



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة العربي بن مهدي - أم البواقي

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

المسؤولية المدنية للبنك عن الأخطاء
المصرفية اتجاه العميل

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه "ل م د"

-تخصص منازعات مالية-

تحت إشراف الدكتورة:

من إعداد الطالب:

عمارة نعيمة

علاوة عبد الحق

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة	الصفة
بوقندورة عبدالحفيظ	أستاذ محاضر -أ-	جامعة أم البواقي	رئيسا
عمارة نعيمة	أستاذة التعليم العالي	جامعة أم البواقي	مشرفا ومقررا
قادري عبد المجيد	أستاذ التعليم العالي	جامعة عنابة	ممتحنا
كحول وليد	أستاذ محاضر "أ"	جامعة قسنطينة	ممتحنا
بوخالفة حدة	أستاذة محاضر "أ"	جامعة أم البواقي	ممتحنا
مشري راضية	أستاذة محاضر "أ"	جامعة قالمة	ممتحنا

السنة الجامعية: 2021-2020/1443-1442.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

« وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ

وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ»

الآية 05 من سورة الأحزاب

إن غاية الكمال مطلب نفيس لدي العتلاء، ومرمي عال في سيرة الحكماء،
ولا يعتري ذلك أدنى شك، ولا قيد من ريب ولكن أبي الله الكمال إلا
لكتاب، واعتري الخلل كل مخلوقاته وليس ذاك النقص من ذات العلم، بل
هو من سالكيه، وطارقي أبوابه.

فقد قال المزني رحمه الله:

«قرأت كتاب الرسالة علي الشافعي ثمانين مرة، فما من مرة إلا وكنا
نقف علي أخطاء، فقال الشافعي: سيه، أبي الله أن يكون كتابا صحيحا
غير كتابه».

الإهداء

إلى سندي في الحياة.....والدي

إلى حكمتي وعلمي.....والدتي

إلى رفيقة دربي وصديقتي ومنيع قوتي.....زوجتي

إلى القلوب الطاهرة الرقيقة والنفوس البريئة إلى رباحين حياتي....أولادي

"محمد أمين، عبد الجليل والي روح ابني طه نبراس" رحمه الله.

إلى سندي وقوتي.....إخوتي "مداوي، سامي، عيسى، علاء الدين"

إلى من تذوقته معهما أجمل اللحظات.....إخوتي "حسينة، وهيبة، دنيا زاد"

إلى روح شهداء الجزائر.....والي الجزائر الحبيبة بلد السلام والإخاء أهدي هذا

العمل المتواضع

الشكر والتقدير

مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم " من لم يشكر الناس لم يشكر الله "

الحمد لله الذي بفضلہ تتم الصالحات وبعونه تتحقق المقاصد والغايات، إليه عز وجل أولا وأخيرا.

لا يسعني بعد أن وفقني الله إلى إتمام هذه الرسالة المتواضعة إلا أن أتقدم بخالص الشكر ووافر الامتنان والتقدير إلى أساتذتي الفاضلة الدكتوراه أعمارہ نعيمة علي بفضلها بالموافقة على الإشراف على هذه الأطروحة فكانت لي الناصح الأمين والمعلم المنير، فجزاها الله عني كل خير.

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى السادة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة كل باسمه الخاص علي تحملهم عناء قراءة هذه الأطروحة وقبول مناقشتها والاستماع إلى آراءهم القيمة وملاحظاتهم الثرية.

وشكري ومعظيم تقديري إلى كل من مد لي يد العون والمساعدة وعلي رأسهم الدكتور اليزيد علي الذي لم يبخل علي يوما بالمعلومات والتوجيهات والنصائح حتى اكتملت هذه الرسالة وخرجت بهذه الصورة.

قائمة المختصرات بالعربية:

ع خ: عدد خاص.

ج: جزأ.

ع: عدد.

م: مجلد.

ج.ر.ج.ج: الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية.

د.د.ن: دون دار النشر.

د.ب.ن: دون بلد النشر.

د.س.ن: دون سنة النشر.

ص: صفحة.

ص ص: من صفحة إلى صفحة.

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.

ط: طبعة.

ق.م.ف: القانون المدني الفرنسي.

ق.م.م: القانون المدني المصري.

د.م.ج: ديوان المطبوعات الجامعية.

ق.إ.م: قانون الإجراءات المدنية.

ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

قائمة المختصرات باللغة الفرنسية:

JORADP : Journal officiel de la république algérienne démocratique et populaire.

P : page.

JORF :Journal officiel de la république française.

OPU : office des publications universitaires.

LGDJ : libraire générale de droit et de jurisprudence.

OP CIT : ouvrage précité cité.

مفتحة

مع بداية القرن التاسع عشر وبروز الثورة الصناعية والتجارية التي احتاجت إلى رؤوس أموال ضخمة اتجهت الدول إلى البنوك من أجل تمويل المشاريع الضخمة وبهذا أصبحت البنوك تتمتع بسلطة واسعة وسيطرة اقتصادية، مما جعلها مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالاقتصاد، وأصبحت تلعب دوراً مهماً في الاقتصاد الداخلي للدول والعالمية، وهذا لما تقوم به من وظائف وما تزاوله من نشاطات عن طريق عمليات متنوعة تختلف باختلاف مواقع ومقاصد المتعاملين معها.

فهي تعد بمثابة العقل في جسم الإنسان فإذا كان العقل هو المحرك الأساسي لجسم الإنسان فإن البنك يعد بمثابة العقل في الاقتصاد فهو يحرك الاقتصاد عن طريق الأموال التي يتحصل عليها من طرف العملاء ويقوم باستثمارها، فهو يبحث على الربح دائماً ويتولى دراسة المشاريع واختيار أنجعها والاستثمار فيها وهذه المشاريع تحرك الاقتصاد الوطني، ومنه يمكن القول بأن البنك هو الخلية الأساسية لبناء أي اقتصاد فإذا نجحت البنوك نجاح الاقتصاد والعكس صحيح.

ظهرت البنوك لأول مرة خلال القرون الوسطى حيث اقتصر في بداية أمرها على عمليات الصرف، ثم أخذ التجار يودعون بها نقودهم خشية ضياعها أو سرقتها، وذلك مقابل شهادات تثبت هذا الإيداع وتمكنهم من استرجاعها في أي وقت، حيث تجمعت لديها ودائع نقدية أصبحت تقرض منها بفوائد، فنشأت البنوك الحديثة التي ركزت وظيفتها الأساسية في توزيع الائتمان، حيث اقتصر وظيفتها في البداية على منح قروض قصيرة المدى، لتتجه فيما بعد لتمويل المشاريع الكبرى.

بعد ذلك تنوعت عمليات البنوك لتشمل، إلى جانب المهمتين السابقتين أي استقبال الودائع ومنح القروض، فتح الحسابات بمختلف أنواعها، وفتح الاعتمادات، وإصدار الضمان وتحصيل الشيكات، وغيرها من الأوراق ذات القيمة، إلا أن هذه العمليات والعقود البنكية رغم تعددها، فإنها لم تخرج في غالبيتها عن كونها في الجوهر إما عملية من عمليات الإيداع أو عملية من عمليات الائتمان، ليبقى الإطار القانوني الذي يؤطر طبيعة العمل الذي يقوم به البنك أو الخدمة التي يقدمها لزيائنه في الأساس هو التعاقد.

تكتسي العقود التي تبرم بين البنك وزيائنه في مجملها الصيغة التجارية بالنسبة للأول أي البنك، في حين أنها تأخذ نفس الصيغة بالنسبة للثاني، أي العميل، إذا كان تاجراً، أو إذا كانت الغاية من الخدمة التعاقد بشأنها ذات طابع تجاري، وفي غير هاتين الحالتين تبقى في حدود صفتها المدنية.

إن تشعب العمليات التي أصبحت توفرها البنوك، و التأثير الذي تمارسه على الاقتصاد الوطني للدول أدى إلى تحرك الآلة التشريعية و قبلها الآلة الفقهية للتفكير في إيجاد إطار قانوني يضمن تنظيم ومراقبة هذه المؤسسات بشكل يحمي الادخار العام و يوفر لها توجيهها حسناً لما تقدمه من ائتمان، حيث أضحت تقوم بدور

هام في الحياة الاقتصادية بحكم طبيعة الخدمات التي تقدمها والمرتبطة أساسا بالتداول النقدي، فهي من جهة تستقبل الودائع المالية للحفاظ عليها أو استثمارها، و من جهة أخرى توفر التمويل اللازم للأشخاص و المؤسسات لإنجاز مشاريعهم أو تغطية احتياجاتهم النقدية من خلال منح القروض.

لذا أضحت البنوك محركا أساسيا للاقتصاد الوطني، وهو ما يبدو من خلال سيطرتها على كافة المصالح الاقتصادية والمقاولات والشركات التجارية.

ونظرا لأهمية القطاع البنكي بوصفه عماد الاقتصاد، سعت التشريعات إلى تنظيمه وأقرت إجراءات فعالة وميكانيزمات محكمة تمكنه من تسيير المخاطر ومواجهتها، حفاظا على استقرار الاقتصاد ولحماية أموال المودعين والأشخاص المتعاملين معها، فلا يمكن للمؤسسة البنكية أن تحقق نشاطا يحفظ استقرارها وسمعتها ما لم تخضع لأسس تنظيمية وقانونية تحكم عملها وتقيدها بمجموعة من الضوابط في أدائها لمهامها تحت طائلة المسؤولية.

إن العلاقة التي تنشأ بين البنك وزبونه في إطار العقود لا تعتمد لإرادة الطرفين المعبر عنها في أحكام التعاقد فقط، بل تبقى رهينة باحترام القواعد القانونية التي وضعها المشرع لضبط هذا النوع من عمليات البنوك ضمانا لتوازن المصالح بين الطرفين من جهة، وحماية لتوازن القطاع المصرفي من جهة أخرى.

في هذا الصدد تأتي القواعد التنظيمية التي تضعها الهيئات التنظيمية أو التقنية التي اسند إليها التشريع مهمة مراقبة هذا القطاع الحيوي والحرص على توحيد المعايير المسطرة له، وأي مخالفة من طرف البنك لإحدى هاته الأحكام سواء العقدية منها أو القانونية تجعله أمام المسائلة القانونية.

إن الحديث عن مسؤولية البنك ليس أمرا مستجدا في الفكر القانوني لكن يمكن القول ان الاهتمام بهذا الموضوع قد ازداد مؤخرا نتيجة لتزايد حجم المتعاملين معه وتوسع أنشطته وتطورها، مما أدى إلى اتساع دائرة مسؤوليته يوما بعد يوم وشموله لمجالات لم يسبق له أن كان مسؤول عنها، بل أن ذلك أدى إلى ظهور أنواع جديدة من المسؤولية منها ما يتحملها بصفته أحد أكبر الفاعلين الاقتصاديين في الدولة فيقع عليه واجب حل بعض المشكلات التي تساهم في دعم استقرار المجتمع وهي ما يطلق عليه المسؤولية الاجتماعية.

وعلى أي حال فإن الاهتمام الكبير لمسؤولية البنك انصب على مختلف جوانب الأنشطة التي يمارسها، لكنه تركز بشكل ملحوظ على الجوانب المتعلقة بعلاقته بالمتعاملين معه ومسؤوليته القانونية عن العمليات التي يجريها خصوصا فيما تعلق بالمسؤولية المدنية عن الأضرار التي يمكن أن تحدث للعملاء نتيجة لما تمارسه من أنشطة، والواقع أن تزايد العمليات البنكية واختلاف مضمونها ووسائل ممارستها المتطورة بتطور التقنيات المستخدمة أدى إلى خلق أوضاع قانونية خاصة تعتمد على السرعة في إنجاز العمليات على حساب الإلمام بتفاصيل العملية والنتائج المترتبة عنها.

حظي موضوع المسؤولية المدنية للبنوك باهتمام من طرف الباحثين، خاصة بعد اتساع دائرة العمليات التي يقوم بها هذا الأخير، إلا ان الملاحظ في معظم الدراسات التي أنجزت أنها تطرقت الى المسؤولية المدنية للبنك من خلال النظرية التقليدية أي التقسيم الثنائي (مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية)، دون التركيز علي

ان البنك مهني وأن مسؤوليته هي مسؤولية موحدة، وهذا في ظل انعدام التكافؤ بين البنك والعميل بمعنى توضيح خصوصيات كل نوع من نوعي هذه المسؤولية على حدة، بحيث لا نخلط بين أركان المسؤولية الموحدة وأركان المسؤولية المزدوجة بدعوى أنها تحمل عناوين موحدة.

وتتبع ضرورة هذا التمييز التي يكتسبها الموضوع في المجال العملي والتطبيقي، وبالتالي تحديد السند القانوني لمسؤولية البنك المدنية خلال المنازعة أمام القضاء.

والجزائر كغيرها من الدول الحديثة بالاستقلال حاولت النهوض بهذا القطاع الهام خصوصا وأن سياستها النقدية تركز على نشاط البنوك، خاصة مع حركة التوجه نحو اقتصاد السوق، إذ سعت إلى إشراك مؤسسات مالية جديدة منها صناديق الاستثمار، وغيرها مشرقة بذلك القطاع الخاص في السياسة التمويلية للبنوك.

وسعى منها لتفعيل الثقة في هذا القطاع، وضعت له ضوابط قانونية تحكمه ضمن قانون البنوك خاصة الأمر رقم (03-11) المتعلق بالنقد وما تلاه من تعديلات.

ترتبط المسؤولية تصاعديا بأهمية الدور الذي يمارسه المسؤول، من خلال اعتمادها لوسائل ابتكرتها، فرضت بالموازاة مع ذلك على المشرع التدخل للضبط والتشديد والرقابة على أعمالها من خلال القواعد القانونية التي تستهدف في مجملها حماية أموال المودعين من أية تجاوزات من شأنها إضاعة أو تبيد أو الاستيلاء أو الابتزاز، عن طريق إخضاعها للرقابة الدائمة للبنك المركزي باعتباره المشرف على السياسة النقدية للدولة بواسطة قرارات اللجنة المصرفية ومجلس النقد والقرض لمراقبة سيولتها وقدرتها على الوفاء اتجاه المودعين والغير، وكذا الرقابة على التقنيات المستعملة، كما لا يمكننا إنكار دور العرف في تنظيم عمل البنوك.

لكن بسبب ازدياد عدد الدعاوى والملفات العالقة بين البنوك والعملاء التي من شأنها أن تتعكس سلبا على الاقتصاد بشكل عام، وعلى الثقة في النظام البنكي بصفة خاصة، دفع المشرعين إلى ضرورة البحث عن وسائل حماية وتأمين للعميل اتجاه البنك.

إن مضمون فكرة المسؤولية عن العمل المصرفي تتحدد بحجم الدور الذي تقوم به البنوك، وذلك بالتطرق إلى القيود الواردة على ممارستها لأنشطتها دون خرق أو أخطاء خدمة للمصلحة العامة من جهة بالوقوف بالسياسة النقدية والمالية للدولة والمصلحة الخاصة من جهة أخرى لما تقتضيه الغاية من إنشائها وهي تحقيق الربح.

فعلى صعيد الاعتبارات الواقعية حول أهمية الموقع الاقتصادي للقطاع المصرفي والعوامل التي ساهمت في جعله القطاع الأهم والأخطر دون منازع على الصعيد الاقتصادي، تجعل وضع تنظيم خاص للمسؤولية المصرفية محاولة لا تخلو من الخطورة.

حيث ذهب المشرع الجزائري إلى تقرير مسؤولية البنك كشخص معنوي باعتباره حقيقة وليس فرضا أو مجازا، لأن من وجهة النظر القانونية يعتبر ذا قيمة اجتماعية تجعله أهلا لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات

هو والأشخاص الممثلين له قانونا، لأن هذا الأخير كان ارتكابه للخطأ لإرادة الشخص المعنوي وأوامره كما أن قواعد الدفاع الاجتماعي تستوجب هذه المساءلة مع مراعاة الطبيعة الخاصة لكل منهما. وعلى الرغم من ترسانة القوانين الجزائرية التي لها علاقة بالبنوك وكذلك كثرة التعديلات خاصة على قانون النقد والقرض، وبالأخص آخر تعديل له لسنة 2017، إلا أنها أظهرت هشاشة المنظومة البنكية الجزائرية بدليل إفلاس بنكي الخليفة والبنك الصناعي التجاري وهذا كان له تأثير كبير على العلاقة بين البنك والعميل وأدى إلى توسيع الهوة بينهما.

ما جعل أغلب الجزائريين عازفين على التعامل مع البنوك وعدم قدرة النصوص التقليدية للمسؤولية المدنية على إنصاف المتعاملين معها.

وما يبين كذلك عجز القواعد العامة للمسؤولية المدنية (النظرية التقليدية) عن وضع حلول ملائمة لكل الفئات، أن المشرع الجزائري لم يهتم بمسؤولية البنك عن بعض التجاوزات أو الأخطاء التي تقع فيها سواء اتجاه زبائنه أو اتجاه الغير المتضرر نتيجة لذلك، كاهتمامه بالجانبين الرقابي و الجزائري المتعلقين بعدم احترام المقتضيات التشريعية و التنظيمية التي تنظم علاقتها بمؤسسات الإشراف و المراقبة ، وهو ما يفتح الباب على مصراعيه أمام الفقه والقضاء للبحث عن الحلول الكفيلة بملا الفراغ التشريعي و تدبير حلول لما يثار من منازعات في هذا الصدد.

لهذا يبقى موضوع المسؤولية من إحدى الوسائل الكفيلة بتحسين أداء مختلف الخدمات البنكية، والدفع بها إلى مواكبة متطلبات العصر والمتغيرات التي تفرضها الظروف الاقتصادية.

لهذا كان من الواجب تطويع النصوص القانونية والتوسع في تفسيرها وجعل المنظومة المصرفية الجزائرية منظومة مرنة، من أجل كسب ثقة المتعاملين مع البنوك وزيادة عددهم وهذا كله من أجل المساهمة في الاقتصاد الوطني.

وعليه ارتأينا أن نثري موضوع المسؤولية المدنية للبنك عن الأخطاء المصرفية اتجاه العميل، نظرا للأهمية البالغة التي يتميز بها من حيث البحث والتحليل والمناقشة وكذا نطاق الحماية القانونية لكون أن هذه المسؤولية لها ميزة موحدة ترتب آثار قانونية تجاه البنك والعميل.

لذا يجب علينا كباحثين تسليط الضوء على هذا الموضوع الحساس لزيادة اهتمام المشرع الجزائري به وتوير العميل باعتباره الطرف الضعيف، وتبيان نطاق الحماية التي يمكن أن يكفلها الاعتراف بالمسؤولية

الموحدة للبنك في ظل انعدام التكافؤ بين العميل والبنك، خاصة أمام التزايد المستمر للأخطاء البنكية اتجاه العملاء، ناهيك عن تطور الخدمات البنكية والتي يجهلها العميل ويسارع الحصول عليها وغالبا ما يكون هو المتضرر.

فكلما أدرك العميل بوجود قانون يحميه من الأخطاء التي يرتكبها البنك فإنه يتعامل بدون خوف بأي خطر قد يهدد أمواله، مما يترتب عليه زيادة المعاملات البنكية واسترجاع الثقة بين البنك والعميل.

1. أهمية الموضوع:

✓ تتجلى أهمية الموضوع من خلال محاولة تسليط الضوء على واقع النظام المصرفي الجزائري وجلّ الإصلاحات التشريعية التي مَسّت القطاع البنكي بدءا من الاستقلال مرورا بأول تشريع بنكي وصولا لآخر تعديل لسنة 2017.

✓ التعرف على مختلف الجوانب القانونية التي يقوم عليها العمل المصرفي، لزيادة وعي المتعاملين مع البنوك وعملائه على وجه الخصوص بأصول العمليات المصرفية التي يقدمون عليها.

✓ تحديد نوع المسؤولية التي تقوم في حق البنك عن الأضرار التي يسببها للعميل او العكس سواء كانت مسؤولية عقدية أم تقصيرية، على أساس أن العمل القضائي في الجزائر لم يتجمع لديه لحد الآن كم معتبر من القضايا في الموضوع، والتي من شأنها أن توفر للمتقاضين والممارسين نماذج عملية للتمييز بين هذين النوعين من المسؤولية التقصيرية والعقدية.

2. أهداف البحث:

تهدف الدراسة إلى الاعتراف بعجز قواعد المسؤولية المدنية التقليدية في إيجاد حلول ملائمة لمسؤولية البنك المدنية ومحاولة الوصول إلى الاعتراف بالمسؤولية المهنية للبنك فلا يعقل أن المشرع الجزائري اعترف للأطباء والمهندسين، والمحامين، والموثقين..... الخ بالمسؤولية المهنية، وفي المقابل لازال المشرع لم يعترف بعد بالمسؤولية المهنية للبنك بالرغم من الدور الكبير الذي تلعبه في اقتصاديات الدول.

- كما تهدف الدراسة إلى زيادة وعي العملاء مع البنوك والتصدي إلى التعديت التي كانت تطل العملاء من طرف البنك وموظفيه، والتشديد على الالتزامات البنكية باعتبار أن البنك مهني محترف.

- كما تهدف إلى محاولة الإحاطة بمختلف الجوانب القانونية المفروضة على البنوك سواء قبل ولوجها للنشاط البنكي أو بعد ممارسته، ومن ثم تسليط الضوء على أسباب عزوف العملاء في الجزائر على التعامل مع البنوك وبالتالي تقديم الحلول القانونية المناسبة للإشكالات التي يطرحها موضوع الدراسة.

- وكذلك تهدف هذه الدراسة إلى إظهار أن الأخطاء البنكية اتجاه العميل ليست في منأى عن المسؤولية المدنية، وأنه يحق للعميل الرجوع بالمسؤولية على البنك عند توافر شروطها، لا سيما وأنه يقع على عاتق البنك العديد من الالتزامات الواجب تنفيذها والإخلال بها يؤدي إلى قيام المسؤولية المدنية.

3. إشكالية البحث:

ولهذا فإن الإشكالية التي نطرحها في هذه الدراسة يمكن تلخيصها والتعبير عنها في سؤال رئيسي: **ما مدى كفاية وفعالية الأحكام العامة للمسؤولية المدنية للبنك، في مواجهة العملاء؟**

إن هذه الإشكالية في حد ذاتها تدور في فلكها مجموعة من الإشكالات الفرعية وهي كالآتي:

- ما المقصود بالنظام البنكي الجزائري؟
- ماهي الطبيعة القانونية للبنك؟
- ما هو دور الرقابة المصرفية في حماية العملاء؟
- هل القواعد العامة للمسؤولية المدنية عاجزة عن وضع حلول ملائمة لمسؤولية البنك المدنية؟
- ماهي المسؤولية الموحدة وماهي طبيعتها القانونية؟
- هل يمكن اعتبار أن البنك منتج ومن ثم القول بان مسؤولية البنك المدنية هي مسؤولية موحدة أم لا؟
- هل يمكن اعتبار أن البنك مهني ومن ثم القول بان مسؤولية البنك المدنية هي مسؤولية مهنية ام لا؟
- هل يمكن اعتبار مسؤولية البنك المدنية مسؤولية موحدة أم لا؟
- ماهي شروط قيام المسؤولية المدنية للبنك اتجاه العميل؟
- هل يمكن اعتبار ان الخطأ البنكي خطأ مهني أم لا؟

4. أسباب اختيار الموضوع:

- ✓ حدائته وعدم التوسع فيه فقها بشكل كبير، وقلة الإقبال عليه من حيث البحوث.
- ✓ وجود هوة كبيرة بين المتعاملين والبنوك في الجزائر.
- ✓ الملاحظ للتغيرات التي طرأت على النظام المصرفي الجزائري يلاحظ ان التغيير

اقتصر على الناحية الكمية سواء من حيث عدد البنوك التي أنشأت بالجزائر، أو من حيث زيادة عدد فروعها أو من حيث تغيير حجم الميزانيات وهذا دون إحداث تغييرات في منهجيتها وكذلك طريقتها في التعامل مع العملاء.

✓ هناك سبب شخصي دفعني لاختيار هذا الموضوع، يتعلق بحبي للبحث والتنقيب عن مثل هذه المواضيع التي تقل فيها الدراسات والأبحاث القانونية، والتي تتميز بصعوبتها، مما جعلني أبحث فيها وأحاول تقديمها بأسلوب بسيط وقانوني، حتى يتسنى لأهل القانون والباحثين الاستفادة منها والتوسع فيها عن طريق البحث الذي لا ينتهي أبداً.

ويغرز اختياري للموضوع:

✓ ضعف الاهتمام التشريعي بموضوع مسؤولية البنك المدنية، وغياب القواعد القانونية المنظمة لهذا النوع من المعاملات في القوانين المنظمة للنشاط البنكي، لتبقى أحكام المسائلة القانونية المدنية للبنك متناثرة بين مختلف فروع القوانين (القانون المدني، القانون التجاري، قانون النقد والقرض....) مما أثر على التعاطي مع الموضوع بمزيد من البحث والتحليل.

✓ تردد الكثير من زبناء البنوك بالجزائر في اللجوء إلى القضاء، لعدم تمتعهم بالوعي القانوني بواجبات هذه المؤسسة نحوهم والضمانات التي توفرها لهم أحكام القوانين المنظمة لها، وكذا حرصهم على عدم فقد علاقاتهم بها وضمان الاستفادة من خدماتها مستقبلاً.

✓ تحاشي البنوك نفسها اللجوء إلى القضاء في حالة ظهور نزاع بينها وبين زبائنها، حيث تحاول جاهدة إلى أن تستعين بدلا عن ذلك بآليات أخرى لتسوية منازعاتها حتى وان تعلق الأمر بتحصيل الديون لم يتم الوفاء بها، مما أدى إلى قلة العمل القضائي في هذا المجال.

5. الدراسات السابقة:

إن موضوع المسؤولية المدنية للبنك عن الأخطاء المصرفية اتجاه العميل كبحث متخصص في إطار بحوث الدكتوراه لم يسبق التطرق إليه من قبل في الدراسات الأكاديمية الجزائرية ولا حتى في الدراسات الأكاديمية العربية، ووجدنا أثناء بحثنا أن موضوع المسؤولية المدنية للبنك تم التطرق له من خلال النظرية التقليدية (المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية) وحتى من هذا الجانب فإن الدراسات فيه كانت قليلة جدا ونذكر منها:

✓ -كتب الدكتور خليفة بن محمد الحضرمي والتي تناول فيها مسؤولية البنك المدنية حيث قسمها الي أربعة كتب وهي:

-الكتاب الأول الذي جاء تحت عنوان العمليات البنكية ومسؤولية البنك المدنية حيث تناول فيه مسؤولية البنك المدنية في كل من عقد ايجار الخزائن والوديعة والتحويل البنكي وعقد الخصم والوفاء بالبطاقات الائتمانية.

-الكتاب الثاني الذي جاء تحت عنوان مسؤولية البنك في عمليات الائتمان الداخلي وتناول فيه مسؤولية البنك المدنية عن عملية القرض والاعتماد البسيط.

*الكتاب الثالث جاء تحت عنوان مسؤولية البنك في عمليات الائتمان الخارجي وتناول فيه مسؤولية البنك عن الاعتماد المستندي وخطاب الضمان.

*الكتاب الرابع جاء تحت عنوان المسؤولية المدنية للبنك في الحساب البنكي وتناول فيه مسؤولية البنك عند فتح وإدارة الحساب البنكي.

اما فيما يخص أطروحات الدكتوراه فقد وجدنا أثناء بحثنا المواضيع التالية:

- حماية زبناء البنك في القانون الجزائري أطروحة دكتوراه المنجزة من قبل الباحثة زروق عائشة والتي تمت مناقشتها بكلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو بتاريخ 16 افريل 2019.

- المسؤولية المدنية للبنك عن الودائع المودعة لديه أطروحة دكتوراه المنجزة من قبل الباحثة براهيم فائزة والتي تمت مناقشتها بكلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان لسنة 2016-2017.

- تنظيم الالتحاق بالمهنة البنكية في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه منجزة من قبل الباحث أعميور فرحات والتي تمت مناقشتها بكلية الحقوق جامعة الحاج لخضر باتنة 1 لسنة 2016-2017.

-ولقد لاحظنا ان جل الفقهاء الذين تطرقوا الي المسؤولية المدنية للبنك قد قسموها الي مسؤولية تقصيرية وعقدية أي اعتمدوا على النظرية التقليدية وهذا بالرغم من اعترافهم بمهنية البنك الا اننا حاولنا ان نثبت من خلال هذه الدراسة انه حان الوقت الي الاعتراف بالمسؤولية الموحدة للبنك وبانه لا يمكن ان نعترف بان البنك مهني وفي نفس الوقت نخضعه الي التقسيم التقليدي للمسؤولية (المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية) فهذا غير ممكن من وجهة نظرنا.

المنهج المتبع

سنعتمد في دراستنا على المنهج التحليلي الاستقرائي ذلك لأننا سننطلق من معطيات أولية وبديهيات مسلم بها لنصل الى نتائج نستخلصها عن طريق التحليل والتركيب نقوم كذلك بشرح وتحليل أهم النصوص التشريعية والتنظيمية التي لها علاقة بالمنظومة البنكية.

كما نقوم باستقراء معظم النصوص القانونية وأراء الفقهاء المعالجة لموضوع المسؤولية المدنية للبنك وشرحها ومدى نجاعتها في مواجهة الأضرار التي تلحق بالعملاء

كما قمت بالاستعانة بالأسلوب المقارن في بعض الأحيان عند المقارنة بين التشريع الفرنسي والمصري مع أحكام القانون المدني الجزائري.

الصعوبات:

لا يخلو أي بحث من مواجهة صعوبات أو مصادفة عقبات، ولا يختلف الأمر بالنسبة لهذا البحث، الا أن تلك الصعوبات لم تكن بالحجم أو الشدة التي تتنتي الباحث عن بلوغ هدفه، ولعل أهم هذه الصعوبات تتمثل في:

- قلة الدراسات الجزائرية في مجال مسؤولية البنك والمنازعات البنكية، خصوصا في المجال القانوني بالمقارنة مع الدراسات الاقتصادية لان هذا الموضوع اقتصادي أكثر منه قانوني.

- غياب الاجتهادات القضائية والقرارات والأحكام القضائية في الموضوع.

- تناثر النصوص القانونية المتعلقة بالبنوك بين مختلف فروع القوانين (القانون المدني، العقوبات، القانون التجاري، قانون النقد والقرض....) مما خلق صعوبة في جمعها والالمام بها.

- السرية المصرفية التي كانت حجر عثرة في وجه البحث وكانت عائقا في الحصول على المعلومات.

- قلة الملتقيات المنعقدة بالجزائر حول هذا الموضوع إضافة الى انعدام مراكز البحث المتخصصة في الاقتصاد الجزائري بصفة عامة وفي أنشطة البنوك بصفة خاصة.

وتأسيسا على ما سبق ذكره ارتأينا تناول موضوع هذه الدراسة في بابين رئيسين وفق الخطة الآتية:

الباب الأول: النظام القانوني لمسؤولية البنك المدنية، ويتكون من فصلين

الفصل الأول: النظام البنكي الجزائري.

الفصل الثاني: الطبيعة المزدوجة لمسؤولية البنك المدنية.

الباب الثاني: التطور المأمول للمسؤولية الموحدة للبنك ويتكون من فصلين.

الفصل الأول: الدعوة إلى الاعتراف بالطبيعة الموحدة لمسؤولية البنك المدنية.

الفصل الثاني: شروط قيام المسؤولية المدنية للبنك اتجاه العميل.

الباب الأول
النظام القانوني
لمسؤولية
البنك المدنية

يعتبر النظام المصرفي الشريان الطبيعي للتدفق المالي داخل المجتمع البشري بشكله الحديث المتمثل في الدولة فهو بذلك مهم جدا نظرا لتأثيره على الحياة في الدولة من خلال مجموعة جوانبها القانونية والاقتصادية والمالية والاجتماعية والسياسية...إلخ.

لذا فان الدولة تحاول النهوض بهذا القطاع لكي تجعل منه قادرا على التكيف مع معطياتها المختلفة الداخلية والخارجية والتغيير الحاصل في السوق النقدية العالمية¹.

والجزائر كغيرها من الدول الحديثة الاستقلال حاولت النهوض بهذا القطاع الهام حيث شهد النظام المصرفي الجزائري منذ الاستقلال إلى يومنا هذا جملة من الإصلاحات والتطورات، فلقد حاولت الدولة الجزائرية الخروج من النظام المصرفي الكلاسيكي الذي كان سائدا على هذه المنظومة، وذلك من خلال وضع إطار قانوني يحدد كيفية إنشاء المصارف وعملها والرقابة عليها وتحديد أشكالها، وهذا من اجل تجسيد نظام مصرفي حديث يتماشى مع طموحات الدولة الجزائرية.

ونظرا لأهمية القطاع البنكي بوصفه عماد الاقتصاد الوطني فقد طبقت فيه قواعد المسؤولية المدنية وأصبح هناك اهتمام كبير بمسؤولية البنك وأنصب هذا الاهتمام على مختلف الأنشطة التي تمارسها، لكنه تركز بشكل ملحوظ على الجوانب المتعلقة بعلاقة البنوك بالمتعاملين معها، ومسؤوليتها القانونية عن العمليات التي تجريها خصوصا فيما يتعلق بالمسؤولية المدنية عن الأضرار التي يمكن ان تحدث للعملاء نتيجة ما تمارسه من أنشطة²، والنشاط البنكي يخضع عموما سواء ما تعلق منه بعملية القرض أو بالعمليات المصرفية الأخرى لالتزامات مشتركة تقع على عاتق البنك ويؤدي الإخلال بها إلى تأسيس المسؤولية المدنية تجاه المتضررين³.

ومما سبق أحاول من خلال هذا الباب الذي جاء تحت عنوان النظام القانوني لمسؤولية البنك المدنية تشخيص هذا الواقع من خلال إلقاء الضوء على النظام البنكي الجزائري، إضافة إلى التطرق إلى الطبيعة المزوجة لمسؤولية البنك المدنية وذلك من خلال تقسيم هذا الباب إلى فصلين وكل فصل إلى مبحثين

¹ خنفوس عبد العزيز، الآثار القانونية والاقتصادية للعولمة على الجهاز المصرفي الجزائري، د ط، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، مصر، 2017، ص 23.

² براهيم فابزة، المسؤولية المدنية للبنك عن الودائع المودعة لديه، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2017، ص 61.

³ بن لطرش منى، المسؤولية في مجال القرض البنكي، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، الجزائر، 2012، ص 198.

الباب الأول: النظام القانوني لمسؤولية البنك المدنية.

الفصل الأول: النظام البنكي الجزائري.

المبحث الأول: ماهية البنك.

المبحث الثاني: النظام القانوني للبنك.

الفصل الثاني: الطبيعة المزدوجة لمسؤولية البنك المدنية.

المبحث الأول: المسؤولية العقدية للبنك.

المبحث الثاني: المسؤولية التقصيرية للبنك.

الفصل الأول

النظام البنكي

الجزء الثاني

يحتل النظام البنكي أهمية بالغة على مستوى الاقتصاد الوطني أو الدولي، انطلاقاً من كونه القاطرة الأمامية التي تقود عجلة التنمية الاقتصادية، فيمكن اعتبار النظام البنكي الخلية الأساسية لبناء الاقتصاد الوطني فإذا نجح النظام البنكي نجح الاقتصاد الوطني، والعكس صحيح، ولقد أدرك المشرع الجزائري أهمية ذلك فقام بعدة إصلاحات على المنظومة البنكية الجزائرية، بدءاً بمرحلة تأسيس البنك المركزي وتأميم البنوك التجارية مروراً بأول تشريع بنكي خلال السبعينات وصولاً إلى آخر تعديل لقانون النقد والقرض لسنة 2017، وهذا من أجل الوصول إلى نظام بنكي قادر على تحقيق التنمية الاقتصادية ورفع مستوى الإشباع لدى الأفراد وتحسين تنافسية المؤسسات البنكية في محيط بيئي تكون فيه الكلمة للمؤسسات الرائدة، إلا أن هذا لم يحدث فهل المشكل يكمن في أن الإصلاحات البنكية غير كافية؟

أم أن المشكل يكمن في النظام القانوني للبنك؟

وعليه تتطلب معالجة هذه التساؤلات تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين وهي كالتالي:

المبحث الأول: ماهية البنك

المبحث الثاني: النظام القانوني للبنك أو الطبيعة القانونية للبنك

المبحث الأول: ماهية البنك

لقد عرف النظام البنكي الجزائري بعد الاستقلال عدة تحولات على المستوي الوطني أهمها مرحلة الإصلاحات العميقة التي تبنتها الدولة الجزائرية، وهذا التطور والتغيير في المنظومة البنكية أدى إلى تغيير في المفاهيم المتعلقة بالنظام البنكي.

ومن أجل الوقوف على النظام البنكي الجزائري وفهمه ارتأينا التطرق إلى ماهية البنك في هذا المبحث، ولتحديد ماهية البنك يجب معرفة مفهوم البنك ودراسة تطور النظام البنكي الجزائري، وعليه قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين هما:

المطلب الأول: مفهوم البنك

والذي تناولنا فيه تعريف البنك ونشأته انطلاقا من الحضارات القديمة مرورا بالحضارة الإسلامية وصولا إلى عصرنا الحالي كما تناولنا في هذا المطلب أنواع البنوك المعتمدة في الجزائر والتي تشكل المنظومة البنكية الجزائرية.

المطلب الثاني: تطور النظام البنكي الجزائري

ولقد تناولنا في هذا المطلب جميع محطات الإصلاح التي مره بها النظام البنكي في الجزائر بدءا بمرحلة تأسيس البنك المركزي وتأميم البنوك التجارية العمومية خلال الستينات إلى مرحلة تقنين الوظيفة البنكية بأول تشريع بنكي جديد خلال بداية السبعينات، فمرحلة التوجيه البنكي والاقتصادي الجديد خلال الثمانينات وبداية التسعينات، وذلك وفق قانون النقد والقرض 90-10 إضافة إلى التعديلات البنكية الأساسية لسنة 2003 و2010 وصولا لآخر تعديل لسنة 2017.

المطلب الأول: مفهوم البنك

اختلفت المسميات بين اصطلاحي (المصرف، البنك) لدى الباحثين في المصادر والدراسات، إلا أن أكثرهم اجمع على أنهما مسميان لمصطلح واحد، فالبنك هو مصرف المال، والمصرف هو مكان الصرف، ولذلك سمي البنك مصرفاً، وكانت الغاية من استعمال اصطلاح "مصرف" في المصادر العربية هو إيجاد البديل لاصطلاح "بنك" ذو الأصل الأوروبي¹.

الفرع الأول: تعريف البنك

من أجل التطرق إلى التعريف الخاص بالبنك يجب أن نعرض على تعريف البنك لغة (أولاً) ثم التعريف الفقهي للبنك (ثانياً) وأخيراً التطرق للتعريف التشريعي للبنك (ثالثاً).

أولاً: التعريف اللغوي

جاء في المصباح المنير (ج1، ص 362-364) (صرفت المال أنفقته وصرفت الذهب بالدرهم بعتة، واسم الفاعل صرفي وصرف وصراف للمبالغة، قال ابن فارس "فضل الدرهم في الجودة على الدرهم، ومنه اشتقاق: الصيرفي"²).

إن أصل كلمة مصرف في اللغة العربية مأخوذة من الصرف بمعنى بيع النقد والمصرف اسم مكان ويقصد به عادة المكان الذي يتم فيه الصرف³.

ومن ناحية أصل الكلمات (l'étymologie) لا يختلف مدلول كلمة بنك (باللاتينية) عن مدلول كلمة مصرف (بالعربية) وأصلها إيطالي (Banco) تعني مقعد، وتدل على المقعد الذي كان يجلس عليه الصراف في روما، حيث يقوم بتبديل العملات⁴.

وأصبحت في النهاية تعني المكان الذي توجد فيه المنضدة وتجرى فيه المتاجرة بالنقود⁵.

¹ معارفي فريدة، استراتيجية تحول البنوك التقليدية إلى بنوك إسلامية، دراسة استشرافية للعمل المصرفي في الجزائر، أطروحة دكتوراه، تخصص نقود وتمويل، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015، ص 3.

² د. محمود حسين الوادي و د. حسين محمد سمحان و د. سهيل احمد سمحان، النقود والمصارف، ط1، دار المسيرة، الأردن، 2010، ص 103.

³ عبد الرزاق بن حبيب، و د. خديجة خالدي، أساسيات العمل المصرفي، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015، ص 11.

⁴ رحيم حسين، الاقتصاد المصرفي، ط 1، دار بهاء الدين، قسنطينة، الجزائر، 2008، ص 14.

⁵ مسعود محمد لمين، دور البنوك في الأزمة المالية العالمية لسنة 2008 والبداية الإسلامية، أطروحة دكتوراه تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة باتنة 1، الجزائر، 2016، ص 12.

ثانيا: التعريف الفقهي

لقد اختلف الفقهاء في وضع تعريف محكم ودقيق للبنك وذلك أن مفهوم البنك هو مفهوم مرن ومتجدد ومتطور وكذلك اتصال مصطلح البنك بمختلف العلوم خاصة العلوم الاقتصادية والتجارية وكذلك القانونية لذا فكل باحث حاول إعطاء تعريف له حسب تخصصه ونظراته الشخصية له ومن بين هذه التعاريف نجد.

تعريف الأستاذ الدكتور خالد أمين عبد الله الذي عرف البنك بأنه:

" إن المصرف هو المنشأة التي تتخذ من الاتجار في النقود حرفة لها"¹.

كما عرف الدكتور حسين بني هاني البنوك التجارية بأنها هي المؤسسات التي تقوم بصفة معتادة بقبول الودائع تحت الطلب أو لأجل محددة وتزاول عمليات التمويل الداخلي والخارجي وتباشر عمليات تنمية الادخار والاستثمار المالي في الداخل والخارج².

أما الدكتور رحيم حسين فقد عرف البنك بأنه تلك المؤسسة التي تقوم بتجميع المدخرات في شكل ودائع وتقديمها إلى المحتاجين إليها خاصة المستثمرين، في شكل قروض، وتأخذ نظير هذا العمل مقابل يتمثل في الفرق ما بين الفائدة الدائنة، المستحقة للمودعين، والفائدة المدينة التي يدفعها المقترضون³.

ومن جهته عرف الدكتور عبد الرزاق بن حبيب البنك بأنه: " مؤسسة مالية تنتمي إلى القطاع الخدماتي تقوم بالأعمال المصرفية التي عرفها وحددها القانون وتتمثل هذه الأعمال عامة في قبول الودائع من الأفراد أو منشآت الأعمال أو المؤسسات أو الدولة، ثم تستخدم هذه الودائع في منح القروض والقيام بأعمال مصرفية أخرى..."⁴

وعرفت الدكتورة كحيل حياة البنك بأنه عبارة عن مرفق عام اقتصادي وانه يضطلع بتقديم خدمة عمومية بنكية⁵.

¹. خالد أمين عبد الله، العمليات المصرفية الطرق المحاسبية الحديثة، ط7، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2014، ص16.

². حسين بني هاني، اقتصاديات النقود والبنوك المبادئ والأساسيات، د ط، دار مكتبة الكندي للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002، ص 206.

³. رحيم حسين، المرجع السابق، ص 14.

⁴. عبد الرزاق بن حبيب ود خديجة خالدي، المرجع السابق ص ص 11، 12.

⁵. كحيل حياة، المسؤولية المدنية للبنك عن إفشاء السر البنكي ومقتضيات الخدمة العمومية، مجلة الأبحاث الاقتصادية، ع 11، 2014، ص 144.

نلاحظ أن الدكتور خالد أمين عبد الله في تعريفه للبنك استخدم مصطلح المنشأة وهذا المصطلح لا يعتبر في نظرنا مصطلح قانوني وإنما هو مصطلح معمول به في العلوم الإدارية وهو يدل على المكان الذي تدار منه الوحدة الإدارية أو الاقتصادية.

أما بالنسبة لتعريف الدكتور حسين بن هاني والدكتور رحيم حسين فلقد استخدموا مصطلح المؤسسة و حسب رأينا فان هذا المصطلح هو مصطلح فضفاض وواسع لأن مصطلح مؤسسة تعني منشأة أو جمعية أو شركة.. الخ، وهي تؤسس لغرض خاص اما مؤسسة علمية أو خيرية أو دولية أو تجارية... الخ لذا كان من الأجدر القول بأنها مؤسسة مالية لأنها في نظرنا هي الأصح وهذا من أجل ضبط تعريف البنك أكثر وتحديد مجاله تحديدا دقيقا.

أما الدكتور عبد الرزاق بن حبيب فقد استخدم في تعريفه مصطلح المؤسسة المالية فإننا نعتقد أن هذا المصطلح هو الأصح والأدق والذي يمكن إطلاقه على البنوك.

إما فيما يخص تعريف الدكتورة كحيل حياة نلاحظ أنها ربطت مفهوم البنك بالمرفق العام الاقتصادي، ونحن نخالفها الرأي تماما ونري انه لا يمكن في أي حال من الأحوال ان نعتبر ان البنك هو عبارة عن مرفق عام اقتصادي وهذا راجع للفروقات الكبيرة بينهما فلقد نص المشرع الجزائري في قانون النقد والقرض 11/03 بموجب المادة 83 على " يجب أن تؤسس البنوك والمؤسسات المالية الخاضعة للقانون الجزائري في شكل شركة مساهمة...". وهذا وحده يكفي ويجعل ربط البنك بالمرفق العام غير ممكن لان الشركة ومهما كان شكلها لا يمكن أن تكون مرفقا عاما.

والملاحظ على أن كل هذه التعريفات لم تتطرق إلى الناحية القانونية للبنك حيث لم تنص على أن البنك يتمتع بالشخصية المعنوية وأن له استقلال مالي وإداري وهذا ما يجعله أهلا لتحمل الالتزامات وكسب الحقوق.

رغم كل هذه التعاريف التي تطرقنا لها، إلا أنه من الصعب وضع وإعطاء مفهوم أو تعريف وحيد للبنك وذلك لتنوع واختلاف العمليات التي يقوم بها ولسرعة تطور هذه العمليات، وكذلك لاختلاف الاتجاهات الاقتصادية لكل دولة.

وبالرغم من قولنا انه لا يوجد تعريف جامع ومانع للبنك وهذا نظرا لعدة أسباب الا ان هذا لا يمنعنا من محاولة إعطاء تعريف للبنك وهذا من خلال استنادنا على التعاريف السابقة.

لذا يمكننا أن نعرف البنك وهذا حسب رأينا الخاص بأنه:

البنك هو مؤسسة مالية عامة أو خاصة يتمتع بالشخصية القانونية له استقلال مالي وإداري، يحترف اعتياديا الأعمال المصرفية المنصوص عليها في القانون وهو يهدف إلى تحقيق الربح.

ثالثا: التعريف التشريعي للبنك.

ليس هناك تشريع وضع تعريفا منضبطا للبنك أو المصرف، حتى في البلاد العريقة مصرفيا فالشرح الانجليزي (أنظر القانون الصادر سنة 1979)، يفضلون عدم وضع تعريف جامع، لصعوبة ذلك، ويقنعون بذكر معيار، هو الحد الأدنى، في خصائص المؤسسة كي تعتبر مصرفا¹.

وباستقراءنا للعديد من التشريعات، لم نجد تعريف جامع ومانع يحدد من خلاله مفهوم البنك وأن جل هذه التشريعات اعتمدت على إبراز الوظائف التي يقوم بها البنك ومن بين هذه التشريعات نجد.

التشريع السوري حيث عرفها في قانون النقد رقم 28 لعام 2001 بأنها: " المؤسسات التي تتولى بصورة اعتيادية قبول الودائع تحت الطلب وللأجل ودائع التوفير لاستثمارها في عمليات مصرفية لحسابها الخاص"².

أما في التشريع المغربي فلقد اعتمد المشرع المغربي في القانون لسنة 2006 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها، على نوعية العمليات التي يمكن للبنك ممارستها كأساس لتحديد مفهوم البنك حيث نصت المادة الأولى منه على انه " تعتبر مؤسسة للائتمان³ كل شخص معنوي يحترف اعتياديا إحدى العمليات التالية:

. تلقي الأموال من الجمهور

. توزيع الائتمانات.

¹ على جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية دراسة للقضاء المصري والمقارن وتشريعات البلاد العربية، د ط، المكتبة القانونية، القاهرة، 1993، ص 8.

² د.موش حكيم، مسؤولية البنوك بين السرية المصرفية وتبويض الأموال، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري - تيزي وزو - الجزائر . 2017، ص 108.

³ لقد نصت المادة 10 من نفس القانون على أنه تشمل مؤسسات الائتمان وشركات التمويل.

. وضع مختلف وسائل الدفع، رهن تصرف العملاء أو القيام بإدارتها"¹.

أما فيما يخص المشرع المصري نلاحظ أنه قام بتعريف البنوك التجارية من خلال القانون رقم 57 لسنة 1951 الذي حول البنك الأهلي المصري إلى بنك مركزي للدولة في المادة 19 منه والتي نصت على: "أن البنك التجاري هو كل شخص طبيعي أو اعتباري يكون عمله الرئيس تلقى ودائع الجمهور، التي تدفع عند الطلب أو بعد أجل"².

إلا أنه تراجع عن تقديم تعريف للبنك في القانون رقم 88 لسنة 2003 والمعدل بموجب القانون رقم 66 لسنة 2016 حيث اكتفى بتقديم تعريف للأعمال المصرفية التي يقوم بها البنك وهذا بموجب المادة 31 منه والتي نصت على: "يقصد بأعمال البنوك في تطبيق هذه المادة كل نشاط يتناول بشكل أساسي واعتيادي قبول الودائع والحصول على التمويل واستثمار تلك الأموال في تقديم التمويل والتسهيلات الائتمانية والمساهمة في رؤوس أموال الشركات وكل ما يجرى العرف المصرفي على اعتباره من أعمال البنوك"³.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد كانت أول محاولته لإعطاء تعريف للبنك كانت بموجب المرسوم رقم 64-176 المتعلق بتنظيم مشاركة البنك المركزي الجزائري والصندوق الجزائري للتنمية في تمويل المؤسسات الصناعية التابعة للتسيير الذاتي حيث نصت المادة الأولى منه على أن: "البنك المركزي هو منظمة مالية عند المؤسسات الصناعية المسيرة ذاتيا"⁴.

لكننا لا يمكن أن نعتبر هذا تعريفا لأنها كانت مجرد محاولة بينما أول تعريف نسب للمشرع الجزائري هو ما جاء به القانون رقم 86-12 المتعلق بنظام البنوك والقرض حيث نصت المادة 15 منه على: "البنك

¹. ظهير الشريف رقم 178.05.01 المؤرخ في 15 محرم 1427 الموافق لـ 14 فبراير 2006 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها، ج ر عدد 5397 المؤرخ في 20 فبراير 2006

. الظهير الشريف أو الظهير الملكي هو مرسوم يقوم بإصداره ملك المغرب بصفته سلطة عليا وممثلا أسمى للأمة.

². زرياحن محمد، النظام المصرفي الجزائري ودوره في التنمية الاقتصادية، مذكرة ماجستير في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية، علوم التسيير والعلوم التجارية، جامعة وهران، الجزائر، 2012، ص 10.

³. القانون رقم 2003/88 المؤرخ في 15 جوان 2003 المتعلق بإصدار البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد، ج ر عدد 24 الصادرة في 15/06/2003 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 66 لسنة 2016، ج ر عدد 32 الصادر في 14 ذو القعدة 1437 الموافق لـ 2016/08/17.

⁴. المرسوم رقم 64/176 المؤرخ في 27 محرم 1384 الموافق لـ 8 جوان 1964 المتعلق بتنظيم مشاركة البنك المركزي الجزائري والصندوق الجزائري للتنمية في تمويل المؤسسات الصناعية التابعة للتسيير الذاتي، ج ر عدد 7 المؤرخ في 8 صفر 1384 الموافق لـ 19 جوان 1964.

المركزي ومؤسسات القرض مؤسسات عمومية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي وتقوم بمقتضى وظيفتها الاعتيادية بالعمليات المصرفية...¹

كما نصت المادة 17 منه على الأعمال التي يقوم بها البنك حتى يمكننا القول اننا أمام بنك وليس مؤسسة أخرى.

ولقد حافظ المشرع الجزائري على نفس التعريف السابق في القانون 05/88 المتعلق بنظام البنوك والقرض وهذا بموجب المادة 02 منه².

إلا أن المشرع الجزائري في القانون 10/90 المتعلق بالنقد والقرض قد قام بفصل تعريف البنك المركزي عن البنوك الأخرى حيث عرف البنك المركزي بموجب المادة 11 منه حيث نصت على: "البنك المركزي مؤسسة وطنية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي... الخ".

وعرفت المادة 114 منه البنوك بأنها: "أشخاص معنوية مهمتها العادية والرئيسية إجراء العمليات الموصوفة في المواد من 110 إلى 113 من هذا القانون³.

وعلى خلاف ما سار عليه المشرع الجزائري في القوانين السابقة فإنه في الأمر 11/03 وما تلاه من تعديلات، لم يعطي تعريفا للبنك بل اكتفى بتحديد شكله حيث نصت المادة 83 منه على: "يجب أن تؤسس البنوك والمؤسسات المالية الخاضعة للقانون الجزائري في شكل شركات مساهمة، ويدرس المجلس جدوى اتخاذ بنك أو مؤسسة مالية شكل تعاضدية... الخ"⁴.

كذلك أشار إلى الوظائف التي يقوم بها البنك دون سواه وهذا بموجب المادة 70 من نفس القانون حيث نصت على: "البنوك مخولة دون سواها بالقيام بجميع العمليات المبينة في المواد من 66 إلى 68 ... الخ"⁵.

¹ قانون رقم 86-12 مؤرخ في 13 ذي الحجة 1406 الموافق 19 أوت 1986 يتعلق بنظام البنوك والقرض، ج ر عدد 34 المؤرخة في 14 ذو الحجة 1406 الموافق 20 أوت 1986.

² القانون رقم 88/06 المؤرخ في 22 جمادى الأولى 1408 الموافق 12 جانفي 1988، يتعلق بنظام البنوك والقرض، ج ر عدد 2 المؤرخة في 23 جمادى الأول 1408 الموافق 13 جانفي 1988.

³ قانون رقم 90/10 مؤرخ في 19 رمضان عام 1410 الموافق 14 أفريل 1990 يتعلق بالنقد والقرض، ج ر عدد 16 المؤرخة في 23 رمضان 1410 الموافق لـ 18 أفريل 1990.

⁴ الأمر 11/03 مؤرخ في 27 جمادى الثانية 1424 الموافق 26 أوت 2003 يتعلق بالنقد والقرض، ج ر عدد 52 المؤرخة في 28 جمادى الثانية 1424 الموافق لـ 27 أوت 2003.

⁵ المادة 70 من الأمر 11/03، المتضمن قانون النقد والقرض، المشار إليه سابقا.

ويكاد فقه القانون والقضاء المقارن يجمع على انه يجب على المشرع عدم الخوض في مجال البحث عن التعاريف لأن هذا المجال خصب للانتقادات وكذلك عدم وجود تعريف جامع ومانع للبنك، لذا فان أغلب التشريعات المقارنة تركت تعريف البنك للفقهاء ومنها المشرع الجزائري.

وفي نظرنا حسنا فعل المشرع الجزائري عندما تخلى عن تقديم تعريف للبنك في قانون النقد والقرض 11-03 وما تلاه من تعديلات، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد نهج نهج الدول التي لها باع في مجال النظام المصرفي على غرار إنجلترا.

الفرع الثاني: نشأة البنك

إن تاريخ الأعمال المصرفية لم يبدأ مع بداية تاريخ نشأة المصارف الحديثة، بل كان سابقا لذلك من عهود بعيدة في ماضي العصور والأزمان، فقد عرفت هذه الأعمال بأشكال ومظاهر متنوعة في ظلال عدد من الحضارات التي ازدهرت هنا وهناك قبل أن تطويعها الأيام لتصبح في ذمة التاريخ سطورا وأثارا¹.

أولا: الأعمال المصرفية في الحضارات القديمة

يرجع الباحثون العمل المصرفي إلى العهود القديمة، وذلك اعتمادا على الحفريات التي وجدت والتي تعود إلى حضارة السومريين الذين كانوا يعيشون في جنوب بلاد الرافدين قبل 34 قرن قبل الميلاد². والسومريين عرفوا ألوانا من النشاط المصرفي الذي باشرته معابدهم المقدسة والتي كان من أشهرها "المعبد الأحمر"³.

ولقد عثر المؤرخون على أقدم محاولة لتحريم الربا الفاحش في عهد الملك بوخريس من الأسرة الرابعة عشر في القرن الثامن قبل الميلاد كذلك عثروا على آثار تشريعية غاية في القدم عند البابليين تدل على ازدهار تجارة النقود⁴، حيث ظهرت في العهد البابلي مجموعة من المؤسسات في شكل معابد تولت تنظيم عمليات

¹ سامي حسين أحمد حمود، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، ط 2، مطبعة الشرق ومكنتها، عمان، 1982، ص 35.

² مسعودي محمد أمين، المرجع السابق، ص 8.

³ سامي، أحمد حمود، المرجع السابق، ص 36.

⁴ علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية وفقا لأحكام قانون التجارة رقم 17/1999، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2001، ص 271.

السحب والإيداع، وأقدم بنك في التاريخ هو البنك الذي أنشأه "إيجي" الذي كان مقره في مدينة "سيبار" على شاطئ نهر الفرات¹.

ولقد عرف الإغريق والرومان عمليات البنوك واستخدمت البنوك اليونانية عمليات التحويل المصرفي كما استخدم الرومان عمليات المقاصة، وكان صيارفة اليونان الأقدمون مشهورين بالأمانة لدرجة أن الرجل كان يعطي أحدهم رأس ماله بلا كتابة، وبوجه عام فإن الطابع الغالب على وظيفة البنوك في العصور القديمة هو أن البنك كان بمثابة خزانة أمنية لإيداع النقود والأشياء الثمينة والمحصولات الزراعية فنشأ عن ذلك استخدام العملاء الأمر بالتسليم وأوامر التحويل المصرفي وعمليات المقاصة².

ثانياً: الأعمال المصرفية في ظل الحضارة الإسلامية

عند دراستنا لكثير من الكتب التي تتحدث عن الأعمال المصرفية في الحضارات القديمة والتي تحاول البحث عن أصول الأعمال المصرفية لاحظنا أن جل هذه الأبحاث تستثني الحضارة الإسلامية في بحثها مع العلم أن الأعمال المصرفية كانت تتشابه -تقريباً- في ظروف نشأتها، حيث كانت تزدهر في الوسط الآمن محتمية إما بقدسية المعبد أو بالأمان العام في الأسواق³، وهذه العوامل والظروف كانت متوفرة في ظل الحضارة الإسلامية.

وبالرجوع إلى الحضارة الإسلامية نلاحظ أنها تحتوي على العديد من صور الأعمال المصرفية الرئيسية والتي كانت اشد وضوحاً وتطوراً مما كان سائداً من قبل، على غرار قبول الودائع وتحويل الأموال وتمويل التجارة على أساس المضاربة، فضلاً عن القروض الحسنة.

وفي هذا الصدد يروي أن الزبير ابن العوام⁴، وهو صحابي كان يقبل الودائع من الأفراد ولما لاحظ إن حجم الودائع لديه قد تراكم طلب من أصحابها أن يجعلوها قرضاً حتى يتمكن من استخدامها، كما يروي أن

¹ معارفي فريدة، المرجع السابق، ص 4.

² عمر بن عبد العزيز المترك، الربا والمعاملات المصرفية في نظرية الشريعة الإسلامية، د ط، دار العاصمة، الرياض، دون سنة النشر، ص 310.

³ سامي حسن أحمد حمود، المرجع السابق، ص 39.

⁴ يقول ابن سعد (في الطبقات الكبرى) أن عبد الله بن الزبير يقول عن أبيه: إن الرجل كان يأتيه بالمال ليستودعه إياه فيقول له الزبير "لا ولكن هو سلف، إنني أخشى عليه الضيعة" وكان من نتيجة ذلك أن بلغ مجموع ما كان عليه من أموال كما احصاها ولده عبد الله مليونان ومائتا ألف درهم، وهو مبلغ كبير جداً بمقاييس ذلك العهد، والعمل هذا هو الذي دعا أحد الباحثين إلى إطلاق لفظ "بنك الزبير" على حركة الأموال التي ترد للزبير وتخرج من عنده.

هذا الصحابي كان يصدر أوامر إلى مصعب في العراق ليحول أموالا إلى أصحابها كانوا قد أودعوها لديه في مكة¹.

وكذلك لقد تم استعمال الصكوك المسحوبة على الصيارفة لتأدية المدفوعات بدلا من الدفع النقدي، كان أمرا معروفا ومقبولا ليس في نطاق التحويل التجاري أو الشخصي من بلد إلى بلد آخر فحسب بل في حالات إعطاء المنح والمكافآت للشعراء وأمثالهم ممن كانوا يمتدحون الأمراء والوجهاء².

ولقد كانت الدولة تدفع هذه الصكوك لجنودها وعمالها في مقابل رواتبهم المستحقة لهم، وهي بهذا أشبه بان تكون أجرة مؤجلة الدفع إلى مواسم الغلال وهذا الجانب من التعامل صحيح لجواز تأجيل الأجرة المستحقة إلى وقت معين بلا خلاف، وقد كان زيد وغيره لا يرون بأسا بشراء ما يمثله الصك من طعام من المستفيد به، وان لم يجيزوا بيعه بعد ذلك حتى لا يؤدي تكرار تداول هذه الصكوك إلى زيادة أثمان الطعام، والشاهد أن انتزاع الصكوك من أيدي المتعاملين فيها و المتداولين لها يدل على شيوع التعامل في الصكوك منذ هذه الفترة الباكرة³.

وقد شاع استعمال الصكوك للأغراض التجارية في مدينة البصرة وصار لها قواعد وأصول معروفة من حيث طريقة الختم والشهود، وأصبح وجود الصراف "ليس عنه غنى في سوق البصرة في حوالي عام 400هـ الموافق لـ 1010م" وهو الوقت الذي كانت فيه سفن المسلمين وقوافلهم تجوب كل البحار والبلاد حيث كانت الإسكندرية وبغداد، هما اللذان تقرران الأسعار للعالم في ذلك العصر في البضائع الكمالية على الأقل⁴.

وما يعزز قولنا على أن الأعمال المصرفية كانت متطورة في المجتمعات الإسلامية بالمقارنة مع الحضارات السابقة لها وهذا التطور كان ملائما لاحتياجات ذلك العصر، وساهم في تطوير الحضارة الإسلامية إنشاء المسلمين للمدارس المصرفية.

¹ رحيم حسين، المرجع السابق، ص 10.

² سامي حسين احمد محمود، المرجع السابق، ص 47.

³ الغريب ناصر، أصول المصرفية الإسلامية وقضايا التشغيل، ط 1، دار أبو لولو، القاهرة، مصر، 1996، ص 29.

⁴ سامي حسين أحمد حمود، المرجع السابق، ص 48.

فيذكر أن المسلمين قد انشؤوا المدارس المصرفية حيث كان لمهنة الصرّفة أسس وقواعد يجدر بأصحاب المهنة مراعاتها بغض النظر عن الدين الذي يعتنقه الصرّفي، فكان على الصارفة فهم أحكام الصرّف ودراسة ما كتب بشأنه قبل أن يؤذن لهم بممارسة المهنة¹.

وكما انقطعت الصلات كلية بين أوجه النشاط المصرفي في الحضارات القديمة بسقوط روما وبدء عهد ظلام القرون الوسطى في القارة الأوروبية، كذلك أدت أسباب التخلف التي حلت بالبلاد الإسلامية الى قطع كل صلة بما كان قائما ومعروفا من أشكال التعامل المصرفي القديم².

وخضع الشرق للغرب المستيقظ من العصور الوسطى على فجره الجديد وبدأت فنون الغرب في كل المجالات وكأنها توتى بلا سابق أو مثيل وتخيل أهل الشرق أن الدنيا كانت عقيما من قبل في هذا المجال فنقلوا النظم المصرفية الأوروبية إلى أن جاءت في النصف الثاني من القرن العشرين نظم البنوك الإسلامية³.

ثالثا: الأعمال المصرفية في ظل العصر الحديث.

ترجع نشأة المصارف التجارية، إلى الفترة الأخيرة من القرون الوسطى، عندما بدأت طبقة التجار والصناع (وبالذات في مدن البندقية وجنوا وبرشلونة) بتحقيق فوائض نقدية ضخمة من عملياتها التجارية المختلفة الأمر الذي دفعها إلى التفكير والبحث عن طريقة مأمونة تحافظ بها على ثرواتها من السلب والنهب والضياع، وهي أمور كانت من السمات البارزة لتلك العصور، وقد وجدت تلك الطبقة ضالتها في الصاغة والصارفة⁴.

وكان الصيارفة أو الصاغة يعملون في الذهب، ثم أصبحت حرفتهم التعامل في العملة الذهبية، وكان من المظاهر المألوفة في جنوه والبندقية أن يجلس هؤلاء الصيارفة وأمام كل منهم منضدة صغيرة تسمى بالإيطالية بنكو BANCO ومن هذه اللفظة اشتقت كلمة بنك⁵.

وبهذا أصبح الصاغة هم الملجأ الأهم للراغبين في الاقتراض حيث يبيع الصاغة في استغلال حاجات السكان فكانوا يقرضونهم بفائدة (ربا) و عندما ازداد الطلب على القروض وجد الصاغة أنفسهم أمام إمكانية

¹ الغريب ناصر، المرجع السابق، ص 30.

² سامي حسين أحمد محمود، المرجع السابق، ص 50.

³ خالد أمين عبد الله، المرجع السابق، ص 18.

⁴ حسين بني هلني، المرجع السابق، ص 203.

⁵ جمال البناء، الربا وعلاقاته بالممارسات المصرفية والبنوك الإسلامية، د ط، دار الفكر الإسلامي، القاهرة، مصر، 1986، ص 137.

استخدام الأموال المودعة لديهم¹ و لهذا فكر أولئك المودع لديهم الأموال في استغلال كل أو بعض تلك الودائع العاطلة (المجمدة) خصوصا و أنه كان هناك عدد كبير من الأفراد تتوفر لديهم الرغبة في الاقتراض، من هنا و بعد ان كان الصاغة و الصيارفة يقرضون من أموالهم الخاصة بدأوا يدفعون للمودعين نسبة من الفوائد التي يحصلون عليها من القروض التي يمنحونها ، بعد أن كانوا في أول الأمر يأخذون من المودعين عمولة خدمة².

وفي مقابل هذا حدث شيء عجيب، فان كثيرا من المودعين بدلا من أن يطلبوا من الصيرفي مالا ليدفعوا به مطالبات التجار وغيرهم اختصروا الطرق فأصبحوا يصدرون أوامر للصيرفي ليدفع كذا وكذا، ورأى التجار بدورهم أن من الممكن أن " يظهروا" أوامر الدفع هذه للذين يوردون إليهم-أي يحولون الدفع إليهم- وبهذا سيسددون الالتزام، دون مشقة الحصول على المال، ثم دفعه وما يتطلبه هذا وذاك من وقت وجهد في الذهاب والإياب والحمل وما يتضمنه هذا كله من مخاطر.

وجاءت هذه الصورة من التعامل معززة ظاهرة إبقاء الأموال لدى الصيارفة حتى مع نشاط المتعاملين فزاد إقدامهم على الاقتراض، ومع توالي هذه العملية وأخذها شكلا منهجيا ظهرت البنوك تحمل أسماء أصحابها³. ومهما يكن من أمر، فان الباحثين يجمعون على أن تاريخ نشأة المصارف الحديثة يبدأ من منتصف القرن الثاني عشر للميلاد،⁴ وخاصة بعد أن خفت حدة معارضة الكنيسة لتجارة النقود ومنها الإقراض بالفائدة وإعادة اتجاه الأنظار إلى شرعية هذا الإقراض⁵.

ويذكر مؤرخو نشأة البنوك الحديثة أن أول بنك حديث أنشئ في مدينة البندقية Venice بإيطاليا سنة 1157م. ثم وفي سنة 1170م أنشئ بنك آخر في مدينة جنوه Genoa بإيطاليا أيضا.

