

كلمة شكر وتقدير

الحمد والشكر لله الذي أفرغ علينا صبرا، وثبتت أقدامنا، وفتح بصائرنا

بساطع نوره، وأرشدنا إلى إتمام هذه المذكرة

نتقدّم بجزيل الشكر، وعظيم الامتنان والتقدير إلى الأستاذ المشرف

"عثماني بلال" الذي تفضل علينا بقبول الإشراف على هذا العمل، وعن

كلّ ما أفادنا به من خلال توجيهاته ونصائحه القيّمة، فقد كان نعم

المشرف.

قائمة لأهم المختصرات

أولاً: باللّغة العربية

- 1- ج.ر.ج.ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.
- 2- ج.: الجزء.
- 3- د.د.ن: دون دار النّشر.
- 4- د.س.ن: دون سنة نشر.
- 5- ص.: صفحة.
- 6- ص.ص.: من صفحة إلى صفحة.
- 7- ط.: الطبعة.
- 8- ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.
- 9- ق.م.ف: القانون المدني الفرنسي.

ثانياً: باللّغة الفرنسية

- 1- Ibid :..... Même référence; Dans le même ouvrage.
- 2- N° :..... Numéro.
- 3- Op.cit. :..... Opère citation; référence précédemment cité.
- 4- P. :..... Page.
- 5- P.P. :..... De la page à la page.
- 6- vol. :..... Volume.

إهداء

أهدي ثمرة هذا العمل المتواضع إلى من قال الله عزّ وجلّ فيهم، بسم الله الرحمن

الرحيم " ووصّينا الإنسان بوالديه حسنا".- سورة العنكبوت . الآية 8.-.

إلى من سهرت الليالي، وأعانتني بدعائها وصبرها، أمي بحر الحنان ومنبع الحبّ
والأمان، أطال الله في عمرها.

إلى عماد الحياة وركيزتها، أبي حفظه الله وبارك في عمره.

إلى أخي عبد الغاني، وأخواتي سيليا، ليتسية وأسماء.

إلى كلّ الأحباب والأصدقاء، وإلى كل من ساندني طوال مشوار دراستي من
بعيد أو من قريب ولو بكلمة.

شائز

أهدي هذا العمل المتواضع إلى اللذين سهرا على تربيّتي وتعلّيمي، رمز الشّموخ
والرّجولة...، إلى من جاد بثمار عطائه وسخّر لي الطّروف حتّى أحيا حياة كريمة،
أبي حفظه الله وسدّد خطاه.

إلى قرّة عيني التي علّمتني أنّ النّجاح لا يكون إلّا بالصّبر، أُمّي الحبيبة أطال الله
في عمرها.

إلى أخواتي مريم، نسيمّة وليندة، ونورهان.

إلى سندي في هذه الدّنيا، ورفيق عمري سمير.

كلمونية

مقدمة:

مما لا شك فيه أنّ الهدف من وضع القانون؛ هو تحقيق العدل في المجتمع، فغياب هذا الأخير يؤدي إلى عدم تحقيق فاعلية القانون، وباعتبار أنّ العقد تصرّف قانوني، فمن المفروض أن يكون تجسيدا للعدل الذي هو أساس القانون، حيث أنّ العقد وسيلة لتعبير الأفراد عن إرادتهم الحرّة، فوفقا لمبدأ سلطان الإرادة السائد خلال القرنين الثامن عشر والتاسع عشر⁽¹⁾، كان الأفراد يتمتعون بالحرية المطلقة في إبرام العقد من عدمه، وتضمنه ما شاءوا من الشروط والآثار، بمعنى آخر كان العقد آنذاك يخضع لمبدأ سلطان الإرادة، والتي لا تقيدها إلا اعتبارات النظام العام⁽²⁾.

بذلك سادت فكرة أنّ العقد، إذا أبرم بحرية يكون عادلا ومتوازنا "فالعبارة بالتوازن الشّخصي"، حيث أنّ هذا التّصوّر كان ناتجا عن الحالة الاقتصادية للأفراد وتقاربها، إذ أنّ المتعاقدين كانوا في مركز متساوي من حيث الخبرة والمعرفة، والقوّة الاقتصادية والقانونية، غير أنّه إثر التّطوّر العلمي والتّكنولوجي في المجال الصّناعي وكذا الاقتصادي⁽³⁾، ظهرت المؤسّسات الكبرى والصّخمة ما ساهم في إحداث تفاوت بين مراكز أفراد المجتمع، والذي أدّى إلى خلق عدّة طبقات اجتماعية محدثا بذلك اختلالا في العلاقة العقدية، ما نتج عنه خلق طرف قوي وطرف ضعيف في هذه العلاقة، هذا ما دفع المذهب الاجتماعي إلى وضع نظرة جديدة للعقد، تقوم على تفضيل مصلحة المجتمع على مصلحة الفرد، والذي أدّى إلى اعتبار العقد مرتبطا بالوظيفة الاجتماعية، بعدما كانت له وظيفة شخصية تقضي بحرية أطراف العقد، وهذه الوظيفة تقوم على اعتبارات أخلاقية، تلزم أطراف العقد على التعاون والوفاء فيما بينهم؛ مؤسّسة ذلك على مبدأ حسن النّية، الذي انبثق من فكرة التّضامن التّعاقدي، وأصبح أساس القوّة الملزمة للعقد⁽⁴⁾، وفي إطار معالجة التّفاوت الحاصل بين مصالح أطراف العقد، تمّ استحداث وفرض

¹ - محمد حسن منصور، مصادر الإلتزام - العقد والإرادة المنفردة، دار الجامعية للطباعة والنّشر، الإسكندرية، 2000، ص.49.

² - حمدي محمّد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007، ص.10.

³ - نسّاخ فطيمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، رسالة دكتوراه، كلّية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013، ص.6.

⁴ - GRYNBAUM Luc et NICOD Marc, solidarisme contractuel, 18^{ème} édition, économica, Paris, 2004, p.p.2, 3.

التزامات حديثة على المتعاقد القوي في العلاقة، ومن بينها نجد الالتزام بالإعلام والنصح، إلى غير ذلك من الالتزامات الحديثة.

من أبرز العقود التي تطبق فيها هذه الالتزامات الحديثة نجد العقد المبرم بين البنك وعملائه، حيث أنّ القانون فرض على البنك باعتباره الطرف القوي في العلاقة، وصاحب الخبرة والدراية في مجاله، إلى جانب التزاماته التقليدية المتمثلة في إصدار البنك لخطاب الاعتماد، وإبلاغه إلى العميل مع ضرورة التأكد من وصول هذا الخطاب إليه فعلاً، إلى جانب فحص المستندات وتسليمها للعميل، وضرورة المحافظة على هذه المستندات والسّر المهني⁽¹⁾، هناك التزامات حديثة هدفها معالجة التفاوت الموجود بين أطراف العلاقة، وبذلك توفير الحماية للطرف الضعيف، والمتمثل في العميل، وذلك عبر إلزام البنك مثلاً بإعلام عميله بكل ما يتعلّق بالعقد المراد إبرامه، وحمايته من كل الأخطار التي يمكن أن يتعرّض لها⁽²⁾.

نظراً لتعلّق العمليات البنكية بالجانب المالي، فإنّها تمتاز بالحساسية والصعوبة، نظراً لما توفّره من استقرار مالي، وتشجيع للنمو الاقتصادي، هذا ما جعل إخلال البنك بالالتزامات الواقعة على عاتقه يؤدي إلى قيام مسؤوليته المدنية بنوعيتها، العقدية والتقصيرية، فهذه المسؤولية وُضعت لتكون كقيد للبنك بصفته مهني، وخبير في هذا المجال، بالإضافة إلى اعتباره الطرف الأقوى في العلاقة العقدية؛ لذا فتفادياً لتعسّفه في استخدام خبرته وقوّته فيما يضرّ الطرف المقابل، قامت التشريعات الأجنبية بترتيب هذه المسؤولية في حال عدم قيامه بما يجب عليه، للحدّ من التفاوت الموجود بينه وبين العميل غير المتخصّص.

لمعالجة هذا الموضوع كان علينا توظيف المنهج التحليلي، من خلال تحليلنا لمختلف الأفكار التي جاء بها كلاً من التّضامن التّعاقدي والوظيفة الاجتماعية للعقد، بالإضافة إلى إبراز وإجمال كل مراحل ظهور هذه الالتزامات، وكذا تحليل ومناقشة بعض النصوص القانونية الفرنسية التي تعرّضت لهذا الموضوع.

تبعاً لما سبق يبقى السؤال المطروح عن الإطار القانوني للالتزامات الحديثة للبنك تجاه العملاء ؟

¹ بلعيساوي محمّد الطاهر، التزامات البنك في الاعتمادات المستندية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012، ص.ص. 30، 31.

² نسّاخ فطيمة، المرجع السابق، ص.7.

ما يدفعنا إلى التساؤل حول الدافع الذي كان وراء ظهور هذه الالتزامات، وكذا نوع المسؤولية الناتجة في حال الإخلال بها.

من أجل الإجابة على الإشكالية المطروحة، إرتأينا في الشق الأول دراسة فكرة التضامن التعاقدي، ودوره في ظهور الالتزامات الحديثة (الفصل الأول)، إبتداءً من نشأته (المبحث الأول)، وصولاً إلى تحديد هذه الالتزامات (المبحث الثاني)؛ أما الشق الثاني فقد ارتكزنا على موضوع المسؤولية المدنية المترتبة على البنك في حال إخلاله بها (الفصل الثاني)، من خلال ترتيب المسؤولية العقدية عليه جزاء إخلاله بالتمزام عقدي (المبحث الأول)؛ أمّا في حال إخلاله بالتمزام قانوني تترتب عليه المسؤولية التقصيرية (المبحث الثاني).

الفصل الأول

فكرة التضامن التعاقدي كأساس لظهور الالتزامات الحديثة

قد يظهر القانون لغير المتخصصين؛ كتقنية مكرّسة للتأطير والإشراف على العلاقات الاجتماعية، إلا أنّ معظم التصرفات القانونية تعتبر ساكنة؛ من بينها نجد العقد، فحسب الفقه وبنظرته التقليدية يعتبر العقد تسوية للمصالح المتعارضة، أمّا الاجتهاد القضائي الحديث فيربط العقد بعمل للتعاون المتبادل، حيث يكون الأطراف أحرار في إبرامه من عدمه، وكذا مناقشة شروطه⁽¹⁾.

رغم ذلك فقد ظهرت العديد من العقود التي لم يتم مناقشتها؛ بحيث أنّ الأطراف كانوا ملزمين بتنفيذ العقد وفق الشروط المنصوص عليها فيه، والتي اشترطها الطرف القوي في العلاقة العقدية، كعقد العمل مثلاً. أمام هذا الوضع حاول بعض الفقهاء تعديله بغرض تحسينه؛ وبذلك حاولوا إعداد ما يمكن تسميته بالتضامن التعاقدي، من أجل تقرير التزامات جديدة على المتعاقد القوي في العقد، ومن بين هذه الالتزامات نجد الالتزام بالتعاون؛ حيث أنّ أطراف العقد ملزمين بالتعاون فيما بينهم من أجل تنفيذ العقد، وكذلك معالجة التفاوت الموجود بين حقوقهم، والتزامهم عن طريق إعداد ما يسمى بالوظيفة الاجتماعية للعقد، لتحقيق حماية المتعاقد الضعيف؛ وذلك باتباع القواعد الخاصة والعامة، ولقد لجأ المشرع إلى عدة نظريات لتبرير وجود الطرف القوي، وأسباب منحه هذه القوة، وكذا البحث عن سبل حماية الطرف الضعيف، وأساليب المساهمة في تحقيق العدالة الاجتماعية (المبحث الأول)⁽²⁾.

تحقيقاً لهذا الهدف قامت الاجتهادات الحديثة بخلق عدة التزامات للحد من التفاوت والاختلال التعاقدي من حيث الالتزامات، ففرضت التزامات على عاتق الطرف المتمتع بمركز ممتاز في العلاقة العقدية، نظراً لما له من خبرة ودراية في مجاله المهني.

محاولة من أهل العلم إلى تحقيق المساواة بين الطرفين، أثقلت عاتقه بالالتزامات التي تعتبر حديثة الوجود، والتي تؤدي إلى الحدّ من جهل الطرف الضعيف، وكذا قيام الطرف القوي الممتلك للتقنيات العملية، من حمايته من كل الأخطار المتوقعة التي يمكن أن تلحق أضراراً بمصالحه (المبحث الثاني).

¹ - GRYNBAUM Luc et NICOD Marc, op.cit., p. 2.

² - نسّاخ فطيمة، المرجع السابق، ص. 135.

المبحث الأول

نشأة الالتزامات الحديثة للبنك تجاه العملاء

يعتبر العقد واقعة اجتماعية ترتبط بالمصلحة العامة، وهو عمل إرادي قائم على أساس رضائي⁽¹⁾، حيث يعرف على أنه توافق إرادتين على إنشاء التزام أو على نقله⁽²⁾؛ وبذلك فإن أثر العقد هو إنشاء الالتزام، بالتالي فهو مصدر من مصادره⁽³⁾، ونظرا إلى ما قد يشوب هذا العقد من تفاوت في المصالح بين أطرافه، أدى إلى ضرورة تقرير الحماية للطرف الضعيف في العقد⁽⁴⁾، عن طريق ما يسمى بالتضامن التعاقدي، والذي يلقي على عاتق الأطراف التزام بالتعاون وحسن النية، فقد تفرّعت التزامات أخرى جديدة تقع على عاتق الطرف القوي؛ هذا ما ينطبق على العلاقة الموجودة بين البنك وعملاءه.

إلى جانب تقرير التضامن التعاقدي، كوسيلة لإعادة توازن العقد، نجد الوظيفة الاجتماعية للعقد، والتي من خلالها يتم تقرير الحماية للطرف الضعيف فيه، والمتمثل في العميل.

في إطار التفصيل في ذلك سوف نتطرق إلى موضوع التضامن التعاقدي؛ كأساس لظهور الالتزامات الحديثة (المطلب الأول)، وكذا الوظيفة الاجتماعية للعقد؛ كأساس لإعادة توازن العقد في حالة اختلاله⁽⁵⁾ (المطلب الثاني).

المطلب الأول

التضامن التعاقدي كأساس لظهور الالتزامات الحديثة

للفقه والقضاء رأيين مختلفين ومتعارضين تماما، حول مفهوم وفكرة العقد؛ الأولى تقليدية ترى في العقد تسوية بين مصالح الأطراف المتعارضة، والأخرى تربط العقد بعمل يهدف إلى التعاون المتبادل فيما بينهم، ومن هنا ظهرت فكرة التضامن التعاقدي، حيث أن الفقه يؤكد على أن أطراف العقد ملزمون بالتصرف بوفاء وحسن نية.

¹ - GRYNBAUM Luc et NICOD Marc, op.cit., p.2.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - مصادر الالتزام -، ج الثاني، ط الثالثة، دار الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص. 117.

³ - سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام - العقد - الإرادة المنفردة - العمل غير المشروع - الإثراء بلا سبب - القانون، د.د.ن.، مصر، 2000، ص. 9.

⁴ - نسّاخ فطيمة، المرجع السابق، ص. 135.

⁵ - GRYNBAUM Luc et NICOD Marc, op.cit., p. p. 2, 3.

الفرع الأول: نشأة فكرة التضامن التعاقدى

إن فكرة التضامن التعاقدى؛ ما هي إلا تولّد جديد لفكرة أو فقه قديم، ظهرت في أواخر القرن 19 في ظروف وبيئة خاصة، تعتبر أصول التضامن قانونية، وفي إطار ذلك يعرّف بعض القانونيين التضامن على أنه؛ "التزام مجموع من الأشخاص بكل الالتزامات التي تضمّنها العقد"⁽¹⁾.

بشكل عام، يعتبر التضامن فكرة أو فقه فلسفي سياسي واجتماعي، ومن بين الفقهاء الأوائل الذين تعرضوا لهذه الفكرة، نجد الفقيه الفرنسي Léon bourgeois وحسب رأيه؛ فإن التضامن في شكله العام، هو تشابك للأطروحات التاريخية للمجتمع والأطروحات التعاقدية، والتي خلقت شبه عقد اجتماعي والذي يفسّر؛ أنّ كلّ شخص يلد مدين للكلّ؛ ويعتبر تصحيحاً لمبدأ الشخصية أو الفردية، عن طريق فكرة المجتمع من جهة، وتحرير للاشتراكية من جهة أخرى أي حماية الملكية الخاصة⁽²⁾.

في تعريف للتضامن في شكله الخاصّ، نجد الفقيه الفرنسي DEMOGUE؛ والذي يرى بأنّ الحالة الطبيعية للمجتمع هي التضامن، ويجب اعتبار الحرية على أنّها مرغوبة في حالات معينة، وأنّ الالتزام عمل حرّ مكرّس من أجل التعاون الاجتماعي أيّ التضامن.

الفرع الثاني: التيار التضامني

لقد نشأ الفقه التضامني في مناخ اجتماعي مميّز خلال النصف الثاني من القرن 19، أين كان المجال الصناعى في مرحلة تطوّر وازدهار وقامت الصناعات الكبيرة، وتأسست الشركات الضخمة؛ ما أدى إلى إهمال الفئة العاملة، وإحداث اختلال في التوازن الاقتصادي⁽³⁾، حيث وجدت هذه الأخيرة نفسها في حالة عجز، ممّا دفعها إلى اللجوء للمؤسسات والمصانع من أجل الحصول على عمل، وظهر خلال تلك الفترة أنّ العديد من العقود لم يتمّ مناقشتها⁽⁴⁾، أمام هذا الوضع حاول بعض الفقهاء تعديل المنظومة الاجتماعية والسياسة، من خلال

¹ - JAMIN Christophe, Le Solidarisme contractuel : un regard franco-québécois, éditions Thémis, canada, 2005, p.p. 442, 443.

² - GRYNBAUM Luc et NICOD Marc, op.cit., p. 3.

³ - حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص. 25 .

⁴ - GHISLIN Tabi Tabi, les nouveaux instruments de gestion du processus contractuel, thèse de doctorat en droit, faculté de droit université Laval, Québec, 2011, p.93 .

اعتبار التضامن بأنه التزام أخلاقي أساسه بناء فكري، غايته تعديل الأوضاع الاجتماعية والسياسية، وذهب الفقيه الفرنسي Léon Bourgeois إلى محاولة تبيان وجود تضامن طبيعي، مؤسساً ذلك على اعتبار الأفراد أعضاء من المجتمع، إذ أنه لا يمكن فصل الشخص الخاص عن أمثاله، وأنّ هناك علاقة مديونية بين الأفراد فيما بينهم، العمال وأرباب العمل، أساس هذه العلاقة التزام تعاقدية مضمونه التعاون والوفاء، وحسن النية في أداء وتنفيذ الالتزامات، والذي أدى إلى اعتبار التضامن يدلّ على التزام أخلاقي؛ وأنّ إيراد مفاهيم جديدة في الحقل السياسي والفلسفي نابعة من القانون كالدين مثلاً، فإنّ أصحاب الفقه التضامني يقترحون قراءة جديدة للمنظومة الاجتماعية، مؤسّسة ذلك على خدمة العدالة، أين يشغل التضامن مركزاً رئيسياً لمحاولة إعادة صيانة دور وعمل الدولة⁽¹⁾.

أولاً : المؤسسة التعاقدية في خدمة العدالة

تعتبر المصلحة المرجوة من العقد، هي السبب والدافع الذي أدّى الأطراف إلى الالتزام والتعهد، حيث أنّها تمثّل القاعدة التي من خلالها تتطوّر وتزدهر العدالة المتبادلة بين أطراف العلاقة العقدية⁽²⁾، إذ أنّ أصحاب الفقه التضامني يبحثون عن عدالة فورية، تضمن في نفس الوقت للفرد حرّيته والوصول إلى ترابط وتماسك اجتماعي، فالهدف ليس وضع فكرة التضامن كأساس وحيد للقانون والالتزام؛ إنّما أساسه العدالة، وتكون هذه الأخيرة منتهكة إذا أنكر الأفراد الآثار غير العادلة للتضامن الطبيعي ويرفضون إصلاحها، وبهذه الآثار فإنّ الأفراد ملزمون بالعلاقات المتمثلة في " يجب ولديّ " أي الديون، حيث أنّ الفرد لا يمكن له التمتع بالفوائد التي يحصل عليها من التضامن الاجتماعي دون تحمّل الأخطار والأعباء، وبصيغة أخرى لا يمكن للفرد رفض الوفاء بالدين الذي أدّى به إلى التعاقد؛ لأنّ ذلك يعتبر انتهاكاً للعدالة، فالتضامن يصبح مهمّاً لأنّه يسمح للفرد بإدراك هذا التكافل الاجتماعي، والتعبير بوضوح عن فكرة الدين.

السؤال المطروح هنا هو عن معرفة كيفية التعامل مع هذا التكافل، أو الترابط بطريقة موضوعية، وحمل الأفراد على التفتّن لها؛ وذلك كلّه بقبول الحقوق والالتزامات التي ترتبط به، وفي هذا السياق يتمّ اللجوء إلى النظرية القانونية، من أجل إعادة التفكير في علاقة المجتمع بالسياسة.

¹ - GRYNBAUM Luc et NICOD Marc, op.cit., p. p.13, 15, 16.

² - GHISLIN Tabi Tabi, op.cit., p.156.

أ- اللجوء إلى النظرية القانونية

في محاولة لإيجاد أساس قانوني للتضامن، ذهب الفقيه الفرنسي BOURGEOIS إلى الأخذ بمفهوم قانوني آخر ألا وهو شبه العقد⁽¹⁾، حيث أنّ أصحاب الفقه التضامني أرادوا إسقاط إشكالية الإرادة في العقد الاجتماعي؛ وذلك عن طريق وضع شبه العقد محلّه، بغرض وضع الحقيقة الاجتماعية قبل الالتزام الاتفاقي⁽²⁾، وذلك من أجل حمل الأفراد على الوفاء بهذا الدين الذي يظلّ قائماً، ويعتبر أنّ الأفراد شبه متعاقدين ملتزمين تجاه الغير بسبب هذه الإرادة، أي أنّ شبه العقد مؤسس على إرادة الأطراف التي كان للأطراف أن يعبروا عنها لو كان هناك عقد⁽³⁾، والذي أدى إلى ظهور عدّة التزامات لم تكن وليدة الإرادة، من بينها نجد الالتزام بالتعاون. لذلك فثبته العقد هو الذي يفرض الالتزامات على الأفراد؛ ويساهم في تبيان وجود دين فعلي، وكذا اللجوء إليه يسمح باقتراح أساس أخلاقي وقانوني لهذه الالتزامات.

ب- تراجع دور السياسة

كما يبيّنه أصحاب الفقه التضامني؛ فإنّ التضامن فقه مجدّد حول إشكالية كانت إلى حدّ ذلك تسيطر على علاقة السياسة بالمجتمع، حيث أنه منذ الثورة الفرنسية، مُنحت الأسبقية للسياسة، وهي التي تمنح الحقوق للأفراد⁽⁴⁾، حيث أنّ رجال السياسة في تلك الفترة كانوا يعتبرون أن القوّة الملزمة للعقد أساسها القانون المدني⁽⁵⁾، ولذلك حاول أصحاب الفقه التضامني تعديل هذه الصّورة، وبذلك تصبح السياسة تابعة للمجتمع، إذ أنهم يقرّون بأنّ القاعدة القانونية ليست مبنية بالإرادة السياسية للحكّام، وإنما على أساس تمثيل المجتمع، ويؤكدون أنّ التضامن هو أساس القانون، والقاعدة القانونية التي تُفرض على الحكّام هي نفسها التي تُفرض على المحكومين؛ وذلك في العلاقات بين الحكّام والمحكومين، وكذا المحكومين فيما بينهم؛ وبالنتيجة فإنه لا توجد إلاّ قاعدة قانونية واحدة، هي التعاون على التضامن الاجتماعي⁽⁶⁾.

¹ - GRZYBAUM Luc et NICOD Marc, op.cit., p.17.

