاح، المرجع السابق، ص49.

الحالة القيام بإثبات وجود الإلتزام من خلال إثبات العقد لينتقل عبئ الإثبات تحقق النتيجة المرجوة منه إلى المدين، وقد تكون هذه النتيجة القيام بعمل كالإلتزام البنك بتمويل أحد مشروعات العميل، أو إمتناع عن عمل كالتزام أحد كفلاء مديني البنك بعدم شطب الرهن المقيد على عقار مملوك للمدين إلا بعد سداد كامل مديونية البنك،[1] والبنك في هذا النوع من الالتزام يعد مخطئا إذا لم تتحقق النتيجة التي يسعى إلى تحقيقها عند ابرام العقد، وذلك دون الحاجة لإثبات الخطأ أو تقديره من قبل العميل الذي يكفيه إثبات عدم تنفيذ العقد ليقوم الخطأ المصرفي، ودون الحاجة لإثبات إهمال أو بذل عناية اللازمة، وبعتبار محل الالتزام هو التزام بالقيام بعمل أو الإمتناع عن عمل أو الالتزام بإعطاء، فإنها تعد جميعا التزام بتحقيق نتيجة.[2]

فالعقد الذي يربط البنك بالعميل بخصوص تنفيذ العمليات المصرفية، نجد أن البنوك تحاول الإستفادة من إزدواجية الخطأ في الميدان العقدي فتعتبر معظم الالتزامات التي تقع على عاتقها التزامات ببذل عناية وتلقي عبئ اثباتها على العميل، ولذلك فإن مجمل الالتزامات التي تقع على عاتق الزبون الذي يستحيل عليه في كثير من الأحيان إثبات تقصير أو إهمال من طرف البنك، فلا يكفي أن يخل البنك بإلتزاماته الناشئة عن العقد بل يجب أن يكون هذا الإخلال على درجة من الجسامة.[3]

ومن أهم تطبيقات الالتزام بتحقيق نتيجة، نجد مسؤولية البنك عن إفشاء أسرار مهنته، إذ يقع على عاتق البنك عدم إفشاء أسرار عملائه المعهودة إليه لأن ذلك يعرضه لجزاءات مدنية وجزائية، لأن له خصوصية تميزه خلافا لباقي الأسرار المهنية الأخرى لمساسها بالمركز الإقتصادي للعميل، وهو ما يخل بالثقة العامة الواجب توفرها في ممارسة المهنة المصرفية، فإذا تم إبرام عقد صحيح بين العميل والبنك فإنه يرتب في ذمة البنك التزاما ضمنيا بموجب العقد بأن لا يفشي أسرار هذا العميل، ولذلك نستخلص أن تطبيق القواعد العامة في المسؤولية العقدية يصعب على العميل مهمة إقامة مسؤولية البنك عن الأضرار

[1] محمود محمد أبوفروة، **مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني**، المرجع السابق، ص 141.

[2] محمد صبري سعدي، المرجع السابق، ص 18- 21.

[3] نوري حمد خاطر، **تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية**، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة المنارة للدراسات القانونية، جامعة آل بيت، المجلد السابع، عدد3، 2001، ص 49.

التي تقع له نتيجة تنفيذ أحد الخدمات المصرفية، مما جعل الفقه يدعو إلى إيجاد وسيلة أخرى لإقامة مسؤولية البنك عن طريق توسيع نطاق المسؤولية العقدية.[1]

[1] باجي مريم، **المسؤولية المدنية المترتبة عن إفشاء السر البنكي**، مذكرة ماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015- 2016، ص 42- 43.

المبحث الثاني: المسؤولية التقصيرية للبنوك الناتجة عن إستخدام الكمبيوتر

تطبق المسؤولية التقصيرية عندما لا يوجد عقد بين المضرور والمسؤول، فالمسؤولية التقصيرية تقوم من حيث الأصل خارج حدود العلاقة التعاقدية، ونظرا للصعوبات التي يواجهها المضرور في إثبات خطأ المسؤول في المسؤولية العقدية، بحيث إنتقل للمتضرر عبئ إثبات الخطأ في عصر إنتشر فيه إستعمال الكمبيوتر وشاعت البرمجيات فزادت المخاطر، مما أدى هذا الإنتشار إلى صعوبة التعرف على مسبب الضرر وإختفت أسباب الأضرار، و هدد المدعين بفشل دعواهم لعجزهم عن إثبات الخطأ.[1]

كما أن الأساس القانوني الذي يمكن الإعتماد عليه لتوفير الحماية الكافية لعملاء البنوك من الأضرار التي وقعت له نتيجة إجراء العمليات البنكية، ونظرا لعدم كفاية قواعد المسؤولية العقدية لتوفير هذه الحماية توجهت الأنظار إلى قواعد المسؤولية التقصيرية لتحقيق حماية للمتضررين، ففي المسؤولية التقصيرية قد يسأل المصرف عن ضرر على أساس المسؤولية عن فعله الشخصي، أو على أساس المسؤولية عن فعل غير شخصي أي المسؤولية عن فعل الأشياء وتابعيه أي المستخدمين في مواجهة المتضرر سواء كان العميل أو المصرف المراسل الذي يرتبط معه في شبكة نظام المعلومات، وقد ترفع دعوى تعويض من المتضرر على مستخدم المصرف الذي صدر منه غش أو إهمال إستنادا إلى المسؤولية عن الفعل الشخصي، كما تقوم المسؤولية عن فعل الأشياء التي تقوم على الخطأ المفترض الذي لا يقبل إثبات العكس.[2]

لذلك سنتناول في هذا المبحث كل من مسؤولية تقصيرية عن الفعل الشخصي في المطلب الأول ومسؤولية تقصيرية عن فعل غير شخصي (عن فعل الأشياء وفعل تابعيه) في مطلب ثاني.

[1] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 64.

[2] صفاء يوسف القواسيمي، **المسؤوليات القانونية الناشئة عن عمليات المقاصة الإلكترونية للشيكات في قانون الأردن**، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، الأردن، 2009، ص 105.

المطلب الأول: المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي

يقصد بالمسؤولية عن الفعل الشخصي التي ترجع إلى الفعل الشخصي أو بعبارة أخرى، فعل يصدر عمن أحدث الضرر، متضمنا تدخله مباشرة لإحداثه دون وساطة شخص آخر أو تدخل شيء مستقل عنه، حيث ينشأ الضرر عن فعل ينسب للمسؤول شخصيا.[1]

ولما كان الأصل هو مسؤولية الشخص عن أفعاله التي تضر بالآخرين فإن مسؤولية عن فعل غيره أو عن فعل الأشياء التي في حراسته كإستثناء وفي حالات محددة، لذلك أورد المشرع الجزائري كنظيره المشرع الأردني والمصري أحكاما تفصيلية لهذه المسؤولية حيث نظمها المشرع الجزائري في المواد من 124 إلى غاية المادة 133 من القانون المدني الجزائري، أما المشرع الأردني نظمها في المواد من 256 إلى 276 من القانون المدني الأردني، وكذلك المشرع المصري فقد عالجها في المواد من 163 إلى غاية 172 من القانون المدني المصري، في حين نجد المشرع الفرنسي إقتصر على إيراد مادتين إثنتين هما 1382 و1383.

ويكاد الفقه يجمع على أن المسؤولية عن الفعل الشخصي تتكون من ثلاثة أركان وهي:

الفعل الضار وهو الخطأ، والضرر الذي ينتج عن الخطأ وعلاقة سببية بين الفعل المرتكب والضرر الذي يحدث وهي ما يطلق عليها برابطة السببية.[2]

الفرع الأول: القواعد المنظمة لمسؤولية البنوك إتجاه عملائه

أولا: المسؤولية التقصيرية في تشريعات المقارنة

1- **الخطأ:** يعتبر الفعل الضار الركن الأساسي لقيام المسؤولية التقصيرية هو مبعث الخلاف بين مختلف النظريات الناظمة، فهو عنصر متحول وتوضيحه وتحديد مفهومه أكثر صعوبة من ركني المسؤولية الآخرين، وقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 124 من القانون المدني

[1] رضا متولي وهدان، **الخطأ المفترض في المسؤولية عن أضرار الحاسبات الآلية**، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، 2009، ص 17.
[2] رضا متولي وهدان، المرجع نفسه، ص 18- 19.

الجزائري" كل فعل أي كان يرتكبه الشخص بخطأه، ويسبب ضرر للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".[1]

كما عرفه المشرع المصري في المادة 163 من ق م المصري حيث تنص المادة " كل خطأ سبب ضرر للغير يلزم من يرتكبه بالتعويض "، وقد عرفه المشرع الأردني في المادة 256 من ق م الأردني بأنه" كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر " وقد عرفه المشرع المغربي في المادة 78 من ق م المغربي بأنه" ترك ما كان يجب فعله أو فعل ماكان يجب الإمساك عنه، وذلك من غير قصد لإحداث الضرر".

وقد حصر الفقه صور الأفعال الإلكترونية التي ترتكب بواسطة أجهزة الحاسوب والأنترنيت أمر يكاد يكون مستحيلا، وبتعبير أدق يصعب الإحاطة بجميع صور هذه الأخطاء وحتى من قبل المتخصصين في هذا المجال.[2]

2- **الضرر**: يعد الضرر الركن الثاني من المسؤولية فإذا إنتفى الضرر فإنه لاتقوم المسؤولية لأن الهدف منها هو إزالة الضرر، ويمكن أن نعرف الضرر على أنه الأذى الذي يصيب الشخص نتيجة المساس بمصلحة مشروعة له، أو بحق من حقوقه.

والضرر قد يكون ضرر مادي بحيث يصيب الأذى الشخص في جسمه أو ماله، وقد يكون الضرر أدبيا بحيث يصيب الأذى الشخص في سمعته أو شرفه أو عاطفته.[3]

3- **العلاقة السببية بين الفعل المرتكب والضرر المنشئ لهذه المسؤولية:**

تعد العلاقة السببية الركن الثالث في المسؤولية فهي العلاقة المابشرة التي تقوم بين الفعل الضار الذي إرتكبه المسؤول والضرر الذي أصاب المضرور، فلا يكفي لقيام المسؤولية أن يكون هناك فعل ضار وضرر، بل لابد أن يكون الخطأ هو السبب الذي أدى إلى وقوع الضرر.[4]

---

[1] الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

[2] عايد رجا الخلايلة، **المسؤولية التقصيرية الإلكترونية الناشئة عن إساءة إستخدام أجهزة الحاسوب و الأنترنيت**، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 67- 68.

[3] محمد صبري سعدي، المرجع السابق، ص 75.

[4] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 595.

فبعد ما تعرضنا للمسؤولية التقصيرية كجزاء لمخالفة إلتزام قانوني مفروض والذي يقضي بعدم الإضرار بالغير حسب ما نصت عليه المادة 124 السابقة الذكر، فإنه في بعض الحالات يكون الضرر ناشئ عن الإخلال بإلتزام عقدي وقانوني في نفس الوقت ونكون أمام مسؤولية عقدية وتقصيرية معا وهذا مايثير إشكالية منح المضرور وهو العميل الحق في إختيار نوعي المسؤولية.

ثانيا: الخيرة بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية والمسؤولية العقدية:

إن العلاقة التي تربط البنك والعميل في إطار تنفيذ العمليات البنكية يتم تنظيمها بموجب عقد يربط بين الطرفين، لذلك فكل إخلال بالتزام عقدي ينشأ عنه مسؤولية عقدية كما رأينا في المبحث الأول إلا أن الإخلال بإلتزام عقدي لا يمنع من تحقق المسؤولية التقصيرية لأن العلاقة التي تجمع المصرف والعميل تقتضي ألا يخالف أحكام القانون، مما يعني تدخل المشرع في العلاقة بينهما، الأمر الذي يجعل قيام المسؤولية التقصيرية ممكن الحدوث حتى في إطار العلاقة التعاقدية.

وبناءا عليه يمكن للعميل التمسك بتطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية بدلا من العقدية نظرا لما تحققه من مزايا كالزيادة في مبلغ التعويض الذي يمكن أن يستحقه وبطلان شروط الإعفاء من المسؤولية مقارنة بالمسؤولية العقدية. [1]

لقد حاول الفقه مساءلة البنك عن الأضرار التي تقع عند تنفيذ العمليات البنكية على أساس المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي بالإعتماد على فكرة التسبب بمعنى أن ارتباط البنك بعقد مع الزبون كان سبب لحصول الضرر لهذا الأخير، وبتالي فإن تطبيق نظرية التسبب من شأنه أن يقلص الحالات التي يتملص فيها البنك من المسؤولية مدام أنه ملزم بالحفاظ على أموال وأسرار عملائه، فهذا الالتزام يحقق مساءلة البنك عن الضرر الذي لحق الزبون نتيجة إستخدامه للكمبيوتر.[2]

لذلك فإن تأسيس مسؤولية البنك على قواعد المسؤولية التقصيرية يحقق للعميل كما قلنا العديد من المزايا التي لا تتحقق له في ظل قواعد المسؤولية العقدية، لكن المفاضلة بين المسؤوليتين تعد من أهم المسائل الخلافية بين الفقهاء في إطار المسؤولية المدنية بين مؤيد ومعارض[3]، فإن كل القضاء من

[1] محمود محمد أبو فروة، **مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني**، المرجع السابق، ص 161.

[2] نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 1318.

[3] العمري ربيع وآخرون، **مدى جواز الخيرة بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية**، مذكرة ليسانس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2001– 2002، ص 42.

المغربي والأردني يرفض هذه الفكرة وهي مسألة المفاضلة أو الخيرة عندما يكون الضرر ناتج عن إخلال بإلتزام عقدي فإنه يجب على العميل رفع دعواه مباشرة على أساس مسؤولية العقدية دون اللجوء للمسؤولية التقصيرية، لكن مقتضيات العدالة تمنح للشخص المتضرر حق الخيرة الذي يضمن له الحصول على تعويض لضرر، وبالرغم من غلبة مبدأ الخيرة في الوقت الراهن فإن هذا المبدأ ترد عليه إستثناءات الذي إتفق عليه غالبية الفقه وهي جواز منح المتعاقد إمكانية الإختيار بين نظامي المسؤولية وتلك الحالات التي تقوم فيها المسؤولية التقصيرية للمتعاقد.[1]

الفرع الثاني: حالات قيام المسؤولية التقصيرية للبنك إتجاه عملائه

لقد رأينا فيما سبق أن هناك بعض الفقه من يرفض فكرة الخيرة للزبون بين نظامي المسؤولية، فلا يحق للزبون الذي تربطه علاقة تعاقدية بالبنك أن يقيم دعواه على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية فوجود الرابطة العقدية يحتم عليه عند وقوع الضرر له نتيجة تنفيذ العقد أن يلجأ لقواعد المسؤولية العقدية لإقامة دعوى تعويض، إلا أنه يستثنى من هذه القاعدة الحالة التي يكون فيها الخطأ العقدي الصادر عن البنك يشكل في نفس الوقت مخالفة جزائية، ثم نتطرق إلى حالة التي ينتج فيها الخطأ من غش من طرف البنك أو إخلال جسيم بالإلتزامات الملقاة على عاتقه.[2]

أولا: الخيرة في حالة الجريمة

قد يرتبط عدم تنفيذ البنك لأحد إلتزاماته الناشئة عن العقد بإرتكاب أحد الجرائم، وفي هذه الحالة يثار الإشكال حول طبيعة المسؤولية المدنية التي يمكن تطبيقها إلى جانب المسؤولية الجنائية عن الجرائم المرتكبة، وفي هذا الصدد يرى الفقه أنه يمكن للدائن وهو العميل الحق في الخيار بين المسؤوليتين على إعتبار أن المشرع قد نظم المسؤولية العقدية وإكتفى فيها أن مجرد إخلال المدين بإلتزامه الذي تعهد به سواء كان راجعا إلى خطأه أولا وإرتكاب الجريمة يعد خرقا لنطاق العلاقة العقدية.[3]

وقد يتم إختيار نظام المسؤولية المرتبط حسب الإختصاص القضائي للمحكمة، فالمشرع المغربي والأردني منحا للمضرور في الجريمة رفع دعواه المدنية أمام القضاء الجزائي بالموازاة مع رفع الدعوى

---

[1] قدة حبيبة، المرجع السابق، ص 250.

[2] محمود محمد أبو فروة، **مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني**، المرجع السابق، ص 164.

[3] محمود جمال الدين زكي، **مشكلات المسؤولية المدنية**، ج1، مطبعة الجامعة، الإسكندرية، 1978، ص 550.

الجنائية، أو رفع الدعوى أمام القضاء المدني مباشرة ومستقلة عن الدعوى الجنائية، فالمحكمة الجزائية لاتنظر في قضايا تعويض إلا في حالة المسؤولية التقصيرية، ولا يمكن للمحكمة النظر في العلاقة التعاقدية على أساس الإخلال بإلتزام عقدي، وإنما يكتفي بالبحث عن الفعل الذي شكل مخالفة مصدر الضرر.

لذلك منح كل من القضاء الأردني والمغربي والمصري الحق في إختيار بين المسؤوليتين في الحالة التي يكون فيها الإخلال بالتزام العقدي مشكلا في ذات الوقت جريمة.[1]

لكن بخصوص علاقة البنك بعملائه فإنها حالات نادرة الوقوع، لأنه لايمكن للبنك أن يخل بالتزاماته على نحو يشكل جريمة ليتم تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية، فالبنك هو شخص معنوي يمثله الأشخاص الذين يستخدمهم أمام عملائه، لذلك فإنه يستحيل عليه ممارسة الأعمال بنفسه، وبتالي فإن ارتكاب الجريمة من قبل المستخدمين لا يمثل مسؤولية البنك شخصيا، إلا إذا وقعت الجريمة أثناء تنفيذ التعليمات الصادرة عن البنك نفسه دون الخروج عن نطاق الوظيفة، وغير تلك الحالة فإن مثل تلك الأفعال التي قد تصدر عن مستخدميه تقيم مسؤولية التقصيرية عن فعل الغير بنسبة للبنك.[2]

ثانيا: الخيرة في حالة تدليس و الخطأ الجسيم

إن إرتكاب البنك التدليس والخطأ الجسيم عند تنفيذ العقد يشكل خرقا لهذا الأخير، لذلك يمكن للدائن اللجوء إلى قواعد المسؤولية التقصيرية ليستفيد من تعويض أكبر مما يحصل عليه عند لجوءه إلى قواعد المسؤولية العقدية على سبيل المثال، لذلك يرى غالب الفقه أن حالات التدليس و الخطأ الجسيم تعد إستثناءا على مبدأ عدم الخيرة.[3]

ويترتب على كل من تدليس والخطأ الجسيم خطورة على المراكز القانونية لدرجة تقترب من الخطأ العقدي، فالغش أو التدليس هو الحالة التي يستخدم فيها أحد المتعاقدين وسائل إحتيالية بقصد الإضرار

[1] محمد عبد الظاهر حسين، **المسؤولية التقصيرية للمتعاقد**، دراسة فقهية قضائية في العلاقة التبادلية بين نوعي المسؤولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 55.

[2] غادة عادل الشربيني، **المسؤولية الجنائية عن الأعمال البنكية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 105.

[3] محمد عبد الظاهر حسين، **المسؤولية التقصيرية للمتعاقد**، المرجع السابق، ص 67 ومابعدها.

بالطرف الآخر وذلك لدفع الدائن على قبول التنفيذ المعيب دون أن يكتشف المخالفة، أما الخطأ الجسيم فهو يقوم على نوع من الإكتراث والإستهتار بالحقوق دون النظر إلى الضرر المحتمل جراء ذلك.[1]

وفي إطار علاقة البنك بالزبون فإنه لا يمكن تصور إستخدام البنك لوسائل إحتيالية أثناء تنفيذ العقد، إلا في الحالات التي تتم من طرف متبوعي البنك عند ممارستهم لأعمالهم دون الخروج عن نطاق وظيفتهم، لكن يمكن تصور إرتكاب البنك خطأ جسيم وهو حدوث إخلال البنك بأحد الإلتزامات الناشئة عن العقد كعدم وضع وسائل الحماية الكافية أو عدم حفاظه على البيانات والمعلومات المتعلقة بأدوات التحويل الإلكتروني مما يؤدي إلى كشفها للغير، ولقد أكدت التطبيقات القضائية أنه في حالة إرتكاب أحد المتعاقدين لغش أو خطأ جسيم أثناء تنفيذ العقد فإنه يتم تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية بدلا من قواعد المسؤولية العقدية وهذا ما أقره كل من القضاء الأردني والمغربي.

وبعد عرضنا لما سبق فإنه يمكن القول أن قواعد المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي غير كافية لتأسيس مسؤولية البنك عن الأضرار التي تقوم أثناء تنفيذ العمليات البنكية، فهذه الحالات ستصطدم بمبدأ عدم جواز الخيرة بين المسؤوليتين، ولكن القضاء لازال يطبق تلك القواعد كإستثناء عن هذا المبدأ وهي غير كافية لحماية العملاء من مخاطر إستخدام الكمبيوتر في العمل المصرفي.[2]

المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية غير شخصية

سبق القول أن المسؤولية قد تكون عن الفعل الشخصي فبالإضافة إلى هذه الصورة فإنه قد تكون المسؤولية غير شخصية أي تكون عن فعل الغير، أما الصورة الأخرى قد تكون عن فعل الأشياء تحت الحراسة، ولقد أورد المشرع الجزائري في القانون المدني المسؤولية عن الفعل غير الشخصي في المواد من 134 إلى غاية 140 مكرر1، لذلك سنتعرض لكل من المسؤولية عن فعل الغير والمسؤولية عن فعل الأشياء وفق الآتي:

[1] قدة حبيبة، المرجع السابق، ص 251.

[2] محمود محمد أبو فروة، **مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني**، المرجع السابق، ص 170.

الفرع الأول: مسؤولية البنك بإعتباره متبوعا

يعد البنك شخص معنوي لا يمكنه ممارسة العمليات البنكية بنفسه، فيضطر إلى الإستعانة ببنوك أخرى لإتمام تنفيذ إلتزاماته الناشئة عن العقد خاصة في الحوالات الخارجية، كما أن البنك قد يحتاج إلى خدمات أشخاص متخصصين في مجالات أخرى بهدف تسهيل إبرام عقود الخدمات المصرفية أو تسهيل إتصال العميل بالبنك كمزودي خدمات الأنترنيت أو مزودي خطوط الاتصال السلكي واللاسلكي الناقل للأوامر فهؤلاء يتعاملون مع الزبائن والعملاء، لذلك فإن الأخطاء التي قد تقع أثناء تنفيذ العقد المبرم بين البنك والعميل تكون مرتكبة من طرفهم وليس من طرف البنك، لكن البنك الذي تعاقد مع العملاء يمتلك شخصية حقيقية ومستقلة عن شخصية التابعين له.[1]

وتقوم فكرة تحمل التبعة في أن صاحب الحق عليه أن يتحمل المخاطر التي ينطوي عليها تعامله، حيث تعلو مصلحة المجتمع في سير المعاملات المالية على المصلحة الخاصة لصاحب الحق وهذا ما سيتم تناوله بتفصيل في المبحث الثالث، فالمتبوع هو المسؤول عن الضرر الذي يحدثه تابعه حتى ولو كان ذلك في حال تأدية وظيفته.[2]

حيث تنص المادة 136 من ق م ج عل أنه" يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفغله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبتها.

وتتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في إختيار تابع متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع".

فالغاية من مساءلة المتبوع هو ضمان حصول العميل على التعويض عن كامل الضرر الذي أصابه خاصة وأن المتبوع موسر عادة بالقياس على التابع وقاعدة تحمل التبعة، فالمتبوع الذي ينتفع من تابعيه عليه أن يتحمل تبعة أخطائهم.[3]

ومن خلال ماسبق نستنتج أن البنك يكون مسؤولا عن الأعمال التي تضر بالعملاء والتي تصدر من موظيفه بإعتبار أنهم أتباع له، حيث يصدر هذا الفعل من التابع أثناء تأدية وظيفته أو بسببها حسب

[1] عمر ذوابة، **عقد التحويل المصرفي الإلكتروني**، دراسة قانونية مقارنة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص 256.

[2] عبد الفتاح محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 165.

[3] عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 501.

