جامعة قاصدي مرباح– ورقلـــــــــــــــة–

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم: حقـــــــــوق

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر

الميدان : حقوق و علوم سياسية

الشعبة : حقـــوق

التخصص : قانون شركات

من إعداد الطالبة : عماري ابتسام

بعنوان :

مسؤولية البنك المدنية عن عملية التحويل البنكي الإلكتـــروني

نوقشت و أنجزت بتاريخ:...../...../2017

أمام اللجنة المكونة من السادة الأعضاء :

الأستاذة / عبد الرحيم صباح – أستاذ محاضر ب – جامعة قاصدي مرباح– رئيساً.

الأستاذ / خديجي أحمد – أستاذ محاضر ب – جامعة قاصدي مرباح – مشرفاً.

الأستاذة / سنوسي صفية – أستاذ مساعد أ– جامعة قاصدي مرباح – مناقشاً.

الموسم الجامعي :2017/2016

"الإهـــداء"

بسم الله و الحمد و الشكر لله

أهدي ثمرة جهدي لله عزوجل على توفيقه لي.

و إلى منارة الحق محمد صلى الله عليه و سلم خير البشر و المرسلين.

إلى من حملتني وهنا على وهن إلى حبيبتي و رفيقتي و شمعة حياتي

أمي الغالية أطال الله في عمرها وحفظها.

إلى صديقي و ساندي إلى من نور دربي إلى الغالي أبي أطال الله في عمره

و حفظه و أداه عليه الصحة والعافية.

إلى من جمعنا رحم الحياة في السراء و في الضراء إلى توأم روحي

أختاي الغاليتان "نور الهدى" و "شهيناز".

إلى من جمعت بيننا الأقدار و كان سندا لي في فرحي و قرحي زميلي الغالي و

المحترم "غراب محمد ميلود"

إلى كل رفقائي و رفيقاتي في الدراسة.

إلى كل أفراد عائلتي الكريمة.

"إلى الذين هم في القلب دائمون و عن القلم كانو غائبون"

"عماري إبتسام"

"شكر و عرفان"

الحمد لله الذي أنار لي

درب العلم و المعرفة

و أعانني على أداء هذا الواجب و وفقني على إنجاز هذا العمل، و اتوجه بجزيل الشكر و الإمتنان إلى كل من ساعدني من قريب و من بعيد على إنجاز هذا العمل و في تذليل ما واجهته من صعوبات.

و لا يسعني في هذا المقام إلا أن أتقدم بجزيل الشكر و العرفان إلى الأستاذ المشرف: **"خديجي أحمد"** الذي تكرم بقبول الإشراف متحملا أعباء هذه المهمة الشاقة النبيلة، و الذي لم تمنعه أعماله و مشاغله العديدة من متابعته الدائمة لتمام هذا العمل المتواضع خطوة بخطوة.

بكل روح عملية و علمية و تواضع شديد و صبر كبير، فكانت إرشاداته و توجيهاته سديدة فله مني جزيل الشكر و كامل العرفان و الإحترام و النجاح.

كما أتقدم بالشكر و التقدير إلى الأستاذة: **"سنوسي صفية"** و الأستاذ: **"عبد الرحيم صباح"** و إلى كافة أساتذة قسم الحقوق خاصة الاستاذة **"قدة حبيبة"** و إلى كل من ساعدني من عمال المكتبة خاصة الأستاذ المحترم: **"بن أودينة عبد القادر"** الذي تحملني بتواضع شديد و صبر كبير فكان لي العون طيلة مشواري الجامعي فله مني جزيل الشكر و الإحترام.

"و لكم مني فائق التقدير و الإحترام و الشكر و العرفان"

"عماري إبتسام"

قائمة المختصرات:

- ق.م.ج: القانون المدني الجزائري
- ط: الطبعة
- ج: الجزء
- ج.ر: الجريدة الرسمية
- ص: الصفحة
- ف: الفقرة
- P: page

مقدمـــــــة

تقوم البنوك بدور مهم في الحياة الاقتصادية و التجارية، فهي الوعاء الذي تجمع فيه مدخرات الأشخاص ، و المحور الذي تدور حوله عمليات الائتمان بصفتها مصدر لتمويل مختلف المشروعات الداخلية و الخارجية، لهذا فإن العمل البنكي يمثل أداة التعامل الموثوق بها في المجتمعات المتحضرة، و الوسيط الذي لا غنى عنه في تقابل العمليات الاقتصادية التي تقوم على العرض و الطلب، من خلال التوسط بين أصحاب الأموال الذين يسعون إلى توظيفها أو الذين ليسوا في حاجة حاضرة إليها و أصحاب المشروعات الذين يبحثون عما يلزم هذه المشروعات من نفوذ.

ويستدعي لقيام البنك بعملياته المتمثلة في تلقي الودائع و منح الائتمان، تقديم مجموعة مختلفة من الخدمات المرتبطة بها، يكون الهدف منها تلبية رغبات العملاء و إشباع حاجياتهم المالية و الائتمانية الحالية و المستقبلية، و الحقيقة أن العلاقة التي تجمع البنك بالمتعاملين معه في اغلب الأحوال هي علاقة قانونية مركبة تتضمن مجموعة كبيرة من العمليات المترابطة و المتشابكة، و لا تشكل عمليات إيداع الأموال أو منح الائتمان سوى نقطة الانطلاق لهذه العلاقة التي تشمل إجراء العديد من العمليات يتم تحديدها بحسب رغبة العميل و احتياجاته.

ولقد ظهرت الخدمات البنكية بظهور عمليات البنوك الأصلية و تطورت بتطورها، ففي الوقت الذي أصبح التجار يحتفظون بأموالهم لدى الصيارفة خوفا من سرقتها أو ضياعها عند ممارستهم للتجارة، أصبحت الحاجة ملحة إلى ابتكار وسائل يستطيع من خلالها التاجر الوفاء بالتزاماته و التعامل بأمواله الموجودة لدى الصيارفة دون أن يضطر إلى حملها معه أينما حل و ارتحل فظهر ما كان يعرف بأوامر الصرف، و التي تمثل أمرا صادرا عن العميل للوفاء بالقيمة الواردة في أمر الصرف لصالح الشخص الذي يحمله.فباكتشاف الصيارفة أن معظم العملاء لا يطلبون سحب أموالهم دفعة واحدة، مما يؤدي إلى بقاء جزء منها مجمد في حوزتهم، حيث قاموا بتطوير مقدرتهم على استثمار تلك الأموال بإقراضها مقابل الحصول على فوائد، و أصبحو يقدمون الخدمات البنكية لخدمة الائتمان، ونتيجة لظهور الكمبيالة كأداة قانونية لتنفيذ عمليات التحويل ظهرت معها خدمات تحصيل قيمها لصالح العملاء.

ونظرا لأهمية القطاع البنكي بوصفه عماد الاقتصاد الوطني، سعت التشريعات إلى تنظيمه، و أقرت إجراءات فعالة و محكمة تمكن البنوك من تسيير المخاطر و مواجهتها ، حفاظا على استقرار الاقتصاد، ولحماية أموال المودعين و الأشخاص المتعاملين معها، فلا يمكن للمؤسسة البنكية أن تحقق نشاطا يحفظ استقرارها و سمعتها ما لم تخضع لأسس تنظيمية و قانونية تحكم عملها و تقيدها بمجموعة من الضوابط في أدائها لمهامها تحت طائلة المسؤولية.

فالمقصود بعمليات التحويل البنكي الالكتروني للأموال أنها العملية التي تتم في قيد مبلغ معين من المال في الجانب الدائن لحساب آخر، وقد يكون قيد هذا المبلغ في حساب نفس الشخص الآمر أو في حساب شخص آخر، وتتم هذه العملية بناءا على طلب الآمر في نفس البنك أو في بنك آخر.[1]

حيث تعد عمليات التحويل الالكتروني للأموال من أهم وسائل التقدم العلمي التي أفرزتها التطورات الحديثة في تكنولوجيا الاتصالات و المعلومات و أكثرها انتشارا، فقد أصبحت هذه العمليات المنافس الأول لوسائل الوفاء التقليدية كالشيك على سبيل المثال، فقد تطورت و أخذت أشكالا متعددة تتوافق مع متطلبات الزبون، بحيث يقوم العميل لدى البنك باستخدام تلك العمليات كبديل لوسائل الدفع التقليدية، لقدمها و طول الفترة الزمنية التي تتم التسوية من خلالها فضلا عن احتمال تعرضها للتلف أو التزوير.

فمن خلال عمليات التحويل الالكتروني للأموال تتحول الأموال من قارة إلى أخرى في ثوان معدودة عن طريق إجراء القيود اللازمة، حيث يعتبر عقد تقديم الخدمات التحويل البنكي الإلكتروني المبرم بين البنك و العميل من العقود الملزمة للجانبين، فبموجبه تحدد حقوق و التزامات كل طرف من أطرافه، فعدم احترام تلك الحقوق و الالتزامات يترتب عنه قيام مسؤولية الطرف الذي وقع الإخلال منه في مواجهة الطرف الآخر، و بالتالي فإن الحماية التي يوفرها نظام المسؤولية للعميل المتعاقد ترتبط بمدى إخلال البنك بالتزاماته الناشئة العلاقة التعاقدية التي تجمعه بالعميل، حيث يلتزم مقدم الخدمة بإعلام المستهلك بسمات السلعة او الخدمة و شروط التعاقد، كما يلتزم البنك بنقل ملكية محل العقد، اضافة الى التزامه بتسليم الشيء محل العقد، وان يضمن للعميل منع تعرض الغير وذلك بضمانه بعدم التعرض و الاستحقاق مع ضمان العيوب الخفية، وفي المقابل يلتزم الطرف الآخر او المستهلك بالوفاء بالالتزام في الموعد المحدد اضافة الى التزامه باستلام الخدمة او المعلومة محل العقد.

والحديث عن مسؤولية البنك ليس امرا مستجدا في الفكر القانوني، لكن يمكن القول ان الاهتمام بهذا الموضوع قد ازداد كثيرا نتيجة لتزايد حجم المتعاملين مع البنك و توسع انشطتها و تطورها، مما ادى الى توسع دائرة مسؤوليته يوما بعد يوم و شمولها لمجالات لم تكن مسؤولة عنها، بل ادى ذلك الى ظهور انواع جديدة من المسؤولية ، منها ما يتحملها البنك بصفته احد اكبر الفاعلين الاقتصاديين في الدولة، فيقع عليه واجب حل بعض المشاكل التي تساهم في دعم الاستقرار المجتمع وهي ما يطلق عليه المسؤولية الاجتماعية.

[1] محمد محمود أبو فروة، مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني، دراسة مقارنة، ط1، دار وائل، الأردن،2014،ص:107.

فمضمون فكرة المسؤولية عن العمل المصرفي تتحدد بحجم الدور الذي تقوم به البنوك و ذلك بالتطرق الى القيود الواردة على ممارستها لنشاطها دون خرق أو اخطاء خدمة للمصلحة العامة من جهة الوقوف بالسياسة التقليدية و المالية للدولة، و المصلحة الخاصة من جهة اخرى لما تقتضيه الغاية من انشائها و هي تحقيق الربح.

لذلك فان هذا البحث يأتي ضمن سياق تسليط الضوء على مسؤولية البنك المدنية عن العمليات التي تقوم بها ، وقد اخترنا البحث في احدى اهم هذه العمليات التي كانت و لا زالت تقوم بها البنوك و هي خدمات الصندوق في جانبها ما يتعلق بالوفاء و التعامل في حساب العميل، و التي شهدت تطورات كبيرة في كيفية اجرائها من خلال الاعتماد على التكنولوجيا الحديثة و ما افرزه استخدام الحاسب الآلي، حتى اكتسبت خصوصية و استقلالية عن غيرها من عمليات الاخرى المشابهة، لم تتكرس فقط في تسميتها بعمليات التحويل الالكتروني، و انما كذلك في كيفية اجرائها و الآثار الناجمة عنها و التزامات وحقوق اطرافها.

و نظرا للمنافسة الكبيرة التي يشهدها القطاع البنكي في سبيل اجتذاب اكبر عدد من العملاء دفعها الى تطوير خدماتها، و اضحت المنافسة في تقديم خدمات التحويل الالكتروني كبيرة و نتج عنها توفير حلول مرنة و بسيطة لإجراء العمليات المختلفة على الحساب، تجنب مستخدميها حمل مبالغ مالية كبيرة معهم، لهذا فهي وسائل تغري الأفراد للتعامل مع البنوك و فتح حسابات لإيداع أموالهم و الحصول على ائتمان، مما يساهم في رفع أرباح البنوك نتيجة لتغذية العملاء لحساباتهم بالأموال أو إبقاء ودائعهم لديها دون سحبها نقديا فتستفيد البنوك بذلك من بقاء الأموال لديها باستثمارها، كما أن البنوك لا تقدم مثل هذه الخدمات بالمجان و إنما تتقاضى رسوما سنوية و عمولات نظير ذلك.

لهذا فإن أهمية دراسة المسؤولية عن عمليات التحويل الالكتروني تتجلى تبيان ابرز المخاطر التي قد يتعرض لها الأشخاص الذين يتعاملون بوسائل التحويل الالكتروني للأموال، و الحقيقة أن هذه المخاطر و الحقيقة أن هذه المخاطر كما قد تحيط بالعميل فان أثرها يمتد للبنك و للاقتصاد الوطني بأكمله في بعض الأحيان، و عدم توفير البنك للبيئة الملائمة لإجراء هذه العمليات و اتخاذ التدابير اللازمة لإدارة المخاطر الناتجة عنها و حمايتها بالوسائل التقنية و القانونية قد يؤثر على ثقة العملاء في هذه الوسائل، والتأثير بالتالي على ثقتهم بالبنوك مما قد يحدث الكثير من الخسائر لها نتيجة لإحجامهم عن التعامل معها و يؤثر بالتالي على حجم الودائع، فتصبح البنوك غير قادرة على منح الائتمان لقطاع الأعمال و الاستثمار وفقا للشكل الذي يتطلبه النظام الاقتصادي للدولة.فمعرفة العميل لحقوقه والتزاماته الناتجة عن تعامله بوسائل

التحويل البنكي الالكتروني يساهم بدوره في تحقيق أقصى درجة من الحماية له، للحيلولة دون الوقوع في الأخطاء و التعرض للمخاطر الناتجة عنها فيتجنب ما يمكن ان يقع له من أضرار و الدخول في نزاع مع البنك حول المسؤولية عن تلك الأضرار، فالعقود التي تنظم عمليات التحويل البنكي الالكتروني هي عقود ملزمة للجانبين يتحمل كل من البنك والعميل بالتزامات تنشأ عنها، و الاستفادة من هذه العمليات تتطلب نوعا من التعاون و التواصل الدائم و المستمر بين البنك وعميله، وبقيام كل طرف بالالتزامات المفروضة عليه يكون قد ساهم في حماية امن و سلامة عمليات التحويل البنكي الالكتروني.

فموضوع مسؤولية المدنية للبنك لم يحضى بالاهتمام القانوني اللازم بالقدر الذي أولته المسؤولية الجزائية له ضمن قواعد قانون العقوبات، لأن لإبراز مختلف الأحكام القانونية التي تحكمها أو تبرز مختلف الأسس التي تقوم عليها هذه المسؤولية و بالنظر إلى طبيعة العلاقة بين البنك و العميل، وذلك لكون آن البنك هو الذي يحكم إعمال القانون المصرفي إضافة إلى أن دراسة موضوع مسؤولية البنك الناتجة عن عملية التحويل البنكي الالكتروني تتمثل في بيان المخاطر التي قد يتعرض لها الأشخاص الذين يتعاملون بوسائل التحويل الالكتروني للأموال لكونها تتيح للعميل اختصار الوقت والجهد و المال.

حيث تهدف الدراسة الى الاجتهاد في وضع حماية مدنية للزبون او المتعامل الالكتروني عبر الانترنت من اجل توفير قدر من الثقة و الائتمان له و لمن يرغب في التعامل الالكتروني حتى نرفع عنه الغشاوة التي تكون حاجزا له للأقدام على التعامل عبر الانترنت موضحين له كافة وسائل الامان و الحماية لكافة تعاملاته الالكترونية حتى نخرجه من دائرة التردد الى دائرة الاقدام على المعاملات الالكترونية و ذلك من اجل مواكبة التطور التكنولوجي الحديث.

كما تهدف هذه الدراسة إلى ترسيخ و تبيان الضوابط التي تتفق وما تقتضيه للانتقال من النظام الذي يتراجع فيه دور العميل إلى النظام الذي يتزايد فيه وعيه، و اتجاهه نحو المطالبة بحقوقه في مواجهة البنك، زيادة إلى ذلك تهدف الدراسة إلى إبراز حتمية التوافق بين ممارسة الأعمال المصرفية و تفعيل روح المنافسة بين البنوك و التشديد من التزاماتها القانونية لتوفير قدر من الاطمئنان و الثقة بين الطرفين، نظرا لما تصل إليه العلاقة بينهما من خطورة في حالة تعديلها و موظفيها على حقوق العملاء، بالإضافة إلى معرفة مدى إمكانية البنك من إعفاء نفسه من هذه المسؤولية أو اتفاقه مع العميل على تعديل أحكام هذه المسؤولية . كما تهدف إلى أبراز الآثار القانونية للممارسات الخاطئة للأعمال المصرفية.

فالأسباب التي دفعتني لاختيار موضوع مسؤولية البنك عن عملية التحويل البنكي الالكتروني عديدة، منها أسباب شخصية متمثلة في ميولي الشخصي لهذا الموضوع و رغبتي في الخوض موضوع يثير إشكالات واقعية، و استكشاف طبيعة هذه التقنية التي نتعامل بها يوميا. و أخرى موضوعية تتمثل في:

- تبيان إلى أي مدى يمكن للعميل سحب البنك إلى ساحة القضاء ليصدر في مواجهته حكم أو قرار ينبغي تنفيذه رغما عنه.
- غياب رؤية واضحة حول حدود مسؤولية البنك عن الأضرار التي يمكن أن يتعرض لها العميل نتيجة العمل بأدوات التحويل الالكتروني المختلفة و عدم وضوح هذه العمليات، فمعظم البنوك تعتمد على النظام الالكتروني الحديث في تنفيذها، فقد أدى ذلك إلى تشابه العمليات في مظهرها رغم اختلافها في مضمونها و الآثار الناتجة عنها.
- حداثة الموضوع وقلة الدراسات القانونية حوله، الأمر الذي دفعني إلى محاولة الإسهام في إثراء هذا الموضوع من الناحية العلمية و الموضوعية.

فلدراسة هذا الموضوع تتطلب صياغة النظرية القانونية لعمليات التحويل المصرفي الالكتروني ، من جديد فالنظريات القانونية لا تولد مكتملة، و لكنها تخضع لتطور مستمر تحت تأثير المعطيات العملية، و لا يشذ التحويل المصرفي على هذه القاعدة حيث انه قد خضع لتطور جذري باعتباره عملية مرنة لا تتسم بالجهود أو الثبات لدرجة أن بعض الفقهاء قد عزموا عن وضع تعريف للتحويل المصرفي تجنبا لحصره في إطار قوالب محدد سلفا، و اثاروا ترك التحويل المصرفي يتطور وفق المستجدات و المعطيات العملية التي تنشا في كنفها لقد واجهتني خلال إعدادي لهذه الدراسة العديد من الصعوبات منها:

- عدم قدرة البنوك على تقديم المساعدة في إطار البحث العلمي على أساس مبدأ السرية المصرفية
- عدم وجود دراسات قانونية سابقة في الموضوع
- غياب الاجتهادات القضائية والقرارات والأحكام في الموضوع

و الصعوبات التي تواجه طريق أي باحث علمي في مرحلة جمع المادة العلمية و هي قلة المراجع الوطنية المتخصصة في الموضوع و هو ما جعلني ألجا إلى بعض المراجع الأجنبية التي أخذت مني وقتا في ترجمتها و استخلاص النتائج منها خدمة للبحث العلمي و للمكتبة الجزائرية.

وبغية الإلمام و الإحاطة بكافة جوانب البحث و تحليل أبعاده و للإجابة على إشكالية المطروحة، ارتأيت للاعتماد على منهج البحث العلمي و ذلك في تبيان القواعد العامة لمسؤولية البنك المدنية و حدود هذه المسؤولية، بالإضافة إلى الاعتماد على المنهج الوصفي التحليلي، و ذلك من خلال وصف الظاهرة

موضوع الدراسة و تحليل عناصرها و بعض جزئياتها و توضيح العلاقات و الروابط التي تحكمها. فلدراسة موضوع مسؤولية البنك المدينة لابد من تبيان نوع هذه المسؤولية وشروط قيامها، و القواعد القانونية لإعفاء البنك من هذه المسؤولية الناتجة عن عملية التحويل البنكي الالكتروني كما اتبعت أسلوبا منطقيا عند معالجة كل نقطة، و يتمثل في عرض جوهر كل عنصر الذي نتناوله في موضعه المحدد. ثم بيان الأساس القانوني الذي يركز عليه، و أخيرا الآثار العملية المترتبة عليه أو بعض التطبيقات القضائية، كذلك المنهج المقارن و ذلك من خلال المقارنة مسؤولية البنك عن عملية التحويل الالكتروني في القانون الجزائري و مسؤولية البنك في القانون الفرنسي، بالإضافة الى القانون المصري.

و من خلال ما تقدم فان الإشكالية الرئيسية التي قمت بطرحها في هذا الموضوع المتمثل في مسؤولية البنك عن عملية التحويل البنكي الالكتروني تكمن في مايلي:

– ما مدى إمكانية تطبيق القواعد العامة للمسؤولية المدنية على خطأ البنك في عملية التحويل البنكي الالكتروني لعدم محاولة تنصله من المسؤولية؟.

و تنبثق عن هاته الاشكالية جملة من تساؤلات فرعية تتمحور أساسا حول :

هل يجوز الاتفاق على تعديل شروط المسؤولية في حالة وجود القوة القاهرة او فعل الغير كسبب للحد من المسؤولية ؟ و ما هي القيود الواردة على صحة الشروط المعدلة لمسؤولية البنك ؟.

و إجابة على الإشكالية المطروحة، قمنا بتقسيم الدراسة إلى فصلين. بحيث سنتطرق في الفصل الأول إلى النظام القانوني لمسؤولية البنك المدنية عن عملية التحويل الإلكتروني من خلال مبحثين، حيث ندرس في المبحث الأول المسؤولية العقدية الناشئة عن عملية التحويل البنكي الالكتروني ونبين فيه شروط قيام المسؤولية العقدية و أساس مسؤولية العقدية للبنك عن عمليات التحويل الالكتروني. أما في المبحث الثاني سنتطرق إلى مسؤولية البنك التقصيرية عن عملية التحويل الالكتروني، و ندرس فيه المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي، و المسؤولية غير الشخصية كأساس لمسؤولية البنك.

أما بالنسبة للفصل الثاني سنتطرق إلى حدود مسؤولية البنك عن عملية التحويل الالكتروني من خلال مبحثين، فسنتناول في المبحث الأول القواعد القانونية لإعفاء البنك من المسؤولية و ذلك من خلال دراسة القوة القاهرة و فعل الغير أو العميل كسبب لإعفاء البنك من المسؤولية، أما المبحث الثاني سنتناول فيه الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية ومدى صحة هذا الاتفاق.

الفصل الأول: النظام القانوني لمسؤولية البنك المدنية عن عملية التحويل البنكي الالكتروني.

الفصل الثاني: حدود مسؤولية البنك عن عملية التحويل البنكي الالكتروني.

الفصـــل الأول

النظام القانوني لمسؤولية البنك المدنية عن عملية التحويل الإلكتروني

الفصل الأول: النظام القانوني لمسؤولية البنك المدنية عن عملية التحويل الإلكتروني

يقصد بالمسؤولية المدنية " المسؤولية التي تقوم حين يخل الفرد بما التزم به قبل الغير قانوناً أو اتفاقاً ,والجزاء فيها تعويض الضرر الناشئ عن هذا الإخلال "والمسؤولية المدنية إما أن تكون عقدية ويقصد بها "جزاء عدم قيام المتعاقد بتنفيذ التزامه أو تأخره في هذا التنفيذ وهي تؤدي إلى تعويض الدائن عما أصابه من ضرر بسبب عدم تنفيذ العقد" ، و إما أن تكون تقصيرية ويقصد بها "التزام الشخص بتعويض الضرر الناشئ عن فعله الشخصي أو عن فعل من هم تحت رعايته أو رقابته من الاشخاص أو الاتباع أو تحت سيطرته الفعلية من الحيوان أو البناء،أو الاشياء غير الحية الأخرى في الحدود التي يرسمها القانون، فللعقد قوة ملزمة، لذلك يجب على المدين تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه مختارا، فإن امتنع أو تأخر عن ذلك اجبر عليه بواسطة القضاء. حيث أقر المشرع الجزائري ذلك في القانون المدني الجزائري و ذلك من خلال الباب الأول تحت عنوان مصادر الالتزام، في الفصل الثاني الخاص بالتنفيذ بطريق التعويض، نجد نص المادة 176 منه تنص على ذلك.[1]

تعرف المسؤولية المدنية على أنها التزام الشخص بتعويض الضرر الذي احدثه للغير نتيجة إخلاله بالتزام معين، وهي تنقسم بحسب طبيعتها إلى نوعين، عقدية و أخرى تقصيرية، بحيث يتم تحديد طبيعة المسؤولية بالنظر لمصدر الالتزام الذي تم الإخلال به.[2] فموضوع المسؤولية المدنية للبنك يكتسي أهمية بالغة نظرا للتطورات التي عرفها القطاع البنكي في ظل الاعتماد الكبير على مخرجات التكنولوجيا الحديثة من جهة ، و على مستوى حجم المعاملات المنفذة من طرف البنوك من جهة أخرى.[3] لذا سنقوم في هذا الفصل بدراسة أثر تطبيق القواعد العامة للمسؤولية المدنية على عملية التحويل البنكي الإلكتروني التي يقوم بها البنك على حساب زبونه ضمن مبحثين، الأول نتناول فيه المسؤولية العقدية الناشئة عن عملية التحويل البنكي الإلكتروني، بينما نتعرض في المبحث الثاني لمدى انطباق المسؤولية التقصيرية على عملية التحويل البنكي الإلكتروني.

---

[1] المادة 176 من ق.م.ج تنص على: "إذا إستحال على المدين أن ينفذ الإلتزام 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 الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

[2] عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، نظرية الإلتزام بوجه عام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت،2000،ص:113.

[3] محمد محمود أبو فروة، مرجع سابق ص:113.

المبحث الأول: المسؤولية العقدية الناشئة عن عملية التحويل البنكي الإلكتروني

تكون مسؤولية البنك على أساس عقدي إذا كان الخطأ ناشئا عن إخلال البنك بأحد الالتزامات الواردة في العقد المبرم بين البنك والعميل ، فهو عقد يبرم بين البنك و العميل عند فتح الحساب، كما يمكن أن يأخذ هذا العقد الشكل الإلكتروني في التعاقد كأن يتم الاتفاق بين البنك و العميل كأن يتلاقى إيجاب البنك مع قبول المدين على شبكة دولية للاتصال عن بعد وذلك عبر وسيلة مسموعة و مرئية بفضل التفاعل بين الموجب و القابل.مثل عقد الخدمات المصرفية.[1] ومنه لابد من البحث في شروط المسؤولية العقدية في المطلب الأول، لنحاول بعد ذلك من معرفة أساس هذه المسؤولية في المطلب الثاني.