² JAMIN Christophe, op.cit., p. 441.

³ - LOQUIN Eric, le solidarisme contractuel, vol 27, lexis nexis litec, France, 2006, p. 25.

⁴ - GRZYBAUM Luc et NICOD Marc, op.cit., p. 18.

⁵ - JAMIN Christophe, op.cit., p.443.

⁶ - GRZYBAUM Luc et NICOD Marc, op.cit., p.19.

ثانيا: تعديل دور الدولة

حسب الفقيه Durkheim فإنّ الأفراد داخل شبكة الالتزامات لا يمكن لهم التحرّر منها، إذ أنّ التّضامن حسب رأيه لا يلد بالضرورة عن توافق إرادة الأفراد، باعتبار أنّهم ليسوا دائما أحرار وعلى قدم المساواة، لذا فتدخل الدولة يعتبر شرعيا⁽¹⁾، حيث أنّ الفقيه الفرنسي Léon bourgeois كان واضحا فيما يتعلق بدور الدولة، والمتمثّل في ضمان تنفيذ شبه العقد الذي أصبح قانونيا عن طريق رضا أو موافقة ضمنية للأفراد⁽²⁾، حيث أنّ العديد من القوانين استوحت من التّضامن كالتأمين.

أ - الدولة المصلحة

بناء على عدالة مصلحة، فإنّ الفقه التّضامني يعتبر أساسا لبعض النّصوص التشريعية، حيث أنّ هذه الأخيرة أساسها إرادة المشرّع في إصلاح الظلم الذي أحدثه الفرد، والعمل على عدم تحريف أو تشويه التّضامن الاجتماعي، هذا إذن ما يبرّر وجود التشريع الاجتماعي الذي أخذت فيه الدولة مكانا مهما خلال فترة معينة؛ أين كانت تتدخل من أجل نصح ودعم ومساندة الأفراد، وكذا مراقبة وفحص الأعمال والمبادرات الاحتياطية الصادرة منهم، حيث أنّ الهدف الأوّل للدولة هو تفضيل الإرادة في ضمان الأخطار الاجتماعية .

ب - تفضيل منطق التأمين

في هذا السياق فإن الامتياز مُنح للمسؤولية الشخصية، ما عدا في إطار حوادث العمل⁽³⁾، التي تطبق فيها نظرية الخطر، حيث أنّه يكفي أن يكون الفعل هو مصدر الضرر من أجل تقرير المسؤولية⁽⁴⁾، وبتفسير أنّ بعض الأحداث لا يمكن قياسها أو هي ناتجة عن فعل العيش في المجتمع، فإنّ أصحاب الفقه التّضامني يحملون لهذا الأخير عبئ معالجة هذه الأخطار، وبذلك ندخل في منطق التأمين المبني على نظرة جديدة للخطر.

حيث أنّ الفقيه François Ewald يفسّر الخطر على أنّه يدلّ على إجراء إصلاحي لمجموعة من الأحداث أولا، قبل أن يؤثّر على الأفراد بصفة خاصة، و ثانيا أنّ الخطر سمح بإدراك أنّ ملاحقة المنفعة العامة لها آثارها المتمثلة في الضّرر، وفي إطار العدالة يجب تقرير تعويض لهذه الأضرار، حيث أنّ فكرة التأمين هي التي

¹ - JAMIN Christophe, op.cit., p. 447 .

² - LOQUIN Eric, op.cit., p. 25.

³ - GRZYBAUM Luc et NICOD Marc, op.cit., p. 20.

⁴ - JAMIN Christophe, op.cit., p.448.

تسمح بإقامة هذا التعويض باسم التضامن، فإنّ المجتمع هو الذي يجلّ محلّ الفرد من أجل إصلاح آثار ذلك الحدث، سواء حادث ناتج عن العمل أو عن الحياة العادية.

الفرع الثالث: البحث عن مفهوم التضامن في قانون العقود

سنتطرق إلى الفقه التضامني في القانون من أجل اقتراح مفهوم للتضامن في قانون العقود.

أولاً: التوجهات التضامنية في القانون

سوف نتطرق أولاً إلى أصول الفقه التضامني، وثانياً إلى بعض النظريات التي تطوّرت وتوسّعت في الخارج؛ أما ثالثاً وأخيراً فسوف نعرض الفقه التضامني الفرنسي المعاصر.

أ- أصول الفقه التضامني

لقد تطوّر الفقه التضامني انطلاقاً من المفهوم الذي وضعه الفقيه Durkheim؛ والذي وضع تمييزاً بين التضامن الميكانيكي الذي لا نجده؛ إلاّ عندما تكون شخصية الفرد ممتصّة من طرف شخصية الجماعة، والتضامن العضوي هو ثمار لتقسيم العمل، وهذه الأخيرة ممكنة فقط إذا كان لكلّ واحد مجاله وبالنتيجة شخصيته.

التضامن كمفهوم فقهي للمجتمع والدولة، عرف بعض النجاج في أواخر القرن الماضي، حيث أنّ رجال السياسة ومن بينهم Léon bourgeois، وبعض المفكرين استخدموا هذا المفهوم من أجل عرض خيار آخر للاشترائية، والمفهوم الذي وضعه القانون المدني الفرنسي للتضامن لم يتجاهله هذا الاتجاه⁽¹⁾، ولكن تمّ استبعاده لمنحه مفهوم الترابط الاجتماعي أو التكافل الاجتماعي للأفراد في المجتمع⁽²⁾، حيث أنّ مفهوم التضامن لا يتلخّص فقط في طرق الوفاء بالدين، ولكن في العلاقة التي يمكن أن تتكوّن بين شخصين أو أكثر، دون وجود هذا الدين.

حيث أنّه ظهر من خلال تحوّل مفهوم العلاقات في قانون الالتزامات، أنّ قانون العقود تربطه علاقة ضيقة بتقسيم العمل، بما أنّ العقد ساهم في ظهور التضامن التعاقدى، ويعتبر صورة من صور التعاون، ووسيلة لتقسيم العمل لأنّ التعاون هو تقسيم لمهمة مشتركة.

¹- GISLAIN Tabi Tabi, op.cit., p. 93.

²- LOQUIN Eric, op.cit., p. 9.

ب- الفقه التضامني في الخارج

لقد تساءل الفقيه M.Gorla حول قدرة الإرادة على خلق التزامات تعاقدية، حيث أنه استنتج أن التراضي البسيط لا يكفي، ووجود العقد يعتمد على وجود التراضي إضافة إلى الثقة المنتظرة للدائن. في الولايات المتحدة الأمريكية، نجد الفقيه S.Macauley قام في بداية الستينيات بإجراء تحقيق اجتماعي، قرب رجال أعمال ومحامين من مدينة فسكونسن، من أجل تحديد نظرهم للعلاقة العقدية، حيث أنه وضع كفرضية انطلاق أن العقد يتميز من جهة كعمل تنبئي للمستقبل، يتضمّن إذن شروط تسمح بمواجهة الأحداث التي قد تصل أو تحدث فجأة، والتي سوف تكون عائقاً أمام التنفيذ الجيد للعقد، ومن جهة أخرى فإنه عمل يتوقّع عقوبات في حالة عدم التنفيذ، أظهر التحقيق أن معظم المعاملات كانت تبرم في غياب توقّعات مستقبلية، خاصة ما يتعلّق بالعقوبات وآثار عدم التنفيذ⁽¹⁾.

ج- الفقه التضامني الفرنسي المعاصر

بعد دراسة البحوث الفقهية الفرنسية الحديثة، نلاحظ أنه رغم الازدهار الاقتصادي الذي سمح بمسح ذكرى الاضطرابات المالية التي عاشتها فرنسا بعد الحرب، والأزمة الاقتصادية المتعاقبة لأول صدمة بتولية، شكّل mezzo voce، جوقة فقهية مؤيدة لتدخل القاضي في العقود⁽²⁾، من خلال تأسيس ومعالجة عدم توازن مصالح المتعاقدين، والذي يؤدي إلى اختلال توازن العقد⁽³⁾، حيث أن هذا التدخل مبرر من خلال وجود التزام بالتعاون أو بالوفاء التعاقدية على عاتق الأطراف، حيث أنهم ملزمون بتنفيذ هذه الالتزامات بحسن نية ووفاء⁽⁴⁾، ولذلك نجد أن بعض المؤلفين المعاصرين يهتمون بتأسيس تفهّم اجتماعي للقانون، والأفكار التي يدلون بها تحت شكل الالتزام بالوفاء، والتعاون وحسن النية في تنفيذ العقود، يمكن إدخالها ضمن مفهوم التضامن التعاقدية. من خلال الترحيب الذي لاحظته التضامن التعاقدية من طرف الفقه، يمكن استنتاج أن التضامن التعاقدية له طبيعة سلمية، حيث أنه يمثل تسوية بين النظام الفردي والنظام الجماعي.

¹ - GRZYBAUM Luc et NICOD Marc, op.cit., p.p. 34- 36.

² - GISLAIN Tabi Tabi, op.cit., p. 142.

³ - نساخ فطيمة، المرجع السابق، ص. 135.

⁴ - علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها - دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بالقائد - تلمسان، 2008، ص. 15.

إنّ التضامن التعاقدي اليوم، يعبر عن نفسه عبر مبدأ أخلاقي، والمتمثل في تنفيذ العقد بحسن نية، إذ أنّ عدم وضوح هذا الأخير يفتح مجالاً واسعاً لفرض التزامات جديدة على الأطراف، ومنح سلطة التدخّل للقاضي⁽¹⁾.

ثانياً: مفهوم التضامن التعاقدي في قانون العقود

يمكن للفقه ترجمة الالتزام بحسن النية من خلال الالتزام بالتصرف بوفاء، وذلك شرط قبول غموض لمفهومين، ولذلك يجب توضيح أنّ الالتزام بالوفاء، يكمن في تبني سلوك موحد من خلاله يتمكن الغير من تأسيس توقّعاته.

مثل هذه الإثباتات لا تسمح بعرض مفهوم موحد للتضامن يستند إلى أنظمة معروفة لقانون العقود؛ مش عيوب التراضي، السبب والمحلّ، حيث يمكن البحث كذلك عن مفهوم التضامن، من خلال الأحكام التي تهدف إلى حسن النية والوفاء، وبفحص هذه الأحكام التي تشترط حسن النية في تشكيل العقد، نجد أنّ على المتعاقدين عدم إخفاء أيّ معلومة، إذ أنّ هذا الالتزام تقليدي، وأنّه ليس من المؤكّد أنّ التضامن يفرض نفسه في مرحلة تكوين العقد، إلى جانب الالتزام بالإعلام ومنع التدليس أو العنف⁽²⁾، فلا يجوز للمتعاقد أن ينقذ العقد بطريقة تتم عن سوء نيته⁽³⁾.

المطلب الثاني

الوظيفة الاجتماعية للعقد

بمأنّ العقد عبارة عن واقعة اجتماعية تخصّ كلّ من الفرد والمجتمع، فإنّه كذلك تخصّ المشرّع، وفي إطار اختلال العلاقة العقدية، حوّل هذا الأخير للقاضي سلطة تعديل العقد وفقاً للقواعد التي تنظّمه دون المساس به؛ وذلك من خلال تعديل الشّروط المتفق عليها بين المتعاقدين، والذي يؤدي إلى انقضاء وزوال الالتزامات العقدية ونشأة التزامات قانونية محلّها.

¹ - نساخ فطيمة، المرجع السابق، ص. 135.

² - GRZYBAUM Luc et NICOD Marc, op.cit., p. 36-39.

³ - علاّق عبد القادر، المرجع السابق، ص. 136.

رغم أن المشرّع لم يشترط توازن العقد إلاّ أنه اهتّم بتوازنه، حيث أنّه نجد من خلال القواعد المنظّمة للعقد سواء، العامة أو الخاصّة الآليات التي يسعى من خلالها لإعادة توازن العقد⁽¹⁾.

الفرع الأول: نشأة الوظيفة الاجتماعية للعقد

إن اختلال توازن العقد ما هو إلاّ نتاج لعدم التّكافؤ والتّفاوت الموجود بين الأفراد، مؤدّيا إلى عدم الممارسة الفعلية للحقوق، فأصبح من الضّروري الاعتداد بالصّفة الاجتماعية للأفراد، التي تدخل في علاقات عقدية، وضرورة تحقيق المساواة الحقيقية بين الأفراد⁽²⁾، عن طريق الدفاع عن مصالح المتعاقدين الذين يُعتبرون في حالة ضعف، من أجل حماية وإعادة التوازن العقدي⁽³⁾، حيث أنّه أصبح من غير الممكن افتراض المساواة في المعرفة، والخبرة بين المتعاقدين في ظلّ التّطوّر العلمي والتّكنولوجي، وبتنوّع السّلع والخدمات وانتشارها.

في إطار هذا التّطوّر ظهرت أنواع جديدة من العقود، كاستخدام نماذج العقود والتّحرير المسبق للعقد بإرادة منفردة، وهذا ما جعل الطّرف القويّ في العقد يسعى من خلال نموذج العقد إلى تجسيد القواعد العامّة للقانون، وفرض الشّروط التي تحقّق مصالحه وتزيد من حقوقه، وتنقص أو تلغي من حقوق الطّرف الضّعيف، أو تزيد من أعبائه.

أمام عدم تكافؤ وتفاوت المصالح بين أطراف العقد، أصبح من الضّروري معالجة هذا الاختلال، والأخذ بعين الاعتبار الضعف من حيث الدراية والخبرة، والذي يلقي على عاتق صاحبهما التزام بإعلام الطرف الآخر بكل ما يتعلق بالعقد⁽⁴⁾، مثلا إعطاء معلومة هامّة للمتعاقد الآخر والمتمثل في العميل، إذ أن عدم تزويده بها يؤدي إلى اختلال في توازن العلاقة العقدية، وبذلك يصبح رضا العميل معيب، بالإضافة إلى تفعيل دور القاضي في حماية الطرف الضّعيف من الشروط التعسفية؛ ما يحقّق إعادة توازن العقد.

¹ - نسّاخ فطيمة، المرجع السابق، ص. 136.

² - المرجع نفسه، ص. ص. 135 - 138 .

³ - GISLAIN Tabi Tabi, op.cit., p.98.

⁴ - نسّاخ فطيمة، المرجع السابق، ص. 138.

الفرع الثاني: إعادة توازن العقد وفقا للقواعد العامة

تنص المادة 106 من القانون المدني الجزائري⁽¹⁾، أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز للقاضي ولا المشرع المساس به، وذلك تجسيدا لمبدأ القوة الملزمة للعقد، ولكن من جهة أخرى، نجد أن المشرع وضع جملة من القواعد القانونية التي تؤكد على أن العقد لا يخضع للمتعاقدين فقط، وإنما يخضع لمستلزمات أخرى كمبدأ حسن النية⁽²⁾؛ والذي يفرض على المتعاقد الطرف القوي في العلاقة العقدية والمتمثل في البنك؛ تنفيذ التزاماته بحسن نية أي إبداء تجاه المتعاقد الضعيف (العميل) سلوك نزيه ووفّيٍّ مجرّد من المكر، الخبث والحيلة⁽³⁾، إلى جانب مبدأ آخر ألا وهو القانون والذي يقيد إرادة الأطراف.

بذلك تمّ فتح المجال للمشرّع للتدخل في العلاقة العقدية، وذلك بغرض معالجة اختلال توازن العقد، سواء في مرحلة تكوينه أو في مرحلة تنفيذه.

أولاً: إعادة توازن العقد في مرحلة تكوينه

في إطار معالجة عدم توازن العقد في مرحلة تكوينه؛ قام المشرّع بتحويل القاضي سلطة التدخل في العلاقة العقدية⁽⁴⁾، وذلك من أجل تأسيس وإعادة التوازن كلما أصبحت مصالح المتعاقدين غير متوازنة بصفة مجحفة⁽⁵⁾؛ وذلك من أجل رفع الغبن عن أحد طرفي العقد، وذلك بغية تحقيق العدالة العقدية.

تجسيدا لعدم توازن أداء أطراف العقد لوجود طرف ضعيف في العلاقة العقدية؛ والذي يدعن ويسلم بسبب وجود شروط مجحفة تعسفية، وبوجودها يحتل توازن العقد لمصلحة الطرف القوي، قام المشرّع بمعالجة عدم التوازن العقدي في هذه الحالة وفق ما يسمّى بنظرية الإذعان، من خلالها سمح المشرع للقاضي؛ إمّا بتعديل أو إعفاء المدعن من الشّروط وفقا لمقتضيات العدالة، حيث نجد طرف متعاقد بحاجة للحماية.

¹ - حيث تنص المادة 106 من الأمر 75-58 مؤرّخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج. عدد 78 صادر في 1975/09/30، معدل ومتمم . " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلاّ باتّفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرّها القانون".

² - نساخ فطيمة، المرجع السابق، ص. 138.

³ - BURY Bénédicte, la bonne foi dans la relation contractuelle du banquier avec son client, gazette du palais, n°76, 2009, p. 6.

⁴ - نساخ فطيمة، المرجع السابق، ص. 139.

⁵ - GHISLAIN Tabi Tabi, op.cit., p. 142.

ثانيا: إعادة توازن العقد في مرحلة تنفيذه

إن أساس انعقاد العقد هو مبدأ سلطان الإرادة⁽¹⁾، أي أن العقد لا ينعقد إلا بتوافق إرادتين أو أكثر، حيث أنّ التراضي يمثّل العنصر الرئيسي لكلّ عقد⁽²⁾، وهذا ما يسمّى بمبدأ القوّة الملزمة للعقد، حيث أنّه ليس للمشرّع ولا للقاضي التّدخل في العلاقة العقدية ولو بغية تحقيق العدالة، لأنّ التعادل والتوازن يكون بين الإرادتين الحرّتين لكلا المتعاقدين، ونتيجة للتطور الصّناعي والتّكنولوجي فقد تراجع مبدأ سلطان الإرادة؛ حيث أنه حلّت محلّه جملة من المبادئ والقيم الاجتماعية، وذلك من أجل تحقيق المساواة الفعلية بين أفراد المجتمع⁽³⁾.

من أجل إعادة توازن العقد؛ تدخّل المشرّع لتعديل العقد بمقتضى نصوص قانونيّة وذلك إمّا بطريقة مباشرة، أين يكون القاضي ملزم بالتّعديل أي ليس له السّلطة التقديرية، أو بطريقة غير مباشرة أي بمنح القاضي السلطة التقديرية للتّعديل؛ وذلك تحقيقا للتوازن العقدي عن طريق منحه آليات لمعالجة اختلال هذا التوازن، وذلك وفقا لما يسمى بنظرية الظروف الطّارئة التي تحلّ بتوازن العقد، فكان من الضّروري على المشرّع أن يهتمّ بالعقد إمّا إنقاصا أم زيادة للالتزام المقابل.

من خلال نصّ الفقرة الثالثة من المادّة 107 من القانون المدني الجزائري⁽⁴⁾؛ نستخلص أنّ العقد إذا تعرّض إلى اضطراب اقتصادي في توازنه بعد إبرامه وقبل تمام تنفيذه، فأصبح أحد المتعاقدين يحمل التزاما مرهقا، فمن أجل إعادة توازن العقد، أعطى المشرّع للقاضي سلطة التّدخل في العلاقة العقدية من أجل تخفيف الالتزام المرهق.

نجد كذلك في إطار إعادة توازن العقد في مرحلة تنفيذه، أنّ المشرّع منح للقاضي سلطة التّدخل بغرض معالجة الآثار المترتبة عن عدم تكافؤ المتعاقدين، فيقوم القاضي بدور المراقب للمضمون العقدي، الذي يحمل

¹ - نساخ فطيمة، المرجع السابق، ص. 140.

² - CHAZAL JEAN Pascal, les nouveaux devoirs des contractant : est-on allé trop loin ?, p. 2.

In, <http://spire.sciencespo.fr/hdl:/2441/516uh8ogmqildh09h28bni63j/resources/les-devoirs-contractuels.pdf>.

³ - نساخ فطيمة، المرجع السابق، ص. 142.

⁴ - تنص المادة 107 على: " غير أنّه إذا طرأت حوادث استثنائية عامّة لم يكن في الوسع توقعها و ترتّب على حدوثها أنّ تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدّده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطّرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحدّ المعقول، ويقع باطلا كلّ اتفاق على خلاف ذلك".

شروطا جزائية مغالى فيها، وذلك إما تخفيضا من الشرط أو تضحيما له بغية تحقيق العدالة العقدية⁽¹⁾، حيث أنه يُقصد بالشرط الجزائي؛ الشرط الذي يحدّد مقدّما التعويض الذي هو جزاء عن عدم التنفيذ، أو جزاء عن التأخير في التنفيذ، وهو بند اتّفاقي وهذا هو المبدأ، وبما أنّ لكلّ مبدأ استثناء، ففي هذه الحالة الاستثناء هو إمكانية تدخّل القاضي من أجل إعادة توازن العقد، وذلك في حالة ما إذا تبين له أنّ مبلغ التعويض المتفق عليه يفوق الضرر⁽²⁾.

الفرع الثالث: إعادة توازن العقد وفقا للقواعد الخاصّة

نظرا إلى أنّ المشرّع وضع نصوصا قانونية لمعالجة عدم توازن العقد في مرحلة تنفيذه، فكان من الضروري وضع تشريعات خاصّة دورها علاجي ووقائي، وذلك في مرحلة إبرام العقد أي في مرحلة تكوينه، ومن بين هذه التشريعات الخاصّة نجد التشريع الخاصّ بحماية المستهلك؛ وذلك من أجل حماية الطرف الضعيف أولا، والسعي إلى تحقيق العدل الاجتماعي ثانيا، والسعي إلى تحقيق العدالة العقدية ثالثا.

أولا: توفير الحماية للطرف الضعيف

إنّ سبب عدم توازن العقد هو وجود طرف ضعيف في العلاقة العقدية، ووجوده يعتبر سببا لتقرير الحماية له، وتعتبر كذلك من أهمّ الأسباب التي تبرّر إضفاء الطابع الاجتماعي على العقد.

أ- الطرف الضعيف سبب لعدم توازن العقد

لقد أدّى تطوّر نظام التعاقد إلى ظهور نظام عقدي حديث يتمتّع بطابع الحماية، والذي يحمل في طياته مفهوما جديدا للمتعاقد؛ والذي عرّف بالطرف الضعيف في العقد، والذي يخضع لعقد تمّ إعداده مسبقا، دون أن يُتاح له المشاركة بإرادته في صياغته.

في إطار التّفاوت الموجود بين طرفي العلاقة العقدية، فقد قرّر المشرّع قواعد تعتبر وسيلة لخدمة المصالح الخاصّة للفرد تحقيقا للعدالة العقدية، وبذلك يمكن القول أنّ نظام التعاقد الحديث، يتّسم بالحماية لمصلحة الطرف الضعيف، ومع هذا التطوّر أصبح من اللازم والضروري، أن يسود في هذه العلاقات التعاون والتضامن بين أطراف العقد، حيث يأخذ كلّ واحد بعين الاعتبار مصلحة الطرف الآخر⁽³⁾، في إطار ما يسمّى بحسن النية في تنفيذ

¹ - حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص. 26.

² - نساخ فطيمة، المرجع السابق، ص. 139-168.

³ - المرجع نفسه، ص. 194.

الالتزامات العقدية، حيث أنّ أمام غياب نصّ قانوني، قام الاجتهاد القضائي الفرنسي بتنمية الالتزام بحسن النّية في مرحلة تكوين العقد، وبالأخصّ من خلال العقوبة المقرّرة في حالة الإخلال بالالتزام بحسن النّية، والمتمثّل في إبطال العقد بسبب تحفّظ تدليسي، والذي عرف تطوّراً ملحوظاً هدفه إعادة التّوازن العقدي من حيث الدّراية⁽¹⁾.