مانصت عليه المادة 136 السابقة الذكر، ولا يعتبر ممثلي البنك أو رئيس مجلس الإدارة من موظفي البنك أو أتباعه بل هم من يمثله قانونا، ومساءلتهم في حال ما إرتكبوا أخطاء تضر بالعميل لا يسألون إلا على مسؤولية البنك الشخصية وليس على أساس مسؤولية المتبوع عن أفعال التابع، ولا يعتبر موظفي البنك من الموظفين العموميين الذين يخضعون لقواعد الوظيف العمومي، بل يعتبرون موظفي قطاع خاص يخضعون لقواعد عقد العمل.[1]

أولا: المركز القانوني لمستخدمي البنك

لقد ظهرت مجموعة من النظريات لتحديد طبيعة العلاقة بين البنك كشخص معنوي والمستخدمين الذي يمثلونه كالنظرية العضوية التي إعتبرت الشخص المعنوي مطابق للشخص الطبيعي من حيث الأعضاء بإعتبار أن الشخص يملك أعضاء خاصة به وهي أعضاء تنفيذية وأعضاء للرقابة وعضو للمداولات، لكن انتقدت هذه النظرية على أساس أنه يجب النظر إلى الشخص المعنوي وهو البنك بما يتفق مع طبيعته تكوينه، لأن الشخص المعنوي حتى ولو لم يكن في وسعه ممارسة أنشطته بنفسه فإنه يتمتع بشخصية مستقلة عن عاملين لديه وذهب إتجاه آخر على إعتبار أن الفعل الذي يقوم به الشخص الطبيعي ماهي إلا إرادة هذا الأخير لأنه يعمل بإسمه ولمصلحته المشتركة لذلك فإن إرادة الشخص الطبيعي ماهي إلا إرادة الشخص المعنوي من وجهة نظر قانونية، لكن أعضاء الشخص المعنوي ينقسمون إلى فئتين:

الأولى هي سلطة قيادية (التحكم) والثانية هي أجهزة تنفيذية، وأساس هذا الإختلاف هو وجود الإختلاف في القواعد القانونية المطبقة على العلاقة التي تربط الشخص المعنوي في هذين الفئتين وبذلك يكون الشخص المعنوي مسؤولا بصفة شخصية عن الأعمال التي يقومون بها بإعتبارهم ممثلون لهم هذا في حالة الأعمال التي تقوم بها السلطة والمراكز العليا، في حين يكون مسؤولا بصفته متبوعا عن أعمال أجهزته التنفيذية بإعتبارهم تابعين له.[2]

لكن الواقع لا يعكس مثل هذا الإفتراض بحيث أنه يمكن أن يجمع شخص طبيعي واحد بين صفتي ممثل وتابع في نفس الوقت كالمدير المستخدم على سبيل المثال، فحسب هذه النظرية فإن

[1] سليمان ضيف الله الزين، **التحويل الإلكتروني للأموال ومسؤولية البنوك القانونية**، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص 173.
[2] عماري ابتسام، المرجع السابق، ص 37.

الشخص المعنوي يجد نفسه مسؤولا بصفتين مرة بصفة شخصية عن فعله القانوني ومرة مسؤولا بصفته متبوعا عن أعمال تابعيه، لكن هذا تمييز لا يوجد ما يبرره في إطار المسؤولية المدنية فكلاهما يجب أن يكون مسؤولا عن خطأه الشخصي بصفة مستقلة عن الشخص المعنوي وبصفته ممثلا عنه مدام أنه يعبر عن إرادة هذا الأخير، لكن هذه النظرية لا تقدم حلولا عندما يتعلق الأمر بالمسؤولية العقدية دون الرجوع لفكرة التابع والمتبوع التي تدخل في إطار المسؤولية التقصيرية لذلك فإنه في إطار العلاقات التعاقدية التي تجمع البنك بعملائه يجب تقييم طبيعة الخطأ الصادر من طرف المستخدم، فإذا كان الخطأ تقصيريا فإنه يسأل البنك مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، أما إذا كان الخطأ عقديا فإن البنك يسأل مسؤولية شخصية وذلك حسب طبيعة الفعل ذاته، إذا كان هذا القول يأثر على الالتزامات في العقد فإنه يمكن مساءلة البنك عنه مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعيه.[1]

ثانيا: حالات قيام مسؤولية البنك بصفته متبوعا إتجاه الزبون

تمنح الشخصية المعنوية الأهلية للبنك لممارسة التصرفات القانونية مع الأشخاص الذين يتعاملون معه، إلا أن تنفيذ تلك التصرفات يتم من خلال الأشخاص الذين يستعين بهم البنك، عند تنفيذ مختلف الأنشطة البنكية لذلك فإن البنك يكون مسؤولا عن الأضرار التي تحدث لعميله نتيجة ممارسة تلك الأنشطة مسؤولية عقدية شخصية، ذلك أن مستخدمي البنك لا يتعاملون مع الزبون بصفة شخصية وإنما بصفتهم نائبين عن البنك الذي يرتبط بعملائه بعلاقة تعاقدية.[2]

وعلى الرغم من ذلك فإن هناك من الفقه من يعتبر أن البنك يكون مسؤولا إتجاه عملائه مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع عن الأضرار التي تحدث له نتيجة فعل مستخدميه، وهذا التوجه يستند على نظرية التمثيل لتمييز بين الممثل صاحب المركز السلطوي والذي يسأل عنه البنك مسؤولية شخصية، وبين المستخدم صاحب المركز التنفيذي والذي يسأل عنه البنك مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه، دون النظر إلى طبيعة العلاقة التي تجمع بين البنك والزبون المضرور، فلا شك أن وجود علاقة تعاقدية بينهما سيؤثر على طبيعة المسؤولية القائمة.[3]

---

[1] قدة حبيبة، المرجع السابق، ص 252.

[2] محمود محمد أبوفروة، **مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني**، المرجع السابق، ص 176.

[3] محمود محمد أبوفروة، المرجع نفسه، ص177.

فالأنشطة التي يقوم بها مستخدم البنك والمرتبطة بتنفيذ العقد المبرم مع الزبون فإنما تصدر عنه بصفته ممثلا للبنك، بحيث يختفي الحد الذي يفصل بين شخصية البنك وشخصية المستخدم ويظهران كأنهما شخص واحد بالنسبة للزبون، والشخصية الحقيقية لمستخدم البنك تذوب في شخصية البنك بنسبة للعلاقة التي تجمع البنك بالزبون، لأن جميع الأعمال التي يقوم بها المستخدم والمتعلقة بالعقد تعد وكأنهما صادرة من طرف البنك نفسه بغض النظر عن كون الخطأ أو التقصير الذي أدى إلى حدوث الضرر كان نتيجة لتنفيذ الأعمال الموكلة إليه بشكل سيء أو أنه لم يتقيد بأوامر البنك وتعليماته، وتقوم مسؤولية البنك بصفته متبوعا في القانون الجزائري، وكذا في القانونين المغربي والأردني بتوفر شرطين:

1- قيام علاقة تبعية:

يشترط لقيام العلاقة تبعية وجود سلطة فعلية للمتبوع برقابة وتوجيه التابع، وعليه يكون التابع في حالة خضوع إتجاه المتبوع إستنادا لعقد العمل، ويشترط أن يتقاضى التابع أجرا عن عمله، وكذلك من الضروري لقيام هذه العلاقة أن يكون المتبوع حرا في إختيار التابع، وأخيرا يشترط لقيام علاقة التبعية أن يكون المتبوع قادرا على الرقابة والتوجيه من الناحية الفنية.[1]

2- وقوع الفعل الضار من التابع أثناء تأديته لوظيفته أو بسببها:

يشترط لقيام مسؤولية المتبوع أن يقع الفعل الضار بناءا على أمر صادر من المتبوع أو غير ذلك، وسواء تم بعلمه أو بغير علمه، وسواء كان الدافع لإرتكاب الفعل من جانب التابع لمصلحة شخصية أو عن رغبة في خدمة المتبوع، ويرى بعض الفقه أنه يتطلب لقيام مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه قيام المضرور بإثبات أن المتبوع لم يقم بواجب العناية والحيطة ليحول دون حدوث إرتكاب التابع للفعل الضار.[2]

وفيما يتعلق بالأفعال التي يرتكبها التابع والتي لا تكون داخلة في صميم إختصاصه أو تلك التي يرتكبها بهدف الحصول على مصالح شخصية أو لأهداف أخرى بعيدة عن المهمة الموكولة إليه لذلك يطرح التساؤل حول مدى إمكانية مساءلة البنك عن تلك الأفعال، فابنسبة للمشرع الجزائري فقد ألزم

[1] عيسى لافي حسن الصمادي، **المسؤولية القانونية في العمل المصرفي الإلكتروني في التشريع الأردني**، أطروحة دوكتوراه، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2009- 2010، ص 271.

[2] عيسى لافي حسن الصمادي، المرجع نفسه، ص 272.

المتبوع بالتعويض عن الأضرار التي يرتكبها تابعه سواء كانت تلك أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبتها وهذا إستنادا لنص المادة 136 السابقة الذكر، أما بخصوص التشريعات المقارنة ومن بينها المشرع الأردني، حيث ألزم هذا الأخير المتبوع بالتعويض عن الأضرار التي يحدثها التابع بسبب ممارسته لوظيفته، فمسؤولية المتبوع تقوم وفقا للقانون الأردني عندما لا يكون بإمكان التابع أن يرتكب الفعل الضار أو أن يفكر بإرتكابه لولا الوظيفة التي يمارسها، وهو ما أكدته محكمة التمييز الأردنية في القرار الصادر عنها، أما المشرع المغربي فقد إكتفى بالنص على أن المتبوع يكون مسؤولا عن الأضرار التي يوقعها التابع أثناء تأديته لوظيفته دون الضرر الذي يقع بسبب الوظيفة فذهب البعض من الفقه إلى القول بتحقق مسؤولية المتبوع عن الأخطاء التي يرتكبها التابع لا أثناء تأدية وظيفته فحسب بل أيضا عن الأخطاء التي يرتكبها بسبب الوظيفة، في حين يرى البعض الآخر أن المسؤولية عن فعل الغير إستثناء من قاعدة أن الإنسان لايسأل إلا عن فعله الشخصي والإستثناء لا يتوسع فيه لهذا لا يمكن أن يقرر المسؤولية في هذه الحالة سوى المشرع.[1]

وقد حسم القضاء المغربي هذا الإشكال بتحميله المسؤولية للمتبوع سواء وقع خطأ التابع في حالة تأديته لوظيفته أو بسبب تلك الوظيفة، إذ إعتبر أن مسؤولية المتبوع لا تقوم فقط في الحالات التي يكون فيها التابع قد نفذ في عمله تعليمات متبوعة بكل دقة، بل عندما توجد رابطة سببية أو رابطة تلازم بين الوظيفة التي عهد بها إلى التابع وبين الخطأ الذي ترتب عنه الضرر.

ومن خلال ماسبق يتضح أن عملاء البنوك يمكنهم الإستفادة من الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية البنك بإعتباره متبوعا، وذلك في الحالات التي تقررها الإستثناءات التي ترد على فكرة عدم جواز الخيرة وهي الحالات التي يشكل فيها الإخلال بالإلتزام العقدي في نفس الوقت جريمة أو يكون ناجما عن تدليس أو خطأ جسيم كما سبق تبيانه في المطلب الأول، لذلك فإن نطاق قيام هذا النوع من المسؤولية ضيق ولا يمكن الإعتماد على قواعد المسؤولية عن فعل الغير كأساس عام لإقامة مسؤولية البنك عن إستخدام الكمبيوتر.[2]

[1] محمود محمد أبوفروة، **مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني**، المرجع السابق، ص 179- 180.

[2] محمود محمد أبوفروة، المرجع نفسه، ص 181.

الفرع الثاني: المسؤولية التقصيرية عن فعل الأشياء

يقصد بالشيء عموما الأشياء المادية غير الحية إذا كانت بطبيعتها أو بسبب ظروف محيطة بها بحاجة إلى عناية خاصة للوقاية من ضررها,مع ملاحظة إن الآلات الميكانيكية تعتبر دائما في حاجة إلى هذه العناية الخاصة بحكم القانون.[1] ويعد جهاز الكومبيوتر أو الحاسوب من الأشياء الميكانيكية، لذلك تقوم المسؤولية عن فعل الأشياء على فكرة مؤداها إن كل من يتولى حراسة الأشياء تتطلب عناية خاصة أو حراسة الآلات الميكانيكية يكون مسؤولا عما تحدثه الأشياء، وتظل مسؤولية هذا الحارس قائمة ما لم يثبت وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 138 ق م ج حيث تنص:

" كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال، والتسيير، والرقابة، يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء.

ويعفى من هذه المسؤولية الحارس للشيء إذا أثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الضحية، أو الغير، أو الحالة الطارئة، أو القوة القاهرة ".[2]

كما نص عليها المشرع الأردني في المادة 291 من ق م الأردني وكذا المشرع المصري في المادة 178 ق م المصري.

ويلاحظ من خلال إستقراء المادة 138 ق م ج أن المشرع الجزائري لم يجعل مسؤولية الحارس شاملة لجميع الأشياء، بل قصرها على الآلات الميكانيكية التي تتطلب عناية خاصة بالتحديد، ولعل جهاز الحاسب الآلي من أبرزها و سنتناول شروط تحقق المسؤولية و كذلك الأساس الذي تقوم عليه هذه المسؤولية :

أولا : شروط تحقق مسؤولية الحارس عن الأشياء

و بناء على ما جاء في 138 سابقة الذكر فإنه لا بد من توافر شرطين لتحقق المسؤولية و هما تولي شخص حراسة الأشياء و شرط الثاني تمثل في وقوع الضرر بفعل الشيء.

---

[1]. رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 93.

[2] المادة 138 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

1- تولي شخص حراسة الأشياء:

تعني الحراسة أن يكون للشخص سلطات استعمال الشيء وتوجيهه ورقابته والتصرف في أمره فالحارس الشيء هو ذلك الشخص الذي يتسلط عليه فتتحقق له سلطة فعلية على هذا الشيء في توجيهه ورقابة نشاطه، فحيث ما كانت السلطة الفعلية كانت الحراسة.

فالحراسة الموجبة للمسؤولية تتحقق بسيطرة الشخص على الشيء سيطرة فعلية في الإستعمال فالحراسة الموجبة للمسؤولية تتحقق بسيطرة والرقابة والتوجيه لحساب نفسه، والحارس الذي يفرض الخطأ في جانبه هو الشخص الطبيعي أو المعنوي، الذي تكون له السلطة الفعلية على الشيء[1].

فالأصل أن تكون الأشياء تحت تصرف المالك، وعليه فإنه لا يكلف الشخص المضرور بإثبات هذه الصفة فيه، غير أنه يجوز للمالك إثبات أن الشيء وقت وقوع الضرر كان في حراسة غيره أي تحت تصرف غيره.

والحراسة قد تنتقل من المالك تنتقل من المالك إلى غيره برضاه كالإنتقال إلى آخر حيث لا تنتقل إليه إلا بانتقال السيطرة الفعلية على الشيء أو رغما عنه كما هو الحال بالنسبة للسارق والحارس قد يكون شخصا معنويا أو طبيعيا.[2]

أما المقصود بالشيء فكما قلنا بأنها الأشياء المادية غير الحية، إذا كانت بطبيعتها أو بسبب ظروف محيطة بها في حاجة إلى عناية خاصة للوقاية من ضررها، ويلاحظ أن الآلات الميكانيكية تعتبر دائما في حاجة إلى هذه العناية الخاصة بحكم القانون، خاصة الأجهزة الكهربائية والأسلاك الكهربائية الملحقة بها...الخ.

من هنا ننظر إلى جهاز الحاسب الآلي المستعمل لدى المصارف على أنه من الأشياء المستعمل لديها والتي تبقى تحت حراستها حتى وإن كان الشخص المستخدم هو من يستعمله دون غيره، وبنفس

[1] رضا متولي وهدان، المرجع سابق، ص 93.

[2] النقيب عاطف، **النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء في مبادئها القانونية وأوجهها العملية**، ط1، منشورات عويدات، بيروت لبنان 1980، ص30.

الوقت فإن الوسيط والوكيل ومالك الشيء لا يعدون حراسا للأشياء ولا يتحملون مسؤولية الأضرار الناتجة عنها إلا بصدور أخطاء من جانبهم أو إستعمال تلك الأشياء لمصالحهم الشخصية.[1]

2- وقوع الضرر:

كما يعد البنك حارسا فعليا حيث يمارس السيرة الفعلية على جهاز الكمبيوتر، ويوجهه لتنفيذ أوامره من خلال موظفين تابعين له، حيث تفترض هذه الحراسة الإستعمال والتوجيه والرقابة وهي متحققة في حيازة البنك لجهاز الكمبيوتر.

وإذا كانت الحراسة الفعلية تعني أن الحارس يمارس سلطة إستعمال الشيء في الغرض المخصص له وسلطة إصدار الأوامر عند إستعماله، والقيام بالصيانة الضرورية له وإستبدال أجزائه، فإن البنك يتمتع بأهم سلطتين وهما الإستعمال والتوجيه، فالبنك هو الذي يستخدم جهاز الكمبيوتر وهو الذي يفيد منه في نشاطه، ويحوز الجهاز حيازة مادية، حيث يكون تحت تصرف الموظف التابع له ومن ثم فهو يتمتع بسلطة الإستعمال، وبالإضافة إلى ذلك يمارس البنك سلطة التوجيه حيث يملك سلطة إصدار الأوامر إلى الكومبيوتر أثناء تنفيذ أمر العميل، فموظف البنك هو الذي يجعل الجهاز يقوم بالعمليات المصرفية من بينها التحويل المصرفي أو يخصم من حساب العميل ثمن الخدمات والمنتجات التي يحصل عليها العميل، وهو الذي يأمر الكمبيوتر بإضافة أموال في حساب العميل على أثر تحويل أو إيداع وهكذا.

ونخلص من ذلك إلى أن البنك يعد حارسا قانونيا وفعليا للكمبيوتر، ومن ثم يسأل عن أية أضرار يسببها هذا الجهاز للعميل بسبب سوء عمله أو فشله في تنفيذ أوامر هذا العمل إذا توفر الركن الثالث من وهو رابطة السببية.[2]

الشرط الثاني: وقوع الضرر بفعل الشيء

يستوجب لقيام مسؤولية حارس الأشياء وقوع الضرر بواسطة فعل الشيء وليس بفعل الإنسان مباشرة ويعتبر هذا الشرط من أكثرها وأشدها صعوبة في التحديد، والسبب في ذلك يعود إلى تدخل الشيء والذي قد يكون إيجابيا أو سلبيا.

[1] عيسى لافي حسن الصمادي، المرجع السابق، ص 279.

[2] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 80- 82.

ولقد أخذت معظم التشريعات ومن بينها المشرع الجزائري والأردني والمصري بمعيار الخطأ المفترض من جانب الحارس على الفكرة الغالبة الخاصة والتي تحتاج إليها حراسة الشيء، على إعتبار أن الشيء قد يكون خطرا بطبيعته أو خطر بالظروف الملابسة والتي تتطلب عناية خاصة، كما لو أتلفت البيانات والمعلومات المدخلة في جهاز الحاسب الآلي وكان السبب في ذلك إنقطاع التيار الكهربائي بفعل الظروف الجوية مثلا ولم تبذل ظروف العناية والحيطة والحذر لتجنب المخاطر المفترضة والتي تؤدي بالتالي إلى حدوث أضرار جسمية.[1]

ثانيا: أساس مسؤولية حارس الأشياء

إختلف الفقه حول أساس مسؤولية حارس الأشياء فمنهم من أسس المسؤولية على فكرة تحمل التبعة، إلا أنه يعاب على هذا الرأي لأن الأخذ به يستوجب مسؤولية المنتفع لا الحارس، ولا يمكن دفع هذه المسؤولية إلا بنفي رابطة السببية أي بإقامة الدليل على وجود السبب الأجنبي.

وكما جاء بنص المادة 138 من القانون المدني الجزائري فإن حارس الأشياء يبقى مسؤولا عن الضرر إلا بإثبات السبب الأجنبي، أي أن فكرة الضرر هي التي تحكم المسؤولية وعليه لا بد من ضمان الضرر دون النظر إلى الخطأ.

وفيما يتعلق بتطبيقات الواقعية للمسؤولية عن الفعل الضار في حراسة الأشياء ذات الطابع الالكتروني والتي تتمثل في الحريق وإنقطاع التيار الكهربائي أو تذبذبه، وتسرب الماء، وتدمير أنظمة وبرمجيات الحاسب الآلي أو سرقته والعبث بمحتوياته، أو إصابة تلك الأنظمة والمعلومات الحاسوبية بفيروسات مدمرة.[2]

فطبقا لقواعد المسؤولية عن الأشياء، فإن المصرف يبقى هو المسؤول عما يقوم به من إجراءات مصرفية، وعليه فإن المصرف يسأل عن تعويض الأضرار التي لحقت بالعملاء نتيجة الغش أو الخلل في عمليات الحاسوب، كون الحاسوب من الأشياء التي تحتاج إلى عناية خاصة، ويكون الرجوع على المصرف باعتباره حارسا للكمبيوتر متمتعا بسلطة الرقابة والتوجيه على الشيء عندها يمكن للمصرف أن يتلخص من المسؤولية طبقا للقواعد العامة بإثبات السبب الأجنبي إذا كان الضرر عائدا إلى خلل أصاب

[1] عيسى لافي حسن الصمادي، المرجع السابق، ص280.

[2] حازم نعيم الصمادي، **المسؤولية في العمليات المصرفية الالكترونية**، ط01، دار وائل، عمان، 2003، ص 119، وما بعدها.

الحاسوب بسبب فعل من أفعال الطبيعة مثل الحرارة، الأتربة، الحريق أو العطل المفاجئ للدوائر الكهربائي وأجهزة تكييف فيعفى من المسؤولية متى توافرت شروط القوة القاهرة بحيث يكون الفعل غير متوقع ولايمكن تفاديه، ومن هنا لا بد أن تكون الواقعية خارجة عن الحاسوب.[1]

وهذا ما سيأتي تفصيله في الفصل الثاني عند التطرق إلى حالات إعفاء البنك من المسؤولية الناتجة عن استخدام الكومبيوتر.

أما عن حالة حدوث خلل أو عطل في الحاسوب لا يمكن تفاديه، فإنه يجب تحديد المسؤولية عن ذلك هل هو المورد أم الشخص الملتزم بالصيانة؟ فإذا كان الخلل عائدا إلى عيب خفي في الجهاز عندها يجب على المصرف من العودة إلى البائع لضمان العيب الخفي وفقا للقواعد العامة في ضمان العيب الخفي، أما إذا كان البائع يلتزم بالصيانة فإنه يسأل عن الضرر الناتج عن عيوب الصيانة.[2]

وتبعا للتطورات المواكبة لإعمال المصارف وإدخالها في دائرة وسائل الإتصال الحديثة وما تنشره ثورة المعلوماتية ظهر مبدأ الذي ينادي برفض مفهوم الواقع المستقل للحاسب الآلي، وسبب الرفض يعود إلى إعتبار الكمبيوتر جهازا ليس له إرادة ذاتية مستقلة، وإنما الذي يقف وراءه هو عمل الإنسان كونه المشغل أو المبرمج أو المحلل للبرامج أو مدخل البيانات أو غير ذلك.[3]

[1] عيسى لافي حسن الصمادي، المرجع السابق، ص 282.

[2] حسام الدين كامل الأهواني، **حماية أنشطة البنوك من مخاطر استخدام الحاسبات الإلكتروني**، بحث منشور في كتاب الجوانب القانونية الناجمة عن استخدام الحاسب الآلي في المصارف، اتحاد المصارف العربية، بيروت 1991، ص65 وما بعدها.

[3] الهادي شايب بينو، **الكمبيالة الالكترونية والقيد المضاد في ادارة الحاسبات**، بحث منشور في كتاب الجوانب القانونية الناجمة عن استخدام الحاسب الآلي في المصارف، اتحاد المصارف العربية، بيروت، 1991، ص 251 وما بعدها.

