

الفصل الثاني : أركان المسؤولية المدنية للبنك :

لقد أخذ الفقه منذ القانون الفرنسي القديم بالنظرية الشخصية حيث بنى أساس المسؤولية المدنية على الخطأ فلا يسأل الشخص إذا لم يكن هناك خطأ في مسلكه و قد يتحمل المضرور عبء إثبات خطأ المدعى عليه أو يكون الخطأ مفترضا و ذلك في المسؤولية عن فعل الغير و المسؤولية عن الأشياء.

و تحت تأثير التقدم الصناعي الهائل تحول جانب من الفقه الى نظرية تحمل التبعة أو النظرية الموضوعية فيبنون المسؤولية المدنية على الضرر لا الخطأ فحيث يتحقق الضرر تترتب المسؤولية ولا يستطيع المدعى عليه دفع مسؤوليته بنفي الخطأ حتى و لو أثبت السبب الأجنبي و قد استند أصحاب هذه النظرية إلى دعامتين هما:

الأولى: تتضمن المسؤولية الجنائية فكرة العقوبة مما يستلزم خطأ المسؤول و يختلف الأمر بالنسبة للمسؤولية المدنية إذ أن التعويض يتوقف على حصول الضرر و يقاس بمقدار هذا الضرر.

الثانية: أن تطور الصناعة و المخترعات كان مصدر ثراء وفير لأصحابها مما يستوجب تحملهم المخاطر الناجمة عنها فالغرم بالغنم.

وتتضمن نصوص القانون المدني تطبيقا لفكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية و هذا ما أبدته جهود الفقه و القضاء.

والمسؤولية المدنية وفق النظرية العامة للقانون تقوم على أركان ثلاثة هي الخطأ و الضرر والعلاقة السببية بينهما أي الخطأ الذي يصدر من البنك أو أحد مستخدمييه و الضرر الذي يحصل للعميل و العلاقة المباشرة بينهما

وعلى هذا الأساس سوف نقسم هذا الفصل إلى المبحثين التاليين:

المبحث الأول: ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للبنك.

المبحث الثاني: ركني الضرر و العلاقة السببية في المسؤولية المدنية للبنك .

المبحث الأول : ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للبنك :

لتحديد ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للبنك علينا التطرق لركن الخطأ في المسؤولية المدنية بوجه عام ليتمكن التعرف على محددات الخطأ و عناصر ليسهل علينا فيما بعد إسقاط مفهوم هذا الخطأ على المسؤولية المدنية للبنك و كما هو معلوم فإن الخطأ هو الأساس في المسؤولية المدنية لهذا أفردنا مبحثاً كاملاً لتوضيح الخطأ في مسؤولية البنك المدنية و قسمناه إلى مطلبين كالتالي:

المطلب الأول: مفهوم الخطأ في المسؤولية المدنية.

المطلب الثاني: مفهوم ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للبنك.

المطلب الأول: مفهوم الخطأ في المسؤولية المدنية:

الخطأ كما هو شائع هو الإخلال بالالتزام سابق و قد تطرق له الفقه سواء الفرنسي أو العربي بشرح وافي و لكن حتى تكون هناك إحاطة بمفهوم الخطأ علينا أن لا نكتفي بالتعريف فقط بل من المهم شرح عناصر الخطأ لأن الخطأ هو أساس المسؤولية المدنية و هو الركن الركيني لها وعليه سوف يتم تقسيم هذا المطلب إلى الفرعين التاليين :

الفرع الأول : تعريف الخطأ.

الفرع الثاني: عناصر الخطأ.

الفرع الأول: تعريف الخطأ:

تركزت معظم التشريعات العربية و كذا المشرع الفرنسي تعريف الخطأ على الشراح، وقد حاول الشراح منذ صدور تقنين نابليون تعريف الخطأ و قد تعددت التعاريف، و سأقوم بإيراد بعض التعريفات في الفقه الفرنسي ثم أعقبها بتعريفات الفقه العربي¹.

أولاً : تعريف الخطأ في الفقه الفرنسي:

لقد حاول الفقهاء الفرنسيون منذ صدور قانون نابليون تعريف الخطأ وقد تعددت التعاريف و تباينت وفقاً لنزعاتهم الشخصية و ظروفهم الاجتماعية و الاقتصادية، و سأستظهر فيما يلي أهم التعاريف الشائعة:

(1) بختاوي سعاد ، مرجع سابق ، ص 30 .

حيث عرف الفقيه بلانيول الخطأ بقوله: "إن الخطأ هو خرق لالتزام سابق" *"la faute est une violation d'une obligation préexistante"*¹ و لكن هذا التعريف و إن كان يعتبر كل إخلال بواجب سابق خطأ يستوجب المسؤولية، إلا انه لم يعين هذه الواجبات التي يعد الإخلال بها خطأ فلو أن المشرع حصر هذه الواجبات لكان من اليسير ضبط الخطأ في جميع الحالات و لكن الواقع غير ذلك⁽²⁾.

لذلك عمد الفقيه بلانيول إلى تحديد هذه الالتزامات العامة التي يعد الإخلال بها خطأ في أربعة أقسام و هي:

- . الامتناع عن العنف نحو الأشياء أو الأشخاص .
- « S'abstenir de toute violence envers les choses ou les personnes. » .
- . الإحجام عن الغش: أي كل ما من شأنه أن يخدع الغير .
- « S'abstenir de toute fraude c'est à dire de tout acte destiné à tromper autrui. » .
- . أن لا يقدم المرء على فعل يتطلب قدرة معينة أو مهارة خاصة تتجاوز ما له منها.
- « S'abstenir de tout acte qui exige une certaine force ou une certaine habilité que l'on ne possède pas au degré voulu. » .
- . أن يقوم المرء بالرقابة الكافية لما لديه من أشياء خطرة أو لمن يكون في حراسته .

«Exercer une surveillance suffisante sur les choses dangereux qu'on possède ou sur les personnes dont on a la garde »³.

إن "بلانيول" هو أول من عرف الخطأ، إلا أن استعماله لمفهوم غير مشروع (illicite) أو خرق التزام (devoir violé) عرّض تعريفه لانتقادات شديدة من بينها انتقادات الأخوان "مازو" (H et L Mazeaud) وكذلك "مارتي" (G. Marty)⁴، حيث اعتبر هؤلاء بأن مصطلح غير مشروع أو خرق التزام مصطلح غير مفيد و خطير. كما أضافوا بأن "بلانيول" خانه التوفيق في تعريف الخطأ، ذلك لصعوبة تحديد الالتزامات التي يعتبر خرقها خطأ. حيث عبر "مارتي" عن ذلك بمقال له كتب فيه:

1) G. Viney et P. Jourdain, les condition de la responsabilité, 3^e édition, LGDJ, 2006, p.367.

(2) زهدور السهلي، "مسؤولية عديم التمييز في التشريع الجزائري مقارنا"، أطروحة دكتوراة الدولة في القانون الخاص، كلية الحقوق بجامعة وهران سنة 2006/2005، ص. 83.

(3) المرجع السابق، ص. 84.

(4) بختاوي سعاد، مرجع سابق، ص 31 .

« Dans l'impossibilité de définir avec précision quelles sont les obligations dont la violation constituerait l'élément fondamental de la faute .Il ne s'agit pas d'obligations au sens précis et technique de lien de droit existant par avance entre responsable et victime mais de règle de conduite... »⁽¹⁾.

وقد أضاف الأخوان "مازو" بأن عبارة غير مشروع قد توحى بأن كل من يتصرف وفق ما ينص عليه القانون لا تقوم مسؤوليتهم أبداً و ذلك بقولهم :

« Le terme illicite risque de faire croire que celui qui agit en se conformant à une obligation l'égale ou réglementaire ne peut jamais engager sa responsabilité ce qui constituerait une erreur certaine... »⁽²⁾.

أما عن الحالات الأربعة التي جمعها "بلانيول" لتحديد الالتزامات العامة التي يعتبر الإخلال بها خطأ فيردون عليه بقولهم أنه بتعريفه هذا فإنه يفترض أن نظرية الخطأ معروفة، و أنه تبعا لذلك لا يقوم إلا بتقسيم الأخطاء في حالات معينة من حيث أنواعها فقط، فهو لا يرى متى يكون الفعل خاطئاً و متى يكون غير خاطئ.

والواقع أن تعريف "بلانيول" يفيد في تحديد فكرة الخطأ في الحالة التي يكون الإخلال بالالتزام محدداً قانوناً، فما عداه فإنه لا يصلح لأن يكون تعريفاً جامعاً مانعاً لمعنى الخطأ.

أما الفقيه "ريبير" (Ripert) يرى من الصعب إيراد تعريف لفكرة الخطأ، و يستدل على هذه الصعوبة بحجم المشرعين عن إيراد تعريف قانوني للخطأ .

حيث يعرف الخطأ بقوله: "إن الخطأ هو إخلال بالتزام سابق ينشأ عن القانون أو العقد أو قواعد الأخلاق"⁽³⁾.

وهذا قد ألحق "ريبير" في تعريفه للخطأ بعض الواجبات الأخلاقية بالواجبات القانونية التي يعتبر الإخلال بها خطأ يوجب المسؤولية، وأورد مثالا واحداً عن هذه الواجبات الأخلاقية وهو الواجب العام بعدم الإضرار بالغير.

وقد وجهت انتقادات إلى هذا التعريف على أنه لم يضع معياراً للفرقة بين الواجبات الأخلاقية التي تبلغ مرتبة الواجبات القانونية، و بين الواجبات الأخلاقية التي لا تبلغ هذا الحد .

1)G. Viney et P. Jourdain,op.cit,p .368 et pour l'article de Marty, lire «Illicéité et responsabilité » Etudes Juridiques offertes à L. Julliot, p.3391 ets.

2)H. et L. Mazeaud, Traité, t.1, 6° édition. Par A. Tunc, p. 416 et s. G.Viney et P. Jourdain ,op.cit,p .369.

(3) بختاوي سعاد ، مرجع سابق ، ص 32 .

ويعرف الفقيه "سافاتييه" الخطأ بقوله: الخطأ هو الإخلال بواجب كان بالإمكان معرفته ومراعاته.

"La faute est l'inexécution d'un devoir que l'agent pouvait connaitre et observer" ولقد اتخذ "سافاتييه" تعريف "بلانيول" كأساس لتعريفه للخطأ و حين تكلم عن الواجبات التي يعتبر الإخلال بها خطأ. فقد قال إن مصدر هذه الالتزامات إما أن يكون العقد أو القانون أو واجب أخلاقي محدد يوجب إتيان عمل معين أو ينهى عن عمل معين⁽¹⁾.

وبذلك فإن نفس الانتقادات التي تعرض لها تعريف "بلانيول" للخطأ ومده دور الواجبات في تحديد نطاق الخطأ، تصدق بالنسبة لتعريف "سافاتييه". و قد فرق "سافاتييه" بين الإخلال العمدى و الإخلال غير العمدى، و قال أنه إذا كان الإخلال عمديا فهذا الإخلال يكون جريمة مدنية "délit-civil" أما إذا كان الإخلال غير عمدي فثمة خطأ بسيط أو شبه جنحة مدنية "délit quasi" ،ويرى أن الخطأ يتكون من عنصرين، عنصر مادي يتمثل في الواجب الذي تم الإخلال به ، سواء أكان واجبا قانونيا أم أدبيا أم واجبا عاما بعدم الإضرار بالغير، و عنصر نفساني هو إمكان العلم بهذه الواجبات.

إلا أنه أمعن في التطرق إلى العنصر المادي و حدد أحواله حتى كاد يصل إلى جمع كل حالاته، ولكنه لم يعر العنصر النفساني نفس الاهتمام و لم يتطلب مدى إمكان العلم بالواجب، و قد عرف الفقيه "إمانويل ليفي" الخطأ بقوله: الخطأ هو الإخلال بالثقة المشروعة :

"la confiance legitime trompée"

و علّل الفقيه " ليفي" تعريفه هذا بإيراد فكرة مزدوجة و هي: أن للغير مقدارا معيناً من الثقة يوليه للشخص، فمن حق هذا الغير على الشخص أن يتمتع عن أي عمل يضر به². إن لهذا الشخص مقدارا معيناً من الثقة يوليه لنفسه، و من حقه أن يقدم على العمل دون أن يتوقع الإضرار بالغير⁽³⁾.

والظاهر أن هذا التعريف يضع رابطة بين شخصين لا تجمعهما علاقة تعاقدية، و هذه الرابطة هي الثقة المشروعة التي يتصل الأفراد فيها بينهما، فإن صدر عن شخص فعل ما أدى إلى

(1) زهدور السهلي، مرجع سابق ، ص88.

(2) بختاوي سعاد ، مرجع سابق ، ص33 .

(3) عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، الجزء الأول ،

دار إحياء التراث العربي، بدون سنة نشر ، ص 880 و 881.

فقدان هذه الثقة، فتقع على عاتقه المسؤولية، إلا إذا أثبت أن مسلكه الذي يعتبره الناس إخلالا بالثقة المشروعة ثقته بنفسه. و مثال ذلك أن يمر أحد المارة بجانب مبنى لا زال في طور البناء ويسقط شيء منه يحدث ضررا لهذا المار.

فالثقة المشروعة تقضي أن يتخذ العامل في ذلك المبنى جميع الاحتياطات اللازمة لمنع وقوع مواد البناء، فإن وقعت و أحدثت ضررا بالغير يكون العامل قد أخل بالثقة المشروعة التي تجمعها ضمنا بالمضرور، لأن هذا الأخير قد سلك ذلك المسلك دون أن يراوده شك في سلامته.

ولكن إذا استطاع العامل أن يثبت أن وقوع الشيء من البناء و الذي يعتبره الغير إخلالا بالثقة فيه، لا يد له فيه، فإنه لا مسؤولية عليه⁽¹⁾.

بينما يرى الفقيه "ديموج" في تعريف الخطأ وجوب توافر شرطين أحدهما مادي "Objective" و الآخر نفسي "Subjective".

فأما الشرط المادي فيتمثل في المساس بحق الغير، و قد حاول "ديموج" أن يحدد مدى حقوق الغير، إلا أنه لم يستطع إيجاد مبدأ عام يحل هذا الإشكال. و قد قال "جوسران" " josserand " في هذا الصدد إن مسألة تحديد هذه الحقوق مسألة متعذرة و قد أورد عبارته المشهورة بصدد بحثه عن تعريف للخطأ و هي: "إن ارتكاب خطأ تقصيري هو المساس بحق الغير دون إمكان الاحتجاج أو التمسك بحق أقوى أو على الأقل بحق يعادله".

« Commettre une faute délictuelle, c'est léser un droit sans pouvoir se réclamer d'un droit supérieur ou au moins équivalent. ».

و أما الشرط النفسي فيتمثل في: إدراك أو ما كان يمكن إدراكه بأنه مساس بحق الغير. "le fait d'avoir aperçu ou pu apercevoir que l'on portait atteinte au droit d'autrui"² و يلاحظ أن هذا التعريف في شقه النفسي يساير تعريف الفقيه "سافاتيه" حين قال : إن الخطأ هو الإخلال بواجب كان بالإمكان معرفته و مراعاته.