أمّا المقصود بالطّرف الضّعيف في العلاقة العقدية؛ فقد عرفه البعض على أنّه عدم تخصّصه في مجال الطّرف الآخر، ممّا يؤدّي إلى اختلال توازن العقد التّاشي عن انعدام المساواة الفعلية بين طرفي العقد، حيث يعتبر هذا الضّعف أساساً لتقرير الحماية للمتعاقد الضّعيف في العقد، ويمكن أن يكون هذا الضّعف ضعفاً معرفياً أساسه عدم المساواة بين المتعاقدين من حيث الدّراية والمعرفة، ويمكن أن يكون مصدر هذا الضّعف القوّة الاقتصادية للطّرف الآخر، بحيث يسمح له وضعه بإملاء شروطه، كما يمكن أن يكون هذا الضّعف راجع إلى المتعاقد نفسه كحالة الصّورة الاجتماعية، ومن أمثلة هذا العقد نجد العقد الإذعان الذي يضع أحد طرفيه شروطه، ولا يقبل المناقشة فيه، ويقتصر دور الطرف الآخر على مجرّد التسليم والرّضوخ لهذه الشروط⁽²⁾.

ما يمكن ملاحظته أنّ الطّرف الضّعيف في القواعد العامّة غير محميّ سابقاً، وهذا ما استدعى ضرورة تحديد وتقييد إرادة الطّرف القويّ في العقد، وذلك لتحقيق توازن الأداءات بين أطراف العلاقة العقدية.

ب- الطّرف الضّعيف مبرّر لتحقيق الحماية

إنّ معالجة عدم توازن العقد كان بتقرير الحماية للطّرف الضّعيف في مواجهة الطّرف القويّ في العقد، الذي يحتكر السلعة أو الخدمة؛ وكان ذلك باعتماد التّشريعات الحمائية عن طريق تفعيل قواعد قانونية ذات وظيفة اجتماعية، وبذلك تطوّر دور الدولة ليصبح هدفها تحقيق الحماية الاجتماعية لطبقة معينة؛ حيث أنّها أصبحت مصلحة عامة يستدعي تحقيقها من أجل تحقيق المساواة الفعلية، لإعادة التّوازن العقدي عن طريق تراجع مبدأ سلطان الإرادة؛ والذي مفاده انعدام الحرية العقدية بالنّسبة للطّرف الضّعيف في العلاقة العقدية، وضرورة معالجة التّفاوت الحاصل بين الأفراد، عن طريق منح حقوق للأفراد على قدم المساواة، وتقييد إرادة الطرف القوي بالشكل الذي يمنح سلطة للجانب الضّعيف⁽³⁾.

¹ - BURY Bénédicte, op.cit., p.6.

² - نسّاخ فطيمة، المرجع السابق، ص. 194 .

³ - حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السّابق، ص. 26.

ج- الطرف الضعيف مبرر لاجتماعية العقد

ينطلق المشرع من فكرة مجردة، تتأسس على وجود أشخاص يتعاقدون على درجة متساوية ومتشابهة من حيث مراكزهم القانونية، وتكافؤهم الاقتصادي والاجتماعي، وكذا مناقشة المضمون العقدي من كليهما، إضافة إلى الحصول على مزايا متبادلة، هذا ما جعل العقد من صنع الإرادتين وهذا هو الأصل، حيث أنّ كلّ منهما يعمل من أجل إرضاء التوقعات الشرعية للطرف الآخر، ولا يمكن تجاهل ضعف أحد أطراف العقد، أو أن يقوم الطرف القوي في العلاقة العقدية بالانتفاع من وضع الطرف الضعيف وذلك بصفة غير عادلة⁽¹⁾، حيث أنّ الواقع أثبت وجود عقود تتخلّف فيها ممارسة الحرية العقدية؛ نظرا لظروف خارجة عن العقد في حدّ ذاته. سعيا إلى ضرورة ملائمة العقد وأحكامه التقليدية مع الواقع، جسّد ما يسمّى باجتماعية العقد، أي ضبط كلّ نهاية عقد بغرض اجتماعي، والذي هو مجرد متأثر بالواقع الاقتصادي والاجتماعي، والغرض من هذه الفكرة هو حماية الإرادة التعاقدية للطرف الضعيف، لذا كان من الضروري تحديد النهاية الاجتماعية للعقد تكريسا لذلك.

ثانيا: السعي إلى تحقيق العدل الاجتماعي

في إطار تحقيق العدل الاجتماعي، قرّر المشرّع حماية الفئات الضعيفة وفق القواعد القانونية ذات الطابع الاجتماعي؛ وذلك بمنح الأولوية للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة، وضرورة توظيف التشريعات الحماية كآلية لتحقيق العدل الاجتماعي.

أ- أولوية المصلحة العامة على المصلحة الخاصة

إنّ الواقع حطّم مقولة أنّه بتحقيق مصلحة الفرد تتحقّق مصلحة المجموع، وأثبتت أنّ الحرية الفردية حرّية وهمية، وأنّ المساواة الاجتماعية بين أفراد المجتمع مستحيلة التحقيق لاختلاف الأفراد في قدراتهم ومواهبهم، فاختارت مقولة أنّ العقد يراد به العدل، وأنّ العقد هو أهمّ إطار تمارس فيه الحرّية وأنّ الفرد هو الكفيل بتحقيق مصلحته، وبفعل كلّ التغيّرات ثبت عدم كفاية القواعد العامة لتحقيق العدالة العقدية⁽²⁾.

¹ - GHISLAIN Tabi Tabi, op.cit., p.94.

² - نشاخ فطيمة، المرجع السابق، ص. ص. 196-217.

حيث تمّ اللجوء إلى العديد من الحلول التي توسّعت في المفاهيم التقليدية لنظرية العقد مثل اعتماد الالتزام بالإعلام كالتزام قبل تعاقدى؛ والذي يلزم أحد أطراف العقد بأنّ يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم متنوّر على علم بكافة تفاصيل هذا العقد، وذلك بسبب ظروف واعتبارات معيّنة قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد، أو صفة أحد طرفيه أو طبيعة محله⁽¹⁾.

فالعقد لم يصبح في خدمة الحرّية الفردية، إنّما أصبح في خدمة مصلحة المجتمع وتوظيفه في هذا الغرض سعياً إلى تحقيق الصّالح العامّ حتّى ولو كان مساساً بالمصلحة الخاصّة؛ لأنّها تتفق على الدوام مع المصلحة العامّة، وأولوية المصلحة العامّة على المصلحة الخاصّة جاء نتاجاً للمساوى التي تحققت بتكريس الحرية الفردية، فكان لابدّ من اعتماد اتجاه آخر، وسبب علو المصلحة العامّة على المصلحة الخاصّة؛ يتمثّل في أنّ حرية الفرد ليست في خدمة المصلحة العامّة، والذي استدعى ضرورة ترجيح المصلحة العامّة على مصلحة الفرد.

ب- ضرورة توظيف التشريعات الإجتماعية لتحقيق العدل الاجتماعي

ترتبط القواعد الخاصّة المتمثّلة في جملة التشريعات الاجتماعية ذات الوظيفة الحماية، بضرورة تحقيق العدل الاجتماعي، والذي يعتبر طريقاً للعدالة، وبذلك لم يعد العدل هدفاً يتوقّف تحقيقه على ضوء اعتبارات الصّالح العامّ، وعلى ما قد يوجد بين الأطراف من تفاوت في القدرات⁽²⁾، فارتبط مفهوم المصلحة العامّة بمفهوم العدل التوزيعي بين المصالح الخاصّة الذي تسهر السّلطة العامّة على تحقيقه⁽³⁾.

إضافة إلى ذلك فإنّ مفهوم العدل يقترن بكلّ نظام اقتصادي، حيث أنّه ثبت أنّ كلّ الأنظمة تحمل مفاهيم اجتماعية، فالعدل الاجتماعي مغزى كلّ نظام اقتصادي سواء كان لبرالياً أو اجتماعياً، فإنّ كلّ منهما يحمل مبادئ وقيم اجتماعية، فنظام السّوق بمفهومه المعاصر يتضمّن التزاماً أساسياً بتحقيق العدالة الاجتماعية⁽⁴⁾.

¹ - عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك - دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، مصر، 2004، ص. ص. 217، 218.

² - نساخ فطيمة، المرجع السابق، ص. ص. 210 - 217.

³ - همام محمد محمود زهران، الأصول العامّة للالتزام - نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004، ص. 18.

⁴ - نساخ فطيمة، المرجع السابق، ص. ص. 210 - 217.

ثالثا: السّعي إلى تحقيق العدالة العقدية

إنّ عدم وجود تعريف لفكرة العدالة العقدية، لا يمنع من الاعتراف بأنّه من خلالها يعيد المشرّع للعقد توازنه، وهذا الوضع ساعد على تحقيق الأمن والاستقرار القانوني من جانب، ومن جانب آخر فإن مع تطوّر نظام التّعاقّد أصبحت العدالة العقدية أساس القوة الملزمة للعقد.

أ- العدالة العقدية وسيلة لتحقيق الأمن والاستقرار القانوني

أدّى الوضع غير المتساوي بين الأفراد إلى ظهور فلسفة جديدة قائمة على فكرة العدالة العقدية، فوفقا لهذه الفلسفة؛ العقد لم يحتفظ بمفهومه التقليدي؛ إنّما أخذ مفهوما جديدا تمحور حول فكرة أنّ العقد لم يعد قائما على فكرة تصادم المصالح بين المتعاقدين، بل إنّّه ينتظر بإبرام العقد أن المتعاقدين يتعاونان ويتضامنان في إطار العلاقة العقدية، حيث أنّ الفقيه "fouillé" يعتبر أنّ العقد هو الوسيلة الوحيدة القادرة على تحقيق التوازن بين الحرية والتضامن، فكلّ متعاقد عليه أن يقدم للطرف الآخر المتعاقد معه ما ينتظره من العقد، فإعراعي بذلك كلّ متعاقد مصلحة المتعاقد معه، وذلك بغرض تحقيق العدالة العقدية التي تستدعي أن يسود في العلاقة العقدية مبدأ حسن النية والتّزاهة، أكثر من اعتمادها على مبدأ سلطان الإرادة⁽¹⁾.

من أجل تحقيق العدالة العقدية والأمن والاستقرار للمعاملات المدنية، كان من الضروري التّضحية بالحرية العقدية والمساس بمبدأ الرّضائية، وهذا ما يبرّر التقييد الحاصل على الإرادة المتعاقد أي الحرية الفردية، وذلك بمقتضى ما يسمّى بقواعد النظام العامّ الاجتماعي الحمائي، وبذلك لم تعد تشكّل التشريعات الاجتماعية عائقا على الحرية العقدية بل هي مصدر للعدالة العقدية⁽²⁾.

ب: العدالة العقدية أساس القوة الملزمة للعقد

إنّ وظيفة التشريعات الخاصّة وبالتّحديد التشريعات الاجتماعية الحمائية، هي تحقيق العدالة العقدية في العلاقة غير المتساوية، وهذه العدالة هي التي تحدّد مشروعية القوّة الملزمة للعقد، وتعتبر مرآة لحسن النية والتّزاهة التي يجب أنّ تسود المعاملات المدنية غير المتساوية الأطراف، وهذا ما يبرّر عملية محاربة الشّروط التعسفية الواردة في العقد، بسبب عدم التوازن الاقتصادي أو عدم مساواة أطراف العلاقة العقدية، لذلك يتمّ إقصاء هذه الشّروط باعتبارها تمثّل خرقا لمبدأ العدالة العقدية؛ حيث ذهب البعض إلى اعتبار أساس القوّة الملزمة للعقد هي التّضامن

¹ - نساخ فطيمة، المرجع السابق، ص. 218، 226.

² - حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص. 28.

والتعاون⁽¹⁾، الذي يربط طرفي العقد ببعضهما البعض، حيث أنّ التضامن يتكوّن من عنصرين، هدفهما إعادة التوازن العقدي، يتمثّل الأول في علاقة التضامن الموجودة بين أطراف العقد، أما الثاني فيتمثّل في التوافق بين المصالح المتعارضة، حيث أنّ التضامن عنصر أساسي في العقد، ويعتبر مصدر لأخذ الأطراف بعين الاعتبار مصالح بعضهما البعض، والتعاون على تحقيق التوقعات الشرعية لكلّ طرف⁽²⁾.

1_ نساخ فطيمة، المرجع السابق، ص. ص. 226 - 234.

2_ GHISLAIN Tabi Tabi, op.cit., p.p. 98, 119.

المبحث الثاني

الآثار القانونية المترتبة على البنك تجاه العملاء

مُنحت للبنك سلطة التعاقد مع العملاء سواء كانوا أشخاص طبيعيين أو معنويين، وذلك بالنظر للعمليات المصرفية التي يقومون بها من خلال عرض خدماتهم مقابل أخذ نسبة معينة من الفوائد، حيث أن البنك يمثل الطرف الأقوى في العلاقة العقدية باعتباره مانح القرض، ومسير الثروة المصرفية وصاحب خبرة في هذا المجال بما يقوم به من توزيع للقيم العقارية ومناقشتها، إلى غير ذلك من التصرفات المصرفية⁽¹⁾.

لذا قام الفقه والاجتهاد القضائي بفرض التزامات حديثة على عاتق البنك تجاه الأشخاص الذي يتعامل معهم⁽²⁾، في إطار الاتصالات والمحادثات الموجودة بينهم، بتنويرهم وإعلامهم حول كل ما يتعلق بالعمليات التي تخصهم (المطلب الأول)، وكذا تحذيرهم وحمايتهم من كل الاخطار القائمة أو المحتملة جزاء هذه النشاطات (المطلب الثاني)، كما يجب على البنك مراقبة كل ما يخص العملاء، وتقديم لهم مجمل النصائح الممكنة إثر إعلامهم بمختلف البيانات المتعلقة بالعمليات محل التعاقد (المطلب الثالث).

المطلب الأول

الإعلام كالتزام حديث للبنك تجاه العملاء

بدأت ملامح هذا الالتزام تتبلور في الاجتهاد الفرنسي، وذلك نتيجة للتطور الهائل الذي شهدته الحياة الاقتصادية خاصة من الناحية التقنية، بحيث أصبح المهني يملك الكثير من المعطيات حول الخدمات التي يقدمها والتي تغيب جزئياً أو كلياً عن الطرف الآخر (العميل) المتعاقد معه، وقد وسع الفقه والاجتهاد من نطاق تطبيق

¹ - EMMENEGGER, SUSANE, Le devoir d'information du banquier, in: Christine Chappuis/Benedict WiNiger (Hers.), La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel, Genf/Zurich/Basel, 2009, p. 68.

² - BLOUGH Rachel, le forçage du contrat à la théorie générale, préface Dominique fenouillet, presses universitaires, d'Aix- Marseille, Paris, 2011, p.75.

الالتزام بالإعلام ليشمل القطاع المصرفي، فأصبح هذا الالتزام من الالتزامات الأساسية المفروضة على البنوك تجاه العملاء⁽¹⁾.

الفرع الأول: تعريف التزام البنك بالإعلام وطبيعته القانونية

يقتضي الالتزام بالإعلام ضرورة تزويد العميل بالبيانات المتعلقة بمحل العقد، من خلال وسائل معينة، فهذا الالتزام يتناول بشكل عام الشروط العقدية، وما يرد عليه العقد المبرم⁽²⁾.

أولاً: تعريف التزام البنك بالإعلام تجاه العملاء

يمثل هذا الالتزام التزاماً عاماً في عقود الاستهلاك، يتوقّر بصفة أساسية في المرحلة السابقة على التعاقد بهدف تنوير إرادة المستهلك، كما يمكن أن يكون كذلك في مرحلة إبرام وتنفيذ العقد.

يتفق الفقه على كون هذا الالتزام قابلاً للتطبيق سواء تعلق الأمر بعقد الاستهلاك التقليدي، أو العقد الإلكتروني، حتى وإن كانت آليته في الحالة الأخيرة تختلف عنها في الحالة الأولى؛ بحيث يتم الإعلام في الحالة الأخيرة بشكل إلكتروني من خلال الأشرطة الإعلانية في المواقع مثلاً، أو باستعمال خدمة البريد الإلكتروني وغيرها.

فالالتزام بالإعلام سواء الإلكتروني أو التقليدي يعتبر التزام سابق على التعاقد، يتعلق بالتزام البنك بأن يقدم للعميل عند تكوين العقد البيانات اللازمة لتنوير إرادته، وإحاطته علماً بكافة تفاصيل وظروف، وملابسات هذا العقد، لذا فالإعلام شرط لحرية العميل في اختيار إبرام العقد أو عدمه⁽³⁾.

ثانياً: الطبيعة القانونية لالتزام البنك بالإعلام تجاه العملاء

يكون الالتزام بالإعلام إما في المرحلة ما قبل التعاقد، وإما في مرحلة تنفيذ العقد، وذلك بهدف تنوير إرادة العميل وإقامة التوازن بين طرفي العقد فيما يخص العلم بالبيانات المتعلقة بنود العقد ومحلّه، لذا قام المشرع بفرض

¹ آيت وازو زابنة، مسؤولية البنك المركزي في مواجهة الأخطار المصرفية في ظل القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، 2012، ص. 248.

² خالد عطشان غزارة الظفيري، "المسؤولية المدنية للبنك عن عمليات القروض الاستهلاكية تجاه العميل المقترض"، مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق، جامعة الكويت، العدد 49، 2012، ص. 407-480.

³ خليفي مریم، "الالتزام بالإعلام الإلكتروني وشفافية التعامل في مجال التجارة الإلكترونية"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة بشار(الجزائر)، العدد 04، 2011، ص. 201-223.

الإدلاء ببعض البيانات المتعلقة بالعمليات المصرفية على المهني المتمثل بالبنك، إذ أن هذا الإلتزام يتصل بكل العمليات التي يقوم بها البنك، فعليه إخطار عميله بالعمليات التي يقوم بها بأكثر وضوح، والتصرف بإخلاص إنجابه⁽¹⁾، ويظل هذا الإلتزام محتفظا بطبيعته القانونية سواء ما تعلق بالمرحلة السابقة للعقد، أو بمرحلة التنفيذ. الإلتزام بالإعلام قد يكون اتفاق بين المهني المحترف أو المتخصص في مجال العمليات المصرفية، وبين العميل الذي يهدف إلى توظيف أمواله فيه، أو الاقتراض منه، والذي يكون جاهلا بالقواعد المتعلقة بهذه العمليات، لذا فمن واجب البنك تبصيره بكل المعلومات الجوهرية المتصلة بمحل العقد وتوفير له العلم الكافي، من أجل السماح له باتخاذ قرار سديد صادر عن إرادة حرة ومستقلة⁽²⁾.

إن هدف التشريع من خلال فرضه لهذا الإلتزام هو ضمان سلامة العميل، وتمكينه من الانتفاع بالخدمة المقدمة له، والطبيعة القانونية لهذا الإلتزام تتمحور حول ما إذا كان هذا الإلتزام التزاما بتحقيق نتيجة، أم إلتزام ببذل عناية.

أ- إلتزام البنك بالإعلام إلتزام بتحقيق نتيجة

إن إلتزام البنك بإعلام الطرف المقابل في العقد المتمثل في العميل، هو إلتزام بتحقيق نتيجة خاصة في المجال المصرفي الذي يتصف بالحساسية والدقة، لكونه يتعلّق بالأموال والحسابات، فهذا الإلتزام لن يكون له معنى إلا إذا اعتبر كتطبيق للإلتزام بتحقيق نتيجة، فالبنك عندما يقوم بإعلام العميل عن طريق تقديم كافة المعلومات والبيانات سواء في الفترة ما قبل التعاقد أو في فترة تنفيذ العقد؛ فإن هذا التصرف غرضه تحقيق نتيجة معينة والمتمثلة في تنوير وتبصير ارادة العميل للتعاقد بإرادة حرة، باشماله على كل العناصر الجوهرية للعقد⁽³⁾.

¹ - حديد أميرة، النظام القانوني للبنوك الخاصة في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، 2008، ص. 115.

² - آيت مولود فاتح، حماية الادّخار المستثمر في القيم المنقولة في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، 2012، ص. 233.

³ - مصطفى أحمد أبو عمرو، الإلتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010، ص. 73.

ب- إلتزام البنك بالإعلام إلتزام ببذل عناية

"يُجمع الفقه والاجتهاد على أن الإلتزام بالإعلام؛ هو التزم ببذل عناية وليس التزم بتحقيق نتيجة، ذلك أن إعطاء المعلومات ومن ثم إساءة التصيحة يتمثل بتوجيه خياراته للعميل وتبليغه بالنتائج المترتبة عليه، مع ترك حرية الاختيار لهذا العميل، بحيث يبقى مسؤولاً عن خياراته"⁽¹⁾.

معنى ذلك أنه على البنك أن يبذل العناية الكافية لإحاطة العميل بما يلزم من معلومات لتبصير ارادته قبل التعاقد، أو لضمان سلامته حال التنفيذ⁽²⁾، وهذه العناية تقاس بعناية الرجل العادي.

الفرع الثاني: الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد وشروط نشوئه

لم يتم الاهتمام بدراسة الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد إلا من وقت قريب، لهدف تحقيق الحماية الموضوعية للعميل، بمواجهة الأخطار التي قد تنشأ في ظل التغيرات الاقتصادية، والتحوّلات الاجتماعية والتطورات العلمية والتكنولوجية الحديثة⁽³⁾، وهذا الإلتزام ما هو إلا تجسيداً لفكرة التضامن التي أصبحت من ضروريات التعامل الحديث، خاصة بعد توجيه آثار العقد إلى تحقيق الغاية الإجتماعية، وحماية مصلحة المتعاقد الضعيف، وأساس هذا الإلتزام هو مبدأ حسن النية⁽⁴⁾.

أولاً: الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد كتطبيق للالتزامات الإضافية

يجد هذا الإلتزام نشاطه الطبيعي في المرحلة السابقة على نشوء العقد، وهي مرحلة ميلاد الرضا وتصحيحه، كما يجده كذلك في مبدأ حسن النية قبل التعاقد، والذي يوجب أثناء مرحلة المفاوضات الصدق والأمانة في مواجهة العميل، والغرض منه يتمثل في السعي إلى تنوير، وتبصير العميل حول كل المعلومات والبيانات التي تعتبر جوهر العقد .

لهذا الإلتزام دور مهمّ في ضبط سلوك المتعاقدين، ومراقبة المحتوى العقدي خاصة فيما يتعلق بمرحلة تكوين العقد، ويتمتع بخاصيتين؛ بحيث قد يكون التزم عام سابق على التعاقد، كما قد يكون التزم غرضه إيجاد رضا سليم.

¹ - رزوق يسمينة وصدودي لهناء، التزمات البنوك للتصدي لجرمة تبييض الأموال، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية، 2013، ص. 27 .

² - مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص. 74.

³ - عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 217، 218 .

⁴ - نساخ فطيمة، المرجع السابق، ص. 256، 257.

أ- إلتزام البنك بالإعلام التزم عام سابق على التعاقد

يجد هذا الإلتزام نشاطه في المرحلة ما قبل التعاقدية، ويستمد مبادئه من القانون عن طريق التعريف السابق للعقد، ويكمن هدف هذا الإلتزام بقيام البنك المتمتع بمركز ممتاز، في هذه العلاقة بتقديم البيانات اللازمة للعميل، والغرض منه إيجاد رضا سليم متيقن بكافة تفاصيل العقد المراد إبرامه، وذلك لاعتبارات معينة قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد أو محله، أو صفة أحد طرفيه، ويجب أن تكون هذه البيانات والمعلومات ذات أثر بالغ في مدى إقبال العميل على التعاقد، ولا تكون كذلك إلا إذا كانت ذات أهمية بالغة، بحيث لا يستطيع العميل الحصول عليها، إلا عن طريق البنك نظرا لاختصاصه وخبرته في المجال المصرفي.

يعتبر هذا الإلتزام من ضروريات التعاقد الحديث، وبما أنه كذلك فهو يعتبر التزم عام، أي يسود معظم العقود التي يظهر فيها اختلاف بين قدرات المتعاقدين من حيث العلم والدراية، ويساهم في تحقيق التوازن المفقود⁽¹⁾.