المبحث الثالث: تطور المسؤولية المدنية للبنك الناتجة عن استخدام الكمبيوتر

في ظل التطورات العلمية الحديثة ودخول الآلة الميكانكية في كثير من المجالات العلمية، وفي الوقت الذي أصبحت فيه المسؤولية العقدية والتقصيرية للبنك الناتجة عن استخدام الكمبيوتر التي تقوم على الخطأ عاجزة عن تقديم الأساس الذي يمكن بواسطته جبر الضرر[1]، ونظرا لأهمية دور البنوك في الحياة الإقتصادية وما يعود عليها من ثقة الجمهور المتعاملين معها، وبسبب ما تتمتع به البنوك في عملها من حرفية عالية وجدارة متميزة فقد رأى معظم الفقه والقضاء في محاولاتهم لتفادي الإنتقادات الموجهة للمسؤولية المدنية بشقيها بتبنيهم نظرية جديدة تسهل على العميل الإستفادة من التعويض لمجرد تحمله الضرر جراء نشاط البنك، حيث ظهرت هذه النظرية في أواخر القرن التاسع عشر وقد سميت هذه النظرية بعدة تسميات منها نظرية تحمل المخاطر ونظرية تحمل التبعة والمسؤولية الموضوعية والمسؤولية بدون خطأ.[2] وسنتطرق في هذا المبحث إلى مضمون نظرية تحمل المخاطر وذلك في المطلب الأول ثم نعالج تطبيق نظرية المخاطر في مجال المسؤولية عن أخطاء الكومبيوتر في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مضمون نظرية تحمل المخاطر

تقوم هذه النظرية على هجر الخطأ كأساس للمسؤولية واستبدال فكرة تحمل تبعة المخاطر به فيكفي لقيام المسؤولية حدوث ضرر من جراء النشاط الذي يمارسه المدعي عليه لمساءلته عن جبر هذا الضرر ويتجسد مضمون هذه النظرية من خلال بيان تعريفها، ومبررات اللجوء إليها، وعرض صورها، وتحديد طرق دفع المسؤولية من خلالها وذلك نحو الآتي:

الفرع الأول: تعريف بالنظرية ومبررات اللجوء إليها

سنتعرض في هذا الفرع إلى التعريف بنظرية تحمل المخاطر أو تحمل التبعة، وكذا التطرق إلى أهم الأسباب التي أدت إلى الأخذ بهذه النظرية وذلك وفقا للآتي:

[1] رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 43.

[2] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 93.

أولا: تعريف نظرية تحمل المخاطر

تقوم هذه النظرية على أساس بسيط مفاده أن من يحدث بفعله مخاطر في المجتمع، عليه تحمل تبعية هذه المخاطر ويعوض المضرورين من جراء هذه المخاطر، وتتأسس هذه النظرية على ركنين من أركان المسؤولية هما الضرر وعلاقة السببية، دون إشتراط أن يكون فعل المتسبب في هذه المخاطر خطأ.

ويترتب على ذلك إنتفاء الخطأ لا يعد سببا لدفع هذه المسؤولية، فهي تتأسس سواء وقع الخطأ أو لم يقع، ومن ثم لا يعدم إنتفاؤه تأسيسها وقوامها، ويتحدد الشخص المسؤول وفقا لهذه النظرية بأنه الشخص الذي يمارس النشاط الذي يسببه تحمل المدعي ضررا.[1]

حيث يرى بعض الفقه أن هذا النوع من المسؤولية لا يقوم إلا على ركن واحد من أركان المسؤولية الثلاث ألا وهو ركن الضرر، الأمر الذي تبتعد فيه فكرة الخطأ العقدي في المسؤولية العقدية أو الخطأ القانوني عند الإخلال بأحد الالتزامات القانونية في المسؤولية التقصيرية.

وهذه المسؤولية لا تقوم إلا على ركن الضرر وحده دون غيره، بمعنى أن المصرف هو من يسأل عما أحدثه من ضرر في حق العميل رغم عدم إرتكابه خطأ، وعبر عن هذه المسؤولية بفكرة تحمل تبعة أو مخاطر المهنة أو ما إصطلح على تسميتها بالمسؤولية الموضوعية التي تقوم على عاتق المصرف بمناسبة تنفيذه أحد الخدمات المصرفية دون خطأ كما تقوم كذلك على عاتق المصرف لسبب أجنبي ويشترط في كلتا الحالتين وجود الضرر.[2]

ويختلف الأساس الذي تقوم عليه فكرة المسؤولية الموضوعية عن الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية الشخصية من حيث أن الأولى لا تقوم إلا على الضرر وليس الخطأ، في حين أن الثانية تقوم على الخطأ مفترضا فأساسها هو الخطأ وليس الضرر، ويترتب على ذلك أن الطرف المدين في حالة قيام المسؤولية الشخصية فإنه يستطيع التنصل منها إذا تطلب الأمر إثبات الخطأ وعجز الدائن عن إثبات هذا الخطأ، أما في حال المسؤولية التقصيرية التي لا تقوم إلا على الخطأ المفترض وغير قابل لإثبات العكس فهنا يستطيع المدين دفع المسؤولية عن نفسه بإثبات السبب الأجنبي، وبالمقابل فلا يستطيع المسؤول في

[1] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 94.

[2] عيسى لافي حسن الصمادي، المرجع السابق، ص 288.

المسؤولية الموضوعية دفع المسؤولية عن نفسه حتى ولو نفى الخطأ أو أثبت السبب الأجنبي مادام أن الضرر الناتج صادر منه دون غيره حتى ولو لم يثبت إرتكابه للخطأ.[1]

أما عن فكرة مخاطر المهنة فإنها تحمل المصرف كافة الأضرار التي قد تصيب الطرف العميل على رغم من عدم وجود أية أخطاء صادرة من جانبه أو وجود فعل يرتبط بعلاقة سببية معه هذا الضرر والسبب في ذلك أن هذه المخاطر مهما بلغت أعبائها فإنها تبقى أقل بكثير مما يعود بمزايا على المصرف نتيجة لما يتمتع به من ثقة عند المتعاملين معه[2]، وتفنيد ذلك يرجع إلى عدة أسباب أهمها:

1- تقتضي قواعد العدالة أن المصرف هو وحده من يتحمل نتائج الضرر الذي أحدثه في حق العميل طالما لم يثبت صدور أية أخطاء من جانب العميل، فالقاعدة الفقهية التي تقول" الغرم بالغنم" هي خير دليل على وجود تحميل من إرتكب الخطأ نتيجة فعله وتسبب بحدوث الضرر في حق الغير، فكما ينتفع المصرف من نشاطه كذلك يتحمل تبعة نشاطه.

وما من شك في أن هذا الأمر يحقق العديد من المزايا للمصرف من خلال ما يجعل نفس العميل ترتاح وتضع كافة ثقتها لديه عند تعامل معه، والذي ينعكس بصورة مباشرة على الأنشطة وتطور وإزدهار العمليات المصرفية التي يقوم بها من خلال ما يجنيه من عمولات وأرباح تعود على طرفين من جهة وتوظيف للأموال وزيادة الودائع من جهة أخرى، في حين أن تحمل العميل للضرر الناشئ عن نشاط صادر عن المصرف دون أم يكون باستطاعته إثبات الخطأ في جانب المصرف سيؤدي إلى زعزعة الثقة معه وإحجام الجمهور المتعاملين معه للمصرف لحفظ ودائعهم أو لقلة ما يجنيه العميل من أرباح عند إيداع الأموال أو خسارتها.

2- إن تحمل المصرف للأضرار الناشئة عن خطئه يعزز موقفه لدى جمهور المتعاملين مما يساعد على إقدامهم على الإستفادة مما يؤمنه من تقنيات و أجهزة إلكترونية حديثة دون تداول للنقود، الأمر الذي يؤدي إلى تفعيل دور المصرف مع غيره من المصارف العالمية في عصر الثورة المعلوماتية والإتصال عن بعد بحيث جعلت من العالم قرية صغيرة يتواصل كافة الأفراد

[1] حازم نعيم الصمادي، **المسؤولية في العمليات المصرفية الالكترونية**، المرجع السابق، ص 121.

[2] حسن حسني، **عقود الخدمات المصرفية**، مؤسسة دار التعاون، بيروت، ب س ن، ص 328 ومابعدها.

بعضهم ببعض خلال فترة قصيرة وخصوصا بعد ظهور الشبكة الإلكترونية والتي تعرف بإسم شبكة الأنترنيت.

3- يتميز المصرف مقارنة مع الأفراد المتعاملين بملائة مالية أكبر، الأمر الذي يتمكن عندها المصرف من تعويض الضرر الذي يحدثه في حق الغير ولديه تأمين ضد الأخطار المهنية.

عليه فإن المسؤولية الموضوعية تحمل المصرف كافة الأضرار التي تصيب العميل في حالة عدم وجود أية أخطاء صادرة عنه أو عن الغير أو عن المصرف نفسه، فارتكاب المصرف خطأ معين تسبب بإلحاق الضرر بطرف العميل فإنه عندئذ يسأل على أساس المسؤولية العقدية، ولو ارتكب فعلا ألحق ضررا بالعميل فإن مسؤوليته تكون مسؤولية تقصيرية وفي هاتين الحالتين فإنهما يستندان إلى شروط العقد وكذلك قواعد المسؤولية العامة في القانون المدني وعليه فإن المسؤولية الموضوعية والتي تقوم على فكرة مخاطر المهنة فإنها لا تطبق إلا في حالة واحدة وهي عند عدم وجود خطأ من العميل أو من المصرف.[1]

ثانيا: مبررات اللجوء لنظرية تحمل المخاطر

أهم الأسباب أدت إلى الأخذ بهذه النظرية في المجال البنكي هي اقتراب النشاط البنكي من فكرة المرفق العام، الشيء الذي يدفع إلى تعزيز التزامه بالحذر والعناية دون أن تأخذ بالمعنى التقني" المرفق العام"، وما يترتب عليه من الإحالة إلى القانون العام، بل جعل الخطأ البنكي بمثابة إخلال بالعمل المهني الذي لا يمكنه أن يعذر عنه الشخص المتخصص في ميدان عمله وبذلك فان البنك باعتباره مؤسسة محترفة تربح من وراء نشاطها يجتني من وراءه ربحا يجب عليه أن يتحمل نتائج هذا النشاط سواء كانت سلبية أو ايجابية تطبيقا لقاعدة الغرم بالغنم وهو أساس المسؤولية الموضوعية.[2]

وفقا للقواعد العامة للمسؤولية الناتجة عن الخطأ فإنه يتوجب على المضرور إقامة الدليل على وقوع الخطأ من الفاعل المفترض حتى يمكنه بذلك نيل التعويض وأن يثبت هذا الخطأ الذي أدى إلى حصول الضرر، ولا شك أن إثبات الخطأ المؤدي إلى الضرر أمر صعب إن لم يكن مستحيلا مما يصعب على المتضرر الحصول على التعويض، وهذا يتنافى مع مبادئ العدالة الاجتماعية، ولهذا فقد تم

[1] عيسى لافي حسن الصمادي، المرجع السابق، ص 191- 293.

[2] محمود محمد أبوفروة، **الخدمات البنكية الإلكترونية عبر الأنترنيت**، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 174.

اعتبار الضرر على أنه خلل يصيب التنظيم الاجتماعي الذي ينبغي المحافظة عليه بإزالة الضرر عن طريق جبره.[1]

الفرع الثاني: صور المسؤولية على أساس المخاطر

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

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

المطلب الثاني: تطبيق نظرية المخاطر في مجال المسؤولية عن أخطاء الكمبيوتر

يتجه الرأي الغالب في فقه والقضاء إلى بناء مسؤولية البنك عن الأخطاء التي قد تقع من الكمبيوتر التابع له على أساس نظرية المخاطر، فهذا الأساس يتفادى كثيرا من الانتقادات التي وجهت إلى المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية للبنك اللتان سبق دراستهما.[3]

وسوف نعالج مدى تطبيق هذه النظرية في مجال أخطاء الكمبيوتر من خلال مسألتين على النحو الآتي:

---

[1] محمود محمد أبو فروة، **الخدمات البنكية الإلكترونية عبر الأنترنيت**، المرجع السابق، ص 175.

[2] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 96-97.

[3] شريف محمد غنام، المرجع نفسه، ص 99.

الفرع الأول: تأييد الفقه والقضاء لمسؤولية البنك على أساس المخاطر

يرى جانب من الفقه أن تطبيق نظرية تحمل المخاطر على مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر في تنفيذ عملياته المصرفية تقوم على أساس العدل والمنطق، لأننا في عصر انتشرت فيه التكنولوجيا المتقدمة، وأصبح العميل مع البنك يواجه صعوبة في تحديد خطأ البنك.

وقال بعض مناصري هذا الرأي عند تبني الخطأ كأساس لقيام مسؤولية البنك فهذا تقدير على أن هذا الخطأ قام به إنسان أما في مجال تنفيذ البنك للعمليات المصرفية الإلكترونية فهذا الأمر خرج عن هذا التقدير، فتعلق الأمر بنظام معلوماتي تقوم به آلة الكمبيوتر أو الحاسوب فإنه من الأنسب تبني فكرة تحمل المخاطر لقيام مسؤولية البنك على أساسها.[1]

وذهب الفقه الفرنسي إلى مساءلة البنك على أساس المسؤولية عن تحمل المخاطر، يترأسه الفقيه سالي حيث كان من أوائل الذين دعوا إلى التحلل من الخطأ كأساس للمسؤولية الحديثة من خلال نظرية المخاطر مقابل الربح أو الغرم بالغنم، والتي كان مفادها أن رب العمل يجب أن يعوض العمال عن الأضرار التي تقع لهم دون أن تطلب صدور الخطأ، لأن المكان الذي يعمل فيه العامل لصالح رب العمل إنما يعود بالربح والقاعدة على هذا الأخير، فيجب أن يتحمل رب العمل الإصابات التي تحدث أثناء القيام بالعمل لأن الغرم بالغنم.[2]

ويستند أنصار هذا الرأي في تأسيس مسؤولية البنك على نظرية تحمل المخاطر إلى ضعف العميل في تحديد مصدر الضرر الذي نشأ عن نشاط البنك وصعوبة تحديد المصدر من قبل هذا العميل الذي يكون خارج هذا النشاط المصرفي، فقالوا إن مجرد أن ينسب الضرر إلى الكمبيوتر عند تنفيذ البنك العمليات الإلكترونية عن طريقه تقوم مسؤولية البنك وإلزامه بالتعويض فحسب هذا الرأي فإنه يشترط وجود الضرر حتى لو إنتفى الخطأ من قبل البنك.

إذن فالحالات التي يقع فيها الضرر ولم ينسب الخطأ لأحد الأطراف فهنا يجب اللجوء إلى نظرية تحمل المخاطر كأساس لمسؤولية البنك ليس على أساس فكرة الخطأ لأن نظرية تحمل المخاطر هي النظرية الأنسب للبنك حتى تقوم مسؤوليته على أساسها، لأن البنك يمارس نشاطا مهنيا قد يتسبب في

[1] سليمان ضيف الله الزبن، المرجع السابق، ص 183- 184.

[2] محمود محمد أبو فروة، **مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني**، المرجع السابق، ص 203.

ضرر الغير ومهما بلغت مخاطر هذه المهنة وكثر أعبائها فإنها لا تتناسب مع المزايا التي تعود على البنك من تدعيم الثقة به.[1]

لكن عدم قدرة الفقه على إقناع المشرع باتخاذ النظرية الموضوعية كأساس عام للمسؤولية المدنية للبنوك في مواجهة عملائها أدى بالبعض إلى القول بأن ذلك لا يمنع من الإعتماد على هذا الأساس في بعض الحالات التي يستحيل فيها على العميل إثبات صدور خطأ من البنك لتعويض الضرر الحاصل ولعل من أهم تلك الحالات، الحالة التي يقوم فيها البنك بصرف شيك يحمل توقيعا مزورا من حسابات أحد عملائه، فبالنسبة للتشريع الفرنسي فلم يتبنى هذه النظرية، بل إنه لم ينظم الحالة التي يقوم فيها البنك بالوفاء بشيك مزور على الإطلاق، مما أدى إلى تضارب في الأحكام والقرارات الصادر عن القضاء والتي لم تجد أمامها أساسا قانونيا تعتمد عليه سوى مبادئ العدالة، وعلى الرغم من ذلك فقد تبنى القضاء العربي في بعض أحكامه فكرة المخاطرة في حدود ضيقة نسبيا، وإن حاول قدر الإمكان عدم التصريح بذلك بشكل واضح نظرا لإخلاصه للنظرية الشخصية في المسؤولية المدنية التي تقوم على الخطأ.[2]

وكمثال على المشرع المغربي بدوره لم يقم بوضع نصوص خاصة تحكم مسؤولية البنك عن الوفاء بالشيك المزور، مما جعل القضاء يعتمد في أغلب الأحيان على القواعد العامة للمسؤولية المدنية، لكن ما يلاحظ هو جعل القضاء المغربي يحمل البنك مسؤولية الوفاء بالشيك المزور بناءا على نظرية المخاطر حيث جاء في قرار صادر عن المحكمة التجارية بأكادير رقم 2001/624 بتاريخ 28- 06- 2001 المرافعة عدد 14 سنة 2004 كمايلي "... وحيث أن البنك مسؤول أمام صاحب الشيك عن هذا الخطأ الذي وقع من مستخدميه، وعلى كل حال فإن الأساس الحديث لمسؤولية البنك بدأ يتسع حتى للحالة التي يكون فيها التوقيع متقن التقليد وذلك اعتمادا على أساس آخر وهو فكرة مخاطرة المهنة ..."[3]

أما التشريع الأردني فهو يعتبر من بين التشريعات التي أخذت بنظرية المخاطر في مسؤولية البنك عن الوفاء بشيك مزور وذلك في المادة 270 من القانون التجاري حيث إن البنك يكون مسؤولا في الأصل متى وقع للعميل ضرر نتيجة الوفاء بشيك مزورة دون حاجة إلى إثبات خطأ البنك من طرف

[1] سليمان ضيف الله الزين، المرجع السابق، ص 185.

[2] محمود محمد أبو فروة، **مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني**، المرجع السابق، ص 208.

[3] محمود محمد أبو فروة، المرجع نفسه، ص 210.

العميل الذي أدى إلى حدوث ذلك الضرر له، وقد أكدت محكمة التمييز هذا الأمر في العديد من القرارات الصادرة عنها.

والحقيقة أن إعفاء العميل من عبئ إثبات خطأ البنك في حالة الشيك المزور يتوافق مع مبادئ العدالة والإنصاف، خصوصا في الحالات التي يكون فيها التزوير متقنا، فمن غير المقبول أن يتحمل الزبون تلك الأضرار دون أن يكون له يد في وقوعها وهو الطرف الضعيف، بينما يعفى الطرف الأقدر على تحملها من ذلك، ومن جهة أخرى فإن البنك يلتزم بالمحافظة على ودائع عملائه وردها عند طلبهم ويكون التزامه في ذلك التزاما بتحقيق نتيجة.[1]

ذهب بعض الفقه في هذا الإطار إلى أن البنك يكون مسؤولا عن الأضرار التي تحدث نتيجة إستخدام التكنولوجيا الحديثة في العمليات التي يجريها بناءا على قواعد المسؤولية الموضوعية، وخصوصا في الحالات التي تعجز فيها قواعد المسؤولية العقدية عن تمكين العميل من الحصول على تعويض للأضرار الواقعة له في ذلك بناءا على قاعدة الغرم بالغنم ، فالبنك يغنم من استثمار أموال العملاء لهذا فإنه يتحمل المسؤولية الناشئة عن ذلك، لكن ما يلاحظ أن هذا التوجه لا يبين السند القانوني الذي يعتمد عليه للقول بذلك، لهذا يمكن اعتبار هذا التوجه بمثابة دعوة للمشرع لتبني رأي معين وليس توضيحا لحقيقة الأساس القانوني الذي تقوم عليه مسؤولية البنك في هذا الإطار.

وعلى خلاف التوجيه السابق نجد أن توجها آخر في الفقه يرى بأنه من غير الممكن قياس حالة استخدام أدوات التحويل البنكي الإلكتروني على حالة الشيك المزورة، ذلك أنه في هذه الحالة الأخيرة تكون العلاقة بين الأطراف منظمة بمقتضى قواعد الوديعة أو الحساب ولا يوجد عقد خاص ينظم العمل بالشيك على عكس ما هو عليه الأمر بالنسبة للحالات التي يجب فيها الرجوع دائما للعقد المبرم بين الطرفين لتحديد المسؤول في كل حالة على حدة.[2]

تنصب المادة 07 الفقرة 1 من التوصية الأوربية الصادرة في 17 نوفمبر 1988 بشأن العلاقة بين مصدري النقود الإلكترونية والمستهلكين على أن المصدر البنك مسؤول إتجاه المستهلك عن نتائج عدم

[1] حازم نعيم الصمادي، المرجع السابق، ص 111.

[2] نوري أحمد خاطر، المرجع السابق، ص 1825- 1826.

التنفيذ أو تنفيذ الخاطئ للعمليات المحددة في المادة الأولى من هذه الاتفاقية خاصة إذا تم تنفيذ هذه العمليات من خلال جهاز إلكتروني لا يقوم المصدر برقابته بشكل مباشر أو بشكل منفرد.[1]

أما بخصوص القضاء فإن الإجتهادات القضائية السابقة الذكر نراها متلائمة مع نظرية تحمل المخاطر كأساس لتحميل البنك المسؤولية عن الأضرار الناشئة عن نشاطاته فقد ذهبت المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات في قرار لها رقم 70/246 سنة 1970 أنه "... من المقرر في القضاء هذه المحكمة أن ذمة الشيك التي لا تبرأ في حالة الخطأ في الوفاء بشيكات لغير مستحقيها نتيجة استعمال أوراق مزورة بل تقع عليه تبعة هذا الوفاء أيا كانت درجة إتقان هذا التزوير.

ونجد أيضا أن محكمة النقض المصرية قد أخذت بنظرية تحمل المخاطر وحكمت بالتعويض للعميل جراء نشاط البنك حتى ولو لم يكن مخطأ حيث ذهبت في حكم لها في 11 يناير 1966 وذلك بصدد الوفاء بشيك زور فيه توقيع العميل دون أن يثبت تواطؤ من العميل مع المزور أو خطأه وأيضا دون أن يثبت خطأ من البنك، ورغم ذلك ألقت المحكمة المسؤولية على البنك على أساس تحمل تبعة مخاطر المهنة، وكذلك أخذت محكمة النقض المصرية بهذا النهج بسبب توجيه المشرع المصري إلى ضرورة التدخل لإصدار تشريع خاص بالبنوك ينص على قيام مسؤولية البنك على أساس نظرية تحمل المخاطر عند قيامه بنشاطاته المصرفية.[2]

الفرع الثاني: تقييم تأسيس مسؤولية البنك على أخطاء الكمبيوتر على نظرية المخاطر

لاشك أن نظرية المخاطر تعد أقرب النظريات التي يمكن على أساسها بناء مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر، فهذه النظرية تتسم بالبساطة، حيث تقوم على عنصرين فقط هما الضرر وعلاقة السببية فيكفي لمساءلة البنك عن الأضرار التي يسببها الكمبيوتر للعميل أن يثبت هذا الأخير وجود هذه الأضرار ونسبتها إلى نشاط البنك بصفة عامة أو عمل الكمبيوتر بصفة خاصة، فالنظرية تستبعد ركن الخطأ سواء في صورة خطأ واجب الإثبات أو خطأ مفترض لا يقبل إثبات العكس هذا بالإضافة إلى أنها تتماشى مع العدل والمنطق فالبنك مهني يستعين بتكنولوجيا متقدمة لتسيير نشاطه، ولزيادة موارده وعلى الرغم من هذه المميزات، لا يمكننا أن ننكرر الصعوبات التي تواجه تطبيق هذه النظرية في مجال أخطاء

[1] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 103.

[2] سليمان ضيف الله الزبن، المرجع السابق، ص 188 ومابعدها.