و يفرق "ديموج" بين الفعل العمدى و الفعل غير العمدى فإذا ما توقع الشخص نتائج فعله و مضى فيه يكون قد اقترف خطأ عمديا، أما إذا لم يتوقع نتائج فعله كما إذا نتج فعله عن إهمال

(1) محمود جلال حمزة، مرجع سابق، ص.67.

(2) بختاوي سعاد، مرجع سابق ، ص33 .

أو عدم تبصر، فيكون مقترفا الخطأ غير العمدى. و لو أنّ "ديموج" يضع في الحالة الأخيرة معيارا لمساءلة محدث الضرر و هو معيار الرجل الحازم النشيط. "

PERE DE FAMILLE DILIGENT "

وأخيرا يعرف الأخوان "هنري" و "ليون مازو" الخطأ على أنه: "إثبات لسلوك على غير ما يجب أن يكون" و يفرقان تبعا لذلك في الخطأ بين الخطأ العمدى أو الجريمة المدنية و بين الخطأ غير العمدى أي شبه الجريمة المدنية. و يعرفان الخطأ غير العمدى بأنه: " الانحراف في السلوك بقدر لا يجب أن يقدم عليه شخص ذو بصيرة وجد في ذات الظروف الخارجية التي أحاطت بالمسؤول".

"La faute quasi délictuelle est une erreur de conduite telle qu'elle n'aurait pas été commise par une personne avisée placée dans les mêmes circonstances (externes) que l'auteur du dommage" .

بالنسبة لهما فإنّ هذا التعريف ينطبق كذلك على تعريف الخطأ العمدى لأنّ الرجل ذو البصيرة لا يمكن أن يقصد الإضرار بالغير⁽¹⁾.

وهذا التعريف يضع معيارا عاما للسلوك الذي يجب إتباعه في ظروف مختلفة، إذ يضع معيارا يزيد في أهميته عن معيار الرجل العادي بأن اشترط في الشخص أن يكون يقظا ورشيدا (prudent et avisé) و هذا ما أكدّه الأخوان "مازو" حين قالوا:

"ce n'est pas l'homme moyennement prudent ou moyennement avisé"²

و بعد هذه اللَّمحة الوجيزة على التعاريف التي أوردها بعض الفقهاء الفرنسيين حول تعريف الخطأ، أمرّ إلى بيان موقف الفقه العربى من فكرة الخطأ.

ثانيا: تعريف الخطأ في الفقه العربى :

لقد حاول الفقهاء العرب تعريف الخطأ وقد تعددت التعاريف و تباينت وفقا لنزعاتهم الشخصية و ظروفهم الاجتماعية و الاقتصادية، و سأستظهر فيمايلي أهم التعاريف الشائعة: يعرف الدكتور "عبد الرزاق أحمد السنهوري" بقوله: " الخطأ في المسؤولية التقصيرية هو إخلال بالالتزام قانوني"⁽³⁾ ثم يذهب إلى إفراغ مضمون الإلتزام القانوني بقوله: " إن الإلتزام القانوني الذي

(1) محمود جلال حمزة، مرجع سابق، ص 67 و 86.

(2) بختاوي سعاد، مرجع سابق ، ص 34 .

(3) عبد الرزاق احمد السنهوري، مرجع سابق، ص. 881 و 882.

يعتبر الإخلال به خطأ في المسؤولية التقصيرية هو دائما إلتزام ببذل عناية، و هو أن يصطنع الشخص في سلوكه اليقظة و التبصر حتى لا يضر بالغير".

و بعده ينتقل إلى النظر إلى الشخص الذي ينحرف عن السلوك الواجب إتباعه بقوله: " فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب، و كان بإمكانه التمييز بحيث يدرك أنه قد انحرف، كان هذا الانحراف خطأ يستوجب مسؤوليته التقصيرية".

وبذلك فإنّ الدكتور "عبد الرزاق أحمد السنهوري" يحلّل الخطأ التقصيري وفق ما كان قد فعله الفقيه "كابيتان" في مؤلفه في القانون المدني حيث حلّل الخطأ إلى عنصرين: عنصر التعدي *la culpabilité* و عنصر الإسناد *l'imputabilité*.

و يقول الدكتور "سليمان مرقس" أن مجرد فعل الشخص لا يكفي لقيام المسؤولية إذا أحدث به ضررا للغير، بل يشترط في هذا الفعل أن يكون خطأ، و يبين مدى أهمية الخطأ في المسؤولية المدنية بقوله: " إن الخطأ شرط ضروري للمسؤولية المدنية، بل هو الأساس الذي تقوم عليه".

و يعرف الدكتور "سليمان مرقس" الخطأ بقوله: " الخطأ هو إخلال بواجب قانوني مقترن بإدراك المخل به"⁽¹⁾ و بذلك فإن الخطأ وفق تعريفه يشتمل على عنصرين: عنصر موضوعي يتمثل في الإخلال بواجب قانوني و عنصر شخصي يتمثل في توافر التمييز لدى المخل بهذا الواجب.

بينما يعرف الدكتور "محمد لبيب شنب" الخطأ بقوله: الخطأ هو انحراف عن سلوك الشخص المعتاد الموجود في نفس الظروف الخارجية لمرتكب الضرر مع إدراك ذلك⁽²⁾.

و بدوره فإنّ الدكتور "محمد لبيب شنب" يقسم الخطأ حسب تعريفه إلى ركنين: ركن مادي و هو الانحراف أو ما يسمى بالتعدي، و ركن معنوي أو نفسي و هو الإدراك أو التمييز.

أمّا الدكتور "جميل الشرقاوي" فيعرف الخطأ بقوله: " الخطأ هو الإخلال بواجب قانوني، سواء أكان هذا الواجب خاصا أي التزاما، أم كان واجبا عاما من الواجبات التي تفرض على كل

(1) سليمان مرقس، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، سنة 1992، ص. 182.

(2) محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الإلتزام، طبعة 1989، ص 343 .

شخص يعيش في جماعة يحكمها القانون بأن يحترم حقوق الغير و حرياتهم، و ألا يرتكب ما يعتبر مساسا بهذه الحقوق و الحريات"¹ .

و يرى هذا الفقيه أن الخطأ في المسؤولية التقصيرية لا يمكن نسبه إلى الشخص إلا إذا كان مميزا على الأقل، و بذلك فإنه يقسم الخطأ إلى عنصرين: عنصر مادي و هو الفعل الذي يقع به الإخلال بالواجب، و عنصر معنوي و هو التمييز.

ما يلاحظ أن تعريف الأستاذ "زهدي يكن" يتفق مع تعريف "بلانيول" حيث قال إن الخطأ هو إخلال بالتزام سابق *la faute est un manquement à une obligation préexistante*، إلا أنه يرى أن هذا التعريف ناقص و لا يكفي في الخطأ أن يكون إخلالا بواجب سابق، و إنما يجب أن يكون هذا الإخلال صادرا عن تمييز و إدراك.

و عرف الخطأ تبعا لذلك بقوله: "إن الخطأ هو إخلال بواجب قانوني إذا كان من صدر عنه مميزا"⁽²⁾.

و يرى الأستاذ "زهدي يكن" بأن الخطأ فكرة مجردة فالمرء يعد مرتكبا لخطأ إذا لم يتصرف وفق ما يوجبه القانون، وعلى الشخص الذي يعيش في المجتمع أن يحترم قواعد الآداب و النظام الاجتماعي، سواء أوجدت مصدرها في القانون أو في العقد أو في القواعد العامة للآداب أو النظام⁽³⁾.

و يقول الدكتور "محمود جمال الدين زكي" بصدد تعريفه للخطأ: "نرى معه (أي مع الفقيه بلانيول) ربط الخطأ بفكرة الواجب أو الالتزام على حد تعبيره، إنما نزيد عليه قيام واجب على عاتق كل شخص في المجتمع بأن يجري في حياته على السلوك الذي ألفه أو اعتاده جمهور الأشخاص فيه"⁽⁴⁾.

ثم يذهب إلى بيان موقف الأساتذة "مازو" من عنصر التمييز حين قالوا يثبت الخطأ التقصيري في جانب عديم التمييز كما ينسب إلى كامل التمييز و يرى أن هذا الأمر منطقي و يعيب على القضاء الفرنسي عدم مساءلة عديم التمييز عن أفعاله الضارة، ثم يعود بعد ذلك لينضم إلى رأي

(1) جميل الشراوي، النظرية العامة للالتزام، طبعة 1981، ص. 467 و 468.

(2) زهدي يكن، المسؤولية المدنية أو الأعمال غير المباحة، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، الطبعة الأولى، ص. 70.

(3) المرجع السابق، ص 22.

(4) جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص. 479 إلى 481.

الفقه المصري و يقول إن للخطأ ركنين: ركن مادي و هو الانحراف على السلوك أو التعدي، و ركن معنوي و هو التمييز أو الإدراك Discernement.

أما الدكتور " بلحاج العربي" فبعد أن ذكر ما للخطأ من أهمية في المسؤولية المدنية بصفة عامة، والمسؤولية التقصيرية بصفة خاصة باعتباره ركنا فيها و أساسا لها⁽¹⁾، فإنه يتفق مع الفقيه "بلانيول" من حيث تعريف الخطأ و يقول: "... و المستقر عليه فقها و قضاء الآن أن الخطأ في المسؤولية التقصيرية هو إخلال الشخص بالتزام قانوني مع إدراكه لهذا الإخلال. فهو إخلال بالتزام قانوني أي بمعنى الانحراف في السلوك المألوف للشخص العادي و يتمثل هذا الالتزام في وجوب أن يصطنع الشخص في السلوك اليقظة و التبصر حتى لا يضرّ بالغير. فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب و كان مدركا لهذا الانحراف، كان هذا منه خطأ يستوجب مسؤوليته التقصيرية."

و مهما اختلفت تعاريف الفقهاء من حيث التعبيرات التي أوردها كل منهم فإنهم مجمعون على أن للخطأ عنصرين: عنصر مادي وعنصر معنوي . فما مضمون هذين العنصرين؟

الفرع الثاني: عناصر الخطأ:

يعتبر خطأ كل فعل غير مشروع، خرق التزام سابق، قانوني، عرفي...، خيانة أمانة مشروعة، كلها أخطاء، و حسب التحليل التقليدي للخطأ و وفق إجماع الفقهاء فإن الخطأ ينقسم إلى عنصرين: عنصر مادي و عنصر معنوي.⁽²⁾

أولا:العنصر المادي :

لاعتبار الشخص محدث الضرر مخطئا لا بد أن يكون قد انحرف في سلوكه، و الانحراف في السلوك هو تعد يقع من الشخص في تصرفه متجاوزا في ذلك الحدود التي يجب عليه التزامها في سلوكه.⁽³⁾

و قد ينحرف الشخص في سلوكه متعمدا إحداث الضرر بالغير، و هنا تقوم الجريمة المدنية délit civil ، و قد ينحرف عن السلوك دون أن يتعمد إحداث الضرر بالغير، و ذلك

(1) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص. 62.

(2) بختاوي سعاد ، مرجع سابق ، ص37 .

(3) بلحاج العربي ، المرجع السابق، الفقرة 309، ص. 64.

بتقصيره أو بإهماله ، فتقوم شبه الجريمة المدنية quasi délit civil. لكن لا بد لنا من تحديد أي سلوك يعد الانحراف عنه خطأ؟

هناك معياران لتحديد فكرة السلوك، أولهما ذاتي أو شخصي subjectif و الآخر موضوعي أو مجرد objectif.

فأما المعيار الشخصي أو الذاتي، فإنه لا ينظر إلى التعدي في حد ذاته و إنما ينظر إلى الشخص المعتدي نفسه، فيما إذا كان الفعل الصادر منه يعتبر بالنسبة إليه انحرافا في سلوكه هو أم لا؟ فهو ينظر إلى يقظته و فطنته، فإذا كان الشخص شديد اليقظة و الفطنة فإن أقل ما يمكن من الانحراف في سلوكه يشكل خطأ. و أما إذا كان دون المستوى العادي من الذكاء و الفطنة و انحرف عن سلوكه المألوف، اشترط في هذا الانحراف أن يكون انحرافا كبيرا و بارزا ، و أما إذا كان الشخص في ذكائه و حنكته في المستوى العادي المألوف، فالتعدي الصادر منه لا يشكل بالنسبة إليه انحرافا في السلوك و بالتالي لا يكون مرتكبا لخطأ.⁽¹⁾

و مع أن المعيار الشخصي فيه نوع من العدالة لأنه ينظر إلى كل شخص على حده و يدرس سلوكه لاستخلاص ما إذا كان قد انحرف في السلوك أم لا. إلا أنه له من العيوب ما يصعب معها العمل به ،ذلك لأن هذا المعيار ينظر إلى الشخص محدث الضرر بالكشف عما فيه من يقظة و فطنة، و هذه الأمور هي أمور داخلية يصعب الكشف عنها بل و قد يستحيل ضبطها في بعض الحالات.

لهذا وجد معيار آخر لا ينظر كسابقه لسلوك الشخص المعتدي إن كان انحرف فيه عن سلوكه أم لا، و إنما يقوم هذا المعيار على تجريد المعتدي من ظروفه الشخصية⁽²⁾ و يقاس فعله بمعيار الشخص العادي الذي يمثل جمهور الناس⁽³⁾ و هو ما يسمى بالمعيار الموضوعي.

و بذلك لا بد لكي يعتبر محدث الضرر مخطئا، أن يكون في سلوكه قد انحرف عن السلوك الذي كان يسلكه الشخص العادي لو وجد وقت إحداث الضرر في نفس الظروف الخارجية. و بمعنى آخر، لكي نحكم على سلوك الشخص إن كان خاطئا أو غير خاطئ نقوم بمقارنته مع سلوك الرجل العادي. فإذا اتضح أن محدث الضرر سلك نفس المسلك الذي كان يسلكه الرجل

(1) زهدور السهلي، المرجع السابق، ص.95.

(2) بلحاج العربي ، مرجع سابق، الفقرة 310 ، ص. 66 و 67 و فقرة 312، ص.69.

(3) محمد ليبب شنب، المرجع السابق، ص.343.

العادي لو وجد في نفس الظروف الخارجية، فإنه لا يمكن إسناد الخطأ إليه، أمّا إذا تبين أن مرتكب الضرر سلك مسلكاً غير الذي كان يسلكه الرجل العادي، و بالتالي يكون منحرفاً، ففي هذه الحالة يكون مرتكب الضرر قد أخطأ.

و يقصد بالرجل العادي، ذلك الشخص الذي يعتدل فيه الذكاء و التبصر و اليقظة و العناية، فلا يصح أن يقاس فعل محدث الضرر لا بالرجل البالغ في الذكاء و الشديد في اليقظة ولا بالرجل الناقص الذكاء و عديم التبصر. ولا يجب أن تؤخذ الظروف الداخلية للشخص الذي يعتبر سلوكه معياراً للخطأ في الحساب ، لأن هذه الظروف هي خصائص شخصية تختلف من شخص إلى آخر و هي ظروف يختص بها وحده، و إنما ما يجب اعتبارها هي الظروف الخارجية وحدها¹.