المطلب الأول: شروط قيام المسؤولية العقدية

يشترط لقيام المسؤولية العقدية شرطان، أولهما وجود رابطة عقدية تجمع بين الطرف المضرور و الطرف المسؤول، وهذا ما سنحاول دراسته من خلال (الفرع الأول)، اما الفرع الثاني فسيكون حول الضرر الناتج عن الإخلال بأحد الالتزامات الواردة في العقد.

الفرع الأول: وجود علاقة تعاقدية بين البنك و العميل

حتى تقوم المسؤولية العقدية، لابد من وجود عقد بين البنك وأحد العملاء، و يتفق فيه العميل مع البنك على أن يقوم البنك بأداء أحد الخدمات المصرفية، وأن يكون ذلك البنك قد توافرت فيه كافة شروط وجوده و صحته القانونية و أن يوجد هناك خطأ قد إرتكبه البنك أثناء قيامه بتنفيذ هذا العقد، وقد ترتب عليه ضرر لهذا العميل، أما إذا تخلف شرط من هذه الشروط فإننا لا نكون بصدد مسؤولية عقدية وإنما مسؤولية تقصيرية.[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، او للأسباب التي يقررها القانون".[3]

---

[1] سليمان ضيف الله الزبن، التحويل الإلكتروني للأموال و مسؤولية البنوك القانونية، ط1، دار الثقافة، عمان، 2012، ص: 139.

[2] إبراهيم سيد أحمد، مسؤولية البنوك عن العمليات المصرفية– فقها و قضاءا، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص: 13.

[3] الأمر رقم75–58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم ،الجريدة الرسمية العدد 44.

ومنه يفترض لقيام المسؤولية العقدية للبنك في مواجهة العميل عن عمليات التحويل الإلكتروني، أن يرتبط الطرفان بعقد صحيح يحدد التزامات كل منهما في مواجهة الآخر،و ما يلاحظ أن العلاقة التي تجمع البنك والعميل تمتاز بكونها تقوم على مجموعة من العقود المختلفة في ظل العلاقة الواحدة، و هي في معظمها ذات طبيعة خاصة ابتدعها العمل البنكي و طورتها عاداته، حيث تمتاز بسرعة نشأتها و انقضائها بحيث يكون من الصعب الفصل بين تلك العقود، و الطريقة التي تنظم بها العلاقة بين البنك والعميل تتسم بالتعقيد من الناحية العملية، حيث تبدأ عادة من الوقت الذي يقوم فيه البنك بفتح حساب للعميل، فيقوم العميل بإيداع مبالغ نقدية فيه، فيتولد في هذه الحالة عقدان ، عقد فتح الحساب و عقد الوديعة النقدية، وعلى أي حال فإن فتح الحساب يمنح الزبون حقا في الاستفادة من بعض الخدمات التي يمنح البنك للزبون بصفته وكيلا عنه في التحصيل و الوفاء.[1]

ويشترط في هذا العقد ما يشترط لصحة كافة العقود من رضا و أهلية و محل و سبب، فركن الأهلية يكون متطلبا عند قيام البنك بفتح الحساب، فالبنك قبل قيامه بفتح الحساب يكون ملزما بالتأكد من هوية زبونه، و ما ن داعي للبحث عن مدى أهليته عند إبرام عقد التحويل الإلكتروني، فبوجود الحساب البنكي يعطي لصاحبه الحق في التصرف في الأموال الموجودة فيه بغض النظر عن الوسيلة التي يستخدمها في ذلك. و البنك يكون قد تأكد مسبقا من هوية الزبون و مدى صلاحيته للتصرف في تلك الأموال الموجودة فيه، و منه فإن الارتباط الظاهر بين مختلف العقود لا ينفي استقلاليتها عن بعضها البعض لأن فتح الحساب لا يعطي العميل الحق في خدمة التحويل الإلكتروني بشكل تلقائي ، إذ لا بد من إبرام عقد خاص بها بالنظر لحداثة استخدامها و طبيعتها الخاصة و المخاطر الناجمة عن استخدامها، فمسؤولية البنك تقوم عند القيام بعمليات التحويل الإلكتروني (مع الإخلال بالالتزامات الوارد في العقد).[2]

الفرع الثاني: الإخلال بأحد الالتزامات العقدية (الخطأ العقدي)

بالإضافة إلى وجود عقد صحيح يتطلب لقيام المسؤولية العقدية للبنك أن يقع الإخلال بأحد الالتزامات الواردة في هذا العقد من طرفه، و هذا الإخلال لكونه شرطا لقيام مسؤولية البنك العقدية، فهو ايضا يمثل ركن الخطأ فيها. فالخطأ العقدي يتمثل في عدم قيام الشخص بتنفيذ أحد الالتزامات التي تقع على عاتقه

[1] إلياس ناصيف، موسوعة الوسيط في قانون التجارة، ج4، عمليات المصارف، ط1، المؤسسة الحديثة، لبنان،2008، ص:500.

[2] محمد محمود ابو فروة ، مرجع سابق،ص:138.

بمقتضى العقد. حيث يمكن تعريف الخطأ على أنه." كل إخلال بواجب قانوني مصدره العقد أو القانون "، و منهم من أضاف أنه " إخلال بالتزام قانوني سابق نشأ عن العقد أو القانون ".[1]

فالإخلال بالتزام عقدي، أو الخطأ العقدي، هو الركن الأول من أركان المسؤولية العقدية .وقد اختلف شراح القانون المدني في تعريف الخطأ العقدي، فهناك من يعّرف الخطأ العقدي بأنه ":انحراف في سلوك المدين بالالتزام، لا يأتيه الرجل المعتاد إذا وجد في نفس ظروف المدين العادية "، وأرى أن هذا التعريف يقصر الخطأ العقدي على معيار واحد، هو معيار الرجل العادي، في حين أن معيار الخطأ قد يكون معيارا شخصيا.[2] و منهم أيضا من يرى أن الخطأ إخلال بواجب قانوني سواء كان التزاما بمعناه الدقيق مسؤولية عقدية أم كان واجبا قانونيا عاما تترتب عليه المسؤولية التقصيرية عن الإخلال به. فالبنوك وهي تقوم بالعمليات المصرفية المختلفة التي يسخر لها موارد بشرية تتمثل في الموظفين و أخرى مادية تتمثل في الأجهزة التي تباشر من خلالها هذه العمليات، يترتب عليها في مواجهة عملائها إما بنص عقدي أو بنص قانوني التزامات على عاتقها بحسن أدائها لهذه الأخيرة في أكمل وجه ، ولكن قد تثور مسؤوليته عند اخلاله بأحد هذه الالتزامات.[3]

فمفهوم الخطأ العقدي بالنسبة للمدين (البنك) و الذي 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 ان استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه ويكون كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه ".فالمادة تبين ان الخطأ العقدي هو إما عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه ، و يضاف اليه سوء تنفيذ الالتزام بالرغم من ان حقل الأخطاء البنكية واسع جدا .فالإخلال بالتزام عقدي هو انحراف سلوك المدين بهذا الالتزام لا يأتيه الرجل المعتاد إذا وجد في نفس ظروف المدين العادية، فالإنسان السوي لا يمكن أن يخل بالتزامه إلا لأسباب خارجة عن إرادته.[4]

---

[1] علي فيلالي ،الإلتزامات ، العمل المستحق للتعويض، مولفم للنشر، الجزائر،2002 ، ص:45.

[2] أحمد سليم فريز نصرة، الشروط المعدلة للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري، مذكرة تخرج لإستكمال متطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين،2006، ص:7.

[3] سهام خليلي، المسؤولية المدنية للبنك، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2007-2008، ص: 39-40.

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

إن غالبية التشريعات الفقهية اتجهت في سبيل تحديد نطاق كل عقد من العقود المبرمة بين البنك و العميل إلى تفكيك هذه العلاقة و دراسة كل عقد من العقود على حدى، لهذا ذهب إتجاه من الفقه إلى إعتبار أن عقد الحساب البنكي هو الذي يمثل العلاقة الرئيسية التي تجمع البنك و العميل، فهو عقد مركب يتضمن من الخصائص ما يجعله يستجيب بصورة كبيرة لجميع العمليات التي يتضمنها، و هو يخضع من حيث آثاره لأحكام العملية الجارية وفقا لمعيار الغاية النوعية للعقود، حيث لا يمكن النظر لكل عقد من العقود الناشئة بين البنك و العميل بشكل مستقل و إنما ينظر إليها على أساس وحدة تلك العلاقة و قيامها داخل إطار واحد هو الحساب البنكي.[1]

ولذلك يعرف الخطأ العقدي للبنك في عدم تنفيذه بالواجبات الخاصة بالصرامة و الاستقامة التي يفرضها العقد المبرم بينه وبين عميله، ويستوي في ذلك ان يكون هذا الخطأ ناشئ عن عمد او إهمال او عن فعل دون عمد او إهمال.[2] فالعقد بما يرتبه من علاقات بين طرفيه ، يولد فرصا لوقوع اضرار لا مجال لوقوعها بين اثنين كل منهما اجنبي على الآخر اين يكون الدائن(العميل) قد عرض نفسه الى حد ما لأخطاء المدين (البنك) الذي اختاره للتعامل معه، و عليه ان يتحمل بعض نتائج سوء اختياره.لكن عميل البنك هنا لم يضع في اعتباره فكرة سوء اختيار مدينه (البنك) بل ان الحجم الاقتصادي و المركز القانوني لهذا الاخير يجعل نسبة توقع الخطأ في جانبه ضعيفة جدا، فعلى البنك بالمقابل تدعيم الثقة التي وضعها عميله فيه اثناء تنفيذه لالتزاماته المتقابلة، فالواجب يكبر في اطار العلاقات القانونية كلما تمتع فيها احد الاطراف بموقع متميز اتجاه الطرف الآخر.[3]

فإبرام عقد خاص يتمثل في تقديم خدمات التحويل البنكي الإلكتروني لا يجعل منه عقدا مستقلا بشكل تام عن بقية العمليات البنكية، و خصوصا عن الحساب البنكي الذي يعتبر أساس العلاقة التي تجمع البنك بالزبون، فعمليات التحويل تقع على الاموال الموجودة في هذا الحساب.

يفرق الفقه في الخطأ العقدي بين الالتزام ببذل عناية و الالتزام بتحقيق نتيجة، فالمقصود بمعيار تقدير خطأ البنك العقدي، هو تقدير سلوك او تصرف البنك الذي يقدره العرف المصرفي و الاجتهاد القضائي في حالة عدم وجود نص تشريعي يقضي بذلك، بوصفهما من مصادر القانون المصرفي، اي تحديد درجة

---

[1] علي البارودي، القانون التجاري، العقود التجارية و عمليات البنوك ، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2000، ص: 304.

[2] سليمان عبد الفتاح ، المسؤولية المدنية والجنائية في العمل المصرفي في الدول العربية، مكتبة الانجلو المصرية، ط1، مصر،1986، ص: 48.

[3] سهام خليلي، مرجع سابق، ص: 42-43.

الخطأ من قبل هذا الاخير، و مقارنته بتصرف غيره من البنوك لأن سلوكه كمدين محترف لا يكون بالضرورة نفسه بالنسبة لطائفته، اذ يجب ان يوضع في الاعتبار الظروف التالية:

1. ظروف متعلقة بدرجة تخصص المدين في المهنة.
2. ظروف خاصة بطبيعة الاحتراف المهني للمدين.
3. ظروف متعلقة بأهمية المصلحة الخاصة المحافظ عليها.
4. ظروف متعلقة بالعادات.[1]

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

أولا: الالتزام ببذل عناية

الالتزام ببذل عناية هو التزام لا يعد فيه المدين بشيء سوى ان يضع تحت خدمة الدائن الوسائل التي يملكها، و ان يحرص على تنفيذ العقد بان يفعل كل ما يستطيعه و كل ما يقدر عليه، دون ان يعد و يضمن النتيجة، و ما يمكن ملاحظته من خلال هذا التعريف بان المدين لا يلزم نفسه بالوصول الى هدف معين و انما يعد محاولة الوصول إليه لأن هذا الهدف هو مراد الدائن قصد الوصول دون الوصول، فقد يصل و قد لا يصل.[3]

يقتصر هذا النوع من الالتزامات على الالتزامات التي يكون محلها القيام بعمل، وفي ذلك تنص المادة 172 من ق.م.ج على أنه "في الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء، او أن يقوم بإدارته ويتوخى الحيطة في تنفيذ التزاماته فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص العادي، و لو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك". حيث يستشف من نص المادة طلب المدين (البنك) بذل جهد معين سواء تحقق الهدف

[1] سهام خليلي، مرجع نفسه،ص:44-45.

[2] محمد صبري السعدي،شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى ،ج1، ط2،الجزائر، 2004،ص:45.

[3] سعاد بختاوي ،المسؤولية المدنية للمهني المدين،مذكرة لنيل درجة الماجستير تخصص مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد،تلمسان، 2011-2012،ص: 82.

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

فلا يفرض هذا الالتزام المدين الوصول إلى نتيجة مرجوة و إنما عليه فقط بذل العناية للوصول إليها، فإن بذلها يكون قد وفى بالتزامه ولا تقوم مسؤوليته العقدية و العناية المطلوبة من المدين في هذا الالتزام هي عناية الرجل المعتاد، مثاله التزام الطبيب بإجراء عملية جراحية، فقد تنجح العملية و قد لا تنجح إلا أن عدم نجاحها لا يؤدي إلى قيام مسؤولية الطبيب طالما أنه بذل جهد في إجرائها عناية الطبيب المعتاد في نفس الظروف العادية، و نفس الأمر بالنسبة للمحامي،[2] ففي الالتزام ببذل عناية يتعهد الشخص ببذل جهد معين على سبيل الوصول إلى الغاية المرجوة من العقد ، و يكون الشخص مخطئا إذا لم يقم ببذل الجهد المتفق عليه . و يتم تحديد الخطأ بتحليل سلوك الملتزم و مقارنته وفقا للمعيار الموضوعي بسلوك الشخص الذي يوضع في نفس الظروف و يمارس نفس الأعمال.[3] بحيث يتم قياسه أيضا من خلال معيارين موضوعي و شخصي، فالمعيار الشخصي يقوم على النظر إلى الشخص ذاته من خلال البحث في ظروفه الشخصية من ذكاء و فطنة و نشاط وغيرها، بينما المعيار الموضوعي لا ينظر فيه إلى الظروف الشخصية بل ينظر إلى الفعل الذي يصدر عن الشخص و تتم مقارنة سلوك الشخص بالسلوك العادي الذي تم تجريده من ظروفه الشخصية او كما يسمى الرجل المعتاد،[4] حيث يعتبر الرجل المعتاد "الشخص الذي يمثل جمهور الناس، فلا هو خارق الذكاء، شديد الفطنة، فيرتفع للذروة، ولا هو محدود الفطنة خامل الهمة فينزل إلى الحضيض".[5]

وبالتالي يقوم خطأ البنك في هذا النوع من الالتزام بإهماله في قيامه بعمله لما يتوافق مع الاعراف المصرفية ، بإعتباره إخلال بواجب قانوني سابق مقترن بإدراكه لهذا الاخلال دون قصد الإضرار بالعميل. إذ يقتضي على القاضي تعيين مدى الواجب القانوني الذي كان يقع على عاتق البنك في الظروف التي إرتكب فيها الفعل الضار.[6] ولقد ألزم المشرع الجزائري المدين (البنك) باتخاذ الحيطة و الحذر في

---

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

[2] عدنان إبراهيم السرحان،نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص:302-303.

[3] محمد محمود ابو فروة ، مرجع سابق، ص139.

[4] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص:541.

[5] عبد الرزاق السنهوري، مرجع نفسه، ص:645.

[6] سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني- الفعل الضار و المسؤولية المدنية، قسم المسؤوليات المفترضة، دار الكتاب الحديث، مصر،1987.ص:263.

تنفيذ الالتزام ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة من التزامه، لكنه لم يحدد مقدار واجب الحرص و العناية المفروض على البنك، لذا حاول الفقه اللجوء الى المعيار الموضوعي المتمثل في مدى اتخاذ الاحتياطات اللازمة، اخذا في تحديده مدى اتخاذ البنك لتلك الإحتياطات مجموعة من الاعتبارات كدرجة الخطر و جسامة الضرر و القيمة الاجتماعية لنشاط البنك و مدى ما تكبده من احتياطات لدفع الخطر.[1] و يكون الخطأ على الاهمال يسيرا و قد يكون جسيما إذا لم يبذل البنك العناية المطلوبة بشأن عميله بصورة لا تصدر إلا من أقل البنوك حرصا و أشدهم فوضى في شؤونه الخاصة.[2] فجسامة الخطأ تقدر بالنظر الى طبيعة العقد المصرفي ومن تكرار حدوث الخطأ من جانب البنك، فبالنظر الى الامكانيات التي يتمتع بها من كفاءة عالية و الخبرة الطويلة و التخصص الوظيفي، يفرضان عليه ان يكون متبصرا بمدى احتمال حدوث الضرر، وان كان يجد ضالته في هذا النوع من الالتزام، لما له من دور في تخليصه من المسؤولية او التخفيف منها.[3]

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

- ✓ الخطر اللصيق بعنصر المال نفسه.[4]
- ✓ العنصر الاحتمالي المرتبط بالزمن، ومدى ما يستجد من امور سواء على الصعيد الاقتصادي بشكل عام او يوضع العميل، ومدى امكانيته الوفاء بالتزاماته اتجاه البنك.
- ✓ التزام البنك بتحصيل الاوراق التجارية لحساب عميله.[5]

فالاجتهاد القضائي الفرنسي ادخل هذا الالتزام في عدة عقود التزامات تبعية، لم يتوقعها الاطراف ولكن هذه الالتزامات التبعية تنتج طبيعيا كلواحق العقد، و ذلك ما جاء في نص المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي تقابلها المادة 107 من القانون المدني الجزائري التي تنص على انه:

" يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية.

---

[1] عبد الفتاح سليمان،مرجع سابق، ص:54.

[2] عبد الفتاح سليمان،مرجع نفسه، ص:51.

[3] شريف محمد غنام ، مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ،2006،ص:51.

[4] انظر نظام رقم (91-09)المؤرخ في 14 غشت 1991، يحدد قواعد الحذر في تسيير المصارف و المؤسسات المالية، ج.ر.عدد24، المؤرخ في 92/03/25 المعدل والمتمم بالنظام رقم (95-04) المؤرخ في 20 افريل1995، ج.ر.عدد39 المؤرخ في 95/07/23.

[5] عبد الفتاح سليمان، مرجع سابق، ص:49.

ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول ايضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام.

غير انه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي، وان لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك". [1]

إضافة الى الأمثلة التي يمكن اعتبارها التزام ببذل عناية التزام المودع لديه بحفظ الوديعة ، و التزام المستعير بحفظ العارية. إلا أن معيار الرجل المعتاد ليس مطلقا، فقد يكون المعيار مختلفا و ذلك في الأحوال التي ينص القانون أو يقضي بالاتفاق بذلك، و هذا الحكم واضح في نص المادة 172 من ق.م.ج سالفة الذكر.

ثانيا: الالتزام بتحقيق نتيجة

هو "الالتزام الذي لا يتم تنفيذه إلا إذا تحققت الغاية المقصودة،إذ يتحدد فيه مضمون الاداء بالهدف الذي يرمي الدائن لتحقيقه".[2] قد تكون هذه النتيجة القيام بعمل كالتزام البنك بتمويل احد مشروعات العميل، او امتناع عن عمل كالتزام احد كفلاء مديني البنك بعدم شطب الرهن المقيد على عقار مملوك للمدين إلا بعد سداد كامل مديونية البنك.[3]

وفي هذا النوع من الالتزام يعتبر البنك مخطئا إذا لم تتحقق النتيجة التي يرمي عميله الى تحقيقها من جراء تعاقده معه، دون حاجة لإثبات هذا الخطأ او تقديره من قبل العميل الذي يكفيه اثبات عدم تنفيذ العقد ليقوم الخطأ المصرفي،[4] ودون الحاجة لإثبات اهمال او عدم بذل العناية اللازمة.[5] وباعتبار محل الالتزام هو الالتزام بعمل او الالتزام بالامتناع او الالتزام بإعطاء فإن الالتزام بالقيام بعمل او الاعطاء تعتبر جميعا التزامات بتحقيق نتيجة.[6]

---

[1] سعاد بختاوي، مرجع سابق، ص: 83.

[2] العربي بلحاج، مرجع سابق، ص: 24.

[3] سليمان عبد الفتاح، مرجع سابق، ص:48.

[4] سهام خليلي، مرجع سابق، ص:45.

[5] محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص:21.

[6] محمد صبري السعدي، مرجع نفسه، ص: 18.

في هذه الحالة يكون الشخص ملتزما بالوصول إلى نتيجة معينة فيتحدد الخطأ بعدم تحقق النتيجة المرجوة من الالتزام بغض النظر عن مقدار الجهد الذي بذله الشخص و دون الحاجة إلى النظر في سلوكه، فعدم تحقيق النتيجة يجعل المدين مسؤولا اتجاه الدائن، و يكفي من هذا الأخير في هذه الحالة القيام بإثبات وجود الالتزام من خلال إثبات العقد لينتقل عبء إثبات تحقق النتيجة المرجوة منه إلى المدين.[1]

وإذا أردنا تطبيق الأحكام السابقة على العقد الرابط بين البنك و العميل بخصوص عمليات التحويل الإلكتروني للأموال نجد أن البنوك تحاول الاستفادة من ازدواجية الخطأ في الميدان العقدي فتعتبر معظم لالتزامات التي تقع على عاتقها التزامات ببذل عناية و تلقي عبء إثباتها على العميل. فالبنوك لا تلزم نفسها بمقتضى العقود التي تبرمها مع العملاء إلا في أضيق الحدود، و مجمل الالتزامات 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 .و الحقيقة أن الفقه هجر التدرج في خطأ المسؤولية العقدية

إن المشرع الفرنسي إشترط في الإخلال أن يصدر من العميل في إطار إلتزامه بالحفاظ على أداة التحويل الخاصة به وأن يكون جسيما (ضياع أو سرقة أداة التحويل).[2] فإذا كان المدين ملتزما بتحقيق نتيجة فإنه يعد مخطئا إذا لم تتحقق الغاية المطلوبة ولا يقبل منه أن يقيم الدليل على إنعدام الخطأ من جانبه، لأن هذا الخطأ قد وقع فعلا لعدم تنفيذ التزامه. ومن أمثلة هذا النوع من الالتزام ببناء بيت أو بنقل حق عيني او الامتناع عن المنافسة، و التزام البنك بضمان ما هو مودع في الخزانة الحديدية.[3]

وعلى أي حال فإنه إذا كان من السهل على العميل إثبات وجود العلاقة التعاقدية كأحد شروط قيام المسؤولية العقدية فإن التقيد بمضمون العقد و اعتبار أن المسؤولية لا تقوم إلا عن الإخلال بالالتزامات الناتجة عنه، و من ثم إلقاء عبء إثبات الخطأ على الزبون لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يوفر حماية لهذا الأخير في ظل تفوق البنك التقني و احتكار وسائل الإثبات.[4]

وعليه فإن التنظيم التعاقدي للعلاقة بين البنك و العميل تقتصر على الحدود الدنيا فتبقى بذلك الكثير من القواعد المطبقة على العلاقة تخضع للأعراف و العادات المستقرة في العمل المصرفي كالتزام البنك

---

[1] محمد محمود ابو فروة، مرجع سابق، ص:140.

[2] نوري حمد خاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة المنارة للدراسات القانونية، جامعة آل البيت، مجلد السابع،لعدد 3،أكتوبر 2001، ص:49.

[3] أحمد سليم فريز نصرة، مرجع سابق، ص:7-8.

[4] محمد محمود ابو فروة، مرجع سابق، ص:143.

بضمان سلامة النظام الإلكتروني بينما يتحمل العميل ما لا يمكن رده للعقد ففي الالتزامات بتحقيق نتيجة على الرغم من أن الزبون يكفيه إثبات العلاقة التعاقدية حتى يطلب من البنك تنفيذ هذا الالتزام فإن هناك الكثير من الحالات يظهر فيها البنك بأنه قام بتنفيذ التزاماته لكن في حقيقة الامر لم يكن وفقا للشكل المتفق عليه لعيب أو نقص، و هنا يكلف العميل بإثبات أن البنك لم يقم بتنفيذ التزامه كليا أو جزئيا ولكن رغم ذلك يمكن للبنك إعفاء نفسه من هذه المسؤولية بإثبات وجود السبب الأجنبي فالبنك يملك من الوسائل ما يمكنه إثبات قيامه بواجبه من مجرد بذل عناية و بالتالي يمكنه التهرب من المسؤولية.[1]

ومن اهم تطبيقات الالتزام بتحقيق نتيجة، مسؤولية البنك عن افشاء اسرار مهنته، اذ يقع على عاتق البنك عدم الافشاء باسرار عملائه المعهودة اليه لان ذلك يعرضه للجزاءات المدنية والجزائية،لان له خصوصية تميزه خلافا لباقي الاسرار المهنية الاخرى لمساسها بالمركز الاقتصادي للعميل.وهو ما يخل بالثقة العامة الواجب توفرها في ممارسة المهنة المصرفية، إذ متى نشأ العقد صحيحا بين البنك و العميل فانه يترتب في ذمة البنك التزاما ضمنيا بموجب هذا العقد بأن لا يفشي اسرار هذا العميل، و متى حدث ذلك فعلى هذا الاخير اثبات حصول الاخلال به.[2] كأن يدلي البنك الى الشخص غير صاحب الحساب برصيد هذا الحساب و لو كان يحمل شيكا، ويتقدم الى البنك لصرف قيمته، لان الالتزام المترتب في ذمته هو عدم قيامه بإخبار احد بمقدار مديونية العميل و اسماء من يعطيهم شيكات على حسابه.[3]

نستخلص مما سبق أن تطبيق القواعد العامة في المسؤولية العقدية يصعب على العميل مهمة إقامة مسؤولية البنك عن الأضرار التي تقع له نتيجة عمليات التحويل الإلكتروني مما جعل الفقه يدعو إلى ضرورة إيجاد وسيلة أخرى لإقامة مسؤولية البنك عن طريق توسيع نطاق المسؤولية العقدية.

المطلب الثاني:أساس المسؤولية العقدية للبنك عن عملية التحويل الالكتروني

ينحصر نطاق المسؤولية العقدية للبنك عن عمليات التحويل الالكتروني في حدود معينة و ضمن شرطين أساسين لابد من توافرهما، و هما وجود عقد صحيح و ثانيهما أن يكون الضرر ناتجا عن إخلال البنك بالتزام عقدي و اعتبار البنك مسؤولا عن الاشياء التي يستخدمها في تنفيذ العقد عن فعله الشخصي

[1] محمد محمود ابو فروة ، مرجع نفسه، ص:144.