وبعد ذلك وفي مدينة البندقية بإيطاليا أنشئ بنك رياتو سنة 1587م ويعد هذا المصرف أول مصرف منظم⁶.

¹ محمود حسين الوادي و د. حسين محمد سمحان و د. سهيل احمد سمحان، المرجع السابق، ص101.

² حسين بن هاني، المرجع السابق، ص ص 203، 204.

³ جمال البنا، المرجع السابق، ص 139.

⁴ خالد أمين عبد الله، المرجع السابق، ص 17.

⁵ الياس نصيف، موسوعة الوسيط في قانون التجارة، ج4، عمليات المصارف 1، د ط، الموسوعة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2008، ص 13.

⁶ عبد الهادي الفضلي، معاملات البنوك التجارية، ط1، مركز الفقهة للدراسات والبحوث الفقهية، القطيف، السعودية، 2008، ص 23.

ثم بنك أمستردام عام 1609م ويعتبر هذا البنك الأخير النموذج الذي أخذت به معظم البنوك الأوروبية بعد ذلك مع مراعاة ما أملتته اختلافات الظروف والأحوال بين دولة وأخرى، مثل بنك هامبورج بألمانيا عام 1619م وبنك إنجلترا عام 1694م وبنك فرنسا الذي أسسه نابليون عام 1800م، ثم انتشرت البنوك بعد ذلك في أمريكا وغيرها من بلدان العالم¹.

أما تاريخ دخول المصارف المنظمة في العصر الحديث إلى دول العالم الإسلامي فيرجع إلى عام 1898م عندما أنشئ البنك الأهلي المصري².

ومع إطلالة القرن التاسع عشر، والثورة الصناعية والتجارية التي احتاجت إلى رؤوس أموال ضخمة اتجهت المصارف الكبرى إلى تمويل المشاريع الصناعية والتجارية فساعد ذلك على نمو وازدهار مزدوجين، فمن جهة إنماء وازدهار المشاريع ومن جهة أخرى إنماء وازدهار المصارف على شكل شركات مساهمة، ذات فروع في مختلف بلدان العالم، فساهمت في عمليات التمويل والائتمان القصير والمتوسط والطويل الأجل³.

ومنذ خمسينيات القرن الماضي بدأ القطاع المصرفي يشهد نموا متسارعا لم يسبق له مثيل، ان على مستوى الرأسمالي أو على مستوى الانتشار الجغرافي، حتى أضحت هذا القطاع يمثل الإطار الأساسي لحركة رؤوس الأموال بمختلف آجالها في اغلب اقتصاديات العالم، وهي التي تعرف باقتصاديات الاستدانة⁴.

ولا بد من الإشارة إلى أن المصارف في العصر الحديث تتمتع بسلطة واسعة و سيطرة اقتصادية، مما يجعلها مرتبطة ارتباطا وثيقا بالاقتصاد القومي، خاصة بعد أن تحولت المصارف من مؤسسات فردية ذات رؤوس أموال محدودة إلى شركات ذات طاقة و قدرة مالية هائلة، مما حمل بعض الدول على إعادة النظر بأوضاع المصارف، فعمدت إلى تأميمها كما عمدت دول أخرى إلى إخضاعها لإشراف السلطة عليها ومراقبة أعمالها، لارتباط هذه الأعمال بالاقتصاد القومي و خوفا على هذا الاقتصاد من فوضى الحرية التي تؤدي إلى زعزعته و الإطاحة بثباته و استقراره⁵.

¹ خالد أمين عبد الله، المرجع السابق، ص 17.

² عبد الهادي الفضلي، المرجع السابق، ص 24.

³ الياس نصيف، المرجع السابق، ص 14.

⁴ رحيم حسين، المرجع السابق، ص 12.

⁵ الياس نصيف، المرجع السابق، ص 14.

يساعد هذا العرض التاريخي للأعمال المصرفية على إثبات حقيقة كون هذه الأعمال في واقعها ماهي إلا أعمال تابعة توجد وتزدهر حيث يوجد الاستقرار وتتسع الأسواق والمبادلات، وان هذه الأعمال قادرة دائما على التكيف والتلاؤم مع الأوضاع والظروف وذلك رغم اختلاف الأشكال والأفكار والفلسفات¹.

الفرع الثالث: أنواع البنوك

تختلف الدول من حيث نظمها الاقتصادية، وتبعاً لذلك تختلف النظم المصرفية من دولة لأخرى، ويتكون الجهاز المصرفية في أي دولة من الدول على العديد من البنوك وتختلف أنواعها طبقاً لتخصصها.

أولاً: معيار التصنيف:

إن تصنيف البنك إلى أنواع يرتبط بطبيعة المعايير التي تعتمد عليها في التصنيف لذا فإننا نجد العديد من التصنيفات للبنوك، ويمكن تصنيف البنوك بناء على المعايير التالية:

1- حسب معيار النطاق الجغرافي:

تختلف البنوك باختلاف النطاق الجغرافي الذي تشتغل فيه حيث تقسم حسب هذا المعيار إلى:
-بنوك محلية (تعمل في حدود إقليم ما داخل الوطن) وبنوك وطنية (لها فروع في مختلف أرجاء الوطن)
وبنوك دولية (لها فروع في العديد من الدول).

2- حسب معيار علاقتها ملكيتها:

وتختلف البنوك حسب ملكيتها وتقسم إلى:

أ-بنوك القطاع العام (البنوك العمومية):

وتعود ملكية هذه البنوك إلى الدولة (القطاع العام) سواء أسست برأسمال كامل ملك للدولة أو التي تم تأسيسها بشكل شركات مختلطة وتملك الدولة فيها رأسمال يفوق 50%

ب-البنوك الخاصة:

وهي البنوك التي أسست برأسمال خاص، سمح لها العمل وفق قانون الشركات المعمول به، ورخص لها بتعاطي العمليات البنكية وفق أحكام قانون البنوك، في ذلك البلد حيث تشمل بنوك الإيداع، بنوك الأعمال والاستثمار، بنوك إسلامية، والبنوك الأجنبية...، وغيرها من البنوك².

¹ سامي حسين احمد محمود، المرجع السابق، ص 33.

² إبراهيم ملاوي وأ، نور الدين براوي، التأمينات والبنوك، د ط، مركز البحوث والدراسات حول الجزائر والعالم، الدويرة، الجزائر، 2016، ص

3- حسب معيار طريقة التمويل:

هذا المعيار يميز بين البنوك حسب طريقة تمويلها فإذا كان التمويل يعتمد على القروض بفوائد هنا نكون أمام ما يعرف بالبنوك التقليدية بينما إذا كان التمويل لا يعتمد على الفوائد وإنما يعتمد على نظام المشاركة والمراوحة هنا نكون أمام ما يعرف بالبنوك الإسلامية.

أ-البنوك التقليدية:

هي البنوك التي تقوم بالتعامل بالفائدة أخذا وعطاء أي استئجار النقود وتأجيرها ويتمثل ربح البنك في الفرق بين سعر الاستئجار والإيجار، في حين يتحمل المقترض الخسارة بسببه أو لأسباب خارجة عن إرادته¹.

ب-البنوك الإسلامية:

هي عبارة عن مؤسسة مالية متخصصة تقوم بدور الوسيط المالي ما بين مالكي الأموال (المودعين) وطالبي التمويل (المتمولين) فتقوم بدور المضارب عند قبول الودائع من المودعين للمضاربة بأموالهم من خلال استثمارها بالطرق الشرعية، وتقوم بدور الممول عند منح التمويل بما يلي احتياجات طالبي التمويل².

4- حسب معيار الوظيفة:

وتختلف البنوك أيضا باختلاف طبيعة نشاطها والوظائف التي تقوم بها حيث تقسم حسب هذا المعيار إلى البنوك المركزية والبنوك التجارية والبنوك المتخصصة والبنوك الإسلامية.

أ-البنك المركزي:

يمكن تعريف البنك المركزي على انه تلك المنظمة التي تهيمن على النظام المصرفي كله، وهو بنك البنوك لأنه يتولى الإشراف والرقابة على باقي البنوك، وبنك الإصدار لان له سلطة إصدار نقد الدولة، وبنك الدولة حيث له سلطة إدارة احتياطات الدولة من الذهب والعملات الأجنبية وتوجيه السياسة النقدية في الدولة³.

ب-البنوك التجارية:

يعرف البنك بصفة عامة على انه الشركة التي يرخص لها ممارسة أعمال مصرفية وفقا لأحكام قانون البنوك فيعرفه قانون البنك المركزي الأردني وقانون أعمال الصرافة الصادر في سنة 1992 على ان المصرف

¹ عبد العزيز قاسم محارب، المصارف الإسلامية التجريبية وتحديات العولمة، د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 87.

² عبد القادر قائد سعيد المجيدي، مسؤولية البنوك الإسلامية عن خدماتها المصرفية وأعمالها الاستثمارية، ط1، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2015، ص 23.

³ بوتيرة وهيبه، علاقة البنوك بالبورصة والأزمات المالية، دراسة حالة أزمة الرهن العقاري 2008 في الولايات المتحدة الأمريكية، أطروحة دكتوراه في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، جامعة محمد بن احمد، وهران 2، 2016، ص 10.

التجاري هو "مؤسسة مالية نقدية تقبل الودائع من الأفراد والهيئات والشركات تحت طلب أو لأجل، وتستخدم هذه الودائع في منح القروض والسلف وتعمل على منح التسهيلات الائتمانية للمستثمرين¹.

ج-البنوك المتخصصة:

وهي البنوك المتخصصة في منح الائتمان لنوع محدود من النشاط بحيث يقتصر عملها على هذا النشاط دون غيره مثل البنوك العقارية والزراعية والصناعية... الخ².

وتعتبر أنشطة البنوك المختصة من أهم الأنشطة الاقتصادية اللازمة لتمويل عمليات التنمية الاقتصادية ذلك لان أنشطتها تختلف عما تقوم به البنوك التجارية من أنشطة حيث ان أنشطتها تحتاج الى تمويل طويل الأجل يمتد لأكثر من عشر سنوات، وعمليات متخصصة يحتاج تمويلها إلى خبرات خاصة، ومعروفة بطبيعة العمليات الإنتاجية مثل النشاط الزراعي، الأمر الذي يتطلب ترتيبات خاصة، تتمثل في ضرورة إيجاد أو توفير شبكة من فروع تغطي جميع أنحاء البلد³.

ولقد أدى التطور الاقتصادي إلى ظهور نوعين جديدين من البنوك هما البنوك الشاملة والبنوك الالكترونية.

د-البنوك الشاملة:

يقوم مفهوم المصرف الشامل على فلسفة التنوع إذ يتوقع أن يترتب على تنوع نشاط المصرف تخفيض في المخاطر التي يتعرض لها دون أن يترك ذلك تأثيرا سلبيا على العائد ينطبق ذلك على تنوع الودائع وغيرها من مصادر التمويل بقدر ما ينطبق على مجالات استثمار تلك المصادر والتنوع بمعناه البسيط هو تطبيق المثل القائل "لا تضع كل ما تملكه من بيض في سلة واحدة"⁴.

وتعرف كذلك بأنها بنوك تقوم بكافة أعمال البنوك التجارية وبنوك الأعمال وبعض مؤسسات التمويل الأخرى مثل قيام البنك بإنشاء شركة التأمين، أو إنشاء شركة تأجير أو غير ذلك مما لم يكن يندرج ضمن الأعمال التقليدية للبنوك وقد ظهرت هذه البنوك بفعل تأثير ظاهرة العولمة أو الشمولية، حيث أصبح يسمح للبنوك بالدخول في أنشطة كانت من صميم مهام مؤسسات مالية أخرى⁵.

¹ العيد سعدي، المسؤولية الجزائرية للبنك عن جريمة تبييض الأموال، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2016، ص 44.

² محمود حسين الوادي و د. حسين محمد سمحان وسهيل أحمد سمحان، المرجع السابق، ص 108.

³ حسين بني هاني، المرجع السابق، ص 231.

⁴ خديجة خالدي و أ. عبد الرزاق بن حبيب، المرجع السابق، ص 19.

⁵ رحيم حسين، المرجع السابق، ص 19.

هـ-البنوك الالكترونية:

وهي بنوك تعمل بالكامل من خلال الانترنت حيث تتم المعاملات والعلاقات فيها من خلال الوسائل الالكترونية وليس اللقاء المباشر وتعرف هذه البنوك باسم البنوك الافتراضية¹. والبنك الالكتروني هو عبارة عن سلسلة من الخدمات المصرفية التي يؤديها البنك الكترونيا لتسهيل عمليات التجارة الالكترونية، وتوفير أدوات ووسائل الكترونية لتسوية هذا النوع من المعاملات².

ثانيا: المعيار المتبع من قبل المشرع الجزائري

نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يعتمد على معيار واحد في تصنيف البنوك فلقد اعتمد في قانون النقد والقرض 11/03 على معيار الوظيفة حيث نصت المادة 9 منه على: "بنك الجزائر مؤسسة وطنية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي ويعد تاجرا في علاقاته مع الغير...الخ". كما نصت المادة 83 منه على انه يجب أن تؤسس البنوك والمؤسسات المالية الخاضعة للقانون الجزائري في شكل شركات مساهمة...الخ.

وباستقراءنا للمادتين السابقتين من قانون النقد والقرض المادة 09 والمادة 83 يتضح لنا ان المشرع الجزائري اعتمد معيار الوظيفة والنشاط حيث نصت المادة 09 منه على البنك الجزائري وهو بنك مركزي ونصت المادة 83 منه على البنوك التجارية.

واعتمد أيضا المشرع الجزائري في قانون النقد والقرض على معيار آخر وهو معيار النطاق الجغرافي أو الجنسية، وهذا بموجب المادة 83 في الفقرة الثانية منها حيث نصت على انه "...يمكن الترخيص بالمساهمات الأجنبية في البنوك أو المؤسسات التي يحكمها القانون الجزائري"، وكذلك المواد 84 و 85 حيث نلاحظ أن المشرع الجزائري اعتمد على معيار الجنسية للترقية بين البنوك الوطنية والبنوك الأجنبية...الخ.

كما اعتمد المشرع الجزائري على معيار طريقة التمويل وهذا بسماعه على إنشاء البنوك الإسلامية إلى جانب البنوك التقليدية مثل بنك البركة الجزائري وبنك السلام، ويعتبر بنك البركة أول بنك إسلامي في الجزائر وهو بنك مشترك بين القطاع العام والخاص أنشئ بتاريخ 10 ماي 1991 كشركة مساهمة في إطار قانون النقد والقرض 10/90³.

¹ محمود حسين الوادي و د. حسين محمد سمحان و د. سهيل أحمد سمحان، المرجع السابق، ص 109.

² ذكرى عبد الرزاق محمد خليفة، النظام القانوني للبنوك الالكترونية (المزايا-التحديات-الأفاق)، د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2017، ص 30.

³ سليمان ناصر، تجربة البنوك الإسلامية في الجزائر - الواقع والأفاق - مجلة الباحث، ع 4، 2006، ص 24.

وكذلك تم إنشاء مصرف السلام والذي يعتبر بنك شمولي يعمل طبقا للقوانين الجزائرية ووفقا لأحكام الشريعة الإسلامية في كافة تعاملاته وقد تم إنشاؤه بتعاون جزائري إماراتي واعتماده من قبل بنك الجزائري في سبتمبر 2008 كمصرف تجاري¹.

كما قام المشرع الجزائري بإنشاء البنوك المتخصصة وذلك من خلال إنشائه للبنوك التالية:

- بنك الفلاحة والتنمية الريفية حيث تأسس هذا البنك في 13 مارس 1982. بموجب المرسوم 82-106 المؤرخ في 16/03/1982² وهو بنك متخصص بتمويل القطاع الزراعي بالإضافة الى قيامه بجميع العمليات المصرفية التقليدية

- بنك التنمية المحلية حيث تأسس هذا البنك في 30 أبريل 1985 بموجب المرسوم 85-85³ ويقوم هذا البنك بمختلف العمليات المألوفة في البنوك بالإضافة إلى تخصصه بتمويل الجماعات والمؤسسات المحلية ذات الطابع الاقتصادي التي تخضع لوصاية البلدية أو الولاية، بواسطة قروض قصيرة الاجل، متوسطة وطويلة الأجل.

أما فيما يخص البنوك الشاملة في الجزائر نلاحظ أن البنوك قد شهدت في الآونة الأخيرة عدة أنشطة والتي يمكن اعتبارها من بين أنشطة البنوك الشاملة ومن بينها القيام بأنشطة التأجير التمويلي، صرفه التأمين والصرافة الالكترونية وتقديم القروض المشتركة وهذا بغرض زيادة القدرة التنافسية للبنوك.

نستنتج أن المشرع الجزائري لم يعتمد على معيار واحد في تصنيف البنوك ونحن نرى أن أهم معيار هو معيار الوظيفة لأنه يضم في طياته معظم البنوك وكذلك تبرز أهمية هذا المعيار في اعتماد معظم الدول عليه لتحديد أنواع البنوك.

¹ كمال بن موسي وبختي عمارية، البنوك الإسلامية في الجزائر بين العائد والمخاطر دراسة مقارنة بين بنك السلام الجزائر وبنك دبي الإسلامي المجلة الجزائرية للأبحاث والدراسات، ع 4، أكتوبر 2018، ص 85.

² المرسوم 82-106 المؤرخ في 17 جمادى الأولى 1402 الموافق لـ 13 مارس 1982 المتعلق بإنشاء بنك الفلاحة والتنمية الريفية وتحديد قانونه الأساسي، ج ر عدد 11 الصادرة في 20 جمادى الأولى 1402 الموافق لـ 16 مارس 1982.

³ المرسوم 85-85 المؤرخ في 10 شعبان 1405 الموافق لـ 30 أبريل 1985 يتضمن إنشاء بنك التنمية المحلية وتحديد قانونه الأساسي، ج ر عدد 19 الصادرة في 11 شعبان 1405 الموافق لـ 1 ماي 1985.

المطلب الثاني: تطور النظام البنكي في الجزائر

لقد عرف النظام البنكي الجزائري عدة تطورات وتغيرات من الاستقلال إلى يومنا هذا وشهد عدة محطات بدءا من إنشاء الخزينة العمومية والبنك المركزي ثم تأميم البنوك التجارية، مروراً بصور القانون رقم 12/86 المتعلق بنظام البنوك والقرض الذي تم تعديله بموجب القانون رقم 06/88 ، إلى مرحلة التوجه البنكي والاقتصادي الجديد خلال نهاية الثمانينيات وتبني الدولة الجزائرية النظام الرأسمالي بدلا من النظام الاشتراكي وهذا بصور دستور 1989 الذي نص صراحة على تبني النظام الرأسمالي، حيث نصت المادة الأولى منه على أن: "الجزائر جمهورية ديمقراطية شعبية... الخ".

ونصت المادة 14 منه على: "تقوم الدولة على مبادئ التنظيم الديمقراطي والعدالة الاجتماعية... الخ"¹. ونتج عن هذا الدستور صدور قانون النقد والقرض 10/90 وبعد ذلك بدأت المنظومة البنكية تتجه نحو الأحسن والأجبع.

وعند ملاحظة تطور النظام المصرفي الجزائري من الاستقلال إلى يومنا هذا نلاحظ أنه مر بمرحلتين هامتين: -مرحلة ما قبل 1990 ومرحلة ما بعد 1990، وتعتبر سنة 1990 سنة مرجعية لتضمنها صدور قانون النقد والقرض 10/90 المؤرخ في 14 أفريل 1990².

ولقد عرف هذا القانون عدة تعديلات أهمها تعديلات سنة 2003 و 2010 وآخر تعديل طرأ على هذا القانون هو تعديل سنة 2017 حيث صدر في هذه السنة قانون 10/17 المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم للقوانين السابقة.

الفرع الأول: المنظومة البنكية الجزائرية قبل إصلاحات 1990:

في المرحلة الممتدة من الاستقلال وإلى غاية 1986، تميز النظام البنكي بتنظيم خاص وقواعد محددة للأداء هي في الحقيقة انعكاس لهذا التنظيم، وكانت هذه الأمور تستند إلى خلفية إيديولوجية وفلسفة عامة ارتكزت عليها كل منطلقات التنمية الوطنية وكانت أساسا لكل فعل اقتصادي³.

¹ دستور 1989 الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 18/89 المؤرخ في 22 رجب 1409 الموافق لـ 28 فبراير 1989 يتعلق بنشر تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فبراير 1989، ج ر، عدد 234 المؤرخة في 23 رجب 1409.

² Imoudache nadir, le contentieux bancaire en Algérie en vue de l'obtention du diplôme de magister département des sciences économiques, Université Mouloud Mammeri, Tizi-Ouzou, 2009, p 5.

³ الطاهر لطرش، تقنيات البنوك، دراسة في طرق استخدام النقود من طرف البنوك مع إشارة إلى التجربة الجزائرية، ط 7، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، 2010، ص 177.

أولاً: تطور النظام البنكي الجزائري من 1962 إلى 1971

ورثت الجزائر بعد استقلالها نظاما مصرفيا تابعا للمستعمر الفرنسي سواء من حيث الإشراف والرقابة أو من حيث المصالح التي يخدمها وقد كان مشكلا من شبكة واسعة من المصارف والمؤسسات المالية وباعتبار أن البنك المركزي يمثل رمزا من رموز السيادة بادرت الجزائر بإنشاء البنك المركزي الجزائري في 1962/12/13 تحت رقم 62-144¹.

كما أصدرت الجمعية العامة التأسيسية القانون رقم 62-157 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962 الذي ينص على إبقاء العمل بالنصوص التشريعية السابقة (للمستعمر الفرنسي) ما لم يتعارض مع السيادة الوطنية وبموجب هذا النص حاول المشرع الجزائري ومباشرة بعد الاستقلال الحفاظ على سير المؤسسات داخل الدولة وهذا رغم ما اعترضها من صعوبات في القيام بمهامها نظرا لنقص الإطارات والإمكانيات وفي نفس الوقت التخلص من التبعية للاستعمار وتجسيد السيادة الجزائرية، فكانت المرحلة التالية لإنشاء البنك المركزي هي إنشاء الدينار كوحدة نقدية جزائرية وذلك في 1964/04/10 بموجب القانون رقم 64-111 حيث كانت العملة السائدة قبل ذلك هي الفرنك الفرنسي².

كما أن التوجهات الأساسية في هذه الفترة كانت تتعلق بالسياسة المصرفية كما هو معن عنها في ميثاق الجزائر الصادر عن المؤتمر الأول لحزب جبهة التحرير الوطني المنعقد من 16 إلى 21 أبريل 1964 والذي يؤكد على أن الادخار الوطني يجب أن يكون في صلب اهتمامات الحزب والحكومة وعليه لا بد من خلق مؤسسات للودائع ولقروض من شأنها أن توفر وتضمن للمؤسسات الاشتراكية الزراعية والصناعية سهولة الحصول على الأموال دون أن يشكل ذلك عائقا على ملاءتها في السيولة³.

وهذا ما أدى بالدولة الجزائرية إلى إنشاء الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط (CNEP) الذي أسس يوم 1964/08/10 انطلاقا من صندوق تضامن مقاطعات وبلديات الجزائر حسب المرسوم 1963/04/17 الذي يجمع الصناديق الجزائرية والصحراوية للتضامن (CSDCA)، وتجسد الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط في سنة 1964 بموجب القانون رقم 64/227⁴.

¹ رحيم حسين، المرجع السابق، ص 296.

² رحيم حسين، المرجع نفسه، ص 296.

³ محفوظ لعش، الوجيز في القانون المصرفي الجزائري، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص 29.

⁴ MOUZIANE FATMA, effet des facteurs macro-économique sur la performance des banques algériennes , thèse pour l'obtention du diplôme de doctorat , en sciences économiques, faculté des sciences économiques, commerciales et des sciences de gestion , université d'oran2, 2016, p31

1. مرحلة التأميمات وإنشاء البنوك التجارية:

وبعد هذا انتقلت الجزائر إلى مرحلة أخرى والتي يمكن أن يطلق عليها مرحلة إنشاء البنوك التجارية حتى وان كانت مهمة البنوك التي أنشأت ليست على إطلاقها تجارية إلا أن ما يميزها أنها حلت محل البنوك الخاصة الأجنبية وتجدر الإشارة إلى أن البنوك الأجنبية ظلت تمارس نشاطها في الفترة الممتدة من 1963، تاريخ بداية نشاط البنك المركزي، إلى 1966 حيث تمت عملية تأميم تلك البنوك وميلاد بنوك تجارية عمومية جزائرية¹، وتتمثل هذه البنوك في:

أ. البنك الوطني الجزائري (BNA):

بتاريخ 03 جوان 1966 أنشأ هذا البنك بموجب الأمر رقم 66-178، وجاء ليحل محل كل من بنوك القرض العقاري التونسي، القرض الصناعي التجاري، البنك الوطني للصناعة والتجارة، بنك باريس، وقد اعتبر البنك أداة للتخطيط المالي ودعمه للقطاع الاشتراكي والزراعي².

ومن بين مهامه:

. تمويل مشتريات الدولة

. تقديم القروض للحرفيين، الفنادق، قطاعات السياحة، وأصحاب المهن الحرة، كما يقوم بالمساهمة في البناء والتشييد من خلال القروض القصيرة والطويلة الأجل³.

ب. القرض الشعبي الجزائري (CPA):

تأسس في 14 ماي 1966 بموجب الأمر رقم (366/66) كثاني بنك تجاري على أنقاض القرض الشعبي للجزائر، ووهران، وقسنطينة، وعنابة، والصندوق المركزي الجزائري للقرض الشعبي، ثم أدمجت فيه ثلاثة بنوك أجنبية وهي شركة مرسيليا للقرض، والمؤسسة الفرنسية للقرض والبنك المختلط الجزائر-مصر، وابتداء من عام 1971 تولى تقديم قروض متوسطة الأجل⁴.

¹ محفوظ لعشب، المرجع السابق، ص33.

² نوى فطيمة، أثر تطبيق الحوكمة المؤسسية على أداء البنوك التجارية، أطروحة دكتوراه علوم في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، قسم العلوم الاقتصادية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2017، ص 137.

³ إبراهيم ملاوي وبراي نور الدين، المرجع السابق، ص ص، 102-103.

⁴ معارفي فريدة، المرجع السابق، ص 162.

ج. البنك الخارجي الجزائري (BEA):

تأسس البنك الخارجي الجزائري في أول أكتوبر 1967 بموجب الأمر 204/67، وبهذا فهو ثالث وآخر بنك تجاري سيتم تأسيسه تبعا لقرارات تأميم القطاع البنكي، وقد تم إنشاؤه على أنقاض خمسة بنوك أجنبية

هي: القرض الليوني (Crédit Lyonnais) والشركة العامة وقرض الشمال (Crédit du Nord) والبنك الصناعي للجزائر والمتوسط، وبنك باركليز (Barclays Bank).¹

ثانيا: مرحلة تعديلات النظام البنكي من 1971 إلى 1982

إن النتائج السلبية لمرحلة الستينات بما فيها التداخل في المهام بين البنك المركزي والخزينة العمومية الذي سجله الاقتصاد الوطني،² أجبرت الحكومة الجزائرية على التدخل وإدخال بعض الإصلاحات على الجهاز المصرفي والمالي، مما جعل بعض المختصين يسمون هذه المرحلة بمرحلة التدخل عن طريق قانون المالية لسنة 1971، وكذا مرحلة التسيير الإداري.³

وما يبين هذا التدخل هو ما جاء به الأمر 47/71 المؤرخ في 30 جوان 1971 المتضمن تنظيم مؤسسات القرض، حيث نصت المادة الأولى منه على: "يحدث تحت سلطة وزير المالية مجلس قرض يتلخص دوره في تقديم الآراء والتوصيات والملاحظات في مسائل النقود والقرض".

كما نصت المادة 9 منه على: "تحدث تحت سلطة وزير المالية لجنة تقنية للمؤسسات المصرفية"⁴.

وقد نتج عن هذا الإصلاح إبعاد البنك المركزي عن مهامه الأساسية التي أنشأ لأجلها وفقدانه السيطرة على السياسة النقدية وكذا سياسة القرض، وأصبح وزير المالية هو الذي يحدد سعر الفائدة ومختلف العملات المستحقة للبنوك والمترتبة عن عملية الإقراض وبسبب ضعف عملية الإقراض أصبحت البنوك التجارية عاجزة عن جلب الادخار الخاص.⁵

¹ الطاهر لطرش، المرجع السابق، ص 190.

² إبراهيم ملاوي ونور الدين براوي، المرجع السابق، ص 104.

³ بن الشيخ نور الدين، الحماية القانونية للودائع المصرفية لدى المؤسسات البنكية في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في العلوم القانونية، تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2015، ص 79.

⁴ الأمر رقم 47/71 مؤرخ في 7 جمادى الأولى 1391 الموافق لـ 30 جوان 1971 يتضمن تنظيم مؤسسات القرض، ج ر عدد 55 الصادرة في 13 جمادى الأولى 1391 الموافق لـ 6 جويلية 1971.

⁵ بن الشيخ نور الدين، المرجع السابق، ص 80.

ثالثا: مرحلة تعديلات النظام البنكي من 1982 الي 1990.

إن الإصلاحات التي أدخلت على المنظومة المصرفية الجزائرية في الفترة الممتدة من السبعينات إلى بداية الثمانينات قد برهنت على محدوديتها، ومن ثم باشرت الجزائر عدة إصلاحات لمعالجة تلك الأوضاع

1-مرحلة تدعيم الهياكل البنكية.

وفي سبيل دعم المنظومة المصرفية من جهة والتوجه نحو اللامركزية من جهة ثانية، تم إنشاء بنكين عموميين آخرين هما: بنك الفلاحة والتنمية الريفية وبنك التنمية المحلية.

أ. بنك الفلاحة والتنمية الريفية

أنشأ بنك الفلاحة والتنمية الريفية بموجب المرسوم رقم 106/82 بتاريخ 13 مارس 1982 حيث نصت المادة الأولى منه: "ينشأ بنك للإيداع والتنمية يدعى بنك الفلاحة والتنمية الريفية وسمي في صلب النص (البنك الفلاحي) ويندرج تلقائيا في قائمة البنوك باعتباره مؤسسة مالية وطنية"¹.

ويقوم هذا البنك بجميع العمليات المصرفية التقليدية، كما يعمل على تمويل وتطوير الأعمال الفلاحية التقليدية والصناعية المرتبطة مباشرة بقطاع الفلاحة، وكل الأعمال المنصوص عليها في المادة 4 من هذا المرسوم.

ب. بنك التنمية المحلية (BDL):

والذي أنشئ في 30 أبريل 1985 بموجب المرسوم رقم 85-85 حيث نصت المادة الأولى منه "ينشأ بنك للإيداع والاستثمار سمي 'بنك التنمية المحلية' ويشار إليه في صلب النص بـ 'البنك' ويضم تلقائيا إلى قائمة البنوك باعتباره مؤسسة مالية وطنية" كما نصت المادة 4 منه على مهام وأهداف هذا البنك².

2-الإصلاح البنكي من خلال قانون البنوك والقروض 1986:

يعتبر قانون 12/86 الصادر بتاريخ 19 أوت 1986، والمتضمن نظام البنوك والائتمان، أو لإصلاح مصرفيها محدث بعد الاستقلال إذ أنه يجسد رغبة الدولة في التخلي عن القواعد السابقة في مجال منح القروض (القروض الإدارية) وإرساء قواعد جديدة للعلاقة مؤسسات-بنوك، ولعل أهم ما تضمنه هذا القانون إنشاء مجلس أعلى

¹ مرسوم رقم 82-106 المؤرخ في 17 جمادى الأولى 1402 الموافق لـ 13 مارس 1982 يتضمن إنشاء بنك الفلاحة والتنمية الريفية وتحديد قانونه الأساسي، ج ر عدد 11 الصادرة في 20 جمادى الأولى 1402 الموافق لـ 16 مارس 1982.

² نوى فطيمة الزهرة، المرجع السابق، ص 139.

لقروض مهمته متابعة وضبط التطور في مجال النقد والقروض، وذلك بهدف التحكم في الائتمان من جهة، والتقليل من مخاطر عدم استرجاع القروض من جهة ثانية¹.

وفي ظل هذه الإصلاحات استعاد البنك المركزي دوره كبنك البنوك، والذي أصبح له سلطة متابعة تطبيق أدوات السياسة النقدية، كتحديد أسقف معدلات إعادة الخصم المفتوحة لمؤسسات القرض، كما تم الفصل بينه وبين نشاطات البنوك التجارية، تموضع نظام بنكي على مستويين، وبموجب ذلك تم الفصل بين البنك المركزي كملجأ أخير للإقراض وبين نشاطات البنوك التجارية².

كما استعادت مؤسسات التمويل دورها داخل نظام التمويل من خلال تعبئة الادخار وتوزيع القروض في إطار المخطط الوطني للقروض، وأصبح بعد هذا القانون بإمكان البنوك أن تستلم الودائع مهما كان شكلها ومدتها، وأصبح أيضا بإمكانها أن تقوم بمنح القروض دون تحديد لمدتها أو للأشكال التي تأخذها، كما استعادة حق متابعة استخدام القرض ورده³.

3- الإصلاح البنكي من خلال قانون استقلالية البنوك والمؤسسات المالية لسنة 1988:

رغم النتائج التي حققها قانون البنوك والقروض (86-12) إلا أنه عجز في تكييف المنظومة البنكية الجزائرية وفق المخططات الاقتصادية المنتهجة آنذاك، ضف إلى ذلك جملة العراقيل التي عرفها هذا القانون فيما يخص تثبيط عمل البنوك واستقلاليتها في التمويل، لذا قامت السلطات الحكومية بإقحام قانون توجيهي آخر سنة 1988، لدعم استقلالية البنوك وزيادة فعاليتها في النشاط الاقتصادي⁴.

وأعطى القانون (01/88) الصادر في 12 جانفي 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية والذي منح للبنوك استقلاليتها في توجيه مواردها المالية، وأكد هذا القانون بشكل خاص على الطابع التجاري للمؤسسة العمومية الاقتصادية على أنها شخصية معنوية تسيرها قواعد القانون التجاري حسب مبادئ التجارة والمردودية⁵.

¹ رحيب حسين، المرجع السابق، ص، ص 298، 299.

² بن شيخ نور الدين، المرجع السابق، ص 83.

³ الطاهر لطرش، المرجع السابق، ص ص 194-195.

⁴ إبراهيم ملاوي، أ. نور الدين براوي، المرجع السابق، ص 113.

⁵ معارفي فريدة، المرجع السابق، ص 164.

وعلى الرغم من الإصلاحات التي تضمنها القانون 86-12 ودعمه بالقانون رقم 88-06 السالفي الذكر ، لم تتحقق الفعالية المنشودة في النظام المصرفي، وهو ما ترك القروض المتعثرة تتراكم، وفرض باستمرار على الخزينة العمومية تحمل أعباء هذه الديون ، في إطار مسلسل التطهير المالي، إلى جانب الإنفاق العام المتزايد، ولقد بدا واضحا أن القانون المصرفي لسنة 1986 ينطوي على عديد من نقاط القصور، ان على مستوى إشراف البنك المركزي، أو على مستوى علاقة هذا الأخير بالخزينة العمومية، أو على مستوى قواعد المنافسة في السوق المصرفية ، ومن هنا كان لا بد إعادة النظر فيه بصورة جذرية وهو ما تجسد فعلا في سنة 1990 من خلال قانون النقد والقرض¹.

الفرع الثاني: المنظومة البنكية الجزائرية في ظل قانون النقد والقرض 10/90

صدر هذا القانون بعد صدور دستور 1989 والذي تبنت فيه الدولة الجزائرية النظام الرأسمالي، فكان لا بد من إجراء عدة إصلاحات في شتى المجالات وهذا حتى تتماشى مع الوضع الجديد فكان من بين الإصلاحات التشريعية صدور قانون النقد والقرض 10/90.

ويعتبر هذا القانون نصا تشريعا واضحا يعكس بحق اعترافا بأهمية المكانة التي يجب أن يكون عليها النظام البنكي، ويعتبر من القوانين التشريعية الأساسية للإصلاحات، وبالإضافة إلى أنه أخذ بأهم الأفكار التي جاء بها قانونا 1986 و 1988، فقد حمل أفكار جديدة فيما يتعلق بتنظيم النظام البنكي وأدائه، كما أن المبادئ التي يقوم عليها وميكانيزمات العمل التي يعتمدها تترجم إلى حد كبير الصورة التي سوف يكون عليها النظام في المستقبل².

لذا فإنه يمكن اعتبار القانون 10/90 هو نقطة الانطلاق الحقيقية لانفتاح الجزائر على اقتصاد السوق³.

فيما يخص القطاع المالي بصفة عامة والقطاع البنكي بصفة خاصة فإن القانون 10/90 المتعلق بالنقد والقرض قد أدخل تغييرات جذرية على مستوى التنظيم الوظيفي والتسيير للنظام المصرفي الجزائري حيث أنه جسد استقلالية البنك المركزي وأطلق عليه اسم بنك الجزائر⁴، وأعاد المشرع في هذا القانون الاعتبار للبنك

¹ . رحيم حسين، المرجع السابق، ص 300.

² . الطاهر لطرش، المرجع السابق، ص 196.

³ -senouci kouider، la gouvernance bancaire face aux parties prenantes cas des banques publiques algériennes، thèse de doctorat en sciences de gestion option، management، faculté des sciences économiques، de gestion et des sciences commerciales، université، Abou beker belkaid، Tlemcen، 2015، p 195.

⁴-senouci kouider، op cité، p 195

المركزي باعتباره بنك البنوك بعد أن عصفت بصلاحياته إصلاحات السبعينيات وأوائل الثمانينات وجعلته مجرد آلة لصنع الأوراق النقدية.

ومنح هذا القانون للبنك المركزي نسبة من الاستقلالية في التسيير والإدارة والمراقبة عن طريق إرساء هيئات منحها المشرع صلاحيات تمثلت في محافظ، وثلاث نواب محافظ يساعدونه في أداء مهامه، ومجلس للنقد والقرض، ومراقبين¹.

ولأول مرة منذ قرارات التأميم، تم السماح للبنوك الأجنبية بأن تقيم أعمالها في الجزائر، كما تم أيضا بموجب نفس الأحكام السماح بإنشاء بنوك خاصة².

أولا: الأهداف الأساسية لقانون النقد والقرض 10/90

من أهدافه هي:

. ضبط العلاقة بين بنك الجزائر (والذي كان يسمى من قبل بالبنك المركزي) وبين الخزينة العمومية، بعدما كان هذا الأخير أداة لتمويل الخزينة دون قيود.

. منح صلاحيات أكبر للبنك المركزي من أجل إقامة نظام مالي ومصرفي أكثر استقرارا، وذلك من خلال إنشاء مجلس للنقد والقرض (كسلطة نقدية) ومنحه صلاحيات واسعة لمراقبة أعمال البنوك والمؤسسات المالية³.

. تشجيع الاستثمارات والمتعاملين الاقتصاديين العموميين، الخواص والأجانب لا سيما في الميدان البنكي، من ضمنها الترخيص بإنشاء البنوك الأجنبية ووطنية، مع وضع حد لكل تدخل إداري في القطاع البنكي والمالي، ورد الاعتبار لدور البنك المركزي في تسيير شؤون النقد والقرض.

. تنظيم المهنة البنكية وإدخال منتجات مالية وبنكية جديدة مع إنشاء هيئات جديدة لمراقبة البنوك ونشاطها.

. توجيه المنظومة البنكية الجزائرية وفق متطلبات اقتصاد السوق.

. بناء أرضية بنكية تمكن البنوك الجزائرية من التنوع في النشاط البنكي⁴.

¹. محفوظ لعشب، المرجع السابق، ص 46.

². الطاهر لطرش، المرجع السابق، ص 199.

³. رحيم حسين، المرجع السابق، ص 301.

⁴. إبراهيم ملاوي ونور الدين براى، المرجع السابق، ص 119.

. منح استقلالية أكبر للبنك المركزي عن السلطة التنفيذية، حيث أصبح البنك المركزي يؤدي دور المستشار للحكومة، كما أن هذه الاستقلالية تعني تحميل مؤسسة الإصدار المسؤولية عن الاستقرار النقدي، وبالتالي مساءلتها من طرف نواب الشعب (وليس الحكومة) بعد عرض المحافظ لتقريره السنوي في المجلس الشعبي الوطني¹.

الفرع الثالث: المنظومة البنكية الجزائرية بعد إصلاحات 1990

بعد قانون النقد والقرض 10/90 عرفت المنظومة البنكية الجزائرية صدور عدة تنظيمات وإدخال تعديلات معتبرة على هذا القانون لإصلاح المنظومة البنكية وتماشيا مع التطورات الاقتصادية ففي سنة 1991 تم إنشاء السوق النقدية بموجب التنظيم رقم 91-08 المؤرخ في 14/08/1991 كما تم في 1995 إنشاء سوق الصرف ما بين البنوك وذلك من خلال تعليمة بنك الجزائر رقم 95-08، المؤرخة في 23/12/1995.

وفي هذه السنة (1995) تم أيضا تحرير معدلات الفائدة على الودائع، في حين احتفظ البنك المركزي بسلطة تحديد الهامش الأقصى لمعدلات الفوائد على القروض ليتم تحريرها أيضا في سنة 2001، وبالتالي أصبحت البنوك حرة في تحديد أسعار الفائدة على ضوء سياستها الائتمانية ومركزها التنافسي².

وبدخول الألفية الثانية عرف قانون النقد والقرض عدة تعديلات أهمها:

أولا: تعديلات قانون النقد والقرض لسنة 2001

تم تعديل قانون النقد والقرض 10/90 بموجب الأمر 01/01 المؤرخ في 27 فيفري 2001³، الذي حاول فيه المشرع الجزائري تدارك بعض النقائص التي اكتشفت أثناء التطبيق العملي لقانون النقد والقرض 10/90، والتي من بينها محدودية الرقابة على عمل البنوك وصفقتها والتي يختص بها البنك المركزي عن طريق الهيئات التابعة له، وهذا ما أدى إلى وقوع بعض البنوك في مشاكل مالية كبيرة، خاصة من حيث سوء التسيير والإهمال في تقديم القروض لمن يستحقها، وحتى دون ضمانات حقيقية وفعلية مما نتج عنه ضياع

¹. رحيم حسين، المرجع السابق، ص 301.

². رحيم حسين، المرجع السابق، ص 302، 303.

³. الأمر رقم 01-01 مؤرخ في 4 ذي الحجة 1421 الموافق لـ 27 فيفري 2001، المتعلق بالنقد والقرض، ج ر عدد 14 الصادر في 5 ذو الحجة 1421 الموافق لـ 28 فيفري 2001.

أموال المودعين في أوجه متعددة دون أي رقيب¹، كما أنه كان هناك سوء التسيير داخل البنك المركزي وهذا بسبب تداخل المصالح بين أجهزتها.

إلا أن التعديلات التي طالت قانون النقد والقرض لم تكن تعديلات جوهرية ومست عدد قليل من المواد ومن بينها: المادة 19 من القانون 10/90 المتعلق بالنقد والقرض والتي عدلت بموجب المادة 2 من الأمر 01/01 المتعلق بالنقد والقرض والتي نصت على: "يتولى تسيير البنك المركزي وإدارته ومراقبته على التوالي، محافظ يساعده ثلاثة (03) نواب محافظ ومجلس الإدارة ومراقبان."².

وهذا التعديل نص على التخلي عن مجلس النقد والقرض في إدارة وتسيير شؤون بنك الجزائر وأصبح مجلس النقد والقرض مكلف بأداء السلطة النقدية، أما إدارة وتسيير شؤون البنك فتم اسنادها حسب هذا التعديل إلى كل من مجلس الإدارة والمحافظ وثلاثة نواب للمحافظ ومراقبان.

كما مس التعديل المادة 23 من القانون 10/90 التي عدلت بموجب المادة 3 من الأمر 01/01، وهذا التعديل نص صراحة على أن محافظ البنك ونواب المحافظ لا يخضعون إلى قانون الوظيفة العمومية.

وحسنا فعل المشرع الجزائري بإدخال هذا التعديل لأنه كان قبل هذا التعديل جدل حول القانون المطبق على المحافظ ونواب المحافظ وهل يمكن اعتبارهم موظفين عموميين أم لا، وهذا استنادا للمادة 2³، من القانون 06-03 المؤرخ في 19 جمادى الثانية 1427 الموافق لـ 15 جوان 2006 يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية⁴.

ولكنه بصدور هذا التعديل زال الغموض، وأكد هذا التعديل على أن القواعد القانونية الأساسية المطبقة على الموظفين والضمانات الأساسية الممنوحة لهم في إطار تأدية مهامهم لا يمكن تطبيقها على المحافظ ونوابه.

¹ بن الشيخ، نور الدين، المرجع السابق، ص 86.

² الأمر رقم 01-01، المتضمن قانون النقد والقرض، المشار إليه سابقا.

³ المادة 2 من القانون 06-03: "يطبق القانون الأساسي على الموظفين الذين يمارسون نشاطهم في المؤسسات والإدارات العمومية. يقصد بالمؤسسات والإدارات العمومية، المؤسسات العمومية، والإدارات المركزية في الدولة والمصالح غير الممركزة التابعة لها والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وكل مؤسسة عمومية يمكن أن يخضع مستخدميها لأحكام هذا القانون الأساسي، لا يخضع لأحكام هذا الأمر القضاة والمستخدمون العسكريون والمدنيون للدفاع الوطني ومستخدمو البرلمان.

⁴ الأمر رقم 06/03 مؤرخ في 19 جمادى الثانية 1427 الموافق لـ 15 جوان 2016 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية ج ر، عدد 46 المؤرخة في 20 جمادى الثانية الموافق لـ 16 جوان 2006

ونلاحظ أنه من بين التعديلات التي جاء بها الأمر 01-01 هو تعديل المادة 32 من بين القانون 10-90 والتي كانت تنص على: " يتكون المجلس من: المحافظ رئيساً . نواب المحافظ الثلاثة كأعضاء . ثلاثة موظفين سامين معينين بموجب مرسوم من رئيس الحكومة " .والمشروع في تعديله لسنة 2001 قامة بإضافة ثلاثة شخصيات¹، وقد أصاب المشروع في هذا لأنه بموجب القانون 10-90 لا يمكن أن يعين في مجلس النقد والقرض إلا من كانت له صفة موظف، وهذا فيه إقصاء لفئة من المجتمع وهم الأشخاص العاملين في القطاعات الاقتصادية الذين لا يعتبرون موظفون حسب القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، بالرغم من أن لهم قدرات كبيرة في الشؤون الاقتصادية والمالية ، ولكن المشروع الجزائري تدارك ذلك من خلال المادة 10 من الأمر 01-01²، وبصفة عامة يتكون مجلس إدارة بنك الجزائر من المحافظ رئيساً ونواب المحافظ كأعضاء، وثلاثة موظفين ساميين يعينهم رئيس الجمهورية، وذلك حسب المادة 06 من الأمر 01-01 لسنة 2001، أما مجلس النقد والقرض فيتكون بموجب هذا التعديل من أعضاء مجلس إدارة بنك الجزائر وثلاثة شخصيات يختارون بحكم كفاءتهم في المسائل النقدية والاقتصادية³.

أما من حيث تسيير جلسات هذا المجلس، فإن المحافظ هو الذي يستدعي أعضاء المجلس ويترأس بنفسه الجلسات كما أنه يضع جدول أعمالها، وتتعد هذه الجلسات بحضور ستة (06) أعضاء على الأقل، ويتم الفصل في قراراته بالأغلبية البسيطة (1+5) وفي حالة التعادل الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحاً⁴.

ثانياً: تعديلات قانون النقد والقرض لسنة 2003

صدر الأمر رقم (11-03) المتعلق بالنقد والقرض بتاريخ 2003/08/26 وهذا في ظل الأزمات التي هزت القطاع البنكي الجزائري لا سيما فيما يخص إفلاس بنك الخليفة والبنك الصناعي والتجاري الجزائري⁵،

¹ القانون 10-90، المتضمن قانون النقد والقرض، المشار إليه سابقاً.

² المادة 10 من الأمر 01-01: " يتكون مجلس النقد والقرض من:

– أعضاء مجلس إدارة بنك الجزائر

– ثلاثة (3) شخصيات يختارون بحكم كفاءتهم في المسائل الاقتصادية والنقدية

تعين الشخصيات الثلاث أعضاء في المجلس بموجب مرسوم من رئيس الجمهورية..."

³ أحمد نصير و د. يونس زين، الإصلاحات المصرفية في الدول العربية وفعاليتها في استقطاب الاستثمار الأجنبي المباشر. حالة الجزائر 1990. 2015، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا العدد 18، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، 2018، ص98.

⁴ بن الشيخ نور الدين، المرجع السابق، ص، 87.

⁵ إفلاس بنك الخليفة والبنك التجاري الصناعي الجزائري نتج عنه عدة خسائر تحملتها خزينة الدولة لذا كانت الدولة مجبرة على إعادة النظر في قانون النقد والقرض وإعادة تدخل الدولة في القطاع المصرفي ومحاولة ضبطه.

لتنظيم النشاط والوظيفة البنكية في الجزائر وإخضاع المنظومة البنكية الجزائرية إلى القواعد والمعايير البنكية الدولية¹.

ولعل أهم مبرر لهذا التعديل هو ما لوحظ من انسداد بين السلطة النقدية والسلطة التنفيذية، ومن ثم انفصام بين السياستين النقدية والمالية، وبالتالي فإن الهدف الأساسي من هذا التعديل هو إيجاد نوع من الانسجام بين الهيئتين².

ومن أبرز التعديلات المتضمنة في هذا الأمر ما يلي:

. تدعيم دور بنك الجزائر في مجال الحوكمة المالية: وذلك من خلال إثراء مضمون شروط إعداد التقارير الاقتصادية والمالية وتسيير بنك الجزائر، ضمان سهولة تداول المعلومات المالية ومؤشرات الاستقرار المالي للبلاد.

. توفير حماية أكبر لأموال المودعين لدى البنوك: حيث يتم هذا من خلال تشديد الرقابة على نشاط البنوك من خلال تشديد معايير وشروط اعتماد البنوك الجديدة، وكذلك الحرص على تنفيذ العقوبات المترتبة عن مخالفات إدارة البنوك³.

. الفصل بين صلاحيات مجلس إدارة بنك الجزائر ومجلس النقد والقرض، وتوسيع صلاحيات مجلس النقد والقرض بإضافة عضوين بمرسوم رئاسي إلى المحافظ ونوابه الثلاث، وثلاثة موظفين.
. تدعيم استقلالية اللجنة المصرفية بأمين عام، وتفعيل دورها في مراقبة أنشطة البنوك.

. إنشاء لجنة مشتركة بين بنك الجزائر ووزارة المالية لتسيير الاستخدامات الخارجية والدين الخارجي⁴.

. إنشاء "هيئة مراقبة" على مستوى بنك الجزائر، مهمتها الرقابة الداخلية على بنك الجزائر، لا سيما من الناحية المالية والمحاسبة مع الإشارة هنا إلى أن بنك الجزائر لا يخضع لرقابة مجلس المحاسبة⁵.

¹. إبراهيم ملاوي أ نور الدين براي، المرجع السابق، ص 123

². رحيم حسين، المرجع السابق، ص 303

³. نوى فطيمة الزهراء، المرجع السابق، ص 146.

⁴. معارفي فريدة، المرجع السابق، ص 168.

⁵. رحيم حسين، المرجع السابق، ص 303.

وتم كذلك توسيع مهام مجلس النقد والقرض كسلطة نقدية حيث نصت المادة 62 الفقرة ج بتحديد السياسة النقدية والإشراف عليها، ومتابعتها وتقييمها، ولهذا يحدد المجلس الأهداف النقدية لا سيما فيما يتصل بتطور المجاميع النقدية والقرضية ويحدد استخدام النقد وكذا وضع قواعد الوقاية في السوق النقدية¹.

1. الطابع الردعي لقانون النقد والقرض

وما يلاحظ هو تقوية الطابع الردعي لقانون النقد والقرض وكأنه قانون عقوبات مكرر حيث احتوى على أكثر من 11 مادة لها بعد جزائي بصفة مباشرة أو بصفة غير مباشرة ويتجسد الطابع الردعي بصفة خاصة فيما يلي:

. قمع جريمة تبييض الأموال: حيث ألزم المشرع في نص المادة 80 من الأمر رقم 03/11 مجلس النقد والقرض بضرورة إجراء تحقيق حول مصدر أموال الشخص المترشح لإنشاء بنك وفي هذا الإطار لا يجوز منح الاعتماد لهذا المترشح إذا ارتكب جرائم متصلة بتجارة المخدرات أو بتبييض الأموال، كما ألزمت المادة 91 من نفس القانون هذا الشخص بتبرير مصدر المال وهي إشارة إلى تبني المشرع لفكرة محاربة تبييض الأموال خلافا لقانون رقم 10/90 الذي لم ينص على هذا الشرط².

. ضرورة الحفاظ علي السر المصرفي، نظرا لما قد يحدثه إفشاء السر المصرفي من مخاطر على عنصر الائتمان، ويستتني الاحتجاج بهذا السر أمام بعض الهيئات وهذا ما نصت عليه المادة 177 من الامر 11/03. . معاقبة كل من يعمل على اختلاس وتبيد أموال البنك أو استغلالها لأغراض شخصية وذلك وفق ما ينص عليه القانون.

. معاقبة كل من يعمل على عرقلة أعمال اللجنة المصرفية، عن طريق الامتناع عن تقديم معلومات الى اللجنة، أو تقديم معلومات خاطئة لها قصد تقديم معلومات إلى اللجنة، أو تقديم معلومات خاطئة لها قصد تضليلها³، وهذا ما نصت عليه المادتين 136 و137 من الأمر 11/03.

¹. بقبق ليلي اسمهان، إصلاحات النظام المصرفي الجزائري وانعكاساتها على فعالية السياسة النقدية، مداخلة أقيمت في الملتقى الدولي، حول

إصلاحات النظام المصرفي الجزائري، جامعة قاصدي مرياح ورقلة، المنعقد يومي 11، 12 مارس 2008، ص 17

². عجة الجيالي، الإصلاحات المصرفية في القانون الجزائري في إطار التسيير الصارم لشؤون النقد والمال، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، العدد 4، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، 2006، ص 323.

³. بوشرمه عبد الحميد، الجهاز المصرفي الجزائري ومتطلبات العولمة المالية، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر، 2010، ص 129.

. قمع جريمة النصب والاحتيال وخيانة الأمانة وهذه الجرائم تخضع لأحكام المواد 134 الى 135 من الأمر 11/03.

. جريمة استغلال أموال البنك لأغراض شخصية نصت على هذه الجريمة المادة 131 من الأمر 11/03 وتشتترط لقيامها توافر سوء النية في المرتكب لها ويعاقب الفاعل بعقوبات تتراوح بين السجن من خمسة سنوات إلى عشر سنوات وغرامة من خمسة إلى عشرة ملايين¹.

2. هيمنة الجهاز التنفيذي على سلطة النقد والقرض

ما يلاحظ من خلال التعديلات التي جاء بها الأمر 11-03 هو هيمنة الجهاز التنفيذي على سلطة النقد والقرض وهذا سواء من الناحية الوظيفية أو العضوية.

أ. من الناحية العضوية:

قام المشرع بمقتضى الأمر 11-03 بإحداث تمييز شكلي بين مجلس إدارة البنك ومجلس النقد والمراقبان واللجنة المصرفية².

وما يمكن ملاحظته أنه يتم تعيينهم جميعا بموجب مرسوم رئاسي وحتى العضوين اللذان يختاران لمؤهلاتهما في مجال النقد والمال للانضمام لمجلس النقد والقرض فان تعيينهم يكون بموجب مرسوم رئاسي وليس بموجب مرسوم تنفيذي مثلما كان عليه الأمر من قبل وهذا يدل على هيمنة رئيس الجمهورية على السلطة التنفيذية وكذلك على سلطة النقد والقرض ورئيس الجمهورية له صلاحية العزل أيضا.

في هذا الإطار ودون مبالغة وما دامت سلطة التعيين هي سلطة العزل فان المسار المهني لموظفي هاته الهيئات مرتبط وجودا وعندما برضى السلطة التنفيذية، وهكذا فمن الخرافة القول بوجود استقلالية عضوية لهيئات البنك بل هي تبعية تقترب من السلطات الرئاسية أكثر منها إلى السلطة الوصائية، وتكريس مثل هاته التبعية كان نتيجة صراع شاق بين مقاربتين مقارنة تناصر الاستقلالية بأبعادها العضوية والوظيفية ومقاربة تعمل على ربط هيئات البنك بالجهاز التنفيذي، وجاء الأمر ليستجيب لمطالب المقاربة الأخيرة³.

¹. عجة الجيالي، المرجع السابق، ص 324

². خنفوسي عبد العزيز، المرجع السابق، ص 95.

³. عجة الجيالي، المرجع السابق، ص 320.

ب . من الناحية الوظيفية:

رغم أن القانون الجديد للنقد والقرض يعتبر بنك الجزائر هيئة وطنية مستقلة تاجرته في علاقاتها مع الغير متمتعة بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، إلا أن هذه الاستقلالية بالمفهوم الذي أراده لها الأمر رقم 11-03 وهمية لأكثر من سبب¹.

فصلاحيات هيئات البنك لم تعد واسعة مثلما نص عليها قانون النقد والقرض السابق في المادة 42 منه بل أصبحت محصورة وكذلك بالنسبة للتسيير أو الذمة المالية حيث تخضع ميزانية البنك لموافقة رئيس الجمهورية كما أن مرتبات المحافظ ونوابه تحدد بموجب مرسوم حسبما تقضي بذلك المادة 15 من الأمر 03-11، إضافة إلى أنه لا يمكنه التصرف شراء أو بيعا للعقارات إلا بعد ترخيص بذلك وبالإضافة إلى ذلك يخضع البنك لمراقبة المراقبان المعينان من قبل رئيس الجمهورية وللذان يمارسان رقابة عامة على كافة شؤون البنك ورقابة خاصة على مصلحة مركزية المخاطر ومركزية عدم التسديد وكذلك على تنظيم سير السوق النقدية².

ومما سبق نستنتج هيمنة الجهاز التنفيذي على سلطة النقد والقرض.

ثالثا: تعديلات قانون النقد والقرض لسنة 2010

صدر الأمر 10-04 المعدل والمتمم للأمر 11-03 في 26 أوت 2010 المتعلق بالنقد والقرض حيث يتعلق هذا الأمر أساسا بالنشاط البنكي للمؤسسات الأجنبية في الجزائر، كما يحدد بعض المهام لكل من بنك الجزائر والبنوك الأخرى³.

وبالرجوع إلى نص هذا الأمر نجد أنه قد أعفى بنك الجزائر من تلك الالتزامات القانونية المرتبطة بالتسجيل في السجل التجاري.

كما تم إعفاء كل نشاطاته من الخضوع للضرائب، وكذا الحقوق والرسوم الجبائية مهما كانت طبيعة هذه النشاطات، بخلاف ما نصت عليه القوانين السابقة التي كانت تحصر حق الإعفاء في حدود النشاط الخاص بالطباعة، وكذا العقود والمستندات المتعلقة بعملياته المصرفية كما تم تدعيم المادة 35 من القانون السابق من حيث تحديد مهام بنك الجزائر وتوسيعها بحيث أصبح يسهر على استقرار الأسعار نظرا لأهميتها

¹. خنفوس عبد العزيز، المرجع السابق، ص 96.

². عجة الجيالي، المرجع السابق، ص 321.

³. إبراهيم ملاوي ونور الدين براي، المرجع السابق، ص 124.

في نجاح السياسة النقدية للبلاد ونمو الاقتصاد الوطني على ضبط سوق الصرف وحسن تسيير التعهدات المالية اتجاه الخارج¹.

إن أي مساهمة خارجية في رأسمال البنوك والمؤسسات المالية التي يحكمها القانون الجزائري لا يمكن أن تكون إلا في إطار شراكة، تمثل المساهمة الوطنية المقيمة 51 بالمئة على الأقل من رأسمال الشركة والمساهمة الوطنية المقيمة يمكن أن تكون من قبل عدة شركاء وطنيين مقيمين.

. امتلاك الدولة لسهم نوعي في رأسمال البنوك والمؤسسات المالية الخاصة يخول لها الحق في أن تمثل في أجهزة الشركة دون الحق في التصويت.

. إن أي تعديل في القانون الأساسي لأي بنك أو مؤسسة مالية يجب أن يكون بترخيص من محافظ البنك المركزي.

تلتزم البنوك والمؤسسات المالية بوضع نظام رقابة داخلي ناجع يهدف إلى التأكد من مدى التحكم في نشاطاتها والاستعمال الفعال لمواردها، صحة المعلومات المالية، السير الحسن للمسارات والأخذ بعين الاعتبار مجمل المخاطر بما في ذلك المخاطر العملية².

كما تضمن هذا الأمر شروطاً أخرى تتعلق بشروط تأسيس البنوك الخاصة، بحيث أوجب تقديم قائمة المسيرين الرئيسيين ومشروع القانون الأساسي للشركة الخاضعة للقانون الجزائري أو القانون الأساسي للشركة الأجنبية مع التنظيم الداخلي لهما ووجوب إثبات نزاهة المسيرين وأهليتهم وتجربتهم في المجال المصرفي، مع ضمان خدمات نوعية للزبائن واحترام السير الحسن للنظام المصرفي كما نص على حق الدولة في الشفعة عندما يتنازل الشريك الأجنبي أو حتى الوطني عن أسهمه أو سندات لفائدة الغير وهذا ما يفرض حماية أكثر على ودائع وإدخارات الزبائن والمواطنين بوجود الدولة كعضو في هذا البنك³.

¹. بن الشيخ نور الدين، المرجع السابق، ص 88.

². نوى فطيمة الزهرة، المرجع السابق، ص 149.

³. بن الشيخ نور الدين، المرجع السابق، ص 89.

رابعاً: تعديلات قانون النقد والقرض لسنة 2017

صدر القانون رقم 17-10 المعدل والمتمم للأمر 03-11 في 11 أكتوبر 2017¹، حيث يتعلق هذا القانون أساساً بإصدار البنك للسندات المالية.

وعدل هذا القانون المادة 45 حيث حررت كما يأتي:

"المادة 45 مكرر: بغض النظر عن كل الأحكام المخالفة، يقوم بنك الجزائر، ابتداء من دخول هذا الحكم حيز التنفيذ بشكل استثنائي ولمدة خمسة (05) سنوات بشراء، مباشرة عن الخزينة، السندات المالية التي تصدرها هذه الأخيرة من أجل المساهمة على وجه الخصوص في:

. تغطية احتياجات تمويل الخزينة

. تمويل الدين العمومي.

. تمويل الصندوق الوطني للاستثمار.

تنفذ هذه الآلية لمراقبة تنفيذ برنامج الإصلاحات الاقتصادية والميزانية، والتي ينبغي أن تقضي في نهاية الفترة المذكورة أعلاه، كأقصى تقدير إلى:

. توازنات خزينة الدولة.

. توازن المدفوعات.

تحدد آلية متابعة تنفيذ هذا الحكم من الخزينة وبنك الجزائر عن طريق التنظيم.

ولقد كانت المادة 45 من الأمر 03-11²، تمنع بنك الجزائر من شراء السندات الصادرة من الخزينة العمومية أو الجماعات المحلية.

ولكن بامتناع السلطة التنفيذية وعلى رأسها رئيس الجمهورية من التوجه إلى الاستدانة الخارجية وفي ظل عجز الميزانية، قامت السلطة التنفيذية بدفع بنك الجزائر على شراء السندات المالية من خلال تعديل المادة 45 وطبع

¹ قانون رقم 17-10 مؤرخ في 20 محرم 1439 الموافق 11 أكتوبر 2017 يتم الأمر 03-11 والمتعلق بالنقد والقرض، ج ر عدد 57 الصادرة في 21 محرم 1439 الموافق لـ 12 أكتوبر 2017.

² المادة 45 من الأمر 03-11: "يمكن بنك الجزائر، ضمن الحدود ووفق الشروط التي يحددها مجلس النقد، أن يتدخل في سوق النقد وأن يشتري ويبيع على الخصوص سندات عمومية وسندات خاصة يمكن قبولها لإعادة الخصم أو لمنح التسبيقات ولا يجوز بأي حال من الأحوال أن تتم هذه العمليات لصالح الخزينة أو الجماعات المحلية المصدرة للسندات".

النقود من غير أن يقابله أي إنتاج أدى هذا إلى زيادة في نسبة التضخم وانهبأر قيمة الدينار الجزائري وهذا التعديل يبين لنا مدى هيمنة السلطة التنفيذية وعلى رأسها رئيس الجمهورية على سلطة النقد والقرض وأن الادعاء باستقلالية بنك الجزائر ما هو إلا وهم فقط وهذا يبين كذلك ان البنك المركزي هو هيكل بدون معني أو جسد بدون روح.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للبنك

لقد فتح المشرع الجزائري بموجب القانون 03-11 المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم للمستثمرين الوطنيين والأجانب المجال لتأسيس مؤسسات القرض في الجزائر لممارسة النشاط البنكي، إلى جانب تلك المملوكة للقطاع العام وبذلك يكون قد اعترف صراحة بحرية الاستثمار في القطاع البنكي¹، وهذا يتوافق مع حق ممارسة التجارة المكفولة بالدستور الذي نصت عليه المادة 43: "حرية الاستثمار والتجارة معترف بها، وتمارس في إطار القانون..."².

لكن نظرا لخطورة المهنة المصرفية وما يمكن أن تشكله من تهديد على النظام المصرفي برمته في حالة أي تعثر، قام المشرع بتنظيمها بجملة من القواعد القانونية التي من شأنها أن توّطر القطاع المصرفي بصفة عامة والبنوك بصفة خاصة³، وتمارس البنوك التجارية نشاطها في شكل شركات تجارية كقاعدة عامة، وتعد أعمالها تجارية وهذا طبقا للمادة 2. من القانون التجاري التي تنص على أنه⁴: "يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه...".

. كل عملية مصرفية أو عملية صرف أو سمسرة أو خاصة بالعمولة."

سنتعرض في

المطلب الأول: البنك شركة تجارية

المطلب الثاني: البنك شركة مساهمة

¹. أعميور فرحات، تنظيم الالتحاق بالمهنة البنكية في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في الحقوق تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة 1، الجزائر، 2017، ص 9.

². دستور 2016، الصادر بموجب القانون 16-01 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق 6 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 14، الصادر في 27 جمادى الأولى 1437 الموافق ل 7 مارس 2016.

³. قزولي عبد الرحيم، النظام القانوني للبنوك التجارية في الجزائر، مذكرة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2015، ص 13.

⁴. الامر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 الذي يتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، ج ر، عدد 101، الصادرة في 16 ذو الحجة عام 1395 الموافق 19 ديسمبر 1975.

المطلب الأول: البنك شركة تجارية

فكرة تكوين الشركة لازمت الإنسان منذ القدم وكان أساسها التعاون الذي يتم بين شخصين أو أكثر لتحقيق مشروع تجاري يشتركون في إنجاحه وتقسيم الأرباح التي يحققونها بينهم ومع تطور الأوضاع، الاجتماعية والاقتصادية ظهرت الشركات الكبرى والتي تملك رؤوس الأموال الضخمة، والإمكانات المادية والبشرية والتي ساهمت في دفع عجلة الحضارة الإنسانية و تحقيق مشاريع اقتصادية و علمية كبيرة وهذا ما أشار إليه الأستاذ رزق الله انطاكي بقوله : " ولعل الفضل في رقي الحضارة يعود في الدرجة الأولى إلى الشركات التجارية الكبرى وبصورة خاصة شركات المساهمة التي تمكنت من جمع رؤوس الأموال الطائلة فاستخدمتها، لمنفعة البشرية في إنشاء المشاريع العمرانية والاقتصادية الكبرى" ¹.

ونظرا لعظمة الدور الاقتصادي والاجتماعي الذي أصبحت تلعبه الشركات التجارية في اقتصاديات الدول الحديثة جعل المشرع يوليها عناية خاصة، فهناك من جعل لها قانونا خاصا مستقلا عن القانون التجاري كما هو الشأن بالنسبة للمشرعين الفرنسي والمغربي ².

الفرع الأول: تعريف الشركة

من اجل التطرق إلى التعريف الخاص بالشركة يجب ان نخرج على تعريف الشركة لغة (أولا) ثم التعريف الفقهي للشركة (ثانيا) وأخيرا التطرق للتعريف التشريعي للشركة (ثالثا).