و الظروف الخارجية هي ظروف الزمان و المكان⁽²⁾ و هي تؤثر في معرفة ما إذا كان الفاعل قد ارتكب خطأ أم لا؟ فقيادة السيارة ليلاً ليس كقيادتها في النهار، و قيادتها أثناء تهاطل الأمطار ليس كقيادتها دونه، و قيادة السيارة في الطريق السريع ليس كقيادتها في داخل المدينة في مكان مكتظ بالمارة و هكذا.

و هذا يؤدي إلى استنتاج أنّ الانحراف يقاس بوجهة موضوعية objective و مجردة. و ذلك بقياسه على سلوك شخص متحلل من ظروفه الشخصية و يمثل أوسط الناس، أخذاً بعين الاعتبار الظروف الخارجية للحدث⁽³⁾.

و لكن بعض الأفعال إذا ما طبق عليها المعيار السابق فإنها تعتبر أخطاءً إلا أنّ القانون لا يجعل مرتكبها مسؤولاً أو يخفف من مسؤوليته، بسبب ظروف خاصة تكون قد دفعته إلى ارتكابها.

و هذه الحالات هي حالة الدفاع الشرعي و حالة تنفيذ أمر الرئيس و حالة الضرورة.

فأما الدفاع الشرعي: فيتمثل في حالة الدفاع عن النفس أو المال أو عن نفس الغير أو مال الغير فإذا ما أحدث الشخص ضرراً بالغير و هو في هذه الحالات فإنه لا يعتبر مخطئاً و ذلك أننا إذا قسنا سلوكه بسلوك الشخص العادي إذا وجد في نفس الظروف الخارجية، نجد

(1) بختاوي سعاد مرجع سابق ، ص 39 .

(2) بلحاج العربي ، مرجع سابق، ص. 69.

(3) جميل الشرقاوي، مرجع سابق، ص. 469.

أنه لم ينحرف عن سلوك هذا الرجل العادي، فالرجل العادي يدافع عن نفسه و ماله و حتى عن نفس غيره و مال غيره⁽¹⁾، و قد نصّ المشرع الجزائري على هذه الحالة في المادة 128 من القانون المدني⁽²⁾ التي تنص على أن:

"من أحدث ضررا و هو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عن ماله كان غير مسؤول، على ألاّ يجاوز في دفاعه القدر الضروري و عند الاقتضاء يلزم بتعويض يحدده القاضي" و لتطبيقها لابد من توفر أربعة شروط:

- أن يكون هناك خطر حال أو وشيك الحلول يهدّد نفس أو مال الشخص أو نفس أو مال الغير.

- أن يكون الخطر الحال ناتجا عن تعد أي وليد عمل غير مشروع.

- أن لا يكون في إمكان المدافع درء الخطر إلاّ بإلحاق الأذى بالمعتدي.

- أن يكون دفع الاعتداء بالقدر اللازم لمنع الاعتداء، أي أن لا يكون بإفراط.⁽³⁾

أما حالة تنفيذ أمر الرئيس فمقتضاها أن لا يسأل الموظف العام عن عمله الضار بالغير إذا كان قد قام بذلك تنفيذا لأمر صدر إليه من رئيسه و كانت طاعته له واجبة أو كان يعتقد أنها واجبة، و أثبت أن العمل الذي صدر منه كان يعتقده مشروعا.

و قد نص المشرع الجزائري على هذه الحالة في المادة 129 من القانون المدني بقوله: " لا يكون الموظفون و الأعوان العموميون مسؤولين شخصا عن أفعالهم التي أضرت بالغير إذا قاموا بها تنفيذا لأوامر صدرت إليهم من رئيسهم، متى كانت إطاعة هذه الأوامر واجبة عليهم".

و بذلك فإنه يجب أن تتوافر الشروط التالية:

- أن يكون الضرر قد سببه موظف عام.

- أن يكون هذا الموظف قد قام بالفعل تنفيذا لأمر صادر إليه من رئيسه.

- أن يكون الأمر واجب الطاعة أو يعتقد - يخال أو يظن - أن طاعته واجبة.⁽⁴⁾

1) السعدي محمد صبري ، شرح القانون المدني الجزائري ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزء الثاني ، الطبعة الثانية ، الجزائر ، ص.32.

2) القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم .

3) السعدي محمد صبري ، المرجع السابق ، ص. 32، 33 .

4) المرجع السابق، ص 33 و 34 .

وسبب دفع مسؤولية الشخص في هذه الحالة، هو أن المشرع أخذ بعين الاعتبار مدى الواجبات القانونية الملقاة على عاتق الموظفين العموميين، ولإيجاد التوازن بين هذه الواجبات الضخمة و بين تنفيذها مراعاة للمصلحة العامة إذا ما قاموا بها تنفيذا لأوامر رؤسائهم و سببوا أضرارا للغير.

و أما حالة الضرورة: فهي تلك الحالة التي يكون فيها الشخص أو غيره مهدداً بخطر جسيم يضطر معه للتخلص منه أو تقاديه، بارتكاب فعل يسبب ضررا للغير. فإحداث الضرر بهذا الغير إنما كان تقاديا و اتقاء لضرر أكبر منه كان محدقا به أو بغيره.⁽¹⁾ و هنا نخلص إلى قاعدة عظيمة توصل إليها فقهاء الشريعة قديما و هي: أنه يتحمل الضرر الخفيف لدفع الضرر الأكبر من أو بعبارة أخرى يدفع الضرر الأعظم بارتكاب الضرر الأخف أو الأيسر، و هذا بالطبع في حالة الاضطرار و ليس حالة الاختيار حيث يستطيع الفرد دفع الضررين معا. و لا يجوز أن يكون مصدر الضرر هو الشخص الذي أوقع الضرر به، لأنه لو كان الخطر المهدد به صادرا عن ذات الشخص المضرور، فإنه لا تتحقق حالة الضرورة في هذه الحالة، و إنما نكون أمام دفاع شرعي متى توافرت شروطه.⁽²⁾

و قد نصّ المشرع الجزائري على هذه الحالة في المادة 130 من القانون المدني بقوله: " من سبب ضررا للغير ليقادى ضررا أكبر محدقا به أو بغيره، لا يكون ملزما إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسبا."

و يشترط لتطبيق هذه المادة ما يلي:

- وجود خطر حال يهدد مرتكب الفعل أو الغير في النفس أو المال.
 - أن يكون الشخص مصدر الخطر أجنبي عن محدث الضرر و عن المضرور.
 - أن يكون الخطر المراد تقاديه أكبر جسامة من الخطر الذي وقع³.
- و يلاحظ على خلاف ما ذكر في الحالتين السابقتين أي حالة الدفاع الشرعي و حالة تنفيذ أمر الرئيس: أن المشرع الجزائري و لو أنه اعتبر حالة الضرورة سببا في رفع مسؤولية محدث الضرر، إلا أنه مع ذلك يكون المسؤول ملزما بتعويض الضرر حسب ما يصل إليه القاضي

(1) بلحاج العربي، مرجع سابق، فقرة 323، ص.89.

(2) محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص.350 .

(3) سعاد بختاوي ، مرجع سابق ، ص41 .

في تقديره له. و سبب تقدير هذا التعويض هو إقامة المشرع لذلك التوازن بين حق الغير الذي لم يكن له دخل في وقوع الضرر وحق المسؤول في تقادي الخطر المحقق به، فالعدالة الاجتماعية تقتضي أن لا يتحمل الغير وحدهم نتائج حالة الضرورة و إنما أن توزع هذه النتائج بين محدث الضرر و بين ضحية هذا الضرر.⁽¹⁾

و قد أضاف الفقهاء إلى هذه الحالات الثلاثة، حالة أخرى استتبطوها قياسا على ما ينص عليه قانون العقوبات، و عملا بالقواعد العامة في النطاق المدني، حيث جعلوا رضاء المجني عليه سببا من أسباب الإغفاء من المسؤولية.⁽²⁾

ففي النطاق الجزائي هناك من الحالات التي لا تقوم بتحقيقها المسؤولية الجزائية كتعليق رفع الدعوى العمومية على شكوى من المجني عليه. ففي جرائم الزنا فإنه يشترط رفع شكوى من قبل الزوج المتضرر⁽³⁾ و إن تنازله عن هذه الشكوى يضع حداً للمتابعة،⁽⁴⁾ وكإعتداد المشرع برضاء المجني في جرائم معينة.⁽⁵⁾

أما في النطاق المدني فالقاعدة العامة تقضي بأن الرضا بالضرر أو بالفعل الذي يغلب حدوث الضرر منه متى وقع، يرفع عن الفاعل واجب احترام الحق الذي وقع المساس به، و بالتالي لا يوصف فعله بالخطأ.

و أساس هذه القاعدة أن من يملك التصرف في حقه سواء بالتنازل عنه أو غيره. فإنه يملك حق إعفاء الفاعل من واجب احترامه. و بالتالي فإن أعفاه من هذا الواجب، امتنع عليه المطالبة بالتعويض.⁽⁶⁾

و يشترط في رضا المصاب بالضرر أن يكون ذا أهلية، ففقدان التمييز ينجر عنه انعدام الرضا، وأن يكون الرضا غير مشوب بعيب من عيوب الرضا فضلا على أن يكون مشروعا أي غير مخالف للنظام العام والآداب العامة.⁽¹⁾

(1) زهدور السهلي، مرجع سابق، ص. 99.

(2) أحسن بو سقيعة، المسؤولية الجزائية، القسم العام، دار الهدى للطباعة والنشر، طبعة 2001، ص. 132.

(3) المادة 339 من قانون العقوبات الجزائري.

(4) المادة 340 من نفس القانون أعلاه.

(5) المادتان 329 و 335 قانون عقوبات و غيرهما فهذه الجرائم لا تقوم إلا إذا توفر فيها رضاء المجني عليه ما دام بالغاً سن الرشد الجزائري.

(6) سليمان مرقس، مرجع سابق، ص. 302.

و لا يكون الرضا مشروعاً إلا إذا كان الحق الذي ارتضى المصاب تعريضه للخطر مما يجوز التصرف فيه، فالحقوق الشخصية كالحق في الحياة و في سلامة الجسم و الحريات بأنواعها، لا يجوز التصرف فيها. فالمرء لا يملك التصرف في حياته و لا في سلامة جسمه بأن يلحق بها الأذى، فإن قام بذلك كان مخلاً بالنظام العام و الآداب العامة إلا إذا كان المساس بسلامة جسمه ضروريا لحفظ حياته أو لصيانة صحته.²

أما الحقوق المالية فيجوز التصرف فيها، فالمخاطر التي يعرض الشخص أمواله لها، تنطبق عليها القاعدة العامة التي تقضي بأن "الرضا بالضرر يرفع عن الفعل الضار وصف الخطأ". (volenti non fit injuria) و من بين الحالات التي يتحقق فيها رضا المجني عليه و يكون سببا معفيا من المسؤولية: حالة رضا المريض بالعلاج.

و مما تقدم يتضح أن القاعدة العامة هي الاعتداد في تقدير الانحراف في السلوك بالظروف الخارجية للحادث، لا بالظروف الداخلية لمرتكب الفعل الضار. و قد رأى الفقيهان "مازو" و "تونك"³ أنه مادام أن الظروف الداخلية لمحدث الضرر لا تؤخذ بعين الاعتبار في تقدير سلوكه، فإنه تبعاً لذلك لا يجب النظر إلى عنصر التمييز، باعتباره عنصراً داخلياً في من أحدث الضرر. و رتبوا على ذلك أن الخطأ التقصيري يثبت في جانب عديم التمييز كما يثبت في جانب كامل التمييز، فسلوك عديم التمييز لا يقاس على سلوك فاقد التمييز مثله، و إنما يقاس بسلوك الرجل العادي لو وجد في نفس الظروف الخارجية.

وقد نتساءل حول قيمة النتيجة التي توصل إليها "مازو" و "تونك" أو بمعبارة أخرى هل العنصر النفسي أو المعنوي المتمثل في التمييز يعتبر عنصراً أساسياً في الخطأ أم لا؟. و هذا ما سأحاول دراسته في هذا المقام:

ثانياً: العنصر المعنوي للخطأ :

استناداً إلى تقاليد الرومان، و التي انتقلت إلى القانون الفرنسي القديم فإنه لا يمكن مساءلة شخص غير مدرك عن الأفعال الضارة التي تصدر عنه. فالإدراك هو الركن المعنوي في الخطأ إلى جانب الركن المادي والذي هو الانحراف عن سلوك الرجل العادي.

(1) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص.94، فقرة 325.

(2) محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 37، بند 23.

(3) زهدور السهلي، مرجع سابق، ص.101.

و بذلك فلا يكفي أن ينحرف الشخص عن سلوك الرجل العادي، و إنما يجب أن يكون من انحرف عن هذا السلوك مدركا لهذا الانحراف، فلا مسؤولية بدون تمييز و تبعا لذلك، فالصبي غير المميز، و المجنون، و المعتوه، و فاقد الوعي لسبب عارض كالسكر و الغيبوبة و المرض، و المنوم تنويما مغناطيسيا و المصاب بمرض النوم، إن لم يكونوا قد اختاروا ذلك بإرادتهم، كتعاطي مسكر أو مخدر و هم على علم بذلك، فإن المسؤولية هنا لا تقوم لانعدام التمييز لديهم.

و بالتالي لا مسؤولية على من كان فاقد التمييز، لأنه ينعلم الخطأ لانعدام التمييز لديه، إذ ليس بإمكانه التمييز بين الخطأ و الصواب.⁽¹⁾ و لكنه و منذ أواخر القرن التاسع عشر ظهرت النظريات الموضوعية التي تعير للخطأ أي اهتمام و تقيم المسؤولية عن الضرر، بغض النظر إن كان محدثه مميزا أو غير مميز.

حيث قد نسأل الشخص رغم انعدام التمييز لديه استثناءا، و هذا تأثرا بالنظريات الموضوعية التي نادى بقيام المسؤولية على عنصر الضرر، و التي جعلتها قائمة سواء أكان الشخص مميزا أو غير مميز.⁽²⁾

فقد نص المشرع الجزائري، قبل التعديل الأخير، على ذلك في المادة 125 فقرة ثانية قانون مدني بقوله: "غير أنه إذا وقع الضرر من شخص غير مميز و لم يكن هناك من هو مسؤول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، جاز للقاضي أن يحكم على من وقع منه الضرر بتعويض معادل، مراعى في ذلك مركز الخصوم".

و سبب تقرير هذه الحالة هو أن المشرع الجزائري راعى مصلحة المضرور عن الأفعال الصادرة من عديمي التمييز، الذين لم يبلغوا سن السادسة عشر⁽³⁾ من عمرهم أو الذين كانوا في حالة جنون أو عته⁽⁴⁾، و هذا حتى لا يضيع حقه في التعويض.