الكمبيوتر والمتمثلة في تعدد الأسباب التي قد تؤدي إلى إحداث الضرر للعميل وطرق دفع هذه المسؤولية.[1]

أولا: صعوبة إثبات رابطة السببية

قد يخطئ العميل في إدخال بعض البيانات إلى كمبيوتر البنك، أو يضغط على بعض المفاتيح غير صحيحة، أولا يتبع التعليمات الصحيحة في استخدام الكمبيوتر عند إجراء التحويل أو السحب أو خصم الأوراق التجارية، مما يؤدي إلى فشل في نظام البنك، ففي هذا الفرض هل يكون البنك مسؤولا وحده عن الأضرار التي سببها هذا الفشل، أم يتحمل العميل جزء منها الواقع أن هذه المشكلة التي تبدو عند تعدد الأسباب المؤدية للضرر لا تخص المسؤولية على أساس المخاطر وحدها. فتواجه هذه المشكلة دائما في حالة المسؤولية على أساس خطأ واجب الإثبات، والمسؤولية على أساس الخطأ المفترض الذي لا يقبل إثبات العكس، فهي ليست مشكلة خاصة بهذا النوع من المسؤولية ويمكننا تصور حلين لهذه المشكلة، الأول يكمن في البحث عن السبب الذي يشكل خطأ، أي إنحراف في السلوك المعتاد وتحميله النتائج الضارة.[2]

أما الحل الثاني فيتمثل في ترتيب الأسباب التي ساهمت في إحداث النتيجة وإختيار السبب المباشر منها ومدمنا بعيدين على فكرة الخطأ فإن الحل الأول سيكون مرفوضا حفاظا على مضمون النظرية التي تستبعد الخطأ من مجال تطبيقها ولا يتم تطبيق هذه الحلول سوى الحل الثاني الذي يقضي بترتيب الأسباب وإختيار السبب المابشر منها فقط وجعله مسؤول عن الأضرار التي تقع، غير أننا لا نميل إلى هذا الحل الأخير أيضا، ويرى أن النظرية تنطبق ويسأل البنك عن الأضرار التي يسببها استخدام الكمبيوتر بغض النظر عن مساهمة أخطاء العميل أو أخطاء البنوك الأخرى الوسيطة في إحداث الضرر، وهذا لن يتأتى إلا إذا تدخل المشرع ونظم هذه المسؤولية بنص خاص.[3]

[1] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 103.

[2] شريف محمد غنام، المرجع نفسه، ص 104.

[3] علي مؤيد سعيد، **التحويل الإلكتروني للأموال**، مذكرة ماجستير، قسم إدراة الموارد البشرية، البنك المركزي العراقي، فرع الموصل، 2013، ص 21.

ثانيا: وسائل دفع المسؤولية

فيما يتعلق بهذه الصعوبة يجب أن تبقى مسؤولية البنك قائمة رغم وجود خطأ الغير أو خطأ العميل نفسه، فيجب عدم السماح للبنك بالتملص من المسؤولية لمجرد ارتكاب العميل خطأ أثناء إستخدام ماكينة الصرف الآلية أو خطأ في الخطوات المتبعة لإجراء العملية المصرفية، فالعميل البسيط قد لا يستوعب الطريقة الفنية التي يعمل بها الجهاز، أو قد ينسى الإجراءات التي يجب أن تتخذ، ولا يجب كذلك أن نعتبر الأخطاء التي قد تقع من البنوك الوسيطة أو شركة الإتصالات عملا صادرا من الغير بالنسبة للبنك كما أن تكليف العميل بإثبات أن الضرر ناتج من فعل كمبيوتر البنك التابع له لا من كمبيوتر الغير هو أشبه بتكليف مستحيل، فالعميل لا يملك من الوسائل المادية أو الفنية ما يبلغه هذا الهدف، وسينتهي الحال بعجزه عن الحصول على تعويض جابر لضرره، لهذا يرى الفقيه شريف محمد غنام أنه من ضرورة تأسيس مسؤولية البنك على فكرة المخاطر وتبقى مسؤولية البنك قائمة حتى في حالة خطأ العميل أو خطأ الغير، ولا يبرأ من المسؤولية سواء في حالة القوة القاهرة فقط.[1]

[1] محمد شريف غنام، المرجع السابق، ص 105.

خلاصة الفصل الأول:

نستنتج من خلال مادرسناه في الفصل الأول أن المسؤولية المدنية للبنك الناتجة عن إستخدام الكمبيوتر تكون إما مسؤولية عقدية أو تقصيرية، حيث نكون بصدد مسؤولية عقدية إذا كان الالتزام الذي وقع به الإخلال إلتزاما عقديا بين البنك والعميل، ومن ثم يفترض لقيام مسؤولية عقدية توافر أمرين وهما وجود عقد صحيح بين المضرور والمسؤول، وأن يكون الضرر ناشئا عن إخلال بالتزام متولد عن العقد فالمسؤولية العقدية تقوم على أساس الخطأ العقدي الناتج عن الأضرار الناجمة عن إستخدام الكمبيوتر وتكون إما على أساس المسؤولية عن الأشياء التي يستخدمها البنك وإما على أساس الإخلال بالالتزام بسلامة، وقد تكون مسؤولية البنك تقصيرية وذلك عندما يخل البنك بالتزام قانوني مفروض عليه تجاه البنك، فيسأل المصرف عن الأضرار على أساس المسؤولية عن فعله الشخصي والتي تعود على البنك مباشرة المحدث للضرر عن فعل ينسب له شخصيا، لكن في إطار المسؤولية عن فعل الشخصي قد يرد إستثناءا في بعض الحالات التي يكون فيها الضرر ناشئ عن الإخلال بالتزام عقدي وقانوني في نفس الوقت ونكون أمام مسؤوليتين عقدية وتقصيرية ففي هذه الحالة يحق للعميل المفاضلة بين المسؤوليتين بما يحقق له أكبر مزية، وقد تكون على أساس المسؤولية عن فعله غير شخصي وتكون إما عن فعل الأشياء التي تحت حراسته وإما عن فعل الغير، لكن الأمر لم يقف عند هذا الحد حيث تطورت المسؤولية المدنية للبنك الناتجة عن إستخدام الكمبيوتر وأصبح ينظر لها أنها عاجزة عن تقديم الأساس القانوني لجبر الضرر، بحيث ظهرت نظرية أخرى تقوم على هجر الخطأ والإكتفاء بحدوث الضرر لقيام المسؤولية وتدعى هذه النظرية بنظرية تحمل المخاطر أو تحمل التبعة وتقوم هذه النظرية على أساس أن من يحدث بفعل مخاطر عليه أن يتحمل تبعة المخاطر ويعوض المضرورين، ويمكن القول أن هذه النظرية تعد منفذ للعميل للحصول على التعويض حتى ولو إنتفى الخطأ بل يكفي فقط حدوث الضرر وذلك حتى لا يتنصل البنك من المسؤولية بحجة عدم وجود الخطأ.

.

الفصل الثاني: حدود المسؤولية المدنية للبنك الناتجة عن استخدام الكمبيوتر

الفصل الثاني: حدود المسؤولية المدنية للبنك الناتجة عن استخدام الكمبيوتر

من المعلوم بأنه في ظل شمولية العمل البنكي التي تجاوزت العمليات الكلاسكية (قبول الودائع ومنح الإئتمان) بإدخال وتسويق عمليات جديدة متعددة، بأحدث الأساليب التكنولوجية، توسع نطاق عمل البنك وتوسعت دائرة الأضرار الناجمة عنه، وأصبح من غير الممكن أن تتخذ التشريعات موقف الجمود والحياد في مواجهة الممارسات التي يلجأ لها البنك للتهرب من مسؤوليته عن تلك الأضرار فالضغوط التي يمارسها كل من القضاء والفقه لتوسيع دائرة مسؤولية البنك ووضع أسس جديدة لها سيؤدي لا محالة إلى تبني مبادئ قانونية تتوافق مع متطلبات العصر الحالي تعمل على سد النقص التشريعي وتساهم في بث روح الثقة للمتعاملين مع البنوك وتحسين التعامل معها في إطار الإحترام الكامل للقانون والأنظمة.[1]

وعلى أي حال فإن المقتضيات القانونية المختلفة ذات الصلة بالعلاقة التي تجمع البنك بعميله في إطار العمليات البنكية تضفي نوعا من المرونة قد تكون ناتجة عن المبادئ الأساسية التي تحكم المسؤولية المدنية والتي تجيز للشخص إعفاء نفسه منها إما لوجود بعض العوامل أو الظروف الخارجة عن إرادته، وإما بالإستناد إلى نظرية سلطان الإرادة وأن العقد هو شريعة المتعاقدين.

لكن آثار هذه المرونة في نظام المسؤولية المدنية لا تصب دائما في مصلحة البنك، فقد أضحت حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية محل اهتمام مختلف التشريعات، فالعميل يرتبط بمقتضى عقد من عقود الإستهلاك من طرف يفوقه قوة من الناحية الإقتصادية مما يسمح له بفرض شروط التعاقد دون أن يكون للطرف الآخر مناقشتها، تذرعا لمبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية، هذه الحماية التي قررتها التشريعات لا تسمح للبنك بالتهرب من مسؤوليته، بل على العكس من ذلك تكرسها وتشدد فيها.[2]

وبناءا عليه فإنه سنتناول في هذا الفصل حدود مسؤولية المدنية البنك الناتجة عن استخدام الكمبيوتر الذي ينقسم بدوره إلى مبحثين الأول نخصصه العوامل التي تحد من مسؤولية البنك تجاه العميل، أما الثاني فنخصصه لدراسة الحماية القانونية للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

[1] محمود محمد أبوفروة، **مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني**، المرجع السابق، ص 235.

[2] عبد الفتاح محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 165.

المبحث الأول: العوامل التي تحد من مسؤولية البنك تجاه العميل

من المعلوم أنه إذا ما توافرت جميع الشروط القانونية المتطلبة لقيام مسؤولية البنك فإن الأصل يكون مسؤولا عن تعويض الأضرار في مواجهة عميله، لكن قد تقع من الظروف ما تجعل البنك يتذرع بأنه فعل ما كان ضروريا وأنه بذل العناية المطلوبة منه ورغم ذلك وقع الضرر، إلا أن ذلك مرهون بعدم توفر أحد الأسباب القانونية التي يستطيع البنك التمسك بها لإعفاء نفسه من المسؤولية بالإضافة إلى الأسباب القانونية التي قد تحد من مسؤولية البنك في مواجهة العميل، فإن البنوك تسعى إلى تحسين شروط العقد لمصلحته إلى أقصى قدر ممكن وإلى التحلل بشكل مسبق من أي مسؤولية يمكن أن تقع عليها، وبسبب هيمنة التوجه الفردي الذي يكرس حرية الإرادة، يقوم باستغلال التفاوت في القوة الإقتصادية والفنية بينه وبين العميل، ويعمد إلى تضمين العقود التي يبرمها مع عملائه شروطا في عقود الخدمات المصرفية تعفيه من المسؤولية أو تخففها، أو يشدد بمقتضاها من مسؤولية العميل.[1]

المطلب الأول: القواعد القانونية لإعفاء البنك من المسؤولية

إن حق البنك في دفع المسؤولية يوازي حق العميل في التعويض عن الضرر الذي حصل له بحيث يلتزم القاضي بالإستماع إلى كلا الطرفين، فالبنك يستطيع المنازعة بتحقق مسؤوليته من خلال نفي العلاقة بينه وبين الفعل والضرر الحاصل للعميل، من خلال الدفوعات والإحتجاج بوجود سبب خارجي يعود إليه الحادث، بحيث يقوم البنك بإثبات هذا السبب، وذلك من خلال قطع الصلة بين الفعل الذي صدر عنه والضرر الحاصل للعميل، مما يؤدي إلى إنعدام المسؤولية وبتالي إعفاء نفسه من المسؤولية أو تحريره من أعبائها كليا أو جزئيا، وتنعدم العلاقة السببية بين الفعل والنتيجة بوجود سبب أجنبي عن الفعل الذي قام به البنك، وهذا السبب إما أن يكون راجع لقوة القاهرة أو لفعل الغير أو لخطأ العميل،[2] وهذا ما سنحاول دراسته كتالي.

[1] محمود محمد أبو فروة، **الخدمات البنكية الالكترونية عبر الأنترنيت**، المرجع السابق، ص 194.

[2] محمود محمد أبوفروة، **مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني**، المرجع السابق، ص 238.

الفرع الأول: القوة القاهرة وفعل الغير

فكما رأينا سابقا أن البنك يستطيع إعفاء نفسه من المسؤولية عن الضرر الحاصل للعميل وذلك في حالة توفر سبب أجنبي خارج عن إرادة البنك، لذلك فإنه قبل التطرق لدراسة كل من القوة القاهرة وفعل الغير كأسباب لنفي المسؤولية يتعين علينا أولا تعريف السبب الأجنبي ثم دراسة الحالات التي يقوم فيها هذا الأخير.

فقد أشار المشرع الجزائري للسبب الأجنبي في المادة 127 من ق م ج[1] "... لا يد له فيه..." وهي عبارة موجهة للمدين وهو البنك، سواء قامت في حقه المسؤولية نتيجة خطأ عقدي أو نتيجة خطأ تقصيري، لذلك فإن السبب الأجنبي هو كل فعل أو حادث لا يد له فيه، ويكون هذا السبب قد جعل منع وقوع العمل الذي أفضى إلى الضرر مستحيلا.[2]

فوفقا للقواعد العامة يشترط في الحادث المشكل للسبب الأجنبي ويندرج في واحد من هذه الأسباب الثلاثة حد أدنى من الشروط حتى ينطبق مفهومه ويرتب أثره في إبراء المدين من المسؤولية، فيشترط في حادث قوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو خطأ الغير أو خطأ المضرور عدم التوقع وعدم إمكانية الدفع، واستقلال الحدث عن إرادة المدين، واستحالة تنفيذ الالتزام، هذا بالإضافة إلى أن يكون السبب الأجنبي هو السبب الوحيد في إحداث الضرر، فإذا توافرت في الحدث هذه الشروط مجتمعة، عد سببا أجنبيا يبرئ المدين من المسؤولية.[3]

وإذا أردنا تطبيق هذه القواعد على مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر السابقة، نجد أن البنك يمكنه التخلص من مسؤوليته عن هذه الأخطاء بإثبات واحد من الأسباب المذكورة، وذلك على النحو التالي.

---

[1] المادة 127 من ق م ج تنص على أنه" إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث فجائي، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بالتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك".

[2] محمد صبري سعدي، المرجع السابق، ص 109.

[3] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص56.

أولا: القوة القاهرة

تعد القوة القاهرة أحد أهم الحالات التي يلجأ إليها البنك المسؤول عن الضرر لدرء المسؤولية عنه، فالحادث الفجائي هو "واقعة ترجع لفعل الطبيعة أو لفعل الحيوان لا تجد سببها في الفعل الذاتي للشيء وخارجة عن إرادة الحارس وتكون هي التي أثرت على الشيء الذي في حراسته، وجعلته يلحق ضررا بالغير" فجمهور الفقهاء والقضاء لا يفرق بين القوة القاهرة والحادث الفجائي ويعتبرانهما إسمين لمسمى واحد يدل أولهما على إستحالة الدفع، وثانيهما على عدم إمكان توقعه ويحسبانه سببا أجنبيا غير منسوب للمدين، يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام في المسؤولية العقدية، وإنقطاع الرابطة السببية في المسؤولية التقصيرية.

ويجب لتوفر القوة القاهرة أن تكون الحادثة معلومة، فإذا لم يتضح سبب الضرر لبقاء بعض الظروف التي أحاطت بوقوعه مجهولة لا يستطيع المدعى عليه أن يتمسك بالقوة القاهرة.[1]

كما عرفت محكمة النقض المصرية القوة القاهرة بأنها " القوة القاهرة بالمعنى الوارد في المادة 165 من القانون المدني" تكن حربا أو زلزالا أو حريقا، كما قد تكون أمرا إداريا واجب التنفيذ، بشرط أن يتوافر فيها إستحالة التوقع وإستحالة الدفع"

لذلك يجب على البنك حتى يعفي نفسه من المسؤولية إثبات توفر الشروط في القوة القاهرة وهي عدم إمكانية التوقع وعدم إمكانية الدفع، وكذا شرط خارجية الحدث.

1- عدم إمكانية التوقع:

فيشترط في الحادث ألا يكون متوقع الحدوث، فإذا ما أمكن توقعه لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة وما تجدر الإشارة أن الحادث يجب أن يكون غير مستطاع التوقع لا للبنك نفسه فقط وإنما من جانب أشد الناس حرصا، فإذا كان قياس الخطأ الذي ارتكبه الشخص يتم بالنظر لمسلك الرجل المعتاد، فإن معيار الذي يتأسس عليه نفي البنك لمسؤوليته عند التمسك بالقوة القاهرة يتم وفقا لمعيار موضوعي لا يكتفي فيه بالشخص العادي، وإنما يتمثل في أن الحادث غير ممكن التوقع حتى من أشد الناس يقظة،[2] وبالتالي ينبغي الأخذ بعين الإعتبار كون البنك يعتبر شخصا مهنيا محترفا يمتلك من

[1] عزة محمود أحمد خليل، المرجع السابق، ص 304.

[2] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 737.

الإمكانات ما لا يمتلكها غيره من الأشخاص عند تقدير مدى إمكانية التوقع، فيتم التعامل معه وفقا لهذه الكيفية ومقارنته بأشد البنوك حرصا في حدود الظروف المألوفة.[1]

2- عدم إمكانية الدفع:

وتعني أن البنك لم يكن في مقدوره تجنب هذه الوقائع، كما هو الحال في استحالة التوقع يرتبطان بظروف الحال ارتباطا وثيقا، فهي لا تعني استحالة دفع وقوع الضرر، بالنظر للوضعية الإقتصادية للبنك ومدى إطلاعه على كل المتغيرات التي تطرأ على الساحة المالية وكذا بالنظر إلى الوسائل التي يملكها، لذلك لابد أن تكون إستحالة مطلقة بالنسبة إليه، والاستحالة هنا قد تكون مادية أو معنوية، أو كمثال عن هذه الأخيرة ما يفرضه الواجب المهني المصرفي في واجب الالتزام بالإمتناع عن العمل بعد إفشاء الأسرار المصرفية للعملاء[2]، ويقدر معيار استحالة الدفع بالنسبة للبنك بنفس معيار عدم التوقع، وتخضع في تقديرها لرقابة قاضي الموضوع.[3]

3- خارجية الحدث:

حيث يشترط في الحادث أن لا يكون للمدين وهو البنك أي يد في وقوع الضرر، وهو ما ستوجب وقوع أي خطأ منه، وأن يكون الحادث أجنبيا عن النشاط الذي يمارسه، فلا تعتبر من قبيل القوة القاهرة الحوادث التي تدخل في صميم أعمال البنك، كأعمال الصيانة التي يفترض أن يقوم بها لأجهزته وأنظمته الإلكترونية، أو الأحداث الناتجة عن عدم تحرزه وأخذه الإحتياطات اللازمة لحماية النظام الإلكتروني.[4]

ويستطيع البنك أن يتمسك بالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي لإثبات أن الأضرار التي أصابت العميل ترجع إلى حادث مستقل عن إرادته وغير متوقع منه، كما أنه يستحيل معه تنفيذ التزامه تجاهه، ومن أمثلة ذلك أن يثبت البنك وجود أمطار شديدة أدت إلى تلف برنامج الكمبيوتر أو تلف في أحد أجهزته جعله يخطأ في حسابات العملاء، أو وجود حرارة شديدة أو تلف مفاجئ في أجهزة التكييف أثر على كفاءة

---

[1] محمود محمد أبوفروة، **مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني**، المرجع السابق، ص 240.

[2] عماري إبتسام، المرجع السابق، ص 46.

[3] عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام**، آثار الالتزام، المجلد 2، دار النهضة العربية، مصر، 1989، ص 779.

[4] محمود محمد أبوفروة، **مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني**، المرجع السابق، ص 242.

الجهاز، أو قطع مفاجئ للكهرباء مما جعل الجهاز يفقد كل البيانات المعطاة له، أو نشوب حريق في مبنى البنك أثر في أسلاك الإتصالات بين البنك وغيره من البنوك، أو السطو المسلح على البنك أو سرقة وحدة التخزين الرئيسية للبنك للتلاعب في حسابات العملاء.[1]

ثانيا: فعل الغير

يقصد بالغير كل شخص غير مدعى عليه والمضرور، ولكن يستبعد من طائفة الغير الأشخاص الذين يسأل عنهم المدعى عليه مدنيا مثل التابع ومن يتولى المسؤول رقابتهم.

وقد يسهم خطأ الغير مع خطأ المسؤول في إحداث الضرر، وفي هذه الحالة إما أن يستغرق أحد الخطأين مستقلا، وقد يشترك في إحداث الضرر خطأ الغير وخطأ المسؤول وخطأ المضرور.[2]

والأصل أن المسؤولية المدنية تقوم في حق أطراف العلاقة التعاقدية وهما البنك والعميل، لكن قد يرتكب الخطأ من قبل شخص آخر أجنبي عن العقد الذي يجمع بين البنك والعميل.[3]

فالبنك يتمسك بخطأ الغير ليتخلص من مسؤوليته، فهو يستعين بأكثر من شخص أجنبي في تنفيذ التزامه تجاه العميل، فهناك الشركة المسؤولة عن مكونات الكمبيوتر والبرنامج الذي يعمل من خلاله وهناك البنك الآخر الذي يتعامل معه بنك العميل، وهناك كذلك شركة الاتصالات المسؤولة عن نقل البيانات المالية بين البنوك، وهناك أخيرا قراصنة الكمبيوتر الذين يستطيعون الدخول إلى قاعدة البيانات الرئيسية للبنك والتلاعب بحسابات العملاء.

وإذا كانت البرامج التي يعمل من خلالها الكمبيوتر تحتوي على ملفات للتدقيق والكشف عن الأخطاء التي قد تصيب البرنامج أو الأخطاء التي تقع في حسابات العملاء، فإن هذه الملفات لن تكون قادرة على اكتشاف كل الأخطاء التي قد تقع، كما أنه من الصعب وضع برامج للتصحيح التلقائي للأخطاء على فرض اكتشافها، هذا بالإضافة إلى استحالة إخضاع كل البرامج وكل العمليات التي يجريها البنك لكل عميل للرقابة والتدقيق.[4]

---

[1] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 56.

[2] عزة محمود أحمد خليل، المرجع السابق، ص 312.

[3] عبد الفتاح سليمان، المرجع السابق، ص 65.

[4] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 58.

والحقيقة أن فعل الغير لا يعتبر سببا مستقلا بذاته لإعفاء البنك نفسه من المسؤولية، إذ يجب أن يحتوي على عناصر القوة القاهرة بأن يكون غير متوقع وغير قابل للدفع ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا على المدين، أما إذا وقع الخطأ من البنك واشترك مع خطأ الغير في إحداث الضرر ففي هذه الحالة يكون هناك أثر لفعل الغير في مسؤولية المدين (البنك) على إعتبار أنه يشكل خطأ بشرط أن يكون لهذا الخطأ أثر في إحداث الضرر، أما إذا كان فعل المدين يستغرق فعل الغير في إحداث الضرر كان المدين هو وحده المسؤول، أما إذا كان كل فعل المدين والغير سببا في إحداث الضرر فيتعدد بذلك المسؤولون وتنقسم المسؤولية بينهما كل بحسب خطئه.

فالبنك مطالب بحكم طبيعة عمله والبيئة التي يعمل فيها على إتخاذ إجراءات لحماية نظام الكمبيوتر والإستعانة بالخبرات اللازمة لمنع الغير من العبث بنظامه وأجهزته كما أنه ملزم بالحفاظ على أموال العملاء بجميع الوسائل، وبتالي لا يمكنه التحجج بفعل الغير لإعفاء نفسه من المسؤولية.[1]

الفرع الثاني: خطأ العميل كسبب لإعفاء البنك من المسؤولية

إن تحقيق التوازن في العلاقة التي تجمع بين البنك والعميل يقتضي عدم غض النظر عن الأفعال التي تصدر عن هذا الأخير وتساهم في إحداث الضرر الذي وقع له، فهو يلتزم شأنه شأن البنك بمجموعة من الالتزامات الناتجة عن العقد الذي يربط بينهما وهو مطالب بتنفيذها وفقا لما يقتضيه حسن النية، وفي حالة ما إذا خالف العميل هذه القواعد يعفى البنك من المسؤولية، إلا أن ذلك لا يعني تحميل العميل المسؤولية كاملة في حال صدور أي خطأ منه، فقد يشترك خطأ البنك مع الخطأ الذي يصدر عن العميل في إحداث الضرر، وفي هذه الحالة يجب الأخذ بعين الإعتبار مدى جسامة الخطأ الصادر عن كلا الطرفين لتحديد نسبة تأثير كل منها في إحداث هذا الضرر.[2]

أولا: خطأ العميل هو السبب المباشر لضرر

يلتزم العميل بمجموعة من الالتزامات من قبيل ضرورة محافظته على وسائل التعريف الخاصة به واللازمة لدخول الخدمة كجملة المرور وكلمة السر وجهاز التوثيق وكلمة السر الخاصة به وهو ملزم بعدم كشفها لأي كان كما أنه ملزم بإخطار البنك بالوسيلة المتفق عليها بينهما في حالة ما إذا فقد إحدى تلك

[1] عبد الفتاح محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 177.