أولا: تعريف الشركة لغة

الشركة بفتح الشين وكسر الراء، وبفتح الشين أو كسرهما وسكون الراء ثلاث لغات حكاها غير واحد من أعلام اللغة والشركة مصدر من شركت الرجل أشركه شركا وشركه معناها مخالطة الشريكين، والمشاركة خلط الملكين، والشرك النصيب ³.

¹ فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري في الشركات التجارية الأحكام العامة للشركات، د ط، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1997، ص 5.

² بن عفان خالد، النظام القانوني لتصفية الشركات في الجزائر، أطروحة دكتوراه في الحقوق تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي اليايس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2016، ص 3.

³ زياد صبحي ذياب، إفلاس الشركات في الفقه الإسلامي والقانون، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص 21.

وكلمة شركة لغة مشتقة من لفظ شارك أو اشترك ومعناه خالط أي خالط المرء شخصا آخر في أمواله أو جهوده كما تعنى الشركة الاختلاط والامتزاج وبذلك تتضمن الشركة بالضرورة تعدد الأطراف¹.

ثانيا: التعريف الفقهي للشركة

لقد عرف الدكتور عبد العزيز الخياط الشركة بقوله الشركة هي أن يشترك اثنان أو أكثر في رأس المال بأن يخلط كل منهم رأس ماله برأس مال الآخر فيصبحوا شركاء، وبالتالي يكونون شركاء في الربح بحسب رؤوس الأموال أو بحسب الاتفاق، وهو المراد بقوله "في الربح" ويتكون رأس مالها من الحصة التي يقدمها كل شريك مساهمة منه في الشركة².

وعرفت الدكتورة نادية فضيل الشركة بأنها عقد يتم بين شخصين أو أكثر بقصد القيام بعمل مشترك وتقسيم ما ينتج عنه من ربح أو خسارة، غير أن عقد الشركة ليس كغيره من العقود إذ يترتب عليه نشوء شخص معنوي يتمتع بكيان ذاتي مستقل عن شخصية الأشخاص الذين قاموا بتكوينه³.

أما الشركة في الاصطلاح الفقهي الإسلامي " فهي لا تتحقق إلا بالعقد وخلق المال، والشركة تحصل في المال أو الجهد أو فيهما معا أو في استغلال ثقة الناس ببعضهم، وقد يشترك الناس في أموال خاصة أو عامة".

وتتفق الشريعة الإسلامية مع القانون الوضعي في كون الشركة عقد يتم بتراضي الأطراف وفقا لحرية التعاقد واختلافا في كون القانون الوضعي لم يأخذ بصورتي شركة الملك الشيوع وشركة الإباحة في ملكية الأموال العامة كالماء والهواء حيث أن فقهاء الشريعة غالبا ما يبنون الأحكام بداءة على الاصطلاح اللغوي وهنا تأخذ الشركة مفهوم المخالطة والخلط في الأعمال والأموال.

بينما ينصب مفهوم الشركة أساسا حسب بعض فقهاء القانون على أنها "شكل من أشكال المشروعات الاقتصادية، وتقوم على جميع جهود الأفراد وأموالهم لمزاولة نشاط اقتصادي على نحو يسمح بضمان كفاءة الأداء الاقتصادي"⁴.

¹ طرايش عبد الغني، جرائم تغليب الشركات التجارية في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة، أطروحة دكتوراه علوم تخصص القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق سعيد حمدين، الجزائر، 2016، ص 13.

² عبد العزيز الخياط، الشركات في الشريعة الإسلامية، ط 4، دار النشر، عمان، 1994، ص 42.

³ نادية فضيل، القانون التجاري الجزائري "الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري"، ط 6، د م ج، الجزائر، 2004، ص 111.

⁴ حسام بوحجر، الحماية الجنائية للشركات التجارية في التشريع الجزائري والمقارن، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة 1، الجزائر، 2018، ص ص، 16-17.

ثالثاً: التعريف التشريعي للشركة

إن القوانين التي تهتم بدراسة موضوع الشركة هي بالأساس القوانين الخاصة، والتي تعتبر الشركة نظام قانوني قائم بذاته تضبط أحكامه وتبين أشكاله، وعلى رأس هذه القوانين القانون المدني والذي يمثل الشريعة العامة لجميع أنواع الشركات وكذلك القانون التجاري، كما ويستعين نظام الشركات بقوانين أخرى، كالقانون البحري، قانون العقوبات، قانون العمل وقانون الصرف والقرض وخاصة في الجوانب المتعلقة بالتسيير، وعلى هذا فان النظام المتعلق بالشركات نظام واسع مشتت¹.

والمشرع الجزائري عرف الشركة بموجب المادة 416 من القانون المدني الجزائري بأنها: " الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيين أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من مال أو عمل أو نقد، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد، أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة، كما يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك"².

أما بالنسبة للمشرع الأردني فإنه لم يرد تعريفاً للشركة في قانون التجارة الأردني ولا في قانون الشركات وإنما جاء تعريفها في القانون المدني حيث نصت المادة (585) أن: " الشركة عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بان يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصته من مال أو من عمل لاستثمار ذلك المشروع واقتسام ما قد ينشأ عنه من ربح أو خسارة"³.

هذا النص يطابق ما جاء في المادة (505) من القانون المدني المصري والمادة (473) من القانون السوري ويشابه التعريف الذي أورده القانون المدني العراقي في المادة (626).

وجاء تعريف الشركة في مجلة الأحكام العدلية وهي شركة العقد في المادة (1329) بنصها على ان " شركة العقد عبارة عن عقد شركة بين اثنين أو أكثر على كون رأس المال والربح مشتركاً بينهم"⁴.

بينما لم يعرفها المشرع الفرنسي من خلال المادة 1832 من القانون المدني الفرنسي بأنها عقد وإنما أكد على أنها تنشأ بموجب عقد يبرم بين شخصان أو أكثر يتفقون على إنشاء مشروع مشترك لقسمة الأرباح أو المنافع

¹ حسام بوججر، المرجع السابق، ص 16.

² الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج ر، عدد 78 الصادرة في 244 رمضان 1395 الموافق 30 سبتمبر 1975.

³ فوزي محمد سامي، مبادئ القانون التجاري، د.ط، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2003، ص 145.

⁴ فوزي محمد سامي، الشركات التجارية الأحكام العامة والخاصة، ط 6، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012، ص 9.

الاقتصادية التي يمكن تحقيقها، كما يلتزمون بتحمل الخسائر، وأضاف المشرع الفرنسي في نفس المادة بأنه يمكن تأسيسها من طرف شخص واحد في إطار القانون¹.

وقد تأثر المشرع الجزائري عند تنظيمه لموضوع الشركات التجارية بقانون الشركات الفرنسي الصادر سنة 1966 المعدل والمتمم، حيث أفرد لها الحيز الأكبر ضمن نصوص القانون التجاري الصادر بأمر 59-75 المعدل والمتمم، وذلك في الكتاب الخامس من هذا الأمر من المادة 545 الى المادة 842

كما خصص لها في القانون المدني المواد من 416 إلى 449 وهي تنظم فكرة الشركة عموما مدنية كانت أو تجارية².

الفرع الثاني: شروط تأسيس البنك

بما أن المشرع عرف الشركة على أنها عقد يتم بين شخصين أو أكثر وجب أن تتوفر في هذا العقد الأركان الموضوعية العامة التي تقوم عليها سائر العقود، غير أن عقد الشركة ذو طبيعة خاصة لذا لا يكفي فيه توافر الأركان الموضوعية فحسب، بل يجب أن تتوفر فيه الأركان الخاصة حتى يتسنى له ترتيب الآثار القانونية التي نص عليها القانون³.

وطالما أن عقد الشركة يؤدي في معظم الأحوال إلى ميلاد شخص معنوي هو الشركة، استلزم المشرع كتابته واتخاذ الإجراءات اللازمة لشهره لإعلام الغير بما خلفه من آثار⁴.

والبنوك باعتبارها شركات تجارية فقد وضع لها المشرع الجزائري كغيره من التشريعات المقارنة نظام قانوني يتضمن مجموعة من الشروط بعضها شروط موضوعية وشكلية تتطابق مع باقي الشركات وشروط خاصة، تخص فقط تأسيس المؤسسات البنكية وهي شروط غير مألوفة تضمنها قانون النقد والقرض والقواعد القانونية ذات الصلة.

وتوضيحا لذلك ارتأينا تقسيم هذا الفرع إلى:

أولاً: الشروط الموضوعية لتأسيس البنوك

¹ طرايش عبد الغني، المرجع السابق، ص 14.

² بن عفان خالد، المرجع السابق، ص 3.

³ نادية فضيل، أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري (شركة الأشخاص)، ط 7، دار هومو، الجزائر، 2008، ص 27

⁴ محمد فريد العريني و د. جلال وفاء البديري محمد بن محمد السيد الفقي، مبادئ القانون التجاري، دراسة في الأدوات القانونية، د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1997، ص 172.

ثانيا: الشروط الشكلية لتأسيس البنوك

ثالثا: الشروط الخاصة لتأسيس البنوك

أولا: الشروط الموضوعية لتأسيس البنوك

لقيام الشركة (البنك) لابد من توافر شروط موضوعية عامة مستمدة من القانون المدني باعتبارها عقد وشروط موضوعية خاصة مرتبطة بعقود الشركات.

1- الشروط الموضوعية العامة لعقد الشركة (البنك):

يخضع عقد الشركة للأركان العامة للعقد شأنه شأن باقي العقود - كالرضا والمحل والسبب والأهلية، وبتناول هذه الأركان من أجل إبراز مدى توافرها في اتفاق الشركاء على تأسيس الشركة البنكية.

أ. ركن الرضا:

والمقصود به رضا المتعاقدين بالاشتراك في الشركة (البنك)، وذلك عن طريق تبادل الإيجاب والقبول فيما بينهم طبقا لمقتضيات المادة 59 من القانون المدني الجزائري ويتم التعبير عن إرادة الاشتراك بالكتابة فقط، ولا عبرة للتعبير عنها بالقول أو الإشارة المتداولة عرفا حسبما تتيحه المادة 60 من نفس القانون، لأن عقد الشركة يجب أن يفرغ في عقد مكتوب وإلا كان باطلا طبقا للمادة 418 من القانون المدني الجزائري¹.
يجب أن يصدر الرضا صحيحا خاليا من العيوب كالإكراه والغلط والتدليس.

وإذا كان الرضا ينصب على عقد الشركة، فقد ينصب أيضا على مجرد الوعد بإبرام العقد، ويعتبر مثل هذا التصرف صحيحا قانونا.

غير أن الواعد إذا تخلف عن تنفيذ التزامه ترتب عن ذلك إلزامه بالتعويض، ولا يعتبر العقد الذي يتضمن الوعد بالدخول في الشركة بمثابة عقد شركة كما هي الحال بالنسبة للوعد بالبيع، لذلك لا يمكن تنفيذه جبرا كما لا تشترط الكتابة لإنشائه وإثباته كما في عقد الشركة، غير أنه يمكن إثبات وجوده بكافة طرق الإثبات بما فيها البيئة متى تعلق الأمر بتكوين شركة تجارية أما إذا انصب الوعد على تكوين شركة مدنية، فإنه يخضع في إثباته للقواعد العامة في إثبات الالتزام².

¹. طرايش عبد الغني، المرجع السابق، ص 16.

². نادية فضيل، أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري (شركة الأشخاص)، المرجع السابق، ص ص 28، 29.

ب . الأهلية:

يجب أن يكون المتعاقد متمتعاً بأهلية الأداء الكاملة، التي تمكنه من إبرام تصرفات وتحمل واجبات والتزامات، والتي يكتسبها الشخص ببلوغه سن 19 سنة كاملة حسب المادة 40 من القانون المدني الجزائري، مع تمتعه بكامل قواه العقلية والذهنية وعدم الحجر عليه¹.

وعلى ذلك لا يجوز للقاصر أن يبرم عقد الشركة مع آخرين، وإلا كان عقد الشركة قابلاً للإبطال لمصلحته، غير أنه متى تم الإذن له بمباشرة التجارة جاز له إبرام عقد الشركة²، وهذا طبقاً لنص المادة الخامسة من القانون التجاري التي تقضي بأن القاصر الذي بلغ سن الثمانية عشر سنة كاملة و أراد الاتجار وجب عليه أن يحصل على إذن من والده أو أمه أو على قرار من مجلس العائلة مصادق عليه من طرف المحكمة في حالة ما إذا كان والده متوفياً أو غائباً أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحال عليه مباشرتها في حالة انعدام الأب أو الأم³.

ومنه لا يجوز للقاصر أن يكون طرفاً في إنشاء شركة، إلا بعد اكتسابه لأهلية التصرف الكاملة أو بعد حصوله على الترشيد، غير أنه يفضل ألا يكون القاصر المرشد شريكاً في شركات الأشخاص، لأنه في هذه الحالة يكون مسؤولاً عن كافة ديون الشركة وضامناً لها بكامل ذمته الشخصية، وهو تصرف ضار له ضرراً محضاً، في حين يجوز له أن يكون شريكاً في شركات الأموال، حيث تقتصر مسؤوليته في حدود حصته في رأسمالها دون أن تتعدى إلى كامل ذمته المالية الشخصية⁴.

ومن هنا نستنتج أن القاصر المرشد الذي حصل على ترخيص لممارسة التجارة يمكن له أن يكون شريكاً في البنك لأن البنك يعتبر شركة من شركات الأموال ومسؤولية القاصر المرشد تكون في حدود حصته في البنك فقط.

¹. طرايش عبد الغني، المرجع السابق، ص 17.

². محمد فريد العريني و د. جلال وفاء البديري محمددين و د. محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص 174

³. الأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، المشار إليه سابقاً.

⁴. طرايش عبد الغني، المرجع السابق، ص ص، 17، 18.

ج.- المحل:

هو موضوع الشركة التي يعبر عنه بالهدف والغرض من تأسيسها كأن تؤسس لصناعة سلعة معينة أو لغرض السياحة أو لغرض النقل وغير ذلك¹.

ويجب أن يكون هذا المحل معيناً تعييناً نافياً للجهالة²، وان يكون ممكناً ومشروعاً، وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة، فإذا انصب محل الشركة على الاتجار بالقمار أو المخدرات أو تهريب الأسلحة أو على أي نشاط يتعلق بالقطاع العام كالنقل الجوي مثلاً كان العقد باطلاً³.

أما بالنسبة لركن المحل في البنك فهو يتمثل في قيام البنك بالعمليات المصرفية ولقد نصت المادة 66 من الأمر 11/03 على العمليات المصرفية حيث جاء فيها: "تتضمن العمليات المصرفية تلقي الأموال من الجمهور وعمليات القرض، وكذا وضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن وإدارة هذه الوسائل"⁴.

د. السبب:

يقصد بالسبب الباعث الدافع على التعاقد، ويرى الفقه الراجح أن هذا الباعث يتمثل في تحقيق غرض الشركة المتجسد في استغلال مشروع مالي معين وهو بهذا المعنى يختلط بمحل العقد بحيث يصبح المحل والسبب في عقد الشركة شيئاً واحداً وعلى ذلك إذا انصب محل عقد الشركة على استغلال غير مشروع، فإن العقد يلحقه البطلان لعدم مشروعية المحل والسبب في آن واحد⁵، و مثل هذا الرأي لا يستقيم، في نظرنا والصحيح هو ما ذهب إليه البعض من أن السبب في عقد الشركة هو الرغبة في الحصول على الربح، وهو بهذا المعنى يفترق عن المحل، و يكون مشروعاً في جميع الأحوال⁶.

والطبيعة الخاصة لعقد الشركة في معرض الحديث عن المحل والسبب يظهر بخلاف العقود الخاصة الأخرى التي تقوم عادة على التناقض بين مصالح الأفراد كعقد البيع مثلاً، بينما في عقد الشركة فإنه يقوم على

¹ فوزي محمد سامي، مبادئ القانون التجاري، المرجع السابق، ص، 17.

² طرايش عبد الغني، المرجع السابق، ص، 17.

³ نادية فضيل، أحكام الشركة طبقاً للقانون التجاري الجزائري (شركة الأشخاص)، المرجع السابق، ص 31.

⁴ الأمر 11/03 المتضمن قانون النقد والقرض، المشار إليه سابقاً.

⁵ نادية فضيل، المرجع السابق، ص 31.

⁶ محمد فريد العريني و د. جلال وفاء البدري محمددين و د. محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص 176.

اتحاد مصالح أفرادها فالمحل هو السبب الذي نشأت من أجله الشركة، فالسبب من دخول الشريك للشركة هو الحصول على الربح، المرجو من غرض إنشاء الشركة أو المشروع الاقتصادي¹.

وركن السبب بالنسبة للبنك يتمثل في سعي البنك كأى شركة تجارية إلى تحقيق الأرباح وتعظيمها ولكي يحقق ذلك عليه أن يوظف الأموال التي حصل عليها من المصادر المختلفة.

2. الشروط الموضوعية الخاصة لعقد الشركة (البنك):

لا يكفي لإبرام عقد الشركة (البنك) توافر الأركان الموضوعية العامة فحسب بل لابد أيضا من توافر الأركان الموضوعية الخاصة والتي تتمثل في:

أ. تعدد الشركاء:

لم تحدد النصوص القانونية المنظمة للمهنة البنكية عدد الشركاء المطلوب لتأسيس بنك أو مؤسسة مالية، وبما أن المادة 416 من القانون المدني نصت على أن الشركة عقد، فإن تعدد الشركاء أمر مفترض، فمن الضروري وجود شخصين متعاقدين أو شريكين على الأقل لتأسيس أي شركة وهذا ما كان واضحا في التعريف السابق للعقد².

واستثناء كان الاعتراف بشركة الشخص الواحد من قبل المشرع الجزائري بالأمر رقم 96-27 المؤرخ في 09 ديسمبر 1996 بموجب المادة 562، متأثرا بالقانون الفرنسي الجديد للشركات لعام 1985 الذي أجاز هذا النوع من الشركات وأطلق عليها اسم الشركة محدودة المسؤولية ذات الشخص الواحد، وعرفت الكثير من التشريعات المقارنة كالقانون الأردني والقانون الإنجليزي والألماني، يعتبر هذا خلافا واضحا لشرط تعدد الشركاء³.

وإذا كانت المهنة البنكية مهنة تجارية بطبيعتها، واشترط المشرع عند تأسيس الشركات البنكية الخاصة أن تتخذ شكل شركة المساهمة فإن أحكام القانون التجاري هي التي تطبق في هذا المجال، وقد وضع المشرع حد أدنى لعدد الشركاء والذي لا يجوز أن يقل عن سبعة (07) أعضاء⁴.

1. حسام بوججر، المرجع السابق، ص 19، 20.

2. أعميور فرحات، المرجع السابق، ص 13.

3. حسام بوججر، المرجع السابق، ص 20.

4. أعميور فرحات، المرجع السابق، ص 14.

ب- تقديم الحصص:

لكي ينعقد عقد الشركة صحيحا، ينبغي أن يقوم كل متعاقد بتقديم الحصة التي تعهد بها، لأن رأسمال الشركة الذي يعتبر بمثابة الضمان العام لدائنيها، يتركب من مجموع هذه الحصص¹، هذا ولا يشترط أن تكون حصص الشركاء متساوية بعد ذلك، إذ يجوز أن تتفاوت من شريك لآخر، أما إذا خلا عقد الشركة من تحديد قيمة الحصص المقدمة اعتبرت متساوية القيمة طبقا لنص المادة 419 من القانون المدني الجزائري الى ان يثبت العكس².

وقد تكون حصة الشريك حصة نقدية أي مبلغا من النقود، أو حصة عينية في شكل عقارا أو منقول ماديا أو معنويا أو تكون حصته عمل، يتعهد الشريك بعمل يؤديه إلى الشركة كالخبرة الفنية³. ولا يعتد بالحصة الوهمية أو الصورية التي يقدمها الشركاء، إذ يمكن أن يؤدي تقديم حصص وهمية إلى بطلان عقد الشركة حسب نص المادة 1844-10 من القانون المدني الفرنسي⁴.

ج- نية المشاركة:

لابد أن تتوافر نية الاشتراك أي تتوحد جهود الشركاء لتحقيق غرض الشركة، ونية الاشتراك على هذا النحو عنصر معنوي يجب أن يتوافر في كل الشركات وهذا العنصر أكثر وضوحا في شركات الأشخاص عنه في شركات الأموال⁵.

يستخلص هذا الركن من المادة 417 من القانون المدني، ومقتضاه بذل الجهود والتعاون بين الشركاء على تحقيق غرض مشترك يتمثل في تحقيق الربح واقتسامه بين الشركاء⁶. وتتجلى هذه النية أو الرغبة عموما في ثلاثة عناصر وهي:

- أن الشركة تنشأ بإرادة ورغبة الأفراد ولا تنشأ عرضا أو جبرا عنهم، ومنه فهي حالة إرادية قائمة على الثقة المتبادلة بينهم لتحقيق الهدف المبتغى.

¹ محمد فريد العريني و د. جلال وفاء البديري محمددين و د. محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص 179.

² طرايش عبد الغني، المرجع السابق، ص 19.

³ أعميور عبد الغني، المرجع السابق، ص 14.

⁴ طرايش عبد الغني، المرجع السابق، ص 19.

⁵ إبراهيم سيد أحمد، العقود والشركات التجارية، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1999، ص 119.

⁶ نادية فضيل، أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري (شركة الأشخاص)، المرجع السابق، ص 39.

-تجلى ووضوح المظاهر التي تدل على وجود التعاون الإيجابي بين الشركاء، كتقديم الحصص، وإدارة الشركة بشكل منتظم وقبول المخاطر المشتركة التي تهدد المشروع.

-أن كل الشركاء متساوون في المراكز القانونية، حيث لا توجد بينهم لا فوارق ولا علاقة تبعية كعلاقة العمل¹.

د- . اقتسام الأرباح والخسائر:

يعد اقتسام الأرباح والخسائر ركنا جوهريا في عقد الشركة، وهذا أمر منطقي، تقتضيه فكرة الشركة ذاتها بما تقتضيه من اتحاد في المصالح بين الشركاء ورغبتهم في قبول المخاطر المشتركة، الذي يمكن أن يتمخض عنها المشروع الذي أنشئت من أجل تحقيقه².

وبالرجوع إلى نص المادة 416 من القانون المدني فإن هدف التعاقد الأساسي في الشركة هو اقتسام الربح وتحمل الخسائر التي قد تتجم عن هذه المساهمة في إنشاء الشركة، وقد نظم المشرع ووضع ضوابط توزيع الأرباح بنصوص خاصة وأحاطها بحماية جنائية³.

ويعتبر هذا الركن ركنا جوهريا في عقد الشركة بشكل عام والبنكية بشكل خاص ومعيار الربح هو الذي يميزها عن الجمعية، ووفقا للقواعد العامة فإن شرط اقتسام الربح وتوزيع خسائر المشروع بين الشركاء في البنوك أو المؤسسات المالية لا بد من توفره في العقد التأسيسي وبالتالي يقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك⁴.

ثانيا: الشروط الشكلية لتأسيس البنوك.

اشتراطت جل التشريعات المقارنة لصحة تأسيس البنك (الشركة) إفراغ عقدها في سند كتابي شأنه شأن باقي العقود والتصرفات الهامة⁵، لأن عقد الشركة من العقود الرضائية التي لا تقتصر على مجرد الرضا بل لا بد من إفراغه في قالب شكلي أي لا بد من كتابته⁶، ولم يكتف المشرع الجزائري باشتراط الكتابة فقط وإنما فرض على مؤسس الشركة بالإضافة إلى ذلك القيام بنشره وقيده.

¹ طرايش عبد الغني، المرجع السابق، ص 20.

² محمد فريد العريني وجمال وفاء البدري ومحمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص 188.

³ حسام بوججر، المرجع السابق، ص 21.

⁴ أعميور فرحات، المرجع السابق، ص 15.

⁵ طرايش عبد الغني، المرجع السابق، ص 20.

⁶ نادية فضيل، أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري (شركة الأشخاص)، المرجع السابق، ص 42.

1. الكتابة:

تنص المادة 418 من القانون المدني: "يجب ان يكون عقد الشركة مكتوباً وإلا كان باطلاً وكذلك يكون باطلاً كل ما يدخل على العقد من تعديلات إذا لم يكن له نفس الشكل الذي يكتسبه ذلك العقد، غير انه لا يجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان قبل الغير ولا يكون له أثر فيما بينهم إلا من اليوم الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان"¹.

إذن تعد الكتابة ركناً من أركان العقد، غير أن الكتابة قد تكون عرفية أو رسمية.

غير انه وبالرجوع إلى نص المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني نفسه، نجد ان فقرتها الثانية قد فصلت في هذا الأمر باشتراطها أن تكون العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة محررة في شكل رسمي-أي عن طريق الموثق-وإلا اعتبر هذا العقد باطلاً بقوة القانون.

وهو نفس الأمر الذي كرسته المادة 545 من القانون التجاري التي اشترطت تحت طائلة البطلان إثبات الشركة بعقد رسمي بين الشركاء².

وقانون السجل التجاري الصادر سنة 1990 يؤكد على هذه الرسمية لأنه يشترط ان تتم كتابة عقد الشركة بواسطة الموثق وليس بواسطة مؤسسيها هذا ما جاء في نص المادة 2/6 من القانون المذكور: "يحرر الموثق عقد الشركات التجارية حسب الأشكال القانونية المطلوبة بعد استيفاء الشكليات التأسيسية". أما المادة 9 من نفس القانون فتقتضي بما يلي: "تنشأ بعقد رسمي يحضر لذي الموثق الشركات التجارية التي تتسم بالصبغة القانونية الخاصة بشركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة التضامن"³.

ومن هنا نستنتج أن عقد تأسيس البنك يجب أن يكون مكتوباً ومحرراً بواسطة موثق وإلا كان العقد باطلاً وهذا انطلاقاً من المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني والمادة 545 من القانون التجاري وكذلك المادتين 6 و9 من قانون السجل التجاري⁴.

¹ الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المشار إليه سابقاً.

² طرايش عبد الغني، المرجع السابق، ص 20.

³ نادية فضيل، أحكام الشركة طبقاً للقانون التجاري الجزائري (شركة الأشخاص)، المرجع السابق، ص 43.

⁴ القانون رقم 22/90 مؤرخ في 27 محرم 1411 الموافق 18 أوت 1990 يتعلق بالسجل التجاري، ج ر ع 36، الصادرة في أول صفر 1411 الموافق 21 أوت 1990

واعتبار الكتابة ركن في عقد الشركة يرجع إلى خطورة هذا العقد الذي يعتبر السند المنشئ للشخص الاعتباري الذي هو الشركة كما يترتب على هذا العقد حقوق والتزامات بالنسبة للشركاء خاصة فيما يتعلق بمسؤوليتهم عن ديون الشركة التي قد تكون تضامنية أو محدودة إذ يهم الغير معرفة ذلك.

ويجب أن يتضمن القانون الأساسي للشركة مجموعة من البيانات المتمثلة في شكل الشركة، عنوانها أو تسميتها، مبلغ رأس المال، مدتها، أسماء الشركاء، الحصص أو إسهامات كل شريك، المقر الاجتماعي للشركة، مجلس الإدارة دوريات الجمعية العادية والغير عادية كيفية حل الشركة (التصفية-التحويل)¹.

2. الشهر:

لا تكتسب الشركة شخصيتها المعنوية بمجرد تحرير الموثق لعقدها التأسيسي، وإنما يجب أن يتم نشر هذا العقد في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، ثم قيده في مصلحة السجل التجاري².

ومن أجل أن يكتسب مشروع البنك الشخصية المعنوية يجب إيداع العقود التأسيسية لدى المركز الوطني للتسجيل التجاري وإلا كانت باطلة³، وهذا حسب ما نصت عليه المادة 548 من القانون التجاري حيث جاء فيها: " يجب ان تودع العقود التأسيسية والعقود المعدلة للشركات لدى المركز الوطني للسجل التجاري وتنتشر حسب الأوضاع الخاصة بكل شكل من أشكال الشركة وإلا كانت باطلة"⁴.

كما نصت المادة 4 من قانون رقم 08/04 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية على إلزامية القيد في السجل التجاري مع إلزام أيضا الفروع التي تمارس نشاطا تجاريا في الجزائر للتسجيل في السجل التجاري فطبقا للمادة 6 من نفس القانون 08/04 يجب على كل مؤسسة تمارس نشاطها بالجزائر باسم شركة تجارية يكون مقرها بالخارج التسجيل في السجل التجاري⁵.

¹ ميلود بن عبد العزيز، و د. أمال بوهنتالة، جزاء تخلف أركان عقد الشركة في التشريع الجزائري، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، ع 05، م 01، جامعة عمار ثلجي بالأغواط، الجزائر، جانفي 2017، ص 190.

² طرايش عبد الغني، المرجع السابق، ص 21.

³ جلجل رضا محفوظ، تأسيس البنوك والمؤسسات المالية في الجزائر، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، م 3، ع 2، جوان 2018، ص 89.

⁴ المادة 548 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المشار إليه سابقا.

⁵ Loi N 04/08 DU 27 Joumada ethania 1425 correspondant aux conditions d'exercice des activités, JORAD, N 52 du mercredi 2 rajab 1425.correspondant au 18 aout 2004.

وعليه لا يمكن للشركة التجارية (البنك) أن تباشر نشاطها إلا بعد قيدها في السجل التجاري الذي يعتبر قرينة قاطعة على اكتسابها صفة التاجر، وهو ما نصت عليه المادة 21 من القانون التجاري وتكتسب كذلك الشخصية المعنوية بمجرد قيدها في السجل التجاري وفقا للمادة 549 من القانون التجاري¹.

وتخضع جميع الشركات التجارية لإجراءات الشهر باستثناء شركة المحاصة لأنها شركة خفية ولا تتمتع بالشخصية المعنوية وتتمثل إجراءات الشهر في:

1- إيداع ملخص العقد التأسيسي للشركة (البنك) في السجل التجاري قصد قيده.

2- نشر ملخص العقد التأسيسي للشركة (البنك) في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية.

3- نشر ملخص العقد التأسيسي للشركة (البنك) في جريدة يومية يتم اختيارها من طرف ممثل الشركة.

وإذا كانت إجراءات الشهر تشترط عند تأسيس الشركة (البنك)، فتشترط أيضا عندما يطرأ أي تعديل على الشركة (البنك)².

ثالثا: الشروط الخاصة بتأسيس البنوك

إن سر نجاح أي مشروع بنكي، يتوقف على توفر مقومات مادية وأخرى بشرية ومن أجل تحقيق ذلك رأى المشرع ضرورة وضع ضوابط موضوعية خاصة تقع عائقا في وجه المغامرين وذوي النوايا السيئة من الالتحاق بالمهنة البنكية واحتراف النشاط البنكي، هذا النوع من الشروط هو الذي يميز خصوصية إنشاء البنوك والمؤسسات المالية عن المشروعات التجارية الأخرى كما ان هذه القواعد وان كانت لا تروق للمؤسسين لكنها تشكل ضمانا يحمي المودعين ويجعل النظام البنكي أكثر صلابة ومتانة³.

وهذه الشروط الخاصة بتأسيس البنوك منها ما هو متعلق بالمؤسسة البنكية ومنها ما هو متعلق بمساهمي ومسيرى هذه المؤسسة.

¹ ميلود بن عبد العزيز، و د. أمال بوهنتالة، المرجع السابق، ص 121.

² نادية فضيل، أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري (شركة الأشخاص)، المرجع السابق، ص 45.

³ أعميور فرحات، المرجع السابق، ص 16.

1. الشروط الخاصة المتعلقة بالمؤسسة البنكية:

والهدف من هذه الشروط التي جاء بها الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، المعدل والمتمم وكذا الأنظمة الصادرة عن مجلس النقد والقرض بحكم سلطته في هذا المجال، هو حماية المتعاملين معها سواء كانوا مودعين أو مقترضين من جهة وحماية الاقتصاد الوطني من جهة أخرى¹.

وهذه الشروط المتعلقة بالمؤسسة البنكية تتمثل في:

- الشكل القانوني الذي ينبغي ان يتخذه البنك.

- الحد الأدنى للرأس المال الذي يجب ان يكون مالكا له.

- شرط تقديم طلب الترخيص.

أ. الشكل القانوني للمؤسسة البنكية:

نصت المادة 83 من قانون النقد والقرض على أنه: "يجب أن تؤسس البنوك والمؤسسات المالية الخاضعة للقانون الجزائري في شكل شركات مساهمة ويدرس المجلس جدوى اتخاذ بنك أو مؤسسة مالية شكل تعاضدية"².

ولقد جاء في النظام رقم 05/92 المؤرخ في 22/03/1992 الصادر عن محافظ بنك الجزائر والمتعلق بالشروط الواجب توافرها في مؤسسي البنوك والمؤسسات المالية، ومديريها وممثليها إن المقصود بالمؤسسات هي شركات المساهمة التي تتمثل مهمتها في الأعمال المصرفية أو المؤسسات المالية في مفهوم مواد قانون النقد والقرض الجزائري³.

ضيق المشرع الجزائري من الشكل الذي تتخذه الشركة على نقيض المشرع الفرنسي الذي جعل الشكل الذي تتخذه الشركة حرا، وبالتالي يكفي أن تكون الشركة هي شركة أموال، ولعل ما أدى بالمشرع الجزائري إلى التضييق من مجال تدخل الشركات الأخرى، هو نقص التجربة البنكية وعدم اتساع الساحة المالية، والتخوفات

¹ قزولي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 42.

² المادة 83 من الامر 03-11 المتضمن قانون النقد والقرض المعدل والمتمم، المشار اليه سابقا.

³ بن شيخ نور الدين، المرجع السابق، ص 123.

التي يتميز بها المشرع الجزائري من المنافسة الأجنبية وكون أن شركات المساهمة هي التي تتجاوب مع التسيير الإداري الموجه للبنوك¹.

ونحن نثمن قرار المشرع الجزائري بجعل البنك يأخذ شكل شركة مساهمة لأننا نرى أن هذا الشكل هو أنسب شكل يمكن أن يتخذه البنك وهذا راجع حسب رأينا إلى حداثة المنظومة البنكية الجزائرية وهشاشتها بالإضافة إلى كون شركة المساهمة هي النموذج الأمثل لشركات الأموال فهي تمثل نمطا اقتصاديا متقدما يدل على أروع صور الاندماج بين العوامل المادية المتمثلة في رأس المال والعوامل البشرية المتمثلة في الخبرة والكفاءة، بالإضافة إلى الخصائص الهامة التي تتمتع بها شركات المساهمة والتي سوف نتطرق لها لاحقا.

ب . الحد الأدنى لرأسمال المؤسسة البنكية:

نصت المادة 88 من قانون النقد والقرض 03-11 على انه: " يجب أن يتوفر للبنوك والمؤسسات المالية رأسمال مبرراً كلياً ونقداً يعادل على الأقل المبلغ الذي يحدده نظام يتخذه المجلس طبقاً للمادة 62 أعلاه، يتعين على البنوك والمؤسسات المالية الكائن مقرها الرئيسي في الخارج أن تخصص لفروعها في الجزائر مبلغاً مساوياً على الأقل للرأسمال الأدنى المطلوب حسب الحالة من البنوك والمؤسسات المالية التي يحكمها القانون الجزائري"².

ولقد جاء أيضاً في نظام رقم 04-01 المؤرخ في 04 مارس 2004 المتعلق بالحد الأدنى لرأسمال البنوك والمؤسسات المالية العامة في الجزائر، حيث نصت المادة 02 منه على: "يجب على البنوك والمؤسسات المالية المؤسسة في شكل شركة مساهمة الخاضعة للقانون الجزائري أن تمتلك عند تأسيسها رأسمال محرر كلياً ونقداً يساوي على الأقل:

أ . مليارين وخمسمائة مليون دينار (2500.000.000 دج) بالنسبة للبنوك المنصوص عليها في المادة 70 من الأمر رقم 03-11

¹ بلعيد جميلة، الرقابة على البنوك والمؤسسات المالية، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2017، ص ص، 143، 144.

² المادة 88 من الأمر 03-11 المتضمن قانون النقد والقرض المعدل والمتمم، المشار إليه سابقاً.

ب . وخمسمائة مليون دينار (500.000.000 دج) فيما يتعلق بالمؤسسات المالية المحددة في المادة 71 من الأمر رقم 03-11¹.

وباستقراءنا للمواد المذكورة اعلاه يتضح جليا بان المشرع الجزائري أراد وضع قاعدة مالية متينة تؤكد القدرة والقوة المادية والمالية للأعضاء المؤسسين وكذا صدق نيتهم في التوجه نحو تأسيس البنك هذا من جهة، ومن جهة أخرى لأجل تعزيز وتقوية حجم الضمان العام لتسديد حقوق الدائنين مستقبلا في حال توقف البنك عن الدفع وإفلاسه².

كما تتجلى أهمية الحد الأدنى لرأسمال المؤسسة البنكية في إمكانية استغلال هذا الرأس المال في تغطية بعض العمليات المفاجئة أو الخسائر الممكن حدوثها أثناء مزاوله النشاط المصرفي³، ونظرا لأهمية هذا الشرط فقد قام المشرع الجزائري برفع الحد الأدنى لرأسمال البنوك و هذا بموجب النظام رقم 08-04 المتعلق بالحد الأدنى لرأسمال البنوك والمؤسسات المالية حيث نصت المادة 2 منه على أنه: " يجب على البنوك والمؤسسات المالية المؤسسة في شكل شركة مساهمة و الخاضعة للقانون الجزائري، أن تمتلك عند تأسيسها رأسمال محررا كليا ونقدا يساوي على الأقل (10) عشرة ملايين دينار (10.000.000.000 دج) بالنسبة للبنوك المنصوص عليها في المادة 70 من الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق 26 غشت سنة 2003 و المذكور أعلاه .

ب . ثلاثة ملايين وخمسمائة مليون دينار (3.500.000.000 دج) بالنسبة للمؤسسات المالية المحددة في المادة 71 من الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق 26 أوت سنة 2003 والمذكور أعلاه⁴.

ونحن نرى أن المشرع الجزائري وفق إلى حد بعيد برفع الحد الأدنى لرأسمال المؤسسة البنكية، وهذا يعد بمثابة ضمانه حقيقية لصالح العملاء مع البنوك، وهذا ما من شأنه أن يعزز رابطة الثقة بين البنوك والعملاء، وكما هو معلوم فان الشعب الجزائري فقد الثقة في البنوك خاصة بعد إفلاس بنك الخليفة وما نتج

¹ نظام رقم 04-01 مؤرخ في 12 محرم عام 1425 الموافق 4 مارس سنة 2004، يتعلق بالحد الأدنى لرأسمال البنوك والمؤسسات المالية العاملة في الجزائر، ج ر، عدد 27، الصادر في 8 ربيع الأول عام 1425 الموافق لـ 28 أبريل سنة 2004.

² بن الشيخ نور الدين، المرجع السابق، ص 126.

³ أعميور فرحات، المرجع السابق، ص 20.

⁴ نظام رقم 08-04 المؤرخ في 25 ذي الحجة عام 1429 الموافق 23 ديسمبر سنة 2008 يتعلق بالحد الأدنى لرأسمال البنوك والمؤسسات المالية العاملة في الجزائر ج ر، عدد 72 الصادرة في 26 ذو الحجة عام 1429 الموافق 24 ديسمبر سنة 2008.

عنه من تبعيات وأضرار فلقد أدى إفلاس بنك الخليفة إلي إحداث أضرار كبيرة بالاقتصاد الجزائري، وكذلك الحق أضرارا مادية ومعنوية بعملائه، ونحن نرى أن مثل هذه الإجراءات كرفع الحد الأدنى لرأسمال البنوك من شأنه أن يعيد الثقة بين البنوك والعملاء ويشجع الجزائريين علي الادخار في البنوك وليس في البيوت أو أماكن أخرى، وكذلك يساهم مثل هذا الإجراء في جلب المستثمرين الحقيقيين والذين لهم رغبة حقيقية في الاستثمار وإبعاد كل مستثمر مزيف.

والشيء الآخر المحسوب لصالح المشرع الجزائري والذي نرى انه وفق فيه حينما أحال تحديد الحد الأدنى لتأسيس البنوك والمؤسسات المالية إلى الأنظمة القانونية الصادرة عن مجلس النقد والقرض وهذا ما نصت عليه المادة 88 من قانون النقد والقرض " يجب أن يتوفر للبنوك والمؤسسات المالية رأسمال مبراً كلياً ونقداً يعادل علي الأقل المبلغ الذي يحدده نظام يتخذه المجلس طبقاً للمادة 62 أعلاه" وكما هو معلوم فإن الأنظمة سهلة التغيير والتعديل بالمقارنة مع القوانين وجعل سلطة الإصدار من اختصاص مجلس النقد والقرض تسهل عليه الأمر وتمكنه من تغيير الحد الأدنى لرأسمال البنوك والمؤسسات المالية حسب الظروف المالية والاقتصادية للدولة.

ج . شرط تقديم طلب الترخيص:

إن ممارسة العمل المصرفي وفقاً للتشريع الجزائري سواء في شكل بنك أو مؤسسة مالية أو فتح فروع لبنوك أجنبية في الجزائر أو مكاتب تمثيل لها، يخضع لترخيص مسبق من مجلس النقد والقرض مع مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل، فالمجلس يعتبر الجهة الوحيدة المخولة بمنح الترخيص للكيانات السالفة الذكر ويكون بعد تقديم طلب مع ملف كامل مستوفياً الشروط التي أقرها المشرع¹.

ويعد طلب الترخيص إجراء أولى قبل اعتماد البنك التجاري أو إقامة فرع بنك أجنبي، وقد نصت المادة 82 من الأمر 11-03 على أن يكون طلب الترخيص مرفقاً بملف يحتوي على المعلومات اللازمة والتي حددها قانون النقد والقرض لا سيما المادتين 90 و 91.

وبالرجوع للنظام رقم 06-02 نجد مادتيه الثانية والثالثة قد حددتا مكونات ملف طلب الترخيص².

¹ نواصر الطاهر ولحاق عيسى، الآليات الرقابية على المؤسسات المصرفية في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، م10، ع4، ديسمبر 2017، ص69.

² قزولي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 61.

ونصت المادة الثانية منه على " يوجه طلب الترخيص بتأسيس بنك ومؤسسة مالية وكذا الترخيص بإقامة فرع بنك أو مؤسسة مالية أجنبية لرئيس مجلس النقد والقرض ويرفق هذا الطلب بملف تحدد عناصره عن طريق تعليمة يصدرها بنك الجزائر"¹.

حيث تقدم جهة الطلب مشروع القانون الأساسي في حالة الشركات الخاضعة للقانون الجزائري والقانون الأساسي مع التنظيم الداخلي في حالة الشركات الأجنبية مع بيان موضوع النشاط الذي يمتد على 5 سنوات وأسماء القائمين بالإدارة كرئيس مجلس الإدارة ومجلس المراقبة أو مجلس المديرين حسب الحالة والذين يجب أن يتمتع اثنان منهما بصفة مقدمين، وكذا أهليتهم وتجربتهم في المجال المصرفي ثم الكشف عن صفة الأشخاص الذين يقدمون الأموال ومصدرها وعند الاقتضاء ضمانتهم المحتملين².

لقد ركز قانون النقد والقرض 03-11 المعدل والمتمم على شرط الترخيص الإداري المسبق كشرط أساسي لتأسيس مشروع المؤسسة البنكية لذا فإنه لا يمكن تأسيس بنك طبقا لقانون النقد والقرض والأنظمة المتعلقة بتطبيقه إلا بعد حصول المستثمر طالب التأسيس على الترخيص.

والجهة المختصة بدراسة ملف طلب الترخيص هي مجلس النقد والقرض حيث تصدر هذه الأخيرة قرار إما بقبول الملف أو رفضه ولقد أخضع المشرع الجزائري القرار المتعلق بطلب الترخيص لرقابة القاضي الإداري وهذا في حالة رفض منح الترخيص³.

ولا يقتصر الترخيص على فتح بنوك أو مؤسسات مالية أجنبية أو فتح فروع لها في الجزائر، بل كذلك يشمل الترخيص بالاستثمار أو إقامة مكتب تمثيل في الخارج للمتعاملين الاقتصاديين الخاضعين للقانون الجزائري، حيث جاء في المادة 2 من النظام رقم 01-12 تخضع الإقامة في الخارج للمتعاملين الاقتصاديين الخاضعين للقانون الجزائري وهذا بغض النظر عن الشكل القانوني الذي يمكن أن تتخذه في البلد المستقبل، لترخيص مسبق يصدر من مجلس النقد والقرض⁴.

¹ -Règlement N 06-02 Aoule Ramadhan 1427 correspondant au 24 septembre 2006 fixant les conditions de constitution de banque et d' établissement financier , JORAD , N 77 du samedi 11 doh elkaada 1427 correspondant au 2 décembre 2006.

². نواصر الطاهر ولحاق عيسى، المرجع السابق، ص ص 69-70.

³. جلجل رضا محفوظ، المرجع السابق، ص 89.

⁴. نواصر الطاهر ولحاق عيسى، المرجع السابق، ص 71.

إن الحصول على ترخيص بالنسبة للبنك أو مؤسسة مالية لا يجيز القيام بالأعمال المصرفية بل ينقصه إجراء المتمثل في الاعتماد والذي يضيف عليه صفة بنك أو مؤسسة مالية ويكون بموجب مقرر من طرف محافظ بنك الجزائر فهو يعد تصرف إداري منفرد يسمح بمزاولة النشاط المصرفي إلي أن يتم نشره في الجريدة الرسمية¹.

والشيء الملاحظ أن المشرع لم يتناول أجال دراسة الملفات وتبليغ قرار قبول أو رفض الطلب في التعديل الأخير كما فعل في النظام السابق حيث تناول الحد الأقصى لقرار منح الترخيص دون حالة الرفض² ونصت المادة 02 من النظام 2000/02 على "... يمنح صاحب الطلب الترخيص بتأسيس بنك أو مؤسسة مالية أو إقامة فرع بنك أو مؤسسة مالية أجنبية في أجل أقصاه شهرين (2) بعد تسليم كل العناصر والمعلومات التي يتشكل منها الملف والمنصوص عليها 2 و3 أعلاه"³.

ولم يتناول كذلك حالات سحب الترخيص والإجراءات المتعلقة به، كما لم يتناول حالة سحب الاعتماد دون سحب الترخيص التي تبقى واردة الحدوث، وبالمقابل تناول سحب الاعتماد إذا توفرت أسباب ذلك⁴.

2. الشروط الخاصة المتعلقة بمساهمي ومسيري البنك:

قد يفرغ مشروع الشركة البنكية في شكل شركة المساهمة ويلتزم المؤسسون بالحد الأدنى من الرأس مال المحدد قانونا وتقديم الأجهزة الآلية اللازمة، إلا أنه لا يكفي لاعتمادها كبنك أو مؤسسة مالية دون توفر مجموعة من الشروط المرتبطة بوسائلها البشرية⁵.

أ- المساهمين:

نصت المواد 80 و91 من الأمر 11/03 والمادة 03 من النظام رقم 02/06 على الشروط التي يجب أن تتوفر في المساهمين وهذا يعتبر خروج عن القواعد العامة بالنسبة لتأسيس شركات المساهمة والتي تقوم على اعتبار مالي إلا أن في البنوك والمؤسسات المالية فإن شخصية المساهمين لها محل اعتبار⁶.

¹. جلجل رضا محفوظ، المرجع السابق، ص 92.

². نواصر الطاهر ولحاق عيسى، المرجع السابق، ص 71.

³ Règlement N 2000/02 du 27 dhou elhidja 1420 correspondant au 2 avril 2000 modifiant et complétant le règlement N93/01 du janvier 1993 fixant les conditions de constitution de banque et d'établissement financier et d'installation de succursale de banque et d'établissement financier étranger , JORAD, N 27 du mercredi 6 safar 1421 correspondant au 10 mai 2000.

⁴. نواصر الطاهر ولحاق عيسى، المرجع السابق، ص 71.

⁵. أعميور فرحات، المرجع السابق، ص 30.

⁶. جلجل رضا محفوظ، المرجع السابق، ص 86.

حيث نصت المادة 80 من الأمر 11/03 على منع كل مساهم باعتباره أحد المؤسسين إذا حكم عليه بسبب جنائية أو اختلاس أو غدر أو سرقة أو نصب أو إصدار شيك دون رصيد أو خيانة الأمانة أو إفلاس أو حالة ابتزاز أو مخالفة التشريع والتنظيم الخاص بالصرف أو التزوير أو تبييض الأموال أو المتاجرة بالمخدرات والإرهاب....¹

وكذلك نصت المادة 3 من النظام 06-02 على الشروط الواجب توفرها في المساهمين حيث نصت على "...-نوعية وشرفية المساهمين وضامنيهم المحتملين.

- القدرة المالية لكل واحد من المساهمين ولضامنيهم.
- المساهمين الرئيسيين المشكلين 'النواة الصلبة' ضمن مجموعة المساهمين لا سيما فيما يتعلق بقدرتهم المالية وتجربتهم وكفاءتهم في الميدان المصرفي والمالي....²

من خلال ما سبق نرى أن المشرع الجزائري اهتم بالجانب الشخصي للمساهمين إلى جانب الاعتبار المالي وبالرجوع إلى القانون التجاري نلاحظ انه اهتم فقط بالجانب المالي للمساهمين وهذا راجع لكون البنوك أو المؤسسة المالية تتعلق بعنصرين هما: الانتماء والثقة والذي يبدأ بالأشخاص المؤسسون المساهمون خاصة كبار المساهمين فلا يمكن لشخص محكوم عليه بالسرقة أو الاختلاس من أن يساهم في تأسيس بنك ومؤسسة مالية³.

ب-المسيرون:

إذا كان قانون النقد والقرض والأنظمة المتعلقة بالبنوك اهتمت بالجانب الشخصي للمساهمين، فإن الشروط التي يجب أن تتوفر في المسيرين يجب أن تكون أشد، لأنهم يقومون بدور تسييري ويصلون الي درجة المخاطرة والمجازفة، فالشخص المسيير يمنع من أن يزاول النشاط المصرفي إذا حكم عليه بأحد العقوبات التي ذكرت في المادة 80 من الأمر 11/03.⁴

ويجب الحصول على موافقة من طرف محافظ البنك بالنسبة لكل المسيرين وبالأخص من هم في أعلي رتبة حيث نصت المادة 12 من النظام 02/06 " يجب إرسال قائمة أعضاء مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة،

¹ المادة 80 من الأمر 11-03 المتضمن قانون النقد والقرض المعدل والمتمم، المشار إليه سابقاً.

² -Règlement N 06/02,fixant les conditions de constitution de banque et d' établissement financier, op cit.

³ .جلجل رضا محفوظ، المرجع السابق، ص ص 86-87.

⁴ .جلجل رضا محفوظ، المرجع نفسه، ص 87.

الذين تم تعيينهم من طرف الجمعية العامة التأسيسية للبنوك أو المؤسسات المالية، المرفقة بسيرتهم المهنية وبملفهم الإداري، إلى محافظ بنك الجزائر على صفة عضو في مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة عند تسليم الترخيص....¹.

وكمثال على ذلك ما جاء في مقرر الاعتماد رقم 06-03 الذي يتضمن اعتماد بنك 'فرنس بنك' حيث نصت المادة 2 منه على "يوضع بنك -'فرنس بنك'-ش أ ' تحت إشراف ومسؤولية السيدين:

- ندين القطار، رئيس مجلس الإدارة.
- جوزيف دقاق، المدير العام."

كما نصت المادة 5 منه على أنه " يجب أن يبلغ بنك الجزائر بكل تغيير في أحد العناصر المكونة لملف الاعتماد"².

وكمثال آخر ما جاء في المقرر رقم 02/2000 المتضمن اعتماد البنك، حيث جاء في المادة 2 منه: " البنك العام المتوسطي - شركة أسهم: 'تحت مسؤولية السيدين:

- حبيب زيان، بصفته رئيس مجلس الإدارة.
- أنطوان ماروت بصفته مديرا عاما"³.

ومما سبق نستخلص أن كل تغيير في الأعضاء أو القادة يلزم الحصول على مصادقة من طرف محافظ البنك حتى ولو تم الحصول على اعتماد وبدء البنك أو المؤسسة المالية في مزاولة النشاط المصرفي إن الأسماء التي تم تعيينهم، اثنين على الأقل تنشر أسماؤهم في الجريدة الرسمية مع مقرر اعتماد البنك أو مؤسسة مالية حتى يتسنى للغير معرفة المسيرين وضمنان لحقوق المودعين⁴.

وممارسة النشاط المصرفي يستوجب انتقاء الأشخاص أصحاب التكوين المتخصص في تنظيم وممارسة النشاط البنكي، الذي يمكنهم من المعلومات الفنية والمؤهلات الضرورية ومعرفة خبايا تقنيات واقتصاد

¹ -Règlement N 06/02,fixant les conditions de constitution de banque et d'établissement financier, op cit

² Décision d'agrément N06/03 du 14 chaabane 1427 correspondant au 7 septembre 2006 portant agrément d'une banque, JORAD, N 62, mercredi 11 ramadhan 1427, correspondant au 4 octobre 2006.

³ Décision N2000/02 du 27 dhou elhidja 1420 correspondant au 30 avril 2000 portant agrément d'une banque, JORAD, N 27, mercredi 6 safar 1421, correspondant au 10 mai 2000.

⁴. جلجل رضا محفوظ، المرجع السابق، ص 87.

المؤسسات البنكية، لأنه لا يمكن أن نتصور تقديم خدمات مصرفية متعددة ونوعية للمقبلين عليها إذا كان أفراد البنك المسيرين غير مؤهلين لتحقيق ذلك¹.

ونظرا لأهمية هذا الشرط لصيرورة العمل البنكي واستمراريته وعمله بكفاءة ونزاهة وفق مؤهلات علمية وخبرات مختصة في المجال المالي والاقتصادي، نجد أن المشرع الجزائري قد تدخل وحدد مجموعة من المواصفات والشروط التي يجب أن تتوافر في هؤلاء الأشخاص²، بموجب النظام رقم 92-5 المؤرخ في 22 مارس 1992 يتعلق بالشروط التي يجب أن تتوفر في مؤسسي البنوك والمؤسسات المالية ومسيريها وممثليها ومن بين هذه الشروط التي نص عليها هذا النظام:

. أن يكونوا مؤهلين لتأدية وظائفهم بكيفية تجنب المؤسسة وزبائنها، لا سيما المودعون أية خسارة وتحمي مصالحهم.

. أن يتصرفوا بطريقة سليمة وان لا يرتكبوا أخطاء مهنية تتسبب في خسائر للمؤسسة وزبائنها.

. أن تتوفر فيهم صفات كافية من حيث الكفاءة التقنية والقدرة على التسيير.

. أن تتوفر في المسير دائما متطلبات الشرف والأخلاق سواء قبل تعيينه أو أثناء ممارسة وظائفه³.

ومما سبق نستنتج أن المشرع الجزائري قد شدد الشروط التي يجب أن تتوفر في مساهمي ومسيري البنوك إلا أن الشروط تكون أكثر شد بالنسبة للمسيرين، فلقد جعل المشرع الجزائري الموافقة علي مسيري البنوك يكون من طرف محافظ البنك شخصا بل أكثر من ذلك فلقد أوجب المشرع أن ينشر قرار الموافقة في الجريدة الرسمية، وهذا يؤكد لنا مدى رغبة المشرع الجزائري في حماية العملاء وكذلك حماية الاقتصاد الوطني، وإضفاء مبدأ الشفافية علي عمل البنوك وهذا محاولة منه لتجسيد حوكمة البنوك علي أرض الواقع لأن مبدأ الشفافية يعتبر من أهم مبادئ الحوكمة وهو يتيح للعملاء الاطلاع علي مسيري كل البنوك والتعامل مع أي بنك طبقا لرغباتهم و بعيدا أي ضغط أو تضليل وهذا ما من شأنه أن يعزز الثقة بين البنوك والعملاء.

¹. أعميور فرحات، المرجع السابق، ص 30.

². بن الشيخ نور الدين، المرجع السابق، ص 130

³. نظام رقم 92-05 مؤرخ في 17 رمضان 1412 الموافق 22 مارس سنة 1992 يتعلق بالشروط التي يجب أن تتوفر في مؤسسي البنوك والمؤسسات المالية ومسيريها وممثليها ج. ر عدد 08، الصادرة في 15 شعبان عام 1413 الموافق 7 فبراير سنة 1993.

الفرع الثالث: الأثر القانوني المترتب على إنشاء البنك (الشركة).

تكتسب الشركة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية بتوافر الأركان الموضوعية العامة من تراضي ومحل وسبب وأهلية والأركان الموضوعية الخاصة التي تتمثل في تعدد الشركاء ونية الاشتراك واقتسام الأرباح والخسائر وتقديم الحصص وأيضا الشروط الشكلية من قيد في السجل والتجاري وشهر كتابته.

أما بالنسبة للبنك فإنه يكتسب الشخصية المعنوية بتوافر الشروط السابقة بالإضافة إلى توافر الأركان الخاصة بالبنك من شكل قانوني (شركة مساهمة) والحد الأدنى لرأس المال الذي يجب أن يكون مالكا له وكذلك شرط تقديم الترخيص

لذلك فإن آثار عقد الشركة تختلف عن آثارها باقي العقود كون عقد الشركة يرتب وجود شخص معنوي يعترف له بالشخصية القانونية، لا سيما وأنه يمثل قيمة اجتماعية تقتضي وجود قانوني لهذا الشخص، وهو ما يميزه عن الأفراد المكونين له (الشركاء)¹.

أولاً: النظام القانوني للشخصية المعنوية للبنك.

لقد اعترفت مختلف التشريعات المقارنة للشركات بالشخصية المعنوية وهذا ما تبناه المشرع الجزائري حيث نصت المادة 417 من القانون المدني على: "تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصا معنويا غير أن هذه الشخصية لا تكون حجة على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات الشهر التي ينص عليها القانون ومع ذلك إذا لم تقم الشركة بالإجراءات المنصوص عليها في القانون فإنه يجوز للغير بأن يتمسك بتلك الشخصية².

يفهم من نص المادة أن الشركة المدنية تكتسب الشخصية المعنوية بمجرد تكوينها أي بعد تحرير عقدها في شكل رسمي غير أنه لا يجوز الاحتجاج على الغير بهذه الشخصية إلا بعد أن يتم شهرها وفق ما ينص عليه القانون وفي المقابل يمكن للغير أن يحتج بالشخصية المعنوية للشركة حتى ولو لم تقم بإجراءات الشهر.

أما بالنسبة للشركات التجارية فقد نصت المادة 549 من القانون التجاري على: "لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري وقبل إتمام هذا الإجراء يكون الأشخاص الذين

¹. مفتاح لعيد، محاضرات في مادة الشركات التجارية، المركز الجامعي النعام، 2016، ص16.

². المادة 417 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المشار إليه سابقا.

تعهدوا باسم الشركة ولحسابها متضامنين من غير تحديد أموالهم، إلا إذا قبلت الشركة، بعد تأسيسها بصفة قانونية أن تأخذ على عاتقها التعهدات المتخذة، فتعتبر التعهدات بمثابة تعهدات الشركة منذ تأسيسها"¹.

بمعنى أن المشرع الجزائري لا يعترف بأي وجود قانوني مستقل للشركة التجارية قبل القيد في السجل التجاري فطبقا للقاعدة " الخاص يقيد العام " فان المشرع قيد حكم الفقرة الثانية من نص المادة 417 من القانون المدني، كما يتضح لنا من نص المادة 549 من القانون التجاري الجزائري فان كل التصرفات المبرمة من قبل المؤسسين باسم ولحساب الشركة، أثناء فترة التأسيس أي قبل القيد، قائمة على أساس المسؤولية التضامنية ما لم تلتزم الشركة بهذه التصرفات بعد تأسيسها وتام تكوينها وقيدتها في السجل التجاري"².

ثانيا: النتائج المترتبة عن اكتساب البنك للشخصية المعنوية

لقد نصت المادة 50 من القانون المدني على: " يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان، وذلك في الحدود التي يقرها القانون..."³ ولذا يمكن للشركة أن تكتسب الحقوق وان تلتزم بأي التزام ما عدا تلك الملازمة لشخص الإنسان.

ويترتب عن ذلك أن للشركة ذمة مالية مستقلة عن ذمة الشركاء ولها أهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائها أو التي يقرها القانون ولها أيضا اسم وموطن وجنسية تميزها عن غيرها من الشركات، كما لها ممثل يعبر عن إرادتها وللشركة الحق في التقاضي"⁴.

1. الذمة المالية:

تعتبر الذمة المالية المستقلة أهم أثر من الآثار المترتبة عن اعتبار الشركة شخصا معنويا، فتعد بذلك الأموال ملكا للشركة لا ملكا شائعا بين الشركاء، حيث تستقل أموال الشركة عن أموال الشركاء، وفي ذلك ضمان كبير لدائني الشركة إذ يستقلون دون الدائنين الشخصيين للشركاء في التنفيذ عليها وإن كان يجب أن يراعي أن لدائن الشركة الحق في مطالبة الشريك المتضامن بديون الشركة، فرغم استقلال ذمة الشركة المالية

¹ المادة 549 من الأمر 75-59 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، المشار إليه سابقا.

² نسرين شريقي، الشركات التجارية، ط 1، دار بلقيس، الدار البيضاء، الجزائر، 2013، ص 24.

³ المادة 500 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المشار إليه سابقا.

⁴ نسرين شريقي، المرجع السابق، ص 25.

عن ذمم الشركاء إلا ان تضامن الشريك يجعله في مركز الضامن لجميع ديون الشركة وذلك في أمواله الخاصة¹.

وكمثال على ذلك فقد نصت المادة 1 الفقرة الثالثة من المقرر 03/06 المتضمن اعتماد البنك - فرنسبنك- على رأس مال البنك حيث جاء فيها "...يخضع لهذا البنك رأس مال قدره ملياران وخمسمائة مليون (2.500.000.000 دج) دينار جزائري²."

2. أهلية الشركة:

تقضي المادة 50 من القانون المدني الجزائري بأن الشركة كشخص معنوي تتمتع بالأهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائها والتي يقررها القانون.

فالشركة أهلية خاصة بها، فهي تتمتع بحق التملك والتعاقد مع الغير فتصبح دائنة ومدينة، فلها ان تشتري وتبيع وان تقرض، ويقوم بجميع هذه الأعمال الممثل القانوني للشركة بموجب عقد الشركة التأسيسي وفي حدود الصلاحيات الممنوحة له في العقد او نظامها الأساسي³.

ولقد نصت المادة 83 من الأمر 11/03 المتضمن قانون النقد والقرض على "يجب أن تؤسس البنوك والمؤسسات المالية الخاضعة للقانون الجزائري في شكل شركات مساهمة..."⁴، وينص المشرع الجزائري علي تأسيس البنوك بشكل شركة يجعله أهلا لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات أي الاعتراف له بالأهلية القانونية.

وباكتساب الشركة للأهلية تتحمل المسؤولية المدنية عن جميع أفعالها الضارة التي تصدر عن ممثليها، أو موظفيها، وأنها تسأل عن الحيوانات والأشياء التي في حراستها مسؤولية تقصيرية فضلا عن المسؤولية العقدية⁵.

¹سنيينة فضيلة، شركات الأشخاص التجارية بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2018، ص 214.

²Décision d'agrément N06/03 du 14 chaabane 1427 correspondant au 7 septembre 2006 portant agrément d'une banque, JORAD, N 62, mercredi 11 ramadhan 1427, correspondant au 4 octobre 2006.

³نشرين شريفي، المرجع السابق، ص 27.

⁴الأمر 11-03 المتضمن قانون النقد والقرض المعدل والمتمم، المشار اليه سابقا.

⁵سنيينة فضيلة، المرجع السابق، ص 216.

3. الممثل القانوني:

وإذا كانت الشركة تتمتع بالشخصية شأنها في ذلك شأن الشخص الطبيعي بحيث تكون لها مثله حقوق والتزامات فإنها مع ذلك، بالنظر إلى طبيعة تكوينها، لا تقدر على ممارسة النشاط بنفسها، بل محتوم عليها أن يباشر عنها هذا النشاط غيرها من الأشخاص الطبيعيين فيقومون بتمثيلها والعمل باسمها ولحسابها في الحياة القانونية¹.

وكمثال على ذلك ما جاء في المقرر رقم 02/2000 المتضمن اعتماد البنك، حيث جاء في المادة 2 منه: " البنك العام المتوسطي - شركة أسهم: 'تحت مسؤولية السيدين':

- حبيب زيان، بصفته رئيس مجلس الإدارة.

- أنطوان ماروت بصفته مديرا عاما"².

4. موطن الشركة (البنك):

يقصد بموطن الشركة المكان الذي يوجد فيه مركز إدارتها الرئيسي أو أي مكان تجتمع فيه مجالس الإدارة والجمعيات العمومية والذي يتم فيه إبرام العقود والصفقات المتعلقة بأعمال الشركة³.

هذا الموطن بالنسبة لشركات الأشخاص هو المكان الذي يباشر فيه المدير عمله وبالنسبة لشركات الأموال المكان الذي يوجد به مقر مجلس الإدارة والجمعية العمومية للشركاء وهذا ما نصت عليه المادة 50 من القانون المدني الجزائري مع العلم أن نص هذه المادة يطبق ولو نصت هذه الشركات الأجنبية في عقود تأسيسها على خلاف ذلك وهذا ما أكدته الفقرة الثانية من المادة 547 من القانون التجاري الجزائري والتي أخضعت الشركات التي تمارس نشاطها في الجزائر إلى القانون الجزائري⁴.

وكمثال على ذلك فلقد نصت المادة 1 من المقرر 03/06 المتضمن اعتماد البنك -فرنس بنك- على موطن هذا البنك (الشركة) حيث نصت علي: "يقع مقر البنك 'فرنسينك' الجزائر ش أ بالجزائر العاصمة ب -45ب- حي بروفنس الصغرى -حيدرة-الجزائر"⁵.

¹ محمد فريد العريني ود جلال وفاء البديري محمدين ود محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص 209.

² Décision N2000/02 du 27 dhou elhidja 1420 correspondant au 30 avril 2000 portant agrément d'une banque, JORAD, N 27, mercredi 6 safar 1421, correspondant au 10 mai 2000.

³ نسرين شريفي، المرجع السابق، ص 28.

⁴ سنيينة فضيلة، المرجع السابق، ص 217.

⁵ Décision d'agrément N06/03 du 14 chaabane 1427 correspondant au 7 septembre 2006 portant agrément d'une banque, JORAD, N 62, mercredi 11 ramadhan 1427, correspondant au 4 octobre 2006.

5. جنسية الشركة:

إن الشخص المعنوي يتمتع بالجنسية شأنه في ذلك شأن الشخص الطبيعي، لأن الفكرة واحدة في جنسية كل واحد منهما وهي وجود رابطة من التبعية بين الشخص وبين دولة معينة، ومثل هذه الرابطة قائمة في شأن الشخص الاعتباري شأن قيامها في الشخص الطبيعي، وبذلك تكون للشخص المعنوي جنسية تؤكد تبعيته لدولة معينة، سواء تبعيته القانونية في شأن خضوع نظامه القانوني ونشاطه لقانون هذه الدولة أو بتبعيته السياسية في شأن تمتعه بحقوق الوطنيين داخل الدولة وشموله بحماية الدولة للوطنيين خارجها¹.

وقد اختلف الفقهاء حول المعيار الرئيسي الذي يمكن من خلاله تحديد جنسية الشركة، فيرى جانب من الفقه ضرورة الاعتماد على معيار مكان التأسيس بينما يرى جانب ثان ضرورة الاستناد إلى معيار مكان الاستغلال الرئيسي، بينما ذهب جانب فقهي ثالث إلى الاعتماد على معيار الرقابة والمصالح المسيطرة على الشركة.

أما المشرع الجزائري فقد تبني كقاعدة عامة معيار المركز الرئيسي رغم عدم النص عليه صراحة في نص المادة 547 من القانون التجاري الجزائري، واستثناء يتبنى معيار مركز الاستغلال أو النشاط المادي وعليه فإن جنسية الشركة تحدد القانون الواجب التطبيق فيما يخص إنشاء الشركات وأهليتها وإفلاسها، وان فقدان الشركة لجنسيتها يوجب حلها وتصفيتها وقسمة موجوداتها².