(1) السنهوري عبد الرزاق احمد ، مرجع سابق، ص. 903، بند 535.

(2) زهدور السهلي، مرجع سابق، ص. 103.

(3) أنقص المشرع الجزائري سنن التمييز من 16 سنة إلى 13 سنة بموجب المادة 20 من القانون رقم 05-10 المؤرخ في

2005-06 المعدلة للمدة 42 من القانون المدني .

(4) المادة 42 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم .

و قد عمد الفقه و القضاء إلى تضيق نطاق النظرية الشخصية في الخطأ و تأثرا بنظرية تحمل التبعة بقولها: ((بإمكانية مطالبة متولي رقابة الشخص غير المميز عن الأفعال الضارة الصادرة بالرقابة في حالة وجود الرقيب. أن يكون فقد التمييز كاملا عند وقوع الضرر)).⁽¹⁾ و خلاصة القول أن مسؤولية الشخص متى كان مميزا تكون كاملة و يقوم إلزام على عاتقه بتعويض الضرر الذي أحدثه، و هذا هو الأصل أو القاعدة العامة في المسؤولية عن الأفعال الشخصية.

إلا أنه استثناءا يمكن مساءلة عديم التمييز عن الأفعال الضارة الصادرة عنه وفقا لمقتضيات الفقرة الثانية من المادة 125 من القانون المدني الجزائري الحالي التي تتميز فيها المسؤولية بأنها مسؤولية احتياطية، إذ أن المضرور من فعل شخص غير مميز لا يمكنه مطالبة هذا الأخير إلا إذا لم يوجد من يتولى رقبته أو أنه يوجد، و لكن يتعذر الحصول على تعويض منه لعسره أو لأنه استطاع أن ينفي الخطأ عن نفسه، و توصف المسؤولية هذه على أنها مسؤولية جوازية، إذ يتسع المجال فيها للقاضي في الحكم بالتعويض من عدمه، فإذا تبين له أن الحالة المالية لعديم التمييز لا تتحمل التعويض أو أن الشخص المتضرر موسر الذمة المالية، فإنه لا يحكم بالتعويض، و حتى و إن حكم به فإنه غير مقيد بأن يحكم بالتعويض الكامل، إذ أن مركز الخصوم يلعب دورا هاما في تقدير التعويض، و تبعا لذلك فقد يكون التعويض جزئيا أو كليا عن الضرر، و من ثم كانت هذه المسؤولية مخففة، إلا أن قيام المشرع الجزائري بالتعديل الأخير للقانون المدني ألغى الفقرة الثانية من المادة 125 و بالتالي يكون قد ألغى المسؤولية الشخصية لعديمي التمييز².

المطلب الثاني: مفهوم ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للبنك :

قد يكون خطأ البنك خطأ عقدي و قد يكون خطأ تقصيري و لتوضيح مفهوم خطأ البنك يتعين تقسيمه حسب الفرعين التاليين :

الفرع الأول : مفهوم الخطأ العقدي للبنك.

الفرع الثاني : مفهوم الخطأ التقصيري للبنك .

(1) زهدور السهلي، المرجع السابق، ص. 104 .

(2) بختاوي سعاد ، مرجع سابق ، ص 45.

الفرع الأول: مفهوم الخطأ العقدي للبنك:

أولاً: تعريف الخطأ العقدي :

يتحقق عندما يكون هناك عقد صحيح بين البنك و العميل، يلتزم فيه البنك بأن يؤدي للعميل أحد الخدمات المصرفية⁽¹⁾، فإذا لم يقم المدين بتنفيذ إلتزاماته الناشئة عن العقد ، و لا شك أن عدم التنفيذ يعتبر عملاً مخالفاً للقانون، لهذا يخول القانون للدائن حق مطالبة المدين بما إلتزم به، فإذا أمكن التنفيذ العيني و طلبه الدائن أجبر المدين عليه، و إذا تعذر حمل المدين على التنفيذ كما في حالة الإلتزام بعمل أو الإمتناع عن عمل، في هذه الحالة لامناص من تنفيذ الإلتزام بمقابل ، ويكون للدائن في حالة استحالة التنفيذ أن يطالب بالتعويض كجزاء على عدم تنفيذ المدين للإلتزامه العقدي، و عليه بتعويض المضرور إذا توافرت أركان المسؤولية العقدية.

ثانياً: أمثلة عن الأخطاء العقدية للبنك :

أ- حالة وجود عقد بين البنك و العميل بتقديم معلومات، فإذا كان العميل يعتمد على المعلومات المقدمة من البنك في تعامله مع عملاء آخرين، مما ألحق ضرر بالعمل لخطأ البنك في صحة المعلومات.

ب- إذا لم يعلم البنك العميل بكل المعلومات الضرورية أثناء فترة تنفيذ العقد فعند رفض المسحوب عليه مثلاً الوفاء بقيمة الشيك المحسوب عليه، ولم يخطر البنك العميل بذلك و ترتب من جراء ذلك تأخر العميل في اتخاذ الإجراءات القانونية، مما أصابه ضرر من ذلك، فيعتبر البنك في هذه الحالة مسؤولاً مسؤولية عقدية .

ج- حالة وجود عقد وكالة بين البنك و العميل و خرج البنك عن نطاق الوكالة دون إذن العميل، أو استعان بوكلاء من الباطن، فالبنك مسؤول عن الأخطاء التي يرتكبها الوكلاء إذا أصاب العميل ضرر من جراء خطأ الوكلاء.

و في كل الأحوال يعتبر البنك مسؤول مسؤولية عقدية، إذا أخل بإلتزاماته الناشئة عن العقد أو إذا نفذها تنفيذاً سيئاً، أو بطريقة تخالف ما إستقر عليه العرف المصرفي، كأن لم يفتح حساب للعميل أو امتنع عن إيداع أمواله في الحساب أو رفض منح العميل دفتر شيكات

(1) العمروسي أنور، المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، مصر، ص 305.

لسحب أمواله، أو لم يقيد مبالغ وردت للعميل، أو أنهى العقد دون سند قانوني أو قام بأعمال الغش أثناء تنفيذ العقد¹.

فمن أجل إثارة مسؤولية البنك لأبد من ارتكابه للخطأ، وأكدت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ: 60/11/28 وان كان ليس من الضروري وضع قائمة بمختلف أنواع الخطأ الذي قد يرتكبه البنك غير انه من الضروري معرفة الواجبات التي تطوق البنك وهكذا فإن الخطأ يتحدد على ضوء نقصان في واجب أو إخلال عن التزام سابق ، والاجتهاد القضائي يتولى تحديد واجبات البنك أما الفقه فيميز بين نوعين من هذه الواجبات وبين واجبي التحقق والاستعلام .

إن البنك ملزم بالتحقق عند فتحه للحساب أو منحه لدفتر الشيكات أو منحه للقرض وعندما يتراءى له نوع من الخطر لا يستطيع أن يحتمي وراء زعم الجهل بالوضعية الحقيقية كذلك عليه أن يستعمل وهذان الواجبات جد مرتبطين، إذ لا تحقق بدون استعلام كما أن تواتر الاجتهاد القضائي الفرنسي أضاف في مجال القروض واجب مراقبة استعمال المال المفترض².

01) واجب التحقق:

فمنح عملية بنكية معينة لشخص ما مع أن وضعية المالي معرض للخطر أو تعثره شبهة كما في حالة توقف عن الدفع وان كان هذا المفهوم ليس بالسهل لكن رغم ذلك فيقدم الاجتهاد القضائي بعض المعايير من الإقرار بالإفلاس أو التوقف الفعلي عن الدفع (قرار: 6 نوفمبر 1934 المجلة المحاكم المغربية عدد : 616 سنة 1934) لكنه في أحيان أخرى يشير إلى صعوبة الأخذ بهذا المفهوم بصفة مطلقة (حكم محكمة ابتدائية وجدة الصادر بتاريخ : 10 شتنبر 1921) والمنشور بمجلة التشريع والاجتهاد المغربي ص: 21 سنة 1922 عندما ذهب إلى أن وجود عدد من بروتستو لا يؤسس على عدم الدفع وفي هذا الاتجاه القرار الصادر بتاريخ 20 يونيو 1925 منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 186 سنة 1925 وهنا لأبد من ملاحظتين هما:

(1) براهيمى بديعة ، مرجع سابق ، ص 41

(2) منشور عن المعهد الوطني للدراسات القضائية والمجموعة المهنية لبنوك المغرب بوزارة العدل بالمملكة المغربية ، الندوة الثالثة للعمل القضائي والبنكي حول : " العمل القضائي وتطورات القطاع البنكي بالمغرب " بالرباط يومي 19 و 20 يونيو 1993 ، ص 404 .

الأولى: أن الخطأ لا يستقر إلا عندما تكون العملية البنكية بقيمتها المالية أو بطبيعتها أو بمدتها أو بشروطها لا يمكن أن تساهم في انقراض المستفيد منها هذا الإنقاذ الذي لا يعدو أن يكون مجرد تمديد لانتهياره الحتمي المنتظر، **أما الثانية** فتقتضي التمييز كما في مؤسسة القرض بين امتياز الديون الجديدة ودعم الديون الداخلية وهكذا لا يمكن أن يؤخذ البنكي عن إغائه لفتح قرض تمت سابقا الموافقة على منحه والقاضي يجب أن يكون حذرا قبل تقريره لمسؤولية البنكي الذي لم يلتزم بأداء أقساط السلف مثلا المستحقة الأداء وعليه يكون من الطبيعي رفض تلك العملية التي لا ترمي سوى لتمديد احتضار المقترض متى كان هنالك عدم تناسب وتجاوز لقدراته على الوفاء بها وإلا اعتبر الأمر مجرد وسيلة لتأخير استخلاص حالة التوقف عند الأداء كما درج القضاء على اعتبار الخطأ قائما عندما يكون القرض قد منح لتاجر غير أهل وممارس لأنشطة غير مشروعة شريطة بالطبع أن يكون البنكي على علم أو باستطاعته أن يعلم عدم أهلية المستفيد من تلك العملية وهمية (محكمة باريس 1967/5/26) أو مجاملة غير أن تقدير واجب التحقق يجب تقديره في إطار الوسائل التي هي تحت تصرف البنك أو واجب عليه أن يتصرف بواسطتها البنكي¹ .

02) واجب الاستنباء :

إنّ البنكي لا يجوز له التمسك بعدم معرفته للوضعية الحقيقية للمتعاقل معه الآخر أو أنه كان ضحية بدوره لهذا الأخير غير أن المتضرر - المدعي - مطالب بإثبات أن البنكي كان علم بالوضعية المالية المشبوه فيها للمقترض والتي يقدرها القضاء في إطار واجب الاستنباء الذي يحتم على البنكي القيام به والذي لا يعدو في جوهره أن يكون مظهرا من مظاهر الالتزام بالحذر والتبصر الواجب على كل شخص وكيفما كان الحال فالخطأ يرتبط بدرجة عدم التبصر التي يظهرها من أجل التوصل إلى معرفة غير مضبوطة والوسائل التي هي تحت تصرفه كذلك في ظروف أخرى من نفس النوع.

وهكذا أرسى الفقه والقضاء مجموع قواعد أضحي البنكي بمقتضاها ملزم بالتأكد من مشروعية وضبط وجدية وثائق الحساب المقدمة إليه كذلك أسس قياس التبصر بأهمية المساهمة المطلوبة منه، فكلما كانت العملية بذات قيمة مرتفعة كلما كان أمد هذه المشاركة أطول وتفكير البنكي المسؤول خلالها أعمق.

(1) العمل القضائي وتطورات القطاع البنكي بالمغرب ، مرجع سابق ، ص 404 .

وغالبا ما يؤول الأمر في هذه النقطة بالذات لأن يجد البنك نفسه وفي حدود معينة شريكا وصيا على المقاوله التي استفادت من قرض مهم مثلا، كما يجب عليه الاحتياط أكثر من مظاهر مشبوهة سيما مع المظاهر التي عند التعامل تبدو وكأنها عادية ومنتظمة وهكذا أقر الاجتهاد (نقض فرنسي 08 ماي 1978) أن البنك على حق في الاحتياط من عمل مأموري الحساب الضابطين لنظامية ومصادقية الميزانية.

03) واجب مراقبة استعمال المقرض:

يظل هذا الواجب أكثر في مؤسسة القرض فالبنك يعطي في هذا الإطار أهمية كبيرة تحقيقا لتسخير المال المقرض في الوجهة المعين لها من طرف المدني المقرض وبالتالي كان يجب تمتيعه بحق مراقبة مدى احترام هذا التوجيه لكن السؤال الذي يطرح: هل البنك يخضع لالتزام من هذا القبيل؟ ليتولد بالتبعية معه سؤال آخر: هل بإمكان الغير إثارة عدم سهره على توجيه المال المقرض في غير الهدف الذي سبق وأن عين له؟

نعثر على قرار المحكمة النقض الفرنسية صادر بتاريخ 15 فبراير 1978¹، ذهب إلى تقرير مسؤولية البنك في مواجهة الغير بدون بحث عن حقيقة ما إذا كان البنك قد التزم بمراقبة استعمال المال المقرض، ويبدو على ضوء هذا القرار تحميل البنك المسؤولية في مواجهة الغير المتضرر متى ثبت عدم مراقبته أو قصور في مراقبة استعمال المال المقرض ذلك في غياب شرط يمثل هذه المراقبة عند عملية التعاقد، غير أن هذا المبدأ لا يمكن أخذه لا طلاقة إذ أن بعض القروض لطبيعتها لا يمكن أن تخضع لمراقبة البنك كالقروض الموجهة لضمان تداول نقود المقاوله (قرار المحكمة النقض الفرنسية صادر بتاريخ 12.2.1977)، وأمسى على ضوء هذا المستجد التمييز بين نوعين من القروض الموجهة لتمويل عملية معينة: البنك ملزم بالسهر على أخذها للوجهة المعنية لها قروض بدون توجيه خاص كقروض الدعم العام للمقاوله فيتصور إعفاءه في ظلها من قيد التتبع والمراقبة².

(1) العمل القضائي وتطورات القطاع البنكي بالمغرب ، مرجع سابق ، ص 405.

(2) المرجع السابق ، ص 406.

الفرع الثاني : مفهوم الخطأ التقصيري للبنك :

أولاً: تعريف الخطأ التقصيري:

لقد تضاربت الآراء حول تحديد معنى الخطأ التقصيري ، لكن الرأي الشائع بين الفقهاء يقول أن الخطأ هو العمل الضار الغير المشروع ، أي العمل الضار المخالف للقانون ، و في هذه الحالة لا بد من معرفة الأعمال التي تلحق ضرراً بالغير و ينهى عنها القانون . أما الأستاذ "بلانيول" يعرفه : على أنه إخلال بالالتزام سابق، فحسب هذا الرأي لا بد من التعرف على الإلتزامات التي يعتبر الإخلال بها خطأ .