[2] محمود محمد أبوفروة، **مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني**، المرجع السابق، ص 250.

الوسائل أو سرقت منه، بالإضافة إلى ذلك فإنه يلتزم بإتباع الخطوات والإجراءات التي يقوم البنك بتوضيحها له حتى تتم العملية بشكل آمن، وعليه فإن ثبوت أي تهاون من طرف العميل في قيامه بتلك الالتزامات وأدى ذلك إلى حدوث ضرر له، فإن البنك يتحلل من أي مسؤولية يمكن أن يواجه بها.[1]

ولكن هذا لا يعني أن أي خطأ أو فعل يصدر عن العميل من شأنه أن يعفي البنك من المسؤولية إذ يجب أن يتوفر في هذا الفعل بالإضافة شروط القوة القاهرة السابقة الذكر وهي أن يكون الخطأ غير متوقع وغير قابل للدفع،[2] وأن يكون الفعل سبب في حدوث الضرر وأن يستغرق خطأ البنك ودوره في إحداث الضرر، ولا يستغرق الفعل الصادر عن العميل خطأ البنك إلا إذا كان أشد جسامة منه.

ويصعب حصر الأفعال الصادرة عن العميل والتي تتصف بالجسامة في مقدار تأثيرها على إحداث الضرر، إلا أنه بالنظر إلى طبيعة العلاقة التي تجمع بين الطرفين فإنه يمكن إستنتاج وصف الجسامة في الحالات التي يخل فيها العميل بالالتزامات القانونية والعقدية التي تقع على عاتقه قد يؤدي إلى إستغراق الخطأ الصادر عن البنك،[3] فالفعل الصادر عن العميل إما أن يكون سببا لحصول خطأ العميل، وإما يكون خطأ عمدي.

1- خطأ البنك كنتيجة لخطأ العميل:

وفي هذه الحالة يرتكب كل من البنك والعميل خطأ ساهم في إيقاع الضرر للعميل لكن الخطأ الذي إرتكبه البنك كان نتيجة لخطأ العميل وبسببه، وفي هذه الحالة يستغرق خطأ العميل خطأ البنك وبتالي يتحمل كامل المسؤولية عن الضرر الحاصل له ويعفى البنك من المسؤولية.[4]

2- خطأ العميل العمدي:

وفي هذه الحالة يكون الخطأ قد صدر من العميل عمدا، وذلك أن تتجه إرادته إلى إحداث الضرر فيستغل فرصة خطأ البنك لإتمام قصده، وفي هذه الحالة ترجع المسؤولية على عاتق العميل الذي إرتكب خطأ عمدي، ويتم الوقوف على هذا الخطأ كسبب في إحداث الضرر، دون خطأ البنك غير العمدي، فالخطأ الذي يرتكبه البنك من خلال تنفيذ الأوامر غير مشروعة وإن كان مساهما في الضرر

[1] محمود محمد أبوفروة، **مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني**، المرجع السابق، ص 198 – 199.

[2] أنظر في ذلك عند دراستنا لشروط القوة القاهرة ص 49- 50.

[3] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 740 – 741 وما بعدها.

[4] قدة حبيبة، المرجع السابق، ص 233.

فإنه يعد ظرف إستغله العميل لتحقيق غايته وهي الحصول على التعويض من البنك بشكل غير مشروع وعلى هذا الأخير أن يثبت أن فعل العميل كان سببا في حصول الضرر، وقد يسأل العميل مسؤولية جزائية إذا ما تم تكييف الفعل على أنه إحدى جرائم تحايل وتدليس كالإخطار الكاذب بضياع البطاقة أو تقديم مستندات مزورة.[1]

ثانيا: الخطأ المشترك بين البنك والعميل:

وفي هذه الحالة يكون الخطأ قد صدر من كلا الطرفين، لكن دون أن يستغرق أحدهما الآخر ودون أن يكون له نتيجة، فلا يكون خطأ العميل جسيما بالشكل الذي يؤدي إلى إعفاء البنك من المسؤولية ولكنه مع ذلك يكون قد ساهم مع خطأ البنك في إحداث الضرر، فيصبح للضرر سببان متميزان عن بعضهما البعض لولاهما لما وقع، لكن القول بوجود سببين للضرر يستدعي تحديد أثر كل منهما في إيقاع الضرر، لهذا فإن تحديد الشخص المسؤول يقتضي وضع معايير للتفضيل بين مختلف الأسباب المحدثة لضرر.[2]

وفي هذا الإطار ظهرت مجموعة من النظريات تهدف إلى البحث في العلاقة بين السبب والنتيجة في حالة تعدد الأسباب المحدثة لضرر لتحديد المسؤول عنه، وتتمثل في نظرية تعدد الأسباب ونظرية السبب المنتج، وتقوم نظرية تعدد الأسباب أن الأسباب المتعددة التي أدت إلى إحداث الضرر تجعل من الضروري النظر إليها بشكل متساوي دون مفاضلة، وبتالي لا يمكن التفرقة بين الأسباب المختلفة بحسب خطورتها وأهميتها في إحداث الضرر فكل الأسباب متعادلة، بحيث أنه لو تم إلغاء أحد هذه الأسباب لما وقع الضرر.[3]

وتطبيقا لهذه النظرية يكون الخطأ الصادر عن العميل متكافئا مع الخطأ الصادر من البنك فكلاهما كان نتيجة في إحداث الضرر، ويتحمل كلاهما بشكل متساوي المسؤولية عن هذا الضرر، لكن قد يكون الخطأ الصادر عن العميل بنفس درجة خطأ البنك من حيث الجسامة، لكن هذه النظرية أنتقدت

[1] عماري إبتسام، المرجع السابق، 51.

[2] عماري إبتسام، المرجع نفسه، ص 52- 53.

[3] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 760.

على أساس أن بعض الأسباب قد يكون تأثيرها سلبيا في إحداث الضرر ولم يكن لها دور كبير فيه، ومع ذلك تتم معاملته كبقية الأسباب الأخرى.[1]

وقد تفادت نظرية السبب المنتج إنتقادات التي وجهت لنظرية تعدد الأسباب في أنها لم تتعامل مع جميع الأسباب المحدثة للضرر بنفس الطريقة، وإنما ميزت بين نوعين من الأسباب التي تدخلت في إحداث الضرر، فهناك الأسباب العارضة، والأسباب المنتجة فهي الأسباب المألوفة والتي عادة ما تحدث ضررا أو تنطوي على إحتمال وقوعه، لذلك هناك من يرى من الفقه بأن نظرية السبب المنتج تقوم على أساس سليم وقوي، ذلك أنه من غير الممكن إعتبار جميع العوامل والظروف التي ساهمت في إحداث الضرر على نحو منتج وفعال هذا الذي يمكن الاعتداد به.[2]

ويلاحظ أن التشريع الجزائري والأردني والمغربي لم يأخذوا صراحة بهذه النظرية أو تلك، إلا أنه يمكن القول أن التصور الذي جاءت به هذه النظرية ينسجم مع روح تلك التشريعات، ولقد أفرد المشرع الأردني للخطأ المشترك بين المضرور والمدعى عليه نصا خاصا في المادة 264 من ق م على أنه " يجوز للمحكمة أن تنقص مقدار الضمان أو أن لا تحكم بضمان ما إذا كان المتضرر قد اشترك بفعله في إحداث الضرر أو زاد فيه " وهذا النص يشير إلى الحالات التي يمكن تصورها في حالة وجود خطأ مشترك بين المضرور والمدعى عليه، والجواز في هذا النص يعني أن القاضي لا ينقص من مقدار التعويض شيئا إذا استغرق خطأ المضرور كما أن القاضي يستطيع ألا يحكم بالتعويض إذا استغرق خطأ المضرور خطأ المدعى عليه.[3]

وفي الأخير نستنتج أن خطأ المضرور يمثل السبب الأهم إن لم يكن الوحيد لإعفاء البنك من المسؤولية الناتجة عن استخدام الكمبيوتر، سواء كان هذا الإعفاء إعفاءا كليا إذا ما استغرق خطأ العميل خطأ البنك، وذلك في الحالة التي يكون فيها خطأ البنك ناتجا عن خطأ العميل، أو أن يصدر من هذا الأخير خطأ عمدي، وإما بشكل جزئي في حالة الخطأ المشترك الذي لا يستغرق أحدهما الآخر وهذه القواعد تنطبق في إطار المسؤولية الخطئية كما تنطبق إذا ما كان أساسها المخاطر أو تحمل التبعة ونحن نرى أن مثل هذا التصور يوفر حماية للعميل وفي نفس الوقت يحقق نوعا من العدالة والتوازن بين

[1] عماري إبتسام، المرجع السابق، ص 53.

[2] محمود محمد أبوفروة، **مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني**، المرجع السابق، ص 258.

[3] محمود محمد أبوفروة، المرجع نفسه، ص 261.

طرفي العقد، لكن رغم ذلك فإن البنوك تسعى إلى توفير أكبر حماية لها من خلال وضع شروط تحديد المسؤولية في مضمون العقد المبرم.[1]

المطلب الثاني: الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية

من البديهي أن العقد نتاج سلطان الإرادة ووليد إرادة المتعاقدين وبالمقابل يرتب التزامات على عاتق كلا الطرفين [2]، لذلك فإن فكرة الالتزام العقدي تقوم على وجوب تنفيذ الشخص لما التزم به، فإذا أخل بذلك وجب عليه تعويض الطرف الآخر عن الضرر الحاصل له الناتج عن عدم تنفيذ، وإذا نشأت المسؤولية فلا سبيل لإستبعادها إلا بواسطة إتفاق يعد في حقيقة الأمر صلحا يتم عقده بين الأطراف، أو من خلال ما نص عليه القانون من وسائل الإعفاء من المسؤولية، وبما أن المبدأ السائد هو الحرية التعاقدية فإن البنك عادة ما يستغل مركزه القانوني بفرض شروط على العميل التي تحدد المسؤولية العقدية من بينها اتفاق تخفيف من المسؤولية والتعويض الإتفاقي، وإتفاق على تخفيف من المسؤولية قد تكون من خلال تحديد تعويض أقل من تعويض الذي يحصل عليه الشخص نتيجة لقيام المسؤولية، أو إتفاقات إنقاص من مدة التقادم، أما التعويض الإتفاقي فهو يتعلق بالحالة التي يتفق فيها الطرفان على قيمة التعويض الجزافي الذي يستحق أحد الأطراف عند إخلال الطرف الآخر بالتزامه، أو شروطا تعدل من أحكام المسؤولية، إما بإعفاء نفسه من المسؤولية وإما بتحديد مضمون العقد بشكل يخفف من التزاماته في مواجهته على حساب العميل.[3] وهذا ما سنحاول دراسته كالآتي:

الفرع الأول: شروط الإعفاء من المسؤولية

فكما قلنا بأن العقد وليد الإرادة، فلها أن تضمنه من شروط والتزامات إلا ما كان مخالفا بنص في القانون أو مخالفا لنظام العام والآداب العامة، وللعقد قوة ملزمة تلزم المدين بالوفاء بالتزامه طبقا لما اشتمل عليه، أو كان من مستلزماته وفقا للقانون والعرف وطبيعة التصرف، فإن قصر أو تعدى قامت مسؤوليته العقدية وبرغم من أن التشريعات المقارنة لم تنص صراحة على جواز الإعفاء من المسؤولية

[1] عماري إبتسام، المرجع السابق، ص 54.

[2] سليمان ضيف الله الزبن، المرجع السابق، ص 177.

[3] محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص 10.

العقدية أو تحديدها إذا أخل المدين بالتزامه العقدي، إلا أنها أجازتها ضمنا في بعض مواد القانون المدني متفرقة.[1]

فالمشرع الجزائري قد نص على مبدأ هام في نص المادة 106 من ق م بأن العقد شريعة المتعاقدين[2]، وبما أن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية غير مخالف لنظام العام أو الآداب العامة وغير ممنوع بنص صريح في القانون، فلا يمنع المتعاقدان من النص على عدم مسؤولية المصدر العقدية أو تحديدها إذا أخل بالتزامه العقدي، وقد نص المشرع الجزائري على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية بنص صريح في المادة 178 /02 من ق م ج على أنه " وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلا ما ينشأ عن غشه، أو خطئه الجسيم غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه..."

ومن النصوص التي تجيز الإعفاء من المسؤولية العقدية ما أقره المشرع الأردني في المادة 270 ق م " يقع باطلا كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على الفعل الضار"، فمن خلال هذه المادة نلاحظ أن المشرع الأردني لم يمنع جواز الإعفاء من المسؤولية العقدية أو تحديدها، أما المشرع المصري فإنه كان أكثر وضوحا من القانون الأردني حيث نصت المادة 2/217 من ق م المصري على أنه " وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزاماته" ويستدل من هذا النص أن المشرع المصري وضع قاعدة عامة مفادها جواز الإعفاء من المسؤولية العقدية أو التخفيف منها.[3]

فابنسبة للإتفاق على الإعفاء فإنه يقصد به الاتفاق المبرم بين الدائن والمدين قبل حدوث الضرر ويقضي بعدم مساءلة المدين في حالة حدوث ضرر.[4]

---

[1] أمجد حمدان الجهني، **المسؤولية المدنية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقات الدفع الالكتروني**، ط1، دار المسيرة للنشر والتوزيع، الأردن 2010، ص 310.

[2] المادة 106 من ق م ج تنص على أنه" العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو لأسباب يقررها القانون "

[3] أمجد حمدان الجهني، المرجع السابق، ص 310- 311.

[4] دمانة محمد، **شرط الإعفاء من المسؤولية بين مقتضيات سلطان الإرادة وسلطان القانون**، دفتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، العدد 5 جوان 2011، ص 241.

أما شرط الإعفاء من المسؤولية فيقصد به ذلك الاتفاق الذي يهدف إلى رفع المسؤولية كلية عن مرتكب الفعل الضار ومنع المطالبة بالتعويض الذي تقضي به القواعد العامة، وهناك من يعرفه على أساس أنه إتفاق المتعاقدين على إسقاط أثر المسؤولية العقدية قبل تحققها [1]، ولذلك فإن عقد الخدمات المصرفية وليد الإرادة الحرة ينشأ التزامات على عاتق كل من البنك والعميل ولها الحق في وضع شروط والتزامات ما تراه مناسبا في الحدود التي يرسمها القانون،[2] ومدام أن للمتعاقدين الحرية في وضع شروط ومن بينها شرط الإعفاء من المسؤولية فإنه يطرح التساؤل عن مدى صحة هذه الشروط وفقا للقواعد العامة وما هي القيود التي ترد على إمكانية تضمينها في العقد وحدودها.

أولا: مدى صحة الشروط الإعفاء من المسؤولية

جرت العادة على إدراج البنوك بعض الشروط التعاقدية التي تحميهم من المسؤولية في حالة وقوع أي خلل أو سريان غير عادي للخدمة البنكية، وتعرف هذه الشروط بشروط الإبراء من المسؤولية،[3] وتعد هذه الشروط صحيحة من الناحية القانونية إلا إذا كانت تنطوي على غش أو خطأ جسيم من جانب البنك، هذا بالإضافة إلى أن هذه الشروط يفرضها البنك بما يتمتع به من موقف إقتصادي قوي على العميل الذي له حق قبولها أو رفضها دون مناقشتها أو تعديلها.

ومن أمثلة هذه الشروط التي تبرئ المدين المسؤولية عن أية أضرار تصيب العميل من جراء استخدام الكمبيوتر، الشرط الذي ينص على أن البنك غير مسؤول في أي حال من الأحوال عن الإنقطاع المؤقت للخدمة الناجم عن أحداث مستقلة عن إرادته مثل عطل أو قطع أسلاك الاتصالات، أو الإظطرابات، أو الإضرابات..."، ومن ذلك أيضا "البنك عن الأضرار التي تحدث نتيجة سوء عمل الشبكة العامة للإتصالات السلكية واللاسلكية.."."[4]

ومن أمثلة هذه الشروط ما ينص تحت عنوان " المسؤولية عن الفشل في إجراء النقل" على أنه إذا لم يتم النقل المطلوب من أو إلى حسابك في الوقت المحدد أو بالمبلغ الصحيح وفقا لأحكام الاتفاق الذي يربط بيننا، فنكون مسؤولين عن أية خسائر أو أضرار، غير أننا لن نكون مسؤولين في الحالات الآتية:

---

[1] أحمد مفلح الخوالده، **شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية**، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص 137.

[2] عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، ج2، المرجع السابق، ص 896.

[3] CORNELI(L), **les clauses d'exonération de responsabilité concernt la faute personnelle et leur interpretation**, R.S.J.B , 1981 , P 215.

[4] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص61.

- إذا كان لديك حد أقصى مسموح به، وطلبت النقل بما يجاوز هذا الحد الأقصى.
- إذا لم تكن هناك أموال كافية في ماكينة الصرف الآلية المستخدمة لإجراء السحب المطلوب.
- إذا كانت ماكينة الصرف الآلية لا تعمل بشكل صحيح أنت تعلم هذا قبل إجراء التحويل.
- لو كانت هناك ظروف خارجة عن إرادتنا ورقابتنا مثل الحريق والفيضان منعت النقل رغم الاحتياطات المعقولة التي اتخذناها.
- في حالة وجود أية حالات أخرى يتم الاتفاق عليها بيننا وبينك ".[1]

فمثل هذه الشروط التي تشكل سمة عامة للعقود المصرفية توسع من حالات الإبراء من مسؤولية البنك،[2] فالبنك يصبح غير مسؤول عن فشل تنفيذ أي عملية يكلف بها إذا رجع هذا الفشل إلى خطأ فني أثناء استخدام أية أداة من أدواته، أو خطأ في الاتصالات، أو بسبب ظروف خارجة عن إرادته وبإعمال القواعد العامة لحالات الإبراء من المسؤولية نجد أن كثيرا من الحالات تندرج ضمن السبب الأجنبي، إذ تفتقد إلى شرط إستحالة الدفع وشرط الإستقلال عن البنك.[3]

ثانيا: القيود الواردة على شرط الإعفاء من المسؤولية

سبق وأشرنا إلى أنه يجوز لأطراف العلاقة العقدية أن يتفقا على وضع شروط بموجبها يتم إعفاء المدين من المسؤولية المترتبة على عدم تنفيذه لالتزامه وذلك في الحدود التي يرسمها القانون، وبالمقابل فإنه لا يجوز الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية في حالة التدليس والخطأ الجسيم وذلك حسب ما نصت عليه المادة 178 السالفة الذكر، وهذا المنع يترتب عليه بطلان كل شرط مسبق يهدف إلى إعفاء المدين من غشه أو خطأه الجسيم، وكذا إنعدام الأثر القانوني لشرط الإعفاء من المسؤولية في حال كون الإخلال بالالتزام العقدي مشكلا لغش أو خطأ جسيم.

فالتشريعات المقارنة تقوم بالمساواة بين التدليس والخطأ الجسيم وذلك من حيث الآثار القانونية المترتبة عنهما والمتمثلة في انعدام شرط الإعفاء من المسؤولية، فالغش مرادف لمصطلح سوء نية

[1] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 61.

[2] محمد حسين منصور، **المسؤولية العقدية الإلكترونية**، بحث مقدم إلى مؤتمر الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، كلية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، 2003، ص 280.

[3] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص62.

المتعاقد، بحيث تتجه إرادته إلى إحداث ضرر فيستغرق بذلك الخطأ العمدي وذلك بهدف التخلص من أعباء العقد وبإدراك الضرر الذي يمكن أن يقع نتيجة ذلك.[1]

أما الخطأ الجسيم فهو خطأ غير عمدي ناتج عن إهمال المتعاقد وعدم إتخاذ الحيطة، وعادة ما يرتبط بعدم المبالاة واكتراث بالتزامات الفاعل واستهتار بالحقوق دون النظر إلى الضرر المحتمل نتيجة ذلك، لهذا فإن الفرق بين الغش أو التدليس و الخطأ الجسيم يتمثل في درجة التوقع، بحيث يكون متوقعا كنتيجة حتمية في حالة الغش العمدي، بينما في حالة الخطأ الجسيم فإنه يكون غير محقق الوقوع ويتحقق الضرر كنتيجة محتملة دون اكتراث بذلك.[2]

فابنسبة لموقف المشرع الجزائري من شرط الإعفاء من المسؤولية نجد أنه نص من خلال المادة 02/178 من ق م السالفة ذكر ببطلان شرط الإعفاء من المسؤولية في حالة الخطأ الجسيم، ويفهم من خلال ما سبق أن التشريع الجزائري يجيز للبنك والعميل في عقود الخدمات المصرفية إدراج شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية دون المسؤولية التقصيرية في حالة الخطأ الجسيم.[3]

أما بنسبة لموقف الفقه من شرط الإعفاء من المسؤولية في حالة الخطأ الجسيم، فإن الفقه في فرنسا يبحث عن مخرج جديد يبرز فيه رفضه لشرط الإعفاء من المسؤولية عن الأخطاء الجسيمة فقال أن الخطأ الجسيم يساوي الغش ومن ثم فإنه تطبق عليه نفس أحكام التي تطبق على الغش ومعنى ذلك أن مرتكب الخطأ يقتنع دائما بقناع الغباء فهو من جانب يعترف بخطأه ومن جانب آخر يدعي حسن النية الأمر الذي يؤدي إلى عدم التطبيق النهائي بحكم الغش والواقع أن الخطأ الجسيم مهما بلغت درجة جسامته فإنه يبقى دائما خطأ مجرد من إرادة إحداث الضرر بتالي فإن كل محاولة ترمي إلى المساواة بينه وبين الغش على أنه من الصعب إثبات هذا الأخير.[4]

ولهذا فإن معظم الفقه يقوم بقياس الخطأ الجسيم وفقا للمعيار الموضوعي المجرد الذي يقوم على فكرة الرجل المعتاد، فيكون الخطأ جسيما عندما يكون مرتكبه قد ابتعد كثيرا عن المسلك الذي يتوقع من الشخص المعتاد الذي يوجد في نفس الظروف الفاعل الخارجية.

---

[1] قدة حبيبة، المرجع السابق، ص 235.

[2] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 549.

[3] المادة 02/178 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم.

[4] دمانة محمد، المرجع السابق، ص 245.

وقد تم وضع مجموعة من الأسس وفقا لهذا المعيار من بينها مدى كفاءة المدين وكونه شخصا مهنيا، فالمهني يمتلك كفاءة في تبصر وتوقع احتمال حدوث الضرر مما يجعل من الأخطاء مهما كانت يسيرة بالنسبة لغيره تعتبر جسيمة بالنسبة له بالنظر لخبرته المهنية الخاصة.

ويستخلص مما سبق أن معظم المعايير التي وضعت لتحديد فكرة الخطأ الجسيم غير واضحة ومحددة المعالم، لذلك فإنه ينبغي على القاضي التدخل والتصدي للخطأ الجسيم من خلال الإستعانة بمختلف المعايير التي وضعت لتحديده على أن يكون خاضعا لرقابة المحكمة العليا في استنتاجه.[1]

الفرع الثاني: الشروط المحددة لمضمون العقد

تلعب الشروط المحددة لمضمون العقد دورا مهما في كونها تعطي للبنك إمكانية التخفيف من مسؤوليته عن الأضرار التي تلحق بالعميل نتيجة أخطاء الكمبيوتر، لذلك فهي لا تمس بالمسؤولية بشكل مباشر مقارنة بما هو الحال في شروط الإعفاء من المسؤولية، إذ تقوم بتحوير بعض الالتزامات بما من شأنه أن يحد من مسؤولية البنك في مواجهة العميل.[2]

ومن المعلوم أن التزام البنك هو التزام بتحقيق نتيجة، ومن ثم يسأل البنك مسؤولية عقدية عن أية أضرار تنجم عن عدم تنفيذه حتى وإن كانت نتيجة أخطاء الكمبيوتر، دون الحاجة إلى إثبات خطأ البنك لذلك فإن الشروط التي يتفق عليها البنك والعميل تؤكد عكس ذلك، حيث أن جميع العقود تخضع للقواعد العامة رغم تنوع موضوعها، لذلك فإن البنوك تحرص على إدراج شرط ينص على أن البنك يبذل قصارى جهده في تنفيذ الالتزامات المطلوبة منه، وأنه غير مسؤول عن الأضرار التي تصيب العميل من جراء فشل الكمبيوتر أو أي سريان غير عادي لشبكة الاتصالات، فهذه الشروط تغير من طبيعة الالتزام وتحوله من التزام بتحقيق نتيجة إلى التزام ببذل عناية.[3]

ومن أمثلة هذه الشروط ذلك الذي ينص على أنه " لا يلتزم البنك سوى ببذل العناية المطلوبة في تنفيذ الأوامر التي يتلقاها من العميل بمقتضى هذا العقد.." ومن ذلك أيضا الشرط الذي يقضي بأن" يبذل

[1] محمود محمد أبوفروة، **مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني**، المرجع السابق، ص 273.