[2] محي الدين اسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية و العملية،ج1، مصر، 1987، ص: 136.

[3] محي الدين اسماعيل علم الدين، مرجع نفسه،ص: 138.

أو وجود التزام على عاتق البنك بضمان سلامة عملائه من الاضرار الناتجة عن استخدام التحويل الالكتروني.

الفرع الاول: المسؤولية العقدية عن فعل الشيء كأساس مسؤولية البنك

إن البنوك تقوم بتقديم خدمات إلى العملاء من خلال عقود ترسم حدود العلاقة بينهما وبين حقوق و التزامات كل منهما.

ولهذا يرى بعض الفقه أنه أيا كانت صورة النقل الالكتروني للنقود فيجمع هذه الصورة أنها تتم من خلال عقد يسمى"عقد تقديم خدمة" contrat de service و هو : "إتفاق يضع البنك بمقتضاه في مكنة العميل وسائل تسمح بنقل النقود بطريق إلكتروني ".و إمعانا في إسباغ الصفة التعاقدية لعمليات النقل الالكتروني يذهب بعض الفقه الى أن إتفاق النقل الالكتروني هو عقد إطارcontrat- cadre يحدد القواعد الرئيسية و المبادئ العامة التي عقودا فرعية أخرى تنبثق منه.[1]

يقوم البنك بتقديم خدمات التحويل الالكتروني من خلال قنوات إلكترونية متعددة توضع عادة لخدمة العملاء و إرسال رسائل المعلومات التي تتضمن أوامر التحويل للبنك الذي يمسك حساباتهم فالعقد الذي يربط البنك و العميل لا يتم تنفيذه مباشرة من طرف البنك إنما يستخدم في ذلك أشياء ليتمكن من تنفيذه و تتمثل في أجهزة الحاسوب الآلي. ولقد أعتبر بعض الفقه أنه في حالة عجز القواعد التقليدية للمسؤولية العقدية عن توفير الحماية للعملاء من الاضرار الواقعة لهم نتيجة استخدام النظام الالكتروني فإنه يمكن الإعتماد على قواعد المسؤولية العقدية عن فعل الشيء.[2] ويرى أصحاب هذا التوجه أن هذه المسؤولية تقوم في جميع الحالات، والتي تؤدي فيها استخدام النظام الالكتروني للإضرار بالعميل، و تقوم على نفس قواعد المسؤولية التقصيرية عن حراسة الأشياء. وبالتالي اشتراط أن يكون الشيء المسبب للضرر تحت الحراسة الفعلية للبنك، و طالما أنه تقع مسؤولية البنك في هذه الحالة دون الحاجة إلى إثبات وقوع الخطأ من طرفه ، فالالتزام بالحفاظ على ودائع العميل هو التزام بتحقيق نتيجة، و ما ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة و إلا تملص البنك المهمل من واجباته بذريعة وقوع خلل في الأجهزة أو عطل فيها.[3]

---

[1] شريف محمد غنام ، مرجع سابق، ص: 19-20.

[2] محمد محمود ابو فروة ، مرجع سابق، ص:144-145.

[3] حازم نعيم الصمادي، المسؤولية المدنية للمصرف عن الأضرار الناتجة عن إستعمال الوسائل الإلكترونية في العمليات المصرفية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات الفقهية و القانونية، جامعة آل البيت، الأردن، 2002، ص:64.

فعلى سبيل المثال يكون هناك خطأ متعلق بالجوانب الفنية لقاعدة المعلومات أو خطأ نتيجة وجود فيروس بحيث ينتج الخطأ نتيجة الأضرار الفنية التي تلحق جهاز الحاسوب الموجود لدى المشترك و كان ذلك ناتجا عن وجود فيروس انتقل من القاعدة إلى جهاز المشترك أثناء الدخول إلى القاعدة مما يترتب عليه فقدان كافة المعلومات و البيانات الهامة المخزنة على جهاز الحاسوب الخاص بالمشترك إذ يقع عليه التزام توفير كافة وسائل الأمان الفنية التي تمكن المشترك من الدخول إلى القاعدة بلا مضار و ذلك بأن يقوم بتركيب برنامج ضد الفيروسات لحماية المشتركين من عدوى الفيروسات التي تنتقل إلى أعمالهم.[1] فالبنك مسؤولا عن الاضرار التي تسببها الوسائل التقنية ، ولا يمكنه التنصل من المسؤولية الناجمة عن اخطائها لأنه بالنظر الى نتائجها او تكرار حدوثها تكون غالبا وخيمة.و من امثلة هذه الاخطاء:

- خطأ في كشف حساب العميل.
- تحويل نقدي في وقت غير مناسب.
- تسجيل خطأ في حسابه اثناء سحب النقود من الصراف الآلي.
- إضافة شيك في حسابه بمبلغ يقل او يزيد عن المبلغ الحقيقي.

ولأجل ذلك ابدى المشرع الجزائري اهتمامه الكبير بهذا الامر، بأن لا تحصل البنوك على الترخيص الا بعد تحديد التقنية و الآلية التي ستستخدمها في نشاطها، كما جاء في نص المادة 91 من الامر المتعلق بالنقد و القرض: " من اجل الحصول على الترخيص...، يقدم الملتمسون برنامج النشاط و الامكانات المالية و التقنية التي يعتزمون استخدامها...".[2] و بإعتباره مدين محترف فإنه يستعمل الادوات و الاجهزة بحسب تخصصه المهني، و أهمها الكمبيوتر و الصراف الآلي و ان كان يتحكم فيه الكمبيوتر اللذان يختزلان المدة بين اصدار و تنفيذه وما لقدرته الهائلة على تخزين و استرجاع المعلومات.وما لأهميته الفائقة و الدور الذي تلعبه في الربط الشبكي بين مختلف البنوك، اضافة الى استعماله الخزائن الحديدية و اشياء اخرى.[3]

تجدر الإشارة إلى عدم وجود نظرية عامة تحكم المسؤولية العقدية عن فعل الشيء، فمعظم التشريعات لم تقم بتنظيمها مما يدعو إلى التساؤل عن طبيعة الشروط الواجب توافرها لتطبيقها ، و للإجابة عن ذلك نشير إلى أن قيام المسؤولية ينحصر في الحالات التي لا يكون فيها عدم تنفيذ الالتزام راجع إلى فعل

[1] عبد الفتاح محمود الكيلاني، المسؤولية المدنية الناشئة عن المعاملات الإلكترونية عبر الأنترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011،ص: 126.

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

[3] سهام خليلي، مرجع سابق، ص: 53-54.

المدين الشخصي،و إنما نتيجة إلى فعل الشيء، والحقيقة لم يكن يسعى إلى إقامة المسؤولية على أساس الإخلال بالتزام السلامة، وإنما بغرض استعارة القواعد الخاصة بحراسة الأشياء من قواعد المسؤولية التقصيرية سواء كان الخطأ مفترض أو تحمل التبعة من أجل إعفاء العميل الذي تعامل مع البنك بالوسائل الإلكترونية من عبء إثبات الخطأ.[1]

فمن غير الممكن الجمع بين قواعد المسؤوليتين العقدية و التقصيرية للحصول على تعويض فالدائن لا يستطيع أن يرفع إلا إحدى الدعويين، أما الدعوى التي يخلط فيها بين خصائص كلا الدعويين فهي ليست بالدعوى العقدية ولا بالدعوى التقصيرية، بل هي دعوى ثالثة لا يعرفها القانون.[2]

ومن التطبيقات القضائية ما جاء يه حكم النقض الفرنسي الصادر في 17 يونيو 1987 ان الحكم الذي ذهبت اليه المحكمة الى ان الغاء القيود المكتوبة تلقائيا من البنك بشكل غير صحيح تعد و كأنها قد تمت من العاملين في ادارة حسابات البنك فهم الذين يزودون الكمبيوتر بهذه المعلومات .فأيدت المحكمة الحكم المطعون فيه الذي رفض فكرة استقلال الكمبيوتر عن البنك الطاعن.[3]

من خلال ما سبق يتضح أن المسؤولية العقدية عن الأشياء كالمسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي تقوم على الخطأ،[4] ففكرة المسؤولية وليس تحديدا لطبيعتها أو أساسها، نظرا لكون قواعد المسؤولية الشخصية هي التي يتم تطبيقها في هذه الحالة، فالقول بأن البنك يكون مسؤولا تجاه عميله مسؤولية عقدية عن فعل الشيء لا يضيف اي جديد بخصوص أساس المسؤولية و طبيعتها وهو ما دفع توجه في الفقه بالبحث عن أساس آخر للمسؤولية وذلك دون الخروج عن الإطار التعاقدي الذي يجمع البنك بعملائه.[5]

الفرع الثاني: إقامة مسؤولية البنك على أساس الالتزام بالسلامة

الالتزام بالسلامة هو التزام يقع على عاتق أحد الطرفين يحثه على تنفيذ التزاماته العقدية بطريقة تتفق مع حسن النية دون ان يصيب المتعاقد الآخر بضرر من جراء ذلك، قامت مسؤولية المتعاقد المقصر حتى

[1] محمد محمود ابو فروة، مرجع سابق،ص:146-148.
[2] عبد الرزاق السنهوري،مرجع سابق،ص: 226.
[3] محمد شريف غانم، مرجع سابق، ص: 25.
[4] عبد الرزاق السنهوري،مرجع نفسه،ص: 549.
[5] محمد محمود ابو فروة، مرجع سابق،ص:149.

ولو لم يتوفر عنصر الخطأ في حقه. و قد تقرر هذا الالتزام في مواجهة مخاطر التطور العلمي و كفالة حق المضرور في تعويض جابر للضرر حتى ولو كان ناشئا عن اسباب لم يسمح العلم بإستضهارها.[1]

يمكن تعريف الالتزام بالسلامة بأنه: " الالتزام الذي يحرص المدين على تنفيذ العقد دون أن يلحق ضررا بشخص الدائن، فرب العمل ملزم في عقد العمل بسلامة العمال ضد مخاطر العمل، و الناقل ملتزم بالمحافظة على سلامة الركاب و البضائع عند تنفيذ عقد النقل، و البائع يلتزم بسلامة المبيع ن العيب ".[2]

فالرغبة في عدم الخروج عن النطاق العقدي لمسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الالكتروني للأموال إضافة إلى عدم كفاية القواعد التقليدية للمسؤولية العقدية في حماية العملاء من الأضرار الناشئة عن استخدام الادوات الالكترونية الحديثة في العمل البنكي، جعلت البعض يخرج عما تتضمنه العقود التي تقوم البنوك بإبرامها مع عملائها، من خلال افتراض وجود التزام عقدي يفرض على البنك ضمان سلامة عميله.[3]

أولا: تأسيس مسؤولية البنك بإلتزام السلامة

تقوم فكرة الالتزام بضمان السلامة على افتراض وجود شرط على نوع من معين من العقود مفاده تنفيذ المدين للعقد مع المدين دون إيقاع ضرر به أي ضمان سلامة الدائن أثناء تنفيذ العقد، وقد ابتدع القضاء فكرة الالتزام بضمان السلامة بمناسبة تنفيذ عقد النقل في بداية الأمر ثم انتقل هذا التطبيق إلى مجموعة أخرى من العقود ذات شروط معينة من أجل تخفيف عبء الإثبات على المضرور حيث يقتصر الأمر على إثبات مصدر الالتزام لينتقل عبء الإثبات إلى المسئول عن الضرر،[4]حيث اوجد القضاء الالتزام بالسلامة وأدخله ضمن النطاق العقدي لتكملة العقد بإضافة التزام ثانوي إلى الالتزامات الرئيسية بين المتعاقدين على الرغم من وجود هذا الالتزام ضن قواعد المسؤولية التقصيرية، حيث أدت هذه الميزات الناتجة عن إفتراض وجود الالتزام بالسلامة في العلاقة التي تجمع بين المسؤول و المضرور و الدور الذي يقوم به هذا الالتزام في حماية الشخص المضرور.[5] فلالتزام بالسلامة هو من خلق القضاء يهدف الى حماية المضرورين بعد التزامهم بإثبات خطأ المسؤول للحصول على التعويض، و عدم السماح

[1] محمد شريف غنام، مرجع سابق، ص27.

[2] عدنان إبراهيم سرحان، نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، رجع سابق،ص: 303.

[3] Armand colin ; Jean-Luc Aubert, les obligation, le fait juridique, 1996, p : 243

[4] محمد شريف غنام، مرجع سابق، ص27

[5] محمد محمود ابو فروة، مرجع سابق،ص:151

للمسؤول بأن يدفع عن نفسه المسؤولية إلا بإثبات السبب الاجنبي الذي أدى الى حدوث الضرر.[1] ما أدى إلى التساؤل حول قدرة البنك على ضمان سلامة العميل في عمليات التحويل الالكتروني.

و للإجابة عن هذا السؤال تقضي بالبحث في شروط الالتزام بالسلامة للحكم على مدى صلاحيته باعتباره أساسا لمسؤولية البنك عن عملية التحويل الالكتروني، نجد تطبيقات هذا الالتزام في حالة وجود خطر يتهدد السلامة الجسدية لأحد المتعاملين لكن يمكن تحرير هذه الشروط للتلاؤم مع طبيعة العلاقة بين البنك والعميل،فسلامة عملاء البنوك المالية لا تقل أهمية عن سلامتهم الجسدية فالنشاط البنكي يتضمن مخاطر مالية للعميل والبنك يعد مسؤولا عن وضع نظام الكتروني جيد يضمن مستوى معقول للأمان للعميل وإذا أخل بالتزامه لضمان السلامة وأصيب العميل بالضرر قامت المسؤولية التقصيرية للبنك.[2]

إذا كان البنك لا يلتزم بضمان سلامة العميل الجسدية فإنه يلتزم بوضع نظام الكتروني سليم وآمن فغياب الرقابة من العميل عن أنشطة البنك الالكترونية فرض وبقوة التزام جديد على البنك وهو التزام بضمان السلامة للضمان الالكتروني وإذا قصر البنك في تنفيذ هذا الالتزام أو أخطأ وأصاب العميل ضرر قامت مسؤولية ولا يستطيع التخلص من المسؤولية بإسناد الخطأ للخطأ الالكتروني. فالبنك يلتزم بسلامة الضمان الالكتروني على أساس حسن النية الذي يفرض على البنك أن يكون أمينا مع الأشخاص الذين يتعاقد معهم للاستفادة من خدمات التحويل الالكتروني لأنه وضعوا ثقتهم وأموالهم لديه وعليه أن يكون حريصا بأن يقوم بتوفير جميع وسائل الأمان والسلامة التقنية ومراجعة جميع أنظمة الحماية والشبكات والأجهزة بشكل دوري ضمن سياسة واضحة وعن طريق موظفين مؤهلين.[3]

ثانيا: شروط تطبيق الالتزام بالسلامة:

يستلزم الفقه والقضاء لإقامة المسؤولية على أساس الإخلال بالالتزام بالسلامة شرطين هما أن يتضمن العقد خطراً يتهدد أو يتعرض له أحد طرفي العقد، وأن يكون المدين بالالتزام بالسلامة مديناً محترفاً.[4]

---

[1] عزة محمود أحمد خليل، مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب،أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون المدني، كلية الحقوق، القاهرة،1994، ص:118

[2] محمد محمود ابو فروة، مرجع سابق،ص:151 – 152

[3] محمد محمود ابو فروة، مرجع نفسه ،ص:152-153

[4] محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة و تطبيقاته في بعض العقود ،دار النهضة العربية، الاسكندرية، 1980، ص: 143 و ما يليها

1. أن يتضمن العقد خطراً يتهدد أو يتعرض له أحد طرفين : يقوم الالتزام بالسلامة على فكرة إلزام أحد المتعاقدين بعدم الإضرار بالمتعاقد الآخر أثناء تنفيذ التزامه، ومن ثم يكون من المنطقي أن يتحدد نطاق هذا الالتزام بالعقود التي تتضمن خطراً قد يتعرض له أحد الأطراف أثناء تنفيذ العقد.[1]

ويحدد الفقه نوع هذا الضرر اللازم لإعمال الالتزام بالسلامة بأنه الضرر المادي الذي يصيب الانسان في جسده ، فيجب أن يتعرض أحد أطراف العقد إلى ضرر بالغ حتى يتمكن مساءلة الطرف الآخر عن هذا الضرر على أساس مخالفة الالتزام بضمان السلامة ــ[2]

ولتحديد إذا ما كان العقد يتضمن التزاماً بالسلامة ينشئ الإخلال عنه مسؤولية عقدية من عدمه، انقسم الفقه إلى اتجاهين: الأول ويرى أنه يجب النظر إلى الالتزام الرئيسي الذي يقع على عاتق أحد الأطراف وسلامة الطرف الآخر. فإذا كانت هناك صلة بين الاثنين، يمكن القول بأن العقد يضع على عاتق الطرف المتحمل للالتزام الرئيسي التزاماً جديداً بضمان سلامة الطرف الآخر. أما إذا انقطعت الصلة بينهما، فلا يكون الطرف المتحمل للالتزام الرئيسي ملتزماً بضمان سلامة الطرف الآخر.[3]

أما الرأي الآخر فينظر إلى هذا الالتزام من زاوية نصوص القانون والعرف والعدالة. فإذا كان القانون يفرض هذا الالتزام على عاتق أحد طرفي العقد لصالح الطرف الآخر، أو يقضي به العرف أو يتماشى مع قواعد العدالة،كان هذا العقد يتضمن هذا الالتزام، والعكس صحيح.[4]

2.أن يكون المدين محترفاً : يستخلص جانب من الفقه – من استقرائه لمختلف العقود التي طبق فيها القضاء الالتزام بضمان السلامة – شرطاً مهماً مفاده أن يكون المدين بهذا الالتزام محترفاً، فالناقل والطبيب والبنك، كلهم مدينون محترفون. فالمتعاقد مع المدين المحترف ينتظر منه أكثر مما ينتظر من الآخرين من عناية وحرص في تنفيذه لالتزاماته الناشئة عن العقد، فيجب أن يرتفع – بما له من علم وخبرة – إلى مستوى عالي يجعله يتجنب الأخطاء التي تسبب ضرراً للمتعاقد معه. ويكون تحمل المدين المحترف ذي الخبرة العالية بضمان سلامة المتعاقد معه نتيجة منطقية لكونه محترفاً.[5]

---

[1] محمد شريف غنام، مرجع سابق، ص:30-31

[2] محمد علي عمران،مرجع سابق، ص: 144

[3] محمد شريف غنام، المرجع السابق، ص:31-32

[4] محمد شريف غنام، المرجع نفسه، ص:32

[5] محمد حسين عبد الظاهر، المسؤولية القانونية في مجال شبكات الانترنت، دار النهضة العربية، الاسكندرية، 2002،ص:118

يتفق الفقه في أن الالتزام بالسلامة قد امتد نطاقه ليشمل عقوداً أخرى بخلاف العقود التقليدية التي ولد في كنفها كالنقل والفندقة والطب وغيرها من العقود التي يضع فيها المهني تحت تصرف عميله مواد أو أدوات يمكن أن يكون استعمالها مصدراً للحوادث المسببة للأضرار. ويقودنا هذا الرأي إلى التساؤل عن مدى تأسيس مسؤولية البنك عن أخطاء الحاسوب على أساس الإخلال بالالتزام بضمان السلامة باعتبار أن العلاقة بين البنك وعميله توصف بأنها علاقة عقدية. وسوف نجيب على هذا التساؤل من خلال بحث مدى توافر شروط تطبيق هذا الالتزام في حالة أخطاء الحاسوب التابع للبنك.[1]

تتأسس العقود المصرفية التي تجمع العميل والبنك على فكرة مؤداها أن يقوم البنك بتنفيذ كل الأوامر التي يصدرها العميل له دون تأخير أو خطأ من جانبه. فالعميل عندما يقوم بسحب نقود من الصارف الآلي للبنك، أو يطلب من البنك إجراء تحويل مصرفي أو دفع مستحقات لبائع عن طريق المنفذ الإلكتروني، فإنما يسعى إلى تحقيق أمرين معاً؛ السرعة والدقة. فإذا لم يحصل العميل على هذين الأمرين بأن تراخى البنك في التنفيذ أو أخطأ فيه،فمن الطبيعي أن تقوم مسؤوليته العقدية. ولكن هل تتضمن العقود المصرفية مخاطر يجب حماية العميل منها وتصلح لتأسيس مسؤولية البنك على الإخلال بالالتزام بضمان السلامة من هذه المخاطر ؟

يرى جانب من الفقه أن النشاط المصرفي يتضمن مخاطر مالية للعميل المتعاقد مع البنك، وأن البنك يعد مسؤولاً على أن يضع في مكنة العميل نظاماً جيداً يضمن مستوى معقولاً من الأمان. فإذا أصيب العميل بأضرار من جراء فشل هذا النظام، يكون البنك قد أخل بالتزامه بضمان السلامة مما يستوجب مسؤوليته التعاقدية.[2]

ومن التطبيقات القضائية التي تضع على البنك هذا الالتزام، الحكم الصادر من محكمة استئناف Liège الصادر في فبراير 1985. ففي هذه القضية تمت سرقة الكارت البنكي الخاص بأحد العملاء في أول مارس 1982. وقد أخطر العميل البنك بهذه السرقة في وقتها (أول مارس 1982)، بيد أن البنك لم يستطع أن يتخذ الإجراءات الضرورية لغلق النظام الالكتروني حتى لا يتلقى أية أوامر بالسحب إلا في 19 أفريل 1982 بعد مكالمات عديدة من العميل وإصرار منه على ذلك، وفي أثناء هذه الفترة تمت سرقة مبلغ 73

[1] محمد شريف غنام، المرجع السابق، ص:33

[2] شريف محمد غنام، المرجع نفسه، ص:33

ألف فرنك بلجيكي من حساب هذا العميل، وقد دون كمبيوتر البنك قيمة المبالغ المسحوبة وتاريخ سحبها، ونوع قيدها مما أكد إهمال البنك في ذلك.[1]

وعلى الرغم من الأخطاء العديدة التي ارتكبها العميل مثل إبلاغ أقاربه برقمه السري مما سهل استعمال الكارت البنكي الخاص به بعد سرقته، وعدم اطلاعه المستمر المنتظم على كشف حسابه لمعرفة المسحوبات الجديدة منه، إلا أن المحكمة أقامت مسئولية البنك العقدية عن هذه المبالغ. وأسست المحكمة خطأ البنك على أنه لم يستخدم نظاماً إلكترونياً فعالاً يسمح بالغلق الإلكتروني بعد إخطار العميل مباشرة دون تدخل إنساني من قبل موظفي البنك. فالبنك مسئول عن عدم كفاءة النظام الذي يتبعه، وبهذا يكون قد أخل بالالتزام بالسلامة المفروض عليه.

والأمر هو ذاته في قضية أخرى نظرتها محكمة Verviers الابتدائية البلجيكية. وتتلخص وقائعها في أنه في الأحد الموافق 31 أكتوبر 1982، تمت سرقة الكارت الخاص بأحد العملاء وسرقة الأجندة الخاصة به والمدون فيها رقمه السري. حاول العميل أن يخطر مكتب الشيكات تلفونياً مرة وبالذهاب بنفسه مرة أخرى ولكنه لم يتمكن من ذلك إلا في 2 نوفمبر 1982؛ أي بعد يومين من حادثة السرقة، هو ميعاد فتح عمل الشباك رسمياً حيث لا يقبل الشباك أية إخطارات في الليل أو أثناء الإجازات وأيام العطلات. ترتب على هذا التأخير في الإخطار أن فقد العميل مبلغ 40 ألف فرنك من حسابه.[2]

وعلى الرغم من إهمال العميل في الحفاظ على الكارت والرقم السري، إلا أن المحكمة ألزمت البنك برد المبلغ كله إلى العميل على أساس أن البنك استخدم نظاماً الكترونياً لا تتوافر فيه معطيات السلامة والأمان اللازمين Ne présente pas une sécurité suffisante، فالعميل لم يرتكب خطأ عندما لم يتمكن من القيام بالإخطار، ولا أحد يتحمل عدم عمل أجهزة البنك في الليل أو في أيام الإجازات سوى البنك نفسه.

وقد انتقد جانب من الفقه بشدة هذا الاتجاه القضائي على أساس أنه يضع البنك في موقف صعب، فهو يصعب عليه إثبات إهمال العميل في حراسة الكارت الخاص به ورقمه السري إلا في حالة اعتراف العميل بذلك وهو أمر صعب تحقيقه.

واستجابة لهذه الانتقادات الفقهية، كرس العديد من المحاكم الفرنسية قرينة لصالح البنوك مفادها سلامة وأمان النظام الإلكتروني الذي يطبقه البنك، وعلى العميل أن يثبت عكس ذلك. هذا الاتجاه القضائي الجديد أكده الحكمان الصادران من محكمتي استئناف Pau وDouai. فقد اعتبرت هاتان المحكمتان أن كل

[1] شريف محمد غنام، المرجع نفسه، ص:35.

[2] شريف محمد غنام، المرجع نفسه، ص:37.

استخدام لكارت أحد العملاء عن طريق الغش من جانب الغير لا يمكن أن يثبت وجود نقص في نظام الأمان والسلامة من جانب البنك، وإنما يثبت فقط وجود إهمال من جانب العميل في الحفاظ على الكارت البنكي الخاص به وكذلك رقمه السري. وقد ردت محكمة استئناف Pau على حجة العميل – المتمثلة في أن السارق المتخصص في المعلوماتية أو السرقات الإلكترونية يمكنه بسهولة فك شفرة رقمه السري أو يجدها بالصدفة أثناء سرقاته الأخرى – بأن ذلك لا يثبت تقصير البنك في الأمان والسلامة الواجب عليها تأمينهما.

وفي تكريسها لقرينة صحة وسلامة النظام المعلوماتي للبنك وتحميل العميل عبء إثبات العكس، قضت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر عام 1985 بأن إثبات ضعف النظام وافتقاده لعنصر الأمان والسلامة يقع على عاتق العميل، ولا يمكن أن يستشف من مجرد دخول الغير إلى حساب العميل باستخدام كارت مسروق.[1]

شهد قضاء النقض الفرنسي تطوراً ملحوظاً هدم فيه القرينة التي كرستها بعض أحكام محاكم الاستئناف والتي قضت بصحة وسلامة النظام الإلكتروني الذي يتبعه البنك وتحميل عبء إثبات العكس. وقد هدمت محكمة النقض هذه القرينة بحكمين صادرين في 8 أكتوبر عام 1991 في قضيتي " Hémadou " و" Camuei ". ففي القضية الأولى قضت المحكمة بأن " سرقة الكارت واستخدامه من جانب الغير يعطي إمكانية لوجود سحب غير مشروع، ويشير إلى وجود نقص في نظام الأمان الذي يتبعه البنك أو عدم كفاءة هذا النظام. ويقع على عاتق البنك أن يثبت وجود خطأ من جانب العميل في الحفاظ على الكارت الخاص به". وفي القضية الثانية أقامت محكمة النقض مسئولية البنك عن سحب أموال من حساب أحد العملاء بشكل غير مشروع، وأكدت المحكمة أن البنك لم يستخدم الوسائل التي في مكنته حتى يبطل هذا السحب الغير المشروع. ولا يكفي في هذا الصدد أن يتخذ البنك وسائل الأمان والسلامة المناسبة، فالتزامه التزام بتحقيق نتيجة لا ببذل عناية. ويستشف من مجرد حدوث سحب غير مشروع إصابة العميل بضرر وعدم تحقيق النتيجة المرجوة، أن نظام البنك غير آمن وغير سليم.[2]

[1] شريف محمد غنام، المرجع نفسه، ص:38.