و الرأي المستقر عليه فقها و قضاء ، يقرب معنى الخطأ في المسؤولية التقصيرية من معناه في المسؤولية العقدية ، حيث يعتبر الخطأ في المسؤولية التقصيرية إخلال بالالتزام قانوني ، و الإلتزام القانوني الذي يعتبر الإخلال به خطأ في المسؤولية التقصيرية هو دائماً إلتزام ببذل عناية ، و هو أن يصطنع الشخص في سلوكه اليقظة و التبصر حتى لا يضر بالغير. فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب و كان من القدرة على التمييز حيث يدرك أنه قد إنحرف ، كان هذا الانحراف خطأ يستوجب المسؤولية التقصيرية .

فيقع الإنحراف إذا تعمد الشخص الإضرار بالغير و هو ما يسمى بالجريمة المدنية ، أو دون أن يتعمد الإضرار بالغير أهمل و قصر و هذا ما يسمى بشبه الجريمة المدنية و معيار هذا الانحراف يتصور أن يكون إما معياراً ذاتياً أو معياراً موضوعياً¹.

فإذا أخذنا بالمعيار الذاتي وجب أن نتطرق إلى شخص المعني ، فنبحث هل ما وقع منه يعد إنحرافاً في سلوكه ، إذ قد يكون على درجة كبيرة من اليقظة فأقل إنحراف في سلوكه يكون تعدياً ، و قد يكون دون المستوى العادي فلا يعتبر متعدياً ، إلا إذا كان الإنحراف في سلوكه إنحرافاً كبيراً بارزاً فهذا المعيار الذاتي لا شك في عدالته فهو يقيس مسؤولية كل شخص بمعيار من فطنته و يقظته و لكن فيه عيباً جوهرياً لا يصلح معه أن يكون مقياساً منضبطاً وافياً بالغرض و هو يقضي أن ينسب الإنحراف في السلوك إلى صاحبه من أجل هذا كله رجع الأخذ بالمعيار الموضوعي⁽²⁾، فيقاس الإنحراف بسلوك شخص نجرده من ظروفه الشخصية فيصبح شخصاً عادياً يمثل جمهور الناس ، فلا هو شديد اليقظة، فيرتفع عن الشخص العادي،

(1) براهيمى بديعة ، مرجع سابق ، 52

(2) العمروسي أنور ، مرجع سابق ، ص 45 .

و لا هو محدود اليقظة فينزل عن الشخص العادي ، بل هو الشخص الذي إتخذناه مقياسا للخطأ العقدي في الإلتزام ببذل عناية ، حيث يطلب من المدين في الأصل بذل عناية الرجل المعتاد وهو شخص عرفه القانون الروماني و سماه برب الأسرة الجيد Bon père de famille . ننظر إلى المألوف من سلوك هذا الشخص المعتاد، و نقيس عليه سلوك الشخص الذي نسب إليه التعدي⁽¹⁾ .

الخطأ في المسؤولية التقصيرية يقوم على ركنين :

أ)الركن المادي :

وهو التعدي وهو أن يتجاوز الشخص في تصرفه الحدود التي يجب عليه التزامها في سلوكه وهو الانحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي، فلم يتخذ الحيطة والحذر وألحق ضرر بالغير (الدائن) .

ب)الركن المعنوي:

وهو الإدراك ، فلا يكفي ركن التعدي وحده ليقوم الخطأ بل يجب أن يصدر الخطأ من شخص مدركا لأفعاله وتصرفاته ، فالصبي غير المميز و المجنون والمعتوه وغيرهما، لا يمكن أن ينسب إليهم خطأ لأنهم غير مدركين لأعمالهم⁽²⁾.
أما معيار الخطأ في المسؤولية التقصيرية فإنه ثابت لا يتغير في جميع الأحوال، فيكفي لقيام المسؤولية التقصيرية أن يكون الخطأ الواقع تافها ، وهو الذي لا يقترفه الشخص الحازم المتبصر ، عكس الخطأ في المسؤولية العقدية فإنه يتبع في تكييفه وتعيين مداه ظروف التعاقد وما تم اتفاق أطراف العقد عليه، ولكن يجب لترتيب المسؤولية على ذلك الخطأ أن يبلغ من الجسامة حدا معينا.

ثانيا: تحديد الخطأ التقصيري للبنك :

يعد خطأ البنك التقصيري خطأ ناشئا عن إخلال البنك بالالتزام العام بالحرص الذي يفرضه القانون على البنك ويكون المضرور من الغير بالنسبة للبنك ، فالخطأ في هذه الحالة لا يكون ناشئا عن إخلال البنك بالتزام عقدي وإنما ناشئا عن إخلال بالتزام تقصيري ، وتترتب عليه مسؤولية تقصيرية ويتحقق الخطأ التقصيري في حالتين :

(1) العمروسي أنور ، مرجع سابق ، ص 46.

(2) السنهوري عبد الرزاق، مرجع سابق ،ص 779 .

- 1- أن يصدر الخطأ من الممثل القانوني فنكون بصدد مسؤولية تقصيرية مباشرة، ويسأل البنك في هذه الحالة بصفته شخص معنوي ومسؤوليته هي مسؤولية شخصية .
- 2- أن يصدر الخطأ من احد تابعيه⁽¹⁾، فنكون بصدد مسؤولية تقصيرية غير مباشرة، ويكون الخطأ في هذه الحالة عن العمل الضار غير المشروع واقعا من التابع حال تأدية الوظيفة أو بمناسبةها.

فالمسؤولية التقصيرية للبنك تنقرر حتى في حالة خطأ تابعيه على أساس المادة 136 قانون مدني جزائري : " يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه حال تأدية الوظيفة أو بسببها، و تقوم رابطة التبعية و لو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه ، متى كان عليه سلطة فعلية في رقابته و توجيهه "وهي تقوم على أساس الخطأ المفترض . و تعد المادة 5/1384 مدني فرنسي المصدر التاريخي الذي استمد منه المشرع المصري و المشرع الجزائري نص المادة 136 قانون مدني ،تعتبر البنك مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه أثناء تأدية وظيفته⁽²⁾ .

فالخطأ التقصيري هو خطأ ناشئا عن إخلال البنك بواجب الحيطة و الحذر في تعامله مع الغير، أو في إهماله أو في تقصيره في الواجبات القانونية الخاصة ، مثل : واجب الاستعلام و التحري، واجب الإعلام و تقديم المعلومات ، واجب الحرص و اليقظة³.

كما يعتبر خطأ البنك خطأ تقصيريا عندما يكون العقد الذي يربط العميل بالبنك باطلا، ويكون هناك ضرر أصاب العميل ، أو عندما يكون هناك عقد قابل للبطلان قد تقرر بطلانه، فيحق للعميل في هذه الحالة الرجوع على البنك بالتعويض عن الضرر الذي لحقه لا على أساس الخطأ العقدي لأن العقد قد تقرر بطلانه ، و إنما على أساس الخطأ التقصيري، وعلى البنك أن يثبت خطأ العميل أو إنتفاء الضرر حتى يعفى من المسؤولية التقصيرية .

و هكذا يتحقق خطأ البنك التقصيري عندما يكون الضرر الذي أصاب الغير ناشئا عن خطأ البنك أو خطأ أحد تابعيه، وتترتب على هذا الخطأ مسؤولية تقصيرية، تخضع هذه المسؤولية

1) 1Jean stoufflet et chirstian Gavalda : Droit bancaire : opic p 97 .

2) Jean stoufflet et chirstian Gavalda :la responsabilité professionnel du banquier , paris 1978 – p 57- 212.

(3) براهيمى بديعة ، مرجع سابق ، ص 50.

للقواعد العامة للمسؤولية من ضرورة توافر الأركان الأساسية للمسؤولية : من خطأ و ضرر وعلاقة سببيه بينهما، وخطأ البنك في هذه الحالة هو الإخلال بواجب يفرضه القانون أو العادات المهنية¹.

المبحث الثاني: ركني الضرر و العلاقة السببية في المسؤولية

المدنية للبنك:

الضرر هو الأذى الذي يصيب الإنسان في حق من حقوقه أو مصلحة من مصالحه يستوي أن تكون مالية أو أدبية فالضرر نوعان ضرر مادي أي يصيب المضرور في جسمه أو في ماله و الضرر الأدبي يصيب الشخص في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو أي معنى أدبي يحرص عليه الإنسان.

و تحقق الضرر أمر ضروري بالنسبة للمسؤولية المدنية للبنك حيث أن إنتفاء الضرر يعني انعدام المصلحة في دعوى التعويض و القاعدة أنه لا دعوى دون مصلحة كما أن تقدير التعويض يتوقف على مقدار الضرر الذي يلحق بالشخص.

و الضرر واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات و منها البينة و القرائن و يقع عبء الإثبات على الشخص الذي يدعي إصابته بالضرر.

بالإضافة إلى الخطأ و تحقق الضرر ينبغي أيضا على المدعي إثبات علاقة السببية بين ذلك الخطأ و الضرر، بحيث أن إنتقائها يرفع المسؤولية عن المخطئ.

و لمحكمة الموضوع سلطة تقدير توافر السببية بين الخطأ و الضرر ولا تخضع لرقابة المحكمة العليا ما دام تقديرها سليما، و يشترط أن تكون رابطة السببية مباشرة وألا يتحقق سبب أجنبي يعدم رابطة السببية ، و عليه سنعالج هذا المبحث من خلال المطلبين التاليين :

المطلب الأول: ركن الضرر في المسؤولية المدنية للبنك.

المطلب الثاني: ركن العلاقة السببية في المسؤولية المدنية للبنك.

(1) براهيمى بديعة ، مرجع سابق ، ص 51.

المطلب الأول : ركن الضرر في المسؤولية المدنية للبنك :

سنتطرق في هذا المطلب إلى دراسة الفرعين التاليين :

الفرع الأول : مفهوم الضرر بوجه عام .

الفرع الثاني : خصائص الضرر في المسؤولية المدنية للبنك.

الفرع الأول : مفهوم الضرر بوجه عام :

نظم المشرع الجزائري النصوص المتعلقة بالتعويض ضمن المواد التي تتناول الضرر سواء في إطار المسؤولية العقدية أو التقصيرية من نص المادة 176 إلى المادة 187 من التقنين المدني المعدل والمتمم ، كون التعويض هو المقابل المادي للضرر. وهذا الركن من أركان المسؤولية المدنية يكتسي أهمية كبيرة .

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

وعرفه فقهاء القانون أنه: "إخلال بمصلحة مشروعة، و هو مناط التعويض"⁽¹⁾. وهناك من عرفه أنه: "الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له، سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسمه أو عاطفته أو بماله أو شرفه أو غير ذلك"⁽²⁾. فوقع الضرر واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق⁽³⁾، إذن فالضرر نوعان إما مادي أو معنوي.

*أما الضرر المادي هو الذي يمكن تقويمه بالنقد، يصيب الشخص في ذمته المالية، يصيب المضرور بانتقاص حقوقه المالية، أو تقويت مصلحة مشروعة تسبب خسارة مادية له⁽⁴⁾.

*أما الضرر المعنوي فلم ينص المشرع الجزائري سابقا صراحة على التعويض عليه، بل كان يقضي بنص المادة 03 في فقرتها الرابعة من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري:

(1) محمود جلال حمزة، مرجع سابق، ص 97.

(2) فيلالي علي، مرجع سابق، ص 244.

(3) السنهوري عبد الرزاق ، مرجع سابق ، ص 980.

(4) محمود جلال حمزة، مرجع سابق، ص 98.

"تقبل دعوى المسؤولية المدنية عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو جثمانية أو أدبية ناجمة عن الوقائع موضوع الدعوى الجزائية."⁽¹⁾، حيث أقر المشرع الجزائري أن التعويض يقبل عن كافة أوجه الضرر المادي والأدبي في الدعوى المدنية بالتبعية، فكان على إثرها يقضي بالتعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية.

لكنه نص عليه صراحة في قانون العمل، حيث تناول التعويض عن الضرر المعنوي في نص المادة 8 من قانون العمل الجزائري الصادر في سنة 1978² والتي مفادها : "يضمن القانون حماية العامل أثناء ممارسة عمله كل أشكال الإهانة والقذف والتهديد والضغط أو محاولة حمله على التشيع والتبعية".⁽³⁾

ولكن بعد صدور القانون رقم (05-10) المؤرخ في 20 يونيو 2005 المتضمن القانون المدني وضع المشرع نص صريح يتعلق بالتعويض عن الضرر المعنوي في نص المادة 182 مكرر من التقنين المدني الجزائري والتي جاء فيها: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة"⁽⁴⁾.

لم يفرق القانون المدني و لا القضاء بين الضرر و الخسائر (Dommage et Préjudice) لتحديد أي منهما تعتبر من أركان المسؤولية و أغلبية الفقه يعتبرهما مرادفين.⁽⁵⁾

غير أن هناك اتجاه فقهي⁽⁶⁾ ينادي بضرورة التفرقة بين المصطلحين، و يرجعون في ذلك إلى الأصل التاريخي للمصطلحين، حيث أنه في القانون الروماني فإن مصطلح (DAMNUM) في قانون أكيليا الذي هو المساس بالشيء ملك للغير دون البحث فيما إذا كان هذا المساس يحدث ضررا أو لا بالمالك أما مصطلح (Præjudicium) فكان خاصا بالضرر الجسماني حيث كان يعتبر نتيجة مالية أو غير مالية للضرر و هو محل التعويض.⁽⁷⁾

هذه التفرقة المفتوحة من قبل الفقه و الغير المنازع فيها لم يأخذها لا المشرع و لا القضاء بعين الاعتبار لذا فأنشاء دراستي لهذا الركن فإنني سأقوم بالمزج بينهما.

(1) الأمر رقم (69-73) المؤرخ في 16 سبتمبر 1969 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

(2) خليلي سهام ، مرجع سابق، ص 86 .

(3) المرجع السابق، نفس الصفحة .

(4) قانون رقم (05-10) المؤرخ في 20 يونيو، المتضمن القانون المدني الجزائري، 2005.

(5) H et L. Mazeaud, Traité de la responsabilité civile, t1, Montchrestien, 6^oème édition ,n° 208 et suivant.

(6) Ph. Le tourneau, op.cit, N° 1305 et 1309, p. 408 et s.

(7) G.Viney et P. Jourdain, op.cit, p. 3 et s.

إن الضرر يعتبر ركنا أساسيا في المسؤولية التقصيرية، إذ بدونه لا يتصور وجود التزام بالتعويض، والضرر وفق تعريف الفقه⁽¹⁾ هو "المساس بحق من حقوق الإنسان أو بمصلحة مشروعة له".

و يجب تبعا لهذا التعريف أن أستظهر التفرقة بين الحق المعتدى عليه و بين المصلحة المعتدى عليها، لأن مجرد الأذى بمصلحة الإنسان متى كانت مشروعة، يكفي للمطالبة بالتعويض و لم تصل هذه المصلحة إلى حد اعتبارها حقا خالصا له.