[2] محمود محمد أبوفروة، المرجع نفسه، ص 276 – 277.

[3] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 49.

البنك العناية المطلوبة لتنفيذ الأوامر الصادرة من العملاء في أفضل مدة ممكنة.." وكذلك الشرط الذي ينص على أن البنك سوف يتخذ كل الإجراءات التي قد تترتب على وقوع أخطاء في نظامه الإلكتروني.."

والواقع أن هذه الشروط التعاقدية لها أهمية كبيرة في مجال الأعمال المصرفية فهي أولا تعبر عن إرادة حقيقية لكل من البنك والعميل فوقا لحرية الإرادة يستطيع المتعاقدون أن يدرجوا ما يشاؤون من الشروط التي تنظم العلاقة بينهما أو تغير من طبيعة الالتزامات المفروضة عليهم وتخضع هذه الشروط للتطبيقات العملية والإستعمالات المهنية، كما تعد هذه الشروط جزءا من العمل المصرفي ومكونا من مكوناته، ومن ثم يمكن أن تكون عادة من العادات المصرفية التي تندرج في النظام القانوني الذي يحكم العمل المصرفي، في حالة نشوب نزاع بين البنك وعميله، يستطيع البنك أن يتمسك بتطبيق هذه الشروط بحكم أنها عادة حتى ولو لم تدرج في العقد وخاصة وأنها لا تتعارض مع نص آمر أو نظام عام.[1]

فهذه الشروط تهدر في حقيقة الأمر الحرية التعاقدية أكثر مما تعبر عنها، ذلك أنه عند النظر إلى لأطراف العقد، نجد أن الطرف الذي يقبل شرط الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها، إما يكون مدفوعا أو مضطرا إلى ذلك بسبب ضعف يعتريه، أو أن يكون راغبا في تقديم تسهيلات للمدين لا غنى عنها وتسوية العلاقة بشكل سريع بما يتفق ومصلحة الطرف الآخر الذي يقبل هذه الشروط دون أدنى تحفظ نظرا لأنها تصب في صالحه.[2]

وفي الأخير نستخلص أن إلتزام البنك تجاه العميل قد تغير من إلتزام بتحقيق نتيجة إلى إلتزام ببذل عناية بفضل الواقع التعاقدي، فالعميل يتحمل عبئ إثبات أن الضرر الذي أصابه جراء إستعمال الكمبيوتر يرجع إلى خطأ أو إهمال من جانب البنك الذي يستعمل هذا الكمبيوتر، وأنه لم يبذل العناية المطلوبة وأنه لم يبذل العناية المطلوبة، وسوف يلاقي العميل صعوبات في إثبات الخطأ أو الإهمال فكيف يحدد العميل الضرر قد نتج عن خطأ في عمل البرنامج أو تلف في جزء من أجزاء الكمبيوتر، أم أنه ناتج من فعل الرطوبة أو الحرارة الشديدة أو انقطاع الكهرباء لحظة تنفيذ الأمر، أم أنه راجع إلى خطأ بشري من جانب موظفي البنك أو من الغير الذي يتلاعب بحسابات البنوك بعد دخوله على شبكة إتصالات البنوك.[3]

[1] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 50.

[2] قدة حبيبة، المرجع السابق، ص 237.

[3] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 51..

المبحث الثاني: حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية

رغم أن النظام برمته يقوم على مبدأ العدالة والمساواة الذي أكدته معظم دساتير العالم، لذلك فإن العمل بمذهب الإقتصاد الحر وما واكبه من تقدم صناعي وإقتصادي هائل أدى إلى ظهور كيانات إقتصادية قوية قادرة على إملاء إرادتها على الأشخاص المتعاملين معها، ومن هنا أصبحت فكرة المساواة القانونية بين الأفراد وقدرتهم على الدفاع عن مصالحهم أمر محل نظر في ظل تخلف المساواة الفعلية بينهم أي المساواة الإجتماعية والإقتصادية، فالشخص الأكثر نفوذ وقوة من الناحية الإقتصادية يستطيع فرض إرادته على من هم أكثر ضعفا، وكنتيجة لهذه الوضعية ظهرت فكرة الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية وأصبحت حمايته الشغل الشاغل للمشرع والقضاء والفقه معا.

والعميل بصفته طرف ضعيف يحتاج إلى حماية من تعسف البنك كطرف يمتلك من القوة ما يمكنه من إملاء إرادته وشروطه على الأشخاص الذين يتعاملون معه، ولهذا فإن البحث في حماية العميل تقضي التطرق للأسباب التي تستدعي التدخل القانوني لحماية العميل كطرف ضعيف في العلاقة التعاقدية ثم التعرض لبيان الوسائل القانونية لحماية الطرف الضعيف.[1]

المطلب الأول: مبررات حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية

إن غلو المذهب الليبرالي الفردي ومساوئ مبدأ سلطان الإرادة الذي يعتبر أساسا للحرية الفردية يعد من أهم الأسباب التي دفعت التشريع والفقه والقضاء إلى ضرورة تقرير بعض القيود وذلك من أجل حماية المتعاقد إتجاه سلبيات بعض العقود وخاصة عقود الإذعان المتضمنة لشروط تعسفية ليعيد التوازن لصالح الطرف الضعيف على حساب الطرف القوي في العلاقة التعاقدية، وبالإضافة إلى هذه الأهداف والتي تعتبر في الأساس أهم الأسباب لغرض حماية للطرف الضعيف إلى أن التدخل التشريعي والقضائي أصبح يتخذ أساليب وأشكال جديدة لتقرير تلك الحماية.

[1] محمود محمد أبوفروة، **مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني**، المرجع السابق، ص 287.

الفرع الأول: إختلال التوازن في الرابطة التعاقدية بين البنك والعميل

من المعلوم أن العقد شريعة المتعاقدين نقضه أو تعديله إلا بإتفاق، فالأصل أن المتعاقد يملك مناقشة حرية العقد حيث تخضع المساومة الحرة بين أطراف العقد وهذا هو شأن العقود جميعا، إلا أن تطور النشاط الإقتصادي والتقلبات الإجتماعية والإقتصادية أدت إلى أن يتمتع أحد المتعاقدين بمركز إقتصادي متفوق، هذا التفوف يتيح للمتعاقد إرادة متغلبة يمكنها أن تضع شروطا لا تقبل التعديل أو التحوير.[1]

فالعلاقة التي تجمع البنك بالعميل تتميز بوجود تفاوت في المراكز القانونية التي يتخذها كل طرف في مواجهة الآخر، حيث نجد أن البنك يوجد في مركز سيادي ووضع إقتصادي وقانوني قوي نتيجة لهيمنته على سوق الخدمات البنكية أو على الأقل سيطرته عليها بشكل يجعله يمتلك موازين القوى ويتحكم في العلاقة التي تجمعه بعميله الضعيف في العلاقة.

إن الضعف التعاقدي ينشأ عن إنعدام المساواة الفعلية بين طرفي العقد، بمعنى أن يوجد أحدهما في مركز ضعيف من الناحية الواقعية في مواجهة المتعاقد الآخر، فنكون أمام إرادة قوية تقابلها إرادة ضعيفة أو حتى منعدمة بما ينعكس في الغالب على مضمون العقد وشروطه بشكل يزيد من إلتزامات الطرف الضعيف بحيث يسوء مركزه القانوني بما يفيد الطرف القوي في العقد.[2]

وتتنوع مظاهر الضعف التعاقدي تبعا لتنوع أسبابه أو العوامل التي تؤدي إليه، وقد تكون هذه العوامل نابعة من الشخص المتعاقد وتتعلق هذه العوامل بالقدرات العقلية أو النفسية للمتعاقد نتيجة لظروفه الشخصية أو المؤثرات الخارجية مما يؤدي إلى عدم إتخاذه القرار الصائب يعبر عن رضا المتعاقد بشأن الالتزامات التي يرتبها العقد، فطبقا للقواعد العامة فإن الضعف التعاقدي من خلال تطبيقين أساسين: الأول يتمثل في حالات إنعدام التمييز أو نقصانه لدى المتعاقد، والثاني حالات تعيب إرادة المتعاقد نتيجة لعارض وهذا ما يحدث في نطاق عيوب الرضا.[3]

---

[1] حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، **إختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية**، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، بغداد، ب س ن، ص 214.

[2] محمود محمد أبوفروة، **مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني**، المرجع السابق، ص 289.

[3] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 236.

لكن قد تتوفر في الشخص المتعاقد الأهلية اللازمة ويكون رضاه صحيحا ومع ذلك يعد المتعاقد ضعيفا، ويتحقق عندما يضطر إلى قبول شروط يفرضها عليه الطرف الآخر دون أن تكون له الخيرة بين قبول أو رفض هذه الشروط، وقد يكون المتعاقد ضعيفا بسبب حاجة خاصة كاضطراره إلى التعامل مع الطرف الآخر لحاجته لعمل أو مسكن، وقد يجتمع هذان السببان فنكون أمام طرف قوي إقتصاديا يسعى للإستفادة من حالة الإحتياج التي يوجد فيها الطرف الضعيف.[1]

فالضعف التعاقدي يظهر في العلاقة العقدية بين البنك وعملائه، فالبنك يتولى وحده زمام الأمور في العلاقة التي تجمعه بعملائه ويتحكم في إتخاذ معظم القرارات المترتبة عن تلك العلاقة نظرا لإفتقادهم في أغلب الأحوال الدراية بأصول العمل البنكي، لهذا فإنه كسلطة وقيادة يتمتع بها في مواجهة المتعاملين معه، فهو الذي يتمتع بسلطة إتخاذ القرارات لما له من خبرة ودراية وكفاءة في مجال الأنشطة التي يمارسها، فالبنك كمؤسسة مالية يتوفر على جميع المقومات التي تجعل منه قوة إقتصادية، فهو مؤسسة منظمة بمقتضى قواعد قانونية خاصة تجعل منه يقترب إلى حد كبير مع المرفق العمومية التي تديرها الدولة من حيث التنظيم والتعامل مع الأفراد، كما أنه يحتكر ممارسة بعض الأعمال تقديم الخدمات التي ترتبط به، كما أن الضعف التعاقدي قد ينتج عن إنعدام المساواة بين الطرفين من حيث الخبرة والمعرفة فالعميل قد لا تكون له خبرة مقارنة مع المتعاقد الآخر بإعتباره مهني وخبير.[2]

الفرع الثاني: مظاهر عدم التوازن في العلاقة التعاقدية بين البنك والعميل

يعد البنك شخص مهني محترف يحتكر الخدمات مصرفية إستنادا إلى قوة مركزه الإقتصادي والإجتماعي والقانوني مقارنة بعملائه، فالعميل يعد متعاقد ضعيف في العلاقة العقدية نظرا للتفاوت الشاسع بينهما مما يؤدي إلى وجود إختلال في مضمون العقد.

أولا: إنعدام المساواة من حيث العلم والمعرفة

لطالما كانت القواعد العامة التقليدية هي مصدر حماية المستهلك لإحتوائها نصوص متفرقة لوسائل وقواعد بهدف حماية المتعاقد الضعيف مما قد يدرجه الطرف الأكثر قوة من شروط تثقل كاهله

[1] محمود محمد أبوفروة، **مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني**، المرجع السابق، ص 290.

[2] محمود محمد أبوفروة، المرجع نفسه، ص 291.

وتكون السبب في إختلال العلاقة التعاقدية وهذه القواعد جاءت لحماية الطرف الضعيف بصفة عامة سواء كان مهني أو غير مهني وذلك لكزن المحترف له القدرة والدراية الكافية بإعتباره مهني محترف.

فالعميل يجهل التعامل مع البنك لكونه غير محترف وليست له القدرة الكافية للإحاطة بموضوع العقد ومضمونه وعدم التكافؤ إتخذ صورة من صور عدم المساواة بين المراكز العقدية لكل من البنك والعميل الأمر الذي أدى إلى خضوع الطرف قليل الخبرة والدراية وهو العميل للطرف الأخر ذو المعرفة الواسعة وهو البنك، فيقبل على إبرام العقد وهو جاهل إلى حد كبير بالجوانب الهامة المتصلة به، والتي لو كان يعلم بها قبل التعاقد لكان له موقف آخر، وعليه وجد تزايد في درجة التفاوت في المعرفة بشكل ملحوظ بين البنوك وعملائها، وبمعنى آخر يكون أحدهما على درجة عالية من الخبرة والإحاطة بكل المعلومات الجوهرية المتصلة بموضوع العقد، بينما يكون العميل في درجة متدنية حيث يجهل جميع أو معظم المعلومات. [1]

فالبنك الذي تتوافر فيه صفة المهني أو الإحتراف يمتلك من الخبرات والوسائل التي تمكنه من العلم بجميع البيانات والمعلومات المتعلقة بالعمليات المصرفية، وصفة الإحتراف تمثل قرينة قاطعة للدلالة على علم البنك بجميع المعلومات المتعلقة بعقود الخدمات المصرفية، فلا يمكن له الإدعاء بجهله به، أما بالنسبة للعميل عادة ما يكون ضعيف بسبب جهله بالبيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد، لجهله بالشيء محل العقد بحيث يكون من المستحيل عليه العلم بالمعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد وهذه الإستحالة تكون نتيجة ظروف موضوعية لها علاقة بالشيء محل العقد أو نتيجة ظروف شخصية ترتبط بالعميل نفسه من حيث البساطة وقلة الخبرة والمعرفة بموضوع التعاقد.[2]

ويقصد بالإستحالة الموضوعية عدم قدرة العميل على العلم بالبيانات والمعلومات المتعلقة بالشيء محل العقد وسواء كانت تتعلق بوضع الشيء القانوني أو المادي أو بطرق إستخدامه فالحيازة المادية للشيء محل العقد تكون بواسطة البنك.

[1] بن سعيدي سلمى، **حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك**، رسالة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2013- 2014، ص 90- 91.

[2] محمود محمد أبوفروة، **مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني**، المرجع السابق، ص 302.

أما الإستحالة الشخصية فيقصد بها إستحالة العلم بالبيانات العقد محل العقد لأسباب تتعلق بشخصية العميل، وتتمثل في عدم خبرته في مجال العقد المراد إبرامه خاصة في المجالات الفنية المعقدة التي يكون البنك خبيرا فيها.[1]

فالعميل قد تدفعه أسباب شخصية تحول دون علمه بالمعلومات المتعلقة بالخدمات المصرفية التي تتم بواسطة وسيلة تكنولوجية كالكمبيوتر أو تعفيه من العلم بها لعدم وجود الدراية الكافية ومستوى علمي للعميل في النواحي التقنية والمعلوماتية، حيث أن هذه الأسباب تجعله طرف ضعيف إذ لا يمكن إجبار العميل على معرفة تلك المعلومات مدام المتخصص فيها يستحيل عليه الإحاطة بجميع طرق إستعمالها ووسائلها الخاصة، وبإعتبار كما قلنا أن البنك شخص مهني فإنه يتميز بسيطرته بوضع الشروط بإعتباره طرف قوي ولذلك فإن العميل إما أن يقبل إبرام العقد أو يرفضه ولا يمكنه مناقشة العقد أو طلب تعديله.[2]

ثانيا: إدراج البنك لشروط عقدية مجحفة في حق العميل

يعتبر المستهلك دوما أضعف طرف في العلاقة التعاقدية بصفة عامة، لذا فإن إعتبارات العدالة تقضي إعتبار هذه العقود بمثابة عقود إذعان حتى يكون للمستهلك الحق في تمسك ببطلانها، والعلة في ذلك ترجع إلى أن هذه العقود يصعب التفاوض بشأنها وبالتالي فإن أي شرط تعسفي يستطيع المستهلك المطالبة ببطلانه متى أثبت الصفة التعسفية للشرط لأنه يمثل إعتداء على مصالحه، وتعتبر الشروط التعسفية من أهم ما يثقل إلتزام المستهلك في العقود بإعتبارها شروط مجحفة تنال من رضاه.

ومن المعلوم أن المبدأ الذي تقوم عليه طبقا لما جاء في القواعد العامة أن العقد شريعة المتعاقدين بحيث يحق لكلا الطرفين وضع شروط والتزامات ما يراه الطرفان مناسبا على قدم المساواة لكن بإعتبار أن البنك قوة إقتصادية فإنه غالبا ما ينفرد بوضع عقود تدرج فيه شروط يتم وضعها مسبقا، هذه الشروط عادة ما تكون تعسفية في حق الزبون بحيث لا يستطيع مناقشتها.[3]

وقبل التطرق إلى تعريف الشرط التعسفي فإنه لا بد من معرفة المعنى اللغوي لكل من الشرط والتعسف

فالشرط لغة: هو إلزام الشيء وإلتزامه في البيع ونحوه.

[1] محمود محمد أبوفروة، **مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني**، المرجع السابق، ص 303.

[2] محمود محمد أبوفروة، المرجع نفسه، ص 304.

[3] بن سعيدي سلمى، المرجع السابق، ص 54.

إصطلاحا: هو إقتران العقد بإلتزام أحد طرفيه بأمر زائد عن أصل التصرف، أو هو إلتزامات إضافية منجزة على أصل مقتضي العقد يلتزم بها المتعاقد ضمن عقده بإرادته.[1]

فالشرط هو أمر زائد عن أصل العقد ومن هما لابد من التفرقة بين الشرط المقترن بالعقد والعقد المعلق على شرط، فالأول منعقد أما الثاني فهو معلق لا ينعقد إلا بتحقيق الشرط، وهو أمر مستقبلي غير محقق الوقوع يترتب على وقوعه وجود إلتزام أو زواله فإذا كان وجود الالتزام هو المترتب على وقوعه كان الشرط واقفا أما إذا كان الالتزام قد وجد فعلا وكان زواله هو المترتب على وقوعه كان الشرط فاسخا.

فالشرط التعسفي هو الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف القوي ويمنح له ميزة فاحشة عن الطرف الآخر.

أما التعريف الفقهي للشرط التعسفي فإنه قد عرفه البعض بأنه الشروط التي يوردها المحترف عادة في العقود التي يبرمها مع الطرف غير المحترف(عديم الخبرة) ويهدف من خلالها إلى ترتيب الالتزامات العقدية على النحو الذي تتحقق معه أكبر مصلحة له ولو كان على حساب الطرف الآخر.[2]

أما المشرع الجزائري فقد عرف الشرط التعسفي في المادة 03 الفقرة 5 من القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية المعدل والمتمم بالقانون 06/10 بأنه " كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين الحقوق وواجبات أطراف العقد".[3]

فالشرط التعسفي يفرضه البنك على عملائه مما يؤدي إلى إخلال التوازن في العلاقة التعاقدية مستغلا في ذلك نفوذه الإقتصادي، لذلك فإن الشرط التعسفي يقوم على عنصرين أحدهما شخصي يتمثل في التعسف في استخدام النفوذ الإقتصادي، والآخر موضوعي يتمثل في عدم التوازن في الالتزامات الناتجة عن الشرط التعسفي.

فالعنصر الشخصي لا يمكن إثباته حالة بأخرى، وإنما يتم إستخلاصه من الصفة الخاصة بأطراف العقد لذلك يوصف بأنه شخصي.

---

[1] أحمد مفلح الخوالده، المرجع السابق، ص 150.

[2] بن سعيدي سلمى، المرجع السابق، ص 54- 55.

[3] المادة 03 الفقرة 5 من القانون 02/04 المؤرخ في 5 جمادى الأولى 1425 الموافق ل 23 يونيو 2004، ج ر، العدد 41، المعدل والمتمم.

فالبنك هو الطرف الآخر الذي يملك قوة إقتصادية وفنية تمكنه من إملاء شروطه على العميل ذلك أن عنصري الشرط التعسفي أي إستعمال القوة الإقتصادية للبنك المهني وحصوله بسبب هذا الشرط على ميزة مفرطة أو مجحفة بالعميل، هما في حقيقة الأمر عنصرين متحدين تربطهما علاقة سببية فالميزة المفرطة التي يحصل عليها المهني نتيجة للقوة والنفوذ الإقتصادي الذي يتمتع بهما هذا الأخير، وهكذا فإن أحد العنصرين يعد نتيجة طبيعية للعنصر الآخر، وهذا النفوذ والتفوق يستغله البنك بعتباره مهني في إبرام العقود والصفقات، فإنه يعرف الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد مما يجعله يفرض شروط تعسفية.

أما العنصر الموضوعي فيتعلق بتوفير مزايا مبالغ فيها للمهني كيفما كان نوع هذه المزايا، فالقانون الفرنسي لم يشر إلى أي نوع من أنواع المزايا نقدية أو غير نقدية، لذلك يرى بعض الفقه بأن الميزة المفرطة التي يحصل عليها المهني لا تعلق فقط بالجانب المالي بل أنها تتعلق أيضا بالالتزامات الملقاة على عاتق العميل أو عن طريق التخفيف من التزامات المهني. [1]

فالمشرع الفرنسي نص على تعريف الشرط التعسفي في المادة 35 من القانون رقم 23/78 الصادر في 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين للسلع والخدمات بأنه " في العقود المبرمة بين مهنيين أو مستهلكين يمكن أن تكون محرمة، محددة أو منظمة... الشروط المتعلقة... حينما تبدو هذه الشروط أنها مفروضة على غير المهنيين أو المستهلكين بواسطة تعسف استعمال النفوذ الإقتصادي للطرف الآخر والذي يمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة".[2]

فمن خلال نص المادة السابقة نجد أن المشرع الفرنسي قد نص صراحة على وجود كل من العنصرين الشخصي والموضوعي في الشرط لإعتباره تعسفيا، لكن بصدور القانون رقم 96/95 الصادر بتاريخ 01 فيفري 1995 الخاص بقانون الإستهلاك أعاد المشرع الفرنسي تعريف الشرط التعسفي في المادة 132 الفقرة1 التي تقضي بأنه في العقود المبرمة ما بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين تكون تعسفية الشروط التي يحدث موضوعها أو آثارها أضرار بغير المحترفين أو المستهلك عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد، حيث لم تتضمن المادة المعدلة الإشارة إلى إساءة إستعمال

[1] منير البصري، أحمد المنصوري، **حماية المستهلك من الشرط التعسفية**، مجلة المغربية للقانون والأعمال، العدد 10، المغرب، 2014، ص 03.

[2] بن سعيدي سلمى، المرجع السابق، ص 59.

النفوذ الإقتصادي كعنصر لازم لقيام الشرط التعسفي، لكن أشار المشرع إلى العنصر الموضوعي فقط والذي يستوجب وجود تفاوت ظاهر بين حقوق والتزامات كلا الطرفين في العقد، وهو نفس ما جاء به المشرع الجزائري في المادة 5/03 من القانون رقم 02/04 السابقة الذكر.

وقد جاء إلغاء عنصر إستغلال النفوذ الإقتصادي نتيجة لكون إثباته مرهقا للمستهلك باعتباره أمرا نفسيا يصعب إثباته في بعض الحالات، لذلك فإن المشرع قد أقر بإثبات التفاوت الظاهر في التزاماته مع المهني وهو إثبات العنصر أو المعيار الموضوعي فقط وذلك لتخفيف على المستهلك.[1]

ووفقا للعقود المبرمة بين البنك والعميل بخصوص العمليات المصرفية، فإنه يمكن أن تتضمن مجموعة من الشروط التي يستغل فيها البنك نفوذه التي يراعي فيها مصلحته، بحيث يؤدي إلى إحداث نوع من الإختلال في التوازن العقدي لمصلحته وعلى حساب مصلحة العميل، لهذا فإنها تدخل في مفهوم الشروط التعسفية ومنها ما يتعلق بتحديد المسؤولية أو الإعفاء منها والشروط التي يتنازل فيها العميل عن حقوقه.