[2] شريف محمد غنام، المرجع نفسه، ص:39.

وتأكيداً لاتجاه محكمة النقض السابق، أصدرت محكمة حكماً في فبراير 1993 اعتبرت فيه أن حصانة وسلامة جهاز الحاسوب الخاص بالبنك ليست أمراً مسلماً به، ويقع على عاتق البنك أن يثبت إهمال أو عدم حرص العميل في الاحتفاظ بالكارت الخاص به .[1]

خلاصة ذلك إلى أن القضاء الفرنسي قد عاد إلى نهجه الأول الذي يفرض على البنك التزاما عاما بسلامة وأمان النظام الإلكتروني الذي يتبعه، ولا توجد قرينة بإحترام البنك لهذا الالتزام، وإنما يقع عليه عبء إثبات أنه اتخذ كافة الاحتياطات ووسائل الأمان اللازمة لسلامة العميل.[2] ونتيجة لذلك وجد بعض الفقه أن ترك البنك يحتمي بقواعد المسؤولية العقدية بحجة انه لم يرتكب اي إخلال في التزاماته العقدية في ظل الاضرار الناتجة عن استخدام النظام الالكتروني، سوف يحمل الزبون أضرارا لم يكن سببا في حصولها، في الحين ان قواعد المسؤولية التقصيرية تتيح له إمكانية مسائلة البنك بشرط إثبات الحجة الكافية، ودون حاجة للجوء إلى إفتراضات قانونية غير موجودة في حقيقة الأمر كالالتزام بالسلامة.

[1] شريف محمد غنام، المرجع نفسه، ص:40.

[2] شريف محمد غنام، المرجع نفسه، ص:41.

المبحث الثاني: مسؤولية البنك التقصيرية عن عملية التحويل الالكتروني.

تنطبق المسؤولية التقصيرية عندما لا يوجد عقد بين المضرور والمسؤول، فالمسؤولية التقصيرية تقوم من حيث الأصل خارج حدود العلاقة العقدية. ونظراً للصعوبات التي يواجهها المضرور في إثبات خطأ المسؤول في المسؤولية العقدية، فقد استشعر الفقه والقضاء وطأة عبء إثبات الخطأ على المضرور في عصر انتشر فيه استعمال الحاسوب وشاعت البرمجيات، فزادت المخاطر. فقد أدى هذا الانتشار إلى صعوبة التوصل إلى مسبب الضرر، واختفت أسباب الأضرار، مما هدد المدعين بفشل دعاواهم لعجزهم عن إثبات الخطأ.[1]

وتحقيقاً لحماية أكبر لهؤلاء المضرورين، وتخفيفاً عليهم من عبء الإثبات، حاول الفقه والقضاء تأسيس مسؤولية البنك التقصيرية عن أخطاء الحاسوب على المسؤولية عن فعل الأشياء التي تقوم على الخطأ المفترض الذي لا يقبل إثبات العكس، بحيث لا يستطيع البنك التخلص من مسؤوليته إلا بإثبات السبب الأجنبي فقط.[2] فالبحث عن الأساس القانوني الذي يمكن الاعتماد عليه لتوفير الحماية الكافية لعملاء البنوك من الأضرار التي وقعت له نتيجة لإجراء عملية التحويل الالكتروني ونظرا لعدم كفاية قواعد المسؤولية العقدية لتوفير هذه الحماية توجهت الأنظار إلى قواعد المسؤولية التقصيرية لتوفير حماية أكبر للعميل المضرور ــ بهذا سنقوم بدراسة هذا المبحث من خلال التطرق إلى مطلبين، الاول نتناول فيه المسؤولية

[1] شريف محمد غنام، المرجع نفسه، ص:64

[2] Jean-Luc Aubert , les obligation, le fait juridique, Armand colin , 1996,p ;266

التقصيرية للبنك عن الفعل الشخصي، و الثاني مسؤولية البنك التقصيرية عن فعل الغير و حراسة الاشياء

—

المطلب الأول: المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي

يثير تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية على أشخاص تجمع بينهم رابطة تعاقدية مشكلات قانونية تدعو إلى تبيين القواعد التي تحكم المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي حتى نستطيع حصر حالات قيام المسؤولية التقصيرية للبنك (خاصة الناتجة عن عمليات التحويل الالكتروني). حيث تعرف المسؤولية التقصيرية بأنه: " التزام الشخص بتعويض الضرر الناشئ عن فعله الشخصي أو عن فعل من هم تحت رعايته أو رقابته من الأشخاص أو الأتباع أو تحت سيطرته الفعلية من الحيوان أو البناء أو الأشياء غير الحية الأخرى في الحدود التي يرسمها القانون". إذ ان في المسؤولية العقدية فإن العقد مصدر الالتزام الذي تترتب عليه هذه المسؤولية، إما المسؤولية التقصيرية فان القانون هو مصدر الالتزام بالامتناع عن الإضرار بالغير الذي تنشأ عنها المسؤولية التقصيرية عند مخالفته[1].

الفرع الأول: القواعد المنظمة لمسؤولية البنك اتجاه عملائه.

سبق القول بأن المسؤولية العقدية هي جزاء الاخلال بالعقد، بينما المسؤولية التقصيرية تقــوم كجــزاء لمخالفة التزام قانوني مفروض على الكافة و الذي يقتضي عدم الاضرار بالغير، وبالتالي فان لكلا نوعي المسؤولية المدنية نطاقه الذي يختص به، لكن في بعض الحالات قد يكون الضرر ناشئا عن اخلال بالتزام عقدي و قانوني في نفس الوقت، وهنا تثار اشكالية مدى امكانية منح المضرور القدرة على الاختيار بين نوعي المسؤولية.

أولا: المسؤولية التقصيرية في التشريع الجزائري

إن المسؤولية العقدية هي جزاء الإخلال بالتزامات التعاقدية بينما المسؤولية التقصيرية تقــوم كجــزاء مخالفة التزام قانوني مفروض على الجميع والذي يقضي عدم الإضرار بالغير طبقا لنص المادة 124 من القانون المدني الجزائري: " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كــان سببا في حدوثه بالتعويض"، وبالتالي فإن لكل نوع من المسؤولية المدنية نطاقه الخــاص لكــن بعــض

[1] علي مؤيد سعيد، التحويل الالكتروني للأموال، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون العام، قسم إدارة الموارد البشرية، الشعبة القانونية، البنك المركزي العراقي، 2013،ص: 19.

الحالات يكون الضرر ناشئ عن الإخلال بالتزام عقدي وقانوني في ذات الوقت، هنا تقوم إشكالية منح المضرور الحق في الاختيار بين نوعي المسؤولية.

ثانيا: الخيرة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية:

لاشك أن العلاقة التي تجمع بين البنك والعميل كعمليات التحويل الالكتروني يتم تنظيمها عن طريق العقد الذي يربط بينهما وإن المسؤولية التي تنشأ عن مخالفة أحد الالتزامات الواردة في العقد تنتج مسؤولية عقدية إلا أن ذلك لا ينفي توافر شروط قيام المسؤولية التقصيرية[1]، وعليه يكون من مصلحة العميل التمسك بتطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية بدلا من العقدية لما تحققه من مزايا من ذلك الزيادة في مبلغ التعويض، بطلان شروط الإعفاء من المسؤولية[2]، في حين أن بعض الفقه حاول إقامة مسؤولية البنك على أساس مسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي في عمليات التحويل الالكتروني اعتمادا على فكرة السبب والتي تبدو مناسبة لمسؤولية البنك لضمان الضرر الذي كان سببا فيه، وتقلص حالات تهرب البنك من المسؤولية مادام البنك ملزما بمواجهة العملاء بالحفاظ على أموالهم وأسرارهم فيسأل البنك إذا حصل أي ضرر للعميل نتيجة لإستخدامه النظام الرقمي وإذا تمكن العميل من إثبات كافة عناصر المسؤولية التقصيرية لكن اختلف آراء الفقهاء حول ما يسمى بالخيرة بين رافض ومؤيد، لكن غلب اتجاه عدم مبدأ الخيرة ومنه لا يحق للعميل الذي تربطه علاقة تعاقدية مع البنك أن يقيم دعواه على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية يتحتم عليه عند وقوع ضرر اللجوء إلى قواعد المسؤولية العقدية للحصول على التعويض ماعدا الحالة التي يكون فيها الخطأ في البنك العقدي يشكل جريمة جزائية كذلك الحالة التي يكون فيها الخطأ ناتج عن غش من طرف البنك أو إخلال جسيم.[3]

الفرع الثاني: حالات قيام المسؤولية التقصيرية للبنك في مواجهة العميل

وفقا لمبدأ عدم الخيرة لا يحق للزبون الذي تربطه علاقة تعاقدية بالبنك أن يقيم دعواه على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية. فوجود الرابطة العقدية يحتم عليه عند وقوع ضرر له نتيجة تنفيذ العقد أن يلجأ إلى المسؤولية العقدية لإقامة دعوى التعويض، إلا أنه يستثنى من هذه القاعدة الحالة التي يكون فيها الخطأ العقدي الصادر عن البنك يشكل في نفس الوقت مخالفة جزائية.إضافة إلى الحالة التي ينتج فيها

[1] محمد محمود ابو فروة، مرجع سابق، ص:162

[2] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص: 618 وما بعد.

[3] محمد محمود ابو فروة ، مرجع سابق، ص:162 وما بعد.

خطأ عن غش من طرف البنك أو إخلال جسيم بالالتزامات الملقاة على عاتقه ، و عندها يمكن للعميل اللجوء إلى قواعد المسؤولية التقصيرية.

أولا: الخيرة في المسؤولية في حالة الجريمة

يرى الفقه في هذا الخصوص أن للدائن الحق في الخيار بين المسؤوليتين على إعتبار أن المشرع إذا كان قد وضع نظاما خاصا بالمسؤولية العقدية فلكونه إكتفى بمجرد إخلال المدين بإلتزامه الذي تعهد به، سواء كان الاخلال راجع لخطأه أو لا.[1]

و الحقيقة أن كيفية إختيار نظام المسؤولية الذي تقام على أساسه الدعوى قد يكون مرتبطا بشكل مباشر في طبيعة المحكمة التي ينظر فيها،[2] وتفسير ذلك أن المحكمة الجزائية لا تنظر في قضايا التعويض إلا بناءا على المسؤولية التقصيرية، و ليس للمحكمة أن تخوض في العلاقة التعاقدية و لو أن المسؤولية نشأت في ظلها على أساس أن مثل تلك الدعاوى تخرج عن الاطار التعاقدي لتدخل في الاطار التقصيري الذي يفرض واجب عدم الاضرار بالغير.[3]

فليس للقضاء الجنائي أن يبحث في المقتضيات التعاقدية بين الاطراف على الإخلال بالالتزام العقدي إنما يكفي بالبحث عن الفعل الذي شكل المخالفة مصدر الضرر.[4]

و ما تجدر الاشارة اليه أن مثل هذه الحالات نادرة الحدوث فيما يتعلق بعلاقة البنك بعملائه فمن غير الوارد أن يقوم البنك بالإخلال بالتزاماته العقدية على نحو يشكل في ذات الوقت جريمة، يتم رفع دعوى المسؤولية الناتجة عنها بناءا على قواعد المسؤولية التقصيرية التي تحكم العمل الشخصي، لأن من يمثله تجاه العملاء هم الأشخاص الذين يستخدمهم نظرا لكونه شخصا معنويا يستحيل عليه ممارسة أعماله بنفسه، و إرتكاب أحد هؤلاء المستخدمين لجريمة لا يقيم مسؤولية البنك الشخصية إلا في حالة ما إذا وقعت تلك الجريمة أثناء تنفيذهم التعليمات الصادرة عن البنك نفسه، دون خروجهم عن حدود وظيفتهم وفي غير تلك الحالة فإن هذه الافعال التي تصدر عن مستخدمي البنك تقيم مسؤولية البنك بناءا على قواعد

[1] محمود جمال الدين زكي،مشكلات المسؤولية المدنية، ج1، مطبعة الجامعة، القاهرة، 1978، ص: 550.

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

[3] محمد محمود ابو فروة، مرجع سابق، ص:166.

[4] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص:630.

المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، لكن قد يكون من المتصور أن تقوم المسؤولية التقصيرية الشخصية للبنك إذا ما كان الإخلال بالالتزامات التي يتضمنها العقد ناتج عن تدليس أو خطأ جسيم.[1]

ثانيا: الخيرة في المسؤولية في حالة الخطأ الجسيم

إن ارتكاب البنك للتدليس أو للخطأ الجسيم أثناء تنفيذ العقد مع العميل يعد خرقا لنطاق هذا العقد ويمكن العميل من اللجوء إلى قواعد المسؤولية التقصيرية والحصول على تعويض أكبر من الذي يمكنه أن يحصل عليه في ظل قواعد المسؤولية العقدية.[2] و لهذا فإن الفقه يرى بأن حالات الغش و الخطأ الجسيم تعتبر من أهم الاستثناءات على مبدأ الخيرة.[3]

فإذا كانت اغلب التشريعات ساوت الغش أو التدليس بالخطأ الجسيم فإن ذلك لا يعني المساواة في الأثر القانوني المترتب عن كلاهما عن المراكز القانونية، فمرتكب التدليس يعد مخالفا لشروط العقد، وعلى أي حال لا يكون متصورا في إطار علاقة البنك بالعميل بإستخدام البنك للوسائل الإحتيالية لتنفيذ العقد ماعدا الأفعال التي تكون صادرة عن متبوعي البنك، ويمكن تصور حدوث إخلال من طرف البنك يعد خطأ جسيما وعدم وضع وسائل حماية كافية وعدم الحفاظ على البيانات والمعلومات المتعلقة بأداة التحويل الخاصة به مما يؤدي إلى كشفها للغير. وقد أكد القضاء على أن قواعد المسؤولية التقصيرية هي التي تكون واجبة التطبيق وتحل محل العقدية في حالة ارتكاب أحد المتعاقدين لغش أو خطأ جسيم أثناء تنفيذ العقد وهو ما يمثل خروجا عن مبدأ عدم جواز الخيرة.[4]

ومن خلال ما سبق يمكن إستنتاج عدم كفاية قواعد المسؤولية التقصيرية الشخصية كأساس لمسؤولية البنك عن الاضرار التي تصيب العملاء نتيجة لعمليات التحويل الالكتروني. و ذلك لأن مثل هذه العمليات يصطدم بمبدأ عدم جواز الخيرة بين المسؤوليتين بالرغم ن تمسك القضاء به و ما يواجهه من إنتقادات و تطبيق تلك القواعد ضمن إطار الإستثناءات التي ترد على المبدأ و أنها غير كافية لحماية عملاء لبنوك من مخاطر النظام الإلكتروني في العمل البنك.

---

[1] محمد محمود ابو فروة، مرجع سابق، ص:167.

[2] محمد محمود ابو فروة، مرجع نفسه، ص: 168.

[3] محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية التقصيرية للمتعاقد، مرجع سابق، ص:67 و ما بعد.

[4] محمد محمود ابو فروة، مرجع سابق، ص: 168-169.

المطلب الثاني: المسؤولية غير الشخصية كأساس مسؤولية البنك

يعود رفض مفهوم الواقع المستقل للكمبيوتر إلى اعتبار الحاسوب بلا إرادة ذاتية. دائما وراء كل عمل فيه بشكل مباشر أو غير مباشر للإنسان: مشغل، مبرمج، محلل، مزور...أوغير ذلك، هذا الأمر صحيح، على الأخص، فيما يتعلق بخطأ المعلوماتية الذي يجد جذوره في خطأ بشري مثل إدخال المعلومات أو البرمجة، انطلاقا منه يمكن إعتبار المصرفي مسؤولا بسبب الأضرار اللاحقة بالعملاء أو بالغير نتيجة لأخطاء المعلوماتية الحاصلة، يقصد بذلك مسؤولية المدنية المهنية"... بمعنى إنها تقدر نسبة للنشاط الذي يمارسه المصرفي لجدارته لتقنيته و للوسائل التي يمتلكها "، تعتبر هذه المسؤولية تعاقدية تجاه العملاء وجنائية اتجاه الغير.[1]

إن أهم الصعوبات التي يواجهها العميل المضرور في عمليات التحويل الالكتروني هي عدم قدرتها على إثبات خطأ البنك كشرط أساسي لحصوله على التعويض في ظل الاعتماد على قواعد المسؤولية العقدية، و بالتالي سنحاول معرفة مسؤولية البنك التبوع عن أعمال تابعة في الفرع الأول و مسؤولية البنك بإعتباره حارسا للنظام الالكتروني الذي يقوم بوضعه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مسؤولية البنك بإعتباره متبوعا

إن البنك كشخص معنوي لا يستطيع ممارسة أنشطته بنفسه، إنما يعتمد على أشخاص طبيعيين يعملون لحسابه ويمثلونه وهم الذين يضعون النظام الالكتروني الخاص بالتحويل ويشغلونه ويتعاملون مع العملاء، لهذا فإن الأخطاء التي قد تقع أثناء تنفيذ العقد الرابط بين البنك والعملاء تكون مرتكبة من طرفهم وليس من البنك نفسه، بما أن البنك هو الذي تعاقد مع العملاء ويمتلك شخصية حقيقية مستقلة عن شخصية موظفيه وما هي حدود مسؤولية البنك بصفته متعاقد وحدود مسؤوليته بصفته متبوع اتجاه العميل.[2]

ينطوي مفهوم فكرة تحمل التبعية أن صاحب الحق عليه أن يتحمل المخاطر التي ينطوي عليها التعامل و منها مخالفة الظاهر للحقيقة حيث تعلو مصلحة المجتمع في سير المعاملات المالية على المصلحة

[1] رضا متولي وهدان، الخطأ المفترض في المسؤولية عن اضرار الحاسبات الآلية، الاساس و الضوابط، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، دار الفكر و القانون، المنصورة،2009 ، ص: 17.

[2] محمد محمود ابو فروة ، مرجع سابق، ص:171.

الخاصة لصاحب الحق، فالمتبوع هو المسؤول عن الضرر الذي يحدثه تابعه حتى ولو كان ذلك في حال تأدية وظيفته.[1]

تنص المادة 136 ف 1 من ق.م.ج على أنه: "يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبتها".

يرى جانب من الفقه أنه يمكن إعتبار مراكز إرسال المعلومات إلى المواقع المختلفة على شبكات الانترنت كما لو كانت هي المتبوع إذ تتجه الانظار في فرنسا خاصة إلقاء المسؤولية كاملة على هذه المراكز سواء أكانت الجنائية أم المدنية.و يلاحظ الاخذ بمسؤولية المتبوع على التابع في مجال شبكات الانترنت يحقق فكرة المسؤولية المتتابعة، فبذلك يكون الطريق مفتوحا أمام المضرور إذ له أن يوجه دعواه بالتعويض عن كل متداخل في عملية البث عبر الانترنت يراه المسؤول شخصيا عن إحداث الضرر وإذا تعذر معرفة المسؤول شخصيا عن الضرر.[2]

ولكن لا يمكن مساءلة المتبوع إلا وفق شروط حددتها المادة 136 من ق.م.ج صراحة، حيث تنص المادة على انه: "يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعة بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبتها.

و تتحق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في إختيار تابعه متى كان هذا الاخير يعمل لحساب المتبوع".فالغاية من مساءلة المتبوع هو ضمان حصول الغير على التعويض عن كامل الضرر الذي أصابه، خاصة و أن المتبوع موسر عادة بالقياس على التابع، و القاعدة تحمل التبعية، فالمتبوع الذي ينتفع من تابعيه عليه أن يتحمل تبعية أخطائهم.[3]

وعلى ضوء ما تقدم فإن البنك يكون مسؤولا عن الافعال التي تضر بالعملاء التي تصدر من موظفيه بإعتبار أنهم أتباع له، حيث يصدر هذا الفعل المصدر من التابع أثناء وظيفته أو بسببها حسب ما هو مبين من خلال نص المادة 136 من ق.م.ج سابقة الذكر ولا يعتبر ممثلي البنك أو رئيس مجلس إدارته من موظفي البنك أو من أتباعه بل هم من يمثله قانونا، و مساءلتهم في حال ما إرتكبو أخطاء تضر بالعميل لا

[1] عبد الفتاح محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص:165.

[2] عبد الفتاح محمود الكيلاني، مرجع نفسه، ص:166.

[33] عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، رجع سابق، ص:501.

يسألون إلا على أساس مسؤولية البنك الشخصية و ليس على أساس مسؤولية المتبوع عن أفعال التابع، ولا يعتبر موظفي البنك من الموظفين العموميين الذين يخضعون لقواعد عقد العمل.[1]

أولا: المركز القانوني لمستخدمي البنك

لتحديد طبيعة العلاقة بين البنك كشخص معنوي وبين الموظفين الذين يمثلونه ويعملون لحسابه ظهرت مجموعة من التوجهات والنظريات من بينها ما يسمى بالنظرية العضوية التي تقوم على تحليل الشخص المعنوي من خلال مطابقته مع الشخص الطبيعي، فكما أن للشخص الطبيعي مجموعة من الأعضاء (اليدين، الرجلين، الرأس) يعبر بها عن إرادته، فإن الشخص المعنوي كذلك يمتلك أعضاؤه الخاصة به فهناك عضو تنفيذي وعضو للرقابة وعضو للمداولات. و لقد إنتقد الفقه هذا التشبيه بين الشخص الطبيعي و المعنوي ولهذا يجب النظر إلى الشخص المعنوي بما يتفق وطبيعته وخصوصية تكوينه دون محاولة مطابقته مع الشخص الطبيعي، ورغم كون الشخص المعنوي لا يستطيع بنفسه ممارسة أنشطته إلا أن هذا الأمر لا ينفي عنه توافره على شخصية مستقلة عن العاملين لديه، في حين ذهب اتجاه آخر إلى اعتبار أن الفعل الذي يقوم به الشخص الطبيعي الذي يمثل الشخص المعنوي إنما هو تعبير عن إرادة هذا الأخير لأنه يقوم باسمه ومن أجل المصلحة المشتركة لجميع أعضائه، لكن أعضاء الشخص المعنوي لا يكونون جميعا على نفس الدرجة على علاقته به بل ينقسمون إلى فئتين الأولى سلطة قيادية والثانية أجهزة تنفيذية، لكن ليس من النادر أن يجمع شخص طبيعي بين الصفتين فيجد نفسه مسؤولا بصفتين الأولى بصفة شخصية كممثل قانوني والثانية بصفته متبوعا عن أعمال تابعه، لكن هذا الرأي قد يصلح الأخذ به في إطار المسؤولية التقصيرية إلا أنه من غير المنطقي الأخذ به في العلاقة التعاقدية.[2]

ثانيا: حالات قيام مسؤولية البنك بصفته متبوعا إتجاه العميل

يملك البنك الشخصية المعنوية والتي بدورها تمكنه من الأهلية اللازمة لممارسة التصرفات القانونية مع عملائه، إلا أن تنفيذ تلك التصرفات يتم من خلال الأشخاص الذين يستخدمهم لديه سواء تعلق الأمر بالتحويل الالكتروني أو غيره من الأنشطة البنكية ويكون البنك مسؤولا عن الأضرار التي تحدث لعميله نتيجة لتصرفاته العقدية ترتب مسؤولية عقدية شخصية ذلك أن مستخدمي البنك لا يتعاملون مع العملاء بصفة شخصية وإنما بصفتهم نائبين عن البنك طبقا لما جاء في نص المادة 1/136 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على " يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان

[1] سليمان ضيف الله الزين، مرجع سابق، ص:173.

[2] محمد محمود ابو فروة، مرجع سابق، ص:172 وما بعد.

واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبتها"، إلا أن هناك اتجاه في الفقه يصر على أن يكون البنك مسؤولا اتجاه العميل مسؤولية المتبوع عن الأعمال لتابعه عن الأضرار التي تحدث له نتيجة فعل المستخدمين، إن مصلحة العميل المضرور باختيار المسؤولية التقصيرية تكمن في الفوائد المترتبة عن ذلك منها زيادة مبالغ التعويض المستحق وعدم تكبد المضرور إثبات الخطأ في الجانب المتبوع، ويجب أن يكون الفعل الضار قد صدر من التابع أثناء قيامه بالعمل لدى المتبوع، يقصد بذلك أنه وقع أثناء ممارسة التابع للمهام التي تدخل في حدود اختصاصه بشكل طبيعي التي يتم فيها تنفيذ الأوامر الصادرة بشكل سيئ كذلك الحالات التي يتم فيها تنفيذ المهام الموكلة إليه بشكل سيئ قد أثار هذا الشرط الأخير إشكالا فيما يتعلق بالأفعال التي يرتكبها التابع والتي قد لا تكون داخلة في صميم اختصاصه أو بغرض مصالحه الشخصية فهل يسأل البنك في هذه الحالة؟

إن الاستثناءات الواردة على فكرة عدم جواز الخيرة تجعل عملاء البنوك يمكنهم الاستفادة من الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية البنك باعتباره متبوعا، والتي يشكل فيها الإخلال بالالتزام العقدي في نفس الوقت غشا أو تدليسا أو جريمة لذلك فإن نطاق قيام هذا النوع من المسؤولية ضيق ولا يمكن اعتماده كأساس لقيام مسؤولية البنك في عمليات التحويل الالكتروني.[1]

الفرع الثاني: مسؤولية البنك كحارس للنظام الالكتروني

تقوم المسؤولية البنك لا على اساس عنصر الخطأ في جانب المسؤول، بل على اساس الخطأ في الحراس، وهو خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس يقوم على فكرة العناية الخاصة التي تتطلبها حراسة الشيء، اذ لا يجوز للحارس (البنك) نفي الخطأ عنه بعدم ارتكابه للخطأ او انه قام بما ينبغي لتجنب الضرر، وحدوث الضرر جعله القانون دليلا على إفلات الشيء من حراسة حارسه، مما يؤدي الى جعل التزام هذا الاخير بالنظر الى ما ينتظره من البنك كمدين محترف التزام بتحقيق نتيجة هي عدم إحداث الشيء ضررا لأحد اكثر مما هو التزاما ببذل عناية،[2] لكن من اجل تثبيت اركان المسؤولية التقصيرية ستقوم في حقه باعتبار الضرر غير ناتج عن الخطأ العمدي مع وجوب توافر اركان المسؤولية المدنية يعتبر ضرره ناتج عن خطأ يفترض في الفعل. و لا يتطلب من البنك اثبات انه لم يخطأ او انه بذل العناية

[1] محمد محمود ابو فروة، مرجع نفسه، ص:176 وما بعد.