ب- إلتزام البنك بالإعلام قبل التعاقد غرضه إيجاد رضا سليم

إن العمل الذي يقوم به البنك في الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد، يؤدي إلى تنوير رضا العميل، وحماية إرادته من العيوب التي قد تواجهها، أو تتخللها مما قد يؤثر سلبا على سلامتها، ولتفادي هذا يجب على البنك أن يركز على ضرورة تقديم المعلومات، والإرشادات التي تسمح للعميل بتكوين فكرة واضحة عن محل العقد، من خلال إمكانية الإمام بجوهر العقد المراد إبرامه؛ بالتالي صدور رضا حرّ مستقل حول العقد، وكل الشروط المتعلقة به⁽²⁾.

ثانيا: شروط نشوء إلتزام البنك بالإعلام السابق على التعاقد

يعتمد هذا الإلتزام على فكرة مفادها، أن البنك يجوز على كل البيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد، مقابل وجود العميل في مركز الضعف من الناحية الاقتصادية والمعلوماتية⁽³⁾، من هذه الفكرة نستمد شروط هذا الإلتزام المتمثلة في علم المهني بالمعلومات محل التعاقد، ومدى تأثيرها على إرادة العميل، وكذا جهله لهذه المعلومات.

¹ نساخ فطيمة، المرجع السابق، ص. 258.

² المرجع نفسه، ص. 259.

³ مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص. 54.

أ- علم البنك بالبيانات والمعلومات محل التعاقد

إنَّ العلم بالبيانات العقدية والمعلوماتية أمر غاية في الأهمية في مختلف التشريعات، تماشياً مع مبادئ حسن النية، لحماية الطرف الضعيف الناقص للخبرة⁽¹⁾.

باعتبار البنك مهني وخبير في المجال المصرفي، لا بد أن يكون عالماً علماً شاملاً وكافياً بالبيانات والمعلومات، والسّمات الجوهرية لمحل العقد، والتي ألزمه المشرع الإفصاح عنها للعميل، بحيث لا يكفي العلم بها فقط، إذ يتعدّها إلى العلم بمدى أهمّيّتها، ودورها الفعّال والمؤثّر في تكوين رضا العميل⁽²⁾.

ب- تأثير البيانات والمعلومات محل التعاقد على إرادة العميل

يجب أن تكون المعلومات المتوفّرة لدى البنك من شأنها التأثير على القرار التعاقدى للعميل، فالبيانات التي لا تؤثّر على إرادة هذا الأخير لا يجب بالضرورة الإفصاح عنها، وبالتالي لا يؤخذ على البنك الامتناع عن الإدلاء بها، فالأكثر أهمية هو مدى تأثير هذه البيانات على إرادة العميل الذي وُضِع الالتزام بالإعلام من أجل حمايته⁽³⁾.

ج- جهل العميل بالمعلومات والبيانات محل التعاقد

إن التزام البنك بإعلام العميل يرجع لجهل هذا الأخير للبيانات الجوهرية الواردة في العقد، والتي تقرّر الالتزام بالإعلام من أجل حمايته من تبعات وعواقب هذا الجهل، وتأثيره على إرادته في التعاقد، وقد يستند هذا الجهل إلى استحالة العلم بهذه البيانات، فيمكن أن تكون الاستحالة موضوعية، ويقصد بها استحالة العلم بالمعلومات المتعلقة بالشيء القانوني أو المادي محل التعاقد، كما يمكن أن تكون الاستحالة شخصية؛ بمعنى ما يتعلق بشخصية العميل كقلة خبرته، في هذه الحالة يُعتبر العميل بأنّه غير مهني أو غير متخصصّ.

المطلب الثاني

التزام البنك بالحماية والالتزام بالتحذير تجاه العملاء

إن فرض القانون على البنك للالتزامات التي من شأنها جعل العقد المبرم أو المراد إبرامه متوازناً، كان لمصلحة العميل بحيث يحقّ نوع من العدالة العقدية، حتى ولو اعتبرت هذه الالتزامات إرهاقاً بالنسبة للبنك.

¹ - عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 255، 256.

² - خليفي مريم، المرجع السابق، ص. 206.

³ - مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص. 59، 60.

تفرض هذه الالتزامات في معظم العقود التي يكون فيها الطرف الضعيف مستهلكا، بمعنى يبرم التصرف القانوني بهدف الحصول على مال أو خدمة، بشرط أن يديره بنفسه، أو خلفا له، وعند قيامه بالعملية المصرفية يستوجب القانون على البنك توفير الحماية المطلوبة له، في كل ما يتعلق بصحة وسلامة مصالحه الاقتصادية، وإرادته التعاقدية⁽¹⁾، وكذا تحذيره من المخاطر المصرفية التي يمكن أن يتعرض لها.

الفرع الأول: الحماية كالتزام حديث للبنك تجاه العملاء

يجد الإلتزام بالحماية أصله في الإلتزام العام بعدم تعريض العملاء للخطر، من خلال توفير حماية لكل البيانات المتعلقة بمصالحهم، والتزام البنك بالحماية لا بد أن يكون متوازنا، بحيث يراعي فيه احترام كل ما يتعلق بالعمل من معلومات شخصية، وبيانات خاصة بدمته المالية. قد تكون هذه الحماية واردة في العقد، أو نتيجة لاتفاق سابق للأطراف، وما ظهورها واعتبارها كالتزام واجب على البنك تجاه عملاءه إلا نتيجة لغيابها عن العقود السابقة، ما أدى إلى تعرض العملاء والمستهلكين لأخطار متعددة تصيب مصالحهم ومكاسبهم.

أولاً: تعريف إلتزام البنك بالحماية تجاه العملاء

إن الإلتزام بالحماية هو توفير الأمان للعميل من أجل تحقيق الحد الأدنى من الخدمات، وذلك بمواجهة كل الأخطار التي تهدد مصالحه، والقيام بكل الإجراءات التي توفر له هذه الحماية. بمعنى آخر فإن البنك ملزم بالحفاظ على المعلومات الشخصية للعملاء، خاصة منها الأكثر حساسية والمتعلقة بالأرقام السريّة والعمليات البنكية⁽²⁾، من خلال وضع نظام وقائي يمنع وصول هذه المعلومات إلى الغير.

ثانياً: الطبيعة القانونية لالتزام البنك بالحماية تجاه العملاء

يرى جانب من الفقه أن الحماية بطبيعتها ليست وليدة العقد، وإنما هي نتيجة للاتفاق الوارد بين أطراف العقد، لكن هناك رأي آخر يرى بأن الإلتزام بالحماية هو التزام عقدي. باعتبار أن الحماية تم كل شخص، لا يمكن اعتبارها ميزة خاصة بالعقد فهي مرتبطة بالتزام عام، ألا هو الإلتزام بعدم الإضرار بالغير، وبما أنه التزام عام يهم كل الأفراد فإنه عام كذلك بالنسبة لمضمونه، من خلال

¹ - عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 43.

² - ROUTIER Richard, obligation et responsabilités du banquier, 3^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2011, p. 431.

مواضيعه الإيجابية والسلبية وبالضبط؛ لأن هذه الحماية تكون ضمن نسيج من الالتزامات والآثار العقدية، فيمكن اعتبار الإلتزام بالحماية ذو طبيعة عقدية.

إذن وبما أن هذا الإلتزام ذو طبيعة عقدية؛ فإن تنفيذ العقد المبرم بين البنك والعميل يعرض هذا الأخير إلى خطر، لا يتعرض إليه الغير الخارج عن نطاق التعاقد، والخطر لا يمس البنك بصفته الطرف الممتاز في العلاقة التعاقدية، وإنما يمس ويهدد العميل بصفته غير متخصص، لذا يقع على عاتق البنك إلتزام بحماية هذا العميل.

يمثل الإلتزام بالحماية التزاما عقديا، بإرادة الأطراف في الحالات المتفق عليها في العقد، ومعيار الخطر الخاص الناشئ عن العقد يسمح بتحديد الحالات، التي يكون فيها الإلتزام بالحماية ناشئ عن إرادة الأطراف⁽¹⁾.

ثالثا: تطور إلتزام البنك بالحماية تجاه العملاء

شهد الإلتزام التعاقدية بالحماية تطورا ملحوظا، حيث نجد في وقتنا الحالي تطبيقاته في معظم العقود، فانتشار هذا الإلتزام في العقد كان نتيجة لعدم وجوده سابقا، أمّا بالنسبة لوجوده فلم يكن هناك أيّ معيار يسمح بتحديد العقود التي تتضمن مثل هذا الإلتزام، ولا أيّ معيار يسمح بتحديد، هل هو الإلتزام ببذل عناية أم بتحقيق نتيجة.

بالنسبة للخاصية العقدية لهذا الإلتزام نجد له تحليلين، الأول غير موضوعي يؤدي إلى تأسيسها على إرادة أطراف العقد، فحسب نظرية استقلال الإرادة فلا يمكن اعتبار هذا الإلتزام تعاقديا؛ إلاّ بشرط أن يجد مصدره في إرادة الأطراف؛ أما التحليل الثاني فيعتمد على النظرة الموضوعية التي نجد أساسها في المادة 1135 من ق.م.ف.⁽²⁾، حيث أنّها تدعو القاضي إلى ما وراء الإرادة الصريحة للأطراف، من أجل التعرف على آثار وأهداف العقد.

¹ - BLOUGH Rachel, op.cit., p.80.

² - المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي:

« les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature » *in*

.http://www.legifrance.Gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=12/05/2014.

إذن هذا الإلتزام أساسه العدل وتحقيق التوازن بين أطراف العقد، كما يرمي إلى حماية الطرف الضعيف فيه، فالاعتماد على معيار الخاصية العقدية لتحديد مجال الإلتزام بالحماية، هو معيار غامض وواسع، لذا قام الفقه بابتكار معيار آخر هو معيار الخطر، لكن هذا لا يكفي ولا يسمح بشمل، وتحديد مجال تطبيق الإلتزام بالحماية، إذ ليس له علاقة بموضوع العقد ولا بمصلحة المدين⁽¹⁾.

إن الإلتزام التعاقدى بالحماية يعتبر في الأصل التزاما بتحقيق نتيجة، واللجوء إلى الإلتزام التعاقدى بتحويل عبء الإثبات إلى المسؤولية التقصيرية، التي تمنح للعميل ميزة إثبات وجود الضرر للحصول على التعويض، وإيقحام الإلتزام بالحماية في مجال العقد فإنه يعتبر عبء ثقيل على البنك، لذلك تمّ البحث عن التخفيف من شدّته، وذلك بظهور الإلتزام ببذل عناية، والذي يتمثل في الإجراءات اللأزمة التي يتّخذها البنك، من أجل ضمان حماية المتعاقد الآخر، فالعميل الذي يسعى للحصول على التعويض، يقع عليه عبء إثبات خطأ البنك خلال تنفيذه للإلتزامه.

إنّ تبني الأساس العقدي للإلتزام بالحماية، ساهم في انتشاره وتوسّعه وعرف نجاحا متزايدا، حيث أنّه انتشر ليشمل عدة عقود، وهذا التوسع هو الذي أدّى إلى ظهور التمييز بين الإلتزام بتحقيق نتيجة والإلتزام ببذل عناية، ما ساعد على التعديل من حدّته وفقا لمصالح الأطراف، إذ أنّه من الظلم تحميل البنك عبء الإلتزام بتحقيق نتيجة.

إنّ الهدف من إدراج هذا الإلتزام في العقد؛ هو ضمان تعويض العميل المتضرر، فمع الظهور والتطور السريع للإلتزام بالحماية، وبذل عناية لم يتم بلوغ هذا الهدف، لأنها أدّت إلى اختفاء خاصية الإثبات والتي جعلت التعويض أمرا صعبا، إلا بعد أن أقرّ المشرع الفرنسي للضحية ميزة إثبات الضرر في تقنينه المدني حسب الفقرة الأولى من المادة 1384⁽²⁾؛ إذن فالإلتزام بالحماية لا يكون قانونيا، إلا إذا كان هدفه تحقيق نتيجة بحيث يتحقق التعويض⁽³⁾.

¹ - BLOUGH Rachel, op.cit., p. 81.

² - « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde ».

³ - BLOUGH Rachel, op.cit., p. p.90, 91.

الفرع الثاني: التحذير كالتزام حديث للبنك تجاه العملاء

يمثل العملاء الطرف الضعيف في العقد باعتبارهم جاهلون بكل التقنيات، والخبرات التي يتمتع بها البنك في المجال المصرفي؛ لذا يلتزم هذا الأخير بتحذيرهم بعد الاستعلام عن معارفهم، وقدراتهم من أجل تكييف جودة ومضمون تدخله، فما المقصود بالالتزام بالتحذير؟⁽¹⁾.

في سبيل خدمة هؤلاء العملاء وحمايتهم، قام التشريع الفرنسي بإثقال عاتق البنك وفرض عليه الالتزام بتحذير العملاء، من كل المخاطر التي قد تعترض العملية المصرفية باعتبارها قطاع مالي، فإنه غير مستقر إذ هو معرض لمختلف الاهتزازات والتقلبات، بمعنى أنه معرض بشكل دائم لمختلف الأخطار الناتجة عن عدم الاستقرار⁽²⁾.

كما لا بد عليه من تحذيرهم وتنبههم بأن القرض قد يكون مرهق عليهم، لذا فعلى البنك حماية العميل وعدم الإضرار به⁽³⁾.

أولاً: تعريف إلتزام البنك بالتحذير تجاه العملاء

يتمثل هذا الإلتزام بقيام البنك بتحذير العميل، وإثارة انتباهه إلى الظروف المحيطة بالعملية المصرفية، بحيث يحيطه علماً بما يحتويه العقد، وما ينشأ عنه من مخاطر مادية أو قانونية، كما يُنبّه بمصادر الخطر التي يمكن أن تعترض العمليات المصرفية، وكيفية التعامل معها على النحو الذي يوقيه منها⁽⁴⁾.

يعتبر هذا الإلتزام من النتائج الطبيعية لفعالية مسايرة الفكر القانوني للتطورات العلمية، والتكنولوجية الحديثة؛ بحيث يعمل على تحقيق حماية فعلية للعملاء، من خلال تحذيرهم من الأخطار التي يمكن أن تنشأ جراء العمليات المصرفية⁽⁵⁾، وهو إجراء وقائي يكمن في مساعدة العميل بتحذيره، ولفت إنتباهه لتمكينه من ضمان حمايته من الأخطار التي يمكن إدراكها⁽⁶⁾.

¹ - NEAU LEDUC Philippe, droit bancaire, 4^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2010, p.110.

² - آيت وازو زائنة، المرجع السابق، ص. 68 .

³ - خالد عطشان عزاره الظفيري، المرجع السابق، ص. 5 .

⁴ - مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص. 40.

⁵ - عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 219.

⁶ - خليفي مريم، المرجع السابق، ص. 206.

ثانيا: تطوّر إلتزام البنك بالتحذير تجاه العملاء

يعتبر هذا الإلتزام من الابتكارات الحديثة للاجتهادات القضائية، وقد أقرتها الأحكام الصادرة من الغرفة المدنية للقضاء الفرنسي، فهو عامل جديد في المسؤولية البنكية.

إن مفهوم هذا الإلتزام يختلف عن مفهوم غيره من الإلتزامات السابقة في نظر الاجتهاد القضائي، وهذا راجع لاختلاف أوقات تطبيقهم، وكذا الطرق والوسائل المساهمة في القيام بها⁽¹⁾، وعلى غرار الإلتزامات الأخرى قام المشرع الفرنسي بالأخذ بصفة العميل، وتحديد مدى التزام البنك به باعتباره محدّراً أو غير محدّراً؛ فالعميل غير المحدّر يكون قليل الخبرة، ولا يملك رأسمال معتبر حيث يكون دخله متواضع، كأن يكون العميل مديراً لمشروع معين، لكن يفتقر هذا الأخير للخبرة الكافية واللازمة لإدارته، بمعنى يكون العميل غير محدّر عندما يكون مجرد من المعرفة الخاصة بالآلية والتقنية المالية؛ إذن هو كل عميل ليس لديه القدرة الذاتية على تحديد مخاطر العملية المصرفية التي يقوم بها، ويرغب في الحصول على مكاسبها، والبنك ملزم بتحذير العميل غير المحدّر، لأن العميل المحدّر هو الذي يقتض من أجل مهنته أو من أجل العمل المختص به؛ فمثلاً المختص في المواد التجميلية يقتض من أجل فتح صالون تجميل، يعتبر عميل محدّر بصفته عالماً بتفاصيل ومخاطر هذه المهنة، ولا يحتاج للبنك من أجل تنويره بذلك⁽²⁾.

لذا فمن هذه الناحية يعتبر التّزام مستقل عن غيره من الإلتزامات؛ إلاّ أنّه يتفق معهم من حيث الهدف المتمثل في تحقيق التوازن العقدي، وكذا حماية الطرف الضّعيف في العلاقة العقدية.

ثالثاً: شكل وحدود إلتزام البنك بالتحذير تجاه العملاء

عند فرض هذا الإلتزام لنفسه في عقود معينة، لا بدّ كذلك من فرض شكله وكذا تبيان، وشرح حدوده.

أ- شكل الإلتزام بالتحذير

قام الاجتهاد القضائي بوضع على عاتق البنك عبء إثبات قيامه بهذا الإلتزام بكافة الطّرق، كدليل كتابي مثلاً، ويقع التحذير على العرض المتعلق بالقرض، حيث يتم تحذيره بالنتائج التي يمكن أن تنتج عن هذا القرض،

¹ - ROUTIER Richard, op.cit., p. 561.

² - خالد عطشان عزاره الظفيري، المرجع السابق، ص.ص. 451، 452.

إذ أن الاجتهاد القضائي يشترط أن يكون التحذير كافيا وملائمًا، ومكيّفًا حيث يمكن للبنك أن يشترط من العميل توقيع وثيقة واضحة كإقرار عن التحذير، وبما أن مضمون هذا الأخير يتعلّق بحالة العميل، فمن مصلحة البنك الإشارة في العقد بأنّه وافق على التحذير، وفقا للمعلومات المقدمة له من طرف العميل⁽¹⁾.

ب- حدود الالتزام بالتحذير.

يقتصر الالتزام بالتحذير، على لفت انتباه العميل إلى عوامل الخطر المحيطة به، وذلك لتفادي تخوفه ما يؤدّي به إلى التنازل عن إبرام العقد؛ أمّا بالنسبة لإثبات هذا الالتزام فليس للعميل غير المحذّر أو الغير متخصص أن يثبت بأنّه لم يتم تحذيره كفاية، ما يربّب مسؤولية البنك، وأتمّ مجرد تقرير أن العملية المصرفية المراد إجراؤها غير ملائمة لقدرات هذا العميل، يفترض أنّ البنك لم ينفذ التزامه، وفي حالة ما إذا قام البنك بإثبات تحذيره للعميل غير المتخصص ورغم ذلك قرّر هذا الأخير التنفيذ، ففي هذه الحالة لا تتقرّر مسؤولية البنك، وبذلك فعبد الإثبات هنا يقع على البنك، وعلى قاضي الموضوع التحقق من أنّه نفذ التزامه بالتحذير⁽²⁾.

المطلب الثالث

إلتزام البنك بالمراقبة والالتزام بالنصح تجاه العملاء

لقد تعرضنا فيما سبق ضمن هذه المذكرة إلى بعض الالتزامات التي تقع على عاتق البنك، والمتثلة في الإعلام والحماية، وكذا النصح والتحذير كلها في سبيل توفير الأمان والضمان للطرف الضعيف، من كل العوائق التي قد تخترق النشاط المصرفي، ولتحقيق ذلك لابدّ من توخي الحيطة والحذر حسب ما هو مكرّس في القانون المدني الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 172⁽³⁾، فكل المؤسسات المالية الجزائرية ملزمة بها عند ممارستها لنشاطها.

الفرع الأول: المراقبة كالتزام حديث للبنك تجاه العملاء

يعتبر هذا الالتزام صورة من صور الالتزام بالحيطة والحذر، التي ينبغي على البنك القيام بها عند منح القرض للعميل، بحيث يجب عليه إقامة جملة من التّحريات لجمع المعلومات الخاصة بأموال العميل المنقولة وغير المنقولة،

¹ - ROUTIER Richard, op.cit., p.562.

² - Ibid, p.p.837, 838.

³ - تنص المادة 172 على: "في الالتزامات بعمل، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء، أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وقى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

ولا يقتصر الأمر على الوضعية المالية له، بل يتعدى إلى المعلومات الشخصية ومدى الثقة الواجب منحها له، وما إذا كان قد صدر في حقّه حكم يمس بالشرف والأخلاق⁽¹⁾.

كما لا بد للعميل سواء كان شخص طبيعي أو معنوي، له حساب مصرفي على مستوى البنك، أن يقوم بترك كل البيانات المتعلقة بهويته الطبيعية، وشخصيته القانونية، بالإضافة إلى ضرورة معرفة مصدر أمواله، وعليه تقديم دليل مشروعيتها، ويقتضي على البنك متابعة نشاطه، من خلال محاولة التعرف على بعض النشاطات التي يقوم بها، كتسجيل كل ما يخص العميل ونشاطه في سجلات خاصة بالبنك بطريقة سهلة، وسريعة نظرا للتقدم الذي توصلت إليه التكنولوجيا⁽²⁾، عن طريق المواقع الإلكترونية للمؤسسات المالية التي لها أهداف عدّة، من ضمنها التحقق من هوية العملاء، وكذا تزويدهم بكل البيانات المطلوبة والمهمة، هذا ما يعود على كلّ من البنك والعميل بفائدة، كحصول هذه البنوك على عوائد وأرباح مقارنة بالبنوك التقليدية، إلى جانب توفير الجهد على العميل وكذا سرعة الحصول على الخدمات، وتخفيض كلفة الانتقال والانتظار⁽³⁾.

أولاً: مضمون إلتزام البنك بالمراقبة تجاه العملاء

إن الإلتزام بالمراقبة يقع على عاتق البنك، ويبدأ هذا الإلتزام من يوم اتخاذه القرار بمنح القرض للعميل، والدخول في العملية المصرفية؛ بحيث يقوم بمراقبة كل تصرفات العميل بصفة احتياطية، لدرء المخاطر التي قد تنتج عن هذا القرض.

يلتزم البنك بمراقبة الأوضاع الحقيقية لعملائه في عدّة مجالات، ففي مجال فتح الحساب لعميل جديد، لا بد من مراقبة هويته وعنوانه عن طريق وثائقه القانونية الرسمية⁽⁴⁾.

ثانياً: طبيعة إلتزام البنك بالمراقبة تجاه العملاء

إن هذا الإلتزام يدخل ضمن الحيلة والحذر، بمعنى أن البنك يلتزم احتياطياً وليس فعلياً أي أنّ الخطر لم يحصل بعد، وإتّما البنك يهيئ لذلك كل الوسائل لدرء ودفع النتائج المتوقّعة منه.

¹ - آيت وازو زائنة، المرجع السابق، ص. 70.

² - كركوك راضية، البنوك وعمليات تبيض الأموال، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، 2006، ص. ص. 91-98.

³ - دريد كامل آل شبيب، إدارة البنوك المعاصرة، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الأردن، 2012، ص. ص. 68، 69.

⁴ - عبّاس عبد الغني، مسؤولية المصرفي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، 2005، ص. 87.

من مفهوم المراقبة يتضح بأن هذا الإلتزام يعتبر التزاما بوسيلة، في حال ما إذا كان البنك مطالبا بإجراء مراقبة دائمة على كيفية توظيف القرض من طرف العميل، أو البحث والتحري عن الخلل في حال وجوده، أمّا إذا تمّ الاتفاق مسبقا بين البنك والعميل على تخصيص أموال القرض لتحقيق هدف معين، ويُسْتَغَل هذا القرض لنفس الهدف المصرّح له، في هذه الحالة يكون الإلتزام بالمراقبة التزام بتحقيق نتيجة⁽¹⁾.