ومما سبق نستنتج ان البنك يتمتع بالشخصية المعنوية وهذا يمكنه من اكتساب الحقوق وان يلتزم بأي التزام ما عدا تلك الملازمة لشخص الإنسان، وكذلك يتمتع البنك بالأهلية في حدود الغرض الذي أنشئ من اجل تحقيقه وهذا يجعل البنك يتحمل المسؤولية عن جميع أفعاله الضارة التي تصدر عن ممثليه أو موظفيه... الخ.

والبنك له اسم وموطن وجنسية كما له ممثل يعبر عن إرادته وله الحق في التقاضي، والبنك يعتبر من أشخاص القانون الخاص ويخضع للقانون التجاري في شأن ما يقوم به من أعمال مصرفية.

¹ محمد فريد العريني ود جلال وفاء البدي محمد بنود محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص 210.

² سنيينة فضيلة، المرجع السابق، ص 218.

المطلب الثاني: البنك شركة مساهمة

تقوم شركات المساهمة على تجميع رؤوس الأموال من كبار المساهمين وصغار المدخرين وهي تتميز بضخامة رؤوس أموالها ما مكنها من القيام بالمشروعات الاقتصادية الكبرى التي يتطلب تنفيذها قدرات مالية وعلمية لا تتأتى لغيرها من الشركات فأصبح لها دورها المؤثر في عملية التنمية الاقتصادية مما أدى إلى تغيير النظرة إلى هذا النوع من الشركات من مجرد اعتبارها مشروعاً لجني الأرباح إلى اعتبارها من أكبر المشاريع أهمية¹.

ونظراً لخطورة هذا الشكل من الشركات فنجد أن أغلب التشريعات المقارنة قد وضعت العديد من القواعد لتنظيم هذه الشركات ومن بينهم المشرع الجزائري الذي نظم أحكام شركات المساهمة في المواد 592 إلى غاية 715 مكرر 132 من القانون التجاري وهذا العدد الكبير من المواد لدلالة على أهمية هذه الشركة.

والمشرع الجزائري اشترط أن تؤسس البنوك على شكل شركة مساهمة دون غيرها من الأشكال الأخرى وهذا راجع إلى طبيعة الإجراءات الواجبة لتأسيس شركة المساهمة الواردة بنصوص القانون التجاري، وما تتضمنه من حماية للمساهمين والمتعاملين، وحتى الغير نظراً للآليات القانونية التي تخضع لها مثل هذه الشركات ابتداءً من تأسيسها إلى غاية حلها وتصفياتها.

وارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف شركة المساهمة.

الفرع الثاني: خصائص شركة المساهمة (البنك).

الفرع الأول: شركة المساهمة

من أجل التطرق إلى التعريف الخاص بشركة المساهمة يجب أن نعرض على تعريف شركة المساهمة فقهاً (أولاً) ثم التعريف التشريعي لشركة المساهمة (ثانياً).

¹ جريو عادل، الرقابة على أعمال مجلس الإدارة شركة المساهمة والمسؤولية المدنية لأعضائه في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 2015، ص 2.

أولاً: التعريف الفقهي

شركة المساهمة تمثل النموذج الأمثل لشركات الأموال والتي تجد لها مكانا بارزا في الاقتصاديات القوية الجاذبة للاستثمارات، بسبب قدرة هذه الشركات على تجميع رؤوس أموال ضخمة وتعبئة الادخار بشكل لا يتأتى للعديد من أشكال المشاريع الأخرى¹.

ولقد عرف الدكتور محمد فريد العريني شركة المساهمة بأنها شركة تتألف من فئة من الشركاء هم المساهمون، كما ينقسم رأسمالها إلى أسهم متساوية القيمة تحدد فيها مسؤولية المساهم عن ديون الشركة بقيمة الأسهم التي يمتلكها، كما أن أي تغيير في أشخاص المساهمة لا يؤثر على حياة الشركة واستمرارها².

أما الدكتور صالح بن زابن المرزوقي البقمي فقد عرف شركة المساهمة بأنها: " عقد على مال بقصد الربح مقسوم إلى أسهم متساوية القيمة قابلة للتداول على ان لا يسأل كل شريك إلا بمقدار أسهمه، وعلى ألا يقل عدد الشركاء عن خمسة وعلى أن يتولى إدارتها وكلاء مختارون عن ملاك الأسهم"³.

أما الأستاذ إبراهيم سيد احمد فقد عرف شركة المساهمة بأنها: "هي التي ينقسم رأسمالها إلى أسهم متساوية القيمة وقابلة للتداول ولا يكون كل شريك فيها مسؤولا عن ديون الشركة إلا بقدر ما يملكه من أسهم وتستمد اسمها من غرض الشركة، ويجب أن يتميز اسم الشركة عن مثيلاتها المقيدة بجميع مكاتب السجل التجاري"⁴.

ثانياً: التعريف التشريعي

لم يعطي المشرع الجزائري تعريف دقيق وعلمي لشركة المساهمة وان كان في المادة 592 من القانون التجاري أشار إلى ملامح وخصائص شركة المساهمة حيث نصت هذه المادة على: "شركة المساهمة هي الشركة التي ينقسم رأسمالها إلى حصص، وتتكون من شركاء لا يتحملون الخسارة إلا بقدر حصتهم، ولا يمكن

¹ بن مختار إبراهيم، سلطة رأس المال في شركة المساهمة، أطروحة دكتوراه ل م د في الحقوق تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة باتنة 1 الحاج لخضر، الجزائر، 2017، ص 1.

² محمد فريد العريني وجمال وفاء البدري محمد بن ود محمد السيد البقمي، المرجع السابق، ص 257.

³ صالح بن زابن المرزوقي البقمي، شركة المساهمة في النظام السعودي، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، السعودية، 1986. ص 259.

⁴ إبراهيم سيد أحمد، العقود والشركات التجارية فقها وقضاء، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1999، ص 162.

أن يقل عدد الشركاء عن سبعة (07)، ولا يطبق الشرط المذكور أعلاه على الشركات ذات رؤوس أموال عمومية¹.

كما نص المشرع الجزائري على أن يكون اسم الشركة متبوعاً بشكلها ورأسمالها وهذا ما جاء في المادة 2593².

وأشترط المشرع الجزائري بموجب المادة 594 من نفس القانون ألا يقل رأسمال شركة المساهمة عن 05 ملايين دج إذا لجأت إلى الادخار العلني ومليون دينار جزائري في حالة عدم اللجوء العلني للادخار³.

أما بالنسبة إلى التشريعات المقارنة فقد حاول المشرع المصري إعطاء تعريف لشركة المساهمة من خلال المادة الثانية من قانون رقم 159 لسنة 1981 حيث نص على أن شركة المساهمة هي: "الشركة التي ينقسم رأسمالها إلى أسهم متساوية القيمة، وتكون قابلة للتداول، ولا يكون كل شريك فيها مسؤولاً عن ديون الشركة إلا بمقدار ما يملكه من أسهم ويؤخذ عنوان الشركة من الغرض الذي قامت من أجله"⁴.

أما المشرع الأردني فقد عرف شركة المساهمة بأنها: "هي الشركة الخالية من العنوان ويتألف رأسمالها من أسهم قابلة للتداول، وتطرح للاكتتاب العام وتكون مسؤولية المساهمين بها محدودة بقدر مساهمة كل منهم برأس مال الشركة، وهذا التعريف يماثل ما جاء في القانون السوري (المادة 88) والقانون اللبناني (المادة 77) إلا أن هذين القانونين أطلقا عليها تسمية الشركة المغفلة"⁵.

وبتأملنا للتعريفات الواردة في التشريعات المقارنة وكذلك التشريع الجزائري نلاحظ أن كلها اكتفت بذكر خصائص شركة المساهمة وأنها تركت التعريف للفقهاء وهذا راجع لعدم وجود تعريف دقيق وشامل لشركة المساهمة وكذلك لأن المشرع الجزائري ليس من اختصاصه إعطاء تعاريف بل هي من اختصاص الفقهاء ونلاحظ أن هناك تشابه كبير في التعريفات ولعل أبرز الاختلافات تكمن في الحد الأدنى لرأس المال وكذا عدد

¹ المادة 592 من الأمر 75-59 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، المشار إليه سابقاً.

² المادة 593 من الأمر 75-59 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، المشار إليه سابقاً.

³ المادة 594 من الأمر 75-59 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، المشار إليه سابقاً.

⁴ محمد فريد العريني و د. جلال وفاء البديري محمددين و د. محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص 239.

⁵ محمد فوزي ومحمد سامي، المرجع السابق، ص 239.

الشركاء واسم الشركة مثلاً أن المشرع الفرنسي قد اشترط بموجب المادة 225-1 من قانون التجارة أن لا يقل عدد الشركاء في شركة المساهمة عن 07 أشخاص، مقتدياً في ذلك بالقانون الإنجليزي¹.

أما بالنسبة للمشرع المصري فقد اشترط بموجب المادة 8 الفقرة 1 من القانون 159 لسنة 1981 على ألا يقل عدد الشركاء في شركة المساهمة عن ثلاثة شركاء².

بينما اشترط المشرع الأردني بموجب المادة 90 من قانون الشركات الأردني ألا يقل عدد الشركاء عن شريكين³.

وعلى ضوء التعريفات السابقة وبالرجوع إلى نص المادة 83 من قانون النقد والقرض الجزائري حيث نصت في فقرتها الأولى على أنه " يجب أن تؤسس البنوك والمؤسسات المالية الخاضعة في شكل شركات مساهمة ويدير المجلس جدوى اتخاذ بنك أو مؤسسة مالية شكل تعاضدية"⁴.

ومن هنا يمكن أن نعرف البنك بأنه شركة مساهمة تقوم على اعتبار مالي يتكون من 7 شركاء أو أكثر يساهمون في رأسمالها الذي ينقسم إلى حصص متساوية تسمى أسهم تكون قابلة للتداول بالطرق التجارية، ولا يكون كل شريك في البنك مسؤولاً عن ديون الشركة إلا بقدر ما يملكه من أسهم ولا يكتسب الشريك صفة التاجر بمجرد انضمامه إلى البنك.

إذا كان التشريع المصرفي الجزائري يشترط أن يكون البنك التجاري في شكل شركة مساهمة على غرار أغلب التشريعات المقارنة، فإن التشريع المصرفي الفرنسي لم يحدد نوع الشخص المعنوي الذي يمكنه مزاوله المهنة المصرفية⁵، حيث نص التشريع الفرنسي بأنه يمكن لمؤسسات القرض أن تتأسس في شكل شركة تضامن أو شركة توصية بسيطة أو شركة ذات أسهم...، ومع التعديل الذي طرأ على القانون النقدي والمالي الفرنسي أصبح يسمح حتى بتأسيس شركات ذات رأسمال قابل للتغيير يسمى شكل قانوني من نوع خاص كالتعاونيات، صندوق القرض البلدي⁶، ورغم منح المشرع الفرنسي لمؤسسي البنك حرية اختيار الشكل القانوني،

¹. طرايش عبد الغني، المرجع السابق، ص 55.

². إبراهيم سيد أحمد، مبادئ القانون التجاري، المرجع السابق، ص 232.

³. فوزي محمد سامي، مبادئ القانون التجاري، المرجع السابق، ص 232.

⁴. المادة 83 من الأمر 03-11 المتضمن قانون النقد والقرض المعدل والمتمم، المشار إليه سابقاً.

⁵. قزولي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 46.

⁶ أعميور فرحات، المرجع السابق، ص 18.

إلا أنه قابلها بإعطاء لجنة مؤسسات القرض وشركات الاستثمار المانحة للاعتماد حق التأكد من تناسب الشكل القانوني المختار لمؤسسة القرض مع نشاطها بموجب المادة 10-511 من القانون النقدي والمالي¹.

وبالمقارنة بين التشريع المصرفي الجزائري والتشريع المصرفي الفرنسي نلاحظ أن المشرع الفرنسي ترك المجال مفتوح في اتخاذ البنوك والمؤسسات المالية أي نموذج من نماذج الشركات وبهذا قام المشرع الفرنسي بفتح المجال لكل المستثمرين الراغبين في الولوج إلى المهنة البنكية بغض النظر عن كونهم من كبار المستثمرين وهذا تجسيدا لمبدأ المساواة وحرية التنافس بينما المشرع الجزائري فقد أغلق المجال المصرفي وأشترط أن يتخذ البنك والمؤسسات المالية شكل شركة مساهمة وصحيح أن في هذا إقصاء لفئة معينة من المستثمرين وترك المجال لأصحاب الأموال الكبيرة فقط ولكن باعتبار أن الجزائر دولة نامية ودولة حديثة فنحن نرى أن المشرع الجزائري حسنا فعل بالزام من يريد الولوج إلى المهنة البنكية أن يؤسس البنك في شركة مساهمة وهذا راجع لما يتميز به هذا النموذج من قدرات على جمع الأموال والنهوض بالمشاريع الاقتصادية الكبرى التي يعجز أمامها الأفراد وشركات الأشخاص وكذلك أن هذا الشكل يسهل على الدولة مهمة الرقابة، بالإضافة إلى أن هذا النموذج يتضمن حماية للمساهمين والمتعاملين وحتى الغير من خلال إجراءات تكوين شركة مساهمة وإدارتها الدقيقة والمتشددة.

ومن هنا يمكننا القول بأن المشرع الجزائري قد وفق حينما فرض على الراغبين في تأسيس البنوك أن يأخذ البنك شكل شركة مساهمة.

بالإضافة إلى ذلك ومن خلال التأمل في نص المادة 83 المذكورة أعلاه، يتضح بمفهوم المخالفة أن هذا الشرط لا يلزم البنوك والمؤسسات المالية الأجنبية الراغبة في إقامة فروع لها في الجزائر، على أساس أن هذه الفروع لا تتمتع بالشخصية المعنوية وبالتالي لا تكون ملزمة باتخاذ أي شكل قانوني، وإنما تبقى شبابيك أجنبية تابعة إلى شركات مصرفية أجنبية مهما كان شكلها القانوني الذي يتنوع ويتباين تبعا لتنوع تشريعات الدول المستثمرة في القطاع المصرفي².

الفرع الثاني: خصائص البنك باعتباره شركة مساهمة.

يتمتع البنك باستقلال شبه تام وله شخصية اعتبارية تخول له تلقي الحقوق وتحمل الواجبات ويتألف البنك من مساهمين أي شركاء يدخلون في الشركة بمقدمات تتمثل في الحصص التي قدمها المساهمون

¹. قزولي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 48.

² أعميور فرحات، المرجع السابق، ص 18.

(مؤسسي البنك فقط) أو عن طريق طرح أسهم البنك للاكتتاب، وليس للشركاء بصورة شخصية عبره فيها، بل فيما يقدمونه من مال فيجوز للشريك التصرف في حصته ، ولا يؤثر وفاة أحد الشركاء أو افلاسه أو الحجز عليه على وضع الشركة أو انحلالها كما هو الحال في شركات الأشخاص، والمساهمون لا يكتسبون صفة التاجر ولا يسألون عن ديون الشركة إلا في حدود قيمة أسهمهم¹.

وهذا راجع إلى طغيان الجانب المالي في البنوك وانعدام الاعتبار الشخصي وهذا رتب نتائج هامة تعتبر بمثابة خصائص البنك باعتباره شركة المساهمة وتتمثل هذه الخصائص فيما يلي:

أولاً: اسم البنك متبوعاً بشكله ورأسماله.

ثانياً: لا يكتسب الشريك صفة التاجر بمجرد انضمامه إلى البنك.

ثالثاً: مسؤولية الشريك على ديونه بقدر حصته فقط.

رابعاً: ينقسم رأس مال البنك إلى أسهم قابلة للتداول بالطرق التجارية.

أولاً: اسم البنك متبوعاً بشكله ورأسماله

نظراً لأهمية التسمية في شركات المساهمة فقد ألزمت مختلف التشريعات المقارنة تسمية هذه الشركات بما فيهم البنوك فنلاحظ أن المشرع الإماراتي قد ألزم بموجب المادة 12 من القانون الاتحادي رقم (2) لسنة 2015 تسمية شركات المساهمة ونصت هذه المادة على انه: " يكون للشركة اسم تجاري ويجب ألا يخالف النظام العام للدولة، وأن يكون الاسم متبوعاً بالشكل القانوني للشركة، ولا يجوز تسجيل أي شركة باسم سبق تسجيله في الدولة أو باسم مشابه إلى درجة تؤدي إلى اللبس..."².

ولم يختلف المشرع الجزائري عن المشرع الإماراتي حيث أنه أوجب أن يكون اسم الشركة متبوعاً أو مسبقاً بذكر شكل الشركة أي عبارة " شركة مساهمة" كما أوجب المشرع الجزائري إضافة ذكر مبلغ رأس المال وهذا طبقاً لنص المادة 593 من القانون التجاري حيث نصت على انه: " يطلق على شركة المساهمة تسمية الشركة، ويجب أن تكون مسبوقاً أو متبوعاً بذكر شكل الشركة ومبلغ رأسماله.

¹ حسام بوحجر، المرجع السابق، ص 24.

² قانون اتحادي رقم 2، بشأن الشركات التجارية لدولة الإمارات العربية المتحدة، إعداد قسم الدراسات والبحوث، ط1، دبي، معهد دبي القضائي، 2015، ص34.

ويجوز إدراج اسم شريك واحد أو أكثر في تسمية الشركة¹.

وهذا ما ينطبق على البنك باعتباره شركة مساهمة حيث نلاحظ أن تسمية البنك تكون مرفوعة دائما بشركة مساهمة ومبلغ رأسمالها مثلا: "الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط - بنك " شركة ذات أسهم" رأسمالها 14.000.000.000 دج المقر الرئيسي 42 شارع خليفة بوخالفة الجزائر (ملحق 1).

. ويجب أن تتضمن جميع الوثائق والمحركات والقوانين الصادرة عن البنك اسم البنك ورأسماله وتكمن الحكمة من هذا الالتزام في حماية المتعاملين مع البنك بحيث يستلزم الوضع منهم الوقوف على طبيعة هذه الشركة حتى يكونوا على بنية من الأمر (أنظر الملحق 2،3،4،5).

ولقد ألزم المشرع الجزائري الإشارة إلى اسم الشركة ومكان ومركز الشركة وبيان رأس مالها في كل أعمال الشركة والمستندات الصادرة عن الشركة وأن إغفال ذلك يؤدي إلى فرض غرامة على هيئة التسيير من 20.000 دج إلى 50.000 دج وفقا لأحكام المادة 833 من القانون التجاري².

كما شدد المشرع الجزائري علي كل مؤسسة ومنعها من أن تستعمل اسما من شأنه أن يضل الناس ويجعلهم يعتقدون أنه بنك وأجاز المشرع الجزائري إلي البنوك الأجنبية التي لها مكاتب التمثيل في الجزائر من الاحتفاظ بالاسم التجاري للبنك الأصلي الذي تنتمي إليه إلا أن المشرع الجزائري فرض عليها أن توضح طبيعة نشاطها في الجزائر وهذا ما نصت عليه المادة 80 من قانون النقد والقرض 03-11: "يمنع على كل مؤسسة من غير البنوك أو المؤسسات المالية، أن تستعمل اسما أو تسمية تجارية أو إشهارا، أو بشكل عام أية عبارات من شأنها أن تحمل إلى الاعتقاد أنها معتمدة كبنك أو مؤسسة مالية

يمنع على أي مؤسسة مالية أن توهم بأنها تنتمي إلى فئة من غير الفئة التي اعتمدت للعمل ضمنها أو أن تثير اللبس بهذا الشأن

يجوز لمكاتب التمثيل في الجزائر التابعة للبنوك ومؤسسات مالية أجنبية أن تستعمل التسمية أو الاسم التجاري للمؤسسات التي تنتمي إليها على أن توضح طبيعة النشاط المرخص لها بممارسته في الجزائر"³.

¹. الأمر 75-59 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، المشار إليه سابقا.

². كمال بقدار، مظاهر حماية الغير في الشركات التجارية وفق القانون التجاري الجزائري، مجلة جامعة تكريم للعلوم القانونية، العدد 28، المجلد 2، جامعة تاكريت، العراق، ديسمبر 2015، ص 184.

³. الأمر 03-11 المتضمن قانون النقد والقرض المعدل والمتمم، المشار إليه سابقا.

ونظرا لأهمية اسم الشركة فقد أجاز القانون الجزائري والمصري للشركة الواقعة محل تصفية من الاحتفاظ باسمها إلا أنه يجب إضافة " تحت التصفية" إلى اسم الشركة، وهي ملزمة أيضا بإضافة هذه العبارة في جميع مستنداتها وكذا فواتيرها وإلا تعرض المصفي للمسؤولية عما قد يلحق الغير من ضرر.

ولعل الحكمة المبتغاة من إضافة عبارة " تحت التصفية " إلى اسم الشركة هو إعلام الغير الذين يتعاملون مع الشركة عن الحالة أو الوضعية القانونية للشركة، على أنها على وشك الانقضاء وان وجودها أصبح مؤقت ومرتبطة بعملية التصفية¹.

وهذا ينطبق كذلك على البنك باعتباره شركة مساهمة ويجوز إدراج اسم شريك واحد أو أكثر في تسمية البنك وهذا لا يعني أن المساهم الذي ذكر اسمه في تسمية البنك يكتسب صفة التاجر، فالبنك باعتباره شركة مساهمة هو شركة تجارية مهما كان موضوعها.

ولقد أباحت بعض التشريعات أن يكون اسم شركة المساهمة عبارة عن اسم شخص طبيعي، وذلك في حالة قيامها على استثمار براءة اختراع مسجلة باسم الشريك أما في حالة تحول شركة إلى شركة مساهمة، فيمكن للشركة الجديدة الاحتفاظ بالاسم التجاري الأصلي مع إضافة العبارة اللازمة، في مثل هذه الشركات والمتمثلة في عبارة "شركة مساهمة" بالإضافة إلى مبلغ رأسمال والعنوان².

ثانيا: لا يكتسب الشريك صفة التاجر بمجرد انضمامه إلى البنك

شركات المساهمة فهي لا تعدد إلا بالاعتبار المالي، حيث أن المشرع الجزائري كغيره من المشرعين لم يضع حد أقصى يتوقف عنده الأشخاص الذين يحتويهم هذا النوع من الشركات وان عمل في ذات الوقت على وضع حد أدني لها، وأن ما تقتضيه القواعد العامة هو أن يشارك كل مساهم في تسيير وإدارة الشركة، إلا أن عدد المساهمين الضخم أصبح اليوم يعد بمئات الآلاف سيما في الشركات المتعددة الجنسيات، وهو سبب كان يحول دون المشاركة الفعالة والمباشرة للمساهمين³، وكذلك لا يكتسب المساهمين في هذه الشركات صفة التاجر

¹ بن عفان خالد، المرجع السابق، ص 84.

² سلامي ساعد، الآثار المترتبة على الشخصية المعنوية للشركة التجارية، مذكرة ماجستير في القانون تخصص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2012، ص 61.

³ زروال معزوزة، المسؤولية المدنية والجنائية للمستثمرين في شركة المساهمة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2007، ص 2.

بمجرد الانضمام لها وهو نفس الشيء الذي ينطبق على البنوك باعتبارها من أهم شركات المساهمة فان المساهمين في البنوك لا يملكون صفة التاجر والآثار القانونية المترتبة عنها.

واكتساب صفة التاجر يترتب عنها آثار قانونية هامة يفرضها عنصر السرعة والائتمان اللذان تقوم عليهما التجارة¹، ويصبح التاجر في مركز قانوني متميز من حيث خضوعه لجملة واجبات فرضها القانون لضرورة تنظيم حرفة التجارة تنظيما يتلاءم مع واقعها المبنى على الائتمان وانسجامها مع هدف الدولة في تنظيم ومراقبة النشاط التجاري²، إذ يخضع التاجر إلى التزامات معينة لا يخضع لها الرجل العادي، مثل التزامه بإمسك الدفاتر التجارية والقيود في السجل التجاري، وشهر إفلاسه عند توقفه عن الوفاء بديونه التجارية إلى غير ذلك من الأحكام الخاصة بالتجار³.

أما بالنسبة للمساهمين في البنوك فهم غير ملزمين بإمسك الدفاتر التجارية أو القيد في السجل التجاري لأنهم لا يملكون صفة التاجر.

أما فيما يخص شهر إفلاس شركة المساهمة فان هذا الإفلاس يقتصر على الشركة كونها شخص معنوي دون أن يمتد إلى الشركاء فيها، كونهم لا يكتسبون صفة التاجر وتكون مسؤوليتهم بقدر الحصة التي ساهموا فيها في رأسمال الشركة⁴.

والتاجر يتمتع بمركز قانوني خاص نظمه القانون التجاري حيث أعطاه المشرع التجاري حقوقا لا يتمتع بها غيره وهي حق الترشيح والانتخابات في الغرفة التجارية والحق في إثبات معاملاته بكافة طرق الإثبات⁵. وهذا ما لا يتسنى للمساهمين في البنوك.

¹ محمد فريد العريني وجمال وفاء البديري ومحمد بنود. محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص 125.

² باسم محمد صالح، القانون التجاري القسم الأول: النظرية العامة، التاجر، العقود التجارية، العمليات المصرفية، د.ط، منشورات دار الحكمة، مطبعة جامعة بغداد، بغداد، العراق، 1987، ص 117.

³ نادية فضيل، القانون التجاري الجزائري (الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري)، ط6، د م ج، الجزائر، 2004، ص 54.

⁴ بن عفان خالد، المرجع السابق، ص 159.

⁵ عصام حنفي محمود، القانون التجاري الجزء الأول الأعمال التجارية-التاجر-المحل التجاري-شركات الأشخاص، جامعة بنها، د.ط، مصر، د س النشر، ص 243.

بالإضافة إلى ذلك فإنه حتى يتمكن الشخص من اكتساب صفة التاجر، فلا بد وإن تتوفر لديه الأهلية اللازمة للتجار، ولما كانت التجارة من أعمال التصرف فمن اللازم أن يكون من يمارسها متمتعاً بالأهلية اللازمة لإجراء التصرفات القانونية¹.

وسن الأهلية يتحدد بتسعة عشر عاما طبقا لنص المادة 40 من القانون المدني، فإذا أبرم عقد الشركة شخص قاصر كان العقد قابلا للإبطال لمصلحته، ولا يتسنى له إبرام مثلها العقد إلا إذا حصل على إذن لذلك وهذا طبقا للمادة الخامسة من القانون التجاري².

أما بالنسبة للمساهمين في البنوك (شركات المساهمة) نلاحظ أن هناك جدل حول الأهلية اللازمة لذلك فهناك من يضع شرط تمتع المؤسس بالأهلية الكاملة للقيام بالتصرف لان إنشاء الشركة يعتبر في بعض القوانين من الأعمال التجارية، وحتى في القوانين التي لا تعتبر الاشتراك في تأسيس الشركة عملا تجاريا كالقانون الأردني، فإنه يعتبر من الأعمال الدائرة بين النفع و الضرر³، لذا يجب ان يكون المؤسس راشدا ومتمتعاً بالأهلية الكاملة للالتزام، ذلك أن المؤسس مسؤول عن الأخطاء التي قد تقع عند تأسيس الشركة، وبصفة خاصة مسؤوليته إزاء الغير في حالة فشل مشروع تأسيس الشركة⁴.

والبعض يذهب إلى القول ان الصغير المميز، وان كان مأذونا بالتجار لا يمكن أن يتخذ صفة المؤسس إلا إذا كان قد اذن له القاضي صراحة بتأسيس الشركة، إلا أننا نرى لا حاجة للحصول على إذن خاص بتأسيس الشركة، لان الصغير المأذون يكون بمركز البالغ سن الرشد في حدود الأعمال المأذون له القيام بها، فإذا كان تأسيس الشركة من ضمن الأعمال التي تدخل في الإذن الخاص بالتجار جاز للصغير أن يصبح مؤسسا لشركة المساهمة أما إذا لم يشمل الإذن مثل هذا العمل فلا يجوز له ذلك⁵.

¹ محمد فريد العريني وجمال وفاء البدرى ومحمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص 120.

² نادية فضيل، أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري، المرجع السابق، ص 29.

³ فوزي محمد سامي، الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 266.

⁴ محمد فريد العريني وجمال وفاء البدرى ومحمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص 262.

⁵ فوزي محمد سامي، الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 267.

ثالثا: مسؤولية الشريك على ديونه بقدر حصته في البنك فقط

إن مسؤولية الشريك في شركة المساهمة تبقى محدودة بقدر مساهمته في رأسمالها ولهذا لا يجوز التنفيذ والحجز على أمواله الخاصة لاستفاء ديون الشركة، لأن ذمتها المالية تبقى مستقلة عن الذمة المالية للشركاء فيها، ولا يؤدي إفلاس الشركة لإفلاس الشريك المساهم فيها¹.

ولقد نهج المشرع السعودي نفس نهج المشرع الجزائري حيث انه نص على مسؤولية أعضاء شركة المساهمة هي مسؤولية محدودة بقدر قيمة الأسهم التي اشتركوا بها المادة 48 فلا يمكن لدائني الشركة أن يرجعوا عليهم للحصول على باقي ديونهم التي لم يكف للوفاء بها رأسمال الشركة، وكل مالهم هو الرجوع على المساهم بقيمة ما لم يدفع من السهم².

وقد نص المشرع اللبناني على نفس الشيء وهذا عملا بأحكام المادة 77 من القانون التجاري التي تنص على انه: "لا يسأل المساهمون عن ديون الشركة إلا بالنسبة لقيمة مقدماتهم، أي قيمة أسهمهم الاسمية المذكورة على السهم فهذه الشركة هي مغفلة"³ تؤلف بين أشخاص يكتتبون بالأسهم أي بأسناد قابلة للتداول ولا يكونوا مسؤولين إلا بقدر ما وضعوه من أموال وبالتالي يعود لدائني الشركة ملاحقة المساهمين بالنسبة لهذا الرصيد فقط⁴.

والمساهم في البنك تكون مسؤوليته محدودة بقدر قيمة الأسهم التي اشترك بها، ولهذا لا يجوز التنفيذ والحجز على أمواله الخاصة، وهذا يجعل المساهم في البنوك يأمن من الرجوع على أمواله الأخرى في حالة إشهار إفلاس البنك وكذلك يكون في مأمن عن بقية مخاطر المسؤولية التضامنية غير المحدودة المعروفة في شركات الأشخاص.

¹ طرايش عبد الغني، المرجع السابق، ص 56.

² صالح بن زابن البقمي، المرجع السابق، ص 274.

³ شركة مغفلة: يطلق بعض الدول العربية اسم شركة مغفلة على شركة المساهمة وهذا راجع لان شركة المساهمة لا يظهر فيها اسم الشركاء أو أحدهم والمساهمين قد لا يعرف بعضهم بعضا ولا يحق لأي من المساهمين التصرف أو التكلم باسم الشركة.

⁴ نعيم مغيب، المرجع السابق، ص 435.

رابعاً: ينقسم رأس مال البنك إلى أسهم قابلة للتداول بالطرق التجارية

شركة المساهمة هي الشركة الوحيدة التي أجاز لها القانون طرح أسهمها للتداول، وإصدار سندات مساهمة أو سندات استحقاق أو قيم منقولة أخرى¹، والبنك يعتبر من بين هذه الشركات حيث تنقسم حصص الشركاء في البنك إلى أسهم تكون قابلة للتداول بالطرق التجارية أي بالتسليم أو بالتظهير.

وتعد قابلية الأسهم للتداول بالطرق التجارية من أهم وأبرز خصائص شركة المساهمة، فعادة ما يكون عدد المساهمين كبيراً، وكثيراً ما تكون شخصياتهم مجهولة، في هذه الحالة، فان مصلحة الشركة تبدو في إمكانية تداول الأسهم حتى يقبل الناس على شرائها، وفي ذلك تعزيز لايمان الشركة وازدهارها².

ويعتبر حق المساهم في تداول أسهمه أحد حقوقه الأساسية التي لا يجوز حرمانه منها، لذلك يجب أن تكون لدى المساهم سلطة التخلي عن أسهمه في أي وقت حتى لا يكون حبيساً لها، ويبدأ سريان هذا الحق-كأصل عام-اعتباراً من تاريخ قيد شركة المساهمة بالسجل التجاري، وهو تاريخ اكتسابها الشخصية المعنوية، وتظل قابلية السهم للتداول قائمة حتى بعد صدور قرار انقضاء الشركة والى أن تزول شخصيتها القانونية بانتهاء عملية التصفية وإقفالها³.

وانتقال الحقوق بالطرق التجارية يتم دون حاجة إلى إجراءات معقدة مثلما هو الحال عليه بانتقال الحقوق بالطرق المدنية كحوالة الحق، فإذا كان الحق ثابتاً في السند لحامله فيتم تداوله بواسطة تسليم السند وإذا كان اسماً فهو لا ينتقل إلا بالقيد في سجل الشركة ويحل الممتاز إلى الجديد محل مالك السهم في كل ماله من حقوق قبل الشركة⁴.

وإذا كان الأصل في حرية التداول جواز تنازل المساهم عن أسهمه في كل وقت وبدون قيد من الشركة، إلا أنه لا يصح أن تكون هذه الحرية مطلقة في جميع الأحوال والظروف بحيث تصل إلى درجة التضحية بمصلحة الشركة ومساهمتها فقد اختلف الفقهاء، في ذلك بحجة أن قابلية السهم للتداول تعد ركناً أساسياً، وأن

¹ طرايش عبد الغني، المرجع السابق، ص 56.

² محمد فريد العريني وجلال وفاء البدري محمددين ومحمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص 259.

³ بن غالية سمية فاطمة الزهراء، حرية المساهم في التنازل عن الأسهم، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2008، ص 7.

⁴ بن بعبيش وداد، تداول الأسهم والتصرف فيها في شركات الأموال، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2017، ص 1.

كل قيد على حرية التداول ولو مؤقتا يفقد السهم ماهيته، ولكن أجاز الرأي السائد لدى الفقه¹، وغالبية التشريعات إقرار بعض القيود على التصرف في الأسهم وهي قيود ذات طبيعة مؤقتة لا تصل إلى حد إلغاء التداول أو تعطيله ولكن يقصد بها تنظيم التداول².

وفي ظل القانون الجزائري الحالي نلاحظ أن المشرع الجزائري قد أعطى تعريف للسهم بموجب المادة 715 مكرر 40 من القانون التجاري³، ولقد نص على بعض القيود الواردة على قابلية الأسهم للتداول بموجب المادة 715 مكرر 51 على أنه: "لا تكون الأسهم قابلة للتداول إلا بعد تقييد الشركة في السجل التجاري..."⁴، ويكون ذلك بقيدتها في دفاتر وسجلات الشركة، كما أورد بعض الاستثناءات على مبدأ حرية تداول الأسهم في الشرط الثاني من المادة 715 مكرر 51 حيث نصت على: "... وفي حالة الزيادة في رأس المال تكون الأسهم قابلة للتداول ابتداء من تاريخ التسديد الكامل لهذه الزيادة"⁵.

وهذا يعني أنه لا يجوز تداول الأسهم الخاصة بزيادة رأس المال، إلا بعد تسديد هذه الأسهم بالكامل.

"ويحضر التداول في الوعود بالأسهم، ماعدا إذا كانت أسهما تنشأ بمناسبة زيادة في رأسمال شركة كانت أسهمها القديمة قد سجلت في تسعيرة بورصة القيم وفي هذه الحالة لا يصح التداول إلا إذا تم تحت شرط موقف لتحقيق الزيادة في رأس المال، ويكون هذا الشرط مفترضا في غياب أي بيان صريح"⁶، ويقصد بالوعد بالأسهم تلك السندات المؤقتة التي تعطى للمكتتبين ريثما يتم إعادة الأسهم الاسمية أو لحاملها وتوزيعها على المساهمين، إذ لا يجوز تداول شهادات الاكتتاب وذلك في الفقرة السابقة على قيد الشركة في السجل التجاري، ومرد هذا الحضر هو أن بعض المؤسسين يقومون عند تأسيس الشركة بدعاية، وببالغون في بيان أغراض الشركة وغايتها، ثم يطرحون شهادات الاكتتاب في السوق فيقبل عليها المكتتبون، وتباع بأكثر من قيمتها الحقيقية تحت تأثير الدعاية الضخمة التي قام بها المؤسسون، ثم تتضح الحقيقة بنشر أعمال الشركة فتنهار قيمة الأسهم⁷.

¹ بن غالبية سمية فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 3.

² بن بعبيش وداد، المرجع السابق، ص 1.

³ المادة 715 مكرر 4: "السهم هو سند قابل للتداول تصدره شركة المساهمة كتمثيل لجزء من رأسمالها."

⁴ الفقرة الأولى من المادة 715 مكرر 51 من الأمر 59-75 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، المشار إليه سابقا.

⁵ الفقرة الثانية من المادة 715 مكرر 51 من الأمر 59-75 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، المشار إليه سابقا.

⁶ الفقرة الثالثة من المادة 715 مكرر 51 من الأمر 59-75 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، المشار إليه سابقا.

⁷ بن بعبيش وداد، المرجع السابق، ص 109.

وهناك أيضا بعض القيود الاتفاقية على تداول الأسهم حيث أنه يمكن النص في نظام الشركة على بعض القيود على تداول الأسهم أو على بعض الإجراءات التي تنظم هذا الحق، ولا يجوز وضع هذه القيود في نظام الشركة بعد إتمام إجراءات التأسيس، إلا إذا كان النظام يتضمن حق الجمعية العمومية غير العادية في وضع بعض القيود التي تراها على تداول الأسهم، ومن ثم يمكن النص في نظام الشركة على أن تكون أولوية شراء الأسهم للشركاء أو لبعضهم أو حتى للشركة نفسها، على أن يستخدم هذا الحق وفقا للمهلة والقواعد المنصوص عليها في النظام¹.

المطلب الثالث: الرقابة المصرفية ودورها في حماية العملاء.

تتبع أهمية الرقابة على المصارف من خلال الدور الذي تلعبه في الحرص على إلزامية البنوك والمؤسسات المالية بضمان حسن سير النشاط المصرفي واستمراريته².

وفي هذا الصدد وجدت الرقابة المصرفية بوصفها إجراءات وقرارات تفرض في حالات نص عليها القانون، تخضع لها المصارف لتكوين نظام مصرفي قادر على مواجهة المخاطر المصرفية أو الأزمات التي تتعرض لها الدولة.

وإلى جانب ذلك حماية المصرف ذاته من بعض العمليات أو التصرفات التي تؤدي إلى الأضرار به مما ينتج عنه من ضرر بالمودعين والمتعاملين معه والتأثر بشكل سلبي على الاستقرار في النظام الاقتصادي³.

الفرع الأول: تعريف الرقابة وأهميتها في حماية العملاء.

تستهدف الرقابة حماية مصالح كل من يتعامل مع البنوك وبصورة خاصة المودعين، فهي موضع ثقة أصحاب رؤوس الأموال، يودعون فيها أموالهم مطمئنين دون أن يطالبوها بفائدة مرتفعة أو دون فائدة، فالرقابة تستهدف حماية الودائع ليس فقط من إنكار البنوك لها بل أيضا من ضياعها نتيجة سوء استخدامها في

¹ محمد فريد العريني وجلال وفاء البديري ومحمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص 287.

² طباع نجاه، الوضعية القانونية للبنوك والمؤسسات المالية المتعثرة، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2016، ص 75.

³ إبراهيم إسماعيل ومحمد سلمان شكار، مفهوم رقابة البنك المركزي على المصارف، مجلة المحقق الجلي للعلوم القانونية والسياسية، ع2، السنة التاسعة، جامعة بابل، العراق، 2017، ص 165.

عملياتها، لأن البنوك لا تحتفظ بكل الأموال المودعة لديها معطلة في خزائنها وإنما تستخدمها في عمليات الائتمان بإقراضها للمستثمرين¹.

ويعتبر الدخول إلى المهنة المصرفية أهم مرحلة لتحقيق الهدف المرجو من الرقابة، إذ تعد بمثابة صمام الأمان للانطلاق السليم نحو تكوين نظام مصرفي متوازن ومستقل، وتتمثل في رقابة احترام الشروط الإجرائية وتلك الواجب توافرها في المؤسسين والمستخدمين المسييرين².

أولاً: تعريف الرقابة المصرفية.

حدد المشرع الجزائري بموجب المادة 117 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض الجهات المخولة بالرقابة البنكية إلا أنه لم يورد تعريفا لها وحسنا فعل كون التعريف هو من اختصاص الفقه.

والفقه بدوره لم يتمكن من إيجاد تعريف جامع ومانع للرقابة إذ يصعب إعطاؤه تعريفا دقيقا ثابتا، فكل ينظر إليه من زاوية معينة فمنهم من يرى أن الرقابة مجرد التأكد والتفتيش، ومنهم من يرى أن الرقابة هي التحقيق والحراسة، ويرجع هذا الاختلاف في تعريف الرقابة لتعدد صورها وأهدافها³.

1. التعريف اللغوي للرقابة:

أصل كلمة رقابة " رقب، يرقب، رقوبا، ورقابة أي حرس، انتظر، حاذر، رصد.

والرقابة تعني " القوة أو سلطة التوجيه كما تعني التفتيش ومراجعة العمل⁴.

وتعني المراقبة والملاحظة والحراسة وهي مشتقة من الفعل راقب، وراقبه يعني حرسه ولاحظه، ويتضح أن كلمة الرقابة وردت في القرآن الكريم مثال ذلك قوله تعالى: " ان الله كان عليكم رقبيا " سورة النساء. الآية

¹ عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري " الأوراق التجارية وعمليات البنوك، الجزء الثاني، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005، ص 299.

² عجرود وفاء، دور اللجنة المصرفية في ضبط النشاط البنكي في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2009، ص 49.

³ شيخ عبد الحق، الرقابة على البنوك التجارية، مذكرة ماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، قسم الحقوق، جامعة جمعة أحمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، 2010، ص 26.

⁴ السعيد بلوم، أساليب الرقابة ودورها في تقسيم أداء المؤسسة الاقتصادية دراسة ميدانية بمؤسسة المحركات والجرارات بالسوناكوم، مذكرة ماجستير في التنمية وتسيير الموارد البشرية، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الاجتماعية، قسم علم الاجتماع والديمقراطية، جامعة منتوري قسنطينة. 2008، ص 15.

واحد. ويستدل من معنى الرقابة من هذه الآية هو محاسبة الله تعالى لعباده، وذلك عن طريق مراقبته سبحانه وتعالى لجميع النشاطات والأعمال¹.

ولكلمة الرقابة في اللغة الإنجليزية معنى إيجابي وهو "السيطرة والإخضاع" أما في اللغة الفرنسية فهي تعني "سيطرة مكرهة" وهي من جهة أخرى تعني الفحص والبحث (examen)².

كما تعني في اللغة الفرنسية وفقا لقاموس (emellitre) ضد العمل، إذ أن أصلها ينقسم إلى جزأين الأول "contre" وتعني فيه المواجهة، والجزء الثاني "rol" أي السجل والقائمة، وقد فقدت هذا المعنى بتطور الزمن وأصبحت تعني الإشراف والمتابعة³.

2. التعريف الاصطلاحي للرقابة البنكية.

لقد وردت تعريفات كثيرة للرقابة اتفقت معظمها على أن الرقابة هي أداة إدارية تضمن سير الأعمال في الاتجاه الصحيح وان الإمكانات المادية والبشرية يتم استخدامها بطريقة تمكن الإدارة من الوصول إلى الأهداف المرسومة بكفاءة وفاعلية وفيما يلي بعض من تلك التعريفات⁴.

. لقد عرفت الرقابة البنكية بأنها الأدوات التي تستخدم لتحقيق الاستقرار الاقتصادي والمالي وإن هذه الأدوات تقوم بوضع الترتيبات المناسبة لتحقيق استقرار الجهاز البنكي وذلك عن طريق وسائل تؤدي إلى تقليل حجم المخاطر التي تتعرض لها المؤسسات البنكية⁵.

¹ بريش ريمة، الرقابة الإدارية على المرافق العامة، مذكرة ماجستير في القانون العام، تخصص قانون الإدارة العامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2013، ص 13

² شيخ عبد الحق، المرجع السابق، ص 27.

³ بريش ريمة، المرجع السابق، ص 13.

⁴ زردومي أحمد وبلوم السعيد، الرقابة الاستراتيجية ودورها في تقييم أداء الموارد البشرية، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 49 المجلد ب، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، جوان 2018، ص 332.

⁵ بركات سارة، دور تطبيق الإجراءات الاحترازية لإدارة المخاطر البنكية في تحسين الحوكمة المصرفية، دراسة حالة بنك سوسيتي جنرال الجزائر، أطروحة دكتوراه، الطور الثالث في العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، قسم العلوم الاقتصادية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2015، ص 4

كما عرفت الرقابة بأنها قياس الأداء وتصحيحه، بمعنى آخر هي التأكد بأنه قد تم انجاز كل الأنشطة والمهام والأهداف حسب التوقعات مع القدرة على تحديد الانحرافات ان وجدت وأسبابها وطرق علاجها أي جعل الأشياء تتم طبقا للطريقة أو الخطط الموضوعة لها¹.

كما تم تعريف الرقابة انطلاقا من مبادئها العامة، على أنها جزء أساسي من العملية الإدارية ويتمثل هدفها الرئيسي في التحقق من أن التنفيذ والأداء الفعلي يسيران طبقا للخطة الموضوعة، فهي ليست جامدة، حيث هناك حدود مسموح بها للاختلاف بين الخطة الموضوعة والتنفيذ كما تهدف الرقابة إلى تبيان نقاط الضعف، وتجنب الأخطاء وتصحيحها في حال وقوعها، ووضع النظم الكفيلة لعدم تكرار حدوثها².

أما العالم الفرنسي هنري فايول والذي يعد واحد من رواد الإدارة التقليدية، يعتبر تعريفه للرقابة من أقدم التعاريف وأشهرها في كتابه "الإدارة الصناعية والعامة 1916"، حيث عرف الرقابة بأنها "التأكد من أن كل شيء يتم حسب الخطة الموضوعة والتعليمات الصادرة والمبادئ القائمة وهدف الرقابة هو تشخيص نقاط الضعف والأخطاء وتصحيحها ومنع حدوثها في المستقبل، وتمارس الرقابة على كل الأشياء والناس والإجراءات"³.

ومما سبق نخلص إلى القول ان الرقابة المصرفية عبارة عن مجموعة الإجراءات والأساليب التي تقوم بها السلطة النقدية (المصرف المركزي) لضمان تنفيذ السياسة النقدية المرسومة بشكل صحيح، وتقييم أداء القطاع المصرفي والحفاظ على سلامة عمله، الامر الذي يوفر نظام مالي سليم يسهم بشكل فعال في تطور الاقتصاد الوطني وازدهاره⁴.

وتعتبر الرقابة المصرفية وسيلة أساسية في تسيير وتوجيه عمليات البنوك، والسماح لها بالتماشي بصفة قانونية عن طريق القيام بعملية المراقبة على أنشطة البنوك من خلال أدوات السياسة النقدية، فهذه الرقابة تحفز البنوك وتعطيها منافسة فيما بينها، كما أن هذه العملية تعطي البنوك الفرصة في خلق النقود عن طريق وضع

¹ بن الشيخ النوى نور الدين، الحماية القانونية للودائع المصرفية لدى المؤسسات البنكية في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في العلوم القانونية، تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2015، ص 135.

² منار حنيئة، المعايير الدولية للرقابة المصرفية وتطبيقها في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون العام، تخصص التنظيم الاقتصادي، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، الجزائر، 2014، ص 6.

³ زردومي أحمد وبلوم السعيد، المرجع السابق، ص 332.

⁴ مالكي محمد، الرقابة والإشراف على البنوك، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، 2012، ص

الودائع أو عن طريق توظيف الأموال، ومساعدة البنوك في جلب أكبر قدر من الأموال، من خلال تخفيض أسعار الفائدة¹.

ثانيا: أهمية الرقابة المصرفية في حماية العملاء

تمثل البنوك المكان الذي يحتفظ المجتمع بأمواله السائلة لديه لذلك من الضروري توفير الحماية والضمان والأمان لهذه الأموال من خلال وسائل الرقابة² وهذه الرقابة لا تمارس بصفة تلقائية بل هناك أجهزة تتكفل بهذه المهمة وتسهر على احترام القوانين والأنظمة واللوائح التي تصدر لتنظيم المهنة المصرفية والوصول إلى الأهداف المرجوة من مؤسسات القرض³، والحفاظ على السير الحسن للبنوك في إطار الأحكام والضوابط القانونية ولأجل حماية أموال العملاء من أي مساس أو اعتداء فان المشرع الجزائري نظم مجموعة من الهيئات لمراقبة البنوك والمؤسسات المالية⁴.

وتهدف الرقابة إلى خلق بيئة مصرفية مالية مواتية ومساعدة تمكن المؤسسات المالية التي تباشر أعمالا بنكية من تحقيق أهدافها وأهداف المتعاملين معها، مع تحقيق الأهداف الكلية للاقتصاد من خلال الأهداف الوسطية الآتية:

- حماية حقوق المودعين والدائنين والمساهمين بحيث يكون البنك في وضع سلامة وملائمة مالية لمقابلة سحبات أصحاب الودائع بحسب الطلب أو الأجل وتأمين البنك من حالات الإعسار⁵.
- خلق مناخ يتسم بالاستقرار والعمل على تعميق سلامة واستمرارية المؤسسات المصرفية ورفع أدائها، أي المساهمة بشكل بارز في منح القيمة الحقيقية في إدارة المخاطر في المصارف بالشكل الذي يعيد مفهوم

¹ بن عبد الرحمن أيمن، الرقابة المصرفية في الجزائر، دراسة من خلال مقررات بازل 1 و2، مذكرة ماجستير في علوم التسيير، فرع نقود ومالية، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، قسم علوم التسيير، جامعة الجزائر 3، 2011، ص 15.

² بوطوره فضيلة، دور نظام الرقابة الداخلية في الرصد والكشف المسبق لمخاطر القروض، دراسة حالة: بنك الفلاحة والتنمية الريفية، أطروحة دكتوراه علوم في العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، جامعة فرحات عباس، سطيف، الجزائر، 2016، ص 234.

³ دموش حكيم، مسؤولية البنوك بين السرية المصرفية وتبويض الأموال، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017، ص 128.

⁴ بن شيخ نور الدين، المرجع السابق، ص 138.

⁵ بركات سارة، المرجع السابق، ص 10.

المخاطر إلى مجاله الطبيعي وبالتالي تحقيق التوازن بين العوائد والمخاطر وبالتبعية تقليل احتمالات ظهور مشكلة التعثر المصرفي¹.

- تأسيس عناصر تأمين مستدامة من خلال نظام الإنذار المبكر للتنبه عن الانحرافات والاختلالات التي تشكل تهديدا للسلامة المالية للبنك.

- بسط الوعي البنكي الشمولي للمتعاملين بالبنوك عامة وللعاملين بالبنوك الخاصة.

- وضع الأطر القانونية واللوائح والمنشورات والتدابير التي تبين الحقوق والالتزامات.

- مراقبة وتوجيه الائتمان كما ونوعا².

بما أن الرقابة تلعب دورا مهما في حماية العملاء، ينبغي البحث حول الالتزامات البنكية التي تخضع للرقابة والتي إذا سهر البنك على توفيرها تؤدي إلى حماية الزبون المتعامل معه.

إن البحث في الالتزامات المصرفية التي تخضع للرقابة يستدعي منا التطرق إلى قواعد الحيطة والحذر التي يجب على البنوك احترامها إضافة إلى نسبة الاحتياطي الإلزامي المطلوب منها توفيره لضمان قدرتها على الوفاء، وإلا تعرضت إلى عقوبات صارمة حسب ما أورده المادة 114 من قانون النقد والقرض³.

1. رقابة مدى التزام البنك باحترام قواعد الحيطة والحذر:

قواعد الحيطة والحذر المصرفية هي عبارة عن قواعد للتسيير في الميدان المصرفي، والتي تلزم مؤسسات القرض احترامها من أجل ضمان سيولتها وبالتالي ملاءتها تجاه المودعين⁴.

لأن عجز مؤسسة بنكية ما يؤدي إلى إحداث آثار وخيمة على الاقتصاد، وبهذا تتم مراقبة تسييرها بشكل واسع لضمان قدرتها على الوفاء وحماية المتعاملين معها، إذ نعني بأشكال الحذر مجموعة اشكال التسيير

¹ سعاد عوف الله، استراتيجيات إدارة التعثر المصرفي-تجارب دول عربية-أطروحة دكتوراه في العلوم تخصص العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، قسم العلوم الاقتصادية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، 2015، ص 104.

² بركات سارة، المرجع السابق، ص 10.

³ زرواق عائشة، حماية زبناء البنك في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه الطور الثالث في القانون، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2019، ص ص، 48، 49.

⁴ جلييلة مصعور، المرجع السابق، ص 204.

العامّة الموجهة لضمان الاستقرار المالي لمؤسسات القرض أي للبنوك والمؤسسات المالية حسب تعبير المشرع البنكي الجزائري¹.

والسلطات النقدية في الجزائر حرصت على تطبيق هذه القواعد بالتدرّج بهدف ضمان سلامة البنوك وتعزيز مراكزها الائتمانية إزاء التحديات التي يواجهها القطاع البنكي الجزائري في ظل التطور المطرد للأنشطة البنكية². وذلك بضمان سيولة البنك وملائته وكذا قدرته على الدفع، وبالتالي الحفاظ على توازنه المالي وأموال المودعين وهذا ما أكدته نص المادة 97³ من الأمر 03-11 ولهذا الغرض خول لمجلس النقد والقرض بوصفه سلطة نقدية، تحديد المقاييس والنسب التي تطبق على البنوك والمؤسسات المالية، لا سيما فيما يخص تغطية المخاطر وتوزيعها، وعليه فإن المجلس فرض شروط إلزامية على مؤسسات القرض، قصد احترام قواعد الحذر في التسيير ويتجلى ذلك من خلال قواعد الملاءة وقواعد السيولة⁴.

2. التزام البنك بتوفير الاحتياطي الإلزامي:

ظهرت نسبة الاحتياطي كأداة للسياسة النقدية وأعطت الكثير من الدول للسلطات النقدية، السلطة في تغيير نسبة الاحتياطي وقد سارت الجزائر على نفس النهج، حيث تلتزم البنوك حسب مفهوم المادة 70 من الأمر رقم 03-11 ووفقا لما جاء في نص المادة 2 من النظام 04-02 بتكوين الاحتياطي الإلزامي⁵، أي أن البنك يلتزم بالاحتفاظ بجزء أو نسبة معينة من أصوله النقدية وودائعه في شكل رصيد دائن ودائم لدى بنك الجزائر، يضمن لهذا الأخير سلامة تنفيذه للسياسة النقدية التي يشرف عليها⁶.

تم تطبيق نظام الاحتياطي الإلزامي داخل النظام المصرفي الجزائري من خلال التعليم رقم 16-94 التي أقرت في إطار تنشيط السياسة النقدية أداة الاحتياطي الإلزامي من أجل مراقبة سيولة البنوك و ضبط

¹ بلعيد جميلة، المرجع السابق، ص 49.

² مراد لمين، الإطار القانوني لضمان مخاطر الائتمان في البنوك التجارية، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2015، ص 53.

³ المادة 97 من الأمر 03-11: "يتعين على البنوك والمؤسسات المالية وفق الشروط المحددة بموجب نظام يتخذه المجلس احترام المودعين والغير وكذا توازن بنيتها المالية..."

⁴ بعوش دليلة، النظام القانوني لحماية الودائع المصرفية، مذكرة ماجستير في القانون العام، تخصص التنظيم الاقتصادي، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، 2012، ص 21.

⁵ بعوش دليلة، المرجع السابق، ص 23.

⁶ زرواق عائشة، المرجع السابق، ص 54.

قدرتها على الإقراض والمخاطر المترتبة عنه¹ وتم تحديد نسبة هذا الاحتياطي في ظل التعليمات 74-94 بنسبة 2,5% من مجموع العناصر المذكورة في المادة الثانية من هذه التعليمات، بعد ذلك رفعت الى 4% وفقا للتعليمات 01-01 ثم رفعت الى 6,25% في التعليمات 02-06 ولعل ذلك راجع الى شعور البنك المركزي بتمادي المصارف التجارية في منح التسهيلات الائتمانية ثم عاد و انخفض في ظل التعليمات 05-01 إلى 1%².

ويقوم بنك الجزائر بتحديد نسبة الاحتياطي والتي تكون قابلة للتغيير إما بالزيادة أو بالنقصان وفقا للتغيرات التي تطرأ على الأوضاع الاقتصادية³، ولقد حدد النظام رقم 04-02 الحد الأدنى والحد الأقصى لنسبة الاحتياطي الإلزامي حيث نصت المادة 5 منه على: "لا يمكن أن تتجاوز نسبة الاحتياطي الإلزامي 15% ويمكن أن تساوي 0% يمكن ضبط نسبة الاحتياطي الإلزامي حسب طبيعة الاستحقاقات لا سيما الاستحقاقات ذات اجل استحقاق طويل"⁴.

وقد قام بنك الجزائر بعدة تعديلات على نسبة الاحتياطي الإلزامي مراعيًا في ذلك الحد الأقصى الذي حدده النظام 04-02 والمتمثل في 15% وكذلك الحد الأدنى حيث نص على أن نسبة الاحتياطي الإلزامي يمكن أن تساوي 0%.

والحد الأدنى الذي يمكن ان يساوي 0% حسب اعتقادنا يخص البنوك التي تكون في حالة إفلاس أو الموجودة في حالة التسوية القضائية وهذا ما نصت عليه أحكام المادة 3 من النظام 04-02 حيث نصت على: "رغم أحكام المادة 2 أعلاه، لا تلزم بتكوين الاحتياطي الإلزامي كل من البنوك الموجودة في حالة إفلاس وتلك الموجودة في حالة تسوية قضائية"⁵، كما انه يمكن ان يرخص لبنك بعدم تكوين الاحتياطي الإلزامي لفترة لا تتجاوز (6) ستة أشهر من طرف اللجنة المصرفية هذا ما نصت عليه المادة 17 من النظام رقم 04-02.

ومن بين التعديلات التي قام بها بنك الجزائر مؤخرا على نسبة الاحتياطي الإلزامي هي:

¹ زيدان محمد و حبار عبد الرزاق، مداخلة أقيمت في الملتقى الدولي حول إصلاح النظام المصرفي الجزائري في ظل التطورات العالمية الراهنة، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، المنعقد يوم 11 و 12 مارس 2008، ص 10.

² بعوش دليلة، المرجع السابق، ص 24.

³ زرواق عائشة، المرجع السابق، ص 55.

⁴ نظام رقم 04-02 مؤرخ في 12 محرم عام 1425 الموافق لـ 4 مارس سنة 2004 يحدد شروط تكوين الحد الأدنى للاحتياطي الإلزامي، ج ر عدد 27 الصادرة في 8 ربيع الأول عام 1425هـ الموافق لـ 28 ابريل سنة 2004.

⁵ نظام رقم 04-02، المشار اليه سابقا.

التعليمية 03-16 حيث نصت المادة 3 منه على " يحدد معدل الاحتياطات الإلزامية بـ 8% من وعاء الاحتياطات الإلزامية..."¹.

كما حافظ البنك الجزائري على هذه النسبة بموجب التعليمية رقم 01-2018².

أما آخر تعديل لنسبة الاحتياطي الإلزامي كان بموجب التعليمية رقم 01-19 حيث نصت المادة 3 منه على: "يحدد معدل الاحتياطات الإلزامية بـ 12% من وعاء الاحتياطات الإلزامية..."³.

يرجع اهتمام المشرع الجزائري بالاحتياطي الإلزامي لكونه يمثل ضمانا لحقوق المودعين من خطر ضياع أموالهم في حالة تعثر البنك أو إفلاسه، وذلك بتوفير السيولة اللازمة التي يحتاجونها متى أرادوا ذلك، وتزيد هذه الضمانة كلما زاد حجم هذه الموارد حيث لا يسمح لمساهمي البنك بالحصول على أي من هذه الأموال إلا بعد أن يحصل المودعين على حقوقهم كما تعتبر هذه النسبة وسيلة نقدية من وسائل البنك المركزي التي يهدف من خلالها إلى التحكم والرقابة على الائتمان المصرفي⁴.

الفرع الثاني: الرقابة كضمانة لحماية العملاء .

الرقابة هي متابعة تنفيذ السياسات الموضوعة والعمل على تقييمها وإصلاحها والتغلب على الصعوبات التي تعترض عملية التنفيذ، فالرقابة عملية متعلقة بالمستقبل⁵، وهي تعتبر وسيلة أساسية في تسيير وتوجيه عمليات البنوك والسماح لها بالتماشي بصفة قانونية عن طريق القيام بعملية المراقبة على أنشطة البنوك، فهذه الرقابة تحفز البنوك وتعطيها منافسة فيما بينها⁶، كما تهدف أساسا لحماية المصلحة العامة وذلك من خلال حماية الدائنين والمودعين لدى البنوك لا سيما الذين أودعوا أموالهم لديها على أساس الثقة والائتمان حتى في حالة وجود جهاز ضمان الودائع، فتضمن حماية الجهاز البنكي والمالي للصالح العام من التلاعب والاختلاس وفوضى التسيير وضمان استقراره⁷.

¹ Instruction N03-16 du 25 avril 2016 modifiant et complétant l'instruction n02-2004 du 13 mai 2004 Relative au régime des réserves obligatoires disponible sur : www.bank.of.algeria.dz.

² Instruction n 01-2018 du 10 janvier 2018 modifiant et complétant l'instruction n02-2004 du 13 mai 2004 Relative au régime des réserves obligatoires disponible sur : www.bank.of.algeria.dz

³ Instruction n 01-2019 du 14 février 2019 modifiant et complétant l'instruction n02-2004 du 13 mai 2004 Relative au régime des réserves obligatoires disponible sur : www.bank.of.algeria.dz

⁴ زرواق عائشة، المرجع السابق، ص، ص 55،56.

⁵ آيت بن عمر صونيه، البنك ودوره في توفير الاستثمار، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2006، ص 7.

⁶ بن عبد الرحمن أيمن، المرجع السابق، ص 15.

⁷ شيخ عبد الحق، المرجع السابق، ص.ص.32.33.

والمشروع الجزائري ويهدف تحقيق الاستقرار المالي للبنوك وبالتالي استقرار النشاط الاقتصادي العام للدولة¹، وحماية للعملاء والمصلحة العامة وأكملت الرقابة البنكية لمجموعة من الأجهزة داخل المؤسسة البنكية نفسها وهو ما يعرف بالرقابة الداخلية بالإضافة إلى فرض الرقابة من طرف أجهزة أخرى خارج المؤسسة البنكية وهو ما يعرف بالرقابة الخارجية.

أولاً: الرقابة الداخلية.

يتم تأسيس البنك في شكل شركة مساهمة خاضعة لأحكام القانون التجاري، وبالتالي فقد خصها المشروع بنوع من التنظيم والرقابة يختلف عن باقي الشركات التجارية الأخرى، هذا من جهة ومن جهة أخرى باعتبار البنك مؤسسة مهنية متخصصة مهمتها المتاجرة بالنقود فقد خصها قانون النقد والقرض بمجموعة من أحكام الرقابة الداخلية بهدف ضمان تحقيق التوازن المالي للمؤسسة البنكية لا نجد لها تطبيقاً في القانون التجاري².

1. رقابة البنك باعتباره شركة مساهمة:

نظراً لخطورة هذا الشكل من الشركات، كما قلنا سابقاً، واعتمادها على الادخار القومي، فنجد أن أغلب التشريعات القانونية في العالم قد وضعت العديد من القواعد لتنظيم الهيكل المالي للشركة، فلم يترك للمساهمين من خلال جمعيتهم العامة أو مجلس الإدارة حرية التصرف فيما تحققه الشركة من أرباح، بل استلزم التصرف فيها على نحو معين³، والمشروع الجزائري بدوره تدخل عن طريق فرض رقابة على هذه الشركات.

وموضوع الرقابة على أعمال الشركة في التشريع الجزائري ليس بالجديد وإنما عرف في ظل الأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، وقد زادت أهميته بصدر المرسوم التشريعي 93-08 المؤرخ في 25 أبريل 1993 المعدل والمتمم للأمر 75-59. عندما رأى المشروع الحاجة لفصل مهمة الإدارة عن مهمة الرقابة، وذلك باستحداثه النمط الجديد لتسيير شركة المساهمة أي شركة مساهمة ذات مجلس المديرين ومجلس المراقبة، بالإضافة إلى تغييره للنمط القانوني لوظيفة مندوب الحسابات التي انتقلت من المهام التعاقدية إلى المهام القانونية⁴.

¹. مراد لمين، المرجع السابق، ص 69.

². مراد لمين، المرجع السابق. ص 69.

³. جريو عادل، المرجع السابق، ص 3.

⁴. بدى فاطمة الزهراء، الرقابة الداخلية في شركة المساهمة، أطروحة دكتوراه، الطور الثالث في القانون، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2017، ص 6.

ومما سبق يمكننا تقسيم رقابة البنك باعتباره شركة مساهمة إلى رقابة فردية داخل البنك وتكون ممثلة في رقابة المساهم وكذلك رقابة مندوب الحسابات والى رقابة جماعية داخل البنك وتتمثل في رقابة الجمعية العامة للبنك ورقابة مجلس الإدارة للبنك.

أ . الرقابة الفردية داخل البنك:

تمارس الرقابة الفردية داخل البنك في شركة المساهمة أما من قبل المساهمين الذين يهتمون بالسير الحسن للشركة فيتولون مراقبة تسييرها بصفة فردية عن طريق ممارسة حقهم في الاطلاع على معلومات ووثائق خاصة بالشركة، إذ يعتبر حق الإعلام وسيلة من أنجح الوسائل التي تسمح للمساهم بالبقاء مرتبطا بالشركة ويمكنه من معرفة مختلف العمليات التي يقوم بها المسيرين، أو من قبل مندوب الحسابات الذي يسعى إلى حماية مصالح الشركة¹.

1.أ. رقابة المساهمين:

وسائل رقابة المساهم للشركة هي أساسا الحقوق التي أقرتها له التشريعات الحديثة في الشركة التي تمارس في غالبيتها في الجمعيات العامة كحقه في الإعلام والإفصاح وحقه في المشاركة والتصويت في الجمعيات العامة، وحقه في مسائلة الجهاز المسير للشركة، وحقه في اللجوء للقضاء ضد أي تصرف أو تجاوز يضر بمصلحة الشركة أو بالمصلحة الجماعية للمساهمين².

2.أ. رقابة مندوب الحسابات:

نص المشرع الجزائري على إلزامية تعيين محافظي حسابات للبنوك بموجب الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض وبما أن المؤسسة البنكية شركة مساهمة فهي ملزمة بتعيين محافظي الحسابات وفقا للشروط المحددة ضمن أحكام القانون التجاري، بالإضافة إلى الأحكام التي جاءت بها القوانين الخاصة³.

¹. بدى فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص10.

². خلفاوي عبد الباقي، رقابة بورصة القيم المنقولة على شركات المساهمة في التشريع الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 49، المجلد ب، جامعة الاخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، جوان 2018، ص 284.

³. مراد لمين، المرجع السابق، ص. ص. 72، 73.

ونظرا لأهمية مهنة محافظ الحسابات حرص المشرع الجزائري كل الحرص على التنظيم الجيد لها، ليكون أداؤها جيدا وهذا ما جاء في القانون 91-08 الصادر سنة 1991 المتعلق بمهنة محافظ الحسابات، وألغى هذا القانون بالقانون 10-01 المؤرخ في 29 جوان 2010¹.

ولقد حاول المشرع الجزائري إعطاء تعريف لمحافظ الحسابات بموجب المادة 22 من القانون رقم 10-01 المؤرخ في 29 جوان 2010 حيث نصت على: "يعد محافظ حسابات في مفهوم هذا القانون، كل شخص يمارس بصفة عادية باسمه الخاص وتحت مسؤوليته، مهمة المصادقة على صحة حسابات الشركات والهيئات وانتظامها ومطابقتها لأحكام التشريع المعمول به"².