ولذلك فإن رضا العميل يتأثر سلبا بسبب الظروف الإقتصادية والإجتماعية وقت إبرامه، بحيث يرضى بالتعاقد تحت ضغط إرادة البنك القوية ومرغما على التعاقد مما يؤدي إلى حدوث إخلال في توازن العقد وهو ما أدى بعض التشريعات إلى توفير وخلق سبل ووسائل كفيلة لإعادة التوازن للعقد وتوفير حماية للعميل لكونه طرف الضعيف.[2]

المطلب الثاني: الوسائل القانونية لحماية العميل

إن إعادة التوازن في العلاقة العقدية بين البنك وعملائه، تقتضي قيام القانون بالبحث عن الوسائل قانونية لحماية الطرف الضعيف في تلك العلاقة ومحاربة كل إختلال في التوازن العقدي، وذلك عن طريق تدابير وقائية من خلال تقنيات النظام العام الحمائي، فالتشريعات الخاصة اليوم تبحث عن إنشاء التوازن في إبرام العقد وتنفيذه متفادية بذلك إبرام عقود مجحفة في حق المتعاقد الضعيف وتقرير مجموعة من الالتزامات على عاتق الطرف الأكثر قوة في العقد سواء من الناحية القانونية أو الإقتصادية أو الفنية

[1] محمد الهيني، **الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين البري**، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث قانون المنافسة والإستهلاك، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، 2005- 2006، ص 138.

[2] محمود محمد أبوفروة، **مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني**، المرجع السابق، ص 311.

وهذه الحماية تشمل جميع مراحل العقد منذ تكوينه لذلك فإن المشرع ألزم البنك بإعلام العميل بالمعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد كوسيلة حمائية للطرف الضعيف في إبرام العقد وتنفيذه، ومن أجل تفادي الإختلال في التوازن العقدي لجأ المشرع إلى محاربة الشروط التعسفية.[1]

الفرع الأول، إلتزام البنك بإعلام العميل

تقتضي القواعد العامة للمتعاقد أن يقوم العميل بالتحري بنفسه عن ظروف العقد، ولا يلزم البنك بتقديم أية معلومات لأنه يجب على الشخص أن يتولى الدفاع عن نفسه، لكن هذه الأفكار لم تعد كافية بحكم العلاقة العقدية التي تجمع البنك بصفته محترفا والعميل أو المستهلك بصفته الطرف الضعيف في العقد.

فالبنك يمتلك مجموعة من المعلومات والبيانات الفنية والقانونية المتعلقة بعملياته البنكية وكذا أساليب التقنية لأجهزته الإلكترونية التي تتم بواسطتها مجمل العمليات، بينما يبقى العميل جاهلا في أغلب الأحوال بكل ما يتعلق بهذه المعلومات، الأمر الذي يدعو إلى التدخل لإلزام البنك بإعلام العميل لتحقيق مصلحة طرفي العقد، وعليه سنتطرق إلى دراسة التزام البنك بالإعلام بحيث يقتضي منا الأمر التطرق إلى مفهومه قبل التطرق إلى مضمونه.[2]

أولا: مفهوم الالتزام بالإعلام

إن عدم المساواة في الإعلام والخبرة بين البنك والعميل بشأن محل التعاقد والشروط المتعلقة به تحتل نفس مرتبة التي يحتلها عدم توازن العقد بسبب اختلاف المراكز القانونية، وذلك راجع لإستغلال الطرف القوي صاحب الخبرة للطرف الضعيف.

وقد عني الفكر القانوني بإرساء التزام عل الطرف القوي كإجراء يرمي إلى إعلام الطرف الضعيف بجميع الوقائع والظروف التي يجهلها حتى يكون تعاقده قد تم على بينة واختيار، وحتى يستطيع في ذات

[1] فاضل خديجة، **عيمة العقد**، رسالة دوكتوراه، تخصص علوم في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014 – 2015، ص 202.

[2] محمود محمد أبوفروة، **مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإكتروني**، المرجع السابق، ص 312.

الوقت معرفة جميع الخصائص القانونية والفنية للمعاملة التي ينوي إجرائها، وهو ما أدى إلى إلقاء على المهني واجب الالتزام بالإعلام.[1]

فالالتزام بالإعلام هو التزام قانوني سابق على التعاقد يلتزم فيه المدين بإعلام الدائن في ظروف معينة إعلاما صحيحا وصادق لكافة المعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد المراد إبرامه، والتي يعجز عن الإحاطة بها بوسائله الخاصة ليبني عليها رضاه في العقد، ويتضح من هذا التعريف أن الالتزام بالإعلام هو التزام سابق على نشوء العقد وهي مرحلة ميلاد الرضا وتصحيحه، فهو التزام قانوني نجد مجاله في مبد أ حسن النية قبل التعاقد وأثناء التعاقد طالما أنه يتم بكل شفافية وأمانة.

فالضرورات العملية التي أدت إلى تقرير الالتزام بالإعلام قبل التعاقد انعدام التكافؤ بين المزود والمستهلك من حيث العلم بالعناصر الجوهرية المتصلة بعقد الإستهلاك لذلك فإن وجود التزام بالإعلام قبل التعاقد ضرورة علمية لتحقيق التوازن العقدي بين الطرفين، فلهذا الحق دور هام في حماية رضا المستهلك الذي لا يتمكن بسبب مركزه الضعيف في العقد من الوصول إلى تحديده بكل وضوح، ويكون هذا الحق أكثر إلحاحا بالنسبة للعقد الإلكتروني نظرا للغياب المادي لأطرافه[2].

ومن الفقه من يرى بأن الأساس القانوني لهذا الحق نجد مصدره في الحماية التقليدية للطرف المدعى في القانون المدني، إلا أن غالبية الفقه يرى أن الأساس القانوني موجود في قانون حماية المستهلك الذي أصبح يشكل نظرية مستقلة يجعل من المستهلك دائما الطرف الضعيف الذي لا يملك الخبرة في مواجهة المهني المحترف، ولابد أن نشير إلى أنه إذا كانت القواعد الخاصة بحماية المستهلك قد وضعت التزاما عاما على عاتق جميع المهنيين ومن بينهم البنوك بإعلام المستهلكين بكل ما من شأنه أن يؤثر في صحة وسلامة الرضا في المرحلة السابقة على التعاقد، وبالتالي وضع أساس قانوني للالتزام بالإعلام وحده غير كافي خصوص في إطار علاقة البنك بعملائه بخصوص العمليات المصرفية، نظرا لكون هذه الأخيرة تقوم على إستخدام وسائل تكنولوجية حديثة قد تشكل خطرا على المستهلك نفسه أي العميل وعلى البنك في نفس الوقت.[3]

---

[1] إمادالو سهام، لحسن ليلي، **حماية المستهلك الإلكتروني**، مذكرة ماستر، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012- 2013، ص 27.

[2] إمادالو سهام، لحسن ليلى، المرجع نفسه، ص 28- 30- 31.

[3] محمد الهيني، المرجع السابق، ص 34.

لهذا قامت مختلف التشريعات التي نظمت العمليات البنكية ومن بينها عملية التحويل الإلكتروني للأموال بالنص على إلتزام خاص بالإعلام يقوم بموجبه البنك بتوفير جميع المعلومات والبيانات المتعلقة بخصائص أداة التحويل المتعاقد عليها لتوفير أقصى حماية لكلا الطرفين من جميع المخاطر التي يمكن أن تنتج عن الإستخدام الخاطئ لها.[1]

ثانيا: مضمون الالتزام بالإعلام في إطار العمليات البنكية

ألقى القانون على كاهل المنتج أو المهني التزام له أهمية كبيرة، وهو وضع المستهلك في مأمن ضد مخاطر المحترف المهني، لذلك يتعين على هذا الأخير أن يبين الأخطار التي تكون مرتبطة بمحل التعاقد.

فالتشريعات الخاصة بحماية المستهلك تنص على ضرورة قيام الشخص المهني عموما بالإفصاح عن جميع البيانات التي قد تؤثر في رضا العميل في التعاقد حول سلعة أو خدمة معينة، ولا شك أن هذا الالتزام يشمل الإفصاح عن البيانات المتعلقة بشروط التعاقد، فالمهني المتخصص يلتزم بالإستعلام عن حاجات المتعاقد معه ليعلمه بالمعلومات التي تهمه، ولا شك أن هذا الالتزام سيقوي الالتزام بالاعلام ويزيد من فاعليته، إذ لا يقتصر التزام المهني على تزويد المتعاقد معه بما لديه من معلومات وإنما عليه أن يتحرى عليها ليزود عميله بها وهذا يستلزم من المهني أن يخضع نفسه لتعليم والتطور المستمر حتى يكون قادرا على نقل المعلومة الدقيقة والواضحة لعميله وتنبيهه إلى ضرورة إجراء التغييرات التي أفرزها التطور، من هنا يمكن القول أن الخطأ المصرفي الذي لا يؤسس نظام المعلوماتية فعال يسمح بتحذير جميع الشبابيك خدمة الزبائن عن رفض أحدهما الإستجابة للطلب غير القانوني والشكوك فيه على نحو يسمح للعميل بالإنتقال إلى شباك آخر يمكن من تمرير العملية المصرفية غير النظامية من خلاله أو يقيم نظاما يسمح بالوقف التقني لكل إستعمال للبطاقة المصرفية المعيبة.[2]

ونظرا لخصوصية العمليات المصرفية سواء من حيث أطرافها أو من حيث مضمونها، قد تبين عدم كفاية الالتزام العام بالإعلام في توفير حماية للعملاء، ونستند في ذلك ما قامت به التشريعات التي نظمت عمليات التحويل الإلكتروني للأموال بالنص على إلتزام خاص بالإعلام، يكون موجها إلى

[1] محمود محمد أبوفروة، **مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني**، المرجع السابق، ص 318.

[2] دالي بشير، **دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد**، رسالة دوكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2015- 2016، ص 191- 192.

الأشخاص الذين ينوون التعاقد مع البنك بخصوص إحدى عمليات التحويل البنكي الإلكتروني، ويكون مضمونه مجموعة من البيانات المحددة يجب على البنك الإفصاح بها للعملاء، بالشكل الذي يضمن أن يكون هذا الإفصاح واضحا وصادقا وكاملا ليعكس علما حقيقيا بمضمون العقد لا يشوبه أي لبس أو غموض.

ولذلك يجب على البنك تبيان المعلومات المتعلقة بأداة التحويل أهمية خاصة في ضوء الطبيعة الفنية والتكنولوجية التي تتميز بها، لأنه يتعذر على كثير من العملاء العاديين الإحاطة بكل ما يتعلق بها من خصائص فنية وتقنية، لهذا فإن كثير منهم يجهلون الطرق الصحيحة لإستخدامها بما يحقق الفائدة المرجوة منها بالشكل الذي يحفظ أمن وسلامة نظام التحويل ككل.[1]

ولذلك يجب على البنك قبل التعاقد الإدلاء بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة بالخصائص والأوصاف المادية لأداة التحويل عملا على تصحيح صورتها في ذهن طالبها بشكل يمكنه الوقوف على مزياها وخصائصها الذاتية، وكذا كيفية أداة التحويل وجميع الإجراءات الإحترازية التي يجب على طالبها الالتزام بها عند تشغيلها، ويجب عليه كذلك أن يخطر العميل بجميع المخاطر المترتبة عن الإستخدام، وكذلك الناتجة عن الإستخدام غير الصحيح لها والوسائل اللازمة لمواجهة تلك المخاطر والحيلولة دون وقوعها.

فمن خلال ما سبق نستنتج أن إنعدام التكافؤ بين كل من البنك والعميل في مستوى العلم والدراية بالعناصر الجوهرية المتصلة بوسيلة إلكترونية حديثة كالكمبيوتر يعد من أبرز الضرورات العملية التي أملت على التشريعات تقرير الإلتزام بالإعلام كالتزام قانوني يحقق التوازن في العقد الذي كادت أن تتلاشى معالمه ومظاهره نتيجة للتطور الذي أصاب العمل البنكي وما أحدثته من فجوة كبيرة، وتحقيقا لذلك فإنه لا يكفي من البنك الإدعاء بأنه بذل جهده للوفاء بالتزامه هذا، وإنما يجب إثبات قيامه بهذا الالتزام وإلا وقع تحت طائلة المسؤولية. [2]

[1] محمود محمد أبوفروة، **مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني**، المرجع السابق، ص 323.

[2] محمود محمد أبوفروة، المرجع نفسه، ص 324- 325.

الفرع الثاني: حماية العميل من مضمون العقد

يسعى المشرع إلى إيجاد التوازن في العقود التي يحتكر فيها المتعاقد القوي بفرض شروط مجحفة على الطرف الضعيف مما يترتب عنها إخلال في التوازن العقدي، أي عدم التكافؤ بين الالتزامات والحقوق في بنود العقد، ولإعادة التوازن لهذه العلاقة فإنه يتعين توفير حماية للمستهلك من الشروط التعسفية إما بواسطة النصوص التشريعية وإما بواسطة القضاء.[1]

أولا: الحماية القانونية من الشروط التعسفية

إن مواجهة الشروط التعسفية التي يقوم بها الطرف القوي بإدراجها في العقد المبرم بينه وبين الطرف الضعيف، لم تكن لتحقيق بداية إلا في سياق نظرية عقود الإذعان، باعتبارها تعالج الأثر المترتب عن ضعف مركز المتعاقد الإقتصادي، فاستغلال هذا الضعف عادة ما يفضي إلى وجود شروط تعسفية إلا أن ما يؤخذ على هذه النظرية أن حماية التي توفرها تقتصر على مجموعة محددة من العقود التي يجب أن تتوفر فيها عناصر معينة.

وبعد ظهور فكرة المستهلك وجب توفير حماية له، ذلك أنه قد تبين كثيرا من العقود التي يقوم بإبرامها مع أطراف مهنيين، يكون فيها التوازن مختلا على شاكلة عقود الإذعان، مما جعل التشريعات تعمل على توسيع نطاق الحماية من الشروط التعسفية لتشمل جميع العقود التي يقوم المستهلك بإبرامها مع المهنيين بغض النظر عن كونها من زمرة عقود الإذعان أم لا. [2]

لذلك سعى المشرع لحماية المستهلك من الشروط التعسفية طبقا لقانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية والمرسوم التنفيذي 306/06 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين، ويتفادى تعسف العون الإقتصادي بإدراج شروط في العقد، تكون فيها المزايا مفرطة لصالحه على حساب المستهلك، فتدخل المشرع في عقد الإستهلاك بهدف إعادة التوازن للعقد.[3]

---

[1] فاضل خديجة، المرجع السابق، ص 218– 219.

[2] لحلاح سارة، لعيدي زينة، **الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين**، مذكرة ماستر، تخصص قانون خاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015– 2016، ص 35.

[3] فاضل خديجة، المرجع السابق، ص 220.

وتتنوع الأساليب التي يتم الالتجاء إليها لتعيين ما يعد شرطا تعسفيا من الشروط الواردة في العقود المبرمة بين المهنيين وهم البنوك والمستهلكين وهم العملاء، لذلك وضع المشرع الجزائري قائمة الشروط التعسفية وحماية المستهلك ومحاربة الشروط التعسفية، حيث تخل المشرع بصفة مباشرة ووضع قائمة الشروط التعسفية، أو بصفة غير مباشرة بمنح السلطة التنظيمية طبقا للمادة 30 من القانون 02/04 السابق الذكر التدخل لمنع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية طبقا للمادة 05 من المرسوم 306/06 السابق الذكر، وأن تتدخل السلطة التظيمية بتحديد العناصر الأساسية للعقود طبقا للمادة 04 من نفس المرسوم.

كما منح لجنة البنود التعسفية طبقا للمادة 07 من نفس المرسوم البحث في العقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين عن الطابع التعسفي للبنود المدرجة في العقد. [1]

أما بخصوص التشريعات الأخرى كالتشريع المغربي فقد قام هو الأخير بإتباع هذا الأسلوب وأورد قائمة من الشروط تعتبر شروط تعسفية وذلك من خلال نص المادة 18 من قانون حماية المستهلك.

أما المشرع الأردني فلا يزال يفتقر إلى التدخل المباشر لحماية المستهلك من الشروط التعسفية التي ترد في عقود الإستهلاك، لهذا فإن القواعد العامة في القانون المدني هي السائدة فيه.

وبناءا على ما سبق فإن العميل في إطار عقود العمليات المصرفية وباعتباره مستهلكا يستفيد من الحماية التي تقررها مختلف التشريعات ضد الشروط التعسفية، فتكون باطلة تلك الشروط التي يقوم البنك بإدراجها في العقد المبرم بينه وبين العميل، وللقاضي أن يسترشد بالقائمة التي سبق ذكرها لتحديد تلك الشروط على أن تظل جميع المقتضيات الأخرى مطبقة، بحيث يظل العقد قائما إن أمكن ذلك.[2]

ثانيا: الحماية القضائية ضد الشروط التعسفية

يلعب القضاء دورا مهما في إعادة توازن العلاقات العقدية بين المهنيين والمستهلكين من خلال تطبيقه للقواعد القانونية المكرسة لهذه الحماية، ولكن دور القضاء لا يقتصر عند هذا الحد، بل منح المشرع للقاضي سلطة التعديل والإعفاء من الشروط التعسفية، وقد أراد المشرع من وراء ذلك حماية للطرف المذعن من تعسفات الطرف القوي، كما يشكل تدخل القاضي للتعديل والإعفاء من الشروط

[1] فاضل خديجة، المرجع السابق، ص 223.

[2] محمود محمد أبوفروة، **مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني**، المرجع السابق، ص 327.

التعسفية مساس بمبدأ عام وهو العقد شريعة المتعاقدين طبقا للمادة 106 من ق م ج ويبرر هذا التدخل من أجل تحقيق العدالة العقدية ورفع الضرر الذي يلحق بالطرف المذعن.[1]

فالقاضي يجد المبرر القانوني لتدخله، فيكون له الحق في تعديل هذا الشرط أو تلك الشروط بما يعيد للعقد توازنه بحيث تتساوى الأعباء الملقاة على عاتق الطرفين المتعاقدين ويخفف العبئ الملقى على الطرف الضعيف في العقد وهو العميل، سواء تمت حمايته عن طريق تعديل الشرط التعسفي أو الإعفاء منه، فالأول يتعلق بالتعديل بالإنقاص، بحيث يتحقق من خلال إزالة المظهر التعسفي للشروط بما يحقق الغرض أو الهدف الذي يتوخاه المشرع من منح القاضي مثل هذه السلطة وهو التوازن بين الأداءات المتبادلة في العقد، فيكون التعديل الوسيلة الفعالة لرفع التعسف عن الطرف الضعيف.[2]

أما الثانية فإن هذه الصورة من التدخل تعتبر أشد جرأة وسلاح بالغ الخطورة في يد القضاء إذ بموجبه يستطيع القاضي إذا ما وصف الشرط بأنه تعسفي أن يعطله، فيعفي الطرف الضعيف مخالف بذلك قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، بهدف الوصول إلى إعادة التوازن في العقد عل أساس العدالة العقدية، وتعتبر سلطة القاضي في التعديل والإعفاء من النظام العام طبقا لنص المادة 110 ق م ج.[3]

كما لا ننسى أن وضع نصوص خاصة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية ستؤدي إلى نشوء العقد إبتداءا متوازيا بالقدر الذي يحقق العدالة العقدية، كما أن منح وسائل التعديل هذه الشروط وإبطالها يوفر حماية للطرف الضعيف إذا ما تم التعاقد في ظروف أدت إلى تفاوت في الحقوق والتزامات أطرافه بما يضر بمصالح المستهلك، لهذا فإن كل من الوسيلة القانونية والقضائية للحماية من الشروط تعسفية مكملتان لبعضهما البعض ولا غنى لأحدهما عن الآخر.[4]

---

[1] دالي بشير، المرجع السابق، ص85.

[2] فاضل خديجة، المرجع السابق، ص 220.

[3] المادة 110 من ق م ج تنص على أنه " إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان 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 إتفاق على خلاف ذلك".

[4] محمود محمد أبوفروة، **مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني**، المرجع السابق، ص 334.

خلاصة الفصل الثاني:

من خلال دراستنا للفصل الثاني نستخلص أنه برغم من أن البنك يكون مسؤولا مسؤولية مدنية عن الأخطاء التي يرتكبها وتسبب ضررا للعميل، إلا أنه في بعض الحالات وطبقا للقواعد العامة يعفى البنك من المسؤولية وهذا الإعفاء راجع لسبب أجنبي خارج عن إرادة البنك ويكون إما نتيجة لقوة قاهرة أو فعل الغير، حيث يشترط لإعتبار الحادث قوة قاهرة أن تتوفر فيه الشروط المعروفة وهي عدم إمكانية التوقع وإستحالة الدفع وخارجية الحدث فإذا ماتوافرت هذه الشروط كنا بصدد قوة قاهرة، وقد يكون نتيجة لفعل الغير بحيث قد يساهم خطأ الغير مع خطأ المسؤول في إحداث الضرر، بالإضافة إلى خطأ العميل كسبب للإعفاء من المسؤولية بشرط أن تتوفر فيه شروط القوة القاهرة، كما قد يكون الخطأ مشترك بين البنك والعميل ففي هذه الحالة يكون الخطأ قد صدر من كلا الطرفين على أن يكون خطأ العميل السبب الأهم إن لم يكن الوحيد لإعفاء البنك من المسؤولية، كما يجوز الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية بعتبار أن العقد وليد إرادة المتعاقدين، لذلك فإنه عادة مايقوم البنك بفرض شروط على العميل تحد من مسؤوليته العقدية من بينها الإتفاق على تخفيف من المسؤولية، وذلك من خلال تحديد تعويض أقل من التعويض الحقيقي كما يجوز تحديد التعويض الإتفاقي بحيث يتفق الطرفان على قيمة التعويض الجزافي الذي يستحق أحد الأطراف عند إخلال الطرف الآخر بالتزامه أو شروطا تعدل من أحكام المسؤولية، إما بإعفاء نفسه من المسؤولية وإما بتحديد مضمون العقد بشكل يخفف من التزاماته في مواجهته على حساب العميل، ولكن بعتبار أن البنك طرف قوي في العلاقة العقدية، فإنه يمكن أن يستغل العميل بعتباره طرف الضعيف عديم الخبرة، فإنه عادة ما يقوم البنك بإملاء شروطه وإرادته على الأشخاص الذين يتعاملون معه، لذلك أقرت معظم التشريعات بحماية خاصة للعميل من تعسف البنك حتى لا يسمح له بفرض شروط إعمالا لمبدأ الحرية التعاقدية، وذلك حتى لا يتنصل البنك من مسؤوليته.

الخـاتـمـة

خاتمة:

لقد تأثرت البنوك في مختلف الدول عند تنفيذها للعمليات المصرفية بالتطور التكنولوجي بظهور وسيلة إلكترونية حديثة كالكمبيوتر في تنفيذ تلك العمليات، ولاشك أن إستخدام البنك لمثل هذه التقنية المتطورة تنطوي على العديد من المخاطر التي يمكن أن تصيب الفرد في الوقت الذي أصبح فيه في حاجة ماسة لحمايته من الأضرار التي قد يتعرض لها أثناء إستخدام هذه التقنية، ومن خلال دراستنا للمسؤولية المدنية للبنك الناتجة عن إستخدام الكمبيوتر يمكن لنا أن نضع بعض الإستنتاجات وذلك وفقا للآتي:

1- تنقسم المخاطر المصاحبة لإستخدام الكمبيوتر إلى نوعين: مخاطر مادية تتعلق بآلة الكمبيوتر بذاتها كعيب في تصنيع الجهاز أو تلف جزء من أجزاء الكمبيوتر بسبب حريق شب في البنك أو فيضان، ومخاطر فنية تتعلق بالبرامج التي يعمل الكمبيوتر من خلالها كعدم كفاءة البرنامج لتلقي الأوامر أو وجود فيروس في أجهزة الكمبيوتر أو في الشبكة التي تربط البنك والبنوك الأخرى.

2- أن مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر قد فرضتها ظروف الواقع بما شهدته المعاملات أن المصرفية من تطور تقني، فبرغم من هذا التطور إلا أنه قد أثار العديد من المشكلات ومن بينها مسؤولية البنك.

3- أن مسؤولية البنك المدنية الناتجة عن إستخدام الكمبيوتر تقوم على أسس قانونية متعددة منها المسؤولية العقدية التي تقوم على أساس فعل الأشياء التي تدخل في تنفيذ العقد، فلكمبيوتر وسيلة إلكترونية يستعين بها البنك عند تنفيذ إحدى إلتزاماته العقدية، وبتالي تقوم مسؤولية البنك عن الأضرار التي يسببها للعميل على أساس المسؤولية العقدية.