[2] عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، آثار الالتزام، ج2، المجلد 2، در النهضة العربية، مصر، 1989، ص: 1240-1241.

المطلوبة لمنع وقوع الضرر، لانه بمجرد وقوع ضررا للعميل يقوم الفرض بانه قد فقد السيطرة الفعلية على الشيء، فالعبرة هنا تحديد مصدر الخطأ.[1]

اختلف الفقه في تكييف أساس مسؤولية حارس الشيء فذهب رأي إلى فكرة تحمل تبعة الشيء الذي تحت حراسته مهما كان سبب الضرر . وذهب رأي أخر إلى أن أساس المسؤولية هي خطأ الحراسة فإنه إذا أصاب العميل ضرر بفعل هذا الشيء فإن الآمر قد فلت من تحت يد الحارس وفقد السيطرة على هذا الشيء محل الحراسة , ولا يجوز للحارس ان يدفع بالمسؤولية بحجة انه بذل العناية المطلوبة لحراسة هذا الشيء , ولكنه فقد سيطرته عليه ولكن إذا دفع بحجة السبب الأجنبي فإن مسؤوليته تنتفي بهذا الصدد.حيث نصت المادة 138 من ق.م.ج على أنه:

" كل من تولى حراسة شيء و كانت له قدرة الإستعمال و التسيير، و الرقابة، يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء.

و يعفى من هذه المسؤولية الحارس للشيء إذا أثبت ان ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الضحية، او عمل الغير، او الحالة الطارئة، او القوة القاهرة ".

لقد جعل المشرع الجزائري المسؤولية عن فعل الشيء تقوم على اساس الخطأ في الحراسة و هي نوعان:

1- **الحراسة القانونية:** وهي الحراسة التي تقضي في الشخص ان يكون كذلك ، بحيث تكون له سلطة قانونية على الشيء التي يستمدها من حق عيني على هذا الشيء او من حق شخصي متعلق به، و لكي يكون الشخص حارسا يجب ان تكون له سلطة على الشيء بناء على عقد او نص في القانون او أي مصدر آخر من المصادر، فهي توجد حيث يوجد التزام قانوني بالمحافظة على الشيء و بمنعه ان يكون مضرا للناس. [2]

2- **الحراسة الفعلية (المادية):** و هي ان يكون للشخص السيطرة الفعلية على الشيء، بان تكون له سلطة الاستعمال و التوجيه و الرقابة.

و قد اخذ المشرع الجزائري بفكرة الحراسة الفعلية بمعنى ان يكون للحارس على الشيء سلطة فعلية عليه و التصرف فيه في الاستعمال و التوجيه و الرقابة لحساب نفسه.[3] إذ تقوم على اساس نص المادة

---

[1] محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص: 217.

[2] سهام خليلي ، مرجع سابق، ص: 62.

[3] محمد صبري السعدي، مرجع سابق،ج2، ص:219.

138 من ق.م,ج السابقة، حيث يستنتج من خلالها انه لقيام فكرة الحراسة لابد من توافر شروط تتعلق بالحارس و اخرى تتعلق بالشيء محل الحراسة المتسبب في الضرر.

- **الشروط المتعلقة بالحارس:**

1- ان تكون له سلطة الاستعمال : و هي امكانية الاستفادة من الشيء في الغرض الذي وضع لأجله، بمناسبة استعماله مهما كانت درجة مهنية و احتراف مستعمله.

2- ان تكون له سلطة رقابة: بمعنى ان الحارس له امكانية مراقبة الشيء، وحتى على الاقل إذا كان محترفا فإنه يسعى جاهدا الى منع اسباب تحقق الضرر.

3- ان تكون له سلطة التسيير: وهي السلطة الفعلية للحارس على الشيء، فبإمكانه استعماله أو وضعها اينما شاء بصورة مستقلة.

- **الشروط المتعلقة المتسبب في الضرر:** لم يخصص المشرع الجزائري الشيء في صلب المادة السابقة كما فعل المشرع الفرنسي في نص المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي، لكن بالنظر الى السلطات الواردة على الشيء محل الحراسة نرى انه لا بد ان له من الامور ما يميزه لتقتضي حراسته كل هذا.فالمشرع الفرنسي حذا حذو المشرع الجزائري بعدم اخذه بفكرة التفرقة بين الاشياء الخطرة و الغير خطرة التي هجرها، على عكس المشرع المصري الذي اخذ بها في تقنينه المدني في نص المادة 178 منه : "كل من تولى حراسة اشياء تتطلب حراستها عناية خاصة او حراسة آلات ميكانيكية يكون مسؤولا عما تحدثه هذه الاشياء من ضرر، ما لم يثبت وقوع الضرر بسبب اجنبي لا يد له فيه، هذا مع عدم الاخلال بما يرد في ذلك ن احكام خاصة. إذ ان المقصود من تحديد اصطلاح الحراسة، هو بيان الاشياء التي تتطلبها ملاحظتها عناية خاصة، حيث اتبع في مذكرته الايضاحية لهذا النص مذهب القضاء الفرنسي باعتباره يستجيب الى مقتضيات الحياة الاقتصادية الحديثة.[1]

وذهب رأي أخر إلى أنه إذا كان الضرر واقعًا من الشيء محل العقد فإن المتعاقد هنا يسأل على أساس المسؤولية التقصيرية لأن الضرر هنا وقع من غير إخلال بالالتزام الموجود في العقد المبرم بينهما. وفي رأينا المتواضع أن مساءلة البنك على أساس تحمل التبعة وتحمل المخاطر هي الأساس الأنسب لمساءلة البنك والحجة في هذا أن عميل البنك هو خارج إطار العمل المصرفي فعند وقوع الخطأ من الشيء محل

[1] سهام خليلي، مرجع سابق، ص: 63.

حراسة البنك فإنه يصعب على العميل إثبات هذا الخطأ، ويقابل هذا سهولة تنصل البنك من مسؤوليته بحجة السبب الأجنبي[1].

حيث يعتمد البنك في تقديمه لخدمات التحويل على مجموعة من الأدوات الالكترونية التي يقوم بوضعها تحت تصرف عملائه لاستخدامها في إرسال المعلومات المتضمنة أوامر التحويل الالكتروني ويكون البنك يملك السيطرة التامة على هذه الأجهزة والأدوات.[2]ومن هنا يرى البعض من الفقه، تطلبت التشريعات لإقامة تلك المسؤولية شرطان الأول يتعلق بتسبب الشيء بإحداث الضرر أي وجود علاقة سببية بتشغيل ذلك النظام أو الزبون الذي يتعامل مع البنك من خلاله،[3] أما الشرط الثاني فهو ضرورة أن يكون هذا الشيء في حراسة شخص معين وتقوم فكرة الحراسة الفعلية على عنصرين: عنصر مادي يتمثل في وجوب أن يتوفر الحارس على سلطة رقابة الشيء وتوجيهه واستعماله وعنصر معنوي يتحدد في مباشرة الشخص لتلك السلطات لحسابه الخاص ولمصلحته الشخصية دون الخضوع لرقابة وإدارة شخص آخر ولا يشترط أن يكون الحارس شخصا طبيعيا بل يمكن أن يكون شخص معنوي[4]، ويرى بعض الفقه أن البنك يعد حارسا فعليا للنظام الذي يستخدمه لتقديم خدمات التحويل الالكتروني، حيث يمارس السيطرة الفعلية على هذا النظام ويوجهه لتنفيذ أوامره من خلال مستخدمين تابعين له فسلطة الاستعمال والتوجيه والرقابة متحققة في حراسة البنك لهذا النظام مما يمكن معه إعفاء العميل من إثبات خطأ البنك وتقرر له الحماية وتعويض عن الضرر اللاحق به.[5] إذا ما إعتبرنا أن هذا النوع من المسؤولية يقوم على أساس تحمل التبعية و التي تعطي البنك إمكانية التنصل من الضرر اللاحق بعملائه بسهولة،[6] كما لو تمت إقامتها على أساس الخطأ المفترض أو الواجب الاثبات.[7]

من التطبيقات القضائية ما جاء في حكم للقضاء الفرنسي بتاريخ 11 فيفري 1946 قررت بالنسبة للمسلك الواجب على البنك في المحافظة على الاموال المودعة داخل الخزينة الحديدية التي يضعها تحت تصرف العميل، بأن العناية الواجبة على البنك كمدين محترف تزيد عما يطلب من المودع لديه غير

---

[1] علي مؤيد سعيد، مرجع سابق، ص: 18-19.

[2] محمد محمود ابو فروة، مرجع نفسه، ص:181.

[3] شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص:74و ما بعد.

[4] حازم نعيم الصمادي، المرجع السابق، ص: 100.

[5] شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص:74 وما بعد.

[6] محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية القانونية في مجال شبكة الانترنت، مرجع سابق،ص:109.

[7] محمد محمود ابو فروة، مرجع سابق، ص:184.

المحترف. و خاصة ان البنك يعلم بان عميله يودع الاموال ذات الاهمية الخاصة داخل الخزانة الحديدية، وبذلك شدد القضاء الفرنسي في اعتبار هذا الالتزام بتحقيق نتيجة، و ليس التزاما ببذل عناية و عليه لا يلزم العميل بإثبات خطأ البنك في المحافظة على الشيء، بل يجب على الاخير لكي يتخلص من المسؤولية اثبات السبب الاجنبي.[1]

يتضح مما سبق أن حماية العميل من مخاطر عملية التحويل الالكتروني ليس بالأمر السهل في ضوء قواعد المسؤولية المدنية بشكلها التقليدي مع تعدد التوجهات الفقهية والقضائية يصبح الإشكال أكثر حدة في تطبيقه على النشاط البنكي الذي يتميز بالتعقيد وتشابك العمليات مما يؤدي إلى إحداث تداخل بين قواعد المسؤوليتين العقدية والتقصيرية مما يستدعي الأخذ بعين الاعتبار خصوصية النشاط البنكي من الناحية الاقتصادية والاجتماعية والتي أدت إلى تراكم العديد من المعطيات والظروف جعلت المسؤولية التي تقوم هنا تتخذ نوعا من الخصوصية بدورها.

خلاصة الفصل:

نستنتج أن المسؤولية المدنية على انها إلتزام الشخص بتعويض الضرر الذي أحدثه للغير نتيجة إخلاله بإلتزام معين، وهي تنقسم بحسب طبيعتها إلى نوعين عقدية و أخرى تقصيرية، بحيث يتم تحديد طبيعة المسؤولية بالنظر الى مصدر الالتزام الذي تم الاخلال به. بحيث تكون مسؤولية البنك على اساس عقدي إذا كان الخطأ ناشئا عن اخلال البنك بأحد الالتزامات الواردة في العقد المبرم بين البنك و العميل، و تشترط لقيامها شرطان و هما وجود علاقة تعاقدية تجمع البنك و العميل، و الإخلال بأحد الالتزامات

[1] سهام خليلي، مرجع سابق، ص: 65.

العقدية أو ما يعرف بالخطأ العقدي، والذي يتمثل في عدم قيام الشخص بتنفيذ أحد الالتزامات التي تقع على عاتقه بمقتضى العقد. حيث فرق الفقه في الخطأ العقدي بين الالتزام ببذل عناية و الالتزام بتحقيق نتيجة. فنطاق المسؤولية العقدية ينحصر في حدود معينة و ضمن شرطين اساسيين لابد من توافرهما، و هما وجود عقد صحيح و أن يكون الضرر ناتجا عن اخلال البنك بالتزام عقدي و اعتبار البنك مسؤولا عن الاشياء التي يستخدمها في تنفيذ العقد عن فعله الشخصي او وجود التزام على عاتق البنك بضمان سلامة عميله من الأضرار الناتجة عن استخدام التحويل الالكتروني.أما ما يخص مسؤولية البنك التقصيرية فتطبق عندما لا يوجد عقد بين المضرور و المسؤول، نظرا للصعوبات التي يواجهها المضرور في إثبات خطأ المسؤول في المسؤولية العقدية و ذلك بسبب إنتشار إستعمال الحاسوب و البرمجيات مما أدى الى زيادة الخطر و الضرر، و لتحقيق حماية أكبر لهؤلاء المضرورين و لتخفيف عليهم، حاول الفقه و القضاء تأسيس مسؤولية البنك التقصيرية عن اخطاء الحاسوب على المسؤولية عن فعل الاشياء التي تقوم على فكرة الخطأ المفترض، بحيث لا يستطيع البنك أن يتنصل من المسؤولية إلا باثبات الخطأ الاجنبي. حيث تطبق المسؤولية التقصيرية على اشخاص تجمع بينهم رابطة تعاقدية التي تحكم المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي، وهناك حالات يكون الضرر ناشئا عن إخلال بإلتزام عقدي و قانوني في نفس الوقت. و تنشأ في هذه الحالة مسؤوليتان عقدية و اخرى تقصيرية فيكون على المضرور القيام بالخيرة بين هاتين المسؤوليتين ، و الخيرة تكون في حالة الجريمة او في حالة الخطأ الجسيم. اما بالنسبة للمسؤولية غير الشخصية تنشأ بإعتبار البنك متبوعا و لا يمكن مساءلته إلا وفقا لشروط ، كذلك تنشأ المسؤولية غير الشخصية باعتبار البنك حارسا. وقد اخذ المشرع الجزائري بالحراسة الفعلية بمعنى ان يكون للحارس على الشيء سلطة فعلية عليه و التصرف فيه في الاستعمال و التوجيه و الرقابة لحساب نفسه. و للحراسة شروط لابد ان تتوفر في الحارس و اخرى في الشخص محل الحراسة المتسبب في الضرر . وعليه فإن حماية العميل من مخاطر التحويل الالكتروني ليس بالأمر السهل.

الفصـــل الثانـي
حدود مسؤولية البنك عن عملية التحويل الإلكتروني

الفصل الثاني: حدود مسؤولية البنك عن عملية التحويل البنكي الالكتروني

إن المقتضيات القانونية المختلفة ذات الصلة بالعلاقة التي تجمع البنك بعميله في إطار عمليات التحويل البنكي الالكتروني تضفي نوعا من المرونة على نظام المسؤولية الناشئة عنها لكن هذه المرونة لا تصب دائما في مصلحة البنك فقد أضحت حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية هاجس مختلف التشريعات التي لا تسمح للبنك بالتهرب من مسؤوليته بل تعمل على تجديدها لكن رغم ذلك هناك عوامل تؤثر في مسؤولية البنك المدنية عن عمليات تحويل الالكتروني للأموال اتجاه عملائه.

الأصل لقيام مسؤولية البنك توافر جميع الشروط القانونية ليكون مسئولا عن تعويض الأضرار في مواجهة العميل إلا أنه قد يتمسك بأسباب تؤدي لإعفائه من المسؤولية إضافة إلى سعيه إلى تحسين شروط العقد لمصلحته لأقصى الحدود.[1] وسنحاول من خلال هذا الفصل توضيح مختلف العوامل المؤثرة في قيام مسؤولية البنك المدنية اتجاه عميله عن عمليات التحويل الالكتروني للأموال من خلال تقسيمه الى مبحثين، حيث نتناول في (المبحث الاول) القواعد القانونية لإعفاء البنك من المسؤولية، بينما نناقش في (المبحث الثاني) الاتفاق على تعديل احكام المسؤولية.

[1] محمد محمود ابو فروة، مرجع سابق، ص239.

المبحث الاول: القواعد القانونية لإعفاء البنك من المسؤولية

إن حق البنك في دفع مسؤوليته يوازي حق العميل في التعويض عن الضرر الحاصل له، حيث يجب على القاضي الاستماع لكلا الطرفين، فالبنك يستطيع المنازعة بتحقق مسؤوليته من خلال نفي العلاقة بين الفعل و الضرر الحاصل للعميل، من خلال الاحتجاج بوجود سبب خارجي يرد إليه الحادث، و هو بإثباته لهذا السبب، حيث يقوم بقطع الصلة بين الفعل الذي صدر عنه و الضرر الحاصل للعميل، مما يؤدي إلى انعدام مسؤوليته، و بالتالي إعفائه من المسؤولية او تحريره ن اعبائها كليا او جزئيا، و تنعدم العلاقة السببية بين الفعل و النتيجة بوجود سبب اجنبي عن الفعل الذي قام به البنك، و هذا السبب إما ان يكون من خلال القوة القاهرة، او فعل الغير ، او بفعل العميل المضرور. و هذا ما سنحاول دراسته من خلال هذا المبحث.

المطلب الاول: القوة القاهرة و فعل الغير

قبل التطرق لدراسة القوة القاهرة وفعل الغير كأسباب لنفي مسؤولية البنك، لابد من تعريف السبب الاجنبي اولا ثم القيام بدراسة الحالات التي يقوم فيها.

فالسبب الاجنبي كما جاء في نص المادة 127 من ق.م.ج[1] " ...لا يد له فيه..." فهي عبارة موجهة للمدعي عليه ألا وهو البنك، سواء قامت في حقه المسؤولية على الخطأ العقدي او مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعه في المسؤولية عن فعل الغير او مسؤولية الحارس عن الاشياء الواقعة تحت حراسته، في هذه الحالة هو: " كل فعل او حادث لا يد له فيه، ويكون هذا السبب قد جعل منع وقوع العمل الذي افضى الى الضرر مستحيلا ".[2]

إذن من هنا نجد ان السبب الاجنبي هو فعل خارجي عن ارادة البنك، لم يكن ليتوقعه، او يستطيع دفعه.و لتحقق السبب الاجنبي لابد من توافر ركنان، ركن السببية: ويقصد به الضرر كان محتم الوقوع فينتج عليه استحالة وفاء البنك بالتزامه اتجاه عميله الوفاء.[3] اما الركن الثاني يتمثل في انتفاء الإسناد: ويعني عدم امكانية اسناد الفعل الضار للبنك، لأن حدوثه كان اصلا مستبعدا ن قبله ولم يكن في الحسبان.

---

[1] المادة 127 من ق.م.ج تنص على انه: "إذا اثبت الشخص ان الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث فجائي، او قوة قاهرة، او خطأ صدر من المضرور او خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني او إتفاق يخالف ذلك ".

[2] محمد صبري السعدي، مرجع سابق،ج2، ص:109.

[3] سليمان مرقص، مرجع سابق، ص: 477.

لذلك على البنك ان يتفانى في اثبات السبب الاجنبي لدرء المسؤولية عنه. [1]فالقول بإمكانية اعتماد البنك على القوة القاهرة و فعل الغير لنفي مسؤوليته المدنية تجاه المتعاملين معه يحتاج الى توضيح الشروط القانونية المتطلبة لتوافرها في إطار عمليات التحويل الإلكتروني، وهو امر لا يخلو من المصاعب نظرا للطبيعة الخاصة لهذه العمليات، لذلك سنقوم بتقسيم هذا المطلب الى فرعين من خلال دراسة القوة القاهرة في الفرع الاول، و فعل الغير في الفرع الثاني، كأسباب لإعفاء البنك من المسؤولية.

الفرع الاول: نفي المسؤولية بالقوة القاهرة

تعتبر القوة القاهرة من اهم الحالات التي يلجأ اليها المسؤول عن الضرر لدرء المسؤولية عنه، و هي من حيث مفهومها تتطابق مع الحدث الفجائي، الذي يعرف على انه: " واقعة ترجع لفعل الطبيعة، او لفعل الحيوان لا تجد سببها في الفعل الذاتي للشيء و خارجة عن إرادة الحارس و تكون هي التي أثرت على الشيء الذي في حراسته، و جعلته يلحق ضررا بالغير". وهناك من عرفها ايضا بأنها: " كل واقعة تحقق فيها عدم التوقع و تعذر الدفع سواء كانت من فعل الانسان او من فعل الطبيعة كحدوث فيضان او زلزال او إشعال النار و فعل السلطة و من ارتكب حادثة نتيجة خلل مفاجئ في محرك السيارة ". [2] فهما تعبيران متشابهان لا فرق بينهما سواء في المدلول او النتيجة، و القصد منهما كل حادث لا يمكن توقعه ولا تلافيه، و يستحيل دفعه ولا إرادة للمدين في إحداثه. و أذا ما اراد البنك التمسك بالقوة القاهرة كسبب لإعفائه من المسؤولية، يجب عليه إثبات توفر جميع الشروط المتطلبة في الواقعة المعتبرة بمثابة القوة القاهرة، و هذه الشروط هي عدم إمكانية التوقع، و عدم إمكانية الدفع ، و اخيرا ان يجعل هذا الحادث تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة.[3]

حيث يمكن تعريف القوة القاهرة بأنها: " القوة القاهرة التي تقطع علاقة السببية بين خطأ المتسبب في الفيروس الحاسب و الضرر و ان جمهور الفقهاء لا يفرقان بين القوة القاهرة و الحادث الفجائي و يعتبرانهما اسمين لمسمى واحد يدل اولهما على استحالة دفعه و ثانيهما عدم امكانية توقعه و يحسبانه سببا اجنبيا غير منسوب للمدين يؤدي الى استحالة تنفيذ الالتزام في المسؤولية العقدية و انقطاع الرابطة السببية في المسؤولية التقصيرية.[4]

---

[1] سهام خليلي، مرجع سابق، ص: 97.

[2] أنظر هامش: محمد محمود ابو فروة ، مرجع نفسه، ص:239.

[3] عزة محمود أحمد خليل ، مرجع سابق، ص: 304-305.

[4] عبد الفتاح محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص: 178.

كما عرفت محكمة النقض المصرية القوة القاهرة بأنها ":القوة القاهرة بالمعنى الوارد في المادة 165 من القانون المدني " تكن حربًا أو زلزالا أو حريقًا، كما قد تكون أمر إداريًا واجب التنفيذ، بشرط أن يتوافر فيها استحالة التوقع واستحالة الدفع". وعليه فإنه يشترط في القوة القاهرة شرطان :الأول هو استحالة التوقع، والثاني هو استحالة الدفع، أدرسهما بإيجاز، إلى جانب شرط الخارجية، الذي يعد ضروريا في الأحيان التي يكون فيها الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة أمرا داخليا[1].

أولا: استحالة التوقع: يجب أن لا يكون في الإمكان توقع الحادث، ويستتبع عدم التوقع أن الفعل الطارئ بطبيعته غير ممكن توقعه عقلا، فلا يعتبر قوة قاهرة ما يصح في حدود المألوف وقوعه كالمطر في فصل الشتاء، وإنما يعتبر قوة قاهرة ما لا يمكن في حدود المألوف توقعه، كالفيضان الشاذ في نهر معد للملاحة كما تعتبر القرارات الإدارية من قبيل القوة القاهرة، وقد قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه: "استقر الاجتهاد على أن الأوامر الإدارية الواجبة التنفيذ تعتبر قوة قاهرة لأن شرطي استحالة التوقع واستحالة الدفع تتوافر بهما".[2]

ثانيا: استحالة الدفع: هذه الخاصية تعني ان 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، تى بالنظر للوضعية الاقتصادية للبنك ومدى اطلاعه على كل المتغيرات التي تطرأ على الساحة المالية و كذا بالنظر الى الوسائل التي يملكها ، لذلك لا بد ان تكون استحالة مطلقة بالنسبة اليه. و الاستحالة هنا قد تكون استحالة مادية او معنوية، و كمثال عن هذه الاخيرة ما يفرضه الواجب المهني المصرفي في واجب الالتزام بالامتناع عن العمل (إلتزام سلبي) بعدم افشاء الاسرار المصرفية للعملاء. [3]و يقدر معيار استحالة الدفع بالنسبة للبنك بنفس معيار عدم التوقع، و تخضع في تقديرها لرقابة قاضي الموضوع. [4]

ومن تطبيقات القوة القاهرة: حالة صدور قرار من البنك المركزي ضمن صلاحياته بإصدار قرارت ملزمة للبنوك، بمنع الاقراض لقطاع اقتصادي معين. فإذا كان هناك مفاوضات جارية بين البنك و العميل ينتمي نشاطه الى القطاع المشمول بالمنع، و كانت هذه المفاوضات جدية و قد قطعت شوطا اصبح معه

[1] احمد سليم فريز نصرة، مرجع سابق، ص. 157.

[2] احمد سليم فريز نصرة، مرجع نفسه، ص. 157.

[3] سهام خليلي، مرجع سابق، ص: 99.

[4] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني– نظرية الالتزام بوجه عام– آثار الالتزام، مرجع سابق، ج2، ص: 779.

منح الائتمان شيه مؤكد، فإن ايقاف البنك لهذه المفاوضات، و إمتناعه عن ذلك يكون عائدا لقوة قاهرة متمثلة بقرار منح الإقراض الصادر عن السلطات المختصة، مما يعفيه اتجاه العميل.[1]

ثالثا: الخارجية: يضيف البعض شرطا ثالثا، وهو (الخارجية) أي أن يكون الحادث خارجيًا، ولا يد للمدين فيه أما إذا كان أمرا داخليا فلا يعفى منه، ويعد من قبيل الحادث المفاجئ الذي لا ينقضي به الالتزام عند من يأخذون بالتفرقة، ومذهب القضاء الفرنسي هو أن العيب الداخلي للشيء لا يعد حادثا مفاجئ، فإذا أصيب المسافر في أثناء النقل جراء عيب في الناقلة لم يستطع الناقل كشفه ألقى القضاء الفرنسي والمصري المسؤولية على الناقل. وقد ذهبت محكمة النقض السورية إلى أنه ":استقر اجتهاد محكمة النقض على أن انفجار العجلة في السيارة المؤدي إلى تدهورها لا يشكل قوة قاهرة تعفي من المسؤولية طالما الحادث من داخل السيارة لا من خارجها". كما لا يتحقق شرط الخارجية إلا اذا كان بفعل منسوب الى اتباع المدين.[2] وقد ميز مشروع التجارة بين القوة القاهرة التي هي حوادث خارجية تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ولا يمكن توقعها ولا يمكن دفعها أو تجنبها وبين الحوادث الجبرية التي هي حوادث داخلية خاصة بالمدين. وعليه، فأن القوة القاهرة يجب أن تكون حدثا خارجيا، وإلا فلا يعتد بها.[3]

ويترتب عن توافر جميع الشروط السابقة ثبوت القوة القاهرة، فإذا كانت هي السبب الوحيد للضرر انقطعت علاقة السببية بين فعل المدين و الضرر، بما يؤدي الى اعفائه من المسؤولية. و قد يكون من آثار القوة القاهرة وقف تنفيذ الالتزام حتى زوال هذا العارض، فيبقى الالتزام موقوفا على ان يعود واجب التنفيذ بزوال الحادث.[4]

ولا شك أن استخدام النظام الالكتروني في العمليات البنكية قد يكون عرضة للكثير من المخاطر الناتجة عن عوامل داخلية أو خارجية من أمثلة ذلك ما قد تسببه الرطوبة أو الحرارة الشديدة من تلف في الأنظمة الالكترونية تؤثر على حسابات العملاء أو تحرمهم من الاستفادة من خدمات البنك أو حدوث تلف مفاجئ في أجهزة التكييف أو قطع التيار الكهربائي مما يجعل النظام يفقد جميع البيانات المخزنة فيه أو نشوب حريق في مبنى البنك يؤثر في الاتصالات بين البنك وعملائه أو الأجهزة المرتبطة به أو حدوث اقتحام أو سرقة البنك.[5] فالبنك بإستطاعة التمسك بالقوة القاهرة لإعفاء نفسه من المسؤولية الناتجة عن

---

[1] سهام خليلي، مرجع سابق، ص: 100.