الفرع الثاني: التصح كالتزام حديث للبنك تجاه العملاء

يكون الإلتزام بالنصيحة إما إيجابيا؛ بحيث يقوم البنك بتوجيه العميل فيما يخص القرار الذي يتّخذه بحجّته على إبرام العقد من عدمه، وإمّا يكون سلبي بمعنى تقديم التصح له بعدم القيام بإبرام العقد، نظرا لما يصحبه من مخاطر وعوائق، مع تبيانه لها⁽²⁾، وقد أقر الاجتهاد القضائي الحديث هذا الإلتزام إثر قيام البنك بإعلام العملاء بالمخاطر المترتبة عن العملية المصرفية التي يقومون بها، هذا ما أعطى له ميزة الاستقرار في العصر الحديث.

أولا: مضمون التزام البنك بالنصح وطبيعته القانونية

يعتبر هذا الإلتزام تبعا باعتباره لاحقا للإلتزام بالإعلام ونتيجة له، لأن عند قيام البنك بتقديم المعلومات والبيانات للعميل حول العملية المصرفية، عليه أن يتّبع هذا الإلتزام بواجب نصح العميل، لتجنب مخاطر هذه العملية.

لذا نتساءل هل يشترك هذا الإلتزام في الطبيعة القانونية مع الإلتزامات الأخرى، أم له طبيعة مستقلة عنها.

أ- تعريف التزام البنك بالنصح تجاه العملاء.

يتمثل هذا الإلتزام في قيام البنك بإسداء نصيحة للعميل، حول الخدمة الأكثر توفقا والطريقة المثلى للاستفادة منها، نظرا لما يتمتع به البنك من خبرة، وما يملكه من معلومات حول التّقنيات البنكية، والظروف المتعلقة بها، وتطبيقا لمبدأ حسن النية يقوم بنقلها للعميل، لتبصيره حول الشّروط الواردة فيها، وعناصر الرّبح والخسارة المترتبة عنها⁽³⁾.

¹ آيت وازو زائنة، المرجع السابق، ص. 276 .

² خالد عطشان عزاره الطّيفيري، المرجع السابق، ص. 423.

³ آيت وازو زائنة، المرجع السابق، ص. 266، 267.

كما يمكن تعريفه بأنه التزام بتقديم المساعدة الفنية، بإعطاء المعلومات للعميل، لهدف مساعدته على إتخاذ قرار معين وصائب يتماشى، ويحقق ما كان يصبو إليه العميل من العقد⁽¹⁾، حتى وإن كانت له الحرية في الأخذ بهذا النصح أو رفضه، ويجب على البنك تقديم النصح له لدفع المسؤولية المترتبة عن إخلاله به، ما ينتج أضرار بمصالح العميل، وإضافة إلى ذلك، فرفض قيامه بالالتزام لا يخدم مصالحه بل يفقده عملاءه⁽²⁾.

ب- الطبيعة القانونية لالتزام البنك بالنصح تجاه العملاء

يتفق الفقه والاجتهاد على أنّ الالتزام بالنصح، هو التزام بوسيلة وليس التزام بغاية، لأن إساءة النصيحة يعطي الخيار للعميل بقبولها من عدمها، ويبقى البنك ملزم بإعلامه بالنتائج المترتبة عن العقد، وللعامل الحرية بالأخذ بما بحيث يبقى مسؤولاً عن خياراته⁽³⁾.

من جهة أخرى قد يكون التزاما بتحقيق نتيجة، وذلك عندما يضمن البنك نتيجة القرار الذي يتخذه العميل بالاعتماد على نصيحة البنك، ودور هذا الأخير لا يقتصر على تقديم النصح فقط، وإنما يمتد لينظر في مدى أخذ العميل بهذا النصح مع ترك الخيار له، كما يعتبر التزام بتحقيق نتيجة عندما يقوم العميل باتخاذ قرار بالاعتماد على ما قدمه له البنك، من نصح ومشورة باعتباره صاحب الخبرة الفنية، لتحقيق الهدف من التعاقد⁽⁴⁾.

رغم ذلك فما اتفق عليه الفقه والاجتهاد القضائي هو المنطق بذاته، إذ أن هذا الالتزام هو التزام ببذل عناية مثله مثل الالتزام بالإعلام، فالبنك ليس مطالب إلاً بنصح وتنوير إرادة العميل، وذلك باستخدام كافة الوسائل التي تجعل من التزامه سارياً، بالمقابل لا يستطيع ضمان إتباع العميل لما أبداه البنك من نصائح وإرشادات، ومدى فهمه وتقيده بتوجيهاته إلى جانب النتائج المترتبة عنها⁽⁵⁾.

¹ - مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص. 44.

² - بلجودي أحلام، النظام القانوني لعقد القرض البنكي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة جيجل، 2006، ص. 99.

³ - رزوق يسمينة وصدودي هناء، المرجع السابق، ص. 27.

⁴ - مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص. 49.

⁵ - خليفي مريم، المرجع السابق، ص. 207.

ثانيا: أساس ومجال التزام البنك بالنصح تجاه العملاء

قد يكون الالتزام بالنصح مؤسس على العقد الموجود بين البنك والعملاء، كما قد يكون مؤسس على عقد آخر، نتعرض إليه في أساس، ومجال التزام البنك بالنصح.

أ- أساس التزام البنك بالنصح تجاه العملاء

قام القضاء الفرنسي بتشريع هذا الالتزام للتعاقد الحديث، وقد يكون مصدره؛ إما العقد المبرم بين البنك والعملاء بوضع شروط، وبنود تنص على واجب البنك بالنصح؛ وإما أن يكون مصدره اتفاق الأطراف. وفقا لأصحاب نظرية استقلال الإرادة فهذا الالتزام هو تعبير لإرادتهم الضمنية، أي أن لا يكون الاتفاق صريح بين الأطراف، وإنما يُستنتج من سياق الكلام، لكن هذا لا يكفي لفرض هذا الالتزام على البنك، وإنما لابد من الإعتماد على مبدأ حسن نية الطرف الممتاز في العلاقة، والذي يتمتع بخبرة ودراية في مجاله المهني، رغم صعوبة التعرّف على النية الحقيقية للأطراف.

العميل هو الدائن بالنصح، فمثلا عند قيام البنك بدمج المؤسسات، يكون عليه القيام بالنصح التعاقدى تجاه عملاء هذه المؤسسات، كأن يقوم حائز البطاقة البنكية بتضييعها، في هذه الحالة يمكن له طلب النصح من البنك الذي قام بعملية الإدماج.

إن إسناد هذا الالتزام للبنك يعود لهدفه المتمثل في تحقيق أكبر مكسب، لذا نجده دائم الاستعداد لتقديم الخدمات للعملاء، ونصحهم بعدم القيام بما قد يضرهم نظرا لعدم تخصصهم، وعدم خبرتهم في المجال التقني⁽¹⁾، فهذا الإلتزام لم يوجد بإرادة الأطراف، وإنما أسنده القانون للبنك لتحقيق التوازن والعدالة العقدية، وقد أقر الاجتهاد القضائي الحديث هذا الإلتزام بتقديم النصح للعملاء، وإعلامهم بالمخاطر المترتبة عن العمليات التي سيقوم بها، هذا ما جعل الإلتزام بالنصح مستقر في العصر الحديث⁽²⁾.

ب- مجال إلتزام البنك بالنصح تجاه العملاء

يقوم البنك بتقديم النصح على أساس الإلتفاق الذي تم بينه وبين العميل، ففي حالة ما إذا ذكر هذا الإلتزام في بنود العقد، والذي يكون موضوعه التزام البنك بتقديم المشورة والمساعدة للعميل، هنا نعتبر هذا الإلتزام بأنه

¹ - FLORNOY Aude, le devoir de conseil du banquier, mémoire de DEA de droit privé, université du lille2, Paris, 2001, p. p.9-13.

² - بلجودي أحلام، المرجع السابق، ص. 100.

التزام تعاقدى⁽¹⁾، ما يوضح بأن أحد الأطراف المقابلة فيه لديه حق التحكم به، والمتمثل في البنك، لذا وضعت العدالة على عاتقه هذا الالتزام، نظرا للصفة المهنية والخبرة التي يتمتع بها، وبهدف تحقيق التوازن قامت محكمة النقض الفرنسية بفرض على البنك مشاركة العميل في المعارف المصرفية؛ هذه الفكرة تبين بأن العميل هو الدائن بهذا الالتزام نظرا لجهله، ومعاناته من عدم التوازن بسبب التقنية، والمهارة التي يتمتع بها البنك.

بالنسبة لمجال تطبيق هذا الالتزام، فقد اتفق بعض القضاة الفرنسيين على أنه يكون في العمليات المتعلقة بمنح القروض، وكذا عمليات البورصة والتأمينات⁽²⁾، من هذا يتضح بأن الالتزام بالتصحيح يجد مجاله في العمليات المصرفية لارتباطه بالجانب المالي، الذي يعتبر حساس من الناحية الاقتصادية، نظرا لما قد يواجهه من أخطار يؤثر على القطاع المالي ويمس بالمركز القانوني للعملاء، والنشاط المصرفي في حد ذاته، لذا لا بد من تنفيذ البنك لهذا الالتزام لمواجهة الأخطار التي تواجه المهنة المصرفية⁽³⁾.

¹ - بلجودي أحلام، المرجع السابق، ص. 101.

² - FLORNOY Aude, op.cit., p. 42, 43.

³ - آيت وازو زابنة، المرجع السابق، ص. 69.

—

الفصل الثاني

المسؤولية المدنية الناتجة عن إخلال البنك بالتزاماته تجاه العملاء

نظرا للالتزامات العديدة التي ربّتها القانون على عاتق البنك في مواجهة عملاءه، بهدف تحقيق التوازن العقدي، وتوفير الحماية للطرف الضعيف؛ فإنّ إخلال البنك بهذه الالتزامات يربّب عليه المسؤولية المدنية، والتي تتمثل في مجموعة القواعد التي تلزم البنك الذي ألحق ضررا بالعميل بضرورة إصلاح هذا الضرر، أو تقديم التعويض له، ويعتبر كالتزام جديد للبنك نتيجة امتناعه عن تنفيذ ما تعهّد به من التزامات سابقة، سواء بمحض إرادته أو بموجب القانون⁽¹⁾.

عند إخلال البنك بالتزاماته الواردة في العقد الصحيح السابق بين البنك والعميل، تترتب على عاتقه المسؤولية العقدية(المبحث الأول)؛ أما إذا تعلّق الإخلال بالتزام قانوني مفاده عدم الإضرار بالعميل، فإن القانون يفرض على البنك المسؤولية التقصيرية(المبحث الثاني)؛ لذا يتبين لنا بأن المسؤولية المدنية تنقسم إلى مسؤولية عقدية، ومسؤولية تقصيرية.

¹ - بختاوي سعاد، المسؤولية المدنية للمهني المدين، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بالقايد-تلمسان، 2012، ص. 10.

المبحث الأول

المسؤولية العقدية المترتبة عن إخلال البنك بالتزاماته تجاه العملاء

يعتبر العقد المبرم بين البنك والعميل رابطة قانونية عقدية، بصفته يحتوي على الاتفاق الموجود بين هذين الطرفين، ونتيجة طبيعية له، بحيث يُفرغ كل منهما غاياته وكذا واجباته فيه، ولاعتبار البنك الطرف الأقوى والممتاز في العلاقة التعاقدية؛ فإنه تقع على عاتقه التزامات معينة لتحقيق العدل في هذا التعاقد. لذا فإخلال البنك بالتزامات المتفق عليها في العقد المبرم، يترتب على عاتقه مسؤولية عقدية، نظرا لوجود العقد واحتواءه على كل المسائل الجوهرية المتعلقة به، من ضمنها الضرر الناجم عن خطأ البنك، وكذا التعويض عنه وتحديد مسؤوليته تبعا للقانون والنظام العام⁽¹⁾.

من هذه الفكرة يتبين لنا بأن وجود العقد هو أساس وجود المسؤولية العقدية (المطلب الأول)، وتقوم هذه المسؤولية على أركان لا بد من إلمامها، كي يترتب التعويض على البنك (المطلب الثاني).

المطلب الأول

ماهية المسؤولية العقدية للبنك تجاه العملاء

باعتبار العقد جوهر تأسيس المسؤولية العقدية، فلا بد أن يكون صحيحا غير قابل للإبطال، بحيث يصدر عن إرادة حرة للأطراف مع تمتعها بكامل الأهلية، مما يسمح لهم باتخاذ القرارات، وكذا الاتفاق على كل ما يخص العقد، والآثار المترتبة عن التزاماته.

¹ - كميث طالب البغدادي، الإستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان-المسؤولية الجزائية والمدنية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص. 35.

في حالة عدم التزام أطراف العقد بما سبق الاتفاق عليه؛ فإنه تترتب المسؤولية العقدية على الطرف المخل، والتي هدفها تعويض الطرف المضرور جزاء هذا الإخلال، إذ بمجرد إثبات الدائن المتضرر عدم تنفيذ المدين لالتزامه، مع تبين العقد محل التعاقد تقوم المسؤولية العقدية⁽¹⁾.

الفرع الأول: تعريف المسؤولية العقدية للبنك تجاه العملاء

تقوم المسؤولية العقدية عند ارتكاب البنك خطأ في تنفيذه للالتزامات المتعلقة بالحيطة والحذر، أو عدم إتمامه لعملية معينة قد تم التعاقد عليها مسبقاً مع العميل، ففي حالة ما إذا كان التزام البنك بالتزام بوسيلة، على العميل أن يأسس الضرر على تقصير البنك الذي لم يوفق في استعمال مهنته، مثلما هو الحال عند عدم قيام البنك بكل الإجراءات اللازمة بعدم بذل جهود معين في سبيل تنفيذ الالتزامات التي تقع على عاتقه، كالتزام بالنصح والتحذير إلى غير ذلك من الإلتزامات؛ أما إذا كان التزامه إلتزام بتحقيق نتيجة، على العميل أن يثبت بأن النتيجة والغاية المتفق عليها في العقد ليست هي المقدمة من طرف البنك، أي أنه لم يتحقق الاتفاق الوارد بالعقد، بالتالي أحلّ بالالتزام التعاقدية⁽²⁾.

إنّ الأساس التعاقدية في هذه الحالة يكون كلما كان بين البنك وعميله عقد⁽³⁾، مفاده تقديم البنك للعميل معلومات أو نصائح، أو تحذيرات لحمايته من الأخطار، فمتى كان محل الاتفاق القيام بهذه الإلتزامات، فتبين لاحقاً عدم تقيده بذلك ما سبب ضرر لهذا الأخير، تترتب عن البنك مسؤولية عقدية لجبر ضرر العميل المتضرر، من خلال تعويضه عن كل ما أصابه من خسائر وما فاتته من كسب.

¹ - بختاوي سعاد، المرجع السابق، ص. 22.

² - ROLLAND Luc Bernet, principes de technique bancaire, 24^{ème} édition, DUNAD, Paris, 2006, p.476.

³ - حديد أميرة، المرجع السابق، ص. 112.

الفرع الثاني: شروط قيام المسؤولية العقدية للبنك تجاه العملاء

المسؤولية العقدية هي المترتبة عن إخلال البنك بالتزاماته العقدية تجاه الطرف المتعاقد معه، والمتمثل في العميل، ولقيام هذه المسؤولية لأبد من توافر شروط معينة تبيّن لنا صحة هذا العقد، وكذا نشوء الضرر الناتج عن الإخلال بالاتفاق العقدي، وبالتالي إصابة العميل بضرر جراء ذلك.

أولاً: وجود عقد صحيح بين البنك والعملاء

لكي تقوم المسؤولية العقدية لأبد أن يكون هناك عقد بين البنك والعميل، إذ أنّ انعدام العقد يترتب انعدام هذه المسؤولية، كذلك إذا كان العقد باطلاً بطلالاً مطلقاً، فإن المسؤولية تعتبر تقصيرية باعتبار أن العقد كأنه لم يكن، لأن البطلان يكون بأثر رجعي.

يرى جانب من الفقه أنه في حالة تنفيذ عقد باطل، من حق العميل المتضرر جراء هذا التنفيذ طلب التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، باعتبار أن العقد نُفِّذ فهو عقدي، لذا فالتعويض يكون على أساس المسؤولية العقدية؛ أما إذا كان العقد قابلاً للإبطال وأخل البنك بالتزامه المفروض، وكان الضرر نتيجة لهذا الإبطال، فيطبق نظام المسؤولية العقدية؛ أما إذا لم يكن كذلك ننظر إلى وقت النطق بالبطلان، فإذا كان عدم التنفيذ العقدي قبل النطق ببطلان العقد يأخذ بأحكام المسؤولية العقدية؛ أما إذا تم النطق بعدم التنفيذ بعد النطق بالبطلان فنكون أمام خطأ تقصيري، لذا يأخذ بالمسؤولية التقصيرية⁽¹⁾.

ثانياً: نشوء ضرر مباشر عن إخلال البنك بالتزاماته تجاه العملاء

يكون هذا الضرر نتيجة طبيعية للتصرف الصادر من البنك بسبب خطأ ارتكبه في تنفيذ العقد، أو إخلال في التزاماته تجاه العميل⁽²⁾، فعدم قيام البنك بتزويد عميله بكل المعلومات والبيانات المتعلقة بالقرض، أو عدم تحذيره من العملية المصرفية، التي يمكن أن تلحق بمصالحه أضراراً وخيمة، تعتبر نتيجة للأضرار المباشرة التي تلحق العميل وتؤدي به إلى عدم إمكانيته من تسديد القرض.

¹ - بختاوي سعاد، المرجع السابق، ص. 15، 16.

² - مصطفى العوجي، القانون المدني - المسؤولية المدنية، ج. الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص. 61.

كذلك لا بد أن يكون هذا الضرر ماسا بمصلحة مشروعة، أي محمية قانوناً⁽¹⁾، فامتناع البنك عن تزويد العميل بالمعلومات، والتصائح الكافية لحمايته، في حال ما إذا تبين لهذا الأخير أن المشروع المراد تمويله، هو مخالف للقانون أو للنظام العام، أو مرتبطاً بالأعمال الماسة بأمن الدولة، لا يكون من حق العميل أن يعود على البنك بالمسؤولية العقدية، لأن عدم التنفيذ يقع على مصلحة غير مشروعة.

قد يكون عدم تنفيذ الالتزام؛ إما بتحقيق نتيجة أو ببذل عناية، فيكون عدم التنفيذ الأول عندما لا ينتج عن التزام البنك أي نتيجة؛ مما يسبب ضرراً للعميل، فقيام البنك بالحماية يكون الهدف منه هو تحقيق الأمن للعميل، فإذا لم يتحقق ذلك، فإن المدين لا يعتبر منفذا لهذا الالتزام لأنه لم يتحقق النتيجة المتوقعة، لذلك تقع عليه المسؤولية العقدية، كما قد يكون الالتزام ببذل عناية، بأن يلتزم المدين فقط باستعمال الوسائل اللازمة في إتمام عمله، بأن يظهر حرصه في القيام بما في وسعه لتمكين العميل من الحصول على النتيجة المرجوة⁽²⁾، ومقدار الجهد يقاس بالعناية التي يبذلها الرجل العادي، وإذا تبين للعميل أن البنك لم يبذل هذا المقدار من العناية ترتب عليه المسؤولية العقدية، بالتالي تعويض المتضرر عما لحقه من ضرر.

ثالثاً: أن يصيب الضرر المباشر العميل أو خلفاً له

لقيام المسؤولية العقدية يجب أن يصيب الضرر العميل الدائن بالالتزام الوارد في العقد، فإذا كان المصاب شخصاً أجنبياً عن العقد، فلا مجال للمسؤولية العقدية، فتطبق أحكام المسؤولية التقصيرية، إلا إذا كان هذا الأجنبي ممثلاً أو نائباً للعميل، فالخلف العام ممثل للسلف إذ تنصرف آثار العقد إليه، لذا إذا أصابه ضرر جراء عدم تنفيذ البنك لالتزاماته تطبق أحكام المسؤولية العقدية تجاهه، والحال كذلك بالنسبة للخلف الخاص إذا كانت الالتزامات الناشئة من مستلزمات محلة، حسب ما تنص عليه المادة 109 من ق.م.ج.⁽³⁾، فمثلاً شريك العميل في المشروع الذي

¹ - مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص. 61، 62.

² - بختاوي سعاد، المرجع السابق، ص. 18.

³ - تنص المادة 109 على "إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه".

من أجله قام العميل بعملية القرض، فإذا لم يقم البنك بتحذير العميل من الخطر النَّاجم عن هذه العملية التي قد تضر بمصالحهم الشخصية والمالية، فمن حق الشريك المتضرر في هذه الحالة أن يقيم المسؤولية العقدية على البنك الذي لم يلتزم بما اتفقوا عليه، وهذا ما يترتب على عاتقه التزام آخر، والمتمثل في التعويض لصالح المتضرر، وهذا الالتزام رتبته القانون ويجد صداه في المادة 124 من ق.م.ج.⁽¹⁾، والتي تعتبر كجزء الإخلال بالتزامات الناشئة عن العقد المبرم.

المطلب الثاني

أركان المسؤولية العقدية للبنك تجاه العملاء

تقوم المسؤولية العقدية على ثلاثة أركان، أولها عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد ما يترتب خطأ على البنك، وثانيهما الضرر الذي يلحق العميل من جراء هذا الخطأ، وثالثهما العلاقة السببية بين هذا الضرر، وذلك الخطأ المرتكب من جانب المدين الذي يمثل البنك⁽²⁾.

الفرع الأول: الخطأ في المسؤولية العقدية للبنك تجاه العملاء

يتمثل الخطأ العقدي في الفعل الذي يقوم به البنك، والمتمثل في "عدم تنفيذه لأحد الالتزامات الواردة في العقد، ويستوي أن يكون هذا الخطأ ناشئاً عن عمد أو إهمال، أو دون ذلك"⁽³⁾، وإخلال البنك بما ورد في العقد ينتج عنه قيام المسؤولية العقدية على عاتقه⁽⁴⁾.

أولاً: أنواع الخطأ العقدي للبنك تجاه العملاء

¹ - قضت المادة 124 على: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير، يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض".

² - شريف الطباخ، التعويض عن المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في ضوء القضاء والفقهاء، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007، ص. 592.

³ - عبد الفتاح مراد، موسوعة البنوك، ج.الأول، دار الكتب والوثائق المصرية، مصر، د.س.ن، ص. 1528.

⁴ - سليمان ضيف الله الزين، التحويل الإلكتروني للأموال ومسؤولية البنوك القانونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص. 1528.

يمكن أن يتخذ الخطأ العقدي للبنك عدّة أنواع، كالتنفيذ السيء للأوامر، الذي يمكن أن يأتي مثلاً على شكل الإخفاء المتأخّر للآثار التجارية في حال الاستعمالات المهنية، التي تسمح بتحديد درجة الاجتهاد والعناية العادية المنتظرة من طرف البنك، كذلك جهل البنك للتنظيم التشريعي أو للمعايير المهنية يعتبر خطأ عقدي، ممّا يؤدي ذلك إلى إمكانية اختراق هذا التنظيم، لجهل القواعد المعمول بها، وبالتالي المساس بمصالح العميل، لذا أقر الاجتهاد القضائي بعض الالتزامات على البنك عند تنفيذه للعقود، كالاتزام بالتحذير خاصة فيما يتعلّق بتسيير البنك للقيم العقارية، إذ عليه تحذير العميل بكل التصرفات القانونية التي طرأت على هذه القيم من رهن وبيع وإيجار، وانتهائه لهذا الإلتزام يرتّب مسؤولية على عاتقه .

يعد هذا الإلتزام صارماً فيما يتعلق بالقروض الممنوحة للعميل المقترض غير المتخصّص في التقنيات المتعلقة بالعمليات المصرفية⁽¹⁾، وحسب المادة 1311_8 من قانون الاستهلاك الفرنسي⁽²⁾، على البنك أن يقوم بتقديم كل التفاصيل للعميل وشرح كل ما يستدعي ذلك، لتحديد إذا كان عقد القرض يلبي احتياجاته وكذا يتوافق مع حالته المالية، كما عليه جلب نظر عميله بالخصائص الهامة للقرض، والنتائج التي يترتبها على حالته المالية، فإذا لم يتقيّد بهذه الإلتزامات ولم ينفذها، يُعدّ مخترقاً لها وبالتالي رتب خطأ من شأنه إحداث ضرر للعميل.

ثانياً: إثبات الخطأ العقدي في مسؤولية البنك تجاه العملاء

الأصل أن يقوم البنك بتنفيذ التزاماته تجاه العميل، لذا إذا ادعى العميل خلاف هذا الأصل وقع على عاتقه إثبات الخطأ العقدي، الذي ارتكبه البنك جزاء عدم تنفيذه لالتزاماته.

¹ - DEKKEWER-DEFAUSSEZ Françoise, droit bancaire, 10^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2010, p.34.

² - تنص المادة 311 l من قانون الإستهلاك الفرنسي:

"Le prêteur ou l'intermédiaire de crédit fournit à l'emprunteur les explications lui permettant de déterminer si le contrat de crédit proposé est adapté à ses besoins et à sa situation financière", in
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069565&dateTexte=12/05/2014>.

يكون الإثبات في مجال الإلتزام بتحقيق نتيجة بإثبات العميل لوجود عقد بينه وبين البنك، وعدم تحقيق هذه النتيجة التي التزم البنك بها تجاه العميل، وبالتالي أبرم العقد من أجلها، فإذا كان محل هذا الإلتزام قيام البنك بعمل، يصعب على العميل إثبات عدم التنفيذ، لكن يكفي كذلك إثبات قيام الإلتزام بتبيان العقد الذي رتبته، في هذه الحالة على البنك إثبات قيامه بتنفيذ الإلتزام أو إرجاع عدم ذلك إلى سبب أجنبي؛ أما إذا كان محل هذا الإلتزام الامتناع عن عمل، على العميل إثبات وقوع الفعل الذي التزم البنك بالتخلّي عنه، لهدف تبيان إخلال البنك بالتزاماته.

أما فيما يخص الإثبات في مجال بذل عناية، فيكون إثبات العميل لخطأ البنك من خلال إقامة الدليل على وجود العقد الصحيح، ومن ثم إظهار أنّ البنك لم يبذل العناية الكاملة، راجعا ذلك إلى إهمال منه وتقصير في جهوده، وكذا انحرافه عن الأصول والأعراف المصرفية والمهنية المعمول بها⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الضرر في المسؤولية العقدية للبنك تجاه العملاء

يعتبر الضرر من أهم أركان المسؤولية العقدية، فأصلا لا مسؤولية في غياب الضرر فالخطأ العقدي لا يكفي وحده، بل لا بدّ أن ينتج عنه ضررا يلحق بالعميل⁽²⁾، ويصيبه في ماله أو سمعته، فعدم قيام البنك بالإلتزام بما اتّفق عليه مع العميل يعتبر خطأ وهذا وحده لا يترتب المسؤولية العقدية، لذا لا بدّ أن ينتج عنه ضرر بمصلحة العميل كإخلال البنك بالإلتزام بالمراقبة، يعني عدم متابعته لنشاطات عميله، ممّا يسهّل على هذا الأخير إختراق القوانين حيث أن هذا التصرف، قد يعود عليه بنتائج وخيمة تضرّه ماديا وشخصيا، كإفلاسه أو انتشار خبر هذا الخرق القانوني مما يؤدّي الى سحب الثقة منه، وعدم ائتمانه مجدّدا لسوء سمعته.

¹ - عبد الفتاح مراد، المرجع السابق، ص. ص. 1528، 1529.

² - كميّ طالب البغدادي، المرجع السابق، ص. 37.

أولاً: شروط قيام الضرر في المسؤولية العقدية للبنك تجاه العملاء

باعتبار الضرر ركن مهم في هذه المسؤولية، لا بد أن يشمل عنصرين مهمين، بحيث يكون الضرر قد وقع فعلاً، أو أن يكون متوقع الوقوع.

أ- أن يكون الضرر محققاً (حالياً)

يعني أن يأتي مؤكداً قد وقع بالفعل، حتى ولو ظهر في المستقبل، فالضرر المستقبلي ضرر قام بسبب الخطأ المرتكب وتأخرت آثاره إلى المستقبل⁽¹⁾، فهو الضرر الذي يكون قد وقع فعلاً أي حالاً؛ أما الضرر المحقق الوقوع فهو الذي لم يقع فعلاً ولكن محقق الوقوع في المستقبل، وفي كلتا الحالتين لا بد من تعويض المتضرر من الضرر الحال، وكذا الضرر المحقق الوقوع في المستقبل متى تحقق وقوعه، وهذا الشرط نجد صداه في المسؤولية العقدية وكذا التقصيرية⁽²⁾.

ب- أن يكون الضرر متوقعاً

هذا الشرط خاص بالمسؤولية العقدية فقط، فالضرر المتوقع هو الذي يمكن عادة توقعه وقت إنعقاد العقد، فالمتعاقد لا يسأل عن الأضرار التي لم يتوقعها وقت إبرام العقد، فالأضرار التي لم يضعها المدين قيد الحساب عند إبرام العقد لا يسأل عنها المدين عند وقوعها، حتى وإن توقعها المدين بعد إبرام العقد⁽³⁾، ولا يكون التعويض إلا على حد معين من الضرر المترتب على تقصير البنك، وهو الضرر الذي يتوقع حدوثه من هذا التقصير وفقاً للمألوف عند التعاقد، فالضرر المتوقع الذي تقتصر مسؤولية المدين على تعويضه، هو الضرر الذي يتوقع سببه وأيضاً مقداره، وفقاً للعادة المعمول بها والمتفق عليها⁽⁴⁾.

¹ عبد الحكيم فوده، التعويض المدني - المسؤولية المدنية التعاقدية والتقصيرية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1998، ص. 19.

² كميث طالب البغدادي، المرجع السابق، ص. 38.

³ المرجع نفسه، ص. 38، 39.

⁴ شريف الطباخ، المرجع السابق، ص. 630.

ثانياً: أنواع الضرر في المسؤولية العقدية للبنك تجاه العملاء

إن الضرر الناتج عن عدم تنفيذ العقد، يؤدي إلى حرمان العميل من المنافع التي يهدف إلى الحصول عليها من وراء هذا التعاقد⁽¹⁾، وذلك بالنظر للخطأ المرتكب من طرف البنك، والذي سبب للعميل أضراراً قد تمس أمواله وممتلكاته، فتكون مادية كما يمكن أن تمس سمعته وكرامته فتكون معنوية.

أ- الضرر المادي في المسؤولية العقدية للبنك تجاه العملاء

هو الضرر الذي يصيب العميل في ذمته المالية، عندما لا يقوم البنك ببذل كل ما في وسعه لتقديم كل البيانات والمعلومات، والنصائح المتعلقة بالعملية المصرفية، وكذا عدم حمايته من أخطارها، أيضاً مراقبته وتحذيره مما قد يسبب له القرض من أضرار وخيمة على ذمته المالية، في حال ما إذا كان نشاط العميل الذي يرغب في ممارسته حساساً، مما أدى إلى خسارة رأسماله، وتفويت الربح والفائدة عليه، لذا فالضرر المادي هو كل ما لحق العميل من خسارة، وما فاته من كسب، وهذا ما يرتب على عاتق البنك التزام آخر بتعويض العميل وفقاً لما تم الاتفاق عليه، فإذا لم يتفقاً فوفقاً للقانون، ويبقى تقدير قيمة التعويض للقاضي بشمل ما لحق العميل من خسارة وما فاته من كسب، شرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام، ويكون كذلك إذا لم يستطع البنك تفاديه ببذل عناية كبيرة، ولا يلتزم البنك الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بالتعويض عن الضرر الذي يمكن توقعه عادة وقت التعاقد⁽²⁾.

ب- الضرر المعنوي (الأدبي) في المسؤولية العقدية للبنك تجاه العملاء

"هو الضرر الذي يمس الشخص بشرفه أو سمعته، أو كرامته أو شعوره أو عاطفته"⁽³⁾، بمعنى الأذى الذي يلحق الإنسان بمكانته الاجتماعية، وشعوره بحيث يززع ثقة الناس فيه مما يؤدي بهم إلى عدم ائتمانه، وكذا تفادي التعامل معه؛ كأن يقوم المصرف بوقف حساب العميل دون إخباره بذلك، مما ينتج عن ذلك فسخ للعقد القائم بينهما، فإذا أصدر هذا العميل شكاً لمصلحة دائن له، يمتنع المصرف عن ذلك ما يسبب ضرراً معنوياً للعميل لاهتزاز ثقة المتعاملين به، وهذا ما يرتب على عاتق البنك تعويض عن هذا الضرر، وللقاضي سلطة تحديد قيمة النقود حتى وإن

¹ - مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص. 60.

² - المرجع نفسه، ص. 61.

³ - كميث طالب البغدادي، المرجع السابق، ص. 38.

كان هذا الأمر صعب؛ لأنّ السّمة الإنسانيّة، والمكانة الاجتماعيّة لا تقدّران بمال، فالتعويض في هذه الحالة هو وسيلة إرضاء أو تطيب للخاطر⁽¹⁾؛ لأنّ الضرر الأدبي لا يمثّل خسارة ماليّة إذ يمكن إزالته من الوجود، وإنّما هو ضرر لا يحى ولا يزول بتعويض مادي.

فهو بديل للعميل المتضرّر، حيث أنّه لا يوجد معيار محدّد لحصر التعويض، لذا فتسند للقاضي مهمّة تحديده⁽²⁾، في حال لم يتم المتعاقدين بتحديد مسبقاً في العقد حسب المادة 182 من ق.م.ج.⁽³⁾.

الفرع الثالث: العلاقة السببية بين الخطأ العقدي والضرر

تعتبر العلاقة السببية بين الخطأ العقدي والضرر ركن مستقل من أركان المسؤولية العقدية، بحيث لا يكفي أن يقع خطأ من البنك ويلحق ضرراً بالعميل حتى تقوم هذه المسؤولية، بل يجب أن يكون الضرر عبارة عن نتيجة مباشرة لهذا الخطأ، فإذا لم يكن كذلك انتفت المسؤولية العقدية⁽⁴⁾، ويكون على العميل المتضرّر إثبات وجود هذه الرابطة، وعلى البنك إثبات عدم وجودها أو إسنادها إلى سبب أجنبي.

أولاً: إثبات العلاقة السببية بين الخطأ العقدي والضرر

إنّ ارتباط الخطأ العقدي الذي أحدثه المدين بالضرر، هو شرط لقيام العلاقة السببية بينهما، بحيث يعتبر هذا الضرر حاصلًا بصورة مباشرة من الخطأ العقدي⁽⁵⁾، ويقع على العميل عبئ إثبات الرابطة السببية، بحيث يكفي أن يثبت عدم التنفيذ؛ إما بإثبات قيام الإلتزام بتحقيق نتيجة؛ وإما بعدم بذل العناية المطلوبة، ليقوم الدليل القانوني في مواجهة البنك المسبب للخطأ⁽⁶⁾.

¹- مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص.64.

²- المرجع نفسه، ص.63.

³- حيث تنص المادة 182 على " يشمل التعويض عن الضرر المعنوي، كل مساس بالحرية أو الشرف أو السّمة".

⁴- عبد الحكيم فوده، المرجع السابق، ص. 142.

⁵- مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص. 81.

⁶- شريف الطباخ، المرجع السابق، ص. 632.

ثانياً: انتفاء العلاقة السببية بين الخطأ العقدي والضرر

تنتفي مسؤولية البنك وكذا العلاقة الموجودة بين الخطأ الذي ارتكبه، والضرر الذي ألحق بالعميل، إذا أثبت بأن استحالة التنفيذ التي تعتبر مصدر الخطأ كانت بغير خطأ منه، ويقوم برهان على وجود قوة قاهرة أو خطأ من العميل، في هذه الحالة تخفف قيمة التعويض الواجب على البنك شرط أن لا يزيلها. بمعنى أنّ هذه الرابطة لا تنتفي إلا بإثبات السبب الأجنبي، والواقع أنّها لا تنور إلا عند تعدد الأسباب، والعوامل التي ساهمت في إحداث الضرر ويكون غالباً؛ إما قوة قاهرة أو حادث فجائي، أو فعل العميل المضروب، أو بفعل الغير، ويشترط أن يكون مستحيل التوقع والدفع، ولا يكون مرتبط بفعل البنك ولا بخطأ منه، ولا بد أن يجعل تنفيذ التزامه مستحيلاً استحالة مطلقة⁽¹⁾.

إنّ نفي الرابطة السببية يكون بإثبات السبب الأجنبي، أو القوة القاهرة ما يعني انعدامها، رغم ذلك يبقى ركن الخطأ قائماً، إذا اعتبر الضرر ليس نتيجة له، وتعدم كذلك حتى ولو كان الخطأ هو السبب، بشرط أن لا يكون هو السبب المنتج والفعال؛ وفيما يخص هذه الفكرة الأخيرة فتشترك فيه المسؤولية العقدية مع المسؤولية التقصيرية⁽²⁾.

¹ - شريف الطباخ، المرجع السابق، ص. 633، 634.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 775.

المبحث الثاني

المسؤولية التقصيرية المترتبة على البنك لإخلاله بالتزاماته تجاه العملاء

إنّ مجال المسؤولية التقصيرية هو العمل غير المشروع، حيث تقوم على الإخلال بالتزام قانوني، المتمثل بتجنّب العمل غير المشروع، أو العمل المسبّب للضرر الذي يصيب الغير، فلا يوجد عقد يرتّب التزامات وأتمّ القانون هو من يفرض مثل هذه الالتزامات، حيث يلتزم كل شخص طبيعياً كان معنوياً أن يؤدّي عمله بانضباط، واحترام أحكام القانون والابتعاد عن الإضرار بالغير⁽¹⁾، وقد عرفت هذه المسؤولية توسّعا وتطوّراً مستمرا (المطلب الأول)، ما أدّى إلى قيامها على فكرة جوهرية مفادها، الضّرر والخطأ والعلاقة السببية فيما بينهما (المطلب الثاني).

المطلب الأوّل

مفهوم المسؤولية التقصيرية للبنك تجاه العملاء

تقوم هذه المسؤولية على عاتق البنك في مواجهة الغير من العملاء، الذي لا تكون بينهم وبين البنك أية علاقة تعاقدية، حيث أنّ هذا الأخير مسؤول عن الضّرر الذي يحدثه بسبب إهماله أو عدم حيطة، ممّا يستلزم تعويضه لفائدة المتضرّر.

الفرع الأوّل: تعريف المسؤولية التقصيرية للبنك تجاه العملاء

تمتاز هذه المسؤولية بعدم قيامها على أي عقد، واعتمادها على الإخلال بالتزام معيّن قد فرضه القانون على المدّين، فالبنك يقوم بمهمّة الخدمات العامة بالمعنى الواسع، ما يبرّر قوّة وتأکید التزامه بالتحذير والتّصحّح، والمبدأ أنّه مسؤول عن كل خطأ صادر منه وسبّب ضرراً للغير⁽²⁾، كقيام البنك بنشر معلومات خاطئة عن مؤسّسة معينة ممّا يجعل عملاء هذه المؤسّسة يهرعون إلى الاستقالة منها، وبعد مدّة يتّضح عدم صحّة تلك المعلومات التي أدّت بالعملاء إلى خسارة مناصبهم بسبب الفعل الضّار الذي قام به البنك.

¹ عبد الحكيم فوده، المرجع السابق، ص.7.

² DEKKEWER-DEFAUSSEZ Françoise, op.cit., p. 35.

كذلك تترتب هذه المسؤولية على البنك عندما يتعلق الأمر بغياب العناية في الإدارة أو التسيير، وفيما يخص إساءة منح القروض للمؤسسة التي تكون في ضائقة مالية مثلا، حيث لا يقوم البنك بواجب الحماية كعدم المراقبة أو عدم تحذيره لها، وكذا غياب تقديم المعلومات الكافية حول القروض، مما يُدخل هذه المؤسسة في عوائق أخرى تؤدي إلى عدم إمكانيتها من تسديد القرض، وكذا عدم قدرتها على دفع رواتب عملاءها، وتسديد الديون التي على عاتقها لدائيتها مما سبب ضررا لهم، وفي هذه الحالة يكون البنك مسؤولا تقصيريا تجاه هؤلاء العملاء والدائنين، وملزم بتعويضهم عما أصابهم من ضرر وما فاتهم من ربح⁽¹⁾.

الفرع الثاني: تطوّر المسؤولية التقصيرية للبنك تجاه العملاء

لم تكن هناك قاعدة عامة تقرّر أن كل خطأ ينشأ عنه ضرر يوجب التعويض، بل كانت هناك أعمال أخرى يحددها القانون والتي ترتب المسؤولية، حيث أن هذه الأخيرة كانت متروكة للأخذ بالتأثر ثم بالدية، لكن مع تطوّر الدولة بدأت هذه الفكرة تزول، رغم ذلك فإنّ جزء الأعمال التي ترتب المسؤولية لا تتمثل في التعويض المدني، وإنما في العقوبة الجنائية كأثر من آثار فترة التآثر والدية، وقد كان الضرر بارزا، وما ظهور الخطأ إلا تدريجيا أما فيما يتعلق بالأعمال التدلسية فإن فكرة الخطأ ظهرت بوضوح⁽²⁾.

وقد عرّف الفقهاء الفرنسيين المسؤولية التقصيرية قديما، على أنّها كل الخسائر والأضرار التي تقع بفعل شخص سواء كان هذا الفعل لعدم حفته أو لجهله، ومهما كان هذا الخطأ بسيطا، يجب أن يقوم بالتعويض عنها من كان سببا في وقوعها، والجزاء عنها يكون تعويضا مدنيا، لا تتخلله فكرة العقوبة الجنائية خاصة فيما يتعلق بالضرر الذي يقع على المال، وكتطبيق لذلك فإن الأعمال المصرفية لا ترتب عقوبة جزائية؛ وإنما تعويضا مدنيا، بمعنى أنّ المسؤولية المترتبة عن إخلال البنك بالتزامات الناتجة عن العمليات الموجودة بينه، وبين عميله لا ترتب عليه العقوبة الجنائية، وظهر ذلك في المادة 1382 من ق.م.ف.⁽³⁾، التي تقضي بأنّ كل عمل أيّا كان يوقع ضررا بالغير، يلزم من سبب

¹ - ROLLAND Luc Bernet, op.cit. , p.476.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.864.

³ - "Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer".

هذا الضرر بخطاه أن يقوم بتعويضه، أمّا في المادة 1383⁽¹⁾ من نفس القانون فقد نصّ على مسؤولية كل شخص سبّب ضرر سواء بامتناعه أو بإهماله.

أمّا فيما يخص فكرة الخطأ في هذه المسؤولية فقد اختفت تحت ستار الخطأ المقابل لإثبات العكس، والخطأ الذي لا يقبل إثبات العكس، ثمّ تلاشى تماماً وظهرت مكانه نظرية تحمّل التبعة.

ونظراً للتطور السريع، من خلال استحداث الآلات وشتى الوسائل، وإمكانية وجود خطر جزاء سوء استعمال هذه الاختراعات، والتي قد تنتج أضرار على مستعمليها، ظهر ركن الضرر، وقد ساهم في ذلك عاملين أولهما علمي يعتمد على الناحية الموضوعية، بالنظر لما تقتضي به حماية المجتمع، والثاني عملي يرجع إلى إزداد مخاطر العمل، والتي تجعل الأمر صعباً بالنسبة للمضروب الذي عليه إثبات الخطأ الذي سبّب له الضرر حتى يستطيع الرجوع عليه بالتعويض.

لذا فالمسؤولية التقصيرية تقوم على فكرة الضرر وتحمّل تبعته وفقاً للفقرة الأولى من المادة 1384 ق.م.ف، كما قام الفقه الفرنسي بجعل المسؤولية التقصيرية تقوم على الخطأ المفروض في أحوال كثيرة مثلاً فيما يتعلّق بالالتزام بضمان السلامة أو الحماية، لذا فقد استقر على فكرة أنّ الخطأ والضرر أساس العلاقة التقصيرية بالإضافة إلى وجوب وجود علاقة سببية بينهما⁽²⁾.

¹ - "Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence".

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 866، 867.

الفرع الثالث: تمييز المسؤولية التقصيرية عن المسؤولية العقدية للبنك تجاه العملاء

تنشأ المسؤولية التقصيرية عن الإخلال بالتزام قانوني، وهي مصدر للالتزام، أما المسؤولية العقدية فهي التي تنشأ عن إخلال بالتزام عقدي وتعلّق بأثار الالتزام⁽¹⁾، فالبنك والعميل مرتبطين بعقد قبل تحقق المسؤولية؛ أمّا في المسؤولية التقصيرية فقد كان العميل الدائن بالمسؤولية تجاه البنك أجنبياً عنه .

حسب أنصار ازدواج المسؤولية، ففي المسؤولية التقصيرية يكفي لمن تقع على عاتقه أن يتمتع بسن التمييز، والمضروب هو من يقع عليه عبئ إثبات أن المدين قد حرق التزامه القانوني، ممّا يربّب عليه تعويض عن الضرر المباشر سواء كان متوقّعا أو غير متوقّع، وهذا ثابت بحم القانون؛ أمّا في المسؤولية العقدية فنشترط أهلية الرشد في عقود كثيرة، خاصة المتعلقة بالبنوك وعملاءهم، ويتحمّل فيها المدين عبء إثبات قيامه بالالتزام العقدي، وإثبات الدائن المضروب لعكس ذلك، وفيما يخصّ التعويض يكون فقط عن الضرر المباشر متوقّع الحصول⁽²⁾.

أمّا ما أخذ به أنصار وحدة المسؤولية، فيتمثل بعدم وجود أي فرق في الطبيعة بين المسؤوليتين، فكلاهما جزاء لالتزام سابق، فالعقدية جزاء لالتزام عقدي لم يحم به الملتزم، والتقصيرية جزاء لالتزام قانوني أحل به المسؤول، والمدين المتمثل في البنك قد تحققت مسؤوليته لنفس السبب والنتيجة لذا تتحدان لتكوين طبيعة واحدة.

وما يروونه كفرق هي عبارة عن فروق ظاهرية، بالنسبة للأهلية فإنها لا تشترط في كلتا المسؤوليتين؛ وإنما تشترط في العقد لا غير، إذ هي ليست شرط في المسؤولية العقدية، فحتّى لو أنّ مسيرّ البنك زالت أهليته بعد أن كان يتمتع بها وقت تعاقد، يبقى ملتزماً بالعقد وبالمسؤولية المرتبة على عاتقه، ولا يعفى منها إلا بالقوة القاهرة؛ أما المسؤولية التقصيرية فحسب رأيهم ليس صحيحاً أن أهلية التمييز هي الواجبة، وإنما ارتكاب البنك للخطأ هو الواجب والشرط لتحقيقها، ولنسبة هذا الخطأ له يستلزم أن يكون مميّزاً.

¹ - بختاوي سعاد، المرجع السابق، ص. 23.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 847.

من هنا يتضح لنا بأن التمييز هو شرط لتحقيق المسؤولية، وليس كأهلية للبنك أو مسيره المسؤول، وفيما يخص عبء إثبات الإخلال به لا يكون تبعا لإحدى المسؤوليتين، وإنما لما إذا كان الالتزام السابق هو إلتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل، حيث أنه على البنك إثبات قيامه بالعمل الذي التزم القيام به، والمتمثل بتنفيذ الالتزامات الحديثة تجاه العميل؛ أما العميل فله إثبات أن البنك قد أخل بالقيام بهذه الالتزامات ، ففي حال ما إذا كان الإلتزام في المسؤولية العقدية القيام بعمل على البنك أن يثبت قيامه به ليس لأن المسؤولية عقدية، بل لأن الإلتزام الذي أخل به هو إلتزام بالقيام بعمل، أما إذا كان الإلتزام هو بالامتناع عن عمل، على العميل إثبات أن البنك قد قام بالعمل الذي التزم الامتناع عنه ، وذلك باعتبار أن الإلتزام السابق هو التزم بالامتناع عن عمل وعدم الإضرار بالغير.

لذا يتضح لنا بأن عبء الإثبات في المسؤولية العقدية تارة قد يحمله البنك إذا كان الإلتزام العقدي هو ايجابي موضوعه القيام بعمل معين، وتارة يحمله العميل إذا كان الإلتزام سلبى يتمحور حول الامتناع عن القيام بعمل، أما في المسؤولية التقصيرية فيقع حسب رأي هؤلاء الأنصار دائما على عاتق العميل الدائن باعتبار أن الإلتزام في هذه المسؤولية هو سلبى⁽¹⁾.

لكن في موضوع مذكرتنا فإن الإلتزام السابق للبنك يكون بالقيام بعمل، والمتمثل في التزمه بتنوير إرادة العملاء وتبصيرهم بكل ما يتعلق بالعملية المصرفية، ونصحهم إلى نحو ما يساعدهم في إنجاح هذه العملية، إلى جانب تحذيرهم من أخطارها وحمايتهم منها، وكذا مراقبة كل ما يتعلّق بھويتهم ومصالحهم، لذا فعبد الإثبات يقع على البنك بإثبات قيامه بهذه الإلتزامات، وعلى العميل إثبات عدم قيام البنك بها للحصول على التعويض.

مما سبق فإن كلا المسؤوليتين تقومان على مبدأ واحد، إلا أنه توجد فروق جوهرية بينهما ترجع إلى طبيعة كل واحدة منهما.

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. ص. 847-853.

تكون المسؤولية التقصيرية في نطاق الخطأ أو العمل غير المشروع الذي يؤدي إلى الإضرار بالغير، فالدائن المضرور هنا أجنبي عن المدين لا يرتبط بعقد معه؛ أما نطاق المسؤولية العقدية محدّدة بشرطين، أولهما وجود عقد صحيح بين طرفي العقد، والثاني قيام العلاقة السببية بين الضرر والإخلال بالالتزام⁽¹⁾.

المطلب الثاني

أركان المسؤولية التقصيرية للبنك تجاه العملاء

تقوم المسؤولية التقصيرية بالاستناد للفعل الذي يحدث ضرراً للغير، يتّصف هذا الفعل بصفة الخطأ بينما يكون الضرر مادياً أو معنوياً، وقد يأتي بشكل مباشر أو غير مباشر ويلحق بالإنسان أو بأمواله، ولا بدّ من قيام الصلة السببية بين الضرر والخطأ، حتى تقوم مسؤولية المتسبب بذلك الخطأ فيرتب عليه التعويض لصالح المتضرر⁽²⁾.

الفرع الأول: الخطأ في المسؤولية التقصيرية للبنك تجاه العملاء

يتمثل في إخلال البنك بالتزام قانوني مع إدراكه بهذا الإخلال، بمعنى الانحراف عن السلوك والتصرف العادي الذي من المفروض أن يتّخذ سلوكاً يقظاً حتى لا يسبب ضرراً للغير، ففي حال اتّخاذه لغير هذا السلوك مع إدراكه بذلك ما سبب ضرراً للغير استوجب قيام مسؤوليته التقصيرية.

أولاً: أنواع الخطأ في المسؤولية التقصيرية للبنك تجاه العملاء

يعتبر الخطأ التقصيري انحراف في سلوك الشخص مع إدراكه لهذا الانحراف، ومن ثم فهو يقوم على ركن مادي يتمثل في الانحراف والتعدّي، وركن آخر معنوي متمثل في التمييز والإدراك⁽³⁾.

¹ - عبد الحكيم فوده، المرجع السابق، ص. 10.

² - مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص. 159.

³ - عبد الحكيم فوده، المرجع السابق، ص. 282.

أ- الخطأ المادي للمسؤولية التقصيرية للبنك تجاه العملاء

"يتمثل في إخلال بواجب قانوني يفرضه نص معيّن في القانون، أو تفرضه المبادئ العامة للقانون"⁽¹⁾، ويجد هذا الواجب سنده القانوني في فكرة الحق، باعتبار أنّ فرض القانون للشخص حق معيّن يتبعه فرضه لكافة الأشخاص احترام هذا الحق وعدم المساس به⁽²⁾.

لكي يعتبر البنك محدث الضرر مخطئ لا بدّ أن يكون قد انحرف في سلوكه، بحيث يتجاوز الحدود الواجب التزامها في سلوكه، وقد يكون هذا الانحراف متعمداً إحداث الضرر ممّا يرتّب الجريمة المدنية، كما قد يكون هذا الأخير دون تعمد، وذلك بتقصيره أو بإهماله، فتقوم شبه الجريمة المدنية، لذا فهناك معيارين لتحديد أيّ سلوك يرتّب الخطأ؛ فأصحاب المعيار الشخصي يأخذون بمدى يقظة البنك وفطنتهم، فإذا كان شديد الفطنة، وذو خبرة عالية فأقلّ انحراف في سلوكه يعتبر خطأ، أما إذا كان ضعيف الفطنة، إشتراط في هذا الانحراف أن يكون كبيراً وبارزاً، أمّا إذا كان عادي الذكاء، فالتعدي الصادر منه لا يشكل بالنسبة إليه انحرافاً ولا يعتبر خطأ، ويبدو أنّ هذا المعيار فيه نوع من العدالة، إلا أن هذه الأمور باطنية يصعب الكشف عنها، وقد يستحيل في بعض الحالات⁽³⁾.

لذا فالمعيار الموضوعي أخذ بنوع سلوك البنك ووضعه في نفس ميزان الرّجل العادي ذو الحيطة والحذر، والذي له من الدّراية والحرص ما يجعله يتصرّف بطريقة واعية تدل على إدراكه لما يفرض عليه من سلوك والتزامات⁽⁴⁾، فاذا تبين بأن البنك اتّبع هذا السلوك فلا يسند الخطأ اليه، وأما إذا اتّضح أنه سلك مسلكاً غير ذلك يكون هو مرتكب الخطأ.

¹- عبد الفتّاح مراد، المرجع السابق، ص. 1529.

²- شريف الطباخ، المرجع السابق، ص. 9.

³- بختاوي سعاد، المرجع السابق، ص. 37، 38.

⁴- مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص. 253.

ب- الخطأ المعنوي للمسؤولية التقصيرية للبنك تجاه العملاء

"يعني هذا الركن الإدراك بكون الفعل خاطئ"⁽¹⁾، بمعنى أن ينتج عن تصرف البنك فعل خاطئ مع إدراكه لذلك الخطأ.

يستوجب هذا الركن أن يكون مُصدر الخطأ الذي سبب ضرراً للغير، أن يكون مُميّزاً، وفقاً للمادة 125 من ق.م.ج⁽²⁾، أي بالغا سن الرشد ونحال من عوارض الأهلية المذكورة في المادة 40 من ق.م.ج⁽³⁾، وبما أننا بصدد دراسة الركن المعنوي للخطأ الصادر من البنك، فإنّ لهذا الأخير مجلس إدارة ويتكوّن من رؤساء ونواب، حسب المادة 18 من الأمر 11-03⁽⁴⁾، لذا فلا نتصوّر أن يكونوا غير مميّزين، وبالتالي فكل تصرف يصدر من البنك يكون بإدراك وتمييز ما يستلزم منه تقديم التعويض للعميل المتضرّر.

¹ - عبد الفتّاح مراد، المرجع السابق، ص. 1529.

² - تنص المادة 125 على: "لا يسأل المتسبّب في الضّرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو إهماله منه أو عدم حيظته إلا إذا كان مميّزاً".

³ - تنص المادة 40 على: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية".

⁴ - أمر رقم 11-03، مؤرّخ في 26 أوت سنة 2003، يتعلّق بالتّقد والقرض، ج ر ج ج، عدد 52، صادر في 27 أوت 2003، معدّل ومتمّم: "يتكون مجلس الإدارة من: المحافظ رئيساً، نواب المحافظ الثلاث، ثلاث موظفين ذوي أعلى درجة معينين بموجب مرسوم من رئيس الجمهورية بحكم كفاءتهم في المجالين الاقتصادي والمالي، يحل المستحلفون محل الموظفين في حالة غيابهم، أو شغور وظائفهم حسب الشروط نفسها".

ثانيا: صور الخطأ في المسؤولية التقصيرية للبنك تجاه العملاء

للخطأ صور متعددة تتمثل في الخطأ المهني الجسيم والغش، وكذا الإهمال والتعدي.

أ- الخطأ المهني الجسيم

يعتبر الخطأ جسيما لعدم بذل البنك العناية المطلوبة بشأن ما يخص عمله لقلة حرص البنك، والفوضى التي تعم في شؤونه الخاصة، والفعل الذي ينتج الخطأ الجسيم يكون إراديا يبلغ من الجسامه حدا غير عادي، وينجم عن ترك إرادي متعمد على نحو يُعلمه بالتأكيد بمدى احتمال حدوث الضرر.

ب- الغش

يتحقق الغش باقتراف البنك لخطأ، متعمدا إحداث ضررا بالعميل، بمعنى انصراف إرادته إلى ارتكاب الفعل أو التّرك الغير المشروع لالتزام معين، ممّا يحدث ضررا لعميله، وهذا ما يترتب مسؤولية على عاتق البنك يستوجب التعويض للمتضرر⁽¹⁾.

ج- الإهمال

يتمثل في قيام البنك بسلوك يوحى بعدم احترام قواعد الحيطة والحذر، كأن يضع القانون على عاتقه التزام بالتّصح أو بالمراقبة، فلا يقوم البنك بهذا الالتزام على الوجه المطلوب، كأن ينصح العميل نصيحة سطحية لا تجدي نفعا ولا ترفع من معنويات العميل، ولا تساهم في نشاطه في حال وقوع الضرر له، يقوم بين هذا الإهمال والضرر علاقة سببية، مما يترتب مسؤولية البنك وبالتالي وجوب التعويض للطرف المتضرر، ووفقا للمادة 1383 من ق.م.ف، فإن كل شخص يكون مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه، لا بفعله فحسب بل أيضا بإهماله.

¹ عبد الفتاح مراد، المرجع السابق، ص.1530.

د- التّعدي

يقتصر التّعدي على اعتداء البنك على العميل دون وجه حق ما يترتب المسؤولية التقصيرية عليه، ويكون إما مباشراً أو غير مباشر، حيث يمكن أن يعتدي على أموال وأراضي العميل، وكذا منقولات أو يحجر عليها دون وجه حق، وهذا ما يسمّى بالتعدي المباشر أو الغير مباشر، فهو إزعاج العميل ومضايقته بطريقة غير مشروعة، كأن يشوّه سمعته بإذاعة ونشر معلومات غير صحيحة عنه، ممّا يؤدي إلى إساءة سمعته ما يسبّب له ضرراً معنوياً، وعليه بالتعويض الذي يقدره القاضي⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الضّرر في المسؤولية التقصيرية للبنك تجاه العملاء

يقصد بالضرر المساس بمصلحة المضرور، سواء كان هذا المساس بوضع قائم أو بحرمانه أو سلبه، ما كان يملكه أو يحوزه، بحيث يتحوّل حال المضرور إلى أسوأ مما كان عليه قبل وقوع الخطأ⁽²⁾.

قد يقوم البنك بعرض خدماته على الجمهور بإبدائه لمختلف المزاي وإعلامهم بمختلف الالتزامات، التي قد يقوم بها في سبيل تمكينهم من الحصول على خدماته في أحسن الظروف، وعند تقدّم بعض العملاء بقصد الاستفادة من هذه الخدمات، بالتالي الحصول على قرض مثلاً؛ إما لتمويل مشروع معيّن أو لوقوعه في ضائقة مالية، ففي حالة ما لم يقيم البنك بالوعود التي قدّمها كعدم تحذيره من قيمة القرض، وبإمكانية عدم التمكن من تسديده للبنك مجدداً نظراً لحالته المادية المزرية، ففي هذه الحالة يكون قد أخطأ، ما سبّب ضرراً لهذا العميل الذي زاد وضعه سوءاً للفعل السيء الناشئ عن البنك.

⁻¹ عبد الفتاح مراد، المرجع السابق، ص. 1530.

⁻² شريف الطباخ، المرجع السابق، ص. 90.

فعنصر الضرر أساسي لقيام المسؤولية التقصيرية، وإمكانية المطالبة بالتعويض، لأن العميل في هذه المسؤولية لا تكون له مصلحة إلا إذا كان قد أصابه الضرر، لذا يقع على عاتقه إثبات حدوثه قبل اثبات الخطأ والعلاقة السببية⁽¹⁾.

أولاً: شروط قيام الضرر في المسؤولية التقصيرية للبنك تجاه العملاء

لتوقّر هذا الضرر لا بدّ من وجود شرطين مهمّين بحيث يجب أن يكون المساس متعلّق بمصلحة مشروعة، ومحمية قانوناً كما لا بدّ من أن يتحقّق الضرر فعلاً.

أ- أن يقع الإخلال بحقّ أو بمصلحة مشروعة

لقيام الضرر في المسؤولية التقصيرية لا بدّ أن يمس بمصلحة مشروعة للمضروب، أو بحق من حقوقه، إذ أن كل شخص له مصلحة يعمل على تحقيقها، والحفاظ عليها، فتشكّل ذمته المالية إذا كانت تتضمن مصالح مالية؛ أما إذا كانت تتناول مكانته وشعوره وسمعته، فإنّها تشكّل كيانه المعنوي، باعتبار أنّه في كلا الحالتين تكونان موضع حماية من القانون⁽²⁾.

ففي حال إلحاق الضرر بالمصلحة المشروعة والخاصة بالعميل، كان من حقّه المطالبة بالتعويض، فمثلاً قيام البنك بتعهّد العميل بمنح له قروض، ومساعدات بكلّ المعلومات والنصائح لحسن استغلال هذا القرض لأنّ العميل يرغب في تطوير مؤسّسة يملكها لهدف توسيع مجال اختصاص هذه المؤسّسة، وكذا تشغيل أكبر عدد من العمّال، لذا على البنك جعل هذا العميل في أمان ضدّ مخاطر هذا القرض، ما يفرض عليه إلزاماً بإحاطة العميل علماً بكلّ ظروف القرض وملاساته⁽³⁾، ففي حال إخلاله بهذا الالتزام، يمكن أن يلحق ضرراً مادياً بالعميل قد يؤدّي إلى إفلاسه، نظراً لافتقار العميل وجهله لكلّ التقنيات الخاصة بالقرض، كما يؤدّي ذلك إلى عدم إمكانيته من تسديد قيمة القرض، وكذا عدم منح أجور العمّال ما يسيء إلى سمعته، ويؤدّي إلى فقدان ثقة التّجار به وكذا المستثمرين وهذا ما يسيء إلى كيانه المعنوي، وفي هذه الحالة عليه العودة على البنك بالمسؤولية التقصيرية، والتي مفادها تعويضه

¹ - بختاوي سعاد، المرجع السابق، ص. 46.

² - مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص. 189.

³ - خليفي مريم، المرجع السابق، ص. 205.

عن كل الأضرار التي أصابته؛ أمّا إذا كانت مصلحة العميل غير مشروعة، أي هدفه من القرض مخالف للقانون، كتمويل الإرهاب أو العمليات المتعلقة بغسيل الأموال فلا يستحق التعويض، ولا جبر الضرر الذي لحق به.

ب- أن يكون الضرر محقق الوقوع

يكون الضرر محققاً بمعنى التأكيد على ضرورة حصوله أي حالاً، والإخلال بالتزام قد تمّ فعلاً، وكان موجوداً وقت قيام المسؤولية⁽¹⁾، كأن يكون سند إشهار إفلاس العميل حاضراً وقت رفع دعوى المسؤولية، والذي يعتبر ناشئ عن خطأ البنك أو إمتناعه عن تنفيذ ما عليه من التزامات.

أو أن يكون هذا الضرر سيقع حتماً في المستقبل، ويصلح هذا الضرر أساساً للمطالبة بالتعويض كلّما كانت نتيجة لازمة لضرر وقع فعلاً، ويجوز للعميل المضرور أن يطالب بالتعويض عن الضرر المستقبلي متى كان محقق الوقوع⁽²⁾.

فإذا أقرض البنك العميل دون الاستعلام عن حالته المالية، وتحذيره بكل المخاطر التي قد تنتجها هذه العملية المصرفية التي يمكن أن تمس بمصالحه، وتؤدي إلى تفاقم ديونه مما يجعل التسديد أمراً صعباً عليه، ما يساهم بالإضرار بذيته المالية بالتالي شهر إفلاسه في المستقبل، لذا فحتى قبل وقوع ذلك يمكن للعميل المضرور أن يطلب التعويض مسبقاً، نظراً لعدم حصوله على ما تعهد به البنك.

أمّا بالنسبة للضرر الاحتمالي فلا يستحقّ التعويض إلا إذا وقع حقاً؛ أمّا الغير مؤكّد الحصول فيخرج تماماً من دائرة المطالبة بالتعويض⁽³⁾.

¹ - بختاوي سعاد، المرجع السابق، ص. 47.

² - شريف الطباخ، المرجع السابق، ص. 94.

³ - مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص. 198.

ثانيا: أنواع الضرر في المسؤولية التقصيرية للبنك تجاه العملاء

يعتبر الضرر الأذى الذي يصيب الشخص في ماله أو نفسه فينقص أو يعدم ذمته المالية⁽¹⁾، كما قد يعتدي على شرفه وسمعته، ويكون كنتيجة مباشرة للخطأ الذي أحدثه البنك، لذا فالضرر يشمل المادي والمعنوي منه وكذا الضرر المباشر.

أ- الضرر المادي والضرر الأدبي للمسؤولية التقصيرية للبنك تجاه العملاء

يتمثل الضرر المادي في الاعتداء على حق مالي للمضروب، أو مصلحة مشروعة له ذات قيمة مالية سواء كان حقا عينيا كالحجر على عقار العميل أو إتلافه، كما قد يكون حقا شخصيا كالامتناع عن تنفيذ إلتزام تجاه العميل، ويكفي أن يقوم الإثبات على تحقق هذا الضرر وعلى صلته السببية بالفعل الضار، حتى يلزم من صدر منه بالتعويض عنه، إما عينيا بالرد، أو برفع اليد المغتصبة أو بإصلاح الضرر، وإما نقديا بدفع مبلغ مالي يوازي قيمة الشيء المتضرر أو يمكنه من إصلاح الضرر⁽²⁾.

أما بالنسبة للضرر الأدبي، فهو الذي يصيب العميل بشرفه وسمعته وعاطفته بحيث يؤثر تأثيرا كبيرا فيه، بشرط أن لا يمس بأي وجه من الوجوه ذمته المالية، كامتناع البنك مثلا عن تنفيذ تعليمات العميل، بتحويل مبلغ من حسابه إلى دائن العميل، مما سبب هذا الإخلال إساءة لسمعة هذا الأخير.

وبالنسبة للضرر الذي يصيب الجسم يكون أدبيا إذا أتلفه أو جرحه، وكل ما ينجم عن ذلك من ألم أو تشويه في الوجه والأعضاء، ويعتبر ماديًا وأدبيا إذا نتج عنه انفاق للمال والعلاج، ويكون أدبيا فحسب إذا لم ينتج عنه ذلك⁽³⁾، ويكون التعويض عن كل ما تحمله العميل من خسارة وما فاتته من كسب، وكذا الضرر الحالي والمستقبلي، أما الضرر المحتمل فلا يرتب التعويض عليه إلا إذا تحقق⁽⁴⁾.

¹ - بختاوي سعاد، المرجع السابق، ص. 49.

² - مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص. 165.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 981.

⁴ - عبد الفتاح مراد، المرجع السابق، ص. 1530.

وقد اختلف الفقه حول جواز التعويض من عدمه، بحيث لا يقصد بالتعويض عن الضرر المعنوي محوه من الوجود، لأنه لا يحى ولا يزول بتعويض مادي، وإنما فقط منح للمضروب بديلاً يعوّضه عمّا أصابه من ضرر، ويعتبر الاعتذار العلني صورة من التعويض المعنوي، لكن استقرّ الوضع على تقرير التعويض رغم عدم رفع عن العميل المتضرر الألم، وإصلاحه قدر المستطاع، وإنما فقط ترضية له من جهة، ومن جهة أخرى جزاء للبنك المسؤول عن التّعدي على القيم المعنوية للعميل، ويقوم بتقدير هذا التعويض للقاضي المختص⁽¹⁾.

ب- الضرر المباشر للمسؤولية التقصيرية للبنك تجاه العملاء

يتمثل في النتيجة الحتمية والضرورية للفعل الخاطئ بحيث إذا لم يكن الخطأ قد حصل، فإن الضرر لم يكن ليقع⁽²⁾، بمعنى هو نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدثه البنك، ويكون كذلك إذا لم يتمكن البنك من تفاديها رغم بذله لجهل معقول⁽³⁾، ويكون التعويض عن الضرر المباشر كله المتوقع منه، والغير متوقع لحدوث الضرر.

الفرع الثالث: العلاقة السببية بين الخطأ التقصيري والضرر

لتحقيق المسؤولية التقصيرية لابدّ من توفّر الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، وكى تقوم هذه العلاقة لابد أن يكون خطأ البنك هو الذي سبب الضرر للعميل، فإذا انعدمت هذه الرابطة السببية لا تقوم مسؤولية البنك مرتكب الخطأ حتّى ولو كان هذا الخطأ جسيماً.

وقد نصّت المادة 124 من ق.م.ج على هذه الرابطة السببية، كما يكون على البنك نفيها باعتبار أنّ الضرر الماس بالعميل ليس نتيجة لفعله؛ وإنما لتدخل سبب أجنبي وعليه اثبات ذلك لإبعاد الالتزام بالتعويض على عاتقه⁽⁴⁾.

¹ - بختاوي سعاد، المرجع السابق، ص. 51.

² - مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص. 215.

³ - عبد الفتّاح مراد، الرجوع السابق، ص. 1530.

⁴ - بختاوي سعاد، المرجع السابق، ص. 57، 58.

أولاً: قيام العلاقة السببية بين الخطأ التقصيري والضرر

تقتضي هذه العلاقة أن يكون الخطأ هو السبب المباشر في حدوث الضرر، والسبب الذي يأخذ به، هو السبب المحقق فعلاً والمباشر، بحيث لا يكفي لقيام المسؤولية التقصيرية وقوع عنصري الخطأ والضرر فقط، بمعنى اتصال الخطأ بالإصابة كاتصال السبب بالمسبب، بحيث لا يتصور وقوع أيهما دون الآخر، مع وجوب ثبوت أن هذا الضرر نشأ عن ذلك الخطأ ونتيجة لحدوثه⁽¹⁾، كامتناع البنك مثلاً عن تقديم النصح كان سبباً مباشراً في إحداث ضرر العميل حيث أنه لولا هذا امتناع لما حصلت تلك النتيجة.

إنّ القضاء الجزائري يحتمل البنك على التأكد من صحة المعلومات التي فرضها التشريع، بالمقابل تحمله للمسؤولية إذا لم يدقق في صحة المعلومات، فإذا تقدّم أحد الأشخاص مدعياً بأنه تاجر معين، محاولة منه تقمص شخصية تاجر آخر، بحيث لم يشترط عليه البنك بتقديم وثيقة القيد في السجل التجاري، فإنّ البنك يتحمل المسؤولية عن كل ما يحصل للتاجر الحقيقي من أضرار نتيجة لهذا التعدي على شخصيته المهنية، فلولا خطأ البنك المتمثل في عدم التأكد من صحة المعلومات أو بالتزامه بالمراقبة لما وقع الضرر لذلك التاجر⁽²⁾.

وتقوم هذه العلاقة على السبب المنتج والفعال المحدث للضرر دون السبب العارض الذي ليس من شأنه إحداث أضرار، فإذا وقع الضرر نتيجة لعدّة أسباب بحيث من الصعب التعرّف على السبب المباشر من بينها، كأن يكون العميل مثلاً لم يتلقّى أيّ تحذير أو بيانات متعلّقة بالقرض من طرف البنك، وبعد مدّة يتعرض لضائقة مالية، السبب الذي يمنعه من تسديد ما عليه ديون لدائنيه، بالتالي يُشهر إفلاسه، ففي هذه الحالة يرى الفقه بأنه على القاضي أن يتفحص أسباب الضرر، ويقف عند السبب الذي يتّضح أنه لولا حدوثه ما وقع الضرر، عندئذ يعتبر أنّه السبب المباشر في إحداث الضرر⁽³⁾.

¹ - شريف الطباخ، المرجع السابق، ص. 105، 104.

² - محفوظ لعشب، الوجيز في القانون المصري الجزائري، ط الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2006، ص. 109، 110.

³ - عبد الحكيم فوده، المرجع السابق، ص. 145.

ثانيا: انقطاع العلاقة السببية بين الخطأ التقصيري والضرر

يمكن للعلاقة السببية أن تنتفي وتقطع، إذا قام البنك بإثبات أن الضرر الذي أصاب عميله كان لسبب أجنبي لا دخل له فيه، بحيث لم يتمكن من إيقاف هذا السبب، وقد تناول المشرع الجزائري هذه الحالة في المادة 127 من ق.م.ج⁽¹⁾، أين اعتبر السبب الأجنبي كحادث فجائي غير متوقع من طرف البنك، أو على شكل قوة قاهرة لا يمكن إيقافها.

فالقوة القاهرة، تمثل الحادث الذي يستحيل دفعه، والحادث الفجائي هو الذي لا يمكن توقعه، لا من جانب المدين، ولا من جانب الدائن، ولا يكون الحادث ممكن التوقع وقت وقوعه بذاته، كما لا بد أن يكون الحادث والقوة القاهرة مستحيل الدفع، فإذا أمكن الدفع لا تعتبر قوة قاهرة، ولا بد أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة ليس بالنسبة للمدين وحده؛ وإنما لأي شخص يكون في موقف المدين⁽²⁾.

كما يمكن أن يكون الخطأ صادرا من الغير، بحيث يشترط على هذا الغير أن لا يكون له أية علاقة مع المضرور ولا مع المسؤول، لا تابعا ولا متبوعا، ففي حال صدور الخطأ حسب ما تم ذكره لا يكون البنك مسؤولا، وبالتالي لا يترتب على عاتقه أي تعويض، أما إذا كان المسؤول عن حدوث الضرر في حال الدفاع الشرعي عن نفسه أو ماله أو غيره، وفقا للمادة 128 من ق.م.ج⁽³⁾، لا يعتبر مسؤولا عن الضرر الماس بالعميل، ولا علاقة سببية بينهما إلا إذا تجاوز الدفاع الشرعي القدر المشروع، في هذه الحالة لا بد من تقديم للمضرور تعويض يقدره القاضي.

¹ نصت المادة 127 على: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك".

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 994.

³ حيث تنص المادة 128 على: "من أحدث ضررا و هو في حالة دفاع شرعي عن نفسه، أو عن ماله، أو عن نفس الغير أو عن ماله، كان غير مسؤول، على أن لا يجاوز في دفاعه القدر الضروري، وعند الاقتضاء يلزم بتعويض يحدده القاضي".

وقد يرتكب البنك خطأ معين عند قيامه بمهامه والتزاماته، ما يسبب أضرراً للغير من العملاء، بحيث يكون ارتكاب هذا الخطأ المسبب للضرر لهدف تفادي ضرر أكبر يهدد البنك أو الغير، ففي هذه الحالة البنك ليس ملزم بالتعويض عن هذا الضرر، حسب ما قضت به المادة 130 من ق.م.ج.⁽¹⁾.

¹ - حيث تنص المادة 130 على: "من سبب ضرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبر، محققاً به أو بغيره، لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً".

خاتمة:

من كل ما تقدم يعتبر النشاط البنكي من النشاطات الأكثر حيوية في المجال الاقتصادي، ولذلك أحاطته مختلف التشريعات ومن بينها التشريع الجزائري بالكثير من العناية، وذلك من أجل تفادي الوقوع في أزمة اقتصادية نظرا لتعلقه بالمجال المالي، وباعتبار أنّ البنك يقوم بإجراء عمليات والتي تتجسد في شكل عقود، يحتلّ فيها البنك مركز ممتاز نظرا لما يتمتع به من خبرة ودراية في مجاله المهني، يجعله في مركز الطرف القوي في العلاقة العقدية والذي يقابله العميل في مركز المتعاقد الضعيف.

إنّ وجود طرف قوي وطرف ضعيف في العلاقة العقدية، أدّى إلى خلق تفاوت واختلال في العقد، هذا ما دفع مختلف التشريعات والاجتهاد القضائي إلى محاولة معالجة هذا التفاوت، وذلك بفرض التزامات إضافية على عاتق البنك نابعة من فكرة التضامن التعاقدية، مؤسّسة ذلك على وجود تضامن طبيعي بين الأفراد من خلال تقرير الالتزام بالتعاون والوفاء وحسن النية، وما ساهم في تطوير وازدهار فكرة التضامن هو النظرية الاجتماعية، التي قامت بتطبيق هذه الالتزامات من خلال استحداث التزامات أخرى تخدم مصلحة المجتمع، وكذا الفرد باعتباره طرف غير متخصص في المجال المصرفي كل هذا بغرض تحقيق المساواة في العلاقة العقدية؛ وبما أنّ البنك هو المدين بهذه الالتزامات تجاه العميل الذي يعتبر دائن، فإنه في حالة إخلاله بما تقوم مسؤوليته المدنية وذلك بتعويض العميل الدائن عن الضرر الذي لحق به جرّاء إخلاله بالتزاماته.

بذلك يعتبر التضامن التعاقدية والوظيفة الاجتماعية للعقد منبع وأساس ظهور هذه الالتزامات الحديثة، وأنها هي التي ساهمت في إعادة توازن العلاقة العقدية، وتعزيز ثقة الأفراد في القانون الذي قام بفرض هذه الالتزامات، حيث أنّ للبنك أن ينفي مسؤوليته المدنية بإثبات قيامه بتنفيذ التزاماته، وفي المقابل للعميل أن يثبت عدم قيام البنك بتنفيذ التزاماته، ما يرتب المسؤولية المدنية عليه والتي تهدف إلى تعويض العميل المتضرر.

لذا فالهدف من تقرير هذه الالتزامات الحديثة وإسنادها إلى البنك، يتمثل في حماية العميل بصفته الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، تماشياً مع تطوّر نظام التعاقد الحديث بغرض تحقيق العدالة العقدية.

رغم أهمية هذه الالتزامات الحديثة في المجال التعاقدى إلا أنّ المشرّع الجزائري لم يتعرّض إليها صراحة في القوانين الخاصة بالبنوك، أو العقود المتعلقة بتقديم خدمات لأفراد المجتمع، إلاّ فيما يتعلّق بتنظيم قانون الاستهلاك، فقد نصّ على إلتزام المنتج بتقديم معلومات وتحذيرات، إلى غير ذلك من الالتزامات عند توقيعه لعقد الاستهلاك مع المستهلك .

لذا كان من المفروض على المشرع الجزائري أن يتطرّق إلى هذه الالتزامات الحديثة، والنصّ عليها في القانون المدني وكذلك القوانين الخاصة، كقانون النقد والقرض

- أن يتعرّض إلى فكرة التضامن التعاقدى التي تبناها المشرع الفرنسي والذي أُطلق عليه اسم « le solidarisme contractuelle » .

- كان على المشرع أن لا يكتفي بفرض المسؤولية المدنية جزاء الإخلال بهذه الالتزامات، بل كان عليه التوسّع في المسؤولية - كما فعل في حالة عدم حفظ السرّ المهني، وذلك بفرضه للمسؤولية الجزائية على البنك المخالف لهذه الالتزامات، كما هو الحال في حالة إصداره للشكّ دون ذكر لأحد البيانات الإلزامية، كرقم الشكّ مثلا.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية:

I- الكتب :

- 1 - بلعيساوي محمد الطاهر، التزامات البنك في الاعتمادات المستندية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012.
- 2 - حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية- دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
- 3 - دريد كامل آل شبيب، إدارة البنوك المعاصرة، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الأردن، 2012.
- 4 - سليمان ضيف الله الزّين، التحويل الالكتروني للأموال ومسؤولية البنوك القانونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012.
- 5 - سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام - العقد- الإرادة المنفردة- العمل غير المشروع- الإثراء بلا سبب- القانون، د.د.ن.، مصر، 2000.
- 6 - شريف الطّباخ، التعويض عن المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في ضوء القضاء والفقه، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007.
- 7 - عبد الحكيم فوده، التعويض المدني - المسؤولية المدنية التعاقدية والتقصيرية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1998.
- 8 - عبد الزّزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - مصادر الالتزام، ط. الثالثة، دار الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.
- 9 - عبد الفتاح مراد، موسوعة البنوك، دار الكتب والوثائق المصرية، مصر، د.س.ن.
- 10 - عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك - دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، مصر، 2004.
- 11 - كميّت طالب البغدادي، الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان - المسؤولية الجزائية والمدنية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.

- 12 - محفوظ لعشب، الوجيز في القانون المصرفي الجزائري، ط الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2006.
- 13 - محمد حسن منصور، مصادر الإلتزام -العقد والإرادة المنفردة، دار الجامعية للطباعة والنشر، مصر، 2000.
- 14 - مصطفى أحمد أبو عمرو، الإلتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010.
- 15 - مصطفى العوجي، القانون المدني -المسؤولية المدنية، ج. الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.
- 16 - همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للإلتزام - نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004.

II- الرسائل والمذكرات الجامعية:

أ - رسائل الدكتوراه:

- 1 - آيت مولود فاتح، حماية الادخار المستثمر في القيم المنقولة في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، 2012.
- 2 - آيت وازو زينة، مسؤولية البنك المركزي في مواجهة الأخطار المصرفية في ظل القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، 2012.
- 3 - نساخ فطيمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2013.

ب- مذكرات الماجستير:

- 1 - عباس عبد الغني، مسؤولية المصرفي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، 2005.
- 2 - بلجودي أحلام، النظام القانوني لعقد القرض البنكي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة جيجل، 2006.
- 3 - ركروك راضية، البنوك وعمليات تبيض الأموال، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، 2006.
- 4 - حديد أميرة، النظام القانوني للبنوك الخاصة في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، 2008.
- 5 - علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها - دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بالقايد- تلمسان، 2008.

6- بختاوي سعاد، المسؤولية المدنية للمهني المدين، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بالقايد-تلمسان، 2012.

ج - مذكرات الماستر:

1 - رزوق يسمينة وصدودي لهناء، التزامات البنوك للتصدي لجريمة تبيض الأموال، مذكرة لنيل شهادة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية، 2013.

III - المقالات :

1 - خالد عطشان غزارة الظفيري، "المسؤولية المدنية للبنك عن عمليات القروض الاستهلاكية تجاه العميل المقترض"، مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق، جامعة الكويت، العدد 49، 2012، ص. ص. 407-480.

2 - خليفني مریم، "الالتزام بالإعلام الإلكتروني وشفافية التعامل في مجال التجارة الإلكترونية"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة بشار(الجزائر)، العدد 04، 2011، ص. ص. 201-223.

VI - النصوص القانونية:

1 - الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج. عدد 78، صادر في 1975/09/30، معدل ومنتّم.

2 - الأمر رقم 03-11، مؤرخ في 27 أوت سنة 2003، يتعلّق بالنقد والقرض، ج.ر.ج.ج. عدد 52، صادر في 2003/08/27، معدل ومنتّم .

ثانيا: باللغة الفرنسية :

I – Ouvrages:

- 1- BLOUGH Rachel, le forçage du contrat à la théorie générale, préface Dominique Fenouillet, presses universitaires, d'Aix- Marseille, Paris, 2011.
- 2 - DEKKEWER-DEFAUSSEZ Françoise, droit bancaire, 10^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2010.
- 3 - EMMENEGGER, SUSANE, Le devoir d'information du banquier, in: Christine Chappuis/Benedict WiNiger (Hers.), La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel, Genf/Zurich/Basel, 2009.
- 4 - GRYNBAUM Luc et NICOD Marc, solidarisme contractuel, 18^{ème} édition, economica, Paris, 2004.
- 5 - JAMIN Christophe, Le Solidarisme contractuel : un regard franco-québécois, éditions Thémis, Canada, 2005.
- 6 - NEAU LEDUC Philippe, droit bancaire, 4^{ème} Édition, Dalloz, Paris, 2010.
- 7 - ROLLAND Luc Bernet, principes de technique bancaire, 24^{ème} Édition, Dunad, Paris, 2006.
- 8 - ROUTIER Richard, obligation et responsabilités du banquier, 3^{ème} Édition, Dalloz, Paris, 2011.

II – Thèses et Mémoires :

- 1 – FLORNOY Aude, le devoir de conseil du banquier, mémoire de DEA de droit privé, université du lille2, Paris, 2001.

- 2 - GHISLAIN Tabi Tabi, les nouveaux instruments de gestion du processus contractuel, thèse de doctorat en droit, faculté de droit université Laval, Québec, 2011.

III – Articles :

- 1 – LOQUIN Eric, le solidarisme contractuel, vol 27, lexis nexis litec, France, 2006.
- 2 – BURY Bénédicte, la bonne foi dans la relation contractuelle du banquier avec son client, gazette du palais, n°76, 2009.

VI _ Sites Internet :

- 1 – Code Civil Français *in* : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXTE000006070721&dateTexte=12/05/2014>.
- 2 – code de la consommation français *in* : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXTE000006069565&date=12/05/2014>.
- 3 – CHAZAL JEAN Pascal, les nouveaux devoirs des contractants : est-on allé trop loin ?
In, <http://spire.sciencespo.fr/hdl:/2441/516uh8ogmqildh09h28bni63j/resources/les-devoirs-contractuels.pdf>.

فهرس

01.....	مقدمة.....
04.....	الفصل الأول: فكرة التضامن التعاقدي كأساس لظهور الالتزامات الحديثة.....
05	المبحث الأول: نشأة الالتزامات الحديثة للبنك تجاه العملاء.....
05	المطلب الأول : التضامن التعاقدي كأساس لظهور الالتزامات الحديثة.....
06	الفرع الأول: نشأة فكرة التضامن التعاقدي.....
06	الفرع الثاني: التيار التضامني.....
07	أولاً: المؤسسة التعاقدية في خدمة العدالة.....
08	أ- اللجوء الى النظرية القانونية.....
08	ب- تراجع دور السياسة.....
09	ثانياً: تعديل دور الدولة.....
09	أ- الدولة المصلحة.....
09	ب- تفضيل منطق التأمين.....
10	الفرع الثالث: البحث عن مفهوم التضامن في قانون العقود.....
10	أولاً: التوجهات التضامنية في القانون.....
10	أ- أصول الفقه التضامني.....
11.....	ب- الفقه التضامني في الخارج.....

11	ج- الفقه التضامني الفرنسي المعاصر.....
12	ثانيا: مفهوم التضامن التعاقدى في قانون العقود.....
12	المطلب الثاني: الوظيفة الاجتماعية للعقد.....
13	الفرع الأول: نشأة الوظيفة الاجتماعية للعقد.....
14	الفرع الثاني: إعادة توازن العقد وفقا للقواعد العامة.....
14	أولا: إعادة توازن العقد في مرحلة تكوينه
15	ثانيا: إعادة توازن العقد في مرحلة تنفيذه.
16	الفرع الثالث: إعادة توازن العقد وفقا للقواعد الخاصة.
16	أولا: توفير الحماية للطرف الضعيف.
16	أ- الطرف الضعيف سبب لعدم توازن العقد.....
17	ب- الطرف الضعيف مبرر لتقرير الحماية.
18	ج- الطرف الضعيف مبرر لاجتماعية العقد.....
18	ثانيا: السعي إلى تحقيق العدل الاجتماعي.
18	أ- أولوية المصلحة العامة على المصلحة الخاصة.
19	ب- ضرورة توظيف التشريعات الاجتماعية لتحقيق العدل الاجتماعي.....
20	ثالثا: السعي الى تحقيق العدالة العقدية.
20	أ- العدالة العقدية وسيلة لتحقيق الأمن والاستقرار القانوني.....
20	ب- العدالة العقدية أساس القوة الملزمة للعقد.....

- 22 المبحث الثاني: الآثار القانونية المترتبة على البنك تجاه العملاء.
- 22 المطلب الأول: الاعلام كالتزام حديث للبنك تجاه العملاء.
- 23 الفرع الاول: تعريف التزام البنك بالإعلام وطبيعته القانونية.
- 23 أولاً: تعريف التزام البنك بالإعلام تجاه العملاء .
- 23 ثانيا: الطبيعة القانونية لالتزام البنك بالإعلام تجاه العملاء.
- 24 أ- إلتزام البنك بالإعلام التزام بتحقيق نتيجة.
- 25 ب- إلتزام البنك بالإعلام التزام ببذل عناية.
- 25 الفرع الثاني: الالتزام بالإعلام قبل التعاقد وشروط نشوئه.
- 25 أولاً: الالتزام بالإعلام قبل التعاقد كتطبيق للالتزامات الاضافية.
- 26 أ- إلتزام البنك بالإعلام التزام عام سابق على التّعاقد.
- 26 ب- إلتزام البنك بالإعلام قبل التعاقد غرضه إيجاد رضا سليم.
- 26 ثانيا: شروط نشوء إلتزام البنك بالإعلام السابق على التعاقد.
- 27 أ- علم البنك بالبيانات والمعلومات محلّ التعاقد.
- 27 ب- تأثير البيانات والمعلومات محلّ التعاقد على إرادة العميل.
- 27 ج- جهل العميل بالمعلومات والبيانات محلّ التّعاقد.
- 27 المطلب الثاني: التزام البنك بالحماية والالتزام بالتحذير تجاه العملاء.
- 28 الفرع الأول: الحماية كالتزام حديث للبنك تجاه العملاء.
- 28 أولاً: تعريف إلتزام البنك بالحماية تجاه العملاء.
- 28 ثانيا: الطبيعة القانونية لالتزام البنك بالحماية تجاه العملاء.

- 29 ثالثا: تطور إلتزام البنك بالحماية تجاه العملاء.
- 31 الفرع الثاني: التحذير كإلتزام حديث للبنك تجاه العملاء.
- 31 أولا: تعريف إلتزام البنك بالتحذير تجاه العملاء.
- 32 ثانيا: تطور التزام البنك بالتحذير تجاه العملاء.
- 32 ثالثا: شكل و حدود التزام البنك بالتحذير تجاه العملاء.
- 32 أ- شكل الإلتزام بالتحذير .
- 33 ب- حدود الإلتزام بالتحذير.
- 33 المطلب الثالث: التزام البنك بالمراقبة والإلتزام بالنصح تجاه العملاء.
- 33 الفرع الاول: المراقبة كإلتزام حديث البنك تجاه العملاء.
- 34 أولا: مضمون التزام البنك بالمراقبة تجاه العملاء.
- 34 ثانيا: طبيعة التزام البنك بالمراقبة تجاه العملاء.
- 35 الفرع الثاني: النصح كإلتزام حديث للبنك تجاه العملاء.
- 35 أولا: مضمون التزام البنك بالنصح وطبيعته القانونية.
- 35 أ- تعريف التزام البنك بالنصح تجاه العملاء.
- 36 ب- الطبيعة القانونية لإلتزام البنك بالنصح تجاه العملاء.
- 37 ثانيا: أساس ومجال التزام البنك بالنصح تجاه العملاء.
- 37 أ- أساس التزام البنك بالنصح تجاه العملاء .
- 37 ب- مجال التزام البنك بالنصح تجاه العملاء.

- 39..... الفصل الثاني: المسؤولية المدنية الناتجة عن إخلال البنك بالتزاماته تجاه العملاء.....
- 40 المبحث الأول: المسؤولية العقدية المترتبة على البنك لإخلاله بالتزاماته تجاه العملاء.....
- 40 المطلب الأول: ماهية المسؤولية العقدية للبنك تجاه العملاء.....
- 41 الفرع الأول: تعريف المسؤولية العقدية للبنك تجاه العملاء.....
- 42 الفرع الثاني: شروط قيام المسؤولية العقدية للبنك تجاه العملاء.....
- 42 أولا: وجود عقد صحيح بين البنك والعملاء.....
- 42 ثانيا: نشوء ضرر مباشر عن إخلال البنك بالتزاماته تجاه العملاء.....
- 43 ثالثا: أن يصيب الضرر المباشر العميل أو خلفا له.....
- 44 المطلب الثاني: أركان المسؤولية العقدية للبنك تجاه العملاء.....
- 44 الفرع الأول: الخطأ في المسؤولية العقدية للبنك تجاه العملاء.....
- 44 أولا: أنواع الخطأ العقدي للبنك تجاه العملاء.....
- 45 ثانيا: اثبات الخطأ العقدي في مسؤولية البنك تجاه العملاء.....
- 46 الفرع الثاني: الضرر في المسؤولية العقدية للبنك تجاه العملاء.....
- 47 أولا : شروط قيام الضرر في المسؤولية العقدية للبنك تجاه العملاء.....
- 47 أ- أن يكون الضرر محققا (حالا).....
- 47 ب- أن يكون الضرر متوقعا.....
- 48 ثانيا: أنواع الضرر في المسؤولية العقدية للبنك تجاه العملاء.....
- 48 أ- الضرر المادي في المسؤولية العقدية للبنك تجاه العملاء.....
- 48 ب- الضرر المعنوي (الأدبي) في المسؤولية العقدية للبنك تجاه العملاء.....

49	الفرع الثالث: العلاقة السببية بين الخطأ العقدي والضرر
49	أولاً: إثبات العلاقة السببية بين الخطأ العقدي والضرر
50	ثانياً: انتفاء العلاقة السببية بين الخطأ العقدي والضرر
51	المبحث الثاني: المسؤولية التقصيرية المترتبة على البنك لإخلاله بالتزاماته تجاه العملاء
51	المطلب الأول: مفهوم المسؤولية التقصيرية للبنك تجاه العملاء
51	الفرع الأول: تعريف المسؤولية التقصيرية للبنك في مواجهة العملاء
52	الفرع الثاني: تطوّر المسؤولية التقصيرية للبنك تجاه العملاء
54	الفرع الثالث: تمييز المسؤولية التقصيرية عن المسؤولية العقدية للبنك تجاه العملاء
56	المطلب الثاني: أركان المسؤولية التقصيرية للبنك تجاه العملاء
56	الفرع الأول: الخطأ في المسؤولية التقصيرية للبنك تجاه العملاء
56	أولاً: أنواع الخطأ في المسؤولية التقصيرية للبنك تجاه العملاء
57	أ- الخطأ المادي للمسؤولية التقصيرية للبنك تجاه العملاء
58	ب- الخطأ المعنوي للمسؤولية التقصيرية للبنك تجاه العملاء
59	ثانياً: صور الخطأ في المسؤولية التقصيرية للبنك تجاه العملاء
59	أ- الخطأ المهني الجسيم
59	ب- الغش
59	ج- الإهمال
60	د- التعدي
60	الفرع الثاني: الضرر في المسؤولية التقصيرية للبنك تجاه العميل

61	أولاً: شروط قيام الضرر في المسؤولية التقصيرية للبنك تجاه العملاء
61	أ- أن يقع الاخلال بحق أو بمصلحة مشروعة
62	ب- أن يكون الضرر محقق الوقوع
63	ثانياً: أنواع الضرر في المسؤولية التقصيرية للبنك تجاه العملاء
63	أ- الضرر المادي والضرر الأدبي للمسؤولية التقصيرية للبنك تجاه العملاء
64	ب- الضرر المباشر للمسؤولية التقصيرية للبنك تجاه العملاء
64	الفرع الثالث: العلاقة السببية بين الخطأ التقصيري والضرر
65	أولاً: قيام العلاقة السببية بين الخطأ التقصيري والضرر
66	ثانياً: انقطاع العلاقة السببية بين الخطأ التقصيري والضرر
68	خاتمة
70	قائمة المراجع
75	الفهرس