أما فيما يخص رقابة مندوبي الحسابات فقد نصت المادة 715 مكرر 4 من القانون التجاري على مهامهم الرقابية حيث نصت على: "... تتمثل مهمتهم الدائمة، باستثناء أي تدخل في التسيير، في التحقيق في الدفاتر والأوراق المالية للشركة وفي مراقبة انتظام حسابات الشركة وصحتها كما يدققون في صحة المعلومات المقدمة في تقرير مجلس الإدارة أو مجلس المديرين، حسب الحالة، وفي الوثائق المرسلة الى المساهمين حول الوضعية المالية للشركة.

. ويصادقون على انتظام الجرد وحسابات الشركة والموازنة وصحة ذلك.

. ويتحقق مندوبو الحسابات إذا تم احترام مبدأ المساواة بين المساهمين.

. ويجوز لهؤلاء أن يجروا طيلة السنة التحقيقات التي يرونها مناسبة.

. كما يمكنهم استدعاء الجمعية العامة للانعقاد في حالة الاستعجال..."³.

ويمكن استخلاص المهام الرقابية لمندوب الحسابات من المادة السابقة وتقسيمها الي مهام رقابية عامة حيث يتولى فيها مراقبة حسابات الشركة ومراقبة المعلومات المقدمة للمساهمين وتقسم كذلك الي مهام رقابية

¹ طيطوس فتحي، محافظ الحسابات في الجزائر، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد التاسع، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2013، ص.39.

² -loi N10-01 du 16 rajab 1431 correspondant au 29 juin 2010 relative aux professions d'expert. Comptable de commissaire aux comptes et de comptable agréé, JORAD, N 42 du 28 rajab 1431 correspondant au 11 juillet 2010.

³ الأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري، المشار اليه سابقا.

استثنائية تتمثل في رقابة مندوب الحسابات للحياة الاجتماعية للشركة ورقابة التعديلات التي تطرأ على القانون الأساسي واستدعاء الجمعية ومهمة الإنذار.

ب . الرقابة الجماعية داخل البنك:

يقصد بالرقابة الجماعية تلك التي تمارس من قبل أشخاص في إطار هيئة معينة، تتمثل في الجمعية العامة العادية باعتبارها السلطة العليا في الشركة، ومجلس الإدارة أو مجلس المراقبة حسب الحالة، تتولى هذه الهيئات الرقابة على تسيير أعمال الشركة¹.

ب 1-رقابة الجمعية العامة:

تعتبر الجمعية العامة للمساهمين مصدر السلطات لأنها تضم جميع المساهمين في الشركة، حيث يعود إليها اتخاذ القرارات بإنشاء الشركة والتصديق على نظامها الأساسي وتعيين أعضاء مجلس الإدارة والمحاسبين².

أما بالنسبة لرقابة الجمعية العامة فإنه يمكن تقسيمها إلى المراقبة السابقة للجمعية العامة وتتمثل في صلاحية الجمعية في تعيين القائمين بالإدارة وتحديد سلطاتها وكذلك تتمثل في صلاحيتها في منح الترخيص للمسيرين.

أما المراقبة اللاحقة للجمعية العامة فهي تتمثل في صلاحية مراقبة تسيير المسيرين، وكذلك صلاحية عزل أعضاء الهيئة الإدارية الرقابية.

ب.2-رقابة مجلس الإدارة:

يخول لمجلس الإدارة بوضع استراتيجيات لمصادر الأموال واستخدامها في البنك، وكذلك تعيين الموظفين واختيار المدراء ووضع سياسات التسيير ليكون البنك قويا ويحقق أهدافه، ويقع على مجلس الإدارة التأكد من وجود هيكل فعال لإدارة المخاطر الائتمانية باعتباره المسؤول الأول أمام المساهمين عن حماية أموالهم والحفاظ على مصالحهم من خلال ما يتمتع به من سلطة التسيير والمراقبة في آن واحد³.

¹. بدي فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 134.

². جريو عادل، المرجع السابق، ص 7.

³. مراد لمين، المرجع السابق، ص 70.

2. رقابة البنك باعتباره شركة مساهمة ذات نظام خاص (الرقابة الداخلية للبنك):

الرقابة الداخلية تعد عنصرا أساسيا فعالا في إدارة المصرف ويشكل أساس العمليات السليمة والحكيمة للمؤسسات المصرفية في الحصول على ضوابط داخلية قوية، كما تمكن البنك من التحقيق الأفضل لأهدافه وغاياته الربحية على المدى الطويل، بالإضافة إلى ضمان موثوقية تقاريره المالية الخارجية¹.

هذا وتعتبر الرقابة الداخلية إحدى الأسس الرئيسية التي يسير عليها العمل في أي مشروع أو بنك²، وهي تعتمد على متابعة العمل من طرف البنك المعني بالأمر وتحديد الانحرافات والأخطاء الحاصلة والعمل على علاجها أو تصحيحها فور حدوثها، والتأكد من أن العمل يسير وفقا للخطط الموضوعة³، وحرصا على الرقابة الداخلية للبنوك قام المشرع الجزائري بإصدار عدة قوانين لتنظيم الرقابة الداخلية للبنوك ومن بينها النظام رقم 03-02 المتضمن الرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية⁴، الذي قام بإلغائه بموجب صدور النظام رقم 08-11 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية⁵، وقد نص في المادة 4 منه على محتويات جهاز الرقابة الداخلية الذي ينبغي على البنوك والمؤسسات المالية أن تضعه خصوصا، على ما يأتي:

. نظام رقابة العمليات والإجراءات الداخلية.

. هيئة المحاسبة ومعالجة المعلومات.

. أنظمة قياس المخاطر والنتائج.

. أنظمة المراقبة والتحكم في المخاطر.

. أنظمة حفظ الوثائق والأرشيف.

¹ مالكي محمد، المرجع السابق، ص 92.

² خليل الرفاعي، تقييم متانة الرقابة الداخلية على التسهيلات المباشرة في البنوك الإسلامية الأردنية، مداخلة أقيمت في الملتقى الدولي حول الأداء المتميز للمنظمات والحكومات، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، يومي 08 و09 مارس 2005، ص 1.

³ شيخ عبد الحق، المرجع السابق، ص 40.

⁴ Règlement N08-2011 du 28 novembre 2011 relatif au contrôle interne des banques et établissements financiers، disponible sur www.banq.of.algeria.dz

⁵ Règlement N 2002-03 du 14 novembre 2002 portant sur le contrôle interne des banques et établissements financiers، disponible sur www.bank.of.algeria.dz

وحرصا على ضمان استقرار القطاع البنكي عمل المشرع الجزائري على تدعيم وسائل الرقابة البنكية بحيث ألزم بموجب الأمر رقم 10-04 المعدل للأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض البنوك باستحداث جهاز رقابة داخلي ناجع، وكذا وضع جهاز رقابة المطابقة ناجع¹.

ولعل تقويم كفاية نظام الرقابة الداخلية والتنظيم الإداري الذي يعد من واجبات البنك ويتعين علي البنك المركزي مراعاته بشدة، من خلال وضع إجراءات رقابية بل أنه قد يكون من الملائم حول ذلك، تطوير مفهوم التدقيق الداخلي في المؤسسات البنكية، بحيث توضع برامج خاصة لإدارة المخاطر التشغيلية يمكنها أن تقدم الأمن والسلامة للبنوك، إذ الملاحظ أن بعض البنوك تعمد الي وضع شروط قسرية في عقود القرض التي تبرمها مع المقترضين، كأن تشترط استحقاق القرض كاملا دفعة واحدة في حالة تخلف المقترض عن سداد أحد الأقساط في موعدها، علي سبيل المثال والأمر في الأمر أنها لن تتواني في التنازل عن مثل ذلك الشرط إلا بشرط آخر لا يقل قساوة عن سابقه حيث تشترط إعادة جدول الدين مرة أخرى بشروط تكاد تكون عسيرة علي المقترض مما يؤدي في آخر المطاف إلى تعقد المنازعات بين الطرفين وصيرورتها أمام المحاكم المختصة².

ثانيا: الرقابة الخارجية.

تمارس الرقابة الخارجية بواسطة أجهزة مستقلة ومتخصصة من خارج البنك أو المؤسسة المالية الواقعة تحت الرقابة وتمارس عملها وفق الصلاحيات الممنوحة لها في القانون، كما أنها تتمتع بالحيادية والشفافية في تبيان الحقائق المالية، ويمكن للبنوك والمؤسسات المالية أن تلجأ إلى الخبرة الخارجية في أي وقت لتقييم نشاطها المالي بشكل عام أو خاص بنقطة معينة أو تقييم الإجراءات التي تنتهجها في عملية التسيير الشاملة أو تسيير المخاطر بأنواعها³.

ولقد حدد المشرع الجزائري الجهات المكلفة بالرقابة الخارجية وبين تشكيلها ومهامها الرقابية بموجب الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم، وهذا قصد ضمان التحكم السليم في أموال الزبائن

¹ مراد لمين، المرجع السابق، ص 78.

² خليفة بن محمد الحضرمي، مسؤولية البنك في عملية الائتمان الداخلي، القرض-الاعتماد البسيط، ط1، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2015، ص 61.

³ ختير فريدة، الرقابة المصرفية في الجزائر، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص علوم قانونية، فرع قانون البنوك، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الجيلاي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2018، ص 31.

المودعين، والسهر على السير الحسن لها ضمن ما يفرضه قانون النقد والقرض والأنظمة المطبقة له من جهة والقواعد العامة من جهة أخرى¹.

وأهم الجهات الخارجية التي تقوم بالرقابة الخارجية على البنوك هي اللجنة المصرفية التي تعتبر في الجزائر سلطة رقابية بامتياز على القطاع البنكي والمالي إلى جانب مجلس النقد والقرض وبنك الجزائر².

1. رقابة اللجنة المصرفية:

تمارس اللجنة المصرفية رقابة خارجية، وهي هيئة تم إنشاؤها بموجب المادة 143 من القانون 90-10 المتعلق بالنقد والقرض الملغى وتتمثل مهمتها الأساسية في السهر على مراقبة تطبيق البنوك للقوانين والأنظمة التي تحكمها وبمعاينة المخالفات المثبتة، وقد أبقى الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض على تأسيس "اللجنة المصرفية" بموجب المادة 105 منه³.

وتقوم اللجنة المصرفية في هذا الصدد بتنظيم عمليات تفتيش ومراقبة المؤسسات المالية بنوعها تحت إشراف بنك الجزائر، ويختلف أسلوب الرقابة الذي تمارسه اللجنة باختلاف المنهج المعتمد في ذلك، فقد تكون المراقبة عن طريق الوثائق والتصريحات التي ترسلها البنوك إلى البنك بشكل دوري ومنتظم والتي يطلق عليها الرقابة السابقة، كما قد تكون الرقابة مباشرة في عين المكان وذلك عن طريق فحص الملفات والمستندات وكل الوثائق المتعلقة بالعمليات المصرفية في إطار الزيارات الميدانية التي تقوم بها اللجنة⁴.

2. رقابة البنك المركزي:

من السلطات التي تقوم بالرقابة على البنوك والمؤسسات نجد بنك الجزائر الذي يتمتع بأهم دور له في تسيير السياسة النقدية والإشراف على البنوك والمؤسسات المالية وراقبتها، باعتباره سلطة إشرافية عامة و "بنكا للبنوك" على قمة النظام البنكي في كل دولة⁵، وهو الذي يمنح تراخيص العمل للبنوك وهو الملجأ الأخير للاقتراض⁶.

¹. زرواق عائشة، المرجع السابق، ص 59.

². بلعيد جميلة، المرجع السابق، ص. ص 20، 21.

³. جليله مصعور، مسؤولية البنك عن الائتمان المصرفي في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في القانون، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة باتنة 1، الجزائر، 2016، ص 257.

⁴. العيد سعيدة، المرجع السابق، ص 261.

⁵. بلعيد جميلة، المرجع السابق، ص 101.

⁶. بركات سارة، المرجع السابق، ص 5.

ومنح المشرع الجزائري بموجب قانون النقد والقرض لبنك الجزائر العديد من الصلاحيات يهدف من خلالها إلى المحافظة على استقرار النظام المصرفي بصفة عامة، وحماية الزبائن على وجه الخصوص، ومن بين هذه الصلاحيات سلطته في الرقابة على مختلف البنوك العاملة في التراب الوطني¹.

باعتباره المصدر الأصلي للسيولة والمتحكم في إعادة تمويل البنوك، هذه الرقابة الإجبارية التي تعكس تدخل الدولة في تنظيم العمل المصرفي قد تبنتها القوانين منذ مطلع القرن العشرين حماية لحقوق المساهمين وصغار المودعين من الضياع حيال الأزمات الاقتصادية وسوء إدارة بعض المصاريف²، وهو يتبع في ذلك عدة أساليب، بغرض المحافظة على أموال المساهمين والمودعين والتأكد من مدى التزام هؤلاء بما هو منوط بهم، ولعل أهم هذه الأساليب هو إنشاؤه لعدة هياكل تتميز بدورها الفعال في مراقبة أعمال البنوك فيكون لها الأثر البالغ في حماية الزبون³.

والبنك المركزي هو المسؤول عن السياسة النقدية أو الرقابة على الائتمان وتمثل هذه الوظيفة أهم وظائف البنك المركزي في العصر الحديث نظرا للأهمية التي تحتلها السياسة النقدية وتأثيرها على الاقتصاد، إذ أن الأمر الرئيسي لقيام البنك المركزي بهذه الوظيفة هو بسبب البنوك التجارية الصادرة للقروض أي أنها تؤثر على عرض النقود، وبالتالي على سير النشاط الاقتصادي، فلا يمكن أن تترك البنوك التجارية لوحدها في إتباع السياسة الائتمانية المناسبة لها.

ذاك أن التوسع في الائتمان الممارس من طرف البنوك التجارية قد لا يكون مناسباً مع الظروف الاقتصادية السائدة، إذن يجب على البنك المركزي أن يتدخل للحد من التوسع في الائتمان والعكس صحيح⁴.

3. رقابة مجلس النقد والقرض:

يعتبر مجلس النقد والقرض سلطة نقدية تصدر الأنظمة المتعلقة بالمجال البنكي والمالي، يتمتع بصلاحيات إصدار النقد وكذا تغطيته، ومقاييس وشروط عمليات البنك المركزي لا سيما خصم السندات تحت

¹. زرواق عائشة، المرجع السابق، ص 60.

². ختير فريدة، المرجع السابق، ص 95.

³. زرواق عائشة، المرجع السابق، ص 60.

⁴. مولاي ختير صالح صابري، تأثير القواعد الاحترافية من بازل 1 الى بازل 3 على التسيير المالي في البنوك الجزائرية العمومية، أطروحة دكتوراه الطور الثالث، تخصص بنوك، كلية العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم التجارية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2018، ص 15.

نظام الأمانة، ورهن السندات العامة والخاصة والعمليات المتصلة بالمعادن الثمينة والعملات، كما يحدد السياسة النقدية والإشراف عليها ومتابعتها وتقييمها¹.

ويرى جانب من الفقه أن إخضاع البنك إلى رقابة استثنائية غير الذي يخضع له التجار عموماً، والتي تفرضها الحكومة ينبغي لها ألا تغفل أن البنك تاجر يسعى وراء الربح أو على الأقل، وأيا كان هدفه، ليس مفروضاً فيه أن يخسر وأنه ملزم كمؤسسة اقتصادية، بإتباع أسلوب معين في إدارته متناسب مع نشاطه الجوهري وهو عمليات الاعتماد، ولهذا فإن كل مبالغة في الرقابة أو التدخل في إدارته يكون له أثر سيئ على أدائه².

¹. بلعيد جميلة، المرجع السابق، ص 127.

². عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص 300.

خلاصة الفصل:

لقد حاولنا من خلال هذا الفصل التطرق إلى النظام البنكي الجزائري حيث تناولنا في المبحث الأول ماهية البنك وحاولنا أن نصل إلى تعريف للبنك من خلال التعاريف السابقة وهذا بالرغم من اعترافنا بعدم وجود تعريف جامع ومانع للبنك وهذا نظرا إلى تنوع واختلاف العمليات التي يقوم بها البنك ولسرعة تطور هذه العمليات وكذلك لاختلاف الاتجاهات الاقتصادية لكل دولة.

كما تطرقنا في هذا المبحث إلى تطور النظام البنكي الجزائري من الاستقلال إلى يومنا هذا وهذا من خلال استقراءنا لمختلف القوانين التي لها علاقة بالنظام البنكي الجزائري ودراسة قوانين النقد والقرض وتعديلاتها المختلفة، وتوصلنا إلى نتيجة مفادها هيمنة السلطة التنفيذية وعلى رأسها رئيس الجمهورية على سلطة النقد والقرض وأن الادعاء باستقلالية بنك الجزائر ما هو إلا وهم فقط وهذا يبين كذلك ان البنك المركزي هو هيكل بدون معني أو جسد بدون روح.

أما المبحث الثاني الذي جاء تحت عنوان الطبيعة القانونية للبنك فقد تناولنا فيه البنك باعتباره شركة تجارية كما تناولنا البنك باعتباره شركة مساهمة وهو الشكل الذي فرضه المشرع الجزائري على البنوك.

وبالمقارنة بين التشريع المصرفي الجزائري والتشريع المصرفي الفرنسي نلاحظ أن المشرع الفرنسي ترك المجال مفتوح في اتخاذ البنوك والمؤسسات المالية أي نموذج من نماذج الشركات وبهذا قام المشرع الفرنسي بفتح المجال لكل المستثمرين الراغبين في الولوج إلى المهنة البنكية بغض النظر عن كونهم من كبار المستثمرين وهذا تجسيدا لمبدأ المساواة وحرية التنافس بينما المشرع الجزائري فقد أغلق المجال المصرفي وأشترط أن يتخذ البنك والمؤسسات المالية شكل شركة مساهمة وصحيح أن في هذا إقصاء لفئة معينة من المستثمرين وترك المجال لأصحاب الأموال الكبيرة فقط ولكن باعتبار أن الجزائر دولة نامية ودولة حديثة فنحن نرى أن المشرع الجزائري حسنا فعل بالزام من يريد الولوج إلى المهنة البنكية أن يؤسس البنك في شركة مساهمة وهذا راجع لما يتميز به هذا النموذج من قدرات على جمع الأموال والنهوض بالمشاريع الاقتصادية الكبرى التي يعجز أمامها الأفراد وشركات الأشخاص وكذلك أن هذا الشكل يسهل على الدولة مهمة الرقابة، بالإضافة إلى أن هذا النموذج يتضمن حماية للمساهمين والمتعاملين وحتى الغير من خلال إجراءات تكوين شركة مساهمة وإدارتها الدقيقة والمتشددة.

ومن هنا يمكننا القول بأن المشرع الجزائري قد وفق حينما فرض على الراغبين في تأسيس البنوك أن يأخذ البنك شكل شركة المساهمة.

الفصل الثاني
الطبيعة المزدوجة
لمسؤولية
البنك المدنية

كلما تطورت الحضارة زادت العلاقات الاجتماعية تعقداً، وأصبح نشاط كل واحد معرضاً أكثر فأكثر لإلحاق الأذى بالغير وأصبح من الصعب التصرف دون خطأ الأضرار¹.

فكثرت الحوادث وكثر معها اتجاه المصابين إلى القضاء يطالبون بالتعويض عن هذه الأضرار والمخاطر.

لهذا نستطيع القول اننا نعيش اليوم عصر المسؤولية المدنية بأوسع معاني هذه الكلمة بل أن الأستاذ الكبير (توك Tunc) لم يبعد عن الحقيقة كثيراً عندما قال ان المسؤولية هي مظهر عزة الإنسان وكرامته².

تعرف المسؤولية المدنية حسب النظرية التقليدية (أو نظرية ازدواج المسؤولية) بصفة عامة على أنها: إخلال الشخص بموجب يقع عليه ومفروض عليه تنفيذه إما قانوناً أو التزاماً وهنا تقوم المسؤولية نتيجة إخلال الفرد بالتزام بين طرفين نتج عنه ضرر، وهذا الضرر يقابله التعويض، والمسؤولية هنا تعني التزام الشخص بالتعويض عن الضرر الذي سببه للغير³.

والمسؤولية المدنية هنا تكون إما مسؤولية مدنية عقدية إذا كان مرتكب الخطأ تربطه بالمتضرر رابطة تعاقدية مثالها المشتري الذي لا يفي بثمان المبيع المسلم له⁴.

وإما تكون مسؤولية تقصيرية التي تنشأ عن الإخلال بالتزام قانوني مصدرها الفعل الضار الذي يرتب عليه القانون التزاماً بالتعويض⁵.

إن المبادئ العامة للمسؤولية المدنية تمثل طريقاً لتحسين سبل أداء العمل المهني البنكي فالمقرر قيام المسؤولية المدنية للبنوك وفق القواعد العامة، حيث تكون مسؤولية عقدية متى ما كان هناك إخلال بتنفيذ عقد

¹ علي علي سليمان، التأمين والمسؤولية المدنية، كليك للنشر، ط 1، الجزائر، 2008، ص 20.

² حسن علي الذنون، المسبوط في شرح القانون المدني، الضرر، وائل للنشر، الجزائر، ط 1، 2006، ص 27.

³ منصور عمر المعاطبة، المسؤولية المدنية والجناحية في الأخطاء الطبية، ط 1، مطبعة جامعة نابف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، 2004، ص 37.

⁴ حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 12.

⁵ دمانة محمد، دفع المسؤولية المدنية للناقل، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2011، ص 285.

رابط بين البنك وعميله البنكي، كما تكون مسؤولية تقصيرية كلما كان المتضرر غيرا بالنسبة للمصرف وارتكب الأخير خطأ يعتبر إخلالا منه بالتزام الذي يفرضه القانون على الجميع¹.

ومما سبق نستنتج أن المسؤولية المدنية للبنك تخضع سواء في مواجهة العميل او في مواجهة الغير للقواعد العامة للمسؤولية المدنية من ضرورة توافر أركانها الأساسية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر².

فتتعدد بذلك حالات قيام المسؤولية البنكية اتجاه المتعاملين معها، من مسؤولية مدنية، فقد تكون تقصيرية تنتج عن مخالفة القاعدة العامة، التي تبنى على العناصر المعروفة في المادة 124 من القانون المدني المتمثلة في الخطأ الضرر وعلاقة السببية كما قد تكون عقدية متى امتنع البنك عن تنفيذ التزامه العقدي او نفذه على وجه معين ألحق الضرر بالعميل نتيجة لخطئه وعدم تبصره³.

ومن خلال ما سبق فإننا ارتأينا تقسيم ها الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: المسؤولية العقدية للبنك.

المبحث الثاني: المسؤولية التقصيرية للبنك

¹ خليفة بن محمد الحضرمي، العمليات البنكية ومسؤولية البنك المدنية، ط1، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، 2015، ص 55-56.

² براهيمى بديعة، مسؤولية البنك عن أخطاء المديرين، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2017، ص 114.

³ حوالمف حليلة، مسؤولية البنك بمناسبة الوفاء بقيمة الشيك، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2016، ص 08.

المبحث الأول: المسؤولية العقدية للبنك

لا شك في أن قيام العقد في عالم الوجود يفرض على الكافة واجبا سلبيا عاما يتمثل بالزامهم باحترام العقد و الآثار الناتجة عنه أيا كانت هذه الآثار عينية أم شخصية وهذا الواجب السلبى العام يجد سنده في مبدأ حجية العقد الذي يجعل من العقد متى ما كان مستوفيا لأركانه وشروطه حجة على الكافة¹، ولقد نصت المادة 106 من القانون المدني الجزائري على أن: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون"² ويقابل هذه المادة، المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي والتي تندرج تحت هذا المعنى³. هذا يعني ان العقد يعقد لينفذ، ولكل من طرفيه الحق في استيفاء حقه عينا كما ورد فيه، هذه هي القاعدة الأساسية التي يقوم عليها النظام القانوني للعقد فكل طرف في العقد التزم بموجب معين يقابله موجب حددت مواصفاته بالذات وقد علق منفعة معينة على استوائه بالذات⁴، وينتج عن عدم تنفيذ التعهد الناتج عن الاتفاقية مسؤولية عقدية⁵.

وحتى تقوم المسؤولية العقدية للمصرف فلا بد من وجود عقد بين البنك وأحد العملاء ويتفق فيه العميل مع البنك على أن يقوم البنك بأداء أحد الخدمات المصرفية وان يكون ذلك البنك قد توافرت له كافة شروط وجوده وصحته القانونية⁶، ويتعرض البنك للمسؤولية المدنية بشكل عام، إذا أخل بأحد التزاماته الناشئة عن عقد من عقود العمليات البنكية وترتب من جراء هذا الإخلال ضرر للزبون، أو نفذ العقد تنفيذا سيئا ومخالفا لما استقر عليه العرف البنكي⁷.

¹ نيراس زاهد جابر الزيايدي، المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال الغير بالعقد (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 01، جامعة بابل العراق، السنة العاشرة، 2018، ص 405.

² الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني المشار إليه سابقا.

³ Ali benchneb, le droit algérien des contrats donnés fondamentales, Edition AJEd, 2001, p 59.

⁴ مصطفى العوجي، القانون المدني الجزء الثاني المسؤولية المدنية، ط 4، دار منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 23.

⁵ د. سيد أحمد موسوي، ترجمة د. رؤوف سبهاني المسؤولية المدنية للحفاظ على الأشياء، ط 2، دار منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011، ص 20.

⁶ مصطفى عمار، مسؤولية البنك عن جريمة تبييض الأموال في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في الحقوق، فرع قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2009، ص 105.

⁷ بوزيدي الياس، السرية في المؤسسات المصرفية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2018، ص 178.

وسواء كان الإخلال من جانب البنك نفسه أو من جانب ممثله القانوني أو المعبر عن إرادته بوصفه شخصا اعتباريا أو تابع له أو من شخص استعان به البنك في تنفيذ التزامه أو من تابعي هذا الشخص¹.

المسؤولية العقدية للبنك تعتبر الملاذ الأقوى للعميل للجوء إلى القضاء لاستقاء حقه في التعويض عن الضرر الذي أصابه²، وعلى هذا الأساس فإنه يشترط لقيام المسؤولية العقدية وجود عقد صحيح واجب التنفيذ لم يقم البنك بتنفيذه وأن يرجع عدم تنفيذه إلى خطأ البنك وفي حالة انتفاء الخطأ بقيام السبب الأجنبي فلا محل للمسؤولية³.

وعليه قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين هما:

المطلب الأول: شروط المسؤولية العقدية للبنك.

المطلب الثاني: أركان المسؤولية العقدية للبنك.

¹خالدي أمين، الالتزامات المصرفية عند فتح الاعتماد المستندي، أطروحة دكتوراه في العلوم تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق بن يوسف بن خدة جامعة سعيد حمدين، الجزائر، 2017، ص 352.

² ايمان كريم، الأساس القانوني للمسؤولية المدنية عن إفشاء السر البنكي، مجلة جامعة البحث، المجلد 39، العدد 21، حمص، سوريا، 2017، ص 64.

³ جلييلة مصعور، المرجع السابق، ص 135.

المطلب الأول: شروط المسؤولية العقدية للبنك

لقيام مسؤولية البنك ينبغي توافر نفس الشروط اللازمة لقيام المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي¹، وهي أن يكون هناك عقد صحيح بين الطرفين المتعاقدين وأن ينصب الإخلال على التزام ناشئ من هذا العقد أي إذا أخل المصرف بالتزامه العقدي²، وأن يترتب الضرر على عدم تنفيذ الالتزام أو على الإخلال بتنفيذه، وأن يصيب الضرر أحد المتعاقدين.

ويضاف إلى هذه الشروط شرط خاص بالمسؤولية العقدية عن فعل الغير هو أن يكون الغير من الأشخاص الذين سأل عنهم المدين، وتسبب بفعله في الإخلال بالالتزام العقدي

وحتى يتسنى لنا اعمال المسؤولية العقدية للبنك يتوجب علينا استجماع ثلاثة شروط:

1. الشرط الأول: وجود عقد بين المسؤول والمضروب.
2. الشرط الثاني: أن يكون هذا العقد صحيحاً.
3. الشرط الثالث: أن يكون الضرر ناتجاً عن الإخلال بإحدى التزامات العقد³.

فيما يخص الشرط الثالث نحن نرى أنه يتدرج ضمن أركان العقد وليس ضمن الشروط لذا سنتطرق إلى هذا الشرط ضمن أركان المسؤولية العقدية للبنك.

الفرع الأول: وجود عقد بين البنك والعميل

يعتبر العقد من أهم مصادر الالتزامات التي تربط الفرد في معاملاته مع غيره، إذ أن تعامل الأفراد فيما بينهم يستند في كثير من الأحيان إلى إبرام عقود مختلفة، تنشأ عنها التزامات متقابلة لكلا الطرفين المتعاقدين⁴.

¹ ماهر مريم، التزام البنك بالمحافظة على سرية الحسابات، مذكرة ماجستير في القانون الخاص تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 1، 2011، ص 66.

² خالص نافع أمين، المسؤولية المدنية للمصرف عن الإخلال بقواعد الاستعلام المصرفي، مجلة العلوم القانونية، العدد الخاص 3، الجزء 1، بغداد، العراق، 2017، ص 387.

³ حياة خنتر، المسؤولية المدنية عن الصناعة الدوائية ومخاطر التقدم العلمي، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص علوم قانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، 19 مارس 1962، سيدي بلعباس، الجزائر، 2019، ص 177.

⁴ حمو حسينة، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2011، ص 1.

والعقد كأحد التصرفات القانونية يفيد تفاعل وتطابق بين إرادتين فأكثر قصد إحداث أثر قانوني معين أو إنهائه أو إلغائه وهو يقوم على ركائز معينة وهي التراضي والمحل والسبب إلى جانب الشكلية في بعض التصرفات¹.

وحتى تقوم المسؤولية العقدية للبنك فلا بد من وجود عقد بين البنك وأحد العملاء، يتفق فيه العميل مع البنك على أن يقوم هذا الأخير بأداء بعض الخدمات البنكية وان يكون ذلك العقد قد توافرت له كافة شروط وجوده وصحته القانونية².

إن العلاقة التعاقدية بين المؤسسة البنكية والعميل يحكمها العامل الشخصي لذا فإنه إذا لم "يكن هناك علاقة تعاقدية بين المؤسسة البنكية والشخص الآخر فلا مجال للقول بقبول البنك القيام بعملية الوفاء أو التحصيل"³.

والعقود التي تربط بين البنك والعميل كثيرة ومن بين هذه العقود نجد:

عقد الاعتماد المستندي هو عقد يربط بين البنك وعميله (الأمر) يلزم فيه البنك بإصدار خطاب الي شخص ثالث (المستفيد) يلتزم فيه البنك التزاما مستقلا بأن يدفع أو يقبل خلال أجل معين الكمبيالات أو الشيكات التي يسحبها عليه المستفيد في حدود مبلغ معين مقترنة بمستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة لنقل يحتفظ بحيازتها على سبيل الضمان⁴.

وكمثال آخر عن العقود البنكية عقد إيجار الخزائن ولقد عرف المشرع العماني في المادة 355 من قانون التجارة إيجار الخزائن بأنه " عقد يتعهد البنك بمقتضاه مقابل أجر، بوضع خزانة معينة تحت تصرف المستأجر للانتفاع بها مدة معينة"

وحمل قانون التجارة المصري رقم 17/1999 ذات التعريف في المادة 316، وسارت على هذا النهج أغلب التشريعات التجارية، رغم أن مشروع قانون التجارة الموحد لدول مجلس التعاون الخليجي أسماه بعقد

¹ بن جبارة عباس، تكوين العقد الالكتروني في ظل نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في القانون تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2014، ص 26.

² بوزيدي الياس، المرجع السابق، ص 178، 179.

³ خليفة بن محمد الحضرمي، العمليات البنكية ومسؤولية البنك المدنية، المرجع السابق، ص 3.

⁴ خليفة بن محمد الحضرمي، مسؤولية البنك في عمليات الائتمان الخارجي خطاب الضمان-الاعتماد المستندي، ط1، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، 2015، ص 65.

إيجار خزائن الإيداع الحصينة وعرفه في المادة 505 بأنه " عقد يتعهد بموجبه البنك بوضع خزانة معينة في مقره تحت تصرف المستأجر لها للانتفاع بها لمدة معينة، وذلك مقابل أجر يتقاضاه البنك"¹.

والمشرع الجزائري رغم انه لم يصرح صراحة على شرط وجود عقد لقيام المسؤولية المدنية العقدية الا انه يمكننا أن نستنتج هذا الشرط من خلال استقراءنا للمادة 106 من القانون المدني الجزائري² "العقد شريعة المتعاقدين..."، أي أن المشرع الجزائري اشترط ضمناً وجود عقد لقيام المسؤولية العقدية بصفة عامة وقيام مسؤولية البنك العقدية بصفة خاصة وهنا يمكن القولان المشرع الجزائري يكرس بصورة جلية مبدأ عدم المساس بالعقد في قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

وهذه الصرامة العقدية تلزم المتعاقدين بتنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه ما دام صحيحاً، كما تلزم القاضي بتطبيقه، كما لو كان قانوناً³، وإذا كان أصل وجود المسؤولية العقدية هو وجود عقد فقد ثار خلاف كبير بين الفقهاء حول طبيعة المسؤولية التي تنشأ عن الإخلال بأي التزام في مرحلة التفاوض لانعقاد العقد⁴.

فإذا كان الأصل أن للأطراف حرية الدخول في المفاوضات بهدف إبرام العقد و لكل طرف حرية استكمال التفاوض أو التوقف عنه دون الوصول إلى اتفاق، حيث لا تترتب في ذمة الأطراف أية مسؤولية بسبب قطع المفاوضات أو عدم متابعتها إلى غاية الوصول إلى اتفاق، ومن ثم فالقانون لا يترتب في الأصل أي أثر قانوني خاصة إذا كانت المفاوضات تتم دون وجود أية تعهدات مكتوبة من قبل الأطراف تفرض علي نحو أو آخر ضرورة الوصول إلى اتفاق، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد⁵، لكن تلك الحرية يرد عليها قيد هام و هو ألا يصيب الطرف الأخر في عملية التفاوض أي ضرر من جراء الانسحاب من المفاوضات، ومما سبق يتبين أنه إذا قام أحد طرفي التفاوض بقطع المفاوضات علي نحو تعسفي و بدون

¹ خليفة بن محمد الحضرمي، العمليات البنكية ومسؤولية البنك المدنية، المرجع السابق، ص 38.

² المادة 106 من الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني، مشار إليه سابقاً.

³ حليس لخضر، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2016، ص 55.

⁴ أمازون لطيفة، مرحلة التفاوض في العقود الالكترونية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، ع 4، مجلد 11، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2018، ص 123.

⁵ براهامي فايزة، التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد، مذكرة ماجستير، تخصص قانون العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بلقايد تلمسان، الجزائر، 2009، ص 37.

سبب مشروع، ونتج عن ذلك إلحاق ضرر بالطرف الآخر، فإن ذلك يعتبر عملاً غير مشروع أو خطأ يترتب المسؤولية علي عاتق فاعلة إذا أثبت الطرف المضرور أنه ألحق ضرر به¹.

حيث ظهرت مجموعة من النظريات، حاولت كل نظرية وضع أساس لوجود المسؤولية خلال مرحلة تكوين العقد، لا سيما على مستوى الفقه الألماني والإيطالي².

أولاً. النظرية النافية لمسؤولية البنك قبل التعاقد:

يذهب القضاء الإنجليزي إلى اعتبار أن الالتزام بالتفاوض لا يترتب عليه التزام قانوني ومن ثم فهو لا يعترف بعقد التعاقد الذي ترتب عليه الدخول في مفاوضات، ولا يعقد التفاوض، ومن باب أولى فهو لا يعترف بأية قيمة قانونية لما يتخلل هذه المفاوضات من اتفاقات³، ورجع ذلك لسببين رئيسيين:

- السبب الأول: مفهوم العقد في القانون الإنجليزي يختلف عن مفهوم العقد في الدول الأوروبية الأخرى.

- السبب الثاني: فيمكن في أن المفاوضات في القانون الإنجليزي تقوم على فكرة المخاطرة التي تقتضي توخي الحذر، بحيث يحرص كل طرف متفاوض على تحقيق مصالحه الخاصة، وتحمل مخاطر تفاوضه⁴، ونحن نؤيد ما ذهب إليه البعض، بأنه من المجافي للواقع ألا نعترف بأية قيمة قانونية لهذه الاعمال، كما وان تجريد المفاوضات من كل قيمة قانونية فيه إنكار لإرادة أطراف المفاوضات التي يجب الاعتداد ولو ببعض منها فيما لا يتعارض معارضة صارخة للعقد النهائي.

فقد يفيد هذا الرجوع ولو حتى في مجال استظهار مقاصد المتعاقدين تنظيم مسألة كانت محل اتفاق وتم بشأنها اتصالات وتبادل مراسلات أثناء مرحلة المفاوضات السابقة لإبرام العقد⁵.

¹ أمازوز لطيفة، المرجع السابق، ص 123.

² بوطبالة معمر، الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2017، ص 177.

³ حمدي محمود بارود، القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية في مجال عقود التجارة الدولية، مجلة الجامعة الإسلامية، ع 2، مجلد 13، كلية الحقوق بجامعة الأزهر غزة، فلسطين، 2005، ص 137.

⁴ بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص 188.

⁵ حمدي محمود بارود، المرجع السابق، ص 137.

ثانياً. نظرية المسؤولية العقدية للبنك عن الخطأ قبل التعاقد:

وذهب الرأي الأول الذي اعتبرها مسؤولية عقدية وصاحب هذا الرأي الفقيه الألماني اهرينج فقد ذهب هذا الفقيه إلى انه يوجد عقد ضمني بين المتفاوضين، يلتزم بمقتضاه، كل واحد من المتفاوضين تجاه الآخر بان يكون في وضع يسمح له بإبرام العقد موضوع التفاوض، والامتناع عن أي عمل يعوق إبرام هذا العقد، فإذا قطع المفاوضات دون عذر مشروع، يكون قد أخل بهذا الالتزام الذي يفرضه عليه العقد الضمني وبالتالي يسأل مسؤولية عقدية عن تعويض الضرر الذي لحق المتفاوض الآخر¹.

إن قيام المسؤولية العقدية في مرحلة تكوين العقد، يقتضي حسب ما ذهب إليه اهرينج، وجود خطأ عقدي، وهو في جوهره يشكل إخلالاً بما يرتبه هذا العقد الضمني من التزامات، ومن ثم فإن الدخول في مرحلة تكوين العقد، يعني وجود التزام ضمني للتوصل إلى إبرام العقد النهائي، على أساس الالتزام باليقظة عند التعاقد، وذلك لتجنب اضطراب المعاملات².

وبتطبيق هذه النظرية على المسؤولية المدنية للبنك يمكن القول بأن تخلف أحد الأطراف (البنك أو العميل) عن تنفيذ التزاماته وانسحابه من المفاوضات دون سبب مشروع وأحدث ضرراً للطرف الآخر، فإنه في هذه الحالة يعتبر مخالفاً بالتزامات المترتبة عليه، وتعد المسؤولية هنا مسؤولية عقدية، الا أننا لا نوافق أصحاب هذه النظرية في هذا الطرح، وهذا راجع إلى أنه من غير الممكن القول بأن مصدر الالتزام هو العقد والعقد لم ينشأ بعد، ونحن نوافق الانتقادات التي وجهت إلى أصحاب هذه النظرية، و نرى أن المسؤولية في هذه المرحلة هي مسؤولية تقصيرية.

وهذه النظرية انتقدت كون أن المسؤولية العقدية لقيامها يجب أن يكون هناك توافق إرادتي المتعاقدين فإذا لم يتم التوافق فإن فترة المفاوضات تخرج عن نطاق المسؤولية العقدية إذ لا مجال للمسؤولية العقدية طالما أن عقداً لم ينعقد، ويكون سبيل المضرور في التعويض قواعد المسؤولية التقصيرية³.

¹ مصطفى خضير نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2014، ص 48.

² بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص 178.

³ عزالدين الديناصوري وعبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، د ط، 1988، ص 388.

ثالثاً. نظرية المسؤولية التقصيرية للبنك عن الخطأ قبل التعاقد:

في ضوء الانتقادات العديدة التي وجهت إلى النظرية العقدية في تفسير المسؤولية ما قبل العقدية، ذهب رأي ثاني الذي يمثله جانب واسع من الفقه، إلى أن المسؤولية في مرحلة التفاوض هي مسؤولية تقصيرية¹. حيث ذهب أنصار هذا الرأي إلى اعتبار المرحلة التي تسبق العقد بأنها عمل مادي الذي لا يرقى إلى مصاف التصرف القانوني لا يترتب عليه أي أثر قانوني فهو غير ملزم لأي من أطرافه بضرورة التوصل إلى اتفاق²، وبالتالي لا يترتب على الطرفين أي التزام فالعدول عن التفاوض لا يكون سبب للمسؤولية إلا إذا كان متعسفاً في الانسحاب أو صدرت منه أفعال تنتافي في الأمانة وحسن النية أو تشكل سلوكاً خاطئاً، ففي هذه الحالة تعتبر المسؤولية تقصيرية على أساس الخطأ الثابت ويقع على المتضرر إثبات الخطأ³.

ويقول الأستاذ الديناصوري والدكتور عبد الحميد الشواربي أن في المدة السابقة علي تكوين العقد لا تقوم المسؤولية التعاقدية وإنما تكون مسؤولية تقصيرية، إذ من المقرر كمبدأ عام أنه لا يترتب أي أثر قانوني علي ما يجري بين طرفي التعاقد في مرحلة المفاوضات تمهيداً لإبرام العقد، إذ يجوز لكل منهما أن يعدل عن إتمام العقد دون أن يكون مسؤولاً عن ذلك، غير أنه قد تنشأ المسؤولية في حالة ما إذا كان عدم إتمام العقد راجعاً إلى سلوك أحد المتعاقدين مما سبب ضرراً للآخر الذي اقتنع بجديّة المفاوضات، وتحمل في سبيل إتمام العقد بعض الإجراءات التي كلفته مالا ووقتا وقد يتحقق الضرر في الكسب الذي فاتته بانشغاله بمفاوضات اعتقد جديتها و ترتب علي ذلك أن ضاعت منه فرصة أخرى كان يمكنه فيها عقد صفقة أخرى، وطالما أنه لم ينعقد عقد فلا تقوم المسؤولية العقدية وإنما يكون أساس المساءلة في هذه الحالة المسؤولية التقصيرية⁴.

وبتطبيق هذه النظرية على المسؤولية المدنية للبنك، يمكننا القول ان هناك مسؤولية في المرحلة السابقة لتكوين العقد بين البنك والعميل وهي مسؤولية تقصيرية، في حالة ما إذا كان عدم تنفيذ العقد راجع إلى سلوك أحد المتعاقدين (البنك والعميل) مما سبب ضرراً للآخر الذي اقتنع بجديّة المفاوضات، أي عند توفر شروط قيام المسؤولية وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية ونحن نوافق الأستاذ الديناصوري والدكتور عبد الحميد الشواربي الذين اعتباراً أن المسؤولية في المرحلة السابقة لتكوين العقد هي مسؤولية تقصيرية.

¹ أمازوز لطيفة، المرجع السابق، ص 123.

² مصطفى خضير نشمي، المرجع السابق، ص 44.

³ أمازوز لطيفة، المرجع السابق، ص 124.

⁴ عزالدين الديناصوري وعبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 388.

إن فان هذه العلاقة المبدئية بينهما تأخذ طابع الثقة وللمحافظة عليها يستوجب التزام البنك بالكتمان الذي يركز بالدرجة الأولى على مبدأ حسن النية وبالتالي تنشأ مسؤولية البنك الذي قد يفشي السر منذ هذه اللحظة حتى ولو لم يبرم العقد¹، وفي هذا السياق ذهب الفقه السويسري إلى أن هناك التزاماً ضمناً بالسرية ملقى على عاتق البنك ومنه فان المسؤولية تكون عقدية، لكن الرأي الراجح ذهب إلى خلاف ذلك فمسؤولية البنك تنتج مباشرة من القانون ومنه المسؤولية تكون تقصيرية وقبل إبرام العقد بين البنك والعميل يلتزم الأول بالسر ليس بحكم العقد وإنما عملاً بالأحكام القانونية².

إلا أنه بالرغم من كل المبررات التي قدمها هذا الفريق من القضاء والفقه إلا أن هناك فريق آخر انتقد هذه الأفكار وقال بضرورة خضوع المفاوضات لتنظيم تعاقدية ضماننا لحقوق ومصالح المتفاوضين خاصة في العقود التي تتطلب مدة طويلة لإجراء المفاوضات بشأنها ذلك لأن مبدأ الحرية في إنجاز المفاوضات يتعارض ما يرغب فيه المتفاوضين من توفير أكبر قدر ممكن من الأمن والضمان أثناء المفاوضات³.

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نلاحظ انه لم يورد أي نص قانوني يحكم مرحلة المفاوضات، إذ ان تنظيم العقد في القانون الجزائري يقتصر فقط على مرحلة إبرامه ومرحلة تنفيذه، ولم يول المشرع أي اهتمام يذكر لمرحلة التفاوض على العقد⁴.

لذا فإننا نطالب من المشرع الجزائري بإدراج مواد في القانون تنظم و تسيير مرحلة التفاوض لما لي هذه المرحلة من أهمية خاصة فيما تعلق بالعقود التجارية و منها العقود المصرفية من اجل حماية العملاء مع البنك، أما الفقهاء الجزائريين فقد سارو في هذا الطرح وواكبوا فقهاء القانون المقارن فمنهم من كان مؤيداً لضرورة قيام المسؤولية في مرحلة التفاوض سواء كانت عقدية أم تقصيرية مثلما شاهدنا عند فقهاء القانون المقارن ومنهم من نفى المسؤولية أصلاً عن مرحلة المفاوضات أو المرحلة السابقة للتعاقد، ونحن نؤيد الفقهاء الذين نادوا بضرورة قيام المسؤولية في المرحلة السابقة لمرحلة التعاقد وهذا لما فيه حماية خاصة للطرف الضعيف في العقد كحالة العميل مع البنك، وهناك من اقر المسؤولية المدنية للبنك في المرحلة السابقة للتعاقد لان البنك أو العميل قبل أن يدخل في علاقة تعاقدية، يلجأ لما يسمى بالمفاوضات أي أن البنك يقوم بالاستعلام عن

¹ ايمان كريم، المرجع السابق، ص 68.

² مهار مريم، المرجع السابق، ص 68.

³ براهامي فايزة، المرجع السابق، ص 37.

⁴ بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص 190.

هذا الشخص، ويطلب معلومات تخصه، وبالتالي يحدد إمكانية التعاقد من عدمها، أما العميل فإنه يدرس التسهيلات المقدمة له من هذا البنك ويقارنها مع ما قد يقدمه له بنك آخر.

ونطالب من المشرع الجزائري أن يحذو حذو المشرع الفرنسي الذي قنن مرحلة المفاوضات بصورة صريحة وجعلها مرحلة مستقلة ومختلفة عن بقية المراحل تحكمها نصوص مستقلة، حيث أنه وبعد التعديل الذي عرفه القانون المدني الفرنسي تم التطرق صراحة لمبدأ حسن النية من خلال نص المادة 1104 من القانون المدني وهي مادة تم استحداثها بمقتضى الأمر رقم 131/2016 الصادر في فيفري 2016 والتي تنص على ما يلي: " يجب أن يتم العقد في تفاوضه وتكوينه وتنفيذه بحسن النية".

Art1104 : « les contrats doivent être négociés, formes et exécutés de bonne foi. »

وبقراءة هذه المادة نستشف أمرين:

أولاهما أن المشرع الفرنسي ولأول مرة يتطرق ويضيف صراحة مرحلة جديدة من مراحل العقد وهي مرحلة المفاوضات.

والأمر الثاني أنه اقرن هذه المرحلة بمبدأ حسن النية، وذلك كغيرها من المراحل ومن دون استثناء أو تمييز وجعلها على نفس القدر من الأهمية وهذا إن دل على شيء إنما يدل على أهمية هذا المبدأ، ودوره في تحقيق أهداف العقد.

وبعد التعديل لم يعد مصدر هذا الالتزام يقتصر على العقد وعلى مرحلة التنفيذ وعلى المدين بالتنفيذ وإنما أصبح مصدره القانون بالدرجة الأولى، لأنه من غير الممكن القول بأن مصدر الالتزام هو العقد والعقد لم ينشأ بعد وهذا أول جديد عرفه المبدأ، أما النقطة الثانية أنه صار يشمل الطرفين الراغبين في التعاقد على حد سواء¹.

ونحن نرى أنه كان من الأجدر على المشرع الجزائري تنظيم المرحلة السابقة على التعاقد في تعديله للقانون المدني لسنة 2005 خاصة في المادة 107 منه، ونطالبه بتدارك هذا الأمر من خلال تعديل هذه المادة، ونقترح عليه إعادة صياغتها على النحو التالي: " يجب تنفيذ العقد ومرحلة التفاوض بحسن نية " أو تبني صياغة المشرع الفرنسي التي جاءت في التعديل الجديد والتي جاءت على النحو التالي " يجب أن يتم العقد في تفاوضه وتكوينه وتنفيذه بحسن النية".

¹ محمد حميداني، مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض وفقا لأحكام الأمر 131/2016 المعدل والمتمم، حوليات جامعة قلمة، للعلوم الاجتماعية والإنسانية، ع26، جوان 2019، ص ص، 304-305.

الفرع الثاني: أن يكون العقد صحيحا

يخضع العقد في تكوينه لمبدأ سلطان الإرادة بحيث يكون لإرادة الأطراف دورا بارزا في إبرامه، وحتى يكون العقد صحيحا يجب أن تكون إرادة المتعاقدين غير مشوبة بعيب من العيوب فالعقد الصحيح يترتب عليه رابطة قانونية، ملزمة للدائن والمدين والتي يعبر عنها المشرع بالعقد شريعة المتعاقدين (م.1134 ق.م.ف - م.148 ق.م.م-م.106 ق.م.ج)¹.

لا يمكن الادعاء بالمسؤولية العقدية إلا بوجود عقد بين البنك والعميل وإن يكون هذا العقد صحيح، يلتزم فيه البنك بأن يؤدي للعميل أحد الخدمات المصرفية²، وتخضع العقود المصرفية عموما الى النظرية العامة للعقد فيما يتعلق بتكوينها وحجيتها وتفسيرها وتنفيذها، لكنها تختلف كل الاختلاف عن نماذج العقود التي ينظمها القانون المدني حيث يشكل العقد المرجعي "الإطار" للخدمات المصرفية المرجع القانوني لتنظيم العلاقة بين البنك وعميله، وهو عقد منظم بأنظمة العمليات المصرفية سواء تلك الصادرة عن المؤسسة المصرفية ذاتها أو تلك المتعلقة بالأعراف أو الاتفاقات الدولية³.

إن اشتراط أن يكون العقد صحيحا وإن لم يرد بشأنه نص قانوني يستنتج من طبيعة المسؤولية العقدية القائمة على أساس عدم تنفيذ موجب صحيح وقائم ومباح، فإذا كان الموجب غير مسند لسبب صحيح او كان سببه غير مباح أو جاء مخالفا للنظام العام أو للآداب العامة فلا يمكن إلزام المدين بإنفاذه، وبالتالي لا مسؤولية عليه في عدم إنفاذه بل يحق له طلب إبطاله⁴.

فإذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتقرر إبطاله، انعدم وجود العقد القانوني، ومن ثم لا يمكن ان يكون مصدر المسؤولية عقدية بين طرفيه إذا امتنع أحدهما عن تنفيذه⁵.

¹ دالي بشير، مبدأ تأويل العقد (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2008، ص 1.

² براهيمى بديعة، المرجع السابق، ص 116.

³ مهار مريم، المرجع السابق، ص 66، 67.

⁴ مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 29.

⁵ بوسالم عبلة، السر المصرفي في ظل الالتزامات الجديدة للبنك، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف 2، الجزائر، 2015، ص 135.

وهناك اختلاف فقهي في هذه المسألة، فهناك جانب من الفقه يرى بأنه في حالة تنفيذ عقد باطل فإنه يكون أمام الطرف المضرور إثر التنفيذ، الحق في المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية، لأنه حسب هذا الفقه، بما أن العقد نفذ فإن الضرر الناتج هو عقدي والتعويض عنه يكون أساس المسؤولية العقدية¹. أما إذا كان العقد قابلاً للإبطال وأخل أحد المتعاقدين بالالتزام المفروض عليه فهنا نكون أمام حالتين: يمكن تطبيق نظام المسؤولية العقدية إذا كان الضرر نتيجة الإبطال، أما إذا لم يكن الضرر كذلك فإنه لا بد من التمييز بين ما إذا تم الأخذ بعين الاعتبار عدم التنفيذ العقدي قبل النطق ببطلان العقد فإن القضاء هنا يأخذ بأحكام المسؤولية العقدية أما إذا تم النطق ببطلان العقد فهنا نكون أمام خطأ تقصيري مما يستلزم مسؤولية تقصيرية².

وكخلاصة لما سبق، أن واجبات البنك تنشأ قبل إبرام العقد ولكنها تجعل العقد ينعقد بشكل صحيح وسليم، ذلك أن البنك ملزم باحترام القواعد القانونية العامة والأعراف والعادات المصرفية من جهة، ومن جهة أخرى وبصفتها تتمتع بالخبرة والسمعة والاطمان فتلزم بأداء عملها على أحسن وجه³.

المطلب الثاني: أركان المسؤولية العقدية للبنك:

لتقوم المسؤولية العقدية للبنك يجب أن يكون عدم تنفيذ البنك لالتزامه راجع إلى خطئه، وإن ينجم عن هذا الإخلال ضرر يصيب العميل، وأن تكون هناك علاقة سببية بين خطأ البنك وضرر العميل، وعليه لتتعدد مسؤولية البنك المدنية يجب أن تتوفر ثلاثة أركان وهي: الخطأ والضرر والعلاقة السببية.

الفرع الأول: الخطأ العقدي.

كي تقوم المسؤولية العقدية للبنك يجب أن يتوفر ركن الخطأ العقدي المتمثل بعدم تنفيذ الموجبات التي نص عنها العقد أو بحصول تنفيذ جزئي أو سيء لها⁴.

¹ بختاوي سعاد، المسؤولية المدنية للمهني المدين، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2012، ص 16.

² دقايشية زهور، النظام القانوني للمسؤولية المدنية لمقدمي الخدمات، أطروحة دكتوراه الطور الثالث في الحقوق، تخصص قانون المنافسة والاستهلاك، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2018، ص 70.

³ مخالدي عبد القادر، التزامات المقرض في مرحلة ما قبل التعاقد، مجلة الدراسات القانونية، ع 5، د م، جامعة حسيبة بن بوعلي شلف، الجزائر، 2017، ص 104.

⁴ مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 32.

لقد نص المشرع الجزائري بموجب القانون المدني على جملة من المواد التي تجبر المتعاقد على تنفيذ التزاماته التعاقدية ومن بين هذه المواد: المادة 106 التي تنص على أن: "العقد شريعة المتعاقدين" والمادة 107 التي تنص على: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية..."

والمادة 111 التي تنص على: "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين"

ونصت المادة 119 على: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين، أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك"¹.

أولاً. المقصود بالخطأ العقدي البنكي:

الخطأ العقدي هو إخلال من قبل المدين بالتزام ناتج عن العقد (لعدم تنفيذ كلي أو لتنفيذ معيب أو متأخر) يسأل عنه مسؤولية عقدية²، ويستوي في ذلك أن يكون عدم قيام المدين بالتزام ناشئاً عن عمد، أو عن إهماله، أو عن فعله (أي دون عمد أو إهمال)، بل إن الخطأ العقدي يتحقق حتى لو كان عدم قيام المدين بالتزام ناشئاً عن سبب أجنبي لا يد له فيه كالقوة القاهرة، ولكن يلاحظ في هذه الحالة الأخيرة أنه إذا تحقق الخطأ العقدي، فإن علاقة السببية -وهي ركن في المسؤولية العقدية- تنعدم، ولا تتحقق المسؤولية على ما سنرى، فانقضاء الالتزام هنا إنما يكون نتيجة لاستحالة تنفيذه عينا و لعدم تحقق المسؤولية العقدية بانعدام أحد أركانها، ويتضح مما قدمناه أن الخطأ العقدي ليس هو إلا عدم قيام المدين بالتزامه الناشئ عن العقد، أي كان السبب في ذلك³.

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نلاحظ انه حاول إعطاء تعريف للخطأ العقدي بموجب المادة 176 من القانون المدني والتي تنص على: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عله بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه"⁴.

¹ الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني المشار إليه سابقاً

² خالد الخطيب، مدى الحاجة لفكرة الخطأ العقدي، مجلة جامعة الفرات، ع42، م11، الفرات، العراق، 2018، ص19.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، د إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص656.

⁴ الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني، المشار إليه سابقاً.

ولقد جاءت هذه المادة بالقاعدة العامة للعقود، والتي تجعل المدين مسؤولاً لمجرد عدم الوفاء بالتزاماته التعاقدية ما لم يثبت أن سببا أجنبيا حال بينه وبين هذا الوفاء¹.

وقد ذهبت المحكمة العليا في عدة قرارات إلى أنه:

- إن مجرد الإخلال بالتزامات العقد أو التقصير في تنفيذها هو خطأ عقدي.

- إن مجرد عدم الوفاء بالتزام في الميعاد يعتبر في ذاته خطأ تعاقديا ويفرض فيه أن هو السبب فيما أصاب الدائن من ضرر.

- إن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية على الوجه المتفق عليه في العقد².

أما فيما يخص الخطأ العقدي للبنك فإنه يتمثل في عدم تنفيذ البنك لأحد التزاماته الواردة في العقد المبرم بينه وبين العميل ويستوي أن يكون هذا الخطأ ناشئا عن عمد أو إهمال أو عن فعل دون أن يثبت من جانب البنك عمدا أو إهمال³.

وكمثال علي ذلك فإن الإهمال أو التأخر في رد الوديعة يعد إخلالا من طرف البنك، ففي القضية المعروضة علي محكمة النقض المصرية، التي تتلخص وقائعها، أن المدعي أودع مبلغا من المال لدي البنك المدعي عليه ثم أصدر أمرا للمصرف بأن يسحب شيكا بمبلغ مالي بالدولار الأمريكي علي مصرف بنيويورك باسم المستفيد فصدر الشيك و تسلمه المستفيد وسافر خارج مصر واشترى بضائع وظهر الشيك للبائع لكنه فوجئ بامتناع البنك المسحوب عليه عن الدفع بسبب إقفال البنك لحسابه مما سبب له ضررا.....فحكمت محكمة الموضوع (الابتدائية والاستئناف) لصالح المدعي الطاعن.....فطعن البنك أمام النقض الذي أيد الحكم الموضوعي تحت مبرر " أن علاقة البنك بالعميل الذي يقوم بإيداع مبالغ في حسابه لدي البنك هي علاقة وديعة ناقصة تعتبر بمقتضي المادة (762) من القانون قرضا، وإذ يلتزم المقترض برد مبلغ نقدي مساو لما قام بإيداعه في حسابه لديه من مبالغ.....وأن مجرد قبول الدائن شيكا من المدين استثناء لدينه لا يعتبر

¹. قزولي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 199.

². بوكرزاه أحمد، المسؤولية المدنية للقاصر، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة-1-الجزائر، 2014، ص 91.

³. مصطفى عمار، المرجع السابق، ص 110.

وفاء مبرئاً لذمة المدين لأن الالتزام المترتب في ذمته لا يعتبر وفاء مبرئاً لذمة المدين لأن الالتزام المترتب في ذمته لا ينقضي إلا بتحصيل قيمة الشيك...¹.

والأمر الذي يمكن استنتاجه هو أن القضاء المصري، في هذه القضية قد أقر بمسؤولية البنك العقدية بموجب إهمال البنك بالتزاماته اتجاه العميل، مما أدى بإلحاق ضرر بالعمل واعتبر أن رفض البنك لرد الوديعة في تلك الأحوال يعد خطأ يستوجب التعويض.

وكمثال لنفي القضاء للمسؤولية العقدية (الخطأ العقدي) عن البنك ما عرض علي القضاء البلجيكي وهي دعوي أقامها أحد المشتريين البرتغال ضد مصرف بلجيكي في (أنفيس)، والتي تتلخص وقائعها في فتح البنك البلجيكي اعتماداً لمصلحة بائع سويسري، وبناء علي طلب مراسلة الذي يعمل لحساب المشتري البرتغالي لتمويل صفقة الأرز، وكان من شروط الاعتماد تقديم سند الشحن ووثيقة تأمين وشهادة قنصلية وقائمة تجارية، فقدم المستفيد السندات ومعها طلب بتحويل القيمة الي مواطن سويسري عن طريق مصرف في سويسرا، وعند فحص المستندات من قبل البنك البلجيكي تبين مطابقتها لشروط الاعتماد، فنفذ البنك طلب المستفيد وحول القيمة، وبعد مرور أيام ظهر أن شهادة الشحن والشهادة القنصلية كانتا مزورتين، إذ ثبت أن السفينة المسماة في سند الشحن لم تكن موجودة في ميناء الشحن في ذلك الوقت، ثم إنها لا تحمل أرزا، وبما أن العميل الأمر كان قد غطي قيمة الاعتماد بالكامل سلفاً فقد رفع دعوي ضد البنك البلجيكي أمام محكمة أنفيس التجارية التي قضت برفض الطلب وتم تأييد حكمها استئنافياً بعلّة أن السندات المقدمة كانت صحيحة ظاهرياً وبالتالي فلا مسؤولية على البنك ان لم تكن السفينة المشار إليها بسند الشحن غير موجودة بميناء الشحن أصلاً².

وفي تقديري أن القضاء البلجيكي أخطأ في هذه القضية، لأنه كان يجب عليه أن يحكم لصالح العميل وأن يقر بالخطأ البنكي، لأن البنك لا يكتفي بالفحص الظاهري للمستندات، بل كان يجب عليه التحقق من المستندات الموجودة لديه لأنه محترف، وهذا يبين لنا مدى قصور الخطأ العقدي البنكي (التقسيم المزدوج لمسؤولية البنك المدنية) وهذا يقلل من حماية المضرور (العميل)، ومن هنا يتضح لنا ضرورة تكريس الخطأ المهني للبنك (المسؤولية المهنية للبنك)، والتي نري أنه يحقق حماية أكبر للعملاء.

¹. خليفة بن محمد الحضرمي، العمليات البنكية ومسؤولية البنك المدنية، ط1، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، 2015، ص 30.

². خليفة بن محمد الحضرمي، مسؤولية البنك في عمليات الائتمان الخارجي خطاب الضمان-الاعتماد المستندي، المرجع السابق، ص 134-135.

وليتحقق الخطأ العقدي يجب على البنك إغفال تحقيق التزامين هما الالتزام بتحقيق غاية أما الثاني فيتمثل في الالتزام ببذل عناية والقاعدة العامة أن يبذل البنك العناية التي يبذلها الرجل العادي وقد تزيد هذه العناية أو تقل طبقاً لما يقرره القانون أو الاتفاق¹.

ثانياً. صور الالتزامات:

الخطأ العقدي معناه عدم تنفيذ الالتزام أو الإخلال بتنفيذه أما الالتزام فهو يتخذ صورتين، فإما أن يكون التزاماً بتحقيق غاية أو التزام ببذل عناية².

1-الالتزام بتحقيق نتيجة:

إن تنفيذه لا يكون إلا بتحقيق غاية معينة هي محل الالتزام كالتزام بنقل الملكية أو الالتزام بإقامة بناء، أو الالتزام بتسليم بضاعة ويكفي عدم تحقيق الغاية لوقوع الخطأ العقدي من جانب المدين ويتعين عليه إن أراد نفي المسؤولية العقدية عنه، أن يقيم الدليل على وجود السبب الأجنبي الذي ترتب عليه عدم تنفيذ الالتزام وهذا هو مدلول نص المادة 176 من ق م ج³.

وقد تكون هذه النتيجة القيام بعمل كالتزام البنك بتمويل أحد مشروعات العميل، أو امتناع عن عمل كالتزام أحد كفلاء مديني البنك بعدم شطب الرهن المقيد على عقار مملوك للمدين إلا بعد سداد كامل مديونية البنك.

وفي هذا النوع من الالتزام يعتبر البنك مخطئاً إذا لم تتحقق النتيجة التي يرمي عميله إلى تحقيقها من جراء تعاقدته معه دون الحاجة لإثبات هذا الخطأ أو تقديره من قبل العميل الذي يكفيه إثبات عدم تنفيذ العقد ليقوم الخطأ المصرفي⁴.

¹ عباس غنية، حماية الزبون المتعامل مع البنك، أثناء فتح الحساب وسيره وغلقة، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2013، ص134.

² بختاوي سعاد، المسؤولية المدنية للمعنى المدين، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2012، ص18.

³ بوكرزاه أحمد، المرجع السابق، ص93.

⁴ خليلي سهام، المسؤولية المدنية للبنك، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2008، ص 45.

2- الالتزام ببذل عناية:

هو أن يلتزم المدين فقط باستعمال الوسائل اللازمة في إتمام عملياته بأن يظهر حرصه في القيام بما يمكنه حتى يسمح للدائن بالحصول على النتيجة التي يريدها، أي أنه يبذل جهده للوصول إلى غرض سواء أتحقق الغرض أو لم يتحقق لأن مضمون هذا الالتزام هو القيام بعمل دون ضمان النتيجة ومقدار العمل يقاس بالعناية التي يبذلها الشخص العادي وهذا المقدار يزيد أو ينقص تبعاً لما يقضي به الاتفاق أو ينص عليه القانون¹.

ويكفي لقيام الخطأ العقدي مجرد عدم بذل العناية المطلوبة منه لوقوع الخطأ العقدي من جانبه، فالطبيب مثلاً لا يضمن للمريض الشفاء أو نجاح العلاج وإنما يسأل فقط عن تقصيره في بذل ما تفرضه عليه مهنته². ومن بين الأمثلة في إطار الالتزام ببذل العناية المفروض على البنوك، يبرز التزام البنك بالاستعلام عن العميل الراغب في الحصول على القرض البنكي، ليتناول كل المعلومات الضرورية واللازمة لتسهيل اتخاذ البنك لقراره الصحيح بمنح القرض، مما يتحتم على البنك أن يقوم بجمع المعلومات الكافية عن العميل طالب القرض³.

وبذلك يقوم خطأ البنك في هذا النوع من الالتزام بإهماله في قيامه بعمله لما يتوافق مع الأعراف المصرفية، باعتباره إخلالاً بواجب قانوني سابق مقترن بإدراكه لهذا الإخلال دون قصد الإضرار بالعمل إذ يقتضي على القاضي تعيين مدى الواجب القانوني الذي كان يقع على عاتق البنك في الظروف التي ارتكب فيها الفعل الضار⁴.

ولعل اختلاف الوضع بين الالتزامين السابقين راجع إلى طبيعة كل منهما، إذ في الالتزام الأول المطلوب هو تحقيق غاية معينة، فإذا قصر المدين (البنك) عن تحقيقها فيمكن افتراض وقوع الخطأ منه، أما في الالتزام الثاني فالمطلوب من المدين (البنك) هو بذل جهد معين ولذا يكون مثار النزاع عادة ليس في عدم تنفيذ الالتزام،

¹ بختاوي سعاد، المرجع السابق، 2008، ص18.

² بوكرزاه أحمد، المرجع السابق، ص93.

³ خليفة بن محمد الحضرمي، مسؤولية البنك في عمليات الائتمان الداخلي القرض-الاعتماد البسيط، ط1، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، 2015، ص13.

⁴ خليلي سهام، المرجع السابق، ص48.

بل في سوء تنفيذه، والوضع الطبيعي في هذه الحالة أن على من يدعي سوء التنفيذ وهو الدائن (العميل) بداهة، إقامة الدليل على خطأ المدين (البنك) بإثبات قصور العناية التي بذلها عن عناية الشخص العادي¹.

وقد تباين الفقه حول تقدير المسؤولية العقدية للبنك فيري فريق منهم في توسيع القضاء لالتزامات البنك ائثال لمسؤوليته، فنظرة القضاء لنشاط البنك بوصفه محترفاً يتشدد عليه في التزامه وفي معيار مساءلته لأسباب أهمها أنه كمحترف يكون أداءه لعمله جماعياً أو يستعين فيه بأشخاص مؤهلين لتقديم خدمات لا تتوقع عادة من غير المحترف، كما أن تخصصه في مهنته يزيد من مقدرة التزامه لأنه بالضرورة سخر الإمكانيات المادية وكفاءة الأشخاص الذين يستخدمهم في تقديم الخدمات.

في حين يري فريق آخر أن التخفيف من هذه المسؤولية يجعل البنك يلجأ للتخفيف من مسؤوليته بتقادي كتابة التزاماته التعاقدية، ما يحول دون إثبات وجودها وكذلك محتواها، وإذا وجدت الكتابة، فغالبا ما يعتمد إلى تضمين العقود المبرمة شرط إعفائه من المسؤولية، وان كان شرط الإعفاء صحيحاً ومقبولاً إلا أنه لا ينتج أثره إذا صدر من البنك غش أو خطأ جسيم².

ونحن ندعم الرأي المطالب بتوسيع القضاء لالتزامات البنك، وهذا راجع إلى طبيعة العقد الذي يربط بين البنك والعميل، فهذا العقد هو من عقود الإذعان، والمشرع الجزائري اعتبر عقود الإذعان عقوداً حقيقية رغم مخاطرها حيث أنها تنقص من حرية المتعاقد(العميل) في التفاوض والمناقشة، لأن البنوك تضع شروط تعفيها من المسؤولية في عقود مطبوعة مسبقاً ولا يملك العميل حيالها أية إرادة لتعديل بنودها، فالخيار أمامه أن يقبلها كما هي أو أن يرفضها وبالتالي لإنصافه يجب علي القضاء التشديد في التزامات البنك وتفسير عبارات العقد المبهمة والغامضة لصالح الطرف الضعيف والذي هو العميل في هذه الحالة، بالإضافة إلى كون البنك مهني(سببته بالتفصيل لاحقاً) وأنه يملك من الخبرات والقدرات ما يجعله في موقف أقوى من موقف العميل، لهذا فإننا نطالب بضرورة التشديد علي الالتزامات البنكية من أجل حماية أكبر للعميل.

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نلاحظ أنه قد نص في المادة 110 من القانون المدني الجزائري علي: «إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك».

¹. بوكرزاه أحمد، المرجع السابق، ص، ص، 93-94.

². قزولي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 198.

ونصت المادة 112 منه علي: «يؤول الشك في مصلحة المدين

غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن " .

وما نستخلصه من هذين المادتين هو أن المشرع الجزائري قد أيد الاتجاه المطالب بتوسيع القضاء للالتزامات الطرف الذاعن في عقود الإذعان والذي هو في حالتنا هذه البنك وأجاز للقضاء أن يعدل الشروط التعسفية أو أن يعفي الطرف المذعن (العميل) منها كما شدد على ضرورة تفسير العبارات الغامضة والمبهمة لصالح الطرف الضعيف (العميل)، ونحن نري أن المشرع الجزائري قد وفق في نصه على التشديد على التزامات الطرف الذاعن (البنك).

الفرع الثاني: الضرر

الضرر هو الصورة الملموسة التي تتمثل فيها نتائج الخطأ العقدي وهذا يعني أن الخطأ، إذا لم يترتب عنه ضرر فانه لا مجال لإعمال قواعد المسؤولية العقدية¹، فلا بد من وجود ضرر حتى تترتب هذه المسؤولية في ذمة المدين والدائن هو الذي يحمل عبء إثبات الضرر لأنه هو الذي يدعيه².

ولا يستثنى من ذلك إلا حالة عقد القرض أو فوائد النقود إذ أن الضرر يكون مفترضا إذا كان محل الالتزام مبلغا نقديا مستحقا وواجب الوفاء، أي أن الدائن يعفى من إثبات الضرر الذي لحقه من إخلال المدين بالتزامه³.

واختلفت تعبيرات فقهاء القانون في تعريفهم للضرر، واستعمل كل منهم اصطلاحا يختلف عن الآخر فقيل انه إخلال بمصلحة ذات قيمة للمضرور وقيل انه ما يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له⁴.

وهناك من قال بأن الضرر هو الأذى أو التعدي الذي يصيب حق أو مصلحة مشروعة لشخص الذي ينشأ عن الإخلال بالتزام عقدي ارتبط المتعاقد المتضرر مع آخر أخل به في شكل عدم القيام بالالتزام أو للتأخر في التنفيذ أو لتنفيذه بصورة معيبة أو لتنفيذه بصورة جزئية⁵.

¹ عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات الكتاب الثاني، المسؤولية المدنية، ط3، دار الأمان، الرباط، المغرب، 2011، ص42.

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 679.

³ منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، ط1، دار ثاراس للطباعة والنشر، العراق، 2006، ص 230.

⁴ بكر بن عبد اللطيف الهوب، المسؤولية العقدية، المجلة القضائية، ع3، السعودية، 2011، ص 295.

⁵ منذر الفضل، المرجع السابق، ص231.

ويقصد بالضرر أيضا وفقا للقواعد العامة المساس بمصلحة مشروعة للمضرور، وهو يتحقق من خلال النيل أو المساس بوضع قائم أو الحرمان من ميزة، بحيث يصبح المضرور في وضع أسوأ مما كان عليه قبل وقوع الخطأ¹.

ومن التعريفات السابقة يمكننا أن نعطي تعريفا لضرر العميل على النحو التالي: هو الأذى أو التعدي الذي يصيب العميل في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له نتيجة إخلال البنك بالتزاماته العقدية.

ويعد الضرر ركنا لازما لقيام المسؤولية العقدية للبنك فإذا ارتكب هذا الأخير خطأ عقدي ولم يترتب على هذا الخطأ ضرر للعميل لا يسأل البنك ويقع على عاتق العميل إثبات عدم تنفيذ الالتزام العقدي لإثبات حدوث الضرر، إلا إذا أقام البنك الدليل على وجود السبب الأجنبي².

أما المشرع الجزائري فقد تناول الضرر بصفة عامة من خلال القانون المدني في المادة 124 منه التي تنص على أن: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

ونحن نرى أن المشرع الجزائري حسنا فعل بصياغة التعريف بشكل عام دون حصره بمجال محدد لأنه لا يمكن للمشرع بأي حال من الأحوال أن يحصر كل حالة على حدي، وباعتبار أن القانون المدني هو الشريعة العامة فإنه من المستحسن أن تصاغ جميع التعاريف فيه بشكل عام، ومنه يمكن استنباط تعاريف لكل مجال محدد على غرار المجال البنكي وهذا ما يحقق حماية أكبر للمتضررين.

والضرر اما أن يكون ماديا أو أدبيا، والتعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية محدود المدى، فلا تعويض إلا عن الضرر المتوقع، فقد يصيب الدائن في المسؤولية العقدية ضرر مادي في ماله أو في جسمه، أو ضرر أدبي في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه أو نحو ذلك³.

وعليه يلتزم البنك بتعويض العميل طبقا لقواعد المسؤولية العقدية عن الضرر الحاصل، سواء كان الضرر مادي أو معنوي، ويجب أن يكون الضرر مؤكدا وحالا ومباشرا.

¹. براهيم يمينه، المسؤولية القانونية الناجمة عن عمليات نقل الدم، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2016، ص 74.

². قزولي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص، ص 199، 200.

³. شيخ نسيمة، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري ومقاول البناء، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة وهران 2، الجزائر، 2016، ص 62.

غير أنه يجب أن يكون ما أصاب العميل من ضرر ناتج عن صدور خطأ من البنك، فإذا كان الضرر ناتج عن خطأ العميل نفسه أو من الغير فلا يمكن ترتيب المسؤولية على البنك لانتفاء الرابطة السببية بين خطأ البنك والضرر الحاصل للعميل¹.

وكمثال علي ذلك ما حكمت به محكمة التمييز الأردنية في دعوي مضمونها أن المدعي قام بفتح حساب وديعة لدي البنك المدعي عليه بمبلغ مالي واستغل شخصا آخر فترة غيابه خارج الوطن فقام بتزوير وكالة باسمه صدقها رسميا لدي الكاتب بالعدل واستطاع بموجب ذلك سحب مبلغ الوديعة من البنك بصفته وكيلا عن المودع ورغم اختلاف التوقيعات إلا أن مدير البنك اعتمد الوكالة بحجة تصديقها الرسمي بالكاتب بالعدل فقام المودع دعواه علي البنك فور اكتشافه الواقعة، ورغم قضاء المحكمة الابتدائية بمسؤولية البنك فقد ألغت محكمة الاستئناف الحكم بمبرر عدم مسؤولية البنك كونه لم يقصر في حفظ الوديعة وأن الضرر الواقع كان بسبب أجنبي، إلا أن محكمة التمييز الأردنية نقضت الحكم مبررة حكمها بالقول ".....إن الوديعة البنكية ملك للمصرف وليس للعميل المودع وعلي ذلك فان اختلاسها أو سرقتها من البنك هي سرقة واقعة علي مال البنك وليس علي مال المودع، ولو كانت وسيلة السارق أو المختلس انتحال صفة أحد العملاء المودعين أو تزوير توقيعه في عملية سحب.....وطالما أن المودع لم يرتكب خطأ يتحمل تبعته في هذه العملية، فان التزام البنك المدعي عليه في رد قيمة تعادل قيمة وديعته النقدية يبقي قائما، تطبيقا لأحكام المادة 1/110 من قانون التجارة².

والشيء الملاحظ علي حكم محكمة التمييز الأردنية أنها حكمت لصالح العميل بسبب الضرر الذي لحقه دون النظر إلى خطأ البنك، ونحن نؤيد قرار محكمة التمييز الأردنية القاضي بتعويض العميل عن الضرر الذي لحقه، ولكننا لا نؤيد الأساس الذي اعتمده المحكمة، والتي اعتبرت أن المال المسروق هو مال البنك وليس مال العميل، أي أنها اعتمدت علي المعيار الموضوعي القائم علي أساس الضرر فقط دون الحاجة إلى الأركان الأخرى، ونحن نري أن الأساس هنا هو خطأ البنك لأن البنك مهني وهو محترف ويكون أداءه لعمله جماعيا ويستعين بأشخاص مؤهلين، فكان من الأجدر علي البنك عدم السماح بسحب الوديعة، بالرغم من أن

¹ عمري عبد الكريم، مبدأ السرية المصرفية وجريمة تبييض الأموال، أطروحة دكتوراه علوم في القانون، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2017، ص 177.

² خليفة بن محمد الحضرمي، العمليات البنكية ومسؤولية البنك المدنية، المرجع السابق، ص 29-30.

هناك وكالة مصادق عليها من طرف كاتب العدل، وهذا بالنظر إلى الاختلاف في التوقعات، والبنك له القدرات والكفاءات لاكتشاف التزوير.

والبنك هنا لم يصطنع الحيطة في عدم الأضرار بالعميل، وانحرف عن السلوك المألوف عند بنك آخر يماثله في القدرات، لأن المعيار هنا لا يقاس بالسلوك المألوف للرجل العادي لأنه مهني محترف وهذا ما يدعونا للمطالبة بإعمال المسؤولية المهنية للبنك، من أجل تحقيق حماية أكبر للعميل.

الفرع الثالث: العلاقة السببية بين الخطأ العقدي والضرر:

إن رابطة السببية في الفكر القانوني تعد عنصرا لازما لانعقاد المسؤولية المدنية، كما أنها تعد الركن الثالث¹ من أركان المسؤولية العقدية وتعد العلاقة السببية ركنا مستقلا إلى جانب العيب والضرر²، ويشترط في الضرر المطلوب التعويض عنه أن يكون نتيجة مباشرة لخطأ المدعى عليه وبعبارة أخرى فإن الرابطة السببية تقتضي أن يكون الخطأ هو السبب المباشر للضرر ويقع على المضرور عبء إثبات الرابطة السببية فيما بين الخطأ و الضرر³ وإذا أراد المدين أن ينفي العلاقة السببية عليه إثبات السبب الأجنبي، وأن يرفع المسؤولية عن نفسه بما ورد في نص المادة 127 من ق.م.ج على أنه: "إذا أثبت الشخص أن الضرر نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو من الغير كان غير ملزم بالتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك"⁴.

وقد تم تأكيد المبادئ المشار إليها من طرف القضاء المدني، حيث جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا أن: "العلاقة التي تربط بصاحب الحمام هي عقد خدمات ومثل هذا العقد يضع على عاتق صاحب

¹ بوفلجة عبد الرحمن، المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية ودور التأمين، أطروحة دكتوراه في القانون، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2016، ص 74.

² ناجية العطارق، المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة في ضوء القانون المدني الفرنسي، مجلة العلوم القانونية والشرعية، ع6، جامعة الزاوية، ليبيا، 2015، ص 86.

³ بلحو نسيم، المسؤولية القانونية للموثق، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2015، ص 233.

⁴ فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص قانون خاص، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو. الجزائر، 2012، ص 291.

الحمام التزاما بسلامة الزبائن وهو التزام بنتيجة، المسؤولية فيه مفترضة ما لم يثبت أن الحادث يرجع إلى سبب لا يد له فيه طبقا للمادة 176 من القانون المدني¹.

وكمثال علي ذلك في البنوك فان خطأ قيام البنك بمنح القرض للعميل دون تحري عن مدي جدارته يعد خطأ يقيم المسؤولية العقدية للبنك في حالة وقوع ضرر للعميل وقيام العلاقة السببية بين منح القرض للعميل دون تحري عن مدي جدارته والضرر الذي لحقه وبالتالي سيلتزم بالتعويض جراء الضرر الذي أصابه سيما للغير الذي قد يمتد إليه هذا الضرر إلا أنه يلزم إثبات ذلك الخطأ في منح القرض غير الملائم كما أشار إلى ذلك الحكم القضائي لمحكمة النقض المغربية من أن " ادعاء الزبون وإثباته أن القرض الممنوح له أضر به، لأنه لم يكن مراعيًا لإمكاناته المالية وقدرته علي الوفاء به وأنه ساهم في تردي وضعه المالي، لا يعتبر كافيًا لترتيب مسؤولية البنك عن ذلك ما دام لم يثبت سوء نية هذا الأخير بعلمه الأكيد بحقيقة الوضع المالي الصعب للزبون، وأن من شأن إقراضه بإفراط الأضرار به"²، والشيء الملاحظ أن القضاء المغربي قد حكم بعدم قيام المسؤولية العقدية للبنك لانعدام العلاقة السببية بين الضرر الذي يدعيه العميل المقرض وبين خطأ البنك.

ومما سبق يمكننا أن نستنتج أن مسؤولية البنك العقدية لا تقوم بمجرد وقوع الخطأ وتحقق الضرر المباشر للعميل، بل يجب أن يكون خطأ البنك هو السبب المباشر في ضرر العميل أي يجب أن تكون هناك علاقة سببية بين خطأ البنك وضرر العميل.

وفي كل الأحوال، فان عبء إثبات العلاقة السببية يقع على عاتق العميل المضرور وله في سبيل ذلك أن يثبت بالقرائن والبراهين، ويمكن للبنك أن ينفي علاقة السببية³، وذلك بإقامة الدليل على أن الضرر نتيجة لسبب آخر أجنبي عنه⁴، سواء كان هذا السبب هو حادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من العميل أو من الغير.

¹ أشواق دهمي، أحكام التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية مدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2014، ص 60.

² خليفة بن محمد الحضرمي، مسؤولية البنك في عمليات الائتمان الداخلي، القرض-الاعتماد المستندي، ط1، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، 2015، ص 15.

³ بوزيدي الياس، المرجع السابق، ص 183.

⁴ بلمختار سعاد، المسؤولية المدنية في مجال البناء، دراسة مقارنة أطروحة دكتوراه في القانون، تخصص قانون العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2018، ص 220

وتلجأ البنوك أحيانا إلى إبرام اتفاقيات مع العميل للتخفيف من مسؤوليتها العقدية في عقود الخدمات المصرفية، وهذه الاتفاقيات جائزة ذلك أنه لما كانت المسؤولية العقدية مصدرها العقد، وكان العقد وليد إدارة المتعاقدين، فالإرادة إذن أساس المسؤولية العقدية¹.

لذا فإن البنوك قد تضع شروط تعفيها من المسؤولية في نماذج مطبوعة مسبقا وليس للعميل الحق في مناقشتها أو التفاوض فيها، وكمثال على نماذج الشيكات المطبوعة التي يقدمها البنك لعملائه تعتبر كتسهيلات غالبا ما يرغب البنك من خلالها إلى إعفائه من المسؤولية عن الضرر، وهي مستعملة بكثرة في العقود المصرفية انطلاقا من مبدأ حرية المتعاقدين بشرط أن يكون ذلك في حدود النظام العام والآداب العامة².

من المتفق عليه نظاما أن الشخص الاعتباري يسأل مدنيا عن أفعاله الضارة، و عن تقصيره في التزاماته التعاقدية، شريطة أن يخالف نوع الالتزام الذي يقتضيه العقد، إذ من الالتزامات، ما يكون التزاما بتحقيق غاية معينة، كنقل ملكية المبيع إلى المشتري، فإذا لم تتحقق هذه الغاية صار الشخص الاعتباري محلا للمسؤولية، و منها ما يكون التزاما ببذل عناية فقط، لا تحقيق غاية، كالمحافظة على المال المودع في المصارف و نحوها³، وفي هذه الحالة يطالب البنك ببذل ما يجب بذله في مثل هذه الحالة، وإذا ترتب ضرر بسبب خارج عن إرادة البنك فلا تقوم المسؤولية هنا.

¹. عمر عبد الكريم، المرجع السابق، ص 179.

². براهيمى بديعة، المرجع السابق، ص 119.

³. أمل بنت إبراهيم، مسؤولية الشخصية الاعتبارية (دراسة فقهية)، مركز التميز البحثي، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 2013، ص 57.

المبحث الثاني: المسؤولية التقصيرية للبنك

المسؤولية المدنية بصفة عامة هي الالتزام الذي يقع على الإنسان بتعويض الضرر الذي ألحقه بالآخرين بفعله أو بفعل الأشخاص أو الأشياء التي يسأل عنها¹، فإذا كان الالتزام الذي حصل الإخلال به مصدره العقد كانت المسؤولية عقدية، وإذا كان الالتزام مصدره العمل غير المشروع والفعل الضار أو واقعة مادية رتب عليها القانون التزاما كانت المسؤولية تقصيرية لذلك يمكننا القول بان المسؤولية التقصيرية هي حالة الشخص الذي يخالف التزام فرضه عليه القانون².

أما فيما يخص المسؤولية التقصيرية للبنك فإننا يمكن أن نعرفها بأنها: الحالة التي تنشأ خارج دائرة العقد الذي يربط البنك بالعميل ويكون مصدر التزام البنك هنا هو القانون فإذا قام البنك بعمل سبب ضرر للعميل فإنه يلتزم بالتعويض.

وتقوم المسؤولية التقصيرية للبنك إذا لم يوجد عقد بينه وبين الزبون أو قام بينهما عقد باطل أو تقرير بطلانه، أو كان هناك عقد صحيح ولكن الضرر لم ينشأ من جراء الإخلال بالتزام ناشئ عنه، بل نشأ بسبب الإخلال بالتزام قانوني³.

ونظرا لأهمية المسؤولية التقصيرية بصفة عامة فقد أولى لها المشرع الجزائري أهمية كبيرة فنلاحظ انه خصص لها فصلا كاملا تحت عنوان العمل المستحق للتعويض وتناول المشرع الجزائري هذه المسؤولية في المواد من 124 إلى 140 من ق.م.ج أي في 17 مادة⁴.

ولقيام المسؤولية التقصيرية يجب أن تكون هناك شروط ولكن هذه الشروط كانت محل خلاف خاصة حول الأساس الذي تقوم عليه هذه المسؤولية الذي لم يكن محل إجماع أو اتفاق بين التشريعات المختلفة، فالثابت أن هذا الأساس اثار جدلا فقهيًا واسعًا تجسد في صورة اتجاهين رئيسيين، الاتجاه الأول يقوم على فكرة الخطأ وهذا هو الاتجاه الشخصي (أو ما يعرف بالنظرية التقليدية) الذي أسسه الفكر القانوني للمدرسة اللاتينية، والذي يشترط وجوب توافر الخطأ كركن من أركان قيام المسؤولية التقصيرية بجانب ركني الضرر وعلاقة

¹ قنطرة سارة، المسؤولية المدنية للمنتج وأثرها في حماية المستهلك، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف 2، الجزائر، 2017، ص7.

² طيب إبراهيم ويس، المسؤولية القانونية عن نقل مرض فقدان المناعة المكتسبة، أطروحة دكتوراه علوم في القانون، تخصص قانون وصحة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد بن احمد، وهران 2، الجزائر، 2019.

³ بوزيدي الياس، المرجع السابق، ص 184.

⁴ الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المشار اليه سابقا.

السببية، أما الثاني فهو الاتجاه الموضوعي الذي تمتد جذوره إلى الفقه الإسلامي ويقوم المسؤولية التقصيرية على ركن وحيد وهو الضرر¹.

وطبقا للنظرية التقليدية التي سار عليها القانون الفرنسي وحثت قوانيننا العربية حذوه، يشترط لقيام المسؤولية التقصيرية قيام عنصر الخطأ إلى جانب العنصرين الآخرين الضرر وعلاقة السببية. وبصدد عنصر الخطأ، قسم القانون المدني الجزائري على غرار القوانين الأخرى المسؤولية التقصيرية إلى أنواع ثلاثة² وهي:

- النوع الأول: المسؤولية عن الأفعال الشخصية.

- النوع الثاني: المسؤولية عن فعل الغير.

- النوع الثالث: المسؤولية الناشئة عن الأشياء.

ومن هنا ظل المشرع الجزائري متمسكا بالأصل في تأسيس المسؤولية التقصيرية على أساس الخطأ، فجعل الخطأ واجب الإثبات في مسؤولية الشخص عن أفعاله الشخصية (م 124-م 133 ق م) وجعل الخطأ مفترضا في المسؤولية عن عمل الغير (م 134-137 ق م ق)، والمسؤولية الناشئة عن الأشياء (م 138-م 140 ق م)³.

وبتطبيق النظرية التقليدية التي سار عليها المشرع الجزائري القائمة على أساس الخطأ على المسؤولية التقصيرية للبنك تقول ان هناك ثلاثة أنواع وهي:

1. المسؤولية التقصيرية للبنك عن الأفعال الشخصية.

2. المسؤولية التقصيرية للبنك عن فعل الغير.

3. المسؤولية التقصيرية للبنك الناشئة عن الأشياء.

¹ هلا عبد الله السراج، مدى لزوم الخطأ كركن من أركان المسؤولية التقصيرية، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2013، ص 5.

² على على سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، د.م. ج، ط 7، بن عكنون، الجزائر، 2007، ص 138.

³ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع، الاثراء بلا سبب والقانون)، د م ج، ج 2، ط 6، بن عكنون، الجزائر، 2014، ص 57.

المطلب الأول: المسؤولية التقصيرية للبنك عن الأفعال الشخصية

هذا يعني مسؤولية البنك عن الأعمال التي تقع منه باعتباره شخص معنوي دون تدخل الغير أو الشيء وقد تناول المشرع الجزائري هذا النوع بصفة عامة وذلك في القسم الأول من الفصل الثالث، الخاص بالمصدر الثالث للالتزام، أي بعد القانون والعقد، ونص على هذه المسؤولية بالمادة 124 وجعلها تقوم على الخطأ الواجب الإثبات، وإن كان النص العربي قد أسقط ركن الخطأ سهواً، وقد أورده النص الفرنسي للمادة 124¹.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري تدارك هذا الخطأ وادخل تعديل بسيط على المادة 124 لكنه في اعتقادي تعديل جوهري من خلال إضافة كلمة "بخطئه" وهو ما طالب به الكثير من الفقهاء وعلى رأسهم الدكتور علي سليمان ليصبح تطابق بين النص الفرنسي² والنص العربي لتصبح المادة 124 بعد التعديل كالآتي: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرر للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"³.

ليكون المشرع الجزائري قد قطع بذلك الطريق أمام التأويلات التي أعطاها البعض لإغفاله عبارة خطأ في النص القديم وقولهم بأن المشرع الجزائري يكون قد اخذ بمسؤولية موضوعية قوامها الضرر⁴.

وكذلك من بين التعديلات التي اقراها المشرع الجزائري بموجب القانون 05-10 على المادة 124⁵، أنه استبدل كلمة المرء بكلمة الشخص وفي تقديري أن هذا يعتبر من الأمور الإيجابية التي تحسب للمشرع الجزائري لأنه في نظرنا كلمة الشخص هي أشمل وأعم لأنه يشمل الأشخاص الطبيعية والأشخاص المعنوية مثل حالة البنك الذي يعتبر شخص معنوي و بهذا التعديل نرى أن المشرع الجزائري قد أغلق باب الجدل حول تطبيق هذه المادة على الأشخاص المعنوية بصفة عامة وعلى البنوك بصفة خاصة بينما كلمة المرء هي

¹ على علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 138.

²Ordonnance N : 75-78 du 26 septembre 1975 portant code civil, JORAD, N : 78 du mardi 30 septembre 1975 ART124 : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, a le réparer »

³ قانون رقم 05-10 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو سنة 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج ر، ع 44 الصادرة في 19 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 26 يونيو سنة 2005.

⁴ عمر بن الزبير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، أطروحة دكتوراه في القانون، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق سعيد حمدين، الجزائر، 2017، ص 75.

⁵ القانون 05-10 المتضمن القانون لمدني المشار اليه سابقا.

تقتصر على الأشخاص الطبيعية فقط، ونلاحظ أن هذا التغيير شمل النص الفرنسي أيضا حيث استبدل المشرع الجزائري كلمة l'homme بكلمة l'personne¹ وأصبح هناك تطابق تام بين النص العربي والنص الفرنسي.

الفرع الأول: أركان المسؤولية التقصيرية للبنك عن العمل الشخصي

نظم المشرع الجزائري المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي بصفة عامة بموجب أحكام المادة 124 من القانون المدني و التي تنص على: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه و يسبب ضرر للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"²، و تقابل هذه المادة، المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي³، وباستقراءنا لهذه المادة نستنتج أن أركان المسؤولية التقصيرية للبنك هي ثلاثة أركان وهي: الضرر والخطأ والعلاقة السببية بينهما كما يتضح لنا بان أساس هذه المسؤولية هو الخطأ الواجب الإثبات بمعنى انه لا يفترض الخطأ في جانب المسؤول بل يكون على المضرور إثبات هذه الخطأ كما عليه إثبات باقي أركان هذه المسؤولية⁴.

أولا. الخطأ التقصيري:

إن التشريعات المقارنة لم تعطي تعريفا للخطأ بصفة عامة وللخطأ التقصيري بصفة خاصة، وتركت هذه المسألة للفقهاء والملاحظ على تعريفات الفقهاء أنهم لم يتفقوا على تعريف واحد للخطأ التقصيري، فهناك من عرف الخطأ بصفة عامة دون التفرقة بين الخطأ العقدي والخطأ التقصيري وقالوا ان "الخطأ بصفة عامة هو سواء في نطاق كل من المسؤولية العقدية أو التقصيرية هو تقصير في مسلك الشخص لا يصدر عن إنسان يقظ وجد في ذات الظروف التي أحاطت بالمسؤول"⁵.

¹Loi n 05-10 du djoumada el oula 1426 correspondant au 20 juin 2005 modifiant et complétant l'ordonnance n 75-58 du 26 septembre 1975 modifiée et complétée portant code civil , JORAD, n 44 du dimanche 19 djoumada el oula 1426 correspondant au 26 juin 2005

-art 35- l'article 124 de l'ordonnance n 75-58 du 26 septembre 1975 susvisée est modifié et rédigé comme suit :

''Art 124'' : « tout acte quelconque de la personne qui cause a 'autrui un dommage oblige celui la faute duquel il est arrivé, à le réparer »

² القانون 05-10 المتضمن القانون المدني، المشار إليه سابقا.

³Code civil des français, à paris Edition originale et seule officielle, de l'imprimerie de la république an XIL, 1804.

Art 1382 : « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute de quel il est arrivé, a le réparer »

⁴ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 60.

⁵ مختار قوادري، معيار الخطأ الطبي في فقه القانون المدني والفقه الإسلامي، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، ع 47، ح 17، الجزائر، 2018، ص 79.

وهناك من حاول إعطاء تعريف للخطأ التقصيري بعيدا عن الخطأ العقدي باعتبار ان هناك اختلاف بينهما وعرفوا الخطأ التقصيري بأنه: "إخلال بالتزام قانوني هو دائما التزام ببذل عناية وهو ان يصطنع الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير فإذا انحرف عن السلوك الواجب وكان من القدر على التمييز بحيث يدرك انه قد انحرف كان هذا الانحراف خطأ يستوجب مسؤوليته التقصيرية¹.

وانطلاقا من التعاريف السابقة قمنا باستنتاج التعريف التالي لخطأ البنك التقصيري:

الخطأ التقصيري للبنك هو خطأ البنك الذي يلحق ضررا بالغير ويلزم القانون البنك التعويض بسبب إخلاله بالتزام قانوني هو دائما التزام ببذل عناية، مع إدراك البنك لهذا الإخلال.

وبالرجوع الى نصوص القانون الجزائري، فيما وضعه من أحكام للمسؤولية العقدية (م 172 و176 ق م) والتقصيرية (م 124-140 ق م) يتضح لنا بأنه يجعل الخطأ الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية بصفة عامة، وهذا دون أن يعرف ماهية الخطأ لما فيه من دقة وصعوبة تاركا ذلك للفقهاء والقضاء²، فاقصر المشرع الجزائري في المادة 124 من ق.م على النص بان: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرر للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"³.

وبالرجوع إلى تعريف الخطأ التقصيري للبنك يتضح لنا أن الخطأ التقصيري يجب أن يتوفر على عنصرين وهما:

1. العنصر المادي وهو التعدي

2. العنصر المعنوي وهو الإدراك والتمييز.

¹ قصي سلمان هلال، المسؤولية المدنية، مجلة كلية التراث الجامعة، ع 5، العراق، 2009، ص 41.

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 63.

³ القانون 05-10 المتضمن القانون المدني، المشار إليه سابقا.

1. العنصر المادي للخطأ:

وفقا لما اجمع عليه الفقه فان الركن المادي للخطأ يتمثل في انحراف في السلوك، بمعنى أن ينحرف الشخص عن السلوك الواجب الإلتباع أو السلوك النموذجي، ومن المنطق عليه أيضا انه عند تحديد ما إذا كان هناك انحرافا في السلوك من عدمه فان المعمول عليه في ذلك هو المعيار الموضوعي لا المعيار الشخصي¹. ويتم القياس على سلوك الشخص العادي وهو موظف البنك والذي يمثل عامة الموظفين العاديين فلا هو خارق الذكاء ولا هو كامل المهمة².

نخلص من ذلك إلى أن الخطأ التقصيري هو انحراف عن سلوك الرجل المعتاد إذا وجد في الظروف الخارجية التي أحاطت بمن أحدث الضرر³.

وتخضع مسؤولية البنك التقصيرية في جوهرها إلى القواعد القانونية العامة، فتقتضى توفر الخطأ والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، إلا أنها تتميز عن غيرها في تقدير الخطأ الذي ارتكبه البنك، فعادة ما تلجأ المحاكم إلى تقدير الخطأ بنوع من الشدة على أساس أن البنك مهني له دو هام في تنمية الاقتصاد الوطني، ويختص بأعمال تجعل منه مؤسسة شبيهة بالمؤسسة العامة⁴.

2. العنصر المعنوي:

الأصل في الفقه والقضاء الفرنسي أن الإدراك أو التمييز ركن في الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي، إذ لا يكفي لاعتبار الشخص مخطئا أن ينحرف عن سلوك الشخص المعتاد وإنما يلزم أيضا إدراكه لهذا الانحراف، ولهذا فالمسؤولية التقصيرية عن الخطأ الشخصي تقوم على أساس الخطأ وهي قاعدة استقرت في العديد من الشرائع منذ عهد القانون الروماني وحتى الوقت الحاضر⁵.

¹ عمرو احمد عبد المنعم ديش، أركان المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة بوزيان عاشور، الجلفة، ع2، م2019، ص24،

² بوزيدي الياس، المرجع السابق، ص 185.

³ عمرو احمد عبد المنعم، المرجع السابق، ص 26.

⁴ عبد المجيد محمد عبودة، النظام البنكي في المملكة العربية السعودية، معهد الإدارة العامة إدارة البحوث، د س ن، ص 26.

⁵ منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية)، د الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، د ط، ج 1، الأردن، 1996، ص 363.

ومفاد هذه القاعدة هو أن كل شخص ارتكب خطأ وهو مدرك أي قادر على التمييز بين الخير والشر، ويدرك تماما انه بتعديه هذا يلحق ضررا بالغير تترتب عنه المسؤولية المدنية، ونتيجة ذلك لا يسأل غير المميز ولا المجنون أو المعتوه¹.

أما فيما يخص البنوك باعتبارها أشخاص معنوية فإنها لا تملك الإدراك والتمييز ولكنها تمارس نشاطها بواسطة تابعيها أو عن طريق الأعضاء القائمين بإدارتها، فيكون الشخص المعنوي مسؤول باعتبارها متبوعا بالنسبة للأضرار التي تسبب فيها تابعوه في حين يكون مسؤولا شخصيا عن الأخطاء التي يرتكبها العضو القائم بالإدارة وعند قيامهم بالأعمال باسمه فإنهم يتجردون من شخصيتهم الطبيعية ويلبسون الشخصية المعنوية².

ثانيا: الضرر

هو ثاني أركان المسؤولية التقصيرية فيجب أن يترتب على الفعل الخاطئ ضرر يصيب الغير، فإذا انتفى الضرر فلا مسؤولية ولا تعويض والضرر هو الأذى الذي يصيب الإنسان في جسمه أو ماله أو شرفه، وتتشأ المسؤولية التقصيرية من وقت تحقق الضرر فعلا أو من الوقت الذي يصير فيه الضرر محقق الوقوع، ويعتبر هذا الوقت هو الذي تبدأ منه مدة تقادم الدعوى المسؤولية ولو كان الخطأ الذي سبب الضرر سابقا على ذلك بمدة طويلة³.

ويشترط لتحقيق المسؤولية التقصيرية للبنك أن يكون العميل قد أصابه ضرر لان مسؤولية البنك لا تقوم بدون تحقق ركن الضرر ونجاح العميل في إثبات خطأ البنك يجب أن يتبعه إثبات الضرر الذي تولد عن هذا الخطأ⁴.

انطلاقا مما سبق يمكن أن نعرف الضرر في المسؤولية التقصيرية للبنك بأنه هو ذلك الأذى الذي يصيب العميل في ماله أو في شخصه أو في شرفه.

¹ نور الدين بوشليف، إشكالية تطبيقات الخطأ في مجال حماية البيئة، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، ع 5، الجزائر، 2017، ص 147.

² براهيمى بدبعة، المرجع السابق، ص ص 137 138.

³ المير سميرة، المسؤولية المدنية المعمارية دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه علوم في القانون، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2016، ص 12.

⁴ عمري عبد الكريم، المرجع السابق، ص 183

ثالثاً: العلاقة السببية بين الخطأ التقصيري والضرر

حتى تتحقق المسؤولية التقصيرية يجب توفر علاقة السببية بين الخطأ والضرر، أي أن يكون الخطأ هو السبب الذي أدى إلى وقوع الضرر، فإذا لم تتوفر هذه العلاقة لا تنهض علاقة السببية مع الإشارة، إلى أنه في كثير من الأحوال يصعب تقدير الرابطة نتيجة لتعدد الظروف وتداخلها¹.

فالعلاقة السببية هي الركن الثالث للمسؤولية التقصيرية، وتتفق فيه مع المسؤولية العقدية، وقد نصت المواد 124 و125 و126 من ق.م على ضرورة توافر ركن السببية بين الضرر والخطأ لقيام المسؤولية التقصيرية².

ولا يكفي لقيام المسؤولية التقصيرية للبنك حصول ضرر للغير أو للعميل ووقوع خطأ من البنك وإنما يجب أن يكون هذا الخطأ هو السبب المباشر في حدوث الضرر وإلا انعدمت المسؤولية³.

كما أن للبنك المدعى عليه أن ينفي رابطة السببية إذا ادعى عدم توافرها وله في سبيل ذلك أن يثبت أن الخطأ قد تم بقوة قاهرة أو حادث فجائي أو يثبت أنه بخطأ العميل أو بفعل الغير⁴.

الفرع الثاني: آثار المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي

لا شك أن التعويض هو الأثر الذي يترتب على قيام المسؤولية ولا تقوم المسؤولية، إلا إذا توافرت أركانها ونجح المضرور في إثبات ذلك في دعواه، والحكم الذي يصدر من المحكمة ليس هو مصدر الحق في التعويض لأن مصدر الحق ينشأ من لحظة ثبوت الأركان وعدم وجود سبب أجنبي بدفع المسؤولية⁵.

¹ وائل تيسير محمد عساف، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص قانون خاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطني، نابلس، فلسطين، 2008، ص 15.

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 171.

³ قزولي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 203.

⁴ بوزيدي الياس، المرجع السابق، ص 189.

⁵ منذر الفضل، المرجع السابق، ص 546.

أولاً: دعوى التعويض

والغاية من التعويض هي إصلاح الضرر وذلك بترضية المتضرر وإعادة الوضع إلى ما كان عليه قبل وقوع الخطأ، فلا بد لكي يحقق التعويض هذه الوظيفة أن يكون عادلاً ويغطي الضرر وأن يكون سريعاً¹ وأشارت المادتان 131 و132 من ق.م إلى طريقة التعويض والتي يستفاد منها أن التعويض إما أن يكون عينياً وإما أن يكون نقدياً².

يقوم المدعي بتقدير التعويض بمفرده وفق ما يشاء غير أنه لا يمكن له المطالبة بأكثر من ذلك في الاستئناف لأول مرة ويعتبر بمثابة طلب جديد كما لا يجوز للقاضي أن يحكم بأكثر مما طالب به المدعي من تعويض وإلا قضى فيما لم يطلبه الخصوم، غير أنه يجوز له الحكم بأقل من ذلك³.

ويشترط لقيام دعوى التعويض ضد البنوك كغيرها من الدعاوي القضائية توفر طرفان يسمى الطرف الأول بالمدعي وهو العميل أو خلفه أو من ينوبه ويدعي الطرف الثاني بالمدعي عليه وهو البنك.

1. أطراف الدعوى:

لا تقبل الدعوى إلا إذا وجد فيها مدعى ومدعى عليه الأول المضرور والثاني مسبب الضرر وهو ما سنراه⁴.

أ- المدعي:

لم يرد أي نص قانوني لا في (ق.ا.م) الملغى ولا في (ق.ا.م.ا) الجديد يعرف المدعي بالرغم من ورود مصطلح المدعي في المادة 12 من (ق.ا.م) الملغى وكذلك في 13 و14 و155 و16 من (ق.ا.م.ا) الجديد، مع ذلك حسب أحكام هذين القانونين المدعي هو رافع الدعوى إلى القضاء⁵، ويمكن تعريفه بأنه:

¹ بيريك فارس حسين و حنان قاسم خورشيد الترجمان، تعويض الأضرار الناجمة عن الأعمال الإرهابية، مجلة جامعة تكريت، ع2، م1 ، ج1، العراق، 2016، ص456.

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص265.

³ عبد الرحمن فطناسي، إثبات الخطأ الطبي في العمليات الجراحية بمؤسسات الصحة العمومية الجزائرية، أطروحة دكتوراه علوم في العلوم القانونية، تخصص قانون إداري وإدارة عامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة باتنة -1، 2018، ص304.

⁴ بعاج أميرة، التعويض عن حوادث العمل بين نظرية الأخطار الاجتماعية وقواعد المسؤولية المدنية، مذكرة ماجستير في القانون العام، تخصص تنظيم اقتصادي، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2016، ص99.

⁵ عباشي كريمة، الضرر في المجال الطبي، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2011، ص90.

المدعي في دعوى المسؤولية هو المضرور وهو الذي يطالب بالتعويض فغير المضرور ليس له حق في التعويض والمضرور هو أو نائبه أو خلفه يثبت له هذا الحق، ولا أحد غير المضرور¹.

ولا تقبل دعوى المدعي إلا إذا توافرت فيه كافة شروط قبول الدعوى وفقاً للمادة 13 (ق.أ.م.أ) حيث تنص: "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون"².

ومع أن المشرع اشترط توفر عنصري الصفة والمصلحة لقبول الدعوى لكنه في ذات الوقت قيد مجال تدخل القاضي تلقائياً وحصره في انعدام الصفة والإذن، إذ ليس للقاضي أن يثير انعدام المصلحة إنما يكتفي بمراقبة مدى جدية الدفع فيما لو أثاره المدعي عليه³.

والمدعي في المسؤولية التقصيرية للبنك عن الفعل الشخصي هو العميل المتضرر من أخطاء البنك ولا يحق لغيره أن يطلب التعويض باستثناء نائب العميل أو خلفه فهم يحق لهم طلب التعويض مكان العميل.

ب- المدعي عليه:

لم يرد كذلك نص لا في (ق.إ.م) القديم ولا في (ق.إ.م.أ) الجديد يعرف المدعي عليه، وأول نص ذكره هو المادة 13 السالفة الذكر، ويقصد به الشخص الطبيعي أو المعنوي المرفوعة ضده الدعوى⁴.

وعليه يقصد بالمدعي عليه ذلك الشخص المسؤول عن الضرر الذي لحق بالشخص المضرور، وهو الذي ترفع عليه الدعوى القضائية لإلزامه بدفع التعويضات المقررة عن الأضرار التي كانت نتيجة مباشرة عن الخطأ الذي وقع من طرفه⁵، أو عن غيره، أو عن الشيء الذي في حراسته⁶.

¹ عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص 916.

² حمادي عبد النور، المسؤولية المدنية للمحامي، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2012، ص 102.

³ بريارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار بغداد للطباعة والنشر والتوزيع، الرويبة، ط3، 2011، ص 39.

⁴ عياشي كريمة، المرجع السابق، ص 96.

⁵ حادي شفيق، المسؤولية المدنية عن الخطأ في التشخيص الطبي - دراسة مقارنة. أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون وصحة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2018، ص 208.

⁶ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 223.

ولقد اشترطت المادة 13 من ق، إ، م، إ،¹ توفر الصفة لدى المدعى عليه أيضا، فترفع الدعوى من ذي صفة على ذي صفة، فكما يشترط توفر عنصر الصفة لدى المدعى وإلا رفضت دعواه، يشترط كذلك قيام عنصر الصفة لدى المدعى عليه وان تعددوا².

والمدعي عليه هنا هو البنك الذي نجم عنه الضرر فإذا توافرت أركان المسؤولية التقصيرية فان البنك يلتزم بتعويض العميل.

ثانيا: إثبات المسؤولية

المدعى هو الذي يتحمل عبء إثبات ما أصابه من الضرر، ولا يستطيع ان يخطو في دعوى المسؤولية خطوة قبل أن يثبت ذلك.

وإذا كانت أركان المسؤولية التي يجب إثباتها لتحقيق المسؤولية هي كلها وقائع مادية فان اثبات اية واقعة منها يجوز بجميع الطرق وخاصة البينة والقرائن³.

ومعنى هذا ان العميل هو الذي يحمل عبء إثبات مسؤولية البنك على ما أصابه من ضرر، ويجوز استخدام جميع وسائل الإثبات.

ولا يجوز للوكيل أن يطالب باسمه الشخصي الحكم له بالتعويض عما أصاب موكله كما لا يجوز للأب مثلا أن يطلب باسمه الشخصي الحكم له بالتعويض عما أصاب ابنه القاصر من ضرر ولكن يجوز للوكيل أن يباشر دعوى طلب التعويض باسم موكله وبصفته وكيلا عنه كما يجوز للاب او الوصي ان يباشر الدعوى المدنية ويطلب التعويض باسم ابنه القاصر ولصالحه بصفته فقط وليه او ممثله القانوني⁴.

والجدير بالذكر إلى أن الأحكام التي سبق وتكلمنا عنها بخصوص أطراف دعوى المسؤولية هي أحكام عامة⁵، تشترك فيها دعوى المسؤولية المدنية للبنك مع سائر الدعاوى المدنية الأخرى، فنظرا لعدم وجود أحكام

¹ قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ع 21 المؤرخة في 23 أبريل 2008.

² بريارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 41.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 944.

⁴ عبد العزيز سعد، شروط ممارسة الدعوى المدنية أمام المحاكم الجزائية، دار هومة، ط 3، الجزائر، 2015، ص 20.

⁵ محمدي بدر الدين، المسؤولية الناشئة عن المساس بالحقوق في الحياة الخاصة، أطروحة دكتوراه علوم في القانون، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015، ص 297.

خاصة بدعوى المسؤولية المدنية للبنك في القانون المدني أو قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإننا نلجأ إلى الأحكام العامة.

المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية للبنك عن فعل الغير

إن التشريعات التي حكمت العلاقات الاجتماعية والاقتصادية في المجتمعات القديمة كانت متأثرة بحدود تلك العلاقات غير المعقدة، لذلك فإن أحكام المسؤولية عن فعل الغير بوضعها الراهن لم تكن معروفة من قبل وكان الأصل في مساءلة المرء هو فعله الضار أو خطئه الشخصي الذي ألحق بالغير ضرراً¹.

أما في الوقت الراهن فقد أصبحت المسؤولية عن فعل الغير تعتبر الصورة الثانية للمسؤولية التقصيرية إلى جانب المسؤولية عن الفعل الشخصي التي سبق لنا دراستها، وأصبح الشخص يسأل فيها عن إصلاح ضرر أحدثه الغير دون أي إسهام منه²، ويقصد بالمسؤولية عن فعل الغير تلك التي ترجع إلى ضرر ارتكبه الغير "شخص خاضع للرقابة، أو تابع أحدث ضرراً حال تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبةها"، فيكون حينئذ المسؤول عن هذا الغير مسؤولاً عن التعويض³.

ولقد نص المشرع الجزائري في القانون المدني عن المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير و قسمها إلى صورتين نصت عليهما المادتان 134 و 136 وهما مسؤولية متولي الرقابة ومسؤولية المتبوع عن فعل تابعه⁴ وبمحاولة تطبيق المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير التي نص عليها المشرع الجزائري في القانون المدني على البنك، نلاحظ انه لا يمكن تطبيق الصورة الأولى والتي نصت عليها المادة 134 (مسؤولية متولي الرقابة) وهذا راجع إلى أن البنك هو شخص معنوي وليس شخص طبيعي وإن أساس مساءلة البنك عن أفعال الغير تتم على أساس صورة واحدة وهي مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعة أي مسؤولية البنك عن أفعال تابعيه، وفي حالة توفر الشروط اللازمة وثبوت هذه الصورة فإن البنك يلزم بتعويض الأضرار التي يسببها تابعيه.

¹ بلحو نسيم، المرجع السابق، ص 207.

² زهدور كوثر، المرجع السابق، ص 84.

³ بوكرزازة أحمد، المرجع السابق، ص 145.

⁴ الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المشار إليه سابقاً.

الفرع الأول: مسؤولية البنك عن أفعال تابعيه

لقد تأثرت مختلف التشريعات العربية بالقانون الفرنسي الذي أخذ بمسؤولية المتبوع عن فعل التابع، فقررت مسؤولية المتبوع عن خطأ تابعه بمجرد وقوع هذا الخطأ من التابع في أثناء تأدية وظيفته وذلك على أساس أن المتبوع قد أساء اختيار تابعه أو أخطأ فيما أصدره إليه من أوامر أو قصر في رقابته¹.

ومن بين هذه التشريعات التي أخذت بمسؤولية المتبوع عن فعل التابع المشرع الجزائري الذي وضع أحكام مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه بموجب المادتين 136 و137 المعدلتين بالقانون رقم 10/05 كما يلي:

المادة 136: "يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبةها.

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

المادة 137: "للمتبوع حق الرجوع على تابعه في حالة ارتكابه خطأ جسيما"².

يظهر من نص المادة 136 أن مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه تربط بين شخصين، وهما التابع والمتبوع، اما التابع فهو ذلك الشخص الطبيعي الذي يخضع لشخص آخر يدعى المتبوع بحيث ينفذ التعليمات والأوامر التي يصدرها المتبوع سواء كانت التعليمات كتابية أو شفوية، وأما المتبوع فهو ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يصدر الأوامر والتعليمات ويشرف على أعمال تابعيه بمراقبته لها واتخاذ القرار بشأنها³.

ولقد امتنع المشرع الجزائري من إعطاء تعريف لرابطة التبعية موضحا فقط أن رابطة التبعية تقوم و لو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه، متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه⁴، حيث واكب المشرع الجزائري لسنة 1975 آخر ما توصل إليه القضاء الفرنسي في هذا المجال حيث نصت المادة 136 صراحة على معيار السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه، غير انه على اثر تعديل القانون المدني بموجب القانون 05-

¹ عبد المجيد محمد عبودة، النظام البنكي في المملكة العربية السعودية، معهد الإدارة العامة، المملكة العربية السعودية، د س ن، ص 258.

² قانون رقم 10-05 المعدل للأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المشار إليه سابقا.

³ زهدور كوثر، المرجع السابق، ص ص، 93-94.

⁴ مراد قجالي، مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، 2004، ص36.

10 عمد المشرع إلى إحداث تعديل جوهري ضمن المادة 136 وذلك بإلغاء الفقرة الخاصة بمعيار السلطة الفعلية واستبدالها بفكرة جديدة هي العمل لحساب المتبوع كمعيار جديد لعلاقة التبعية بين المتبوع و التابع¹.

والمشرع الجزائري بإجرائه هذا التعديل يكون قد ساير التطورات الفقهية الحديثة، وفي اعتقادي ان المشرع الجزائري حسنا فعل لان العمل لحساب الغير هو معيار اشمل من معيار سلطة التوجيه، وهذا راجع إلى أن العمل لحساب الغير يتطلب خضوع التابع لأوامر وتوجيهات ورقابة المتبوع دون الحاجة إلى ذكر هذا المعيار صراحة أي ان سلطة التوجيه والرقابة هي تحصيل حاصل للعمل لحساب الغير.

وبتطبيق المادة 136 على البنك يتضح لنا أن البنك مسؤولا اتجاه عملاءه مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه عن الأضرار التي تحدث نتيجة فعل مستخدميه²، حتى ولو لم يصدر منه خطأ.

أولا. شروط مسؤولية البنك عن أفعال تابعيه (مستخدميه)

لكي تتحقق مسؤولية البنك المدنية عن أعمال موظفيه بصفتهم تابعين له يجب توافر عدة شروط³، وقد حددت المادة 136 شروط مسؤولية المتبوع وتمثل في:

1. وجود رابطة تبعية بين البنك وتابعيه

تقوم رابطة التبعية متى كانت للمتبوع سلطة فعلية على التابع في رقابته و في توجيهه فالعبرة بوجود سلطة فعلية تخول للمتبوع رقابة و توجيه التابع سواء كانت ناشئة عن عقد عمل أو لا⁴، كما أن مسؤولية المتبوع تقوم سواء كانت العلاقة التي تربطه بالتابع دائمة ومستمرة أو مؤقتة أو بمقابل أو مجانا، وأخيرا لا يشترط لقيام العلاقة التبعية أن يكون المتبوع حرا في اختيار التابع وهذا ما أشار إليه المشرع الجزائري بصريح العبارة في الفقرة الثانية من المادة 136 من القانون المدني المذكورة أعلاه، فأعوان البلدية مثلا الذين تعينهم الحكومة في مجلس بلدي ما، يسأل عنهم هذا المجلس ولو لم يكن لهم يد في اختيارهم⁵.

العبرة بتوافر السلطة للمتبوع في أن يصدر لتابعه من التعليمات ما يوجهه في عمله ولو كان توجيهها عاما شرط أن يكون في إطار عمل معين يقوم به التابع لحسابه وليس فقط توجيهها عاما في إطار عمل مطلق

¹ عمر بن الزبير، المرجع السابق، ص 287.

² براهيمى فايزة، المرجع السابق، ص 103.

³ بوزيدي الياس، المرجع السابق، ص 195.

⁴ نسيمية إبراهيم محمد عبد القادر، المسؤولية المدنية للشخصية الاعتبارية، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، قم القانون، جامعة شندي السودان، 2015، ص 117.

⁵ زهدور كوثر، المرجع السابق، ص 95.

غير محدد، فمسؤولية البنك إزاء الأغيار الذين لا يرتبطون به بعقد من العقود تبنى على هذا الأساس، إذا كان الخطأ صادر من مستخدم لدى البنك كيفما كانت درجته، بشرط ألا يكون رئيسا لمجلس إدارة أو عضو فيه لأن خطأ الرئيس أو العضو في مجلس الإدارة يشكل أساسا المسؤولية الشخصية للبنك، باعتبارهما يعبران عن إرادته، وعلى هذا الأساس مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، حكمت محكمة الاستئناف التجارية بفاس بمسؤولية البنك عن الأخطاء المرتكبة من طرف متبوعيه وحملته التعويض عن الأضرار اللاحقة بالغير وجاء في الحكم أنه: "مسؤولية المتبوع قائمة لوجود رابطة التبعية بين البنك ومستخدميه وارتكاب هذا الأخير أخطاء في تأدية وظيفته أو بسببها محدثا ضررا للغير يؤدي إلى إلزامها بتعويض المتضرر تعويضا كاملا عن الضرر اللاحق به الحكم القاضي بذلك واجب التنفيذ".

وهو ما قضت به أيضا محكمة لكسمبورغ في حكمها الصادر في 2005/05/11 حين اعتبر بأن البنك يباشر نشاطه بواسطة أشخاص تابعين له، لذلك فإن الأفعال التي يقومون بها تعتبر أفعالا مرتكبة من البنك نفسه ولا يعتبر الموظفين التابعين من الأغيار¹.

وقوام العلاقة التبعية هو قيام السلطة الفعلية من رقابة وتوجيه، فمتى تحققت السلطة الفعلية للمتبوع على التابع تحققت بالضرورة العلاقة التبعية وعليه تقوم مسؤولية المتبوع، والعكس صحيح، فمتى انتقلت السلطة الفعلية، انتقت العلاقة التبعية وبالنتيجة تنتفي المسؤولية².

فإذا لم تتوافر لدى البنك سلطة في الرقابة والتوجيه انتفت علاقة التبعية وانعدمت مسؤولية البنك³.

2. صدور فعل ضار عن التابع

تنص المادة 136 من القانون المدني الجزائري قبل تعديلها بموجب القانون 05-10 على: "يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى كان واقعا منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها"⁴.

¹ دقايشية زهور، المرجع السابق، ص 113.

² زهدور كوثر، المرجع السابق، ص 95.

³ خليلي سهام، المرجع السابق، ص 71.

⁴ الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المشار إليه سابقا.

كانت هذه المادة تستلزم من المضرور في رجوعه على المتبوع إثبات قيام مسؤولية التابع بكافة أركانها بداية من الخطأ، فالضرر وانتهاء بعلاقة السببية، من خلال اشتراطها في فعل التابع الذي يقيم مسؤولية المتبوع أن يكون عملا غير مشروعاً¹.

وعلى المضرور إثبات مسؤولية التابع إلا إذا كانت هذه الأخيرة من قبل المسؤوليات المفترضة أين يعفي منها المضرور من إثبات الخطأ².

ولقد أثارت هذه المادة جدلاً فقهيًا خاصة عبارة عمله الغير مشروع، مما جعل المشرع الجزائري يتدخل ويجري تعديل على هذه المادة بموجب القانون 05-10 واستبدال عبارة بعمله غير المشروع بعبارة فعله الضار³، ويرى الأستاذ عمر بن الزبير أن هذا التعديل يؤكد رغبة المشرع في الابتعاد بهذه المسؤولية عن فكرة الخطأ، ذلك انه لا فائدة ولا معنى من افتراض الخطأ في جانب المتبوع إذا كان الغاية منه تيسير الأمر على المضرور في الحصول على تعويض إذا اشترطنا عليه إثبات الخطأ في جانب التابع، والمشرع الجزائري كان موفقاً في استعماله عبارة الفعل الضار في النص الجديد بدلاً من العمل الغير مشروع، كون العبارة الأولى تتسم بالعمومية والاتساع، ومن ثم لم يعد هناك مجال للقول باشتراط إثبات الخطأ في جانب التابع لان مثل هذا الإثبات لن يعد له أي معنى فيكفي لقيام مسؤولية المتبوع على ضوء المادة 136 صدور فعل ضار من التابع يترتب عليه ضرر للغير⁴.

ونحن نؤيد الأستاذ عمر بن الزبير في جزء من تحليله للمادة 136 من القانون المدني، ونعارضه في جزء آخر.

الجزء الذي نؤيده هو قوله ان المشرع الجزائري جسد المسؤولية الموضوعية بتعديله المادة 136 باستعمال عبارة الفعل الضار بدلاً من العمل الغير مشروع، وفي تقديري فان هذا يعتبر من الأمور الإيجابية التي تحسب للمشرع الجزائري لأن عبارة بفعله الضار أدق عكس عبارة عمله المشروع التي تتسم بالعمومية والاتساع مثلما قال الأستاذ عمر بن الزبير.

¹ عمر بن الزبير، المرجع السابق، ص 297.

² زهدور كوثر، المرجع السابق، ص 95.

³ المادة 136 من القانون 05-10، المشار إليه سابقاً: "يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبتها".

⁴ عمر بن الزبير، المرجع السابق، ص ص، 298، 299.

أما الجزء الذي نخالفه فيه هو قوله إن تعديل المادة 136 يدل على رغبة المشرع الجزائري في الابتعاد بهذه المسؤولية عن فكرة الخطأ ونحن نرى أن رغبة المشرع من وراء هذا التعديل هو تبني المسؤولية الموضوعية إلى جانب المسؤولية الشخصية وهذا من أجل تحقيق حماية أكبر للمضروب.

وبتطبيق المادة 136 التي نص عليها القانون المدني 05-10 على الأعمال التي يقوم بها تابعي البنك يمكننا القول بان البنك يكون مسؤولاً عن أعمال تابعيه (موظفيه) متى صدر عن هذا الأخير فعلا الحق بسببه ضررا بالعميل والمشرع لم يشترط صدور خطأ من قبل التابع (الموظف) وهذا على خلاف ما كان منصوص عليه في المادة 136 قبل التعديل¹.

وبهذا التعديل يكون المشرع الجزائري قد أعفي متعاملي البنوك من عبء إثبات خطأ تابعي البنك ويكفي وقوع ضرر للعميل من جراء عمل تابعي البنك للحصول على تعويض من البنك باعتباره مسؤولاً عن أفعال تابعيه.

3. خطأ التابع حال تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبةها:

يشمل هذا الشرط ثلاث حالات فلكي تقوم مسؤولية البنك يجب على التابع الذي تربطه علاقة تبعية بالبنك أن يرتكب الفعل الضار أثناء تأديته لوظيفته أو أن يرتكبه بسبب تلك الوظيفة أو يرتكبه بمناسبةها.

لا شك في قيام مسؤولية البنك عن الأفعال الضارة التي يتسبب فيها الموظف وقت قيامه بالوظيفة، لان هذا الأخير يكون في هذه الحالة تحت رقابته وتوجيهه، أما بالنسبة للفعل الضار بسبب الوظيفة هي السبب الرئيسي والمباشر في إحداث الضرر، وأما بالنسبة لوقوع الفعل الضار من الموظف بمناسبة الوظيفة فان ذلك يعني أن الوظيفة قد سهلت ارتكابه أو ساعدت عليه أو هيأت الفرصة له، أي أن يكون الفعل الضار كنتيجة عرضية فقط وليس كنتيجة حتمية طالما أن الوظيفة ليست امرا ضروريا لحدوثه ورغم ذلك يتحمل البنك المسؤولية².

ولقد صدر في هذا الصدد عدة قرارات قضائية مختلفة في أحكامها فتارة تقضي بمسؤولية البنك حماية للظاهر الذي اعتمد على الوضع الظاهر وتارة أخرى تعتبر غير مسؤول عن أعمال موظفيه كمثال على ذلك قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية في 17 جوان 1983 الذي قضى بعدم مسؤولية البنك عن فعل تابعيه

¹ براهيمى فايزة، المرجع السابق، ص 104.

² بوزيدي الياس، المرجع السابق، ص 199.

لوقوع الفعل غير مشروع خارج أوقات العمل، وفي حكم آخر صادر عن محكمة النقض الفرنسية، قضى بعدم مسؤولية البنك وبعدم تطبيق المادة 5/1384 من القانون المدني الفرنسي لان العميل كان يعلم بسلطات الموظف وكان ينوي التواطؤ معه¹.

ثانيا. أساس مسؤولية المتبوع (البنك):

إذا قامت مسؤولية المتبوع بتوافر الشروط التي سبق شرحها، فيستحيل عليه دفع هذه المسؤولية إلا بنفي مسؤولية تابعه وذلك بإقامة الدليل على وجود السبب الأجنبي لان نص المادة 136 من القانون المدني الجزائري تعتبر قرينة المسؤولية قرينة قاطعة لا يجوز إقامة الدليل على عكسها، وإذا تحققت مسؤولية التابع تقررّت مسؤولية المتبوع ويستطيع المضرور الرجوع على التابع أو عليهما معا بالتضامن²، ولقد أثارت مسألة تكييف مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه والأساس الذي تقوم عليه نقاشا بين الفقهاء وشراح القانون واختلافا في الآراء في هذا الشأن من خلال نظريات متعددة بحيث انقسموا الى اتجاهين³، ويمكن رد هذا الخلاف الى طبيعة هذه المسؤولية هل هي مسؤولية شخصية أو مسؤولية عن عمل الغير.

1. مسؤولية المتبوع مسؤولية شخصية:

يرى جانب من الفقه أن مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه هي مسؤولية شخصية وعلى الرغم من اتفاقهم على تكييف هذه المسؤولية بأنها مسؤولية شخصية إلا أنهم اختلفوا حول الأساس الذي تقوم عليه هذه المسؤولية إلى عدة نظريات مختلفة، إذ أن الفقه الفرنسي التقليدي ذهب إلى أن أساسها هو الخطأ المقترض في جانب المتبوع، ويرى البعض الآخر من الفقهاء وعلى رأسهم الأستاذ بلانيول بان مسؤولية المتبوع تقوم على فكرة تحمل التبعة لا على الخطأ، وهناك من يرى بان أساس هذه المسؤولية هو فكرة الضمان⁴.

¹ براهيمى بديعة، المرجع السابق، ص 147.

² محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، دار الكتاب الحديث، د. ط، 2003، ص 219.

³ بن قردى أمين، المسؤولية الموضوعية في القانون الوضعي الجزائري، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الأساسي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، 2018، ص 73.

⁴ مراد قجالي، المرجع السابق، ص 70.

أ. نظرية الخطأ المفترض:

يرى بعض رجال الفقه القانوني أن أساس مسؤولية المتبوع هو خطأ مفترض من جانب المتبوع بسبب سوء في الاختيار، أو تقصير في الرقابة، أو إهمال في التوجيه أو خطأ فيها جميعاً¹ وهذا الخطأ لا يقبل إثبات العكس، غير أن هذا الرأي انتقد لأنه لو كانت مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه أساسه الخطأ المفترض لاستطاع المتبوع التخلص من المسؤولية بنفي علاقة السببية بين خطئه المفترض والضرر هو ما لا يجوز بإجماع الفقه والقضاء².

ب. نظرية تحمل التبعية:

تتلخص نظرية التبعية في أنه وطالما أن المتبوع يستفيد وينتفع دوماً من الخدمات التي يؤديها النشاط الذي يقوم به تابعه، ومن ثم يتعين عليه في المقابل تحمل كل ما ينجم من أخطاء بسبب تأدية ذلك النشاط الذي كان مثمراً بالنسبة للمتبوع ومضراً بالنسبة للغير³، وانتقد هذا الرأي من ثلاثة أوجه:

- لو كان صحيح أن مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه تقوم على أساس تحمل التبعية فلماذا يشترط المشرع لقيام مسؤولية المتبوع أن يثبت خطأ في جانب التابع، إذ أن مقتضى الأخذ بفكرة تحمل التبعية تؤدي إلى قيام مسؤولية المتبوع تلقائياً، وبمجرد أن يصيب التابع الغير بضرر، لان الأمر يرتبط بتبعية النشاط، ولا يتعلق بالخطأ الذي يرتكبه التابع⁴.

- النقد الثاني أن القانون أجاز رجوع المتبوع على تابعه بما دفع للمضرور، ولو كان الأمر تطبيقاً لتحمل التبعية ما جاز له أن يرجع لأنه يتحمل شخصياً تبعية النشاط الذي يفيد منه.

- النقد الثالث: إن القانون يبني فكرة المسؤولية على السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه وليس على أساس فكرة المنفعة⁵.

¹ سيد أمين، المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي المقارن، د.ط، دار وقفية الأمير غازي للفكر القرآني، د.س.ن، ص 146.

² محمد صبري العديس، المرجع السابق، ص 220.

³ عميرش نذير، المسؤولية المدنية للدولة عن الأضرار الناتجة عن أعمال العنف والإرهاب، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه علوم في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2011، ص 110.

⁴ مصطفى بوبكر، المسؤولية التقصيرية بين الخطأ والضرر في القانون المدني الجزائري، د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2015، ص 134.

⁵ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 221.

ج. نظرية الضمان:

يرى ستارك أن أساس المسؤولية المدنية عامة هو أن الإنسان يسأل عن كل ما ينشأ عن نشاطه من ضرر ينزل بجسم المضرور أو بأمواله المادية دون البحث عما إذا كان مخطئاً أو غير مخطئ، والمتبوع قد يمارس نشاطه إما بواسطة التابع أو بواسطة شيء، وبما أن أحد لم يقل ان مسؤولية الإنسان عن فعل الشيء هي مسؤولية غير مباشرة عن خطأ الشيء فالأمر كذلك أيضاً في مسؤولية المتبوع حين يمارس نشاطه بواسطة التابع، وهي مسؤولية مباشرة لا مسؤولية عن الغير¹.

ولعل الأخذ بفكرة الضمان كأساس لمسؤولية المتبوع عن أخطاء تابعه، يحقق على حد تعبير بعض الفقهاء، بعض الميزات التي لا تتاح في ظل الأخذ بالنظريات السابقة، فالقول بضمان المتبوع لخطأ التابع يتفادى مسألة إفسار التابع إذ قد يفاجأ المضرور -وهذا ما يحدث غالباً- بان التابع معسر مما قد يحول دون وصوله لحقه في التعويض، فأراد المشرع أن يقدم له مسؤولاً موسراً وهو المتبوع يضمن له الحصول على تعويض لجبر ضرره².

نقدها: تعد نظرية الضمان صورة مخففة من تحمل التبعة لان نظرية الضمان تناولت الأساس القانوني من ناحية المضرور، بينما نظرية التبعة تناولتها من ناحية المسؤول، ويؤخذ على هذه النظرية أنها عاجزة عن تفسير الأساس القانوني لهذه المسؤولية نظراً لحق الرجوع الذي يتمتع به المتبوع على تابعه³.

2. مسؤولية المتبوع مسؤولية عن عمل الغير:

رأينا أن فكرة المسؤولية الشخصية سواء القائمة على الخطأ المفترض أو على تحمل التبعية باعتبارها مسؤولية ذاتية، لا تصلح لتفسير مساءلة المتبوع، لذا ظهر رأي إلى اعتبار المتبوع هي مسؤولية عن عمل الغير، غير أن أنصار هذا الرأي اختلفوا في الأساس الذي تقوم عليه هذه المسؤولية إلى ثلاثة اتجاهات⁴:

¹ علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري (المسؤولية عن فعل الغير-المسؤولية عن فعل الأشياء- التعويض)، د. ط. د. م. ج، الجزائر، 1984، ص 70.

² مصطفى بوبكر، المرجع السابق، ص 144.

³ قجالي مراد، المرجع السابق، ص 74.

⁴ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 222.

أ. نظرية النيابة القانونية:

التابع هو نائب عن متبوعه نيابة قانونية وبالتالي تتصرف أعماله كوكيل الى المتبوع كموكل أصيل، وقد اخذ القانون الإنجليزي الحالي بهذه الفكرة، كما أخذت هذه الفكرة من القاعدة التي كانت سائدة في القانون الكنسي والتي كانت تقول من يعمل بواسطة غيره فكأنما يعمل بنفسه¹.