[2] احمد سليم فريز نصرة، مرجع سابق، ص:159.

[3] احمد سليم فريز نصرة، مرجع نفسه، ص: 160.

[4] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، مرجع سابق، ص: 740.

[5] محمد محمود ابو فروة، مرجع سابق، ص: 242.

الأضرار التي لحقت عميله نتيجة لاستخدام النظام الالكتروني إذا ما استطاع البنك إثبات جميع عناصرها بكافة وسائل الإثبات يخضع في ذلك للسلطة التقديرية للقاضي.[1]

الفرع الثاني: فعل الغير كسبب لنفي مسؤولية البنك

يقصد بالغير كل شخص غير المدعى عليه و المضرور، ولكن يستبعد من طائفة الغير الاشخاص الذين يسأل عنهم المدعى عليه مدنيا مثل التابع و من يتولى المسؤول رقابتهم. وقد يسهم خطأ الغير مع الخطأ المسؤول في إحداث الضرر، وفي هذه الحالة إما أن يستغرق أحد الخطأين الآخر، و إما أن يبقى كل من الخطأين مستقلا، و قد يشترك في إحداث الضرر خطأ الغير، و خطأ المسؤول، و خطأ المضرور.[2] و الاصل ان المسؤولية المدنية تقوم في حق أطراف العلاقة التعاقدية ألا و هما البنك و العميل، لكن قد يحدث ان يرتكب الخطأ المسبب لضرر العميل من قبل شخص ثالث اجنبيا عن العقد المبرم بين البنك و العميل.[3]

حيث يخلق عقد التحويل المصرفي الالكتروني مركزا قانونيا يتضمن علاقة داخلية بين المتعاقدين وهي علاقة الالتزام الذي يصبح بموجبه المتعاقد دائنا ومدينا وعلاقة خارجية هي علاقة الغير بهذا المركز إذ تفرض حجية العقد على الغير احترام المركز القانوني للمتعاقد ومع ذلك فإن غموض فكرة الغير وعدم تحديدها بصورة دقيقة جعل معناها يختلف من مجال لآخر في إطار عمليات التحويل الالكتروني يمكن القول بأن الغير هو من لم يكن طرفا في العقد الذي يجمع بين البنك والعميل وليس خلفا عام أو خاصا لأحد أطرافه لا تربطه أي علاقة بهم كما أنه ليس تابعا لأحدهم فالغير إذن هو من لم يكن طرفا في العقد لا أصالة ولا نيابة، وبذلك فإن الأضرار التي تقع للعميل نتيجة لتدخل الغير الخارج عن نطاق علاقته بالبنك تعتبر من أهم الإشكالات التي تواجه العمل بتقنيات التحويل الالكتروني وتعتبر من المخاطر التي تحيط بتلك العمليات كالسطو على أموال العميل في البنك.[4]

والحقيقة أن فعل الغير لا يعتبر سببا مستقلا قائما بذاته لإعفائه من المسؤولية إذ يجب أن يحتوي على عناصر القوة القاهرة بأن يكون غير متوقع الحدوث وغير قابل للدفع ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا على المدين،أما إذا وقع خطأ من المدين واشترك مع خطأ الغير في إحداث الضرر ففي هذه الحالة يكون هناك

---

[1] محمد محمود ابو فروة، مرجع نفسه، ص: 243-244.

[2] عزة محمود أحمد خليل، مرجع سابق، ص: 312.

[3] عبد الفتاح سليمان ، مرجع سابق، ص: 65.

[4] محمد محمود أبو فروة ، مرجع نفسه، ص: 245-246.

أثر لفعل الغير في مسؤولية المدين على اعتبار 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 وحده هو المسئول. أما إذا كان كل من فعل المدين والغير سببا في إحداث الضرر فيتعدد بذلك المسئولون وتقسم المسؤولية بينهما كل حسب خطئه.[1]

فالبنك مطالب بحكم طبيعة عمله والبيئة التي يعمل بها على اتخاذ إجراءات لحماية نظام التحويل البنكي الالكتروني والاستعانة بالخبرات اللازمة لمنع الغير بالعبث من أنظمته وأجهزته كما انه ملزم بالحفاظ على أموال العملاء بجميع الطرق وبالتالي لا يمكنه التحجج بتدخل الغير لإعفاء نفسه من المسؤولية.[2]

وأرى أنه يجب أن يتوفر في فعل الغير أحد شرطين :فإما أن يكون خاطئًا، وإما أن تتوافر فيه شروط القوة القاهرة .فإذا توافرت في ذلك الفعل صفة الخطأ فيعد ذلك الفعل من قبيل السبب الأجنبي. وإذا توافر فيه شرطي عدم الدفع وعدم التوقع، فهو في هذه الحالة يعد من قبيل القوة القاهرة والحادث المفاجئ، وهو سبب أجنبي أيضا[3].

من خلال ما سبق يظهر أن دفع البنك بالقوة القاهرة و بفعل الغير كسبب لإعفاء نفسه من المسؤولية قد لا يكون مجديا له في الكثير من الحالات، و بناءا على ذلك تبقى الحالة الوحيدة المؤثرة و بحق في حدود مسؤولية البنك في مواجهة العميل، و هي الحالة التي قد يصدر فيها خطأ عن هذا الأخير يترتب عنه وقوع ضرر له.

المطلب الثاني: خطأ العميل لإعفاء البنك من المسؤولية

إن تحقيق التوازن في العلاقة التي تجمع بين البنك و العميل يقتضي عدم غض الطرف عن الافعال التي تصدر عن هذا الاخير، و تساهم في إحداث الضرر الذي وقع له، فهو يلتزم شأنه شأن البنك بمجموعة من الالتزامات الناتجة عن العقد الذي يربط بينهما و هو مطالب بتنفيذها وفقا لما تقتضيه حسن النية، وفي حالة ما إذا خالف العميل هذه القواعد يعفى من البنك والمسؤولية ، إلا ان 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

[1] محمد محمود أبو فروة، مرجع نفسه، ص: 246-247.

[2] محمد محمود أبو فروة،مرجع نفسه، ص: 249.

[3] احمد سليم فريز نصرة، مرجع سابق، ص:161.

الطرفين لتحديد نسبة تأثير كل منهما في إحداث هذا الضرر.وهذا ما سنحاول دراسته من خلال هذا المطلب.

الفرع الاول: خطأ العميل هو السبب المباشر للضرر

قد يحدث ان يتسبب العميل في الخطأ وليس البنك كما جاء في نص المادة 127 من ق.م.ج سابقة الذكر، شرط ان يكون خطأه غير متوقع و غير ممكن الدفع.[1] في هذه الحالة يجب أن يرتكب كل من العميل والبنك خطأ ساهم في وقوع ضرر للعميل لكن خطأ البنك كان نتيجة لخطأ العميل ، وفي هذه الحالة يستغرق خطأ العميل خطأ البنك ويتحمل بالتالي كامل المسؤولية عن الضرر الحاصل له ويعفى البنك من المسؤولية، ومثال ذلك إذا فقد العميل أداة التحويل أو تمت سرقتها منه ومن ثم قام الغير باستخدامها في سحب الأموال فلا يمكن مسائلة البنك عند تنفيذ العمليات التي تمت بعد سرقة أداة التحويل لأن العميل لم يقم بالإبلاغ عن تلك السرقة، ونظرا لإهماله في الالتزام بالحفاظ على أداة التحويل الخاصة به.[2] لكن ذلك لا يعني أن أي خطأ او فعل يصدر من عميل من شأنه أن يعفي البنك من المسؤولية، إذ يجب ان يكون هذا الفعل ذا شأن في إحداث الضرر وأن يستغرق خطأ البنك و دوره في إحداث الضرر، ولا يستغرق الفعل الصادر عن العميل خطأ البنك إلا إذا كان أشد جسامة منه.[3]

ويصعب حصر الافعال الصادرة عن العميل والتي تتصف بالجسامة في مقدار تأثيرها على إحداث الضرر، إلا انه بالنظر لطبيعة العلاقة التي تجمع بين الطرفين فإنه يمكن استنتاج ان وصف الجسامة هذا من الممكن ان ينطبق على المجموعة من الحالات التي يخل فيها العميل بالالتزامات القانونية و العقدية الملقاة على كاهله بشكل قد يؤدي الى استغراق الخطأ الصادر عن البنك.[4] فالفعل الصادر عن العميل و الذي يعفي البنك من المسؤولية إما ان يكون سببا لحصول خطأ البنك ، إما ان يكون خطئا عمديا.

أولا: خطأ البنك كنتيجة لخطأ العميل :

في هذه الحالة أن يرتكب كل من العميل والبنك خطأ ساهم في إيقاع الضرر للعميل لكن خطأ الذي إرتكبه البنك كان نتيجة لخطأ العميل و بسببه، وفي هذه الحالة يستغرق خطأ العميل خطأ البنك ويتحمل

[1] علي الفيلالي، مرجع سابق، ص:290.

[2] محمد محمود أبو فروة، مرجع نفسه، ص: 250.

[3] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، مرجع سابق، ص: 741 و ما بعد.

[4] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، مرجع نفسه، ص:740 و ما بعد.

بالتالي كامل المسؤولية عن الضرر الحاصل له ويعفى البنك من المسؤولية.[1] ومثال ذلك إذا فقد العميل أداة التحويل أو تمت سرقتها منه ومن ثم قام الغير باستخدامها في سحب الأموال فلا يمكن مسائلة البنك عند تنفيذ العمليات التي تمت بعد سرقة أداة التحويل لأن العميل لم يقم بالإبلاغ عن تلك السرقة، ونظرا لإهماله في الالتزام بالحفاظ على أداة التحويل الخاصة به.

ثانيا: خطأ العميل العمدي:

في هذه الحالة يكون خطأ العميل قد وقع منه بشكل عمدي وذلك أن تتجه أفعاله إلى إحداث الضرر، فينتهز فرصة خطأ البنك البسيط لإتمام قصده، وفي هذه الحالة تكون المسؤولية كلها على عاتق العميل مرتكب الخطأ العمدي، و يتم الوقوف على هذا الخطأ كسبب في إحداث الضرر، دون خطأ البنك غير العمدي حتى لو ساهم في الضرر،[2] فالخطأ الذي يرتكبه البنك من خلال تنفيذه لأوامر التحويل الغير مشروعة وإن كان مساهما في الضرر، إلا أنه لا يمثل سوى ظرف استغله العميل لتحقيق غايته وهي الحصول على تعويض بشكل غير مشروع من البنك ، ولهذا فإن خطأ البنك لا يعتبر في هذه الحالة وعلى هذا الأخير إقامة الحجة والإثبات على فعل العميل وقد يسائل العميل مسؤولية جزائية إذا الفعل يمثل أحد الجرائم العمدية كالتحايل والتدليس (الإخطار الكاذب بضياع البطاقة أو تقديم مستندات مزورة).[3]

و إعفاء البنك من المسؤولية في مثل هذه الحالات قد يتزامن مع ايقاع عقوبة جزائية على العميل إذا ما تم تكييف الفعل الصادر عنه على أنه يمثل إحدى الجرائم، فتحايل العميل و اجبار البنك على تقديم مبالغ نقدية من غير الواجب عليها دفعها من خلال الاخطار الكاذب بفقد البطاقة او تقديم وثائق و مستندات غير صحيحة تؤيد إدعاءاته الكاذبة قد يشكل وسائل إحتيالية تقوم بموجبها جريمة النصب.[4]

ومن تطبيقات على خطأ العميل، في حالة منح البنك قرضا للعميل، تمت بينهما مفاوضات على تحديد الضمانات، و معدلات الفائدة و غيرها قبل اتخاذ القرار بإبرام عقد منح الائتمان، وكان قرار البنك بالقبول ينقصه مستندات معينة متاح تأمينها للعميل لاستكمال ملفه.لكن هذا الاخير تماطل في ذلك فقطع البنك المفاوضات، فإن العميل يكون قد أخطأ بعم إستجابته مما يثير تصرفه هذا ريبة البنك في التعامل معه،

[1] محمد محمود ابو فروة، مرجع سابق، ص: 252.

[2] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، مرجع سابق، ص: 742.

[3] محمد محمود ابو فروة، مرجع سابق، ص: 255.

[4] محمد محمود ابو فروة، مرجع نفسه، ص: 256.

فقطعت المفاوضات ففي هذه الحالة خطأ العميل استغرق خطأ البنك كون خطأ البنك هو الذي أدى الى قطع المفاوضات.[1]

الفرع الثاني: الخطأ المشترك بين البنك و العميل

قد يحدث ان يكون الخطأ صادرا من كلا طرفي العلاقة في عمليات التحويل الالكتروني للاموال لكن دون أن يستغرق احدهما الآخر و دون ان تكون النتيجة له، فلا يكون خطأ العميل جسيما بالشكل الذي يؤدي إلى إعفاء البنك من المسؤولية، لكنه و مع ذلك قد ساهم مع خطأ البنك في إحداث الضرر فيصبح للضرر سببان متميزان عن بعضهما البعض لولاهما لما وقع،[2] لكن القول بوجود سببين للضرر يستدعي تحديد اثر كل منهما في ايقاع الضرر لهذا فأن تحديد الشخص المسؤول يقتضي وضع معايير للتفضيل بين مختلف الاسباب المحدثة للضرر. وقد أورد المشرع الأردني الخطأ بين المضرور والمدعى عليه نصا خاص في المادة 264 قانون مدني تنص على أنه" يجوز للمحكمة أن تنقص مقدار الضمان أو أن لا تحكم بضمان ما إذا كان المتضرر قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه".[3]

و في الاطار ظهرت مجموعة من النظريات تهدف الى البحث في العلاقة بين السبب و النتيجة في حالة تعدد الاسباب المحدثة للضرر لتحديد المسؤول عنه، ومن بين هذه النظريات ما يعرف بنظرية السبب المنتج و تقوم نظرية تعادل الاسباب على ان تعدد الاسباب التي ادت الى إحداث الضرر يجعل من اللازم النظر إليها بشكل متساوي دون مفاضلة بينها،ولا يمكن بالتالي التفرقة بين الاسباب المختلفة بحسب اهميتها او خطورتها في احداث الضرر فكل الاسباب متعادلة، لهذا فإن الضرر لن يحدث لولا جميع هذه الأسباب بحيث انه إذا ما الغينا أحدهما لما وقع الضرر.[4]

وتطبيقا لهذه النظرية يكون الخطأ الصادر عن العميل متكافئا مع الخطأ الصادر من البنك، فكلاهما كان نتيجته إحداث الضرر، و يتحمل كلاهما بشكل متساوى المسؤولية عن هذا الضرر، والحقيقة ان هذه النتيجة بعيدة كل البعد عن العدالة، فالخطأ الصادر عن العميل قد لا يكون بنفس درجة خطأ من حيث

[1] سهام خليلي، مرجع سابق، ص: 102.

[2] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، مرجع سابق، ص: 746.

[3] محمد محمود ابو فروة، مرجع سابق، ص:256.

[4] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، مرجع سابق، ص: 760 وما بعد.

الجسامة، لهذا فان هذه النظرية لا تتعامل بمنطقية في ربطها للضرر بكل الاسباب التي انتجته، اذ ان بعض هذه الاسباب قد يكون تأثيره سلبيا في احداث الضرر ولم يكون له دورا كبيرا فيه، ومع ذلك تتم معاملته كباقي الأسباب الأخرى، ولعل ابرز ما يمكن اخذه على نظرية تعادل الاسباب انها قد تؤدي الى تحميل المسؤولية حتى لو قلنا ان اساس مسؤولية البنك هو الخطأ المفترض، فأي خطأ يصدر عن العميل ولو كان تافها يعادل خطأ البنك ولو كانت جسيمة. [1]

وقد تفادت نظرية السبب المنتج الانتقاد الموجهة لفكرة تعادل الاسباب في انها لم تتعامل مع جميع الاسباب المحدثة للضرر بنفس الطريقة، و إنما ميزت بين نوعين من الاسباب غير المألوفة و التي لا تحدث عادة ضرر، أما الاسباب المنتجة فهي الاسباب المألوفة والتي عادة ما تحدث ضررا او تنطوي على احتمال وقوعه. و اذا ساهمت كل من الاسباب المنتجة والعارضة في احداث الضرر، فان الاسباب المنتجة وحدها هي التي يتم اعتبارها والوقوف عندها، اما الاسباب العارضة فلم تساهم بالضرر إلا نتيجة لاقترانها مصادفه بالأسباب المنتجة وهذا ما يطلق عليه السببية القانونية وهي التي تعتد بها نظرية السبب المنتج فينصب الاهتمام الاسباب المنتجة من بين الاسباب الطبيعية المتعددة ليعتبر وحدة السبب المؤدي لوقوع الضرر.[2]

و هذه النتيجة تعتبر منطقية الى حد ما ومتوافقة مع العدالة و لهذا فان هناك من الفقه من يرى بأن نظرية السبب المنتج تقوم على اساس سليم و قوي، ذلك انه من غير الممكن اعتبار جميع العوامل والظروف التي ساهمت في احداث الضرر متساوية في قوتها السببية لا إحداث النتيجة ألضارة و لهدا فان السبب الذي ساهم في احداث الضرر على نحو منتج وفعال هو الذي يمكن الاعتداد به.[3]

من خلال ما سيق يتضح ان خطأ المضرور يمثل السبب الأهم لإعفاء البنك من المسؤولية الناتجة عن عمليات التحويل الإلكتروني، سواء كان هذا الإعفاء كليا إذا ما إستغرق خطأ العميل خطأ البنك، وذلك في الحالة التي يكون فيها خطأ البنك ناتجا عن خطأ العميل، او ان يصدر من هذا الأخير خطأ عمدي ، و إما بشكل جزئي في حالة الخطأ المشترك الذي لا يستغرق أحدهما الآخر، و هذه القواعد تنطبق في إطار المسؤولية الخطئية كما تنطبق إذا ما كان أساسها هو المخاطر أو تحمل التبعة،حيث نرى ان مثل هذه

[1] محمد محمود ابو فروة، مرجع سابق، ص:258.

[2] محمد محمود ابو فروة،مرجع نفسه، ص:259.

[3] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، مرجع سابق، ص762.

الصور يوفر حماية للعميل، وفي نفس الوقت يحقق نوعا من العدالة و التوازن بين طرفي العلاقة ، لكن على الرغم من ذلك إلا ان البنوك تسعى إلى توفير حماية أكبر لنفسها من خلال شروط تحديد المسؤولية.

المبحث الثاني: الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية

تقوم فكرة الالتزام المدني على وجوب تنفيذ الشخص لما التزم به، فإذا أخل بذلك وجب عليه تعويض الطرف الآخر عن الضرر الحاصل له الناتج عن عدم التنفيذ، وإذا نشأت المسؤولية فلا سبيل لاستبعادها إلا بواسطة إتفاق يعد في الحقيقة الامر صلحا يتم عقده بين الاطراف، او من خلال ما نص عليه القانون من وسائل للإعفاء من المسؤولية. وبما ان المبدأ السائد هو الحرية التعاقدية فإن البنك عادة ما يستغل المركز القانوني القوي له في مواجهة العميل و يفرض عليه شروطا التي تحدد المسؤولية العقدية و التي تشمل كل من إتفاقات التخفيف من المسؤولية و التعويض الاتفاقي، و اتفاقات التخفيف من المسؤولية قد تكون من خلال تحديد تعويض اقل من التعويض الذي يحصل عليه الشخص نتيجة لقيام المسؤولية، او اتفاقات الانقاص من مدة التقادم، اما التعويض الاتفاقي فهو يتعلق بالحالة التي يتفق فيها الطرفان على قيمة التعويض الجزافي الذي يستحق أحد الاطراف عند إخلال الطرف الآخر بالتزامه.[1] أو شروطا تعدل من احكام المسؤولية، إما بإعفاء نفسه منها على الرغم من قيام جميع عناصرها و بالتالي لا يترتب عليه أي تعويض هذا ما سنتطرق اليه في (المطلب الاول) ، و إما بتحديد مضمون العقد بشكل يخفف من التزاماته فيتضاءل اثر المسؤولية في مواجهته على حساب العميل (المطلب الثاني).

المطلب الأول: شروط الإعفاء من المسؤولية

بالنسبة للاتفاق على الإعفاء يقصد به الاتفاق المبرم مسبقا بين الدائن والمدين قبل حدوث الضرر و يقضي بعدم مساءلة المدين في حالة حدوث ضرر فيعتبر من أهم الموضوعات المتعلقة بالمسؤولية المدنية، وثار بشأنه جدال فقهي كبير مدى الحكم بصحته وأثاره، ويتعين أن نشير إلى أن هذا الجدال ظهر في القرن 19 بسبب ظهور الثورة الصناعية وقيام المشروعات الكبرى وزيارة نشاط التجارة الخارجية

[1] محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص: 10 و ما بعد.

والداخلية فأصبحت الشركات هي التي تسيطر على المعاملات المالية بين الأشخاص وخدماتهم و خصوصا ميدان النقل أصبح نقلا جويا وبحريا وبريا خوفا من مساءلة الناقل يلجا الناقلون إلى إدراج هذا الشرط في عقودهم الأمر الذي جعل المشرعون والقضاة والفقهاء يلتفتون إليه ويحاولون إيجاد حلولا له. فهناك من ذهب إلى الحكم بصحته اعتمادا على مبدأ سلطان الإدارة و قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، والواقع أن الحكم بصحة الشرط بصورة مطلقة اعتمادا على الحرية التعاقدية ومبدأ سلطان الإرادة يؤدي إلى نتائج غير عادلة ذلك أن الطرف الذي قبل منه فهذا الأخير هو في وضع يستطيع أن يملي شروطه على الطرف الآخر الذي يسعه سوى قبولها، فأمام انعدام التوازن بين الدائنين والمدينين هناك بعض الفقهاء يقولون بالتضييق وذلك بتحديد الحالات التي يعتبر فيها صحيحا والحالات التي يعتبر فيها باطلا[1].

يقصد بشرط الإعفاء من المسؤولية ذلك الاتفاق الذي يهدف إلى رفع المسؤولية كلية عن مرتكب الفعل الضار ومنع المطالبة بالتعويض الذي يقضي به القواعد العامة، و هناك من يعرفه على اساس انه: " اتفاق يقصد به تعديل آثار المسؤولية الناشئة عن الاخلال بالعقد ". بينما عرفه جانب آخر من الفقه على انه: " تلك الاتفاقات التي يتنازل بموجبها أحد طرفيها عن حقه في التعويض في مواجهة الطرف الآخر عما أصابه من ضرر، حيث يكون هذا الاخير ملتزما بالتعويض في مواجهته ".[2] فالعقد المصرفي بإعتباره وليد الارادة الحرة فهي التي تنشأ الالتزامات المتقابلة بينهما، فلها ان تعدل في شروط العقد او تغير فيها ما تراه مناسبا لحدود العلاقة بين طرفيها ، في الحدود التي يسمح بها القانون [3] إلا ما استثني منه بنص. اما المسؤولية التقصيرية فلا يجوز الاتفاق على الاعفاء منها لتعلق قواعدها بالنظام العام.و في ظل وجود هذا الشرط يكون الشخص ملتزما بمقتضى العقد، لكنه لا يكون مسؤولا امام الدائن عن عدم الوفاء بالالتزام و لا يتسنى لهذا الاخير ان يطالبه بالتعويض عن إخلاله بإلتزامه.

و من هنا يطرح التساؤل حول مدى صحة هذه الشروط وفقا للقواعد العامة في التعاقد (الفرع الاول)، و القيود التي ترد على إمكانية تضمينها في العقد و حدودها (الفرع الثاني).

---

[1] دمانة محمد، شرط الإعفاء من المسؤولية بين مقتضيات سلطان الإرادة و سلطان القانون، دفتر السياسة و القانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، العدد 5جوان 2011،ص: 241-242.

[2] سليمان مرقص، مرجع سابق، ص: 636.

[3] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج2، مرجع سابق، 896.

الفرع الأول: مدى صحة شروط الإعفاء من المسؤولية

من الدارج القول بصحة الاتفاقات المعفية من المسؤولية فيجوز للمتعاقدين الاتفاق على تعديل المسؤولية العقدية نظرا لأنها ما هي إلا إخلال بالتزام ناشئ عن العقد، لما كان العقد وليد الإرادة، فإن لهذه الارادة الحرية في التعديل من أحكام المسؤولية، لكن السبب خطورة النتائج المترتبة عن مثل هذه الاتفاقات في كونها تمكن الشخص من الاخلال بالتزامه العقدي دون ان يتحمل أي مسؤولية فقد وجد تيار فقهي يرفض الاعتراف بصحتها.[1]

حيث اصبح القضاء في فرنسا يعترف به لكن إلا في نطاق محدود وذلك بإعطائه أثرا محدودا يتمثل في قلب عبء الإثبات، ثم بدا التشريع في فرنسا يعترف بالشرط بالنسبة لحالات محددة فقط كإقراره بصحة الشرط إذا كان يرمي إلى إعفاء الناقل الجوي من مسؤوليته عن مخاطر الجو أو عن الأخطاء الملاحية لتابعيه وفي أثناء ذلك بدا الفقه ينشط ويحاول أن يوجد أساسا قانونيا للحكم بصحة الشرط اذ انه من الممكن أن يكون الشرط مطبوعا إلا يكون على علم بتفاصيل الشرط وأبعاده بل يتعاقد في بعض الأحيان دون أن يعلم بوجوده كما هو الحال بالنسبة لعقود النقل. وهكذا تظهر لنا مشكلتان الأولى هي: مشكلة صحة الشرط بوجه عام فقها و قضاء و تشريعا، هو مشكل قبول الشرط[2].

إن أغلبية الفقه تنادي بصحة شرط الإعفاء في المسؤولية العقدية واهم مبدأ ارتكز عليه هو الحرية العقدية، فالتزامات الطرفين منشؤها العقد وبتالي يجوز لهما استبعادها أو استبدال التزامات أخرى بها أو التخفيف منها، لان العقد شريعة المتعاقدين وهذا ما نصت عليه المادة 106 من القانون المدني الجزائري تنص على انه: " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين، أو للاسباب التي يقررها القانون".

فمثلا إذا اتفق الناقل مع الشاحن على إعفاء نفسه من المسؤولية عن الأضرار التي تلحق بضائع هذا الأخير فان هذا الشرط يعفيه من التزامه بالمحافظة على هذه البضاعة إذا ما فقدت أو تلفت ،ذلك أن فقدانها أو تلفها كان من رضا صاحبها وصاحب الشيء له مطلق التصرف فيما يملك ،فلا يوجد أي خداع من قبل الناقل إذا ما اشترط إعفاءه من المسؤولية لأن كل شركات النقل تصدر عقودا مطبوعة تحتوي على شروط متشابه ولا تتميز إلا بلون او الوزن المدونة عليه أو الصيغة أو اللغة التي تكتب بها.[3]

---

[1] محمد محمود ابو فروة ، مرجع سابق، ص:265.