فمثلا لو أن شخصين قريبين، كان أحدهما ينفق على الآخر، فقتل القريب المنفق من قبل شخص آخر، فيجوز للشخص القريب الذي كان يستفيد من النفقة أن يطالب قاتل قريبه بالتعويض باعتبار أن هذا الأخير قد مس بمصلحته المشروعة ولو أنه لم يكن له على القريب المتوفي حق النفقة عليه.

و عنصر الضرر عنصر أساسي لقيام المسؤولية التقصيرية و إمكان المطالبة بالتعويض لأن المدعي في المسؤولية لا تكون له مصلحة في الدعوى إلا إذا كان قد أصابه الضرر. و بناءا على ذلك فإن المدعي في المسؤولية التقصيرية يجب عليه بداية أن يثبت الضرر قبل أن يثبت الخطأ و العلاقة السببية. و ما يمكن ملاحظته أن عنصر الضرر لم يفقد قيمته النظرية و العملية في ظل النظريات التي قبلت في أساس المسؤولية المدنية فسواء نظرنا إلى النظريات الشخصية التقليدية أو إلى النظريات الموضوعية فإنّ عنصر الضرر احتفظ بمكانته من بين الشروط اللازمة لقيام المسؤولية، زد على ذلك أن النظر في قيام المسؤولية المدنية سواء في ظل النظرية الشخصية أو في ظل النظريات المادية أو الموضوعية يستدعي البدء في إثبات عنصر الضرر و ذلك بكافة طرق الإثبات باعتباره واقعة مادية.⁽²⁾

الفرع الثاني : خصائص الضرر في المسؤولية المدنية للبنك :

أولا: ضرر المدين من عقد الخدمة المصرفية:

لقيام المسؤولية العقدية يجب أن يترتب على الخطأ ضرر يصيب الدائن من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه، ويقع عبئ إثبات الضرر على الدائن لأنه المدعي و لكي تقوم مسؤولية المدين يجب أن يكون الضرر مباشرا و متوقعا و يستوي أن يكون الضرر ماديا أو أدبيا، حاضرا أو

(1) السعدي محمد صبري ، المرجع السابق، ص 75.

(2) زهدور السهلي، مرجع سابق، ص 109 .

مستقبلاً، مادام أنه ضرر محقق غير احتمالي فلا تعويض في المسؤولية العقدية إلاّ عن الضرر المتوقع.

الضرر المادي: هو الأكثر وقوعاً، يجب أن يكون واقعا حالا أو محقق الوقوع في المستقبل.⁽¹⁾
الضرر الأدبي: فيقع كثيرا في المسؤولية التقصيرية عنه في المسؤولية العقدية.

والأصل أن يتعاقد الشخص على شيء ذي قيمة مالية، ولكن قد تكون للمتعاقد مصلحة أدبية في تنفيذ العقد، فإذا أخل المدين بالتزامه و لحق الدائن من ذلك ضرر أدبي، على المدين في هذه الحالة تعويض المضرور، لأن التعويض عن الضرر الأدبي واجب في المسؤولية العقدية كما هو واجب في المسؤولية التقصيرية ، أما الضرر غير المباشر فلا يعرض عنه أصلا في المسؤولية العقدية و لا في المسؤولية التقصيرية.

فالمضرور يهدف إلى الحصول على تعويض ما لحقه من ضرر و هو قد يطلب تعويضا عينيا يتمثل في رفع الضرر و إعادة الحال إلى مكان عليه أي طلب التنفيذ العيني⁽²⁾، كما يستطيع البنك نفي الضرر ، إذا أثبت أن الدائن يتمتع بتأمينات تكفل له إقتضاء حقه كاملا مما ينفي الضرر، أو إذا أثبت أن الضرر كان نتيجة خطأ العميل.

ففي عقد فتح الاعتماد مثلا يمكن للبنك أن ينفي المسؤولية عن نفسه إذا أثبت أنه كان ضحية غش أو تدليس أو غلط، كما إذا قدم العميل للبنك ضمانات وهمية أو خدعه في حقيقة جداولي المشروع.³

إنّ تحقق الضرر اللاحق بالعمل هو المحرك الأساسي لإقامة مسؤولية البنك، حيث يشكل التعويض عن الضرر الهدف من سعي الأول إلى ترتيب مسؤولية الأخير .

وإذا كانت طريقة المطالبة بالتعويض تخضع للأحكام العامة لإقامة دعوى المسؤولية، فإنّ المشرع اللبناني قد نظم تقدير التعويض ضمن ذات المواد التي تناول فيها مظاهر الضرر سواء في إطار المسؤولية العقدية أو تلك التقصيرية ، كون التعويض هو المقابل المادي للضرر .

ثانيا: خصائص الضرر:

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

(1) العمروسي أنور، مرجع سابق ، ص 309.

(2) الشواربي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 576.

(3) براهيمى بدیعة ، مرجع سابق، ص 42 .

01)الضرر الحال : هو ذلك الضرر الذي يكون قد تحقق فعلا بأن تقوم به المسؤولية⁽¹⁾، يشترط فيه سواء كان ماديا أو أدبيا أن يكون محققا، بحيث يكون قد وقع فعلا. فإذا تضرر العميل من تعسف البنك في ممارسة حقه في تحريك معدلات الفوائد، بحيث قام بزيادتها بصورة غير مبررة، يكون الضرر الناتج-المتمثل في زيادة الأعباء المادية على العميل- هو ضرر حال وأكد يكفي لإثباته من قبل العميل لترتيب مسؤولية البنك⁽²⁾.

02)الضرر المستقبل: هو "الضرر الذي قامت أسبابه ولكن تراخت نتائجه كلها أو بعضها إلى المستقبل، فهو الضرر الكامن بالقوة في الفعل الضار والذي يحمل في ذاته كافة مقومات تحققه بحيث يشكل امتدادا فعليا للوضع القائم مما يتيح تقديره بصورة مباشرة"⁽³⁾. وهو الضرر الذي يجب أن يكون محقق الوقوع⁽⁴⁾، إذ لا يكفي أن يكون محتملا فقط بل لا بد من التأكد من تحقق وقوعه. ويكون كذلك إذا كان تقدير القضاء له سهلا ميسورا، لأن هذا الأمر يثير إشكالا في إمكانية حدوث الضرر المستقبلي. لذا فإذا كان يمكن تقديره في الحال جاز للعميل المطالبة به فوراً، عند تعذر ذلك فإن القاضي الموضوع يحكم بالتعويض عما وقع من ضرر، ويحتفظ للعميل بالحق في أن يرجع بعد ذلك بالتعويض عند استفحال الضرر في المستقبل⁽⁵⁾.

ثالثا:مظاهر الضرر المصرفي:

حسبما جاء في نص المادة 182 في فقرتها الأولى: "...ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب،... "نستنتج أن هذه المادة تخاطب الضرر المادي الذي ينتج من جراء خطأ البنك هو ما يلحق الدائن من خسارة أو الربح الفائت وما فاتته من كسب أو تقويت فرصة الكسب. أما الضرر المعنوي فإنه لا يتحلل إلى هذين العنصرين، وإنما يعتبر عنصرا قائما بذاته، كما أن التعويض عنه لا يؤدي إلى محو الضرر بالكامل وإنما يساهم إلى حد ما في التخفيف من حدته⁽⁶⁾.

(1) عمر مستقاوي لبنى ، مرجع سابق، ص 268.

(2) المرجع السابق ، ص 268.

(3) محمود جلال حمزة ، مرجع سابق ، ص 99.

(4) السنهوري عبد الرزاق ، مرجع سابق، ص 984.

(5) بلحاج العربي ، مرجع سابق، ص 287.

(6) سهام خليلي ، مرجع سابق، ص 88.

01) الربح الفائت :

ونعني بها الكسب الفائت، والذي يتحدد بالربح الذي ضاع على الدائن عند استغلاله للشيء⁽¹⁾. ويكون البنك بالتالي مسؤولاً، وملزماً بالتعويض عن الضرر المتمثل بالخسارة الحالة -الربح الفائت- مع الأخذ بعين الاعتبار توزيع المسؤولية بين البنك والعميل، إذا كان هذا الأخير عميلاً مهنيًا وبالتالي يمكنه على الأقل السعي جاهداً للحفاظ على مصالحه لدرايته بالعمل المصرفي ومخاطره⁽²⁾.

*ومن تطبيقاته حصول العميل على تسهيلات مالية لتنفيذ مشروع محدد، وأسدى له النصيحة بالاستفادة من التسهيلات بالعملة الوطنية، بالرغم من توافر معطيات لديه تنبئ بانخفاض قيمة العملة في المستقبل القريب وفي المقابل ارتفاع معدلات الفوائد أو امتنع عن إعلامه بها ولم يسدّي له النصيحة بالعدول على الحصول على تسهيلات بالعملة الوطنية أي أنه أسدى له معلومة مغلوطة أو امتنع عن تقديمها⁽³⁾.

02) تفويت الفرصة:

قد تفوت الفرصة على الشخص من جراء خطأ شخص آخر، كإهمال إخطار لكن الأمر يقتصر فقط على مجرد ضياع فرصة الكسب. بالرغم من أنها قد لا تتحقق فإخلال بهذا الحق يعد ضرراً وإن كانت نتيجة مباشرته احتمالية ويشترط أن يكون أمل المضرور في الحصول على الكسب مبرراً، قائماً على أسباب مقبولة من شأنها ترجيح كسب فوّته عليه العمل غير المشروع⁽⁴⁾.

إذ يثير الاعتداد بهذا الأمر كضرر أم لا، يستحق التعويض عليه إشكالية كونه يخرج عن دائرة الضرر الأكيد والمحقق الوقوع⁽⁵⁾ بسبب الخلط بينه وبين الضرر المحتمل باعتباره الضرر الذي لا هو قد تحقق فعلاً، ولا هو محقق الوقوع في المستقبل، فهو ضرر مستقبلي لكن لا يوجد ما يؤكد وقوعه، وبالتالي لا تقوم به المسؤولية⁽⁶⁾.

(1) أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص288.

(2) عمر مستقاوي لبنى ، مرجع سابق، ص272.

(3) المرجع السابق، ص272.

(4) أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، نفس المرجع السابق، ص180.

(5) عمر مستقاوي لبنى ، نفس المرجع السابق ، 273.

(6) محمود جلال حمزة ، مرجع سابق ، ص101.

ولا يتم التعويض عنه بسبب صعوبة توقعه (1). وبذلك يكون تقدير القاضي للتعويض -لاعتباره ضرراً أو لا- على أساس تفويت الفرصة لا على أساس نتيجة هذه الفرصة، إذ يراعي فيه مدى قوة أو ضعف تحقق النتيجة الاحتمالية (2)، فهو أمر تتسع فيه سلطة القاضي التقديرية حيث استقر القضاء الفرنسي و المصري على اعتبار تفويت الفرصة في حد ذاته ضرراً محققاً وليس احتمالياً، على أساس أن الضرر كان له الحق في استخدام الفرصة المتاحة له (3).

* ومن تطبيقاته حالة امتناع البنك عن وضع تسهيلات تحت تصرف العميل مما يلحق ضرر يتمثل في تفويت فرصة تنفيذ المشروع الذي يسعى إلى تمويله بواسطة التسهيلات المتفق عليها (4).

المطلب الثاني : ركن العلاقة السببية في المسؤولية المدنية للبنك:

يعتبر هذا الركن حجر الأساس لتحميل المسؤولية المدنية للبنك بغض النظر عن طبيعتها ، فسنتناول في هذا المطلب مقتضيات إقامة هذه العلاقة وكذلك إنتقائها فيمايلي :

الفرع الأول : مقتضيات إقامة العلاقة السببية بين خطأ البنك والضرر .

الفرع الثاني : إنتفاء علاقة السببية بين خطأ البنك والضرر اللاحق بالعميل .

الفرع الأول : مقتضيات إقامة العلاقة السببية بين خطأ البنك والضرر :

أولاً: إثبات العلاقة السببية نظريات العلاقة السببية

المثال الشائع لدى الفقه في بيان علاقة السببية بين الخطأ و الضرر هو أن يضع شخص سمّاً لآخر في طعامه، و قبل أن ينتج السمّ أثره يتدخل شخص ثالث و يطلق رصاصة قاتلة على الشخص المسموم فيموت على إثر تلك الطلقة، فخطأ الشخص واضع السمّ موجود و الضرر موجود و هو وفاة الشخص المسموم، ولكن رابطة السببية بين الخطأ المتمثل في وضع السمّ و الضرر المتمثل في وفاة الشخص المسموم منعدمة، لأن الوفاة لم تنتج عن استهلاك السمّ و إنما نتجت عن إطلاق الرصاصة التي أدت إلى الوفاة.

(1) بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 289.

(2) السعدي محمد صبري ، مرجع سابق ، ص 80.

(3) سهام خليلي، مرجع سابق، ص 89 .

(4) عمر مستقاوي لبنى ، مرجع سابق، ص 274 .

وقد نصّ المشرع الجزائري على علاقة السببية في المادّة 124⁽¹⁾ حيث قال : " كلّ فعل أيا كان يرتكبه الشّخص بخطئه و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض". وعلاقة السببية تعتبر ركنا في المسؤولية التقصيرية، يقع عبء إثباتها على المدّعي المضرور بجميع طرق الإثبات لكونها تستخلص من وقائع ماديّة. و قد يحدث أن تتدخل عدة أسباب في إحداث الضّرر، أو بعبارة أخرى قد تتعدّد الأخطاء و تؤدّي إلى حصول الضّرر. فأى خطأ يعتدّ به لإقامة العلاقة السببية بينه و بين الضّرر الذي حصل، فهل تؤخذ كلّ الأخطاء بعين الاعتبار أم يؤخذ بعضها فقط أم أقواها؟².

يترتب على كون الرابطة السببية ركنا مستقلا قائما بذاته في إطار المسؤولية، ضرورة إثبات وجود هذه الصلة استقلا لا عن الخطأ والضرر.

فالمتضرر لا يكفي أن يثبت خطأ الطرف الآخر، بل عليه أن يثبت وجود صلة سببية مباشرة بين الخطأ والضرر، ذلك أن الخطأ يمكن أن يظهر ضمن مقدمات الضرر دون أن يكون مسببا له. وعبء الإثبات هذا يقع على المتضرر، حيث يتوجب عليه تقديم كافة العناصر التي تجعل ادعاءه واقعا.

ويتم إثبات الرابطة السببية بجميع وسائل الإثبات ومن بينها القرائن التي يجب أن تكون واضحة ودقيقة ومتوافقة دون أن يتعلق الأمر بمجرد احتمالات.