نقدها: تعرضت هذه النظرية للنقد لأنها عاجزة عن إعطاء التفسير السليم لأساس مسؤولية المتبوع، ومن جل الانتقادات التي وجهت إليها نذكر:

- إن النيابة لا تفسر فكرة الرجوع بالنسبة للمضور الذي يحق له الرجوع على التابع، كما يحق له الرجوع على المتبوع، وإذا كان التابع نائباً عن المتبوع فكيف يحق للمتبوع الرجوع على التابع بما دفعه للمضور، وهو المسؤول باعتباره أصلاً يتحمل نتائج أفعال نائبه².

- النيابة لا تكون إلا في التصرفات القانونية ولا نيابة في الأعمال المادية، لا سيما وأنه لا يتصور أن ينوب شخص عن آخر في ارتكاب خطأ، لأن الخطأ سلوك شخصي، وانحراف عن جادة الصواب ينفرد به كل إنسان وحده³.

ب. نظرية الحلول:

فالتابع حل محل المتبوع أو هو امتداد لشخصية المتبوع فما يقع من التابع من خطأ فكأنما وقع من المتبوع ويعيب هذا الرأي أنه يقوم على افتراض بني في الواقع، إذ لا يمكن أن ينسب الخطأ إلا إلى الشخص الذي صدر منه⁴.

ج. نظرية الكفالة القانونية:

بعض الفقهاء يقيم مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه على أساس الكفالة، فالمتبوع يكفل التابع فيما يرتكب من خطأ يصيب الغير بضرر، مادام للمتبوع حق الرقابة والتوجيه على التابع، ومادام الخطأ الذي ارتكبه التابع قد وقع أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها، فهذه الحدود التي ترسم نطاق مسؤولية المتبوع هي التي تفسر فكرة

¹ علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري (المسؤولية عن فعل الغير-المسؤولية عن فعل الأشياء-التعويض)، المرجع السابق، ص 71.

² فجاللي مراد، المرجع السابق، ص 76.

³ علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري (المسؤولية عن فعل الغير-المسؤولية عن فعل الأشياء-التعويض)، المرجع السابق، ص 71.

⁴ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 222.

الكفالة وتبررها والمتبوع كفيل التابع دون أن يكون له حق التجريد، فيجوز للمضروب أن يرجع على المتبوع قبل أن يرجع على التابع، والكفالة هنا مصدرها نص القانون لا الاتفاق¹.

النقد: اعترض على هذه الفكرة بأن الكفالة عقد رضائي لا بد فيه من رضاء الكفيل، وإن كان أصحاب هذا الرأي قالوا بأن الكفالة هنا مصدرها القانون وليس العقد، ولكن أين هو النص عليها في القانون².

ثالثا. أساس مسؤولية المتبوع في القانون الجزائري:

بالرجوع إلى نص المادتين 136 و137 من ق. م. ج يلاحظ انفراد مسؤولية المتبوع عن فعل التابع بحكم غير مأخوذ في أي نوع من أنواع المسؤولية التي نظمها المشرع الجزائري فهي المسؤولية الوحيدة التي لم يبين فيها المشرع طريقة نفيها، إذ انه بالرجوع إلى كل أنواع المسؤولية يلاحظ ان المشرع قد حدد طريقة نفي كل منهم³.

والمشرع الجزائري اقتبس من القانون المدني الفرنسي وتحديدا نص المادة 1384 المتعلقة بتطبيقات المسؤولية عن عمل الغير، فأوجد كما سبق الإشارة إلى جانب المسؤولية عن العمل الشخصي المسؤولية عن عمل الغير، غير انه لم يجعل مناط هذه المسؤولية الخطأ واجب الإثبات مثل ما هو الحال بالنسبة للمسؤولية عن العمل الشخصي، وإنما جعل هذا الخطأ مفترضا قابلا لإثبات العكس في جانب متولي الرقابة والمتبوع، في حين جعل الخطأ المفترض في جانب التابع والمتبوع قاطعا وغير قابل لإثبات العكس⁴.

وبالرغم من ذلك فإن المشرع لم يستطيع منع تسلل فكرة الضرر لمسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه، لما لم يبين كيفية نفي هذه المسؤولية مما دفع ببعض الفقهاء للقول بأن أساسها إما الخطأ المفترض الذي لا يقبل إثبات العكس، أو فكرة تحمل التبعية، أو فكرة الضمان وهي موضوعات لا علاقة لها بالخطأ، بما يؤكد أن فكرة الضرر كأساس جديد للمسؤولية التقصيرية قد فرض نفسه حتى في الدول التي تشكل قلب الاتجاه الشخصي في مجال الحضارة القانونية، مثل فرنسا والدول التي تأثرت بها كمصر والجزائر وليبيا وسوريا⁵.

¹ فجالي مراد، المرجع السابق، ص 78.

² علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري (المسؤولية عن فعل الغير-المسؤولية عن فعل الأشياء-

التعويض)، المرجع السابق، ص 71.

³ بن قردى أمين، المرجع السابق، ص 76.

⁴ بن الزبير عمر، المرجع السابق، ص 314

⁵ مصطفى بوبكر، المرجع السابق، ص 158.

ونعتقد أن فكرة تحمل التبعة تبدوا أقرب الأفكار وأكثرها ملائمة وانضباطا في تبرير تحمل المتبوع التعويض عن الضرر الذي يتسبب فيه التابع في ضوء المادة 136-137 من القانون المدني الجزائري، فهذه المسؤولية هي مسؤولية موضوعية بامتياز، بل ويمكن اعتبارها الشريعة العامة للمسؤولية الموضوعية في القانون المدني الجزائري خاصة بعد إلغاء الفقرة الثانية من المادة 125 من ق. م ج.¹

ولقيام مسؤولية البنك عما يحدثه تابعه بسبب ما يقترفه من عمل غير مشروع يجب على العميل، إثبات قيام شرط وحيد هو أن اتصال الموظف المخطئ مع العميل قد تم وصفه تابع للبنك، لأن المعيار في علاقة التبعية هو بما يكون للمتبوع من حق إصدار الأوامر للتابع وتوجيهه، وازدادت أهمية هذه المسؤولية في الوقت الحاضر تبعا لزيادة الأضرار التي تقع من التابعين.²

المطلب الثالث: مسؤولية البنك عن الأشياء الغير حية

سبق أن رأينا أن الشخص (البنك) يسأل عن أعمال غيره لذا فانه من باب أولى أن يسأل عن الشيء الذي في حيازته لأن هذا ادعى إلى تحقيق الحماية للمضرور.³

وقد نص المشرع الجزائري على المسؤولية عن الأشياء في المادة 138 من القانون المدني والتي نصت على انه: "كل من تولى حراسة الشيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير، والرقابة، يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء".

ويعفى من هذه المسؤولية الحارس للشيء إذا اثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الضحية أو عمل الغير، أو الحالة الطارئة أو القوة القاهرة⁴.

ويلاحظ أن المشرع لم يقيم بأكثر من نقل ما استقر عليه القضاء الفرنسي في آخر مراحل تطوره في القضية الشهيرة بقضية جان دير.⁵

¹ ابن الزبير عمر، المرجع السابق، ص 322.

² خليلي سهام، المرجع السابق، ص 75.

³ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 226.

⁴ قانون رقم 05-10 المعدل للأمر رقم 75-58 المشار إليه سابقا.

⁵ مصطفى بويكر، المرجع السابق، ص 184.

جاء في منطوق قضية جان دير "إن المسؤولية المفترضة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 1384 لا تدحض إلا بإثبات السبب الأجنبي و انه لا يكفي المسؤول أن يثبت انه لم يرتكب أي خطأ أو أن سبب الحادث بقي مجهول و حيث أن القانون في تطبيق المادة 1384 فقرة 1 لا يميز في افتراض هذه المسؤولية، بين ما إذا كان الشيء الذي احدث الضرر محركا أو غير محرك بيد الإنسان، وحيث

والمادة 138 من القانون المدني الجزائري وما يقابلها من التقنيات الأجنبية يعتبر انعكاسا لحاجات العصر للآلة والقوى المحركة لان شيوع استعمال هذه الأشياء قد أدى إلى كثرة الضحايا¹.

وعلى الرغم من المزايا التي يوفرها توظيف التكنولوجيا في النشاط المصرفي، إلا أنه لم يبق بمعزل عن وقوع أخطاء فنية يرتكبها الكمبيوتر (أشياء غير حية) كثيرا ما يقع الزبائن ضحايا لها، ينجر عنها عدم تنفيذ للعمليات المطلوبة على الوجه الصحيح، مما قد يلحق أضرارا بهم تستدعي جبرها².

والمسؤولية عن الأشياء غير الحية صارت اليوم مسؤولية مستقلة تماما عن المسؤولية عن الأفعال الشخصية، فهي لا تقوم على فكرة الخطأ بل تفترض بمجرد أحداث شيء غير حي ضررا³.

ولكي ندرس هذه المسؤولية لابد من بيان شروطها وأساسها

الفرع الأول: شروط مسؤولية حارس الشيء غير الحي وفقا للمادة 138

يتضح من نص المادة 138 أن مسؤولية البنك باعتباره حارس الشيء تقوم على شرطان هما:

أولاً. أن يتولى البنك حراسة الشيء.

ثانياً. أن يحدث الشيء ضرر للغير (العميل).

أولاً. أن يتولى البنك حراسة الشيء

عبرت عن هذا الشرط الفقرة الأولى من المادة 136 من ق.م. ج بنصها: "كل من يتولى حراسة شيء" وهي تطرح مفهومان هما الشيء الذي يكون تحت حراسة البنك والحراسة.

1. المقصود بالشيء على ضوء المادة 138 من القانون المدني الجزائري:

يراد بالشيء وفق المادة 138 كل شيء مادي غير حي بغض النظر عن صفته أو نوعه، وبذلك يخرج عن نطاق الأشياء في ضوء هذه المادة كافة الأشياء غير المادية، وكذلك كافة الأشياء الحية، والتي تخضع

انه ليس من الضروري أن يكون هذا الشيء عيب ملاصق لطبيعته وقابل لإحداث الضرر، إذ أن نص المادة 1384 فقرة 1 يربط المسؤولية بحراسة الشيء لا بالشيء نفسه، و لذلك يكون الحكم المطعون فيه قد خالف روح القانون فيما يتعلق بعبء الدليل و لهذه الأسباب يتعين نقضه".

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 228.

² فاطمة الزهراء بوقطه، تأسيس المسؤولية العقدية للبنك عن أخطاء الكمبيوتر على الإخلال بالسلامة (عمليات التحويل الالكتروني نموذجاً)، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، ع 6، جوان 2018، ص 183.

³ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 228.

في حكمها للمادة 139 الخاصة بالمسؤولية عن فعل الحيوانات كما تستثني المباني فيما يتعلق بالأضرار الناجمة عن تدهمها والحريق الذي ينشب فيها لأنها تخضع لنص المادة 140 مدني، كما تستثني المنتجات لخضوعها لنص المادة 140 مكرر¹، وعلى ذلك ففيما عدا هذين الشئيين يصدق اصطلاح الشيء هذا على كل شيء، منقولاً كان أو عقاراً كبيراً أو صغيراً، جامداً أو سائلاً ويصدق على الشيء الذي يحتاج بسبب حالته أو طبيعته أو الظروف التي وجد فيها إلى عناية خاصة هذا ويجب ملاحظة أن الآلات الميكانيكية دائماً في حاجة إلى عناية خاصة لان لها قوة تحريك ذاتية مما يجعلها مصدر خطر دائم².

بذلك يفهم من نص المادة 138 من نفس القانون انه جاء منطوياً لمبدأ الشمول في مفهوم الشيء، بدون تعداد الأشياء حتى لا يفهم أو يفسر تعدادها حصرياً³.

والأشياء التي يستعملها البنك تقتصر على المنقولات (والعقارات والآلات الميكانيكية) التي يستعين بها لأداء نشاطه، خاصة في ظل التطورات الحديثة التي أدخلت العديد من الوسائل التقنية على صعيد العمل المصرفي، فالبنك مسؤولاً عن الأضرار التي تسببها هذه الأخيرة، ولا يمكن التوصل من المسؤولية الناجمة عن أخطائها لأنه بالنظر إلى نتائجها أو تكرار حدوثها تكون غالباً وخيمة⁴.

2. المقصود بالحراسة في ضوء المادة 138 من القانون المدني الجزائري:

الحراسة بمعناها القانوني عرفها المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 138 من القانون المدني الجزائري على أنها قدرة الشخص على استعمال وتسيير ورقابة الشيء، إلا أن هذا التعريف يحتاج إلى بعض التوضيحات، فقد يقصد بسلطة الاستعمال مثلاً: الاستعمال المادي للشيء وقد يقصد بها الانتفاع من الشيء وقد تشترط سندا قانونياً للتمتع بهذه السلطة، فبعد إن كانت العبرة بالحراسة القانونية، ثم بالحراسة المادية أصبحت العبرة بالحراسة المعنوية أو الفعلية⁵.

ولا شك في كون المشرع الجزائري قد تأثر بالتطور الذي آلت إليه فكرة الحراسة في القانون الفرنسي، ويظهر هذا التأثير بجلاء في تبني المادة 138 المعيار الذي قالت به الدوائر المجتمعية لمحكمة النقض الفرنسية

¹ بن الزبير عمر، المرجع السابق، ص 354، 355.

² محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 229.

³ بن داود حنان، المسؤولية التقصيرية عن فعل الشيء في ظل القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2014، ص 08.

⁴ خليلي سهام، المرجع السابق، ص 53.

⁵ بن داود حنان، المرجع السابق، ص 9، 10.

في حكمها الصادر في قضية Franck¹، من خلال أخذها بفكرة الحراسة الفعلية أو المعنوية التي تستند إلى قدرات الاستعمال والتسيير والرقابة، وفي ضوء هذا المفهوم للحراسة في المادة 138 لا يشترط أن يكون الحارس هو من له الحيابة المادية و لا من له الحيابة القانونية، ويستوي أيضا أن تكون سلطته على الشيء سلطة شرعية أو غير شرعية².

يكفي إذن لقيام الحراسة أن تكون تلك السلطة فعلية ولا تستلزم أن تكون سلطة قانونية تستند إلى حق³.

أ. عناصر الحراسة:

يمكن القول ان المادة 138 من ق.م. ج ربطت الحراسة بثلاث عناصر أساسية وهي: الاستعمال والتسيير والرقابة، وكل عنصر من هذه العناصر الثلاثة له مقصود مختلف عن الآخر ولهذا لا بد من التعرض إلى معنى كل مصطلح من هذه المصطلحات الثلاث⁴.

أ.1. سلطة الاستعمال:

المراد بالاستعمال في نص المادة 138 ق.م. ج هو استخدام الشيء باعتباره أداة لتحقيق غرض معين، وليس بل لازم وجود الشيء بين يدي الحارس ماديا أو واضعا يده عليه بل يكفي أن تكون له سلطة استعماله وان لم يمارسها فعلا، والمستأجر والمستعير يعتبران حارسين للشيء لان لهما سلطة الاستعمال⁵.

كما لا يشترط كذلك الاستعمال الفعلي أو المستمر للشيء، إذ تتوفر سلطة الاستعمال لدى الحارس لمجرد أن يكون باستطاعته استعمال الشيء متى شاء من دون أي مانع.

لكن تجدر الإشارة في الأخير إلى أن مصدر الاستعمال ليس له أهمية وقد يكون شرعيا أو غير شرعي⁶.

¹قضية Franck الصادر عن الدوائر المجتمعية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 02 ديسمبر 1941 والذي أبدت فيه رأي محكمة الاستئناف، والتي اعتبرت أن السيد Franck فقد بسرقة سيارته صفة الحارس، لأنه حرم من سلطة الاستعمال والرقابة والتوجيه عن السيارة.

² بن الزبير عمر، المرجع السابق، ص 359.

³ عيساوي زهية، المسؤولية للصيدي، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2012، ص 58.

⁴ بن داود حنان، المرجع السابق، ص 13.

⁵ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 233.

⁶ بن داود حنان، المرجع السابق، ص 14.

أ.2. سلطة التسيير:

يقصد به التوجيه وسلطة إصدار الأمر، فالتابع الذي يقود سيارة متبوعه ليس له سلطة التوجيه وإصدار الأمر بل هذه السلطة للمتبوع كما سبق القول، وسلطة التسيير والتوجيه متصلة عادة بالاستعمال فالبعض يدمجها فيها¹.

أ.3. سلطة الرقابة:

هي تعني الرقابة والإشراف على الشيء، وتعهد بالإصلاح والصيانة بما يضمن سلامته الدائمة، ليكون صالحا لما اعد له، وبالتالي فله الحق باستبدال أجزاء تالفة بأخرى سليمة بمعنى سلطة الملاحظة وتتبع الشيء في استعماله وتفحصه، وتأمين صيانتها وإصلاح العيب الذي يظهر فيه، وبصفة عامة سلطته في أن يجري على الشيء التصرفات المادية والقانونية معا.

لكن في الخلاصة يمكن القول ان الحراسة تقتضي توفر هذه المقومات الثلاث من استعمال وتسيير ورقابة مجتمعه حتى تكتمل بعضها ولقد أضيفت سلطة الرقابة إلى جانب السلطتين السابقتين من باب الدقة في المعنى².

وبتطبيق عناصر الحراسة التي نصت عليها المادة 138 من ق.م.ج على البنك يمكن أن نقول إن المقصود بالحراسة في البنك هي قدرة البنك على استعمال وتسيير ورقابة الأشياء وباعتبار البنك مدين محترف فانه يستعمل الأدوات والأجهزة بحسب تخصصه المهني، وأهمها الكمبيوتر والصراف الآلي وإن كان يتحكم فيه الكمبيوتر، اللذان يختزلان المدة بين إصدار الأمر وتنفيذه وما لقدرته الهائلة على تخزين واسترجاع المعلومات، وما لأهميتها الفائقة والدور الذي تلعبه في الربط الشبكي بين مختلف البنوك بالإضافة الى استعماله الخزائن الحديدية وأشياء أخرى³، وكل هذه الأشياء هي تحت حراسة البنك، وتشكل الحراسة وضعا قانونيا بين البنك و الشيء تجعله يسأل عن الأضرار التي يحدثها هذا الشيء.

هذا عن الشرط الأول لقيام مسؤولية حارس الأشياء (البنك) أما الشرط الثاني فهو يتمثل في إحداث الشيء ضررا للغير (العميل).

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 233.

² بن داود حنان، المرجع السابق، ص 15.

³ خليلي سهام، المرجع السابق، ص 54.

ثانيا. أن يحدث الشيء ضررا للغير (العميل)

ويقصد بذلك انه يجب ان يكون الضرر حاصلًا بفعل الشيء ولكي يتحقق ذلك ينبغي أن يكون الضرر قد حصل من التدخل الإيجابي للشيء، ولا يتحقق ذلك عادة إلا إذا كان الشيء في وضع غير عادي أو غير طبيعي تتحقق معه الأضرار¹، ولا يكفي مجرد التدخل السلبي المحض لقيام هذه المسؤولية، ويقتضي التدخل الإيجابي أن يكون الشيء في وضع أو حالة تسمح عادة بإحداث الضرر، وهو ما يعبر عنه البعض بقيام علاقة سببية بين الضرر وبين تدخل الشيء، فمجرد التدخل المادي للشيء في إحداث الضرر، يقيم القرينة لصالح المضرور، بأن الضرر قد تحقق نتيجة ذلك التدخل²، أما الدور السلبي للشيء يتحقق بحصول الضرر من الشيء ولكن بفعل قوة خارجية عنه دفعته لإحداث الضرر، هذه القوة يمكن أن تتصف بالقوة القاهرة، أي ذلك الحدث غير المتوقع وغير قابل للدفع ولكن ليس ضروريا أن تتحقق هذه الصفة بل يكفي أن يحصل الحادث بفعل سبب خارج عن الشيء جعله يحدث الضرر³.

وعليه يظهر معيار التفرقة بين التدخل السلبي والتدخل الإيجابي للشيء هو الصلة السببية بين الشيء والضرر، فمتى تحققت هذه الصلة نكون أمام تدخل إيجابي للشيء بمعنى متى كان الشيء في وضعية أو حالة تؤدي عادة إلى إحداث الضرر بوصف تدخله بالإيجابي⁴، و يتضح من المادة 138 من ق.م. ج أنه لا مجال لتطبيقها ما لم يكن الضرر من فعل الشيء، أما إذا كان الضرر من فعل الإنسان فتكون العبرة بالمادة 124 من القانون المدني الجزائري، ذلك أن قاعدة المسؤولية عن فعل الشيء قائمة بذاتها و لها إطارها القانوني المستقل عن قاعدة مسؤولية الشخص عن فعله⁵.

ومن هنا نستنتج أن البنك يسأل عن الأخطاء التي تترتب من جراء الأدوات والأجهزة التي سخرها لأداء عمله⁶، والتي لحقت ضررا بالعميل أي انه تقوم في حق البنك مسؤولية تقصيرية باعتباره حارسا على الأشياء التي يستعملها في أدائه لنشاطه بمجرد وجود صلة سببية بين الأشياء التي سخرها البنك لأداء عمله والضرر الذي لحق بالعميل.

¹ بوكريزة أحمد، المرجع السابق، ص 153، 154.

² بن الزبير عمر، المرجع السابق، ص 361، 362.

³ بن قردي أمين، المرجع السابق، ص 85.

⁴ زهدور كوثر، المرجع السابق، ص 110.

⁵ بن داود حنان، المرجع السابق، ص 27، 28.

⁶ خليلي سهام، المرجع السابق، ص 53.

الفرع الثاني: أساس مسؤولية حارس الشيء

يقصد بأساس المسؤولية الأسباب والاعتبارات التي تحمل المشرع على وضع عبء تعويض الضرر على عاتق شخص معين¹، واختلف الفقه القانوني في تحديد أساس مسؤولية حارس الشيء غير الحي، فمنهم من أسسها على نظرية تحمل التبعة والبعض الآخر أسسها على الخطأ المفترض في حارس الشيء، بينما آخرون أسسوها على فكرة التضامن الاجتماعي أو فكرة الضمان².

وما يثير الإشكال هو الأدوات والأجهزة التي يستخدمها البنك والتي من أهمها الكمبيوتر في تحديد الأساس الذي تقوم به المسؤولية التي تقع على عاتق البنك³، وتبقى قضية أساس مسؤولية البنك عن الأشياء غير الحية غامضة وصعبة التفسير نظرا لغموض موقف واضح من القضاء الجزائري يمكن الارتكاز عليه، ولكن مهما يكن من أمر فإنه يمكن الرجوع في ذلك إلى المادة 138 من القانون المدني الجزائري التي تفترض المسؤولية في جانب الحارس بمجرد أن يترتب عن الشيء محل الحراسة ضررا للغير⁴، أي أن أساس مسؤولية حارس الشيء (البنك) خطأ مفترض لا يقبل إثبات العكس، فلا يجوز لحارس الشيء إثبات انه لم يخطئ و انه بذل العناية المطلوبة لمنع وقوع الضرر، فمسؤولية حارس الشيء تقوم على أساس خطأ في الحراسة إذا وقع ضرر للغير بفعل الشيء، فيفترض أن الحارس قد فقد السيطرة الفعلية على الشيء وأن زمامه قد افلتت⁵.

ويمكن ان نستنتج ان مسؤولية البنك باعتباره حارسا للشيء تتأسس على الخطأ في الحراسة وهو خطأ مفترض قانونا لا يقبل إثبات العكس إلا بإثبات السبب الأجنبي للضرر، وبالتالي فان المضرور (العميل) يجب عليه إثبات أن إصابته بالضرر كانت بفعل شيء تحت حراسة البنك، ولا يكون أمام البنك إلا إثبات السبب الأجنبي للضرر بانعدام العلاقة السببية بين خطأه المفترض والضرر الحاصل.

وباعتماد فكرة الخطأ المفترض نكون قد سهلنا الأمر على العميل وهذا ما من شأنه تشجيع العميل على التعامل مع البنوك، وتوطيد العلاقة بينهم، وقد أبدى المشرع الجزائري اهتماما كبيرا بالأشياء التي يستعين بها البنك لتقديم الخدمات للعملاء، وهذا من خلال منع إعطاء ترخيص للبنوك إلا بعد تحديد التقنية والآلية التي

¹ بن قريدي اميم، المرجع السابق، ص 86.

² بوكريزة أحمد، المرجع السابق، ص 154.

³ خليلي سهام، المرجع السابق، ص 54.

⁴ بن داود حنان، المرجع السابق، ص 61.

⁵ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 238.

تستخدمها في نشاطها كما جاء في نص المادة 91 من الأمر المتعلق بالنقد والقرض: "من أجل الحصول على الترخيص ...، يقدم الملتزمون برنامج النشاط والإمكانات المالية والتقنية التي يعتزمون استخدامها..."¹

والملاحظ من خلال دراسة هذه المسؤوليات، أن المشرع الجزائري استبدل في تعديله لأحكام القانون المدني عبارة عمل بفعل فنجد انه استعمل كلمة "فعل" بدل كلمة "عمل" التي كان يستعملها في صياغة المواد المتعلقة بالمسؤولية، ذلك أن الفعل يقصد به القيام بالحركة دون نية إحداثها، وقد يكون بقصد أو دون قصد كما يصدر من العاقل أو غير العاقل بينما العمل فهو القيام بحركة مع نية إحداثها ويصدر عن قصد من شخص عاقل فقط، لهذا نرى أنه حسن فعل المشرع الجزائري باستبداله الصياغة لتماشيا مع سياستها التشريعية حيث إن الفعل الضار قد يصدر من شخص كامل الأهلية، كما قد يصدر من شخص عديم الأهلية، كما انه قد يصدر بقصد إلحاق الضرر أو بدون قصد إحداثه.²

¹ خليفي سهام، المرجع السابق، ص 54.

² زهدور كوثر، المرجع السابق، ص 130.

خلاصة الفصل:

لقد تطرقنا في هذا الفصل إلى المرحلة السابقة للعقد (مرحلة التفاوض) نظرا لما لي هذه المرحلة من أهمية خاصة فيما يتعلق بالعقود المصرفية وتطرقنا إلى وجهات النظر المختلفة فهناك رأي يعارض تنظيم هذه المرحلة إلا أننا نعارض هذا الرأي ونري انه من المجافي للواقع ألا نعترف بأية قيمة قانونية لهذه الأعمال، كما وان تجريد المفاوضات من كل قيمة قانونية فيه إنكار لإرادة أطراف المفاوضات التي يجب الاعتراد ولو ببعض منها، فيما لا يتعارض معارضة صارخة للعقد النهائي.

لهذا فإننا نؤيد النظرية المؤيدة لمسؤولية البنك قبل التعاقد وأصحاب هذه النظرية لم يتفقوا حول الطبيعة القانونية لمرحلة التفاوض هل هي عقدية أم تقصيرية ونحن نعارض الرأي القائل بان المسؤولية في مرحلة المفاوضات (السابقة للعقد) هي مسؤولية عقدية، وهذا راجع إلى انه من غير الممكن القول بان مصدر الالتزام هو العقد والعقد لم ينشأ بعد.

ونحن نؤيد الاتجاه القائل بان المسؤولية في المرحلة السابقة لتكوين العقد هي مسؤولية تقصيرية.

ونظرا لأهمية هذه المرحلة فإننا نطالب من المشرع الجزائري أن يحذو حذو المشرع الفرنسي الذي قنن مرحلة المفاوضات بصورة صريحة وجعلها مرحلة مستقلة ومختلفة عن بقية المراحل تحكمها نصوص مستقلة. ولقد تطرقنا في هذا الفصل إلى مسؤولية البنك المدنية حسب النظرية التقليدية، فقد تكون مسؤولية البنك عقدية عند إخلاله بأحد الالتزامات التي يرتبها العقد ويحدث ضرر للعميل، ولتقوم مسؤولية البنك العقدية يكفي أن يثبت العميل أن الالتزام لم ينفذ على الوجه السليم.

والمشرع الجزائري رغم انه لم يصرح صراحة على شرط وجود عقد لقيام المسؤولية المدنية العقدية إلا انه يمكننا أن نستنتج هذا الشرط من خلال استقراءنا للمادة 106 من القانون المدني الجزائري¹ العقد شريعة المتعاقدين...، أي أن المشرع الجزائري اشترط ضمنا وجود عقد لقيام المسؤولية العقدية بصفة عامة وقيام مسؤولية البنك العقدية بصفة خاصة وهنا يمكن القول ان المشرع الجزائري يكرس بصورة جلية مبدأ عدم المساس بالعقد في قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

¹ المادة 106 من الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني، مشار إليه سابقا.

وقد تكون مسؤولية البنك تقصيرية تنتج عن مخالفة القاعدة العامة، التي تبني على العناصر المعروفة في المادة 124 من القانون المدني المتمثلة في الخطأ، الضرر والعلاقة السببية

ونظرا لأهمية المسؤولية التقصيرية بصفة عامة فقد أولى لها المشرع الجزائري أهمية كبيرة فنلاحظ انه خصص لها فصلا كاملا تحت عنوان الفعل المستحق للتعويض وتناول المشرع الجزائري هذه المسؤولية في المواد من 124 إلى 140 من القانون المدني الجزائري أي في 17 مادة.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري تدارك بعض الأخطاء في تعديله للقانون المدني لسنة 2005 وادخل تعديل بسيط على المادة 124 لكنه في اعتقادي تعديل جوهري من خلال إضافة كلمة "بخطئه" وهو ما طالب به الكثير من الفقهاء وعلى رأسهم الدكتور علي سليمان ليصبح تطابق بين النص الفرنسي والنص العربي لتصبح المادة 124 بعد التعديل كالآتي: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرر للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

وكذلك من بين التعديلات التي اقراها المشرع الجزائري بموجب القانون 05-10 على المادة 124، أنه استبدل كلمة المرء بكلمة الشخص وفي تقديري أن هذا يعتبر من الأمور الإيجابية التي تحسب للمشرع الجزائري لأنه في نظرنا كلمة الشخص هي أشمل وأعم لأنه يشمل الأشخاص الطبيعية والأشخاص المعنوية مثل حالة البنك الذي يعتبر شخص معنوي وبهذا التعديل نرى أن المشرع الجزائري قد أغلق باب الجدل حول تطبيق هذه المادة على الأشخاص المعنوية بصفة عامة وعلى البنوك بصفة خاصة بينما كلمة المرء هي تقتصر على الأشخاص الطبيعية فقط، ونلاحظ أن هذا التغيير شمل النص الفرنسي أيضا حيث استبدل المشرع الجزائري كلمة l'homme بكلمة personne وأصبح هناك تطابق تام بين النص العربي والنص الفرنسي.

الباب الثاني
التطور المأمول
للمسؤولية
الموحدة للبنك

عرفت المبادئ التي تسود نظرية المسؤولية تطورا كبيرا عبر أحقاب زمنية فمرت بأدوات مختلفة وقامت على أسس متعددة ويعود السبب في ذلك إلى التطورات التي لازمت حياة المجتمعات المختلفة¹، وحفلت المسؤولية المدنية بصورة عامة باهتمام الفقه والقضاء، وكذا التشريع نظرا لما لهذه المسؤولية من مجالات لها علاقة بالتطورات التي تحصل في المجتمع، ومن ثم فهي تسير جنبا إلى جنب مع تلك التطورات الحديثة².

وكانت المسؤولية المدنية أبرز مجال مارس فيه القضاء سلطته، وكان ذلك بفضل النظريات والحلول العادلة التي توصل إليها، فتكونت مبادئ وقواعد غيرت من وجهة المسؤولية وخرجت بها أحيانا عن قصد المشرع حتى قيل أننا نعيش اليوم في عصر المسؤولية³.

والمبادئ التي تنطبق على المسؤولية المدنية بشكل عام قد تتعكس على المسؤولية المدنية للبنك، لذا فانه من الطبيعي أن ترتبط بذلك محاولة الخروج على النظرية التقليدية للمسؤولية المدنية للبنك والاتجاه نحو تكريس نظرية وحدة المسؤولية المدنية للبنك شأنه في ذلك شأن المسؤولية المدنية بصفة عامة لان هناك جدل فقهي حول تكييف المسؤولية المدنية هل هي واحدة سواء سميت عقدية أو تقصيرية أو أنها تنقسم إلى قسمين متباينين في العناصر والأحكام وهما المسؤولية العقدية والتقصيرية ويتجلى هذا الاختلاف في نظريتين: النظرية التقليدية (أو نظرية ازدواج المسؤولية المدنية) والنظرية الحديثة (نظرية وحدة المسؤولية)⁴.

تبعاً لذلك سنتناول هذا الباب التطور المأمول للمسؤولية الموحدة للبنك من خلال دراسة الدعوي إلى الاعتراف بالطبيعة الموحدة لمسؤولية البنك كفصل أول، ثم نتطرق إلى شروط قيام المسؤولية المدنية للبنك اتجاه العميل كفصل ثاني.

¹ زهدور كوثر، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم في التشريع الجزائري مقارنا، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، 2013، ص 19.

² محمد يعجى، المسؤولية المدنية المترتبة عن حوادث السيارات، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر، 2008، ص 5.

³ بلدي كريمة، النظام القانوني للتأمين من المسؤولية المدنية، أطروحة دكتوراه الطور الثالث في القانون الخاص، تخصص قانون التأمينات، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2017، ص 1.

⁴ مصطفى إبراهيم الزلمي، فلسفة المسؤولية القانونية في ضوء المقولات الأرسطية، ط 1، د إحصان للنشر والتوزيع، العراق، 2014، ص 129.

الفصل الأول
الدعوة إلى
الاعتراف بالطبيعة
الموحدة لمسؤولية
البنك المدنية

إن تحديد الطبيعة القانونية لمسؤولية البنك المدنية من حيث قيامها على عملية تحليل الفكرة وتأصيلها القانوني (التكييف)، توطئة لإلحاقها بإحدى طائفتي المسؤولية المدنية العقدية أو التقصيرية، تعد مسألة أساسية للوصول إلى معرفة النظام القانوني الذي يسرى على هذه المسؤولية، وتزداد أهمية الموضوع¹، حينما تعلم ان نظرية المسؤولة الموحدة، وجدت صداها في فرنسا وذلك في ظل العجز الكبير الذي اتسم به النظام التقليدي للمسؤولية الذي يقسم المسؤولية إلى عقدية تقصيرية².

وكما هو معلوم وفي كل الأحوال، انه حتى مع وجود عقد يربط بين العميل والبنك فان النظرية العامة للمسؤولية المدنية العقدية أو التقصيرية، نجدها لا تقيم اعتبارا لواقع عدم المساواة بين الطرفين المتعاقدين، أحدهما قوي متحكم، والآخر ضعيف خاضع، لأنها أضحت عاجزة بطبيعتها أمام تعسفات البنك ابتداء من وقت تحرير العقد دون مشاركة العميل وتضمينه بنودا متعددة تعفيه من المسؤولية أو على الأقل تحد منها³.

وعليه سنتناول هذا الفصل في مبحثين حيث خصصنا المبحث الأول إلى قراءة في الطبيعة المزدوجة لقواعد المسؤولية المدنية للبنك، وذلك من خلال النظر إلى رأي أنصار ازدواجية المسؤولية المدنية، ثم التطرق إلى رأي أنصار أحادية المسؤولية المدنية أما المبحث الثاني فقد خصصناه إلى الاعتراف بالطبيعة الموحدة لمسؤولية البنك وهذا بالتطرق إلى التكريس التشريعي والقضائي للمسؤولية الموحدة لبعض الفئات، ثم التطرق إلى الطبيعة القانونية للمسؤولية الموحدة وفي الأخير نتطرق إلى المسؤولية المهنية للبنك.

¹ قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2005، ص 96.

² سعدي صالح، المسؤولية المدنية للمنتج في القانون الجزائري والمقارن، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2016، ص 138.

³ خليفة بن محمد الحضرمي، مسؤولية البنك في عمليات الائتمان الداخلي القرض-الاعتماد البسيط، المرجع السابق، ص 63.

المبحث الأول: قراءة في الطبيعة المزدوجة لقواعد المسؤولية المدنية للبنك.

قبل ظهور تشريعات خاصة تعالج مسؤولية المهنيين عن ما يحدثه نشاطها من أضرار في إطار أنظمة قانونية خاصة للمسؤولية اتجه القضاء نحو أعمال القواعد المستوحاة من أحكام المسؤولية المدنية ذات التركيبة الثنائية، والتي تقر بضرورة وجود مفارقات جوهرية بين الحالة التي يكون فيها للمضروب صفة المتعاقد و الحالة التي يكون فيها الأعيان، فشهدت الطبيعة القانونية لمسؤولية المهنيين في هذا الإطار نوعا من الثنائية والتراوح في التكيف القانوني بين طبيعة عقدية لدعوى المسؤولية و أخرى تقصيرية¹، و نتج عن ذلك إجحاف في حق المضروبين بسبب عجز قواعد المسؤولية المزدوجة عن وضع حلول ملائمة لذلك فأصبح الواقع العملي يستدعي تكريس نظام موحد لمسائلة الأطراف المهنية.

ويكمن الهدف من ذلك تقرير حماية أكبر لأحد أطراف العقد لعدم التوازن بين المتعاقدين وغير المتعاقدين أو لعدم كفاية الحماية التي أوردتها النصوص القانونية²، مثلما هو الحال بالنسبة للعقد الذي يربط بين البنك والعميل وما يميز هذا العقد هو عقد إذعان، فرضاء العميل هو مجرد تسليم فقط بهذه الشروط بالتوقيع عليها، وغالبا ما يتضمن هذا العقد شروط تضر بمصلحة الطرف المدعن (العميل) الذي لا يستطيع تعديل هذه الشروط بالنظر إلى حاجته الملحة مع البنك³.

وبناء على ما سبق ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: رأي أنصار ازدواجية المسؤولية المدنية.

المطلب الثاني: رأي أنصار أحادية المسؤولية المدنية.

¹ بن طرية معمر، مدى تأثير فكرة المخاطرة على النظام القانوني للمسؤولية المدنية للمهنيين، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2012، ص 65.

² غيتاوي عبد القادر، المسؤولية المدنية للصيدلي، مداخلة أُلقيت في اليوم الدراسي حول الاتجاهات الحديثة في نظرية المسؤولية المدنية، جامعة ادرار، الجزائر، المنعقد يوم 23 ماي 2013، ص 7.

³ خليلي سهام، المرجع السابق، ص 30.

المطلب الأول: رأي أنصار ازدواجية المسؤولية المدنية

يذهب في هذا الاتجاه، من تقسيم المسؤولية إلى عقدية وتقديرية، الفقيه البلجيكي سانك تالييت

Sainctlette ومن يناصره في ذلك، علي أساس أن المسؤولية إنما منشأها القانون و العقد.

ولقد فرق الفقهاء في القانون الفرنسي القديم، بين الخطأ الناشئ عن الإخلال بالاتفاق، وبين ذلك الخطأ الذي يقع في غير دائرة الاتفاقات، وعلى هذا التقسيم الثنائي بنيت نتائج المسؤولية المدنية، ولكن بغير أن تتميز بأحكام خاصة وفي هذا الاتجاه سار فقهاء العصر الحديث في فرنسا وفي مصر - باعتبار الخطأ مبني المسؤولية، مع التفرقة بين طبيعة الخطأ في المسؤولية التقديرية، وطبيعته في المسؤولية العقدية إذ أن العلاقات القانونية بين الأفراد إنما تتأدى في حالتها القانون والعقد¹.

وبالرغم من أن أنصار وحدة المسؤولية قد حاولوا هدم التفرقة التقليدية بين الخطأ العقدي والخطأ التقصيري إلا أن محاولتهم لم يكتب لها النجاح، ومعظم التشريعات المعاصرة أخذت بفكرة الازدواجية في مظاهر المسؤولية المدنية بحيث جعلت من المسؤولية التقديرية مصدرا للالتزام أما بالنسبة للمسؤولية العقدية فإنها لا تعدوا أن تكون أثرا من الآثار المترتبة على العقد الذي تم الإخلال به².

وأن الإرادة العامة في القانون هي التي تتولي تعيين حقوق الأفراد وواجباتهم، بينما في العقد يقوم الأطراف بإرادتهم المشتركة فيما بينهم - بتحديد القواعد التي تخضع لها علاقاتهم، وإذن فالنظام العام هو مناط الحالة الأولى، ولكنه ينحصر في الحالة الثانية في مصالح الأفراد وتفرعها على هذا فان ثمة وسيلتين للإخلال بحقوق الأغيار، إحداها بمخالفة الحقوق المشروعة قانونا وهذه هي المسؤولية التقديرية، والأخرى بمخالفة ما اتفق عليه الطرفان في التعاقد وهذه هي المسؤولية العقدية³.

وإذا كانت فكرة الازدواجية قد فرضت نفسها على المستويات الثلاث التشريعية والفقهاء والقضاء إلا أن خلافا آخر قد ثار بخصوص مسألة الجمع بين المسؤوليتين العقدية والتقديرية أي هل يحق للطرف المضرور الذي

¹ حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية، التقديرية والعقدية، ط2، قسم الحقوق، دار المعارف، القاهرة، 1979، ص ص، 12-13.

² عبد القادر العرعاري، المرجع السابق، ص 14.

³ حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المرجع السابق، ص 13.

توفرت له أسباب هاتين المسؤوليتين معا أن يختار بينهما ويستفيد من امتيازاتها معا أم أنه يرغب على تحريك أحدهما دون الأخرى¹.

ولقد دعم أنصار ازدواجية المسؤولية المدنية رأيهم بالتمسك بأن هناك فوارق جوهرية بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية وأنه لا يمكن الجمع أو الخيار بينهما ولقد استدلوا على ذلك بجملة من الأدلة.

وانطلاقا مما سبق قسمنا هذا المطلب إلى فرعين هما:

الفرع الأول: وجوب التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية

الفرع الثاني: أدلة أنصار ازدواجية المسؤولية المدنية

¹ عبد القادر العرعاري، المرجع السابق، ص 14.

الفرع الأول: وجوب التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية

يري أنصار الازدواجية أن هناك فروق بين القانون والعقود، وأهمها أن القانون ليس وليد الإرادة المباشرة لكل الأفراد وفي كل الأحوال، هو ينشئ حقوقاً يتمسك بها كل أحد قبل الآخرين، بينما في العقد يحدد متعاقد معين، صلاته بمتعاقد آخر معين، وان ما يقال من أن العقد شريعة المتعاقدين إنما قصد به تلك القوة الملزمة التي أرادها الشارع للعقد وان كان لا جدل في أن الخطأ هو عمل غير مشروع في كل الأحوال سواء وقع إخلالاً بحق الغير الناشئ عن عقد أو الذي رتبته القانون، ولكن هذا لا يكفي لتأييد فكرة وحدة المسؤولية¹.

والفروق الجوهرية بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية ترجع إلى طبيعة كل من المسؤوليتين، فالمسؤولية العقدية جزاء للإخلال بالتزام عقدي، والطبيعة العقدية لهذا الالتزام هي التي أملت الحلول العملية التي تلائمها والتي تخالف الحلول العملية الأولى، فلا بد إذن من التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، لأن التمييز بينهما تتطلبه طبيعة كل منهما وتترتب عليه فروق جوهرية فيما بينهما².

وهناك اختلاف كون أن لكل نوع من المسؤولية نطاقها الخاص بها، ولكل منهما كيانه القانوني الذي تقوم عليه، بحيث أنه لا يصح الجمع بينهما فإما مسؤولية عقدية وإما مسؤولية تقصيرية عن فعل بعينه، كما أنه في القانون الفرنسي قد اقتصت المواد 1146 وما بعدها بأحكام المسؤولية التعاقدية، بينما خصت المواد 1382 وما بعدها بأحكام المسؤولية التقصيرية تحت عنوان "الالتزامات التي تنشأ بغير اتفاق، مما يدل أن لكل من المسؤوليتين نطاقها الذي اقتصت فيه بأحكام وحدود معينة³.

أولاً: الجمع بين المسؤوليتين

لقد اختلف الفقهاء حول جواز الجمع بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، وانقسموا إلى فريقين فريق مؤيد لجواز الجمع بين المسؤوليتين وفريق معارض لجواز الجمع بينهما، وهؤلاء هم أغلب الفقهاء يقولون أن هناك فروقاً هامة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية تقتضي وجوب التمييز بينهما حتى يطبق على كل منهما ما يخصه من أحكام⁴.

¹ حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المرجع السابق، ص 105.

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 754.

³ حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المرجع السابق، ص 105-106.

⁴ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 749.

1- جواز الجمع بين المسؤوليتين:

يذهب بعض الشراح إلى القول بأنه ليس ثمة ما يحول دون الجمع بين المسؤوليتين ودخول إحداها في الأخرى، ويستند في هذا الرأي إلى أن فكرة اجتماع المسؤوليتين تلقي تأييدا منذ عهد الرومان، وأن ما يعني من عدم التطبيق أحكام المسؤولية التصيرية في حالات التعاقد إنما هو عن أحوال ذلك الخطأ العقدي الذي لا يوجب مسؤولية، ويتفرع علي هذا أنه إذا حدث الضرر بسبب خطأ عقدي، كعدم تنفيذ الالتزام مثلا وتضمن في الوقت ذاته خطأ تصيريا، فإن للمضروب أن يختار تطبيق قواعد أي المسؤوليتين وله فوق ذلك أن يجمع بين الدعويين حتى الانتهاء إلى ما فيه مصلحته، ويقول هذا البعض أن الشارع لم يفكر عند وضع المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي فيما يكون من رابطة قانونية، بين محدث الضرر والمضروب قبل وقوع الفعل الضار، وإنما قصد أن يضع نصوصا لتنظيم علاقات المتعاقدين أو الأغيار علي السواء وان قواعد المسؤولية التصيرية هي قواعد وجوبية، لا يمكن لأحد أن يتخلص منها، ولهذا لم تقتصر المادة 1382 علي تنظيم العلاقات بين غير المتعاقدين، بل تشمل أيضا تنظيمها في دائرة التعاقد¹.

2 - عدم جواز الجمع بين المسؤوليتين:

قد يفهم الجمع بمعني أن الدائن يطالب بتعويضين، تعويض عن المسؤولية العقدية وآخر عن المسؤولية التصيرية، وهذا غير مستساغ لأن الضرر الواحد لا يجوز له تعويضه مرتين.

وقد يفهم الجمع بمعني أن الدائن يطالب بتعويض واحد، ولكن يجمع في دعوي التعويض بين ما يختاره من خصائص المسؤولية العقدية، كأن يطالب المدين بإثبات أنه قام بتنفيذ التزامه ومن خصائص المسؤولية التصيرية، كأن يطالب المدين بالتعويض عن الضرر غير المتوقع أو يتمسك ببطلان الإعفاء الاتفاقي من المسؤولية، وهذا أيضا غير مستساغ، فان كلا من دعوي التعويض العقدية ودعوي التعويض التصيرية لها خصائص، والدائن لا يستطيع أن يرفع إلا إحدى الدعويين، أما الدعوي التي يخط فيها ما بين خصائص كلتا الدعويين فهي ليست بالدعوي العقدية ولا بالدعوي التصيرية بل هي دعوي ثالثة لا يعرفها القانون.

وقد يفهم الجمع بمعني ثالث هو أن الدائن إذا رفع إحدى الدعويين وخسرها يستطيع أن يرفع الدعوي الأخرى ولكن الفقه-بخلاف القضاء الفرنسي-يجمع على أن قوة الشيء المقضي يحول دون ذلك فلا يسوغ الجمع حتى بهذا المعني².

¹ حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المرجع السابق، ص ص 107-108.

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 757.

ويقول الأستاذين حسين عامر و عبد الرحيم عامر أنه من خلال الآراء السابقة يتضح أن الرأي الصحيح هو أنه لكل من نوعي المسؤولية العقدية والتقصيرية، مجال تطبيقها الخاص بها، وأن الأولي تنحصر في دائرة العلاقات بين المتعاقدين بينما تختص الثانية بالأغيار، وبهذا يختلف المركز القانوني لكل منهما، و بالتالي لا يصح الجمع بينهما، كما لا يجوز إن يستند الدائن إلى ما يريده من أحكام احدي المسؤوليتين في نطاق الأخرى، ولا استبعاد أحكام الواحدة لإبدالها بما يراه أصلح له من احكام الثانية، وإذا كان الدائن قد خسر دعواه التي كان قد رفعها في نطاق أيهما، فإنه ليس له -سابقة الفصل- ان يرفع دعوي جديدة في نطاق الأخرى¹.

أما فيما يخص موقفنا نحن من حيث جواز الجمع بين المسؤوليتين التقصيرية والعقدية، فإننا نوافق الأستاذين حسين عامر وعبد الرحيم عامر وغيرهم من الفقهاء، الرافضين لجواز الجمع بين المسؤوليتين لأن جميع المعاني التي تفهم من فكرة الجمع بين المسؤوليتين، والتي ذكرناها سابقا تدل على عدم إمكانية الجمع بينهما.

فمثلا لا يمكن قبول التعويض مرتين لضرر واحد.

وكذلك نحن نري أن إقرار الجمع بين المسؤوليتين، فيه تعدي على الأحكام الحائزة قوة الشيء المقضي فيه، والتي تعد قرينة قانونية مفادها، أن الحكم قد صدر صحيحا من حيث الشكل وعلي حق من حيث الموضوع، فلا يستساغ إعادة رفع دعوي أخرى.

والمشرع الجزائري بدوره وعلى غرار التشريعات المقارنة، قام بتحسين الأحكام الحائزة قوة الشيء المقضي فيه، ومنع أي تعدي على هذه الأحكام، وهذا ما يستشف من أحكام المادة 338 من القانون المدني والتي تنص علي: "الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من حقوق، ولا يجوز قبول أي دليل ينقص هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم، دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب.

ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائيا."

وما يمكن استنتاجه من هذه المادة أن المشرع الجزائري قد تبني عدم جواز الجمع بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، وفي تقديري فإن هذا يعد من الأمور الإيجابية التي تحسب على المشرع الجزائري.

¹ حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المرجع السابق، ص 109.

وفي النهاية فإننا نقول إنه لا يمكن بأي حال من الأحوال الجمع بين المسؤوليتين.

ثانيا: الخيرة بين المسؤوليتين

يقصد بالخيرة بين المسؤوليتين ما إذا كان للمضروب في الحالة التي يشكل فيها فعل أو امتناع خطأ عقديا لإخلال بالتزام فرضه العقد الذي يربطه به، وخطأ تقصيريا لإخلاله بالتزام قانوني يفرضه القانون على الكافة، أن يختار بين أي من دعوي المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية حسبما تمليه عليه مصلحته وانقسم الفقه بين منكر ومؤيد للخيرة بين المسؤوليتين

1-الاتجاه الراض للخيرة بين المسؤوليتين:

يرى خصوم الخيرة أن لكل من نوعي المسؤولية المدنية نطاق خاص، ولا مكان لأي وضع، أو علاقة قانونية إلا لنوع واحد منهما، إما العقدية وإما التقصيرية فتستأثر المسؤولية العقدية وحدها بالعلاقة بين المتعاقدين ولا يمكن أن تقوم في نطاق العقد إلى جانبها مسؤولية تقصيرية ولا يجوز لأحد العاقدين أن يمتلك في مواجهة العاقد الآخر بقواعد هذه الأخيرة تأسيسا على كونها أكثر ملائمة له¹.

ورافضو الخيرة يستندون إلى الحجج الآتية:

أ: أن العقد شريعة المتعاقدين ومتى اتفق المتعاقدان على العقد أصبح قانونا لهما لا يجوز لهما مخالفته، وكل مخالفة لأحكام هذا القانون الخاص ترتب المسؤولية التي يتضمنها هذا القانون الخاص أي العقدية.

ب: احتراماً لمبدأ سلطان الإرادة يجب أعمال المسؤولية العقدية فإذا سكت المتعاقدان عن المسؤولية التي تترتب على مخالفة العقد، فسر سكوتهما على أنهما أراد تطبيق أحكام المسؤولية العقدية.

ج: يقولون ان القانون المدني قد أراد الفصل بين المسؤوليتين حين خصص لكل منهما موقعا خاصا فوضع المسؤولية العقدية في باب ووضع المسؤولية التقصيرية في باب آخر.

د: يقولون أنه إذا أجاز للدائن الاختيار بين المسؤوليتين لترتب عليه ظلم في بعض العقود مثال ذلك، عقد الوديعة فطبقا لنص المادة 1/592 من القانون المدني الجزائري " إذا كانت الوديعة بغير أجر وجب علي المودع لديه أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله" فلو أجزنا للمودع الخيرة، لترتب عليها أن يسأل المودع لديه المتبرع ببذل عناية الرجل المعتاد طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية، مع أن هذا المودع

¹ عزالدين الديناصوري وعبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 16.

لديه لا يستطيع أن يبذل هذه العناية إذ الفرض هو أنه لا يبذل في حفظ ماله إلا عناية تقل عن عناية الرجل المعتاد فكأننا ظلمناه بتطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية¹.

2- الاتجاه الذي يجيز الخيرة بين المسؤوليتين:

يرى أنصار الخيرة أن المسؤولية التقصيرية يمكن أن تنفذ إلى نطاق المسؤولية العقدية إذ ليس بين النوعين فواصل قاطعة أو نطاق عازل لكل منهما عن الآخر، فالقانون سابق في وجوده على جميع العقود، ولذلك لا يستطيع العقد سوي إضافة المسؤولية العقدية إلى المسؤولية التقصيرية².

ويستند أصحاب هذا الرأي إلى الحجج التالية:

أ: المسؤولية التقصيرية من النظام العام فلا يجوز الاتفاق صراحة أو ضمناً على استبعادها فهي الأصل العام، بينما المسؤولية العقدية هي الاستثناء، وللمتعاقدين التنازل عن الاستثناء إلى الأصل.

ب: المسؤولية التقصيرية موجودة قبل العقد، وتسري أحكامها على المتعاقدين قبل أن يتعاقدا، فإذا تعاقدا فهما يضيفان جديداً ولكن لا يلغيانها.

ج: النصوص القانونية الواردة بالقانون المدني (124 ق م ج) والمادة (168 ق م المصري)، وردت عامة بحيث يفهم منها أنها تطبق على الجميع متعاقدين أو غير متعاقدين، فهي لم تخص الغير بالذكر والقاعدة القانونية تقضي بأن النص العام لا يخص إلا بنص خاص مثلاً المادة (140 ق م ج) والمادة (1386 ق م الفرنسي) المتعلقة بمسؤولية مالك، تطبق على جميع المالكين سواء كانوا متعاقدين أو غير متعاقدين.

د: إذا كان رافضو الخيرة يتمسكون بأن القانون المدني سواء عندنا أو في فرنسا، قد فصل بين المسؤوليتين التقصيرية في باب مستقل فليس معني هذا الترتيب الشكلي أنه يمنع الخيرة بين المسؤوليتين، فالترتيب الشكلي لا يترتب عليه حكم موضوعي³.

ويرى الدكتور عبد الرزاق السنهوري أنه لا خيرة للدائن، وليس له إلا دعوي المسؤولية العقدية، ذلك أن الالتزام العقدي الذي صار المدين مسؤولاً عن تنفيذه، لم يكن قبل العقد التزاماً في ذمته فلو فرض أنه قبل إبرام العقد لم يحم به، لم يكن مسؤولاً عن ذلك، لا مسؤولية عقدية لأن العقد لم يبرم، ولا مسؤولية تقصيرية إذ لا

¹ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون الجزائري، ط5، د م ج، الجزائر، 2003، ص 126.

² عزالدين الديناصوري وعبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 19.

³ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص ص، 124-125.

خطأ في عدم قيامه بأمر لم يلتزم به، فإذا أبرم العقد قام الالتزام في الحدود التي رسمها هذا العقد وهي حدود لا تترتب عليها إلا المسؤولية العقدية وليس للدائن أن يلجأ إلى المسؤولية التقصيرية، إذ هي تفترض أن المدين قد أخل بالالتزام فرضه القانون، والالتزام في حالتنا هذه لا مصدر له غير العقد ويتبين من ذلك أن الخيرة لا تكون إلا في التزام فرضه العقد والقانون معا¹.

أما فيما يخص موقفنا نحن من الخيرة بين المسؤوليتين فإننا نتجرأ ونعلن مخالفتنا للدكتور عبد الرزاق السنهوري وننظم للاتجاه المؤيد لجواز الخيرة بين المسؤوليتين وهذا راجع إلى عدة أسباب:

نلاحظ أن الدكتور السنهوري قد بني رفضه لجواز الخيرة بين المسؤوليتين علي أساس الرابطة العقدية "العقد"، إلا أنني أرى أن هذا الأساس لم يعد له اعتبار في الوقت الحالي وهذا راجع إلى التغيرات التي عرفتتها الرابطة العقدية لهذا فإننا نرى أنه ما يدعم الاتجاه المناادي بالخيرة بين المسؤوليتين هو تغير مضمون العقد حيث شهد مفهوم النظام العام التعاقدى تحولا خلال السنوات الأخيرة، حيث أصبح المشرع يتدخل ويحدد مضمون العقد والالتزامات العقدية بموجب قواعد آمرة خاصة في ميدان عقود الاستهلاك، حيث يتجلى تدخل المشرع من خلال إلغاء الشروط التعسفية التي قد يفرضها مقدم الخدمة على المستهلك لتوفير حماية فئة المستهلكين وهذا أدى إلى التداخل بين الضابطة العقدية والضابطة القانونية.

كذلك نرى أن الإقرار بعدم جواز الاختيار بين المسؤوليتين يؤدي إلى الاختلاف في معاملة المضرورين بحسب ارتباطه بعقد أم لا، وفي نظرنا هذا غير مبرر خاصة بالنسبة للأطراف المهنية لأن النشاط المهني قد يكون منشأ للخطر نفسه بالنسبة للمتعاقدين وللأغيار على حد سواء، وعلى العكس فإن الإقرار بجواز الخيرة تجعل المضرور يختار الأصلح له، وبالتالي يكون جميع المضرورين في صف واحد سواء كانوا من المتعاقدين أو من الأغيار.

الفرع الثاني: أدلة أنصار ازدواجية المسؤولية المدنية

استدل أنصار الازدواجية على اختلاف المسؤوليتين (العقدية والتقصيرية) وكون كل واحدة منها قسيمة للأخرى في المسؤولية المدنية، بوجود فروق جوهرية بينهما، أهمها ما يلي:

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 761.

أولاً: من حيث الأهلية

انه يجب لاعتبار الشخص مسؤولاً في المسؤولية التعاقدية أن يكون متمتعاً بالأهلية الكاملة، أي بلوغ سن الرشد أما في المسؤولية التقصيرية، فإنه يكفي بلوغ سن التمييز، الذي يدرك فيه الضار من النافع¹. ويرد أنصار المسؤولية الموحدة على هذه التفرقة، بأن أهلية التعاقد وأهلية المسؤولية العقدية شيء آخر فبينما تشترط أهلية التعاقد في إبرام العقد، فإن إخلال المدين بالتزامه العقدي ينهي الالتزام العقدي ويحل محله التزام بالتعويض، لا تشترط فيه أهلية التعاقد، وإنما تكفي فيه أهلية التمييز، بحيث لو أن المدين فقد أهلية التعاقد بعد العقد فإن مسؤوليته العقدية لا تتأثر ما دام يتمتع بأهلية التمييز، واذن فأهلية التمييز واحدة في المسؤوليتين².

ثانياً: من حيث الأساس

فالمسؤولية العقدية تقوم على أساس الإخلال بالتزام عقدي خاص ينفرد به فرد أو فئة معينة، بينما تقوم المسؤولية التقصيرية على أساس الإخلال بالتزام قانوني تجاه جميع الناس فيلزم كل إنسان بأن يتمتع عن إحق الضرر بالغير بدون سبب³.

ويرد أنصار الوحدة بأنه لا فرق في الطبيعة ما بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية كلتاهما جزء لالتزام سابق، المسؤولية العقدية جزء لالتزام عقدي لم يقم به الملتزم والمسؤولية التقصيرية جزء لالتزام قانوني أخل به المسؤول، والمدين في الحالتين تحققت مسؤوليته لسبب واحد هو إخلاله بهذا الالتزام العقدي أو القانوني، فالمسؤوليتان إذن تتحدان في السبب والنتيجة، فتكون طبيعتهما واحدة، ولا محل للتفريق بينهما⁴.

ثالثاً: من حيث درجة الخطأ

فأنصار الأزواجية يقولون أن الخطأ في المسؤولية العقدية يختلف باختلاف العقود، وبصرف النظر عن النظرية التقليدية التي كانت تقول بتدرج الخطأ من جسيم إلى يسير إلى تافه، وتقول بأنه في العقود التي تكون لمحض مصلحة الدائن لا يسأل المدين إلا عن خطئه الجسيم، كما في الوديعة دون أجر، وفي العقود التي تكون لمحض مصلحة المدين يسأل هذا عن خطئه التافه كالمستعير، وفي العقود التي تكون لمصلحة

¹ حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المرجع السابق، ص 14.

² علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 114.

³ مصطفى إبراهيم الزلمي، فلسفة المسؤولية القانونية في ضوء المقولات الأرسطية، المرجع السابق، ص 130.

⁴ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 750.

الطرفين يسأل المدين عن خطئه الجسيم و اليسير دون التافه بصرف النظر عن هذا التقسيم المهجور فان الخطأ في المسؤولية العقدية لا بد أن يتوافر فيه نوع من الخطورة فسلوك المدين يجب أن يقارن بسلوك الرجل العادي وينظر إليه عادة بصفة مجردة ويفرق القانون دائما بين مسؤولية المأجور فيطالبه بعناية هذا الرجل العادي وبين مسؤولية المتبوع فلا يطالبه إلا بالعناية التي يبذلها في شؤونه الخاصة هذا علي حين أنه في المسؤولية التقصيرية يسأل المرء حتى عن خطئه التافه فيسأل المرء تقصيريا حتي عن رعونته وعن عدم تبصره أي عن أتفه خطأ يرتكبه.

ويرد أنصار الرأي الثاني علي هذه التفرقة بقولهم أن درجة الخطأ واحدة في المسؤوليتين ولكن بما أن الالتزام في المسؤولية العقدية كثيرا ما يكون إيجابيا أي التزام بعمل، فان المدين يكون مطالبا في تنفيذه بعناية أكثر مما يطلب منه في التزام سلبي، و بما أن الالتزام في المسؤولية التقصيرية دائما سلبي فانه يستوي والالتزام السلبي في المسؤولية العقدية، ودرجة الخطأ فيها واحدة، وفضلا عن ذلك ففي المسؤولية العقدية يعرف الدائن مدينه عند التعاقد، وقبل الإخلال بالتزامه فإذا كان قد اختاره ممن يهملون أو لا يتبصرون فلا يلومن إلا نفسه، بينما في المسؤولية التقصيرية لا صلة للدائن بالمدين قبل وقوع الضرر، وتختلف درجة الخطأ في المسؤولية العقدية لا بحسب طبيعتها بل بسبب طبيعة الالتزام الذي أخل به، فهناك التزامات تتطلب من المدين عناية خاصة، وأخري لا تتطلب هذه العناية، وإذن فليس هناك فرق في درجة الخطأ بين النوعين¹.

رابعاً: من حيث الإثبات

في المسؤولية العقدية يتحمل المدين عبء إثبات انه قام بالتزامه العقدي بعد أن يثبت الدائن وجود العقد، أما في المسؤولية التقصيرية فالدائن هو الذي يثبت أن المدين قد خرق التزامه القانوني وارتكب عملا غير مشروع².

ويرد أنصار الوحدة بأن الإثبات لا يختلف بحسب طبيعة المسؤولية بل بحسب طبيعة الالتزام، فإذا كان إيجابيا فعلي المدين إثبات أنه قام به، وبما أن الالتزام في المسؤولية التقصيرية دائما سلبي، فعبء الإثبات فيه يقع على الدائن كما في الالتزام السلبي في المسؤولية العقدية، وإذن فلا فرق بين المسؤوليتين³.

¹ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون الجزائري، لمرجع السابق، ص 114.

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 749.

³ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص ص 115-116.

خامسا: من حيث التضامن

لا تضامن في المسؤولية العقدية بين المدنيين إلا بنص قانوني أو اتفاق رضائي، بخلاف ذلك في المسؤولية التقصيرية فالتضامن قائم بين المسؤولين، سواء كان الكل مباشرين للفعل الضار أو كان بعضهم مباشرا والبعض الأخر متسببا¹.

ويرد أنصار وحدة المسؤولية على ذلك بقولهم ان القانون قد جعل المسؤولين تقصيريا متضامنين لأن خطأ كل منهم كان هو السبب في الضرر، لاسيما إذا أخذ بنظرية تكافؤ الأسباب ومن ناحية أخرى، فيما أن المسؤولية العقدية تترتب على الإخلال بالتزام إرادي فان المتعاقدين بمحض إرادتهما أن يشترطا التضامن أو لا يشترطاه بينما في المسؤولية التقصيرية لا دخل لإرادة الدائن والمدين وقد تولي القانون نفسه شرط التضامن². والسبب في أن التضامن يثبت بمقتضى القانون في المسؤولية التقصيرية أن الخطأ هو السبب في الضرر فإذا ارتكب الخطأ اثنان كان خطأ كل منهما هو السبب في الضرر، فوجب عليه التعويض كاملا، ومن ثم قام التضامن³.

سادسا: من حيث تأمينات التعويض

يقول أنصار ازدواج المسؤولية أن التعويض المترتب على الإخلال بالتزام عقدي تنتقل إليه التأمينات العينية والشخصية التي كانت تضمن الالتزام العقدي الأصلي، كالرهن أو الكفالة، وليس الأمر كذلك في التعويض في المسؤولية التقصيرية.

ويرد أنصار الوحدة على ذلك بقولهم ان التأمينات الشخصية أو العينية مصدرها اتفاق المتعاقدين، وهي تضمن تنفيذ الالتزام الأصلي وليست لازمة من لوازم التعويض عن الخطأ العقدي، إنما تنتقل إليه مع الالتزام الأصلي⁴.

¹ مصطفى إبراهيم الزلمي، نظرية الالتزام برد غير المستحق، دراسة مقارنة، ط 1، د. نشر إحسان للنشر والتوزيع، العراق، 2014، ص 242.

² علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 116.

³ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 752.

⁴ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 118.

سابعاً: من حيث التقادم

تسقط دعوى المسؤولية التقصيرية بمضي ثلاث سنوات من تاريخ علم المتضرر بوقوع الفعل الضار وبشخص من أوقعه، وهي تسقط على كل حال بمضي خمسة عشر عاماً من يوم وقوع العمل الغير المشروع (المادة 232 من القانون المدني العراقي)، أما بالنسبة للمسؤولية العقدية فان التعويض فيها لا يسقط الحق في المطالبة به إلا بمضي خمسة عشر سنة تطبيقاً للقاعدة العامة في التقادم، او بعبارة أدق لعدم سماع الدعوى¹. ويرد أنصار الوحدة على ذلك بقولهم إذا كانت المسؤولية التقصيرية تتقادم بثلاث سنوات في بعض الأحوال، فهذا الأمر لا يرجع إلى طبيعة المسؤولية، بل إن المشرع قرر ذلك لحكمة ارتآها هو، وقد لا يرتئها مشرع آخر، وكان القانون القديم يجعل مدة التقادم في المسؤولية التقصيرية خمس عشرة سنة كما في المسؤولية العقدية².

ثامناً: من حيث مدى التعويض

يفرق أنصار ازدواجية المسؤولية بين مدى التعويض في المسؤولية التقصيرية ويقولون انه يشمل الضرر المتوقع وغير المتوقع ويرى البعض منهم انه يشمل الضرر المباشر وغير المباشر، بينما في المسؤولية العقدية لا يشمل إلا الضرر المتوقع والمباشر.

ويرد أنصار وحدة المسؤولية بأن ذلك يرجع إلى أن المتعاقدين عندما تعاقدوا قد أدخلوا في حساباتهما، ما يتوقع من التعويض عند التأخير أو عدم التنفيذ، بينما في المسؤولية التقصيرية لم يكن المسؤول والمضرور يعرفان بعضهما قبل حدوث الضرر حتى يتوقعا مدى التعويض³.

تاسعاً: من حيث الإعفاء الاتفاقي من المسؤولية

يجوز هذا الإعفاء بشكل عام في المسؤولية العقدية ما لم تكن ناشئة عن غش المدين او خطئه الجسيم، بخلاف ذلك في المسؤولية التقصيرية فلا يجوز هذا الاتفاق لكونه مخالفاً للنظام العام⁴.