4- بالإضافة إلى المسؤولية عن فعل الأشياء فإنه يتم مساءلة البنك مسؤولية عقدية عن الإخلال بالتزام بسلامة المفروض على البنك، فالبنك وباعتباره محترف يضمن سلامة زبونه من أية أضرار يمكن أن تصيبه جراء إستخدامه لهذا الجهاز.

5- وإلى جانب المسؤولية العقدية فإنه يمكن مساءلة البنك مسؤولية تقصيرية وذلك في حالة ما إذا أخل البنك بإلتزام قانوني، وقد تقوم المسؤولية التقصيرية إما على أساس المسؤولية عن فعل الشخصي أي فعل المباشر للبنك في إرتكاب الخطأ، أو على أساس المسؤولية عن فعل غير الشخصي أي عن فعل الأشياء التي تحت حراسته أو فعل تابعيه.

6- تقوم المسؤولية المدنية للبنك الناتجة عن إستخدام الكمبيوتر عن الخطأ الواجب الإثبات، بحيث يتقيد القضاء عادة بمضمون العقد نظرا لعدم وجود تنظيم قانوني لمثل هذه المعاملات.

7- بالرغم من الدور الكبير الذي تحققه المسؤولية العقدية والتقصيرية في مجال مسؤولية البنك الناتجة عن إستخدام الكمبيوتر، إلا أنها لا تحقق مصلحة للعميل خاصة فيما يتعلق بصعوبة إثبات خطأ البنك ونسبة الضرر للكمبيوتر بعتباره من الأشياء الجامدة غير الحية، وهذا ما يؤدي بطبيعة الحال إلى تنصل البنك من مسؤوليته بحجة إنتفاء الخطأ.

8- إن نظرية تحمل المخاطر أو تحمل التبعة في مجال المسؤولية المدنية عن أخطاء الكمبيوتر قادرة على ضمان حماية لحقوق العملاء في مواجهة البنك، فطبقا لهذه النظرية يعد البنك مسؤولا عن مخاطر المهنة دون إثبات الخطأ، فالمصرف مجبر على أن يتحمل الأضرار التي تلحق بعميله جراء إستخدامه هذا الجهاز.

9- إن إعتماد البنك على العوامل التي تحد من مسؤوليته كالقوة القاهرة وفعل الغير كسبب للإعفاء من المسؤولية يكاد أن يكون مستحيلا لأن المعيار المعتمد لتقدير سلوك المصرف هو المعيار الموضوعي، فالبنك وبعتباره شخص مهني محترف يمتلك إمكانات تمكنه من تقدير التوقع، فيتم التعامل معه وفقا لهذه الكيفية ومقارنته بأشد البنوك حرصا وذلك في حدود الظروف المألوفة.

10- إن إعمال البنك لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين عند إضفاء شروط وبنود في العقد من شأنه أن يؤدي إلى تعسف البنك لكون الطرف القوي في العلاقة التعاقدية، وذلك بفرض شروطه مراعاة لمصلحته على حساب العميل، وهو ما يجعل هذا الأخير في وضع تعسفي بحيث لايحق له مناقشة شروط العقد فإما أن يقبلها أو يرفضها كما هي، وهذه الشروط التي يضعها المصرف إما تكون شروط لإعفائه من المسؤولية وذلك من خلا الزيادة في بنود العقد أو الحد من التزاماتها أو تحديد مسؤوليته أو إعفائه منها كليا على حساب العميل.

11-إن العميل يعد الطرف الضعيف إقتصاديا في العلاقة التعاقدية التي تجمعه بالمصرف، الأمر الذي أدى إلى سعي التشريعات إلى تقرير حماية للعميل سواء كانت هذه الحماية تتم بوسائل قانونية من طرف المشرع أو تقرير المشرع حماية قضائية من خلال تدخل رقابة وسلطة القاضي على مضمون العقد سواء كان هذا التدخل بالإعفاء أو التعديل سواء كان هذا الضعف ناتج عن قلة الخبرة والدراية والعلم بالبيانات المتعلقة بمضمون العقد، أو بمقارنته بالبنك بعتباره مهني محترف بموضوع العقد.

وهذه الحماية أقرتها معظم التشريعات إستنادا إلى القواعد العامة وكذا القوانين الخاصة بحماية المستهلك في عقود الإذعان، لأن العقود البنكية تخضع للقواعد العامة عند إبرامها وتنفيذها وكذا إلى الشروط الخاصة بعقود الإذعان.

فبعد عرضنا للنتائج من خلال دراستنا للموضوع فإنه قد توصلنا لجملة من الإقتراحات ولعل من أبرزها مايلي:

1- يجب على المشرع إدراك طبيعة العصر ومتطلباته وسن منظومة قانوني تعمل على مواكبة البيئة الإلكترونية التي تعمل فيها البنوك مقارنة بالبيئة التقليدية، حيث تبدو كثير من القوانين الحالية غير صالحة لمواجهة المشاكل المختلفة والمتزايدة عن إستخدام الكمبيوتر في المجال المصرفي.
2- يتعين على المشرع الجزائري معالجة القصور الوارد في قانون النقد والقرض حول موضوع المسؤولية المدنية للبنك الناتجة عن إستخدام الكمبيوتر ووضع قوانين خاصة للعمليات المصرفية التي تتم بشكل إلكتروني بعيدا عن تطبيق القواعد العامة والعمليات التقليدية المعروفة.
3- يجب على البنوك المساهمة عن طريق إقتراح وإبداء الآراء في إعداد القوانين التي تخص العمل المصرفي من أجل وضع منظومة قانونية سليمة، وذلك لما لها من خبرة عملية في هذا المجال.
4- يتعين على القطاع المصرفي بكافة فئاته تطوير الخدمات المصرفية الإلكترونية وكذلك تدريب وتأهيل ورفع كفاءة العاملين لديها في الجهاز المصرفي لمواكبة المستجدات الحديثة.
5- على البنوك الحيطة والحذر ومراعاة الدقة والأمان لضمان السير الحسن للخدمات البنكية وإتباع طرق الحماية من التلف والكوارث الطبيعية لتجنب تعرض الأجهزة للتلف والتدمير وكذا الحماية والحيطة من عمليات القرصنة الإلكترونية، كل ذلك من أجل كسب ثقة المتعاملين وحماية مصالحهم الشخصية.
6- تأهيل خبراء متخصصين في مجال البيانات الإلكترونية وتقنيات المعلومات وذلك لضمان سلامة إنجاز الخدمات المصرفية.
7- يجب على البنك التقليل من خطورة اللجوء إلى حالات الإعفاء من المسؤولية كالقوة القاهرة وفعل الغير، لأنه لا يمكن إعتبار أن كل ما يحدث راجع لقوة قاهرة كتعطل عمل أجهزة الكمبيوتر إلا إذا كان هذا الحدث عام، كخلل في أسلاك شبكة الأنترنيت، ولذلك فإنه لا تعتبر سرقة مواقع

البنك أو قرصنتها فعل الغير فيتخلص البنك من مسؤوليته، إذ لابد على البنك إتخاذ إجراءات الحيطة والحذر ووتأمين خدماته من هذه الحوادث.

قـــائمـــة المـــراجـــع

قائمة المراجع:

أولا: الكتب:

أ- **الكتب العامة:**

1. العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، التصرف القانوني والإرادة المنفردة، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2004.
2. النقيب عاطف، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة في مبادئها القانونية وأوجهها العملية، ط1، منشورات عويدات، لبنان، 1980.
3. أحمد مفلح الخوالدة، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،2011.
4. إلياس ناصيف، موسوعة الوسيط في قانون التجارة، ج4، عمليات المصارف، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2008.
5. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، قسم المسؤوليات المفترضة، دار الكتاب الحديث، مصر، 1987.
6. عايد رجا الخلايلة، المسؤولية التقصيرية الإلكترونية الناشئة عن إستخدام أجهزة الحاسوب والأنترنيت، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
7. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، نظرية الالتزام بوجه عام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.
8. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، آثار الالتزام، ج2، المجلد2، دار النهضة العربية، مصر، 1989.
9. عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، ط1، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، دار الثقافة، عمان، 2009.
10. عزة محمود أحمد خليل، مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب، كلية الحقوق، القاهرة، 1994.
11. علي فيلالي، الإلتزامات، العمل المستحق التعويض، مولفم للنشر، الجزائر، 2002.

12. علي البارودي، القانون التجاري، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000.

13. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ج1، ط2، عين مليلة، الجزائر، 2004.

14. محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية التقصيرية للمتعاقد، دراسة فقهية قضائية في العلاقة التبادلية بين نوعي المسؤولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

15. محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، دار النهضة العربية، بيروت، 1980.

16. محمد سيد عمران، الأسس العامة في القانون، المدخل إلى القانون ونظرية الالتزام، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1999.

17. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج1، مطبعة الجامعة، الإسكندرية، 1978.

18. محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية القانونية في مجال شبكة الأنترنيت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.

ب- الكتب الخاصة:

1. الهادي شايب بينو، الكمبيالة الإلكترونية والقيد المضاد في إدارة الحاسبات، بحث منشور في كتاب الجوانب القانونية الناجمة عن إستخدام الحاسب الآلي في المصارف، إتحاد المصارف العربية، بيروت، 1991.
2. أمجد حمدان الجهني، المسؤولية المدنية عن الإستخدام غير المشروع لبطاقات الدفع الإلكتروني، ط1، دار الميسرة للنشر والتوزيع، الأردن ،2010.
3. إبراهيم سيد أحمد، مسؤولية البنوك عن العمليات المصرفية فقها وقضاءا، دار الكتاب القانونية، مصر، 2004.
4. حازم نعيم الصمادي، المسؤولية في العمليات المصرفية الإلكترونية، ط1، دار وائل، عمان، 2003.

5. حازم نعيم الصمادي، المسؤولية المدنية للمصرف عن الأضرار الناتجة عن إستعمال الوسائل الإلكترونية في العمليات المصرفية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، الأردن، 2002.
6. حسن حسني، عقود الخدمات المصرفية، مؤسسة دار التعاون، بيروت، ب س ن.
7. حسام الدين كامل الأهواني، حماية أنشطة البنوك من مخاطر إستخدام الحاسبات الإلكترونية، بحث منشور في كتاب الجوانب القانونية الناجمة عن إستخدام الحاسب الآلي في المصارف، إتحاد المصارف العربية، بيروت، 1991.
8. رضا متولي وهدان، الخطأ المفترض في المسؤولية عن أضرار الحاسبات الآلية، الأساس والضوابط، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2009.
9. سليمان عبد الفتاح، المسؤولية المدنية والجنائية في العمل المصرفي في الدول العربية ط1، مكتبة أنجلو المصرية، مصر ،1986.
10. سليمان ضيف الله الزين، التحويل الإلكتروني للأموال ومسؤولية البنوك القانونية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012.
11. شريف محمد غنام، مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الإلكتروني للنقود، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، 2011.
12. عبد الفتاح محمود الكيلاني، المسؤولية المدنية الناشئة عن المعاملات الإلكترونية عبر الأنترنيت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.
13. عمر ذوابة، عقد التحويل المصرفي الإلكتروني، دراسة قانونية مقارنة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006.
14. غادة عادل الشربيني، المسؤولية الجنائية عن الأعمال البنكية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
15. محمد محمود أبوفروة، مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني، دراسة مقارنة، ط1، دار وائل، الأردن، 2014.
16. محمد محمود أبوفروة، الخدمات البنكية الإلكترونية عبر الأنترنيت، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.

ثانيا: الدوريات والمقالات:

أ- **الدوريات:**

1. دمانة محمد، شرط الإعفاء من المسؤولية بين مقتضيات سلطان الإرادة وسلطان القانون، دفتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، العدد 5، 2011.
2. منير البصري، أحمد المنصوري، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مجلة القانون والأعمال، العدد 10، 2014.
3. نوري حمد خاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة المنارة للدراسات القانونية، جامعة آل بيت، المجلد السابع، عدد3، 2001.

ب: **البحوث:**

4. جاسم علي الشامي، تطبيقات المسؤولية المدنية في قضاء المحكمة الإتحادية العليا ومحكمة تمييز دبي، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، جامعة غرفة التجارة والصناعة، دبي، المجلد الرابع، ج4، 2003.
5. فياض مفلح القضاة، المسؤولية الناتجة عن إستخدام الكمبيوتر كوسيلة وفاء، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والأنترنيت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2001.

ثالثا: المذكرات والرسائل الجامعية:

أ- **رسائل دوكتوراه:**

1. دالي بشير، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد، رسالة دوكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد، 2015- 2016.
2. عيسى لافي حسن الصمادي، المسؤولية القانونية في العمل المصرفي الإلكتروني في التشريع الأردني، رسالة دوكتوراه، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2009-2010.
3. فاضل خديجة، عيممة العقد، رسالة دوكتوراه، تخصص علوم في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2015- 2016.

4. قدة حبيبة، تقنيات النقل المصرفي وآلياته في ظل التحولات الإقتصادية، رسالة دوكتوراه، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2016- 2017.
5. محمد الهيني، الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين البري، رسالة لنيل دبلوم دراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث قنون المنافسة والإستهلاك، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، 2005- 2006.

ب: رسائل ماجستير:

1. بن سعيدي سلمى، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، رسالة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2013- 2014.
2. حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، إختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ب س ن.
3. سهام خليلي، المسؤولية المدنية للبنك، رسالة ماجستير، تخصص قانون أعمال، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2007- 2008.
4. صفاء يوسف القواسيمي، المسؤوليات القانونية الناشئة عن عمليات المقاصة الإلكترونية للشيكات في القانون الأردني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة شرق الأوسط لدراسات العليا، الأردن، 2009.
5. علي مؤيد سعيد، التحويل الإلكتروني للأموال، رسالة ماجستير، قسم إدارة الموارد البشرية، البنك المركزي العراقي، فرع الموصل، 2013.

ج- مذكرات ماستر:

1. إمادالو سهام، لحسن ليلى، حماية المستهلك الإلكتروني، مذكرة ماستر، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012- 2013.

2. باجي مريم، المسؤولية المدنية المترتبة عن إفشاء السر البنكي، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015- 2016.
3. عماري إبتسام، مسؤولية البنك المدنية عن عملية التحويل الإلكتروني، مذكرة ماستر، تخصص قانون شركات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة 2016- 2017.
4. لحلاح سارة، لعيدي زينة، حماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين، مذكرة ماستر، تخصص قانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، 2015- 2016.

د- مذكرات ليسانس:

1. العمري ربيع وآخرون، مدى جواز الخيرة بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية، مذكرة ليسانس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قادي مرباح، ورقلة، 2001- 2002.

رابعا: النصوص القانونية والتنظيمية:

1. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، الجريد الرسمية العدد 44.
2. الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض المؤرخ في 26 غشت 2003، الجريدة الرسمية العدد 52.
3. النظام رقم 91-09 المؤرخ في 14 غشت 1991، يحدد قواعد الحذر في تسيير المصارف والمؤسسات المالية، الجريدة الرسمية عدد 24، المؤرخ في 25 مارس 1992 المعدل والمتمم بالنظام رقم 95- 04 المؤرخ في 20 أفريل 1995 الجريدة الرسمية العدد 39 المؤرخ في 23 جويلية 1995.

: المراجع الأجنبية:

1. Armand colin , jean- Luc Aubert, les obligation, le faite juridique , 1996.

2. CORNELI(L), les clauses d'exonération de responsabilité concernt la faute personnelle et leur interpretation, R.S.J.B , 1981.

الفـــهـــرس

الموضوع	الصفحة
الإهداء	
شكر والتقدير	
قائمة المختصرات	
مقدمة	**أ- هـ**
الفصل الأول: النظام القانوني للمسؤولية المدنية للبنوك الناتجة عن إستخدام الكمبيوتر	**1-2**
المبحث الأول: المسؤولية العقدية للبنوك عن إستخدام الكمبيوتر	**03**
المطلب الأول: أساس المسؤولية العقدية للبنوك الناتجة عن استخدام الكمبيوتر	03
الفرع الأول: مسؤولية البنوك للعقدية عن فعل الأشياء	03
أولا: تأييد الفقه لإستقلال الكمبيوتر عن البنك	05
ثانيا: تواتر أحكام القضاء على إستقلال الكمبيوتر عن البنك	06
الفرع الثاني: مسؤولية البنك عن الإخلال بالإلتزام بالسلامة	07
أولا: الإلتزام بالسلامة بوجه عام.	09
ثانيا: مساءلة البنك على أساس الإخلال بالإلتزام بضمان السلامة	11
المطلب الثاني: شروط قيام المسؤولية العقدية للبنوك الناتجة عن إستخدام الكمبيوتر	11
أولا: وجود علاقة تعاقدية بين البنك والعميل	12
ثانيا: الإخلال بأحد الإلتزامات العقدية	16
المبحث الثاني: المسؤولية التقصيرية للبنوك الناتجة عن إستخدام الكمبيوتر	**17**
المطلب الأول: المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي	17
الفرع الأول: القواعد المنظمة لمسؤولية البنك إتجاه عملائه	17
أولا: المسؤلية التقصيرية في التشريعات المقارنة	19
ثانيا: الخيرة بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية	20
الفرع الثاني: حالات قيام المسؤولية التقصيرية للبنك إتجاه عملائه	20
أولا: الخيرة في حالة الجريمة	21
ثانيا: الخيرة في حالة تدليس والخطأ الجسيم	23
المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية غير شخصية	23
الفرع الأول: مسؤولية البنك بإعتبار متبوعا	24
أولا: المركز القانوني لمستخدمي البنك	25
ثانيا: حالات قيام المسؤولية البنك بصفة متبوعا إتجاه الزبون	28

الفرع الثاني: المسؤولية التقصيرية عن فعل الأشياء	28
أولا: شروط تحقق مسؤولية حارس عن الأشياء	29
ثانيا: أساس مسؤولية حارس الأشياء	31
المبحث الثالث: تطور المسؤولية المدنية للبنوك الناتجة عن إستخدام الكمبيوتر	**34**
المطلب الأول: مضمون نظرية تحمل المخاطر	34
الفرع الأول: التعريف بالنظرية ومبررات اللجوء إليها	35
أولا: تعريف نظرية تحمل المخاطر	36
ثانيا: مبررات اللجوء لنظرية تحمل المخاطر	37
الفرع الثاني: صور المسؤولية على أساس المخاطر	38
المطلب الثاني: تطبيق نظرية المخاطر في مجال المسؤولية عن أخطاء الكمبيوتر	38
الفرع الأول: تأييد الفقه والقضاء لمسؤولية البنك على أساس المخاطر	39
الفرع الثاني: تقييم تأسيس مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر على نظرية المخاطر	39
أولا: صعوبة إثبات رابطة السببية	43
ثانيا: وسائل دفع المسؤولية	44
خلاصة الفصل الأول	45
الفصل الثاني: حدود المسؤولية المدنية للبنوك الناتجة عن إستخدام الكمبيوتر	**46**
المبحث الأول: العوامل التي تحد من مسؤولية البنك تجاه العميل	**48**
المطلب الأول: القواعد القانونية لإعفاء البنك من المسؤولية	48
الفرع الأول: القوة القاهرة وفعل الغير	49
أولا: القوة القاهرة	50
ثانيا: فعل الغير	52
الفرع الثاني: خطأ العميل كسبب لإعفاء البنك من المسؤولية	53
أولا: خطأ العميل هو السبب المباشر لضرر	54
ثانيا: الخطأ المشترك بين البنك والعميل	55
المطلب الثاني: الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية	57

الفرع الأول: شروط الإعفاء من المسؤولية	58
أولا: مدى صحة شروط الإعفاء من المسؤولية	59
ثانيا: القيود الواردة على شرط الإعفاء من المسؤولية	60
الفرع الثاني: الشروط المحددة لمضمون العقد	63
المبحث الثاني: حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية	65
المطلب الأول: مبررات حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية	65
الفرع الأول: إختلال التوازن في الرابطة التعاقدية بين البنك والفصل	65
الفرع الثاني: مظاهر عدم التوازن في العلاقة التعاقدية بين البنك والعميل	66
أولا: إنعدام المساواة من حيث العلم والمعرفة	67
ثانيا: إدراج البنك لشروط عقدية مجحفة في حق العميل	67
المطلب الثاني: الوسائل القانونية لحماية العميل	69
الفرع الأول: إلتزام البنك بإعلام العميل	73
أولا: إلتزام البنك بإعلام العميل	73
ثانيا: مضمون الإلتزام بالإعلام في إطار العمليات البنكية	74
الفرع الثاني: حماية العميل من مضمون العقد	75
أولا: الحماية القانونية من الشروط التعسفية	77
ثانيا: الحماية القضائية ضد الشروط التعسفية	78
خلاصة الفصل الثاني	79
الخاتمة	81
قائمة المصادر والمراجع	**82**
الفهرس	**86**
	93

ملخص:

إن مسؤولية البنوك المدنية الناتجة عن إستخدام الكمبيوتر هي في الأصل مسؤولية عقدية وذلك لوجود علاقة عقدية بين البنك والعميل فكل إخلال بالتزام عقدي يرتب مسؤولية عقدية لكن هناك حالات تقوم فيها مسؤولية تقصيرية وذلك في حالة إخلال البنك بالتزام قانوني مفروض عليه، كما أن هناك حدود لهاته المسؤولية تتمثل في الحالات التي يعفى منها البنك من مسؤوليته كحالة القوة القاهرة، بالإضافة إلى وضع البنك لشروط تحدد مضمون العقد بهدف تخفيف من مسؤوليته أو الإعفاء منها، لكن العميل وبرغم من كونه الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية فإنه لابد من حمايته من البنك بإعتباره الطرف القوي يمكنه إملاء شروطه على العميل الذي يلجأ لقواعد المسؤولية المدنية لتقرير حقه في المطالبة بالتعويض التي كانت قاصرة على شمول جميع الحالات، وهو ماجعل بعض من الفقه ينادي بضرورة تطبيق نظرية تحمل المخاطر التي تقوم على فكرة الضرر وهجر الخطأ لأنه في بعض الحالات يصعب على العميل إثبات خطأ البنك للحصول على التعويض.

الكلمات المفتاحية:

البنك، الكمبيوتر، مسؤولية العقدية، العملاء، الخطأ المفترض، المسؤولية التقصيرية، تحمل المخاطر.

Résumé:

La responsabilité des banques civiles résultant de l'utilisation de l'ordinateur est à l'origine la responsabilité nodal parce qu'il relation nodal entre la banque et le client toute violation d'un contrat d'obligation arrange la responsabilité nodal, mais il y a des situations que vous Tort et dans le cas d'une violation de l'obligation légale bancaire qui lui est imposée, car il y a des limites à ces responsabilités des circonstances les cas, qui exemptait la banque de sa responsabilité en cas de force majeure, en plus de fixer les conditions bancaires ont déterminé le contenu du contrat afin d'atténuer son exemption, mais le client et en dépit d'être faible dans la partie de la relation contractuelle, il doit être protégé de la banque comme support solide peut dicter les conditions au client qui ont recours aux règles de la responsabilité civile pour déterminer le droit de demander une indemnisation, qui se limitait à l'inclusion de tous les cas, ce qui est ce qui a fait une partie de la Fiqh insisté sur la nécessité de l'application de la tolérance des risques fondée sur l'idée de la théorie des dommages et l'abandon de l'erreur, car dans certains cas, il est difficile pour le client Preuve d'erreur bancaire pour compensation.

les mots clés:

Banque, ordinateur, responsabilité pour streptocoque, clients, erreur présumée, responsabilité délictuelle, tolérance au risque.

Summary:

The liability of the civil banks resulting from the use of the computer is in fact a contractual liability, because there is a contractual relationship between the bank and the customer. Any breach of a contractual obligation establishes contractual liability, but there are cases in which there is a default liability in the event of a breach of the legal obligation imposed on the bank. In cases where the Bank is exempted from its liability as a Force Majeure condition, in addition to the Bank's condition for determining the contents of the contract in order to reduce its liability or exemption. However, the client, despite being the weak party in the contractual relationship, must be protected from the bank as A strong shelf can dictate its conditions to the customer who uses the rules of civil liability to determine his right to claim compensation, which was limited to the inclusion of all cases. He is doing some of the jurisprudence, calling for the application of the theory of risk tolerance based on the idea of damage and abandonment of error because in some cases it is difficult for the client Proof of bank error for compensation.

key words:

Bank, computer, responsibility for streptococcus, clients, presumptive error, tort liability, risk tolerance.