فالعميل ملزم بإثبات صلة السببية المباشرة بين الخطأ والضرر، ويتم ذلك بجميع وسائل الإثبات، ومن بينها القرائن التي يجب أن تكون واضحة خالية من عنصر الاحتمال⁽³⁾، لأنه من حيث المبدأ، تكون رابطة السببية واجبة للإثبات فلا يعفى العميل من إقامة الدليل على وجودها، إلا في الحالات التي يضع فيها القانون قرينة السببية لمصلحته. كما في حالات المسؤولية المفترضة قانونا كمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه التي لا يجوز دفعها إلا بنفي مسؤولية تابعه بإقامة الدليل على وجود السبب الأجنبي⁽⁴⁾، ومسؤولية حارس الأشياء الجامدة، التي لا يجوز دفعها إلا بإثبات السبب الأجنبي⁽⁵⁾. وتلك العقدية إذا كانت طبيعة الالتزام هو تحقيق نتيجة لأن

(1) القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم .

(2) بختاوي سعاد ، مرجع سابق ، ص 56.

(3) مستقاوي عمر لبنى ، مرجع سابق، ص 289.

(4) السعدي محمد صبري ، مرجع سابق، ص 209.

(5) مرقص سليمان ، مرجع سابق، ص 474.

القرينة هنا هي العقد المبرم بين البنك وعميله واضحة⁽¹⁾، فنقوم المسؤولية في هذه الحالة بمجرد عدم حصول النتيجة المتعهد بها من قبل البنك⁽²⁾ فإذا كان محل الالتزام فيها هو القيام بعمل أو إعطاء شيء معين، فعلى العميل إثبات قيام الالتزام بإثبات وجود العقد. أما في حالة الامتناع عن القيام بعمل فانه يجب على العميل إقامة الدليل على وقوع الفعل الذي تعهد البنك بالامتناع عنه⁽³⁾. بإستثناء هذه الحالات فإنه يصعب على العميل إثبات علاقة السببية في الالتزام ببذل عناية⁽⁴⁾.

إن قواعد الإثبات في المادة التجارية يسيرة لا تتسم بأي تعقيد فالمشعر الجزائري التجاري أطلق فيها الإثبات وحرره من أي تعقيد أو قيد، حسب المادة 30 من القانون التجاري الجزائري: "أنه يجوز لأي شخص أن يثبت تصرفه التجاري إما بسند عرفي أو بفاتورة مقبولة أو بأية وسيلة أخرى إذ رأت المحكمة وجوب قبولها، وذلك إيماناً من المشرع بأن الحياة التجارية تقوم على دعائمي السرعة و الإئتمان، فالتاجر من أجل تشغيل مشاريعه التجارية يبرم الكثير من العقود و الصفقات مع متعامليه ، مما يجعل من الصعوبة عليه بمكان أن يحرر سلفاً محررات كتابية عن الصفقات التي يبرمها"⁽⁵⁾

فنجذ حكم صادر عن محكمة أم البواقي في 12/09/1995، إعتبر أن الدين المطالب به ثابت بموجب سندات كتابية، وهي الشيكات المستظهر بها، إعتبر أن الشيكات التي استظهرت بها المؤسسة المدعية هي عبارة عن سند كتابي مقبول لإثبات علاقة المديونية.⁽⁶⁾

ثانيا : تقدير الرابطة السببية:

لم يخصص المشرع الجزائري نصا خاصا في القانون المدني يتعلق بعلاقة السببية، بل جاءت الإشارة إليها صراحة حيناً وضمناً أحيانا أخرى في مواد متفرقة من هذا القانون⁷، لكنه أقرها في

(1) مستقاوي عمر لبنى ، مرجع سابق ، ص289.

(2) فيلاللي علي ، مرجع سابق ، ص281.

(3) عبد الفتاح سليمان ، مرجع سابق، ص50.

(4) العمروسي أنور ، مرجع سابق، ص51.

(5) حمدي باشا: القضاء التجاري " دراسة تطبيقية من زاوية التشريع، التعليق على قرارات المحكمة العليا"، دار العلوم للنشر و

التوزيع ، 2000، ص26.

(6) المرجع السابق ، ص28 .

(7) سهام خليلي ، مرجع سابق ، ص 90 .

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

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

والنظريات الفقهية التي تناولت أمر اعتماد معيارا محددا لتقدير رابطة السببية للاعتداد بها لإقامة المسؤولية المدنية للبنك، سنتناولهما من خلال النقاط التالية:

(1) مستقاي عمر لبنى ، مرجع سابق، ص 289.

(2) السعدي محمد صبري ، مرجع سابق ، ص 209.

(3) مرقص سليمان ، مرجع سابق، ص 474.

(4) لبنى مستقاي، مرجع سابق ، ص 289.

(5) فيلالي علي ، مرجع سابق، ص 281.

(6) عبد الفتاح سليمان، مرجع سابق، ص 50.

(7) العمروسي أنور ، مرجع سابق، ص 51.

01) نظرية تعادل الأسباب: (L'équivalence des conditions)

تأخذ هذه النظرية بعين الاعتبار كل سبب ساهم في إحداث الضرر حتى ولو كان بعيدا ، نادى بها الفقيه الألماني "Vonburi" مقتضاها أن "يسهم الفعل في إحداث الضرر ويعتبر سببا في حدوثه حتى وإن تعددت الأسباب فكلها تدخل وتتعاقد في إحداث الضرر"⁽¹⁾، ومنه فالسبب ما هو إلا: "مجموع القوى التي ساهمت في إحداث الظاهرة، وما هو إلا علاقة ضرورية بين الخطأ وأثره".⁽²⁾

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

انتقدت هذه النظرية لعدم جدواها لأنه لا بد من التمييز بين الأسباب التي تدخل فعلا في إحداث الضرر المباشر وبين غيرها إذ قد يحدث أن تكون هناك أسباب ولكنها لا ترقى لإحداث أي أثر سلبي في العلاقة بنك-عميل.⁽³⁾

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

02) نظرية السبب المنتج: la causalité adéquate

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

السبب المنتج، هو ذلك السبب الذي يكون النتيجة المنطقية لإحداث الضرر للعميل، كما جاء في نص المادة 182 من التقنين المدني الجزائري السابق ذكرها في فقرتها الأولى: "...ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به..." أن المشرع الجزائري يعتد بالخطأ الذي

(1) محفوظ لعشب، مرجع سابق ، ص 233.

(2) السعدي محمد صبري ، مرجع سابق، ص 96.

(3) فيلالي علي ، مرجع سابق، ص 274.

(4) مستقوي عمر لبنى ، مرجع سابق، ص 292.

(5) السعدي محمد صبري ، نفس المرجع السابق ، ص 98.

يكون النتيجة الطبيعية والذي نتج عنه الضرر مباشرة، أي بسببه لم يتحقق الوفاء بالالتزام أو تأخر عن الوفاء به. بمعنى أن تكون السببية بين الخطاء والضرر الواجب التعويض محققة " certaine ومباشرة directe" ⁽¹⁾. لذلك فإذا اشتركت عدة أسباب في أحداث الضرر فالأكيد أنها ليست جميعها متساوية، لذا يجب التمييز من التعويض: بين الأسباب العارضة وبين الأسباب المنتجة، فالأولى تستبعد من إحداث الضرر أما الثانية فيعتد بها.

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

ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه، في بذل جهد معقول ⁽²⁾ نلاحظ من خلال نص هذه المادة أن المشرع الجزائري يأخذ بنظرية السبب المنتج للضرر المباشر الذي هو النتيجة الطبيعية للخطأ الذي أحدثه. لذلك نجحت هذه النظرية في حمل الفقه والقضاء على الأخذ بها وتم هجر نظرية تكافؤ الأسباب ⁽³⁾.

ونجد أيضا أنه بالرجوع لنص المادة 182 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية السابق ذكرها التي جاء فيها: "غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيم إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد." لكن ما نلاحظه أيضا أن المشرع الجزائري لفظ "الالتزام" بقوله: "غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد..."، محددًا أن مصدر الالتزام المخصوص بالذكر في هذه الفقرة هو العقد المبرم بين الدائن (العميل) والمدين (البنك)، فهنا المشرع الجزائري ذكر لفظ الالتزام بالمعنى الحرفي للفظ ألا وهو واجب قانوني أو رابطة قانونية أتبعها بمصدرها، وهو العقد.

(1) مرقص سليمان ، مرجع سابق ، ص 456.

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

(3) السعدي محمد صبري ، مرجع سابق ، ص 98 .

لكن عبارة : "غير أنه " هنا تفيد أن المشرع قد تطرق إلى المسئوليتين العقدية و التقصيرية في الفقرة الأولى من نص المادة 182 من القانون المدني الجزائري السابق ذكرها¹، لكنه أخص الحديث في الفقرة الثانية بعد ذكره عبارة: "غير أن" السابق ذكرها أعلاه بالتطرق فقط إلى نوع واحد من المسؤولية ألا وهي المسؤولية العقدية.

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

وبإعدام الصلة المباشرة بين خطأ البنك و الضرر الذي لحق بالعمل فلا يعوض أصلا عن هذا النوع من الضرر سواء في المسؤولية العقدية أو التقصيرية، إذ لا يعوض إلا عن الضرر المباشر (3).

الفرع الثاني : إنتفاء علاقة السببية بين خطأ البنك والضرر اللاحق بالعمل:

أولا: انقطاع العلاقة السببية بسبب القوة القاهرة :

01) تعريف القوة القاهرة ونطاق تطبيقها القانوني:

تعرف القوة القاهرة بالحدث الذي ليس بالإمكان توقعه أو ترقبه ولا يستطيع دفعه أو تلاقيه والذي يحصل دون أن يكون للمدعى عليه يد فيه فيكون مصدره خارجا عنه.

وتعريف القوة القاهرة يقرن عادة بأمثلة كالحرب والكوارث الطبيعية وهذه الأمثلة وإن كانت في حالات كثيرة تشكل قوة القاهرة، إلا أن الأمر ليس كذلك دائما فالحقيقة أن الأمر لا يتعلق بطبيعة الحدث بل بالبحث فيما إذا كان الحدث هو السبب الحقيقي للضرر أي إذا كان قد سيطر فعلا على المدين وأدى إلى منعه من تنفيذ موجباته، فالأمر يتعلق بالظروف ويختلف وفقا لها حيث

(1) خليلي سهام ، مرجع سابق ، ص 93.

(2) لعشب محفوظ ، مرجع سابق، ص 233.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهاوري ، مرجع سابق ، 1982، ص 1105.

أن حدثاً طارئاً يمكن أن يشكل قوة قاهرة لشخص معين في ظروف معينة ولا يكون كذلك بالنسبة لشخص آخر.

فالقوة القاهرة كما يمكن أن تنشأ عن ظروف طبيعية أو حربية يمكن أن تنشأ عن فعل الأمير المتمثل بالتصرفات الصادرة عن السلطات والتي تشكل عائقاً مطلقاً وغير قابل للدفع أمام تنفيذ الموجب الإلزامي أو القانوني وهي كذلك يمكن أن تنشأ عن فعل الغير، حيث أن المشرع اللبناني لم يلاحظ هذا السبب بصورة مستقلة كسبب معفى من المسؤولية مما يعني أنه أنزل فعل الغير الذي يستجمع خصائص القوة القاهرة منزلة هذه القوة .

وفي إطار المسؤولية المصرفية، وكما هي الحال بالنسبة لعدم إمكانية التوقع، وبما أن البنك يمتلك نتيجة تمايز موقعه الاقتصادي والمهني وسائل متعددة قد تتيح له دفع الحدث بما لا يتاح لغيره، فإن معيار المقارنة لتقدير استحالة الدفع، هو نموذج المصرفي الموجود في ذات الظروف على ضوء الوسائل التي يمتلكها أو يفترض به امتلاكها بحيث لا يعتبر حادثاً غير ممكن الدفع إلا ذلك الذي لا يمكن للنموذج المذكور أن يدفعه في ذات الظروف.

إن ما تقدم يشكل العناصر الواجب توافرها في الحدث كي يأخذ صفة القوة القاهرة القاطعة لرابطة السببية والممانعة لمسؤولية البنك، حيث يقع على عاتق هذا الأخير طبقاً للإحكام العامة عبء إثبات تحقق القوة القاهرة وتوافر كل خصائصها من أجل إعفائه من المسؤولية¹.

ويترتب على تحقق القوة القاهرة وثبوتها إعفاء مرتكب الخطأ من المسؤولية بشكل كلي، علماً أن المادة 343 موجبات وعقود تلحظ إمكانية الإعفاء الجزئي من المسؤولية نتيجة القوة القاهرة في الإطار العقدي حيث تعتبر أن ذمة المدينون في هذه الحالة لا تبرأ إلا بقدر استحالة التنفيذ.

ثانياً: انقطاع العلاقة السببية بأسباب أخرى :

01) بسبب خطأ العميل أو بسبب خطأ الغير :

أ) بسبب خطأ العميل :

قد يحدث أن يتسبب العميل في الخطأ وليس البنك كما جاء في نص المادة 127 من التقنين المدني الجزائري السابق ذكرها، شرط أن يكون خطأه غير متوقع وغير ممكن الدفع⁽²⁾.

(1) عمر مستقاي لبنى ، مرجع سابق ، ص 305 .

(2) فيلالي علي ، مرجع سابق، ص 290.

وهو خطأ لا يفترض بل يجب على البنك إثباته، ولا يشترط فيه مواصفات خاصة، لخضوعه للأحكام العامة فقد ينتج عن إهمال أو قلة احتراز ،مع الأخذ بعين الاعتبار صفة العميل؛ لأنه إذا كان عميلاً ممتنعاً فلا بد لهذه الصفة أن تؤثر في تقدير التصرف الخاطئ الذي أتاها (1). والمعيار في تقدير خطأ العميل معيار موضوعي، ينظر إليه قياساً على مسلك الرجل العادي الحريص المتيقظ (2).

ولكن هذا الخطأ قد يكون خطأ ينسب لفعل العميل نفسه، وقد يكون ناتجاً عن مزيج من خطأ العميل والبنك لاعتباره سبباً من أسباب الإعفاء الكلي أو الجزئي من المسؤولية. وهنا تثور إشكالية كبيرة في تحديد السبب المنتج فعلاً للضرر المستحق للتعويض، ونصبح أمام أمرين: أولاً: الاستغراق، إذ يكون الخطأ مستغرقاً إذا حدث أحد الخطأين كنتيجة للخطأ الآخر فإذا كان خطأ العميل نتيجة لخطأ البنك اعتبر الأخير مسؤولاً عنه مسؤولية كاملة، والعكس صحيح، بحيث تثور إشكالية أي الخطأين أشد جساماً من الآخر وإذا ما كان أحدهما عمدي والآخر غير عمدي (3).

ثانياً: إذا كان الخطأ الذي يعفى من المسؤولية يقوم على أن أحد الخطأين غير مستقل عن الخطأ الآخر فإن الخطأ المشترك على العكس من ذلك يقوم على أن الخطأ مستقل، أي أن خطأ العميل وخطأ المسؤول (البنك) متمايزان عن بعضهما بحيث لم يستغرق خطأ أحدهما الخطأ الآخر وكلاهما يتحمل نتيجة الضرر (4). وبذلك يمكن للقاضي توزيع مقدار التعويض على الخطأ المشترك على المسؤولين بالتساوي إلا إذا أمكن تحديد جسامته كل خطأ، فالمضروور (العميل) الذي لم يبذل جهداً معقولاً في توقي الضرر يكون مخطئاً في حق نفسه ويسأل عن ذلك القسط من الضرر الذي يحدثه (5).