[2] دمانه محمد، مرجع سابق، ص: 243.

[3] دمانه محمد، مرجع نفسه، ص: 243.

الحقيقة انه إذا كان هناك عقود يكون فيها عنصر الإذعان متوفرا بحيث أن الطرف القوي يفرض على الطرف الضعيف شروطا لا يملك هذا الأخير سوى قبولها ،فان الأمر فلم يكن كذلك بالنسبة لسائر العقود ذلك أن هناك عقود وهي كثيرة يشترط فيها الأطراف إعفاءه من المسؤولية ورغم ذلك لا يعتبر عقود إذعان ذلك أن مسالة الإذعان هي مسالة متروكة للقاضي وله في ذلك سلطة تقديرية وحتى لو افترضنا أن العقد هو عقد إذعان تستطيع في هذه الحالة اللجوء إلى القضاء استنادا للمادة 110 من القانون المدني الجزائري وتبطل بمقتضاها الشرط إذا كان تعسفيا ولا نتذرع بالحرية التعاقدية.[1]

فمشكلة الشرط من الناحية التشريعية نجدد ان بالنسبة للأخطاء الشخصية فالمعروف انه حسب المادة 124من القانون المدني الجزائري تنص على انه: " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرر للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض". فالشخص يبقى مسئولا حتى يثبت أن الضرر قد نشا عن سبب لابد له فيه لحادث فجائي أو قوة قاهرة أو خطا صدر عن الغير أو الصحية، ومعنى ذلك انه يسال عن أخطاءه اليسيرة أو الجسيمة المهم أن يكون هناك التزام لم يقم به أو لم يقم بتنفيذه ولا يهم بعد ذلك أن يكون عدم التنفيذ راجع إلى خطائه الجسيم أو اليسير.

قد يحدث قبل وقوع الضرر و أثناء إبرام العقد أو بعده أن يشترط الدائن على المدين إعفاؤه من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذه لما التزم به فما هو حكم هذا الشرط؟ أجاز المشرع الجزائري هذا الشرط إذا كان يرمي إلى الإعفاء من الأخطاء اليسيرة، لكن إذا كان يرمي إلى أكثر من ذلك يعني الأخطاء الجسيمة أو عن الغش فقد حكم بطلانه[2].

فمن خلال موقف التشريع و القضاء الفرنسيين من شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية بوجه عام نجد انه إذا كان المشرع الجزائري في المادة 178 ف 2 ومن قبله المشرع المصري في المادة 217 من القانون المدني المصري قد نصا بكل صراحة على صحة شرط الإعفاء من المسؤولية عن الأخطاء الشخصية اليسيرة وعن سائر أخطاء التابعين، فإن الأمر لم يكن بهذا الوضوح في فرنسا، لكون المشرع الفرنسي لم يعطي لمشكلة صحة شرط الإعفاء من المسؤولية حلا واضحا واكتفى بحلول جزئية متفرقة فقط قرر المشرع بطلان الشرط في عقد البيع إذا كان يرمي إلى إعفاء البائع من التزامه بالضمان عن

[1] المادة 110 من ق.م.ج تنص على انه: " إذا تم العقد بطريقة الاذعان، و كان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو ان يعفي الطرف المذعن منها، و ذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك".

[2] دمانه محمد، مرجع سابق ، ص:244.

فعله الشخصي ، بينما أقر المشرع صحة هذا الشرط إذا كان يرمي إلى إعفاء الناقل الجوي من مسؤوليته عن مخاطر الجو ومن الأخطاء الملاحية لتابعيه وهذا بالنسبة لحالات نقل الركاب أو حالات نقل البضائع.

لقد أدت هذه النظرية الجزئية وغير الفاصلة في موضوع شرط الإعفاء من المسؤولية بالقضاء إلى محاولة إيجاد حلول دون الاعتماد على النصوص التشريعية الأمر الذي أدى به كما قال" مازو" إلى وضع حلول أغلبها جزئية ومختلفة تبعا للأنواع المختلفة من القضايا فقد ظلت محكمة النقض الفرنسية طيلة نصف القرن 19 تبطل بطلانا مطلقا شرط الإعفاء من المسؤولية ولا تريد أن تعترف له بأي أثر .غير أن الأمر لم يستمر على هذا الحال فقد ظهر اتجاه آخر لها أوائل الخمسينات من هذا القرن وأصبحت تعطي للشرط أثره الكامل إذ جعلته يعفي المستفيد منه من مسؤوليته عن سائر أخطائه. باستثناء عن أخطاءه العمدية أو الجسيمة.[1]

فشروط الاعفاء من المسؤولية تعطي للمدين سلطة تقدير واسعة و غير مقيدة بين ان يقوم بتنفيذ التزامه او لا يقوم بذلك، و يصبح تنفيذ الالتزام اختياريا بمحض ارادة المدين، مما قد يؤدي الى إهماله في التنفيذ مستندا الى مبررات متعددة و مطمئنا الى عدم مسؤوليته. والحقيقة ان الشخص إما ان يكون ملتزما فتقوم مسؤوليته عند عدم وفاءه بالتزامه، و إما ان يكون غير ملتزم فلا مسؤولية عليه، و الشروط المعفية من المسؤولية تجعل الشخص في مرتبة وسط، فهو غير ملتزم و لكنه غير مسؤول في نفس الوقت، و هو ما يتنافى مع الغاية من التعاقد،[2] بل ان هناك من الفقه من يذهب الى ابعد من ذلك و يعتبر ان الشروط المعفية من المسؤولية مخالفة للنظام العام و تهدم فكرة المسؤولية العقدية، ذلك لأنها نظام قانوني محدد تشريعيا حيث حدد لها المشرع جزاءا و هو التعويض.[3]

هناك جانب من الفقه يرى ان حق المتعاقدين في تضمين عقودهم شروطا للإعفاء من المسؤولية على اعتبار انها لا تتنافى بشكل نهائي مع الغاية من التعاقد ، كما يرى التوجه السابق ان هذه الشروط تنصب عل المسؤولية المترتبة عن الالتزام وليس على الالتزام نفسه، و الفرق بين الامرين دقيق، و هذا الشرط يتيح للمدين ان يكون في منأى عن المسؤولية في حالة اقترافه خطأ عمدي، اما إذا اهمل تنفيذه بشكل

[1] دمانه محمد، مرجع نفسه، ص:244.

[2] محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص: 42.

[3] محمود جمال الدين زكي، مرجع نفسه، ص: 52.

عمدي او بما يمكن اعتباره خطئا جسيما فإنه يبقى مسؤولا امام الدائن و لا يترتب على شرط الاعفاء أي اثر قانوني.[1]

و لعل ما يرتكز عليه القائلون بجواز تضمين العقود شروطا للإعفاء من المسؤولية و هو القواعد العامة في التعاقد التي تقوم على الافكار المستنبطة من مبدأ سلطان الإرادة و الذي يجعل من العقد شريعة المتعاقدين، فيجوز للمدين التخلص مقدما بمقتضى بند في العقد من المسؤولية المترتبة عن اخلاله بالتزاماته الناشئة عنه في اطار الحدود التي تتوافق مع المبادئ العامة للتعاقد.[2]

الفرع الثاني: القيود الواردة على شروط الإعفاء من المسؤولية

سبق و أشرنا الى أنه يجوز لأطراف العلاقة التعاقدية الاتفاق على تضمين العقد شرطا بموجبه يعفى المدين من المسؤولية المترتبة عن عدم تنفيذه لالتزامه، بشرط احترام الحدود التي قررها القانون لمثل هذا النوع من الشروط، بأن لا يشترط الشخص مقدما عدم مسؤوليته عن غشه او خطأه الجسيم لكون مثل هذه الشروط مخالفة للنظام العام، و الحقيقة ان هذا المنع يترتب عنه نتيجتان على قدر الأهمية، الاولى بطلان كل شرط مسبق يرمي الى إعفاء الشخص من غشه (التدليس) او خطأه الجسيم، و الثانية إنعدام الاثر القانوني لشرط الإعفاء من المسؤولية في حال كون الاخلال بالالتزام العقدي مشكلا لغش او خطأ جسيم.[3]

قامت التشريعات المختلفة بالمساواة بين الغش و الخطأ الجسيم، و هذا لا يعني اتحادهما في المعنى و الصفات، و إنما يقصد به المساواة من حيث الآثار القانونية المترتبة عنها و المتمثلة في انعدام اثر شرط الاعفاء من المسؤولية لما ينجم عنها من خطورة المراكز القانونية، فالغش في اطار الالتزام العقدي مرادف لإصطلاح سوء النية،[4] بحيث يتمثل في اتجاه الارادة الى إحداث الضرر فيستغرق بذلك الخطأ العمدي بالرغبة في التخلص من اعباء العقد و بإدراك الضرر الذي يمكن ان يقع نتيجة لذلك.

اما الخطأ الجسيم فهو خطأ غير عمدي لا يخرج عن الاهمال و عدم التحرز،[5] لكنه يرتبط بعدم اكتراث بالغ بالتزامات الفاعل و استهتار بالحقوق دون النظر الى الضرر المحتمل من هذا الإستهتار، لهذا فإن الفرق بين الغش و الخطأ الجسيم يتمثل في درجة توقع الضرر، بحيث يكون متوقعا كنتيجة حتمية في

---

[1] محمود جمال الدين زكي، مرجع نفسه، ص: 52.

[2] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، مرجع سابق، ص: 550.

[3] محمد محمود ابو فروة، مرجع سابق، ص: 270.

[4] نوري حمد خاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص:49.

[5] محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص:89.

حالة الغش، بينما يكون غير محقق الوقوع ويكون الفاعل قد واجه امكانية تحقق الضرر كنتيجة محتملة دون اكتراث يذلك في حالة الخطأ الجسيم.[1]

ويجب أن نعالج الخطأ الجسيم في حالة شرط الإعفاء من المسؤولية ثم نبين موقف التشريع والقضاء والفقه منه.

ولتحديد معيار الخطأ الجسيم فقد اتجهت بعض المحاكم الفرنسية إلى الأخذ بمعيار ذاتي يتمثل في الاعتداء بالظروف الشخصية أو الذاتية لمرتكب الخطأ فالمدين مثلا في حالة شرط الإعفاء من المسؤولية يكون قد ارتكب خطا جسيم إذا تصرف حتميا بهذا الشرط لما يخالف عنايته المعتادة، لكن هذه النظرة الذاتية تصطدم مع النظرة الموضوعية لمعيار الخطأ ما يعتبر خطأ جسيما عند شخص يعتبر يسيرا عند شخص آخر. وظهر معيار آخر نادى بالمعيار المجرد الذي يقضي بأننا نكون بصدد خطا جسيم إذا ابتعد مرتكبوه كثيرا عن المسلك الذي تتوقعه من الرجل المعتاد الموجود في نفس الظروف الخارجية للمسئول وينتمي إلى نفس مهنته[2].

فبالنسبة لموقف التشريع الجزائري من شرط الإعفاء من المسؤولية في الخطأ الجسيم نجد انه ليس التشريع الجزائري الوحيد من خلال نص المادة 178 ف 2 فهو التشريع الوحيد الذي حكم ببطلان شرط الإعفاء من المسؤولية عن الأخطاء الشخصية في حالة الخطأ الجسيم، وقد جاء نص المادة صريحا بعبارته "... و يبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الاجرامي". و إنطلاقا من نص المادة نرى ان الامر جوازي أي أن المشرع الجزائري اجاز اتفاق البنك و العميل على اعفاء هذا الاخير من المسؤولية، وهذا يبين لنا ان الارادة حرة فيما تقتضيه من شروط عقدية سواء كان ذلك اثناء ابرام العقد او إدراجها في اتفاق لاحق عن ذلك بإعفاء البنك نهائيا ا و بالتخفيف من حدود المسؤولية.[3] اما بالنسبة لموقف الفقه من شرط الاعفاء من المسؤولية في الخطأ الجسيم فقد بدأ الفقه في فرنسا يبحث عن مخرج جديد يبرز فيه رفضه لشرط الإعفاء من المسؤولية عن الأخطاء الجسيمة فقال أن الخطأ الجسيم يساوي الغش من ثمة يجب أن نطبق عليه ما طبقناه على الغش من أحكام ومعنى ذلك أن مرتكب الخطأ يتقنع دائما بقناع الغباء فهو من جانب يعترف بخطاه ومن جانب آخر يدعي حسن النية. الأمر الذي يؤدي إلى عدم التطبيق النهائي بحكم الغش والواقع أن الخطأ الجسيم مهما بلغت درجة جسامته فانه يبقى دائما

[1] محمود جمال الدين زكي، مرجع نفسه، ص:87.

[2] محمد دمانة، مرجع سابق، ص: 245.

[3] عبد الفتاح سليمان، مرجع سابق، ص:75

خطا مجرد من إرادة إحداث الضرر وبالتالي فان كل محاولة ترمي إلى المساواة بينه وبين الغش على انه من الصعب إثبات هذا الأخير محاولة فاشلة.[1]

اما بالنسبة لموقف القضاء الفرنسي من شرط الإعفاء فلقد أحسن صنعا ،إذ لم يسوي بين الخطأ الجسيم وبين الغش تلك المساواة التي تعني اتحادهما في الطبيعة و الصفات، وإنما ساوى بينهما تلك المساواة التي تترتب عليها نفس الآثار القانونية في بعض الحالات، لكنه لم يعامل الخطأ الجسيم معاملة الغش في مجال الاتفاق على التحديد في المسؤولية في عقود النقل بواسطة السكك الحديدية إذ صحح الشرط الرامي إلى التحديد في حالة الخطأ الجسيم. وبذلك يظهر أن القضاء الفرنسي لم يعطي للخطأ الجسيم في كل الحالات نفس الأثر الذي أعطاه للغش[2].

ويتضح من كل ما سبق ان معظم معايير التي وضعت لتحديد فكرة الخطأ الجسيم غير واضحة و لا محددة المعالم لهذا نظرا للنتائج المترتبة على اعتبار خطأ ما جسيم و المتمثلة في ابطال اثر شروط الاعفاء من المسؤولية، فإننا نرى انه ينبغي على القاضي ان يقوم بالتصدي للخطأ الجسيم من خلال الاستعانة بمختلف المعايير التي وضعت لتحديده، فاذا ما اقتنع ان البنك الذي ارتكب الخطأ كان يستطيع توقع الاضرار التي قد تحدث نتيجة لخطأه، و تعامل ينوع من الاستهتار في حقوق العميل، مع الاخذ بعين الاعتبار جميع الظروف الخارجية التي تحيط بالعمل البنكي الالكتروني، حيث يترك امر تحديد مدى جسامة الخطأ للقاضي الذي يمكنه الاعتماد على مختلف المعايير في ذلك.

المطلب الثاني: الشروط المحددة لمضمون العقد

تبرز أهمية البنك التي تحدد مضمون العقد في كونها تعطي البنك إمكانية التخفيف من التزاماته وبالتالي التخفيف من نطاق مسؤوليته عن الأضرار التي قد تحدث للعميل نتيجة استخدام أدوات التحويل البنكي الإلكتروني فهي لا تمس بالمسؤولية بشكل مباشر كما هو الشأن بتحديد شروط الإعفاء من المسؤولية، بل تظهر آثارها في تحديد بعض الالتزامات التي من شأنها الحد من مسؤولية البنك في مواجهة العميل.[3] سنقوم في هذا المطلب بعرض بعض انواع لشروط مع تحديد مدى صحتها من الناحية القانونية (الفرع الاول) و تحديد المعايير و القيود التي ترد عنها (الفرع الثاني).

---

[1] محمد دمانة، مرجع سابق ، ص: 245.

[2] محمد دمانة، مرجع نفسه، ص:246.

[3] محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص:48 و ما بعد.

الفرع الاول: ماهية الشروط المحددة لمضمون العقد و مدى صحتها

إن الإخلال بالالتزام العقدي يختلف باختلاف طبيعة الالتزام نفسه فيما إذا كان الالتزام ببذل عناية أو بتحقيق غاية وهذا التقسيم يقصد به بيان حدود المسؤولية في كلا الالتزام وتظهر أهميته في دعم التنفيذ فالالتزام ببذل عناية يكون حد المسؤولية هو الاستحالة الشخصية بتوفر مانع يقضي يلزم المدين ببذل جهد يفوق جهد الرجل العادي، أما في الالتزام بنتيجة فإن حد المسؤولية هو الاستحالة الموضوعية أي يجب أن يكون المانع في التنفيذ موضوعيا لا يد للمدين فيه لكن قد يتضمن الاتفاق بين الطرفين شرطا يعفي المدين من المسؤولية إلا إذا أثبت الدائن أنه لم يبذل العناية المطلوبة، مع أن التزامه في الأصل التزام بتحقيق نتيجة بمعنى قلب الالتزام من تحقيق نتيجة إلى بذل عناية كما قد تتضمن تلك الاتفاقات شروطا تلزم المدين ببذل عناية أقل من تلك التي يحددها القانون وعلى القاضي في هذه الحالة البحث في نية المتعاقدين وتفسير إرادتهم في حالة غموضها أما إذا لم يوجد هذا الشرط فإن القاضي هو الذي يقوم بتحديد طبيعة الالتزام بالاعتماد على معيار الاحتمال ما لم يوجد نص قانوني يقيد ذلك.[1]

ومن الآثار المترتبة على ذلك أنه يجعل الدائن يستغني عن قرينة الإثبات المقررة لصالحه في إطار الالتزام بتحقيق نتيجة، فلا يصبح كافيا منه إثبات وجود التزام وإنما يصبح مطلوبا منه إثبات عدم قيام المدين بالعناية المطلوبة وبالتالي فإن هذا الشرط قد يأتي في صورة اشتراط المدين عدم مسؤوليته عن فعله المجرد من الخطأ قد يكون في صورة شرط يحد من قرينة الإثبات المقررة لمصلحة الدائن ويلقي بعبئه على عاتق الدائن، ويرى الفقه جواز هذه الصورة من صور تخفيف المسؤولية على اعتبار أن الشخص الاصل حر في إلزام نفسه بتصرف قانوني معين، وهو حرا في رسم حدود التزاماته التي تنشأ عن هذا التصرف.[2]

و في نطاق عمليات التحويل الالكتروني يلتزم البنك التزاما بتحقيق نتيجة بالحفاظ على سرية البيانات والمعلومات المتعلقة بالعميل والعمليات التي يقوم بإجرائها من خلال منافذ التحويل، لكن قد يقوم البنك في إطار العقد الرابط بينه وبين العميل بوضع شرط يخفف من هذا الالتزام بجعله التزاما ببذل عناية ، كما أن البنك الملتزم بتوفير نظام سليم يمكن العميل من تنفيذ عمليات التحويل قد يقوم باشتراط عدم مسؤوليته عن أي عطل يحلق بالأجهزة المستخدمة في إجراء عمليات التحويل.[3]

---

[1] محمد محمود ابو فروة، مرجع سابق، ص277-278.

[2] محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص:45-46.

[3] محمد محمود ابو فروة، مرجع سابق، ص:280.

أما في شروط التخفيف من درجة العناية المطلوبة لتنفيذ الالتزام يتم الاتفاق الخروج من الأصل العام الذي يحدد درجة العناية بتلك التي يبدلها الرجل المعتاد، وتقرير عناية اقل كأن يبدل عنايته هو ذاته في شؤون نفسه، والحقيقة أن الإشكال المثار بخصوص مثل هذه الشروط هو تفسير إرادة الأطراف وتحديد درجة العناية المتفق عليها بشكل دقيق، فلا شك انه من الصعب على الأطراف تحديد ذلك في الاتفاق المبرم بينهما، ويترتب على هدا الشروط أن لا يكون المدين مسؤولا إن هو بدل العناية المتفق عليها وان كانت اقل من عناية الرجل المعتاد.

وهذه الشروط الأخيرة لا تثير مشكل توزيع عبئ الإثبات لان الدائن أصلا هو الذي يقوم بإثبات عدم بدل المدين العناية المطلوب في تنفيذ الالتزام، ويقع عبء اثبات المسؤولية العقدية المخففة على الدائن، [1] ولا يخسر بالتالي الدائن مزية القرينة المقررة له في الالتزام بتحقيق نتيجة، وعلى الرغم من كونها مشروعة إلى أن تأثيرها على مدى الإثبات يجعل من الصعوبة بمكان على الدائن إثبات مقدر العناية التي يجب على المدين الالتزام بها، ثم مدى التزام المدين ببذل تلك العناية، فغياب الضابط الموضوعي لتقدير تلك العناية قد يدفع القاضي إلى الاعتماد على المعيار الشخصي لتحديد مدى التزام المدين ببذل العناية المطلوبة، ولا يخفى صعوبة هذا الأمر بالنظر لضرورة البحث في شخصية المدين. [2]

ولا تقتصر الشروط المخففة لمسؤولية البنك في تلك المتعلقة بتحديد مضمون العقد و حسب ، وإنما هناك العديد من البنود التي يقوم البنك يرادها في العقد ويؤدي إلى تخفيف مسؤوليته، من قبيل الشروط المشددة في مسؤولية العميل،[3] وعلى الرغم من صحة هذه الشروط وفقا لمبدأ الحرية التعاقدية فان ذلك لا يعني أنها صحيحة بشكل مطلق ، بل هناك بعض المعايير والضوابط التي يجب التقيد بها عند وضع مثل تلك الشروط وإلا أعتبرت غير ذات اثر.

الفرع الثاني: معيار الشروط المحددة لمضمون العقد

يرد على حرية الأفراد في تخفيف الالتزامات الناشئة عن العقد مجموعة من القيود الغاية منها حماية نظام العام ومبدأ حرية التعاقد، فلا يجوز للأطراف التخفيف من المسؤولية إلى حد الإعفاء من الغش والفعل العمد أو الخطأ الجسيم الذي يلحق بالفعل العمد، حتى لا يصبح التزام المدين معلقا على شرط إرادي محض، فكما هو الشأن بالنسبة لشروط الإعفاء من المسؤولية يعتبر كل من الغش والخطأ الجسيم

[1] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني،ج1،مرجع سابق، ص:553.

[2] محمود محمد ابو فروة، مرجع سابق، ص:280 وما بعدها

[3] سليمان مرقص، مرجع سابق،645.

مبطلا للشرط أو يجعله غير ذي اثر قانوني. ففي الالتزام بتحقيق نتيجة يكون المدين مسؤولا عن الفعل العمد وعن أي خطأ، جسيم كان أو تافه وحتى عن الفعل المجرد عن الخطأ، ويمكن تصور الاتفاق على تخفيف مسؤولية المدين العقدية إلى أدنى حد، ليعفى المدين من المسؤولية عن فعله المجرد عن الخطأ، وعندها ينقلب التزام المدين من تحقيق نتيجة إلى بذل عناية ولا يكون بالتالي مسؤولا إلا اذا اثبت الدائن خطأه ولو كان تافها أو يسيرا، وقد يتم التدرج في التخفيف من المسؤولية لدرجة الإعفاء من الخطأ البسيط أو التافه، فحالتي الخطأ الجسيم والغش، تمثلان نوعا من الخروج عن النظام العام لهذا لا يجوز الاتفاق على تخفيف المسؤولية الى حد يعفى بموجبه الشخص عن غشه او خطأه الجسيم،[1] وهو الحد الذي يمكن الوصول إليه فلا يكون المدين مسؤولا إلا اذا اثبت خطأه الجسيم أو فعله العمد.

أما في الالتزامات ببذل عناية فقد يتم التخفيف من درجة العناية المطلوبة إلى الحد الذي لا يكون فيه الشخص مسئولا عن خطأه اليسير، ولا يمكن كذلك كما هو الحال في الالتزام بتحقيق نتيجة أن يتعدى الأمر ذلك، فلا يمكن أن يتم إعفاء الشخص من غشه أو خطأه الجسيم،[2] والحقيقة أن مثل هذه الشروط والتي يقصد بها التخفيف من مقدار العناية الواجبة قد تكون سلبياتها من ايجابياتها بالنسبة للبنك، ذلك أن عدم القدرة على تحديد مقدار العناية التي تقل عن عناية الشخص المعتاد تؤدي بالقضاء إلى الاعتماد على المعيار الشخصي، وبالتالي الأخذ بعين الاعتبار كون البنك مهني متخصص مما يوجب عليه عناية اكبر من تلك التي قصدها من خلال الشروط. وفي نفس الإطار لا يجب أن يكون التخفيف من المسؤولية وتحديد مضمون العقد بشكل يخالف المقتضيات الآمرة في القانون ولو كانت التزامات ثانوية، فالمشرع عند تنظيمه لإحدى المعاملات يقوم بالتنصيص على بعض المقتضيات الآمرة التي لا يجوز للأفراد مخالفتها، كما هو الشأن على سبيل المثال بالنسبة للالتزام الذي يفرض على البنك رد الوديعة للعميل، فهو التزام بتحقيق نتيجة ويقع الشرط الذي يخفف بمقتضاه البنك كمن مضمون الالتزام ليصبح ببذل عناية باطلا. بالإضافة إلى ذلك فان التخفيف من الالتزام لا يجب أن يصل إلى حد يتم فيه إعفاء المدين القيام بأحد الالتزامات الرئيسية في العقد، والعلة في دالك انه لا يجوز الاتفاق على ما يخالف أو يناقض احد الالتزامات الرئيسية، فوجود هذه الالتزامات يرتبط بوجود العقد، وإهدارها سيؤدي إلى إهدار العلاقة التعاقدية، ومن غير الجائز جعلها التزامات هامشية أو صورية، لكن ذلك لا يمنع من القول انه يمكن تقييد الالتزام الرئيس، بما يبقيه عنصرا أساسيا وقائما في العقد، والالتزام الرئيس في العقد هو ذلك الالتزام

[1] محمود جمال الدين زكي مرجع سابق، ص:48.

[2] عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني، ج1، ص:554.

الذي لا يتصور إعفاء احد المتعاقدين منه، بحيث يؤدي استبعاده إما إلى عدم وجود العقد، أو إلى فقدانه تسميته واختلاف تكييفه القانوني، وتقابلها الالتزامات الثانوية والتي هي على نقيض الأولى لا يخل استبعادها منها إلى الدرجة القصوى بالعقد ولا يهدره. والالتزام الرئيس إما أن يكون رئيسا بطبيعته بحيث لا يتصور وجود العقد بدونه على النحو الذي حدده المشرع، كالتزام المشترى بدفع الثمن في عقد البيع، بحيث يؤدي تخلف مثل هدا الشرط إلى فقدان العقد تسميته أو تحوله إلى عقد آخر، [1] كما قد يكون الالتزام الرئيس بإرادة الأطراف وذلك عندما تتجه نيتهم إلى اعتبار شرط ما أساسي في العقد، والالتزام الرئيس قد يكون الدافع الأساسي للتعاقد بحيث يكون هو سبب الالتزام، ولا شك أن أي شرط يؤدي إلى تفويض الالتزام الرئيس بشكل يعفي المدين من تنفيذه من هده الناحية يودي إلى إنكار الباعث إلى التعاقد يكون مصيره الإبطال. فالعميل الذي يتعاقد مع البنك للحصول على خدمات التحويل الالكتروني للأموال سواء باستخدام البطاقات البنكية لإجراء عمليات السحب النقدي للأموال من الشبابيك الآلية للبنوك أو لإجراء عمليات الوفاء لدى التجار الدين يقبلونها لسداد أثمان السلع والخدمات، وكذلك لاستخدام مختلف أدوات التحويل الآخرة عبر الانترنت وغيره من وسائل التحويل، يكون غرضه التمتع الفعلي بتلك الخدمات التي تعاقد للحصول عليها وليس للبنك أن يفوض من التزاماته بتقديمها له أو يضع قيودا عليها ليصل إلى درجة الإعفاء منها بشكل كلي. وما تجدر الإشارة إليه أن مختلف شروط التقييد من المسؤولية والإعفاء منها عادة تأخذ شكل بنود في العقد المبرم بين البنك والعميل، وتتمثل في أعباء معينة أو التزامات محددة تفرض على احد طرفيه وهو في الغالب العميل، لهدا فهي لا تعتبر شروطا بالمعنى الفني الدقيق باعتباره وصفا للرضا والالتزام، لكنه مجرد بند من بنود التصرف القانوني يتسم بالتبعية أو الثانوية بالنسبة للعقد الذي يدرج فيه، فلا تعتبر ركنا جوهريا إنما أمورا زائدة عن أصل التصرف، لهدا فإنها هي وحدها التي تبطل ويبقى العقد قائما، ودلك ما لم تكن تعتبر احد الشروط الجوهرية التي لا يقوم العقد بدونها كما سلف الذكر. وعلى أي حال فان الوسائل التي تستطيع البنوك اللجوء إليها لإعفاء نفسها من المسؤولية أو التخفيف منها مختلفة ومتعددة كما ذكرنا سابق، فعلى خلاف الوسائل القانونية التي وضعها المشرع لتكون الوسيلة التي يتخلص بها المدين من المسؤولية عن أضرار لم يكن له يد في حدوثها أو كانت نتيجة لخطأ المدين، [2]فان المبدأ الذي يقوم عليه التعاقد والمتمثل في أن العقد شريعة المتعاقدين يفتح الباب واسعا أمام البنوك لتضع ما يحقق مصالحها من شروط دون النظر إلى مصالح الطرف الأخر. فهذه الشروط تهدر

[1] محمود محمد أبو فروة، مرجع نفسه، ص:284.

[2] محمود محمد أبو فروة، مرجع نفسه :ص285.

في الحقيقة الأمر الحرية التعاقدية أكثر ما تعبر عنها، ذلك انه عند النظر لإطراف العقد، نجد أن الطرف الذي يقبل شرط الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها، إما يكون مدفوعا أو مضطرا إلى دالك بسبب ضعف يعتريه، أو أن يكون راغبا في تقديم تسهيلات للمدين لإنهاء وتسوية العلاقة بشكل سريع بما يتفق ومصلحة الطرف الأخر الذي يقبل هده الشروط دون أدنى تحفظ نظرا لأنها تصب في مصالحه. فتعقد سبل الحياة الاجتماعية وضخامة الوسائل المستخدمة في مختلف نواحي الحياة الاقتصادية وفي القطاع البنكي على الخصوص، أدى إلى اتساع مسؤولية البنوك عن الأنشطة التي تمارسها، لهدا فهي تبدل أقصى جهدها للتخلص من تلك المسؤولية التي تهددها، أو على الأقل التخفيف من آثارها إلى الذمة المالية لها، وهو ما دعا إلى إيجاد الآليات المناسبة لتوفير الحماية للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية من مختلف الممارسات التي تستهدف استغلاله. [1]

[1] محمود محمد ابو فروة ، مرجع نفسه، ص:286.

خلاصة الفصل:

نستخلص في الأخير ان الاصل لقيام مسؤولية البنك لابد من توافر الشروط القانونية اللازمة حتى تترتب المسؤولية في ذمته و يكون مسؤولا بتعويض الاضرار الناتجة للعميل، الا انه هناك بعض الحالات التي قد يتمسك البنك بأسباب لإعفاء نفسه من المسؤولية، ويكون هذا السبب الاجنبي نتيجة لقوة قاهرة، حيث ينبغي على البنك إثبات جميع الشروط المتوفرة في الظاهرة حيث ان تكون مستحيلة التوقع و الدفع، وان تكون بإرادة خارجية لا يد للبنك فيها، الى جانب ذلك فعل الغير كسبب من أسباب الإعفاء من المسؤولية، و يقصد بالغير كل شخص غير المدعى عليه (البنك)، إضافة الى انه يمكن ان يكون خطأ العميل سبب لإعفاء البنك من المسؤولية، ولابد ان يكون هذا الخطأ غير متوقع و غير ممكن الدفع، فلابد ان يرتكب كل من العميل و البنك خطأ ساهم في وقوع ضرر للعميل لكن خطأ البنك كان نتيجة خطأ العميل او بارتكابه خطأ عمدي و ذلك بأن تتجه افعاله الى احداث ضرر فهنا تكون المسؤولية كلها على عاتقه، يتحمل العميل خطأه و يعفى البنك من المسؤولية، و قد يكون الخطأ مشترك بين البنك والعميل، وفي هذه الحالة فإن خطأ المضرور يمثل السبب الأهم لإعفاء البنك من المسؤولية إذا ما استغرق خطأ العميل خطأ البنك، و ذلك في الحالة التي يون فيها خطأ البنك ناتجا عن خطأ العميل و ان يصدر من هذا الأخير خطأ عمدي او بشكل مشترك بين الطرفين، إلا أنه يجوز الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية و هذا الاتفاق يعد صلحا يتم عقده بين الطرفين او من خلال ما نص عليه القانون و هذه الاتفاقات تشمل اتفاق للتخفيف من المسؤولية و آخر لتعديل أحكام المسؤولية، و يكون ذلك من خلال إعفاء البنك نفسه منها على الرغم من قيام جميع عناصرها ،و بناءا على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، و في هذه الحالة يكون باتفاق الطرفين على شروط مسبقة للإعفاء من المسؤولية، إلا انه قد يبطل كل شرط مسبق يرمي

الى إعفاء الشخص من غشه او ارتكاب خطأ جسيم, و لا تقتصر الشروط المخففة لمسؤولية البنك في تلك المتعلقة بتحديد مضمون العقد، و إنما هناك العديد من البنود التي يقوم البنك بإرادها في العقد تؤدي الى تخفيف مسؤوليته من قبل الشروط المتشددة في مسؤولية العميل. فبالرغم من صحة هذه الشروط إلا انه هناك بعض المعايير و الضوابط التي يجب التقيد بها عند وضع شروط التخفيف من المسؤولية و إلا اعتبرت معدومة الأثر.

الخاتمـــة

الخاتمة:

تناولنا في هذه المذكرة موضوع مسؤولية البنك عن عملية التحويل البنكي الالكتروني من حيث انه موضوع تتنازعه قوانين باعتباره موضوع ذو طبيعة مهنية و أخرى قانونية يهتم بمهنة البنوك و ما تقتضيه علاقتها العقدية مع العملاء، إذ يعتمد على أساس الأعراف الدولية السائدة باعتبارها أهم مصدر من مصادر هذا القانون، بالإضافة إلى القانون التجاري باعتبار البنك تاجرا، و القانون المدني الشريعة العامة لكل هذه القوانين، فمزج هذه القوانين ببعضها البعض إن دل فهو يدل على شيء واحد ألا وهو الشيء محل الدراسة وهو أعمال هذه البنوك و مسؤوليتها، بحيث اشتمل البحث على مختلف الاتجاهات الفقهية و القانونية و القضائية التي تناولته.

حيث نخلص في الأخير إلى أن مسؤولية البنك عن عملية التحويل البنكي الالكتروني باعتبارها مسؤولية مهنية تقوم على أساس فكرة الخطأ،لإعتبار أن الغرض من قيامها في حق البنك هو تعويض العميل عما لحقه من ضرر، فقد يكون هذا الضرر نتيجة لخطأ البنك و تقع على عاتقه المسؤولية لوحده باعتباره شخص معنوي، وقد تقع على عاتق موظفيه و قد تقع عليهما معا، وانه يجوز له في ظروف معينة الرجوع عليه بالتعويض الذي دفعه للعميل عما أصابه من ضرر نتيجة لخطأ الموظف أو خطأ الغير. وبذلك نخلص إلى النتائج التالية:

1- أن مسؤولية البنك عن عملية التحويل الالكتروني للأموال هي مسؤولية عقدية كقاعدة عامة، على الرغم من أن التزاماته لا تجد مصدرها في العقد فقط، و إنما في قواعد قانونية و عرفية مهنية، بحيث يجب الأخذ بعين الاعتبار أن البنك هو شخص مهني يحترف الأعمال الالكترونية بهدف تحقيق الأرباح، مما يؤدي إلى التشدد في قواعد مسؤوليته بالاستغناء على معيار الرجل المعتاد، إلا انه هناك بعض الحالات قد تقوم مسؤولية البنك التقصيرية تجاه العميل و بذلك إذا ما ارتكب البنك خطئا جسيما أو قام احد مستخدميه بارتكاب جريمة أدت إلى وقوع الضرر للعميل.

2- تقوم المسؤولية المدنية للبنك عن عملية التحويل الالكتروني للأموال على أساس الخطأ الواجب الإثبات، بحيث تتقيد المحاكم عادة بمقتضيات العقد نظرا لعدم وجود تنظيم قانوني. و الخطأ ينقسم إلى نوعين، خطأ من جانب البنك كتنفيذ أمر تحويل الأموال مرتين، و خطأ من جانب العميل كخطأ في إرسال البيانات الصحيحة أو إرسال أمر التحويل أكثر من مرة على اعتقاد أنها لم تصل إلى علم البنك.

3- يمكن مساءلة البنك عن أخطاءه على أسس قانونية متعددة منها المسؤولية التعاقدية المبنية على فعل الشيء المستخدم في تنفيذ العقد،و الى جانب المسؤولية التعاقدية عن فعل الاشياء، يمكن مساءلة البنك تعاقديا ايضا على اساس الاخلال بالتزام السلامة. فالعقود المهنية تتضمن مخاطر مالية للعميل المتعاقد مع البنك، خاصة و ان المعلوماتية و التطور قد اديا الى غياب الرقابة من جانب هذا العميل على انشطة البنك، فمادام البنك يعمل و يسعى الى تحقيق الربح فهو يضمن باعتباره محترفا سلامة العميل من اي اضرار قد يصيبها من جراء انشطته، فاذا اصيب العميل بضرر فيكون قد اخل بإلتزاماته بالسلامة مما يستوجب مسؤوليته العقدية .

4- يمكن للبنك الاعتماد على القوة القاهرة او فعل الغير كأحد الاسباب الاجنبية التي تمكنها من اعفاء نفسها من المسؤولية نظرا لان المعيار المعتمد في اعفاء نفسها من المسؤولية للضرر الحاصل موضوعي، و بالتالي تؤخذ بعين الاعتبار كون البنك يعتبر شخص مهني محترف يمتلك الامكانات مالا يمتلكها غيره من الاشخاص.

5- يعتبر قيام البنك بإثبات خطأ العميل السبب الوحيد لتنصله من المسؤولية، و لا يمكن أن يفترض خطأ العميل من اي واقعة اخرى كاستعمال آداة التحويل من طرف الغير على سبيل المثال، بل يشترط لتحمل العميل المسؤولية ان يكون خطأه قد استغرق خطأ البنك او ان يكون هذا الخطأ هو سبب وقوع خطأ البنك، وفي حالة الخطأ المشترك الذي يستغرق احدهما الآخر فان المحكمة ان تقوم بتشطير المسؤولية بين الطرفين و تحمل كل منهما نسبة منها.

6- عدم تنظيم العلاقة بين البنك و العميل في اطار عمليات التحويل البنكي الالكتروني سيؤدي الى استئثار البنك بوضع الشروط التي تحقق مصالحه الشخصية، دون النظر الى ما يمكن ان يترتب من اضرار للعميل، فموضع العميل القانوني لا يسمح له بمناقشة شروط العقد، حيث ينبغي عليه قبولها كما هي او رفضها، لهذا تتفنن البنوك في وضع الشروط المختلفة التي تعفى فيها نفسها من اي وسيلة يمكن ان تقع عليها، تارة من خلال الزيادة في التزامات العميل او الحد من التزاماتها او تحديد المسؤولية او الاعفاء منها بشكل صريح، و الحقيقة ان الجهد الذي تبذله البنوك لاستقطاب العملاء يعتبر كما لم يكن ولا يحقق اي نتيجة بمجرد تعامل العميل مع البنك و الذي يلاحظ من خلال سلوك البنك انه لا يقيم لمصالحه اي اعتبار و انما يسعى فقط الى تحقيق الارباح و لو على حساب عملائه و مصالحهم.

7- أن مفهوم الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية التي تجمع بين البنك و العميل يشتمل على عنصرين، ضعف اقتصادي يؤثر على قدرة العميل في مناقشة العقد أو القيام بدوره في صياغة شروطه و تتم مواجهة هذا النوع من الضعف من خلال رقابة المشرع أو القضاء على شروط العقد أو إلغاء أو إبطال ما يعتبر تعسفيا منها، و ضعف ناتج عن جهله بمعلومات و بيانات متعلقة بموضوع العقد يحوزها البنك، أو نتيجة لقلة خبرته الشخصية بموضوع العقد بينهما، حيث يتمتع البنك بخبرته الطويلة في هذا الشأن و هذا النوع من الضعف يمكن مواجهته من خلال فرض التزام على البنك بإعلام عميله بجميع ما يمكنه من الاستخدام الآمن و السليم لعمليات التحويل البنكي الالكتروني بما يحقق مصلحة الطرفين معا.

8- يجوز الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية و ذلك لأن العقد نتاج سلطان الارادة و وليد إرادة المتعاقدين، فالإرادة الحرة هي أساس المسؤولية العقدية، حيث نجد من خلال مضمون نص المادة 178من ق.م.ج انه يجوز الاعفاء من المسؤولية العقدية، لكن لا يعفى منها إذا ارتكب غشا او خطأ جسيم حسب ما ورد في هذه المادة، فإن البنوك تلجأ الى التخفيف من مسؤوليتها العقدية في عقود الخدمات المصرفية عند ابرام اتفاق مع العميل.حيث يمكن للبنوك ان تقوم بتحويل التزاماتها من التزامات بتحقيق نتيجة الى التزامات ببذل عناية للتخفيف من مسؤوليتها، الا انه لا يجوز الإعفاء من المسؤولية التقصيرية لان قواعدها ليست وليدة الارادة الحرة، بل مردها الى حكم القانون حيث يقع باطلا كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة عن الفعل الضار.

من خلال النتائج المتحصل عليها نحرص على تقديم جملة من الاقتراحات المتوصل اليها من خلال البحث فيمايلي:

- ✓ العمل على وضع نظام قانوني ينظم عمليات التحويل البنكي الالكتروني، و نهيب بمشرعنا ان يسارع بهذا التنظيم الذي بات ضرورة ملحة في عصرنا الحالي، عصر اصبح فيه الكمبيوتر عصب الحياة، و اصبح من الممكن وصفه بانه عصر المعلوماتية و تكنولوجيا الاتصالات.
- ✓ توعية العميل على وجه الخصوص بحقوقه و ممارستها لجهله بأبسط قواعد العمل المصرفي.
- ✓ تدارك النقص في المنظومة التشريعية البنكية برعايتها لمسؤولية البنوك، كمسؤولية مهنية اتجاه عملائها لتدارك الفراغ القانوني الذي يفرض الاعتماد على العرف، بسبب خاصية التداول التي تكتسبها العمليات المصرفية.

- ✓ ضرورة دمج اطارات قانونية متخصصة لمراجعة مختلف الجوانب القانونية للمعاملات المصرفية التي يقدم عليها البنك مع عملائه.
- ✓ محاربة و مكافحة الفساد و الخطر الاخلاقي داخل البنوك فيما يتعلق بموظفيه، و ضرورة توعيتهم بأهمية النشاط المصرفي و دوره في الاقتصاد الوطني.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: النصوص التنظيمية و التشريعية:

1- الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم، المؤرخ في 75/09/26، الجريدة الرسمية العدد 44.

2- نظام رقم (91-09)المؤرخ في 14 غشت 1991، يحدد قواعد الحذر في تسيير المصارف و المؤسسات المالية، ج.ر عدد 24، المؤرخ في 92/03/25 المعدل والمتمم بالنظام رقم (95-04) المؤرخ في 20 أفريل 1995، ج.ر عدد 39 المؤرخ في 95/07/23.

3- الامر رقم (03-11) المتعلق بالنقد والقرض المؤرخ في 26 غشت 2003، ج.ر العدد 52.

ثانيا: الكتب:

- **المراجع العربية:**

1- إلياس ناصيف، موسوعة الوسيط في قانون التجارة، ج4، عمليات المصارف، ط 1، المؤسسة الحديثة، لبنان،2008.

2- إبراهيم سيد أحمد، مسؤولية البنوك عن العمليات المصرفية- فقها و قضاءا، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.

3- العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني و الارادة المنفردة، ج1،ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2004.

4- حازم نعيم الصمادي، المسؤولية المدنية للمصرف عن الأضرار الناتجة عن إستعمال الوسائل الإلكترونية في العمليات المصرفية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات الفقهية و القانونية، جامعة آل البيت، الأردن، 2002.

5- رضا متولي وهدان، الخطأ المفترض في المسؤولية عن اضرار الحاسبات الآلية، الاساس و الضوابط، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، دار الفكر و القانون، المنصورة،2009.

6- سليمان ضيف الله الزبن، التحويل الإلكتروني للأموال و مسؤولية البنوك القانونية، ط1، دار الثقافة، عمان، 2012.

7- سليمان عبد الفتاح ، المسؤولية المدنية والجنائية في العمل المصرفي في الدول العربية، مكتبة الانجلو المصرية، ط1، مصر،1986، ص: 48.ة الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين،2006.

8- سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني- الفعل الضار و المسؤولية المدنية، قسم المسؤوليات المفترضة، دار الكتاب الحديث، مصر،1987.

9- شريف محمد غنام ، مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.

10- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، نظرية الإلتزام بوجه عام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت،2000.

11- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، آثار الالتزام، ج2، المجلد 2، در النهضة العربية، مصر، 1989.

12- عبد الفتاح محمود الكيلاني، المسؤولية المدنية الناشئة عن المعاملات الإلكترونية عبر الأنترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.

13- عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني- مصادر الحقوق الشخصية ، الالتزامات، ط1، دار الثقافة، عمان، 2009.

14- عزة محمود أحمد خليل، مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب،أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون المدني، كلية الحقوق، القاهرة،1994.

15- علي البارودي، القانون التجاري، العقود التجارية و عمليات البنوك ، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2000.

16- علي فيلالي، الإلتزامات، العمل المستحق للتعويض، مولفم للنشر، الجزائر،2002.

17- محمد محمود أبو فروة، مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني، دراسة مقارنة، ط1، دار وائل، الأردن،2014.

18- محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة و تطبيقاته في بعض العقود ،دار النهضة العربية، الاسكندرية، 1980،

19- محمد صبري السعدي،شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى ،ج1، ط2،الجزائر، 2004.

20- محمد حسين عبد الظاهر، المسؤولية القانونية في مجال شبكات الانترنت، دار النهضة العربية، الاسكندرية، 2002 .

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

22- محمود جمال الدين زكي،مشكلات المسؤولية المدنية، ج1، مطبعة الجامعة، القاهرة، 1978.

23- محي الدين اسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية و العملية،ج1، مصر، 1987.

- **المراجع الاجنبية:**

1. Jean-Luc Aubert, les obligation, le fait juridique; Armand colin1996

ثالثا: المذكرات الجامعية:

1- أحمد سليم فريز نصرة، الشروط المعدلة للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري، مذكرة تخرج لإستكمال متطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين،2006.

2- سهام خليلي، المسؤولية المدنية للبنك، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2007-2008.

3- سعاد بختاوي ،المسؤولية المدنية للمهني المدين،مذكرة لنيل درجة الماجستير تخصص مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012.

4- علي مؤيد سعيد، التحويل الالكتروني للأموال، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون العام، قسم إدارة الموارد البشرية، الشعبة القانونية ، البنك المركزي العراقي، 2013.

رابعا: المقالات و الدوريات:

1. دمانة محمد، شرط الإعفاء من المسؤولية بين مقتضيات سلطان الإرادة و سلطان القانون، دفتر السياسة و القانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، العدد 5 جوان 2011،

2. نوري حمد خاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة المنارة للدراسات القانونية، جامعة آل البيت، مجلد السابع، العدد 3،أكتوبر 2001.

الفهـــــــــرس

فهرس الموضوعات

مقدمـــة ..... أ
الفصل الأول: النظام القانوني لمسؤولية البنك المدنية عن عملية التحويل الإلكتروني **8**
المبحث الأول: المسؤولية العقدية الناشئة عن عملية التحويل البنكي الإلكتروني 10
المطلب الأول: شروط قيام المسؤولية العقدية 10
الفرع الأول: وجود علاقة تعاقدية بين البنك و العميل 10
الفرع الثاني: الإخلال بأحد الالتزامات العقدية (الخطأ العقدي) 11
المطلب الثاني:أساس المسؤولية العقدية للبنك عن عملية التحويل الالكتروني 19
الفرع الاول: المسؤولية العقدية عن فعل الشيء كأساس مسؤولية البنك 20
الفرع الثاني: إقامة مسؤولية البنك على أساس الالتزام بالسلامة 22
المبحث الثاني: مسؤولية البنك التقصيرية عن عملية التحويل الالكتروني 30
المطلب الأول: المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي 30
الفرع الأول: القواعد المنظمة لمسؤولية البنك اتجاه عملائه 31
الفرع الثاني: حالات قيام المسؤولية التقصيرية للبنك في مواجهة العميل 32
المطلب الثاني: المسؤولية غير الشخصية كأساس مسؤولية البنك 35
الفرع الأول: مسؤولية البنك بإعتباره متبوعا 35
الفرع الثاني: مسؤولية البنك كحارس للنظام الالكتروني 38
الفصل الثاني: حدود مسؤولية البنك عن عملية التحويل البنكي الالكتروني **43**
المبحث الاول: القواعد القانونية لإعفاء البنك من المسؤولية 44
المطلب الاول: القوة القاهرة و فعل الغير 44
الفرع الاول: نفي المسؤولية بالقوة القاهرة 45
الفرع الثاني: فعل الغير كسبب لنفي مسؤولية البنك 48
المطلب الثاني: خطأ العميل لإعفاء البنك من المسؤولية 49
الفرع الاول: خطأ العميل هو السبب المباشر للضرر 50
الفرع الثاني: الخطأ المشترك بين البنك و العميل 52
المبحث الثاني: الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية 54
المطلب الاول: شروط الإعفاء من المسؤولية 54
الفرع الاول: مدى صحة شروط الإعفاء من المسؤولية 56
الفرع الثاني: القيود الواردة على شروط الإعفاء من المسؤولية 59
المطلب الثاني: الشروط المحددة لمضمون العقد 61
الفرع الاول: ماهية الشروط المحددة لمضمون العقد و مدى صحتها 62
الفرع الثاني: معيار الشروط المحددة لمضمون العقد 64
الخاتمة: 68
قائمة المصادر والمراجع **73**
الفهـــرس **78**

ملخص البحث:

ان مسؤولية البنك عن عمليات التحويل الالكتروني للأموال كقاعدة عامة هي مسؤولية عقدية، على الرغم من عدم وجود مصدر التزاماته في العقد فقط وانما كذلك في قواعد قانونية وعرفية مهنية، ولكن يجب الأخذ بعين الإعتبار أن البنك هو شخص مهني يحترف الأعمال الإلكترونية بهدف تحقيق أرباحه الخاصة، مما يؤدي الى التشديد في قواعد مسؤوليته بالإستغناء عن معيار الرجل المعتاد ومقارنة سلوكه بسلوك المهني في نفس الفئة اذا ما استدعى الامر ذلك، إلا أنه هناك حالات قد تقوم مسؤولية البنك التقصيرية تجاه عملية وذلك اذا ما إرتكب خطأ جسيما أو قام أحد مستخدميه بإرتكاب جريمة أدت الى وقوع ضرر للعميل، فيمكن للبنك إعفاء نفسها من هذه المسؤولية و ذلك على أساس فكرة القوة القاهرة أو فعل الغير كأحد الأسباب الأجنبية للإعفاء من المسؤولية، و ذلك عن طريق اتفاق الطرفين على التعديل في أحكام المسؤولية.

الكالمات المفتاحية :

القوة القاهرة، خطأ العميل، المسؤولية التقصيرية، الخطأ العقدي، البنك، المسؤولية العقدية، التحويل الالكتروني، الخطأ المشترك.

Français

Résumé :

La responsabilité de la Banque pour les opérations de transferts électroniques des fonds opérations comme règle générale est une responsabilité contractuelle, malgré l'absence de la source de ses obligations dans le contrat, mais aussi l'absencede règles juridiques et socio-professionnelles.Mais on devons prendre en considération le fait que la banque est une personne professionnelle faisant les opérations électroniques afin de réaliser ses bénéfices propres, ce qui conduit à un stress dans les règles de la responsabilité de se passer de la norme del'homme d'habitude par rapport à son comportement avec un comportement professionnel dans la même catégorie si cela est justifié, mais il y a des cas dont la responsabilité délictuellede labanque vers le processus, si il a commis une faute grave ou l'un de ses travailleurs ont commis un crime conduisant à des dommages au client. Dans ce cas, la banque peut lui être exemptée de cette responsabilité, sur la base de l'idée de force majeure ou d'un acte d'autrui comme motifs d'exonération de responsabilité, et par l'accord des parties à la modification des dispositions relatives à la responsabilité.

Mots clés:

Force majeure, l'erreur du client, la responsabilité délictuelle, erreur contractuelle, la banque, la responsabilité contractuelle, transfert électronique, faute commune.

Anglais

Abstract :

The Bank's responsibility for electronic funds transfer transactions as a general rule is a contractual responsibility, despite the absence of the source of its obligations in the contract, but also the absence of legal and socio-professional rules. But one must take into consideration the fact that the bank is a professional person doing the electronic transactions in order to realize its own benefits, leading to a stress in the rules of responsibility to dispense with the norm of the man- Habit to his behavior with professional conduct in the same category if this is justified, but there are cases of which the bank's criminal liability towards the process, if he committed a serious misconduct or one of his workers Have committed a crime leading to damage to the customer. In such a case, the bank may be exempted from such liability on the basis of the idea of force majeure or an act of others as grounds for exemption from liability and by the agreement of the parties to the amendment Provisions relating to liability.

Key Words:

Force majeure, customer error, tort liability, contractual error, bank, contractual liability, electronic transfer, common mistake.