ويرد أنصار الوحدة على ذلك بقولهم إن أحكام المسؤولية التقصيرية من النظام العام، والقانون هو الذي تولي الجزاء عليها بينما أحكام المسؤولية العقدية اتفاقيّة، وللمتعاقدين أن يحددا مدى الالتزام بالتعويض بإرادتهما

¹ حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص 81.

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 752.

³ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 116.

⁴ مصطفى إبراهيم الزلمي، فلسفة المسؤولية القانونية في ضوء المقولات الأرسطية، المرجع السابق، ص 132. 133.

أو يتفقا على الإعفاء منه، ومع ذلك فإن القانون يبطل الاتفاق على إعفاء المدين في المسؤولية العقدية من غشه أو من خطئه الجسيم¹.

عاشرا: من حيث رقابة المحكمة العليا

يقول أنصار ازدواج المسؤولية أن المحكمة العليا لا رقابة لها في تفسير قاضي الموضوع لأحكام المسؤولية العقدية لأنها مسألة واقع، ترجع إلى تفسير الالتزامات الواردة في العقد وتخضع لتقدير قضاء الموضوع دون تعقيب من المحكمة العليا، بينما في المسؤولية التصيرية يتعلق الأمر بتطبيق القانون ويخضع القاضي في تفسيره لأحكامها لرقابة المحكمة العليا.

ويرد أنصار الوحدة على ذلك بقولهم إن المحكمة العليا تراقب تكييف قاضي الموضوع للإخلال بالالتزام العقدي كما تراقب الإخلال بالالتزام التصيري، فضلا عن ذلك فكثيرا ما تري في تقدير قاضي الموضوع لوجود خطأ تصيري مسألة واقع لا تخضع لرقابتها².

الحادي عشر: من حيث الأعدار

يقول أنصار فكرة ازدواج المسؤولية المدنية أن من الفروق الجوهرية بين المسؤوليتين العقدية والتصيرية: الأعدار فلا يستحق الدائن تعويضا في نطاق المسؤولية العقدية إلا إذا كان قد أعذر مدينه ما لم ينص القانون على خلاف ذلك³.

بخلاف المسؤولية التصيرية فيها يحق للمضروب أن يطالب بالتعويض دون سابق إنذار، والسر في هذا الفرق هو أنه لا يتصور الأعدار إلا بين شخصين تربطهما من قبل علاقة خاصة (رابطة تعاقدية) لأنه لا يمكن أعدار أفراد المجتمع كافة⁴.

أنصار وحدة المسؤولية يردون على ذلك بقولهم أن الأعدار ليس مطلوبا في المسؤولية العقدية إلا إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه، وليس مطلوبا إذا لم ينفذ فعلا التزامه، إذ لا تكون للأعدار جدوى حينئذ، وفي المسؤولية التصيرية ليس هناك تأخر في تنفيذ الالتزام، وإنما هناك عدم تنفيذ دائما، ويزيد بلانيول، وهو من أنصار الوحدة بأنه ليس صحيحا أن الأعدار لا يلزم إلا عند التأخير في تنفيذ الالتزام، بل قد يلزم أيضا في

¹ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 116.

² علي علي سليمان، المرجع نفسه، ص 117.

³ حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص 80.

⁴ مصطفى إبراهيم الزلمي، فلسفة المسؤولية القانونية في ضوء المقولات الأرسطية، المرجع السابق، ص 131.

عدم تنفيذه، فمثلا تقضي المادة 1302 مدني فرنسي، المقابلة للمادة 207 مصري و 108 جزائري بأن اعدار المدين بتسليم عين يجعل تبعة الهلاك عليه ولو كان بدون خطأ منه، ويجب عليه عندئذ التعويض، فالأعدار هنا لم يكن للتأخير في التنفيذ، ولكن الواقع كما يري أنصار الوحدة أن الاعذار واجب في المسؤولية العقدية إذا كان الالتزام فيها إيجابيا، ولكن إذا كان سلبيا فلا ضرورة للإعذار إذ لا جدوى منه، وبما أن الالتزام التقصيري دائما سلبيا فلا اعدار فيه، والتفرقة لا ترجع إذن إلى طبيعة المسؤولية ولكن إلى طبيعة الالتزام أهو إيجابي أم سلبيا¹.

وهناك فروق أخرى لا مجال لذكرها كما لا فائدة في استعراضها وقد ظل هذا التمييز والتقسيم بين النوعين أمرا مسلما به، إلى أن جاء فريق من شراح القانون استكروا هذا التمييز والتقسيم وقالوا: إن المسؤولية المدنية واحدة².

ولا شك في أن المسؤوليتين العقدية والتقصيرية تقومان على مبدأ واحد، فكلتاها جزاء للإخلال بالالتزام سابق، ولا فرق بينهما في هذه الناحية، لا من حيث الأهلية ولا من حيث الإثبات ولا من حيث الاعذار، وقد استطاع أنصار وحدة المسؤولية أن يثبتوا ذلك، فالأهلية لا تكون إلا في العقد، ولا محل للكلام فيها لا في المسؤولية العقدية ولا في المسؤولية التقصيرية، وعبء الإثبات وضرورة الاعذار العبرة فيهما لا بأن المسؤولية عقدية أو تقصيرية، بل بأن الالتزام السابق إيجابي أو سلبيا³.

والملاحظ منذ بداية القرن الماضي، أن التفرقة بين المسؤوليتين لم تعد تخلو من الانتقاد نظرا لاقتحام المشرع بصفة متصاعدة في تحديد محتوى العقد فلو حظ نوع من الانفصال بين الضابطة العقدية وإرادة المتعاقدين لأنها لم تعد تقتزن بإرادتهم الخاصة فحسب، بل أصبحت إرادة الشارع تتدخل في تنظيم معظم العقود المتداولة في المجتمع المعاصر، وفي تحديد مضمونها وقواعد إنشائها (عقد العمل، عقد الشركة، عقد التأمين...) وظهر هذا التدخل جليا في ميدان العقود التي تبرمها فئات مهنية، وذلك في ظل الاختلال في التوازن بين الطرفين غير المهني والطرف المهني صاحب الكفاءة والهيمنة الاقتصادية⁴.

¹ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 115.

² مصطفى إبراهيم الزلمي، نظرية الالتزام برد غير المستحق دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 243.

³ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 752.

⁴ معمر بن طرية، التطور المأمول في نظام مسؤولية المهنيين الحاجة لتوحيد طبيعة القواعد الحاكمة للمسؤولية المدنية، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، ع 14، د م، أبريل 2018، ص 13.

المطلب الثاني: رأي أنصار أحادية المسؤولية المدنية

تعتبر المسؤولية المدنية في حلتها الحالية منبع مشكلات وتناقضات عديدة بالإضافة إلى إبهام وغموض أحكامها وما زاد الطين بلة هو تعايش نصوص قديمة للمسؤولية مع أحكام جديدة أفرزتها التخريجات القضائية الحديثة لدرجة أصبحت هذه النصوص الكلاسيكية للمسؤولية المدنية مهددة بالهجر والانقراض والتآكل¹.

تجدر الإشارة في هذا الصدد، أنه اعتبر ميدان المسؤولية المدنية للمهنيين بصفة عامة، من ضمن المجالات التي شهدت مجالا واسعا من التعقيد والتفاوت وعدم الاستقرار القانوني، والناجم عن التطبيق الصارم للفرقة التقليدية والثنائية في نظام المسؤولية المدنية (التقصيرية والعقدية)، وذلك يرجع بالدرجة الأولى إلى خصوصية الالتزام المهني، والذي قد يرتب الإخلال به أضرارا بأشخاص تربطهم علاقة تعاقدية بالطرف المهني أو بالأغيار على حد سواء ومن ثم يصبح أمرا لا مبرر له الاختلاف في النظام القانوني المطبق لمجرد التباين في الظروف التي وقع فيها الضرر أو في صفة المضرور، خاصة إذا ما علمنا أن مثل هذه الملابس غالبا ما تكون نتاج الصدفة².

وانطلاقا مما سبق ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين هما:

الفرع الأول: عجز القواعد العامة للمسؤولية عن وضع حلول ملائمة.

الفرع الثاني: مبررات الأخذ بالمسؤولية الموحدة.

الفرع الأول: عجز القواعد العامة للمسؤولية عن وضع حلول ملائمة.

وسنستهل عرض مواقع العجز في الحلول المستقاة من لدن القضاء الفرنسي بالاعتماد على تفسير القواعد العامة بقول الأستاذ Jean Bigot : لا يمكن أن نسجل التعقيد الذي لازم المسألة وعدم وحدة قواعد المسؤولية في هذا الشأن بالرغم من ارتباط الضرر في عموم الحالات بالمنتجات المسلمة فعدم اليقين الذي يحيط بالمدة التي تسري فيها المسؤولية بحسب الاستناد إلى المواد 1382 أو 1384 يثير الشكوك حول صحة تلك الحلول من الوجهة القانونية وان سلموا بعدالتها من وجهة نظر القانون المدني الفرنسي ونفس الشك يحيط

¹ قردان لخضر، المسؤولية المدنية للصيدلي، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2006، ص 48.

² معمر بن طرية، التطور المأمول في نظام مسؤولية المهنيين الحاجة لتوحيد طبيعة القواعد الحاكمة للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 20.

بالتأسيس القانوني للمسؤولية بحسب ما إذا كان الأمر يتعلق بضرر مادي أو جسدي يمس المضرور أو ماله¹.

وما يبين كذلك عجز القواعد العامة عن وضع حلول ملائمة والمطالبة بضرورة تطويرها هو تعديل القانون المدني الفرنسي لسنة 2016 الذي كان يعتبر قانون عالمي خالد تجاوز حدود زمانه ومكانه وقد دخل هذا القانون حيز التطبيق في 01 أكتوبر 2016، وهذا ما نصت عليه المادة 09 من الامر 131-2016²:

« Les dispositions de la présente ordonnance entreront en vigueur le 1^{er} octobre 2016.

Les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne ... »

وتعني أن العقود التي أبرمت قبل تاريخ 1 أكتوبر 2016 تسري عليها أحكام القانون القديم.

وجاء هذا التعديل من أجل التأقلم مع المحيط الخارجي في ظل عولمة أفقدت القانون المدن الفرنسي بريق التأثير به³، كما جاء في التقرير، أكد هذا الأخيرة كذلك على أن الهدف من التعديل هو الإبقاء على روح القانون المدني من خلال تحديثه بما يتكيف والقوانين الأوروبية في مجال العقود والالتزامات، مع تأكيد التقرير كذلك على أن الأمن القانوني تطلب من التعديل مراعاة ضمان التوازن بين مصالح الأطراف دونما تناس لمقتضيات السوق⁴.

والتحول الحقيقي لموقف المشرع الفرنسي من المسؤولية غير التعاقدية سيبرز بوضوح في مشروع القانون المعدل لأحكام هذه المسؤولية تحت عنوان واحد هو "المسؤولية المدنية"، الذي من المفترض أن يوحد المعالجة القانونية لأحكام المسؤولية المدنية بعدها التعاقدية وغير التعاقدية في قسم واحد من القانون، جاعلا المسؤولية غير التعاقدية بمثابة النظام العام للمسؤولية المدنية، مع افراد بعض المواد القانونية الخاصة بالمسؤولية التعاقدية، إضافة للقواعد التي تحكم أنظمة المسؤولية الخاصة، بحيث أن نظام المسؤولية المدنية سيصبح قائما

¹ كريم بن سخرية، المسؤولية المدنية للمنتج وآليات تعويض المتضرر، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، د. ط، 2013، ص 64.

² Ordonnance n 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations JORF, n 0035 du 11 février 2016, texte n 26.

³ لا يكاد يخلو أي كتاب أو مرجع قانوني يتعلق بمدخل علم القانون أو التقديم لنظرية القانون عموما، من الإشارة إلى دور المنظومة القانونية الفرنسية في منظومة التشريعات العربية وتأثرها بها والدور الخاص الذي لعبه القانون المدني الفرنسي في التشريعات المدنية الوضعية في الدول العربية.

⁴ بن خدة حمزة، قراءة في أهم مستجدات الإصلاح الجزري للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016، ومدى تأثيرها على القانون المدني الجزائري في ثوبه الحالي، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، ع 3، م 3، سبتمبر 2018، ص 439.

علي المسؤولية غير التعاقدية إلى جانب أنظمة المسؤولية الخاصة، ما سيبرز بوضوح نظرية المسؤولية المدنية كأصل موحد واحد¹.

والمسؤولية المدنية للبنك تخضع للقواعد العامة، إلا أن هناك اتجاهات فقهية وقضائية حديثة تتادي بأسس جديدة تتناسب والتطور الحاصل، فحسبهم العقد أو الالتزام القانوني لم يعودا كافيين لتفسير مسؤولية البنك المدنية، وذلك مراعاة لمصلحة العميل الذي أعطى الثقة لهذا البنك وأودع أسراره لديه، إلى جانب أن البنوك أصبحت تمارس المهنة البنكية على وجه الاعتياد والاحتراف²، وصفة الاحتراف تبدو جلية في أن البنك يعمل وفق تنظيم مسبق للعمل يمتلك الأدوات والأجهزة والموظفين المختصين لأداء النشاط المصرفي يستخدمهم قصد تحقيق هدفه الأساسي وهو تحقيق الربح³.

وبالتالي يجب إخضاعها لنوع من المسؤولية تسمى المسؤولية المهنية التي تقوم في حال إخلال البنك بأحد التزاماته المهنية أي في حال قيامه بما يعد خطأ مهني⁴.

ولا تنهض المسؤولية المهنية إلا بتوافر شرطين، أولهما أن يكون الفاعل مؤهلاً لمزاولة المهنة التي يحترفها، وثانيهما أن يكون الخطأ المنسوب صدوره إليه خطأ مهنيًا مرتبطًا بنشاطه المهني، فإن تخلف أحد هذين الشرطين فإن المسؤولية المترتبة لا تعامل بكونها مسؤولية مهنية، بل تعامل باعتبارها مسؤولية تقصيرية أو عقدية اعتيادية⁵.

ولقد أنصبت الانتقادات التي وجهت إلى الحلول المستخلصة من النظام المزدوج للمسؤولية المدنية على الاتي:

أولاً: الاختلاف الغير مبرر في معاملة المضرورين.

لقد أدى اعمال القواعد العامة إلى تفاوت غير مبرر في معاملة المضرورين لمجرد اختلاف الظروف التي يقع فيها الضرر بحسب ارتباط المضرور بعلاقة عقدية مع المسؤول أم لا، بل وفي إطار العلاقة القانونية

¹ محمد عرفان الخطيب، إضاءة على مشروع قانون إصلاح نظرية المسؤولية المدنية في التشريع المدني الفرنسي الحديث: المبررات والنتائج، مجلة العلوم القانونية والسياسية، ع 01، م 10، أبريل 2019، ص 27.

² بوزيدي الياس، المرجع السابق، ص 190.

³ خليلي سهام، المرجع السابق، ص 41.

⁴ بوزيدي الياس، المرجع السابق، ص 190.

⁵ بلدي كريمة، المرجع السابق، ص 79.

الواحدة¹، تختلف صفة المتضرر بحسب ارتباطه بعقد أم لا، مع المسؤول، هذا من جهة، ومن جهة أخرى قد تختلف معاملة المتضرر بحسب طبيعة المنتج، من حيث تعقيده وخطورته وديناميكيته².

و شكل ميدان المسؤولية الطبية أيضا، مصدرا لتفاوت غير مقبول في معاملة المضرورين جراء الحادث الطبي، و ذلك نتيجة لإعمال التفرقة الثنائية بين الدعوي العقدية والدعوي التقصيرية للمسؤولية المدنية، فهذا الأستاذ auoy Jean Calais يستكشف التراوح غير المبرر في الجزاء المترتب عن الإخلال بواجب الإعلام الطبي، و ذلك نتيجة لاستعمال معيار زمني و كرونولوجي، فيكيف الدعوى بالتقصيرية إذا ما وقع الإخلال في المرحلة قبل التعاقدية، أو بالعقدية إذا وقع الإخلال بعد تمام العقد، وهو معيار لا يخلو من الانتقاد ويدعو لتفاوت غير منطقي في معاملة المضرور³.

والتراوح المشهود من قبل الفقه والقضاء، في تكييفهم للطبيعة القانونية للمسؤولية الطبية، إنما يدل على عدم مطابقة نظام المسؤولية المدنية المزدوج مع ميدان المسؤولية المهنية عموما والطبية خصوصا، وهو الأمر الذي حال دون ضبطهم للحدود الفاصلة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية⁴.

ونفس الشيء بالنسبة لمسؤولية المنتج فإنه في حالة تطبيق القواعد العامة سيظهر هناك تفاوت بين المتعاقدين خاصة في حالة المنتجات الخطرة، فإذا افترضنا أولا أن المضرور تربطه بالمنتج علاقة عقدية فإن معاملته وفقا للقواعد العامة في المسؤولية العقدية سوف تختلف بسبب إذا ما كانت المنتجات خطيرة بسبب عيب فيها أو كانت خطيرة في ذاتها، إذ سيكون وضعه أي المتعاقد المضرور في الفرض الثاني أسوأ منه في الفرض الأول لا لسبب إلا لمجرد أن المصادفة تسعفه في الفرض الأول لوجود عيب خفي في السلعة⁵، أما إذا كان المضرور من الأغيار فسوف يكون وضعه أسوأ، ذلك أنه مطالب بإثبات خطأ المسؤول عن الضرر، وفقا لما تقتضي به قواعد المسؤولية التقصيرية، أو بالاستناد على فكرة الخطأ في الحراسة، والتي بالرغم من

¹ كريم بن سخرية، المرجع السابق، ص 65.

² سعدي صالح، المرجع السابق، ص 137.

³ بن شرف نسيم، المسؤولية المدنية عن المخاطر وآثار المنتجات الطبية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2018، ص 133.

⁴ محمد راسي، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، د. ط، الجزائري، 2007، ص 407.

⁵ كريم بن سخرية، المرجع السابق، ص 65.

القرينة القانونية التي يستفيد منها المضرور، و لكن تفاوت القضاء و عدم استقراره في الأخذ بأحكامها، يجعل مركز المضرور المتذمر ليس بأحسن حال، وخاصة إذا سلمنا بفرضية عدم استفادته من قواعد الضمان¹.

ولاحظ الأستاذ A.TUNC النتائج غير المقبولة واللامنطقية التي أدى إليها أعمال التفرقة التقليدية والثائية في مجال المسؤولية المهنية، وذلك نظرا لوجود التزامات تقع على الأطراف المهنية و التي ترتبط في الأصل بجوهر النشاط المهني و طبيعته و بغض النظر عن وجود رابطة تعاقدية سابقة، لذلك فانه يصبح من غير المستساغ أن تختلف طبيعة الدعوى التي يستعين بها المضرور، بين الحالة التي يكون له فيها صفة المتعاقد و بين الحالة التي يكون فيها من الأغيار، مع أن النشاط المهني قد يكون منشأ للخطر نفسه بالنسبة للمتعاقدين و الغير على حد سواء².

وهذا ما دفع الفقه والقضاء الفرنسيين في المضي قدما بغية الوصول إلى نتيجة مفادها تحقيق نوع من المساواة بين كل الضحايا، بغض النظر عن طبيعة علاقاتهم³.

ثانيا: تعدد واختلاف القواعد المطبقة.

إن تطبيق القواعد العامة للمسؤولية التصيرية والعقدية قد تؤدي إلى الشك وعدم اليقين وعدم الاستقرار لأن الحلول المتوقعة من تطبيق تلك القواعد لا يمكن التنبؤ بها مسبقا⁴.

كما أن الخلاصات التي تنتهي إليها تلك الأحكام القضائية تجد تأسيساتها في القواعد العامة ذات التركيب الثنائي (عقدية وتصيرية) وتفاوت أنظمتها بين الذاتي والموضوعي وتتراوح الالتزامات المطالب بتأديتها بين بذل العناية وتحقيق الغاية⁵.

إن الأخذ بالحلول المرتبطة بالتقسيم الكلاسيكي للمسؤولية المدنية ذي الطابع الازدواجي يؤدي إلى تعدد واختلاف القواعد المطبقة وما ينتج عن ذلك من تزعزع في الاستقرار القانوني وتشتت في الأحكام المطبقة سواء في جانب المسؤول أو المضرور⁶.

¹ قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 132

² معمر بن طرية، التطور المأمول في نظام مسؤولية المهنيين الحاجة لتوحيد طبيعة القواعد الحاكمة للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 20.

³ سعدي صالح، المرجع السابق، ص 148.

⁴ كريم بن سخرية، المرجع السابق، ص 66.

⁵ قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 132.

⁶ قردان لخضر، المرجع السابق، ص 49.

وهذا أدى إلى صعوبة التمييز بين نوعي المسؤولية التقصيرية والعقدية في المجال المهني أمام القضاء، وهذا جعل القضاء يقرر مسؤولية المهني دون أن يضيف على هذه المسؤولية تكييفاً ما، بمعنى دون أن يقر اعتبارها مسؤولية عقدية أو تقصيرية.

ولا يقتصر الأثر السلبي للحلول القضائية (المبناة على استخدام الحيل القانونية المفقدة لإجماع شأنها) على المستوى الداخلي، بل أن هذا التباين لا يتوافق البتة و مصلحة التجارة الدولية، و التي تقوم في مبنائها على انسجام ووحدة الحلول في المسألة، ذلك أن اختلاف أحكام مجازاة المنتج بين دولة وأخرى، ليس له من نهاية، إلا تشويه المنافسة بين المؤسسات الإنتاجية¹، وهذا الأمر أكد عليه الأستاذ أندري تينك André tunc في تقريره النهائي المقدم إلى الملتقى الدولي المتعلق بمسؤولية الصانعين والموزعين، والذي جاء فيه أن تعدد وتباين الحلول يضر بالمنتجين والمستهلكين الأمر الذي يدعونا إلى توحيد أحكام القوانين المتعلقة بالنشاط الإنتاجي، في ظل ما يشهده العالم من تبادل مكثف للسلع و الخدمات، لا سيما مع تزايد مخاطر هذه الأخيرة على مستهلكيها ومستعمليها².

وهو ما أدركته دول المجموعة الأوروبية في غير ذي مناسبة، كان آخرها التوجيه الأوروبي لسنة 1985، والذي طالب الدول الأعضاء بضرورة توافق قوانينها الوطنية مع أحكامه خلال ثلاث سنوات، وكان آخر هذه القوانين ما صدر في فرنسا بتاريخ 19 ماي 1998، والمتعلق بالمسؤولية عن فل المنتجات المعيبة³، وما نتج عن ذلك وبحق من تكريس لدعائم النظام القانوني الخاص بالمسؤولية والذي يشكل تمرداً فعلياً على القواعد الكلاسيكية للمسؤولية المبنية على التقسيم الثنائي⁴.

ثالثاً: الاختلالات الناتجة عن إعمال التفرقة الثنائية في المجال المهني.

لقد اتضح لنا مما سبق أن قواعد المسؤولية المدنية بمفهومها التقليدي سواء في نطاقها العقدي أو في نطاقها التقصيري لم تعد مجدية في بعض الأحيان أو كافية في كثير من الأحيان لجبر الأضرار⁵، و أمام هذا الوضع استشعر جانب من الفقه، أنه وعلى الرغم من اعتراف أغلبية الأنظمة التشريعية بازدواجية نظام المسؤولية المدنية، إلا أن الواقع العملي التي تعرفه هذه الأنظمة يشهد لتحولات عميقة تهدد بقاء هذا التقسيم، والتي جعل

¹ قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 133.

² قردان لخضر، المرجع السابق، ص 49.

³ قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 133.

⁴ قردان لخضر، المرجع السابق، ص 50.

⁵ كريم بن سخرية، المرجع السابق، ص 67.

إعمال تلك التفرقة الثنائية والتقليدية أمرا مصطنعا من الناحية العملية وذلك أمر مشهود في أغلب الأنظمة القانونية المقارنة¹.

ومن بين الاختلالات الناتجة عن أعمال التفرقة الثنائية هو ما أصاب المسؤولية المدنية في وظائفها، فمعروف أنه بعد انفصال المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجزائية انحصر دورها في وظيفتين أساسيتين هما الوظيفة التهذيبية أو الردعية والوظيفة التعويضية أو الإصلاحية².

فالوظيفة الردعية للمسؤولية المدنية تستهدف المتسبب في الضرر أو المخالف للقاعدة السلوكية التي تنهي عن الأضرار بالغير، وهي تستهدف الفاعل من خلال التعويض في ذمته المالية أو شرفه، ولا شك أن هذه الوظيفة الردعية للمسؤولية المدنية، لها أثرها البالغ في تهدئة نفس المضرور، فهي تطفئ جذوة غضبه وتشبع حاجته في الشعور بالعدالة، بحيث تصرف المضرور عن الرغبة في الثأر الشخصي³.

والإخلال هنا في رأينا فإنه يصيب الشعور بالعدالة عند المضرور بسبب الفوارق الناتجة عن تكيف المسؤولية على أساس أنها عقدية أو تقصيرية واختلاف الأحكام القضائية بين المضرورين كما أشرنا إليها سابقا، وهذا لا يصرف المضرور عن الرغبة في الثأر الشخصي.

أما الوظيفة الثانية من وظائف المسؤولية المدنية وهي الوظيفة التعويضية أو الإصلاحية وهي تعني إزالة الضرر، إما عينيا بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر، أو بدفع مبلغ من النقود تعويضا عنه⁴، وهذا الارتباط للوظيفة التعويضية بإصلاح الضرر يجعلها بمنأى عن المتسبب فيه، فهي لا تأخذ شخصه بعين الاعتبار، فلا تهتم بالظروف الذاتية أو النفسية المتصلة به أو بواعثه في إتيان الفعل الضار، وذلك يستتبع أن التعويض كجزاء يكون واحدا بالنسبة لجميع حالات الأضرار يتحدد بحسب قيمة الضرر فقط وليس بالاستناد إلى أي معطى آخر له علاقة بشخص المتسبب في الضرر⁵، أو بالتقسيم الثنائي للمسؤولية (تقصيرية وعقدية) خاصة في المجال المهني.

¹. معمر بن طرية، التطور المأمول في نظام مسؤولية المهنيين الحاجة لتوحيد طبيعة القواعد الحاكمة للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص16.

². عمر بن الزبير، المرجع السابق، ص88.

³. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، د.ط، مكتبة الجلاء الجديدة، 1995، ص160.

⁴. لفقيري عبد الله، أساس وظيفة التعويض بين العقاب والإصلاح، مجلة الأكاديمية للبحث القانوني، ع1، م13، 2016، ص358.

⁵. عمر بين الزبير، المرجع السابق، ص 89.

ومن بين الاختلافات أيضا الناتجة عن أعمال النفرقة الثنائية هو التحول الذي يعرفه حاليا مضمون العقد ولقد أوضحت الأستاذة G.VINEY والأستاذ P.JOURDAIN كيف أن المشرع أصبح يستعين بمفهوم معاصر للنظام العام بعيدا عن مفهومه التقليدي الذي عرف به، حيث كان ينظر إليه الفقه من جانبه السلبي كقيد على مبدأ حرية التعاقد و الذي يحول دون تعديل أو إنشاء بعض الالتزامات، حيث شهد مفهوم النظام العام التعاقدى تحولا خلال السنوات الأخيرة، فلم يعد يقتصر دوره على المنع فحسب، بل أصبح يستعان بهذا المفهوم كوسيلة لفرض التزامات تعاقدية و تحديد مضمون العقود وآثاره بموجب قواعد أمره، وبالإمعان في حركة التحول و التطويع التي عرفها العقد في الآونة الأخيرة، فإنه يتبين لنا أنها أسهمت بصفة مباشرة في التداخل بين الضابطة العقدية من جهة و الضابطة القانونية من جهة أخرى ، ومن ثم التأثير على الطبيعة المزدوجة لقواعد المسؤولية المدنية¹.

ويشهد مضمون العقد أيضا تدخلا وتطويعا من طرف المشرع تحت مسمى النظام العام التعاقدى خاصة في ميدان عقود الاستهلاك، حيث يتجلى تدخل المشرع من خلال الغاء الشروط التعسفية التي قد يفرضها مقدم الخدمة على المستهلك، لتوفير حماية فئة المستهلكين، وعرف هذا التدخل باسم النظام العام لحماية المستهلكين، ما نتج عنه فقدان العقد لأهم عناصره الجوهرية، وهو عنصر التوقع المقتبس من الإدارة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين².

وبتتبعنا لأصل هذا التحول الذي عرفه العقد في القوانين المعاصرة فإننا نجد يرتبط ارتباطا وثيقا بتنامي وتيرة الحياة وتضاعف حجم المخاطر في الفترة التي شهدتها فرنسا ابتداء من سنة 1800 مع ظهور حوادث العمل وحوادث السيارات، وهو الأمر الذي اعتبره الأستاذ ph. Remy عاملا رئيسيا في الأزمة التي عرفتھا المسؤولية المدنية، لاسيما فيما يتعلق بطابعها المزدوج وبأساسها الفردي³.

كما أوضح الفقه الفرنسي تخلى المشرع عن المفهوم التقليدي للنظام العام وتبنيه للمفهوم المعاصر للنظام العام التعاقدى فلم يعد مجال هذا الأخير ينحصر في المنع فقط، بل تجاوزه ليصبح وسيلة لفرض التزامات تعاقدية وتحديد مضمون العقد وآثاره بموجب قواعد أمره⁴.

¹ معمر بن طرية، التطور المأمول في نظام مسؤولية المهنيين، الحاجة لتوحيد طبيعة القواعد الحاكمة للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص15.

² دقايشية زهور، المرجع السابق، ص122.

³ بن طرية معمر، مدى تأثير فكرة المخاطر على النظام القانوني للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص67.

⁴ دقايشية زهور، المرجع السابق، ص 123.

ومن بين أهم مظاهر التداخل بين نظامي المسؤولية المدنية ما يلي:

1- من حيث مدى التعويض:

لقد تطرقنا إلى حجج أنصار الازدواجية في مدى التعويض ورد أنصار وحدة المسؤولية بأن ذلك يرجع إلى أن المتعاقدين عندما تعاقدوا، قد أدخلوا في حسابهما ما يتوقع من التعويض عند التأخير أو عدم التنفيذ، بينما في المسؤولية التقصيرية لم يكن المسؤول والمضرور يعرفان بعضهما قبل حدوث الضرر حتى يتوقعا مدى التعويض¹.

وانطلاقاً من هذا النقد الموجه لأنصار الازدواجية أقر الفقه أنه في مجال مسؤولية مقدم الخدمة لم يعد التعويض يقتصر على الضرر المتوقع فقط، كما أنه يشمل المتضرر المتعاقد والأغيار على حد سواء وهو ما يفسر تقارب أحكام المسؤولية العقدية والتقصيرية².

2- من حيث افتراض التضامن بين المسؤولية عن الضرر:

لقد رد أنصار وحدة المسؤولية على حجج أنصار الازدواجية في هذه النقطة حيث قالوا إن القانون قد جعل المسؤولين تقصيرياً متضامنين لأن خطأ كل منهم كان هو السبب في الضرر، لاسيما إذا أخذ بنظرية تكافؤ الأسباب ومن ناحية أخرى، فيما أن المسؤولية العقدية يترتب على الإخلال بالالتزام إرادي فان للمتعاقدين بمحض إرادتهما أن يشترطا التضامن أو لا يشترطاه، بينما في المسؤولية التقصيرية لا دخل لإرادة الدائن والمدين وقد تولى القانون نفسه شرط التضامن³.

أما في المجال المهني فان اتساع دائرة مساءلة الفئات المهنية بمن فيهم مقدم الخدمة، يقتضي تضامنهم في تعويض المضرورين تقرير الحماية شاملة لهم، باعتبارهم الطرف الضعيف في العلاقة القانونية، وهو الأمر المستشف من مضمون المادة الثالثة الفقرة 7 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، حيث اعتبرت في هذا النطاق مسؤولاً كل شخص طبيعي أو معنوي ساهم في عملية وضع المنتج للاستهلاك بما في ذلك الخدمة⁴.

¹. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 116.

². دقايشية زهور، المرجع السابق، ص 124.

³. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 116.

⁴. دقايشية زهور، المرجع السابق، ص، ص، 124، 125.

3- من حيث إمكانية التحديد أو الإعفاء من المسؤولية:

لقد ذكرنا سابقا أنه يجوز هذا الإعفاء بوجه عام في المسؤولية العقدية ما لم تكن ناشئة عن غش المدين أو خطئة الجسيم، بخلاف ذلك في المسؤولية التقصيرية، فلا يجوز هذا الاتفاق لكونه مخالفا للنظام العام¹، وذلك على خلاف الأمر في ميدان مسؤولية المهنيين، إذ يستوي هنا إبطال الشروط التي تتضمن الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية الناجمة عن إخلال بالعقود التي يبرمها فئات مهنيون، ولعل هذا يجد تبريره في استبعاد المبرر القانوني، والذي مفاده عدم ارتباط أحكام المسؤولية العقدية بالنظام العام باعتبارها جزءا من الإخلال بالعقد صنيع إرادة العاقدين باعتباره مبررا لا ينطبق مع واقع المسؤولية المهنية².

ونتيجة لهذا التداخل أصبح من غير المستساغ أن تختلف طبيعة الدعوى التي يستعين بها المضرور بين الحالة التي يكون فيها صفة المتعاقد، وبين الحالة التي يكون فيها من الأغيار مع أن الخدمة قد تكون منشأ للخطر نفسه بالنسبة للمتعاقدين والغير على حد سواء³.

يبدو أنه في ظل عدم وجود بناء قانوني خاص يكفل مساءلة الأطراف المهنية عما تحدثه نشاطاتهم من أضرار، اتجه القضاء نحو الاتكاء على القواعد العامة للمسؤولية المدنية، من خلال تطويعها والتوسع في تفسيرها، إلا أنه لم ينتهي هذا المسار دون تسجيل عجز في الحلول المستخلصة في ظل تمرد مسؤولية المهنيين عن النظام المزوج للمسؤولية المدنية⁴.

الفرع الثاني: مبررات الأخذ بالمسؤولية الموحدة

أدى التطور الاقتصادي والصناعي إلى زيادة الأخطار والأضرار التي تصيب الأشخاص، وأصبحت قواعد المسؤولية التقليدية غير قادرة على مواكبة هذه التطورات، مما أدى إلى تبني نظرية المسؤولية الموحدة، هذه النظرية التي وجدت صداها في الاتفاقيات الدولية، ويعد التوجه الأوروبي أول تشريع ساهم في إقرار نظام المسؤولية الموحدة.

وهذه الاتفاقيات الدولية كان لها تأثيرا واضحا علي تبني الأنظمة القانونية الأوروبية الداخلية للمسؤولية الموحدة، ونجد أن فرنسا هي من بين هذه الدول التي تبنت النظرية الحديثة في قوانينها الداخلية.

¹. مصطفى إبراهيم الزلمي، فلسفة المسؤولية القانونية في ضوء المقالات الأرسطية، المرجع السابق، ص، ص، 132، 133.

². بن طرية معمر، مدى تأثير فكرة المخاطر على النظام القانوني للمسؤولية المدنية للمهنيين، المرجع السابق، ص72.

³. دقايشية زهور، المرجع السابق، ص 125.

⁴. بن طرية معمر، مدى تأثير فكرة المخاطر على النظام القانوني للمسؤولية المدنية للمهنيين، المرجع السابق، ص76.

أولاً: الإقرار الدولي بالمسؤولية الموحدة

يجدر بنا أن نذكر أن نظرية وحدة المسؤولية اعتنقت من قبل معظم الاتفاقيات الدولية، كاتفاقية ستراسبورغ واتفاقية المجموعة الأوروبية، وكذا التوجه الأوروبي، ولقد استغرقت وشملت اتفاقية ستراسبورغ (المجلس الأوروبي) المسؤوليتين معاً، أي الجمع بين المسؤوليتين: العقدية والتقصيرية في تنظيم موحد لغرض تحقيق المساواة بين المتضررين من المنتجات في الرجوع بالتعويض علي المنتج ومن في حكمه سواء كان هؤلاء المتضررين من فئة الأشخاص الذين تربطهم بالمنتج علاقة عقدية أو كانوا من الغير الذين لا تربطهم به أية علاقة تعاقدية.

إن أحكام اتفاقية ستراسبورغ عامة لا تفرق بين الفرض الذي يوجد فيها عقد بين المنتج والمضروب أو الفرض الذي تنتفي فيه الرابطة العقدية.

وقد بررت المذكرة التفسيرية للاتفاقية هذا الاتجاه بما يلي: "إن الجمع بين المسؤوليتين في تنظيم موحد، يحقق المساواة بين المتضررين جميعاً، وهي مساواة لا يوجد ما يبرر إهدارها¹.

ويعد التوجه الأوروبي رقم 85-374 المؤرخ في 25 جويلية 1985 الخاص بالتعويض عن حوادث المنتجات، أول تشريع ساهم في إقرار نظام لمسؤولية المنتج بقوة القانون يتجاهل تلك التفرقة التقليدية بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية لأن خطر المنتجات المعيبة يهدد فئة واسعة من المتعاقدين والأغيار². وهذا حتى تتحقق أرضية موحدة للمنافسة بين المنتجين الأوروبيين من ناحية أولى، وحتى يمكن تحقيق نوع من التنسيق مع القواعد المطبقة في شأن هذه المسؤولية على المستوي الدولي من ناحية أخرى³.

ولقد مارست الاتفاقيات الدولية تأثيراً واضحاً على الأنظمة القانونية الأوروبية الداخلية، والتي اتجهت صوب تكريس نظام قانوني مستقل و متميز عن قواعد القانون المدني التقليدي يستهدف حماية سلامة وأمن الأشخاص وأموالهم⁴.

إن موضوع الفصل بين المسؤوليتين ووضع تنظيم خاص، لكل منهما سيجعل مسألة التوحيد صعبة، خاصة فيما يتعلق بالمسؤولية العقدية، التي تتطلب الدخول في تفصيلات نظرية العقد، وهذه التفصيلات متباينة

¹ سعدي صالح، المرجع السابق، ص 145.

² بن طرية معمر، مدى تأثير فكرة المخاطر على النظام القانوني للمسؤولية المدنية للمهنيين، المرجع السابق، ص 145.

³ سعدي صالح، المرجع السابق، ص 146.

⁴ قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 91.

جدا في تشريعات الدول الأعضاء، كما أن اللجنة المكلفة بإعداد مشروع الاتفاقية استبعدت إمكانية تنظيم كل من نظامي المسؤولية بشكل منفصل بسبب المسائل الشائكة التي لا يمكن تجاوزها، والتي تثيرها وتلقي بها علي بساط المناقشة كل محاولة تنظيم المسؤولية التعاقدية، بأنه يتطلب البحث في قانون العقود الذي يختلف باختلاف النظم القانونية لتلك الدول الأعضاء وقد انحصر اتجاه اللجنة في هذا الميدان بالإمكانيتين التاليتين: أ- إما استبعاد المسؤولية العقدية من نطاق التنظيم الجديد لمسؤولية المنتج الذي تشده اتفاقية المجلس الأوروبي، وعلى غرار اتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق في ميدان المسؤولية عن المنتجات والتي استبعدت في مادتها الأولى المسؤولية العقدية وأخذت بالمسؤولية التقصيرية لوحدها.

ب- أو وضع تنظيم خاص وموحد للمسؤولية بغض النظر عن وجود أية روابط عقدية محتملة بين المسؤوليتين. فكان اتجاه اللجنة لصالح المقترح المبين في الفقرة (ب) أعلاه، حيث رأت اللجنة أن توحيد قواعد المسؤوليتين أو الجمع بينهما في تنظيم موحد يضمن حماية متساوية فيما يتعلق بكل المستهلكين أو مستعملي المنتجات، كما أن هذا التنظيم الموحد يكون سببا في السلامة القانونية المنشودة ليس فقط من قبل المتضررين بل كذلك من قبل المنتجين ومن في حكمهم¹.

ثانيا: التداخل بين المسؤولية العقدية والتقصيرية من حيث الوظيفة

ذلك أن الأصل في المجال التعاقدية هو التنفيذ العيني، فالمراد بالعقد هو التنفيذ وليس التعويض، لكن في الوقت الذي أصبح يستعان بالعقد لتحقيق غرض حماية المضرورين فإنه بات ينظر للتعويض في المسؤولية العقدية من جانبه الإصلاحي كما هو الحال في نطاق المسؤولية التقصيرية، فوقع نوع من التداخل بين نظامي المسؤولية المدنية فيما يتعلق بالوظيفة نظرا للتنافس الذي ظهر بينهما في ضمان تحقيق مقتضي السلامة.

وهو ذات الأمر الذي تنبأ به الفقيه Josseland فرأى أن ظاهرة التطويع التي يشهدها العقد في الآونة الأخيرة بإنشاء الالتزام بالسلامة، والتي اعتبرها الفقيه بمثابة اثر مزيّف لمضمون العقد، سوف ينجم عنها مضاعفة النزاعات بين نظامي المسؤولية المدنية والتداخل بينهما من ناحية نطاق المسؤولية العقدية والتقصيرية².

¹ سعدي صالح، المرجع السابق، ص 146.

² بن طرية معمر، مدى تأثير فكرة المخاطر على النظام القانوني للمسؤولية المدنية للمهنيين، المرجع السابق، ص 70.

ثالثا: خصائص المسؤولية الموحدة

تتميز المسؤولية الموحدة بخصائص جوهرية فهي نظام خاص، لا يمكن اعتبارها من قبيل المسؤولية العقدية، كما لا يمكن اعتبارها من قبيل المسؤولية التصويرية، فهي مسؤولية قانونية من نظام خاص، ومن ناحية ثانية فإنه وبحسب الأصل يتصل بالنظام العام بحيث لا يسوغ للمنتج -ومن في حكمه- بحال من الأحوال، الاتفاق مع الضحية على استبعاده ومن أهم هذه الخصائص نجد:

1-المسؤولية الموحدة هي مسؤولية قانونية ذات طبيعة خاصة:

يتضح جليا في الواقع العملي، بأنه ورغم وحدة الواقعة التي نشأت بموجبها الأضرار، فإن معاملة المضرور، تختلف بحسب ما إذا كان يرجع هذا الأخير (المضرور) علي المنتج - بمفهومه الواسع- بمقتضي دعوي المسؤولية العقدية، أو بمقتضي دعوي المسؤولية التصويرية.

وتبعا لذلك، فإن من تربطه بالمنتج ومن في حكمه علاقة تعاقدية، يكون في وضعية أفضل من الغير في حالة وقوع ضرر بسبب عيب في المنتج حيث ينفرد المضرور المتعاقد مع المنتج بالمزايا التي يستمدها إياه من دعوي المسؤولية العقدية، وذلك من خلال افتراض مسؤولية المنتج، هذا الأخير الذي يعد مدينا، بضمان سلامة المنتج من العيب الذي قد يشكل خطرا على المستهلك في حين يفتقر الغير الي مثل هذه المزية التي ينفرد بها المضرور المتعاقد¹.

ولقد بدأت فكرة وضع نظام قانوني مستقل لمسؤولية الصانع أو المنتج عن فعل منتجاته، تختمر في ذهن الفقه الفرنسي وتستهوئ قضاة محكمة النقض الفرنسية، وهذا على هدي ما أخذت به القوانين الأمريكية في هذا المجال، والتي ذهب إلى التأكيد على فكرة الضمان الضمني "Garantie implicite" والذي يحمي الضحية، حتى وان لم يتعاقد مع المنتج رأسا، وبدون اشتراط توفر الخطأ من جانبه².

2-قواعد المسؤولية الموحدة من النظام العام

يعتبر أعمال القواعد المنظمة للمسؤولية الموحدة في مواجهة المنتج (ومن في حكمه)، المسؤول اتصالا وثيقا بالنظام العام، بحيث أنه لا يمكن بحال من الأحوال الخروج عن قواعده، ومن هذا المنطلق فإن كل شرط يقضي باستبعاد هذه المسؤولية، أو التخفيف منها، يقع باطلا بطلانا مطلقا هذا بالنسبة للمنتج، بيد أن الأمر يختلف بالنسبة للمضرور، ذلك أن هذا الأخير غير مجبر بإعمال قواعد هذه المسؤولية القانونية الجديدة، وإنما

¹ سعدي صالح، المرجع السابق، ص ص، 147-148.

² قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 91.

هو مخير بإعمال هذه النصوص أو التمسك بالقواعد الكلاسيكية التي تنظم المسؤولية المدنية، العقدية منها أو التقصيرية حسب الظروف، ويستشف ذلك من خلال استقراء نص المادة 13 من التوجيه الأوروبي التي تنص: " لا تؤثر القواعد الواردة في هذا التوجيه علي الحقوق التي يستطيع أن يطالب بها المضرور استنادا إلى المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية أو إلى أي نظام خاص من نظم المسؤولية وفقا للتشريعات الداخلية في أي بلد من بلدان السوق الأوروبية"¹.

خلاصة:

لقد أثبتت النظرية التقليدية للمسؤولية المدنية وجودها وقيمتها لفترة زمنية طويلة، وفرضت هذه النظرية نفسها على المستويات الثلاث التشريع والفقہ والقضاء، وبنيت هذه النظرية علي وجوب التمييز بين المسؤوليتين العقدية و التقصيرية وأن لكل منهما نطاقها الخاص وكيانها القانوني واستند أنصار هذه النظرية الي جملة من الأدلة، الا أن التطورات الحاصلة داخل المجتمعات أدت الي زيادة الحوادث وكثر معها المصابين مما جعل قواعد المسؤولية التقليدية عاجزة عن مواكبة هذه التطورات خاصة بالنسبة لفئة المهنيين مما أدى الي بروز النظرية الحديثة التي أثبتت عجز القواعد العامة للمسؤولية المدنية خاصة بالنسبة لبعض الفئات، وطرحت نفسها كبديل عن النظرية التقليدية .

ونحن ندعم رأي أنصار أحادية المسؤولية المدنية خاصة بالنسبة لفئة المهنيين نظرا لقدرتها على إيجاد حلول للمشاكل التي انبثقت عن التقسيم الثنائي خاصة الاختلافات الغير مبررة في معاملة المضرورين وكذلك تعدد واختلاف القواعد المطبقة وما ينتج عن هذا من تزعزع في الاستقرار القانوني وتشتت في الأحكام المطبقة سواء في جانب المضرور أو المسؤول.

¹ سعیدی صالح، المرجع السابق، ص 149.

المبحث الثاني: الاعتراف بالطبيعة الموحدة لمسؤولية البنك

لعل أهم ما يستأهل التركيز عليه في هذا الصدد هو المقال الذي نشره الأستاذ emic savaux والذي نقل فيه عن الأستاذ Philippe Remy قوله: "إن المشرع هو صاحب السلطة المطلقة الذي بإمكانه أن ينتج لنا طوائف من المسؤولية القانونية، والتي ليس من المفيد أن نسعى إلى إدراجها في النظام العقدي أو التقصيري لمجرد احترام تقسيم تقليدي ونظري وذلك من خلال الإقرار بوجود أنظمة قانونية ذات طبيعة موحدة"¹. وهو ذات الاتجاه الذي دعت إليه الأستاذة G. VINEY والتي ترى بضرورة إفساح المجال لأنظمة مستقلة عن نظام المسؤولية التقصيرية والعقدية وخاصة في المجال المهني، حيث يبدو واضحا، تزايد تدخل المشرع لتوفير الحماية للمستهلكين، وتوحيد القواعد القابلة للتطبيق على كل المضرورين، بغض النظر عن مدى ارتباطهم بالمنتج أم لا².

ومن الملفت للملاحظة هنا وجود مؤشرات قانونية مؤخرا على المستوى الأوروبي والداخلي، تدل على وجود استجابة على مستوى التشريعي والقضائي للمسعى الذي بادر به الفقه، وذلك من خلال السعي نحو التقريب بين نظامي المسؤولية المدنية خاصة في مجال مسؤولية المهنيين³.

وهذا أدى إلى الاعتراف بالمسؤولية الموحدة لبعض الفئات منهم المنتج، والأطباء، والمحامين والموثقين والصيدلة... الخ.

ومن خلال هذا العرض الوجيز يمكن القول بان هذا المبحث سوف ينصب على التكريس التشريعي والقضائي للمسؤولية الموحدة لبعض الفئات والطبيعة القانونية للمسؤولية الموحدة وأخيرا التطرق للمسؤولية المهنية للبنك، ومنه تقسيمنا لهذا المبحث سيكون كالآتي:

المطلب الأول: التكريس التشريعي والقضائي للمسؤولية الموحدة لبعض الفئات.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للمسؤولية الموحدة.

المطلب الثالث: المسؤولية المهنية للبنك.

¹ دقايشية زهور، المرجع السابق، ص 126.

² قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 135.

³ بن طرية معمر، مدى تأثير فكرة المخاطر على النظام القانوني للمسؤولية المدنية للمهنيين، المرجع السابق، ص 81، 82.

المطلب الأول: التكريس التشريعي والقضائي للمسؤولية الموحدة لبعض الفئات.

تزايد مشاريع التوحيد والموائمة بين تشريعات الدول الأوروبية حديثاً، بهدف تحقيق التقارب والانسجام بين الأنظمة الأوروبية للمسؤولية المدنية، جعل من أولوياته إنشاء نظام مقبول من لدن جميع الدول لاسيما من خلال التوحيد بين نظامي المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية، فظهرت فرق للأبحاث في هذا المجال منها: المجموعة الأوروبية حول المسؤولية المدنية، أو المجموعة الأوروبية حول المسؤولية المدنية والتأمين وكذلك مشروع القانون المدني الأوروبي¹.

وهذا أدى بالدول إلى الاعتراف بالمسؤولية الموحدة لبعض الفئات كالأطباء والمنتجين وغيرهم وهذا في انتظار تعميم المسؤولية المهنية على بقية الفئات المهنية وعلى رأسهم البنوك لأننا نرى أنه يجب الاعتراف بالمسؤولية المهنية للبنوك في أقرب وقت وسنتطرق إلى بعض نماذج المسؤولية المهنية في هذا المطلب حيث ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين هما:

الفرع الأول: التكريس التشريعي والقضائي للمسؤولية الموحدة للمنتج.

الفرع الثاني: التكريس التشريعي والقضائي للمسؤولية الموحدة الطبية.

الفرع الأول: التكريس التشريعي والقضائي للمسؤولية الموحدة للمنتج.

كان للفقهاء الدور الكبير في تبني التقنين لهذا النظام حيث نبه إلى عدم قدرة القواعد العامة المتعلقة بعقد البيع وبالمسؤولية التقصيرية إلى الإيفاء بالغرض الذي خصصت له خاصة في تقرير مسؤولية المنتج عن المنتجات التي ينتجها والتي تسبب ضرراً لمستهملها، كما أشار الفقهاء إلى أن الفضل في تقرير الحماية للمضررين المستهلكين للمنتجات يرجع للقضاء لا للنصوص القانونية².

أولاً- التكريس القضائي للمسؤولية الموحدة للمنتج:

يعتبر القضاء الغربي مهذا لظهور المسؤولية الموحدة للمنتج لاسيما القضاء الفرنسي، لذلك سنفرده بالذكر أولاً ثم نتطرق إلى قضاء الدول الأخرى.

¹. بن طرية معمر، التطور المأمول في نظام مسؤولية المهنيين، الحاجة لتوحيد طبيعة القواعد الحاكمة للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص11.

². خنتر حياة، المسؤولية المدنية عن الصناعة الدوائية ومخاطر التقدم العلمي، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2019، ص202.

1- القضاء الفرنسي:

أمام تزايد حجم الأخطار والأضرار التي تطال الجمهور العريض من المستهلكين والمستعملين، لجأ القضاء في فرنسا إلى تلمس الحلول في القواعد العامة-وبتفسيرات جريئة- لصياغة أحكام حظيت بتقدير كبير من لدن غالبية الفقه الفرنسي، على اعتبار أن ذلك المسعى -والموصوف بالبريتوري- ساهم حيث عجزت النصوص عن توفير الأمن والسلامة للمستهلك وحماية مصالحه المشروعة¹.

ولم يتأخر القضاء في المحاولة والتجروء على القوانين العامة المجحفة في حق المضرورين والمنتجين على حد سواء، وكان التوجه الأوروبي السند القوي الذي احتذى به القضاء الفرنسي في كل محاولة حيث يمكن أن نلمس أهم محاولات القضاء الفرنسي حتى قبل صدور التوجه الأوروبي²، وهنا يمكن أن نميز بين مرحلتين قبل وبعد تطبيق التعليمات الأوروبية 1985.

المرحلة الأولى: قبل تطبيق التعليمات الأوروبية ذهب القضاء إلى ربط المسؤولية عن المنتجات بالقواعد العامة التقليدية للمسؤولية فكان يربطها بأحكام المسؤولية العقدية إذا ألحق المنتج ضرر بالمشتري وأحيانا يربطها بالمسؤولية التقصيرية إذا ألحق المنتج ضرر بالغير³.

ولقد اعترفت محكمة الاستئناف في البداية بقيام المسؤولية التقصيرية داخل نطاق العقد في قضية بائع السلاح حيث تعرض المشتري لانفجار لإحدى القطع نتيجة لرداءة المعدن ومع ذلك لم يتم إعمال العقد رغم دفع البائع بجهله للعيب الخفي (استئناف اكس 04 جانفي 1872)، وكذلك اعتبر خطأ تقصيري في جانب أمين النقل الذي ألزم بالتعويض رغم دفعه بخطأ في العنوان لأنه لم يتم بتسليم الطرد⁴.

والقضاء الفرنسي درج على تطبيق أحكام ضمان العيوب الخفية حسب المادة 1641 ق.م وما يليها فإذا كان البائع عالما بالعيوب عند إبرام العقد يكون ملزما بالتعويض عن جميع الأضرار التي تصيب المشتري واعتبر البائع المحترف عالما بعيوب الشيء المباع عند إبرام عقد البيع ويكون قرينه قناعه لا تقبل إثبات العكس

¹. قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 129.

². خنتر حياة، المرجع السابق، ص 203.

³. عمارة مسعودة، تحديد الإطار القانوني لنص المادة 140 مكرر مسؤولية المنتج وفقا لأحكام القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم سنة 2005، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة يسعد دحلب، البلدة، ع2، جانفي 2012، ص 117.

⁴. بودينار بلقاسم، أثر النزعة الموضوعية على مبدأ الخيرة بين المسؤوليتين، مجلة العوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، ع10، جوان 2018، ص 229.

فلا يجوز له أن يعفي نفسه من المسؤولية بالادعاء أنه كان يجهل وجود العيب بالمبيع أو أنه لم يكن في استطاعته أن يعلم به¹.

وجاء في قرار لمحكمة استئناف بنيم 1934 انه لا يوجد أي نص قانوني يمنع الدائن بالتمسك بالمسؤولية التقصيرية لمجرد وجود عقد أخل العاقد الآخر بتنفيذه، أو التمسك بالمسؤولية العقدية لمجرد ارتكاب المتعاقد الآخر خطأ ضاراً.

وفي قرار آخر بخصوص النقل الجوي جاء فيه أنه يسأل عقدياً عن وفاة المسافر بسقوط الطائرة لإخلاله بالتزامه بسلامته، فانه يسأل تقصيرياً لخطأ الربان في قيادة الطائرة (قرار في 27 مارس 1924)².

ومن بين أهم محاولات القضاء الفرنسي لتجسيد المسؤولية الموحدة للمنتج نجد قضية STALIMOM التي حكمت بها محكمة استئناف SEINE بتاريخ 1957/12/19 أين قضت بمسؤولية الصيدلي الصانع والصيدلي المساعد كذا القائم على عملية التركيب³.

وفي تعليقه على هذا الحكم الثوري، يرى الأستاذ BRIDDEN أننا نحضر لبلورة قانون مستقل لمسؤولية الصانع، ذلك أن القواعد الكلاسيكية وعلى رأيه، باتت تقف عاجزة عن إعطاء تفسيرات للمشاكل التي تطرحها المسألة، ومن ثم فلا مناص من أن تتمرد المحاكم على تلك المبادئ⁴.

المرحلة الثانية: بعد تطبيق التعليمات الأوروبية لسنة 1985 تأثر القضاء بهذه التعليمات واستجاب لمجلس العدل الأوروبي في دعوته المحاكم الوطنية للدول الأعضاء بتفسير النصوص الداخلية بقدر الإمكان على ضوء نصوص وأهداف التعليمات، إذ حاول تطبيق أحكام القانون المدني بما يتماشى والتطورات⁵.

وتكرس توجه القضاء الفرنسي في تبني المسؤولية الموحدة للمنتج في حكم آخر صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1991/06/11 مؤكدة على منطوق حكمها على أن مسؤولية المنتج تقرر بغض النظر

¹ عمارة مسعودة، المرجع السابق، ص 117.

² بودينار بلقاسم، المرجع السابق، ص 299.

³ حياة خنتر، المرجع السابق، ص 203.

⁴ قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 136.

⁵ عمارة مسعودة، المرجع السابق، ص 118.

ما إذا كان تجمعهم علاقة عقدية أو تقصيرية بالمستهلك أو بالأحرى تجنبت أن تختلف مسؤولية المنتج بحسب صفة المدعي متعاقدًا كان أم من الغير المتعاقد¹.

ولم تجد محكمة النقض الفرنسية بدا من التصريح بمبدأ وحدة الطبيعة القانونية في حكمها الصادر في 1995/01/17 حيث قضت: " أن البائع المهني ملتزم بتسليم منتجات خالية من العيوب، أو خلل في التصنيع بالدرجة التي ترتب خطرا على الأشخاص والأموال ويكون مسؤولا قبل الغير والمتعاقدين²، وهذا ما دفع بالأستاذ PATRICE JORUDAIN إلى اعتبار الحكم معبرا عن إرادة المحكمة في تكريس نظام موحد لمسؤولية البائع المهني³.

وقد حمل لواء هذه السياسة القضاء الفرنسي، حينما سعى جاهدا إلى توسيع دعوى ضمان العيوب الخفية لمساءلة المنتج وتمكين المضرور جراء المنتجات المعيبة من اقتضاء حقه من المنتج⁴.

وعلى إثر هذه الأحكام يتجلى لنا الدور الجبار للقضاء الفرنسي في تقنين نظام مستقل لمسؤولية المنتج واضعا حدا للقواعد الكلاسيكية التي باتت على رأي الكثير من الفقهاء الفرنسيين عاجزة عن تحقيق حماية فعالة ومحصنة للمضرور أو المستهلك قبل أن يكون مضرور⁵.

2- قضاء الدول الأخرى:

كما شهد من جهته مسار القضاء الأمريكي في مجال مسؤولية المنتج والذي انتهى إلى جعل دعوى الضمان العقدية والمسماة "WARRANTY" مصدرا مستقلا في مجال مسؤولية المنتج، وآلية فعالة تسعف ضحايا المنتجات المعيبة، متعاقدين كانوا أم أغيار⁶.

وقام القضاء الأمريكي بغرض إفادة شريحة واسعة من المضرورين أولا إلى توسيع مفهوم النسبية، ثم إلغائها تدريجيا، لتصبح آلية فعالة بيد المتعاقدين والأغيار على حد سواء، وانطلاقا من هذا جنح القضاء

¹ حياة خنتر، المرجع السابق، ص203.

² قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص138.

³ خنتر حياة، المرجع السابق، ص204.

⁴ بن طرية معمر، مدى تأثير فكرة المخاطر على النظام القانوني للمسؤولية المدنية للمهنيين، المرجع السابق، ص73.

⁵ حياة خنتر، المرجع السابق، ص203.

⁶ بن طرية معمر، التطور المأمول في نظام مسؤولية المهنيين، الحاجة لتوحيد طبيعة القواعد الحاكمة للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص19.

الأمريكي نحو تأسيس موحد لنظام مسؤولية المنتج وذلك بالأخذ من مزايا النظامين العقدي والتقصيري فأخذ عن الأول الصرامة في المساءلة وعن الثاني الامتداد في نطاق التطبيق¹.

ونجد كذلك أن القضاء البلجيكي أخذ بالخيرة، حيث قضت محكمة النقض البلجيكية بمسؤولية شركة النقل لسكة الحديد عن هلاك حصان بسبب مناورات أمرت بها الشركة وأسست المسؤولية على أساس خطأ تقصيري وليس عقد النقل.

والقضاء السويسري كذلك يأخذ بالخيرة ولكن بشرط أن يكون الإخلال بالتزام عقدي في ذات الوقت فعلا غير مشروع مع ارتباط قانوني بين العقد والضرر².

وتعقبا على هذه التطبيقات القضائية أوضح أحد الأساتذة، كيف أن القضاة في مجال النشاطات الخطيرة منها النشاط الإنتاجي أعطوا أولوية لمهمة تعويض ضحايا على حساب مهمة جزر المتسبب في الضرر، وذلك بالاستعانة بحيل قانونية، تنقل عبء الإثبات من الشخص المتضرر إلى الشخص المسؤول³.

وبالرغم من تناسق الأحكام التي أنتجها القضاء الفرنسي -نظام الوحدة- مع مبادئ التوجه الأوروبي وتعليمات محكمة العدل الأوروبية . لكسمبورغ . ولكن يبقى هذا السعي من لدن القضاء ظل ينظر إليه بأنه على درجة من الجراءة، ذلك أن القطيعة مع إحدى الثوابت التي يرتكز عليها القانون الفرنسي، لا يمكن أن يتم إلا عن طريق المشرع⁴.

ثانيا. التكريس التشريعي للمسؤولية الموحدة للمنتج:

أمام تزايد المخاطر التي تهدد مقتني المنتجات المعيبة، قام الرئيس الأمريكي جون كينيدي بأول مبادرة لإقرار تشريع خاص بحماية المستهلك وكان ذلك في مؤتمر انعقد في 15 مارس 1962 حيث تم إقرار عدة ضمانات للمستهلك من حق في السلامة والأمن والحق في الإعلام وغيرها، وبعد هذا المؤتمر تلتته عدة تشريعات مماثلة في الدول الأجنبية⁵.

¹. بن طرية معمر، المرجع نفسه، ص75.

². بودينار بلقاسم، المرجع السابق، ص230.

³. بن طرية معمر، نظام المسؤولية الموضوعية للمنتج ودوره في تقوية النظام التعويضي لحوادث المنتجات المعيبة. دراسة في التشريع الجزائري والمقارن، المجلة الجزائرية للقانون المقارن، ع1، 2014، ص 65.

⁴. قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص139.

⁵. قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص139.

وهو ما أدركته دول المجموعة الأوروبية في غير ذي مناسبة كان آخرها التوجيه الأوروبي لسنة 1985، والذي طالب الدول الأعضاء بضرورة توافق قوانينها الوطنية مع أحكامه خلال ثلاث سنوات¹.

واعتمادا على هذه التشريعات أصدرت الدول الأوروبية تشريعات داخلية متخصصة نادت من خلالها بضرورة حماية المتضرر من الأضرار الناجمة عن عيب المنتجات، ومن ثم كرست مسؤولية المنتج في حال الأضرار بالغير باعتباره المسؤول عن ذلك طبقا للقواعد العامة التي تشترط إثبات خطئه².

1-التشريع الفرنسي:

وأصدر المشرع الفرنسي بعد طول انتظار القانون 389/98 المؤرخ 19/5/1998 وتضمنه القانون المدني كجزء منه في المادة 1386-1 إلى غاية 18/1386 في باب جديد معنون بـ: "المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة" وهو يلي الباب المعنون بـ: "الالتزامات التي تنشأ دون اتفاق" وعليه المشرع نظم هذه المسؤولية في إطار مادة واحدة متضمنة 18 فقرة³.

ومن أهم الحلول التي قدمها هذا القانون هو تعزيز وتقوية موقف القضاء في موقفه وأحكامه، الى جانب الحلول المقدمة من هذا القانون وجد القضاء نفسه أمام بعض العوائق التي يمكن أن تعثر طريقه والمتجسدة في المادة 16/1386 من القانون الجديد، التي جاء مضمونها كما يلي: "نصوص هذا الفصل لا تخل بالحقوق التي يستطيع ضحية ضرر فعل المنتجات أن يتمسك بها على سند المسؤولية العقدية أو المسؤولية غير العقدية و /أو على أساس نظام خاص للمسؤولية"⁴.

وأكد هذا القانون أن هذه المسؤولية لا تلغى الأنظمة القانونية السابقة وإنما يتعايش معها ويكون على المتضرر الاختيار بين النظام التقليدي السابق لتعلية وبين التنظيم اللاحق لتعلية الأمر الذي يجعل التنظيم الجديد اختيارا وليس إجباريا من حيث التطبيق وبالمقابل لا يكون للمتضرر الجمع بين النظامين بالمقابل الفقه الفرنسي لم يرحب بهذا التنظيم الجديد إذ اعتبره البعض مخيب للآمال وأنه سيكون السبب في تعقيد الأمور أكثر مما هي عليه وأنه إلا ضربة في ماء⁵.

¹. مسعودي يوسف وأرجيلوس رحاب، الاتجاه الموضوعي لمسؤولية المنتج في التشريع الجزائري، مجلة القانون والمجتمع، م5، ع1، جوان 2017، ص 85.

². قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص133.

³. عمارة مسعودة، المرجع السابق، ص119.

⁴. حياة خنتر، المرجع السابق، ص205.

⁵. عمارة مسعود، المرجع السابق، ص119.

ورغم هذه الانتقادات إلا أنه لا يمكن نكران الميزة و الفوائد التي يوفرها هذا النظام الجديد فاسحا أمام المضرورين مختلف الدعاوي ليتخيروا منها الأكثر تحقيقا لمصالحهم في التعويض رغم الانشغالات المطروحة من قبل الفقه الفرنسي حول مستقبل النظام الخاص لمسؤولية المنتج وحول القضاء وما يتسبب هذا النظام من حيرة في الأخذ بحلول التسعينات التي استوحاها القضاء من مبادئ التوجه الأوروبي أو الرجوع لحلول ما قبل التسعينات والتي تقيم التفرقة المسؤوليتين العقدية والتقصيرية أو الأخذ بالنظام الجديد الموحد والمكرس بالقانون 1389/98¹.

من الواضح أن المشرع الفرنسي وعلى غرار باقي التشريعات الأوروبية المستوحية أحكامها من التوجيه الأوروبي اعتبر مسؤولية المنتج قانونية ذات طابع موحد تقصيري قائمة على فكرة الإخلال بالالتزام بالسلامة وانتهى هذا القانون إلى اعتباره - الإخلال - بمعزل عن العقد².

2 . التشريعات العربية:

تطرق المشرع العراقي لهذه المسألة ونص صراحة على جواز إعمال قواعد المسؤولية التقصيرية في نطاق العقد في حالة الغش والخطأ الجسيم (مادة 614 مدني عراقي) ونص على جواز الخيرة في المادة 451 مدني عراقي ليس في حالة الجريمة فقط بل حتى في حالة الغش والخطأ الجسيم³.

والمشرع المصري أرسى نظاما موحدًا لمسؤولية المنتج حديثًا وذلك بعد صدور قانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999 وهو ما نستنتجه من المادة 67 من ذات القانون والتي اعتبرت منتج السلعة ومستوردها وتاجر الجملة على السواء... عن الأضرار البدنية والمالية الناشئة عن عيب في السلعة حتى لو لم يكن أحد منهم يعلم بالعيب بل أضافت إليهم تاجر التجزئة إذ كان يعلم بالعيب أو كان من واجبه أن يعلم به وقت البيع⁴.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإن القانون رقم 02/89 المؤرخ في 07/02/1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك⁵، يعد أول خطوه قام بها المشرع لتكريس نظام المسؤولية الموحدة بعد أن كان الأمر مقتصر على القواعد العامة في القانون المدني، سواء تلك المتعلقة بالنظرية العامة للالتزام، أو تلك المتعلقة

¹ حياة خنتر، المرجع السابق، ص 206.

² كريم بن سخرية، المرجع السابق، ص 85.

³ بودينار بلقاسم، المرجع السابق، ص 233.

⁴ كريم بن سخرية، المرجع السابق، ص 85.

⁵ قانون رقم 02/89 مؤرخ في أول رجب عام 1409 الموافق 7 فبراير سنة 1989 يتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك ج.ر.ع 6 الصادرة في 