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

(1) عمر مستقاي لبنى ، مرجع سابق، ص 308.

(2) عبد الفتاح سليمان ، مرجع سابق، ص 62.

(3) خليلي سهام ، مرجع سابق ، ص 100.

(4) العمروسي أنور ، مرجع سابق ، ص 211.

(5) مرقص سليمان ، مرجع سابق، ص 469.

(6) عبد الفتاح سليمان ، مرجع سابق ، ص 63.

1-حالة علم المضرور بالمخاطر

2-حالة قبول المضرور المخاطر،أي الإضرار بنفسه.

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

ب) بسبب خطأ الغير:

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

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

فخطأ الغير يأخذ حكم القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، في نفي العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر لأن له نفس خصائصها بحيث يشترط أن يكون غير متوقع وغير ممكن الدفع⁽⁵⁾، إذ يقاس بالسلوك المألوف للرجل المعتاد. شرط أن يكون هذا الخطأ ذو شأن في إحداث الضرر⁽⁶⁾. لأن العبرة باستغراق خطأ الغير لخطأ البنك للاعتداد به كسبب أجنبي،للتعذر معه علاقة السببية بين الخطأ و الضرر⁽⁷⁾.

(1) عمر مستقاوي لبنى ، مرجع سابق، ص311.

(2) عبد الفتاح سليمان ، مرجع سابق، ص65.

(3) السعدي محمد صبري ،مرجع سابق، ص122.

(4) خليلي سهام ، مرجع سابق ، ص 101.

(5) فيلالي علي ، مرجع سابق، ص290.

(6) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص896.

(7) محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص123.

وأخيرا ليس من الضروري أن يكون الغير الذي يحتج البنك بخطئه لدفع مسؤوليته معروفا بذاته فإذا أثبت من بين الأسباب التي أدت إلى إلحاق الضرر بالعميل هو خطأ صدر من شخص ثالث، و لم يكن بالإمكان تحديد هذا الشخص يبقى مؤثرا في مسؤولية البنك إذا استغرق الخطأ الصادر عن البنك⁽¹⁾.

02) بسبب الإتفاق على إعفاء البنك من المسؤولية :

إن العقد المصرفي باعتباره وليد الإرادة الحرة، فهي التي تنشأ الالتزامات المتقابلة بينهما، فلها أن تعدل في شروط العقد أو تغير فيها ما تراه مناسبا لحدود العلاقة بين طرفيها، في الحدود التي يسمح بها القانون⁽²⁾ إلا ما استثنى منه بنص. أما في المسؤولية التقصيرية فلا يجوز الاتفاق على الإعفاء منها لتعلق قواعدها بالنظام العام⁽³⁾، لذلك سنرى ما هي هذه الحالات: **أولاً- الأصل أن الشروط التعاقدية بالنظر إلى الطبيعة الخاصة للعقد المصرفي لها من الأهمية الكبيرة في مجال النشاط المصرفي خاصة ما يتعلق منها بتحديد نطاق المسؤولية فيها عند قيامها. لكن هذه الشروط بطبيعة الحال تخضع إلى التطبيقات العملية والاستعمالات المهنية. فهي شروط يمكن أن تكون عادة من العادات المصرفية *les usages bancaires*، مدرجة في النظام القانوني الذي ينظم العمل المصرفي، كوقاية يلجأ إليها البنك و يستطيع التحجج بها، بحكم أنها عادة حتى في حالة عدم إدراجها في العقد، ما لم تتعارض مع نص أمر أو النظام العام المصرفي⁴.**

و كما جاء في نص المادة 178 من التقنين المدني الجزائري في فقرتها الثانية : "كذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشه، أو عن خطئه الجسيم... "⁽⁵⁾، انطلاقا من نص هذه المادة نرى أن الأمر جوازي أي أن المشرع الجزائري أجاز اتفاق العميل والبنك على إعفاء هذا الأخير من المسؤولية، و هذا يبين لنا أن الإرادة حرة في ما ترتضيه من شروط عقدية سواء كان ذلك أثناء إبرام العقد أو إدراجها

(1) سهام خليلي، مرجع سابق، ص 101 .

(2) السنهاوري عبد الرزاق ، مرجع سابق، ص 673.

(3) عبد الفتاح سليمان، مرجع سابق، ص 40.

(4) خليلي سهام ، مرجع سابق، ص 102.

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

في اتفاق لاحق عن ذلك بإعفاء البنك نهائيا أو بالتخفيف من حدود المسؤولية⁽¹⁾. لذلك تسعى البنوك جاهدة إلى تقادي المخاطبة الكتابية مع عملائها قدر الإمكان حتى لا تشكل دليلا ماديا ضدها؛ حيث يتجلى هذا الحذر في عدم تسجيل الدقة المطلوبة في العقد مع محاولتها إدراج شرط عدم تحمل المسؤولية في شروط العقد⁽²⁾، إذ يقع على البنك في هذه الحالة عبء إثبات قبول العميل شرط إعفائه من المسؤولية، وفي هذه الحالة لا يحق للعميل طلب إبطاله بحجة أنه شرط إذعان تعسفي⁽³⁾.

*ومن أمثلة ذلك في حالة الاعتماد المستندي "يعفى المصرف من المسؤولية في حالة بذله العناية المعقولة في جعل تعليمات العميل الأمر بعيدة عن الغموض، إذا ما زوده بمتطلبات فتح الاعتماد مراعيًا بذلك الوضوح والبعد عن التناقض واللبس فيها ما أمكن، وكذا في حالة التحويل الإلكتروني للنقود⁴ :

- والشرط الذي ينص على أن: "البنك غير مسؤول في أي حال من الأحوال عن الانقطاع المؤقت للخدمة الناجم عن أحداث مستقلة عن إرادته مثل عطل أو قطع الأسلاك الاتصالات، أو الاضطرابات،..."

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

كما يمكنهما أيضا الاتفاق على التشديد فيها، ذلك بأن يتفق الطرفين على تحميل البنك المسؤولية عن السبب الأجنبي كما جاء في نص المادة 178 السابق ذكرها في فقرتها الأولى: "يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة". ولا يحد من نطاق الإرادة إلا ما تعلق منه بالطبيعة الفنية لتكوين العقد أو فكرة النظام العام⁽⁵⁾.

ذلك لأن التشديد في المسؤولية العقدية بتحمل المدين (البنك) عدم التقني، بل حتى لو كان يرجع إلى السبب الأجنبي، يجعل الاتفاق في العقد بمثابة نوعا من التأمين *assurance*، وعادة يكون ذلك مقابل الزيادة التي يتقاضاها المدين (البنك) في المقابل من العقد كما في حالة

(1) عبد الفتاح سليمان، مرجع سابق، ص75.

(2) لعشب محفوظ، مرجع سابق، ص111.

(3) الدناصوري عز الدين، الشواربي عبد الحميد، مرجع سابق، ص1687.

(4) محمد شريف غانم، مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الإلكتروني، بدون دار نشر، مصر، 2006، ص 61.

(5) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص282.

التأمين على الودائع⁽¹⁾. هذا الأمر قلما يحدث فالبنك دائما يراعي في أعماله مصالحه وما يخدمه، لكنه قد يثور في عقد التحويل المصرفي، و تأجير الخزائن الحديدية خاصة باعتبارها تقع في مبناه وتحت حراسته.

ثانيا- الاستثناء أي أن هذا الأمر لم يتركه المشرع الجزائري على إطلاقه²، بل قيدها طبقا لما جاء في نص المادة 178 السابق ذكرها من التقنين المدني الجزائري في فقرتها الثانية: "...وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على تنفيذ التزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشه، أو عن خطئه الجسيم ...". فمن خلال نص هذه المادة نستنتج أن نطاق الاتفاق على إعفاء البنك من المسؤولية، لا يتسع إلى حد الإعفاء منها، إذ يمكنه الرجوع عليه إذا أثبت أن الضرر الذي لحقه كان من جراء غش البنك أو خطأه الجسيم وليس بالسبب الأجنبي. كذلك يمكن للبنك أن يتفق على إعفائه من خطئه أثناء التنفيذ³، كما في حالة التأخير في تحصيل الأوراق التجارية أو اشتراطه في عقد تأجير الخزائن الحديدية عدم مسؤوليته عن هلاك أو تلف محتوياتها إذا كان الهلاك أو التلف حدث بسبب أجنبي⁽⁴⁾، كما نلاحظ أيضا أن المشرع الجزائري جعل الخطأ الجسيم يتساوى مع الفعل الضار كما جاء أيضا في نص المادة 178 السابق ذكرها من التقنين المدني الجزائري في فقرتها الثالثة : "ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي".

فأحكام المسؤولية التقصيرية تتعلق بالنظام العام فلا يجوز الإعفاء عنها⁽⁵⁾، سواء بالإعفاء منها أو كان خطأ البنك يسيرا أم جسيما، لأن هدفها هو تأكيد احترام القانون⁽⁶⁾.

لكنه دائما بالرجوع إلى نص المادة 178 من التقنين المدني الجزائري في فقرتها الثانية : "...غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش، أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه. " نستشف منها أن البنك يمكنه دفع

(1) السعدي محمد صبري ،مرجع سابق، ص337.

(2) خليلي سهام ، مرجع سابق ، ص 104.

(3) المرجع السابق ، ص 104.

(4) الدناصوري عز الدين ، الشواربي عبد الحميد ، مرجع سابق، ص1687.

(5) بلحاج العربي ،مرجع سابق، ص283.

(6) عبد الفتاح سليمان ، مرجع سابق، ص77

المسؤولية عنه إذا ما كان الخطأ ناجماً عن الغش أو الخطأ الجسيم الصادر عن موظفيه - حالة مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه - لأن عمد الغير (التابع) لا ينزل منزلة الشرط الإرادي⁽¹⁾.

إدراج بنود إعفاء البنك من المسؤولية :

الأصل أن يسأل البنك المتعاقد مسؤولية كاملة عن كل ضرر مباشر أثناء فترة التعاقد، إلا أنه قد توجد أسباب تحد من مسؤولية البنك كأن يشترط البنك إعفاؤه من المسؤولية على أسباب أو إضرار معينة (وفقا للعقد)، فأمام المخاطر التي تتعرض لها البنوك من احتمال إنعقاد مسؤوليتها بشكل أو بآخر، تحاول دائما التهرب و الإفلات من المسؤولية بوضعها لشروط تعفيها من المسؤولية².

فقد درجت البنوك على وضع الشروط التي تعفيها من المسؤولية في نماذج مطبوعة مسبقا و التي تسلم للعميل، وليس له الحق في مناقشتها أو التفاوض فيها، و كمثال على ذلك نماذج الشيكات المطبوعة التي يقدمها البنك لعميله تعتبر كتسهيلات يقدمها البنك لعميله و يرغب في الحصول في مقابل ذلك على إعفاؤه، حيث يتخذ شرط الإعفاء من المسؤولية في الحياة العملية الصورة التالية: لا يتحمل البنك أية مسؤولية في حالة ضياع أو سرقة الشيكات، إلا إذا تم إخطاره بذلك في الوقت المناسب ليمتنع عن الوفاء، فهذا الشرط غالبا ما يهدف البنك من وراءه إلى لفت إنتباه العملاء إلى ضرورة المحافظة بعناية كافية على دفتر الشيكات المسلم إليهم، و إلى إعفاؤه من المسؤولية عن الضرر، ليس في حالة خطأ العميل فحسب و إنما في حالة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة مادام لم يتم إخطاره بذلك في الوقت المناسب للامتناع عن الوفاء. هذه الشروط مستعملة بكثرة في العقود المصرفية، و يجب أن تكون صريحة وواضحة انطلاقا من مبدأ حرية التعاقد بشرط أن يكون ذلك في نطاق النظام العام و الآداب العامة³.

مدى صحة إدراج بنود الإعفاء من المسؤولية :

يوجد اختلاف جوهري بين المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية في هذا الصدد، ففي النطاق العقدي يكون للمتعاقدان الإرادة الحرة في تعديل شروط العقد بالتشديد أو التخفيف في حدود القانون و النظام العام و الآداب العامة، على عكس من ذلك نجد أن قواعد المسؤولية

(1) السنهاوري عبد الرزاق ، مرجع سابق، ص 674.

(2) براهيمى بديعة ، مرجع سابق ، ص 43.

(3) المرجع السابق ، ص 44.

التقصيرية أساسها القانون، و من ثم لا يجوز الإتفاق على تعديل قواعدها حيث يقع باطلا كل شرط يقضي بخلاف ذلك لأن الواجبات القانونية المنصوص عليها في المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي تعتبر من النظام العام، و لكن الأمر ليس مطلقا في المسؤولية العقدية فحسب القضاء الفرنسي لا يقبل الإعفاء من المسؤولية إلا في حالة الأخطاء اليسيرة، ويرفض الإعفاء من المسؤولية في حالات الأخطاء الجسيمة، لا اعتبارها من حالات الحظر القانوني حسب المادة 1173 من القانون المدني الفرنسي، ومن ثم يقع على المضرور إثبات أن البنك أو أحد مستخدميه ارتكب خطأ جسيما و لا يمكن إعفاؤه من المسؤولية.¹

كما أن غالبية الفقهاء يجمعون على صحة شروط الإعفاء من المسؤولية عن الأخطاء اليسيرة لأن ذلك لا يتعارض مع القواعد القانونية العامة، بينما لا يجوز الإتفاق على الإعفاء من الأخطاء الجسيمة لأن الإتفاقات الخاصة لا يجوز لها أن تخالف القواعد العامة للنظام العام و الآداب العامة.²

هذا ما أكدّه المشرع الجزائري في قواعده العامة حسب المادة 172 من القانون المدني³ "وعلى كل حال يبقى المدين مسؤولا عن غشه أو خطأ الجسيم...." مع ملاحظة أن عبارة الغش في النص الفرنسي يقابلها لفظ DOL أي التدليس بدلا من الغش. على كل حال يبقى الإعفاء من المسؤولية في الأخطاء البسيطة و اليسيرة فقط و ليس في الأخطاء الجسيمة، هذا ما تقضي به المحاكم الفرنسية في معظمها بعدم إعفاء البنك من المسؤولية عن خطئه الجسيم، ويبقى الأمر في تحديد درجة الخطأ (إذا كان جسيما أو بسيطا) لتقدير القاضي حسب ظروف كل حالة على حدى.⁴

1) Jean stoufflet et christion Gavalda , droit bancaire, institutions, comptes opération, services 4ème trimestre, Paris 99, Page 97.

2) François Grua, edition : responsabilité civile du banquier, Juris classeur, banque et crédit 1997, Fascicule 152, page 12.

(3) القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم .

(4) براهيمى بدبعة ، مرجع سابق ، ص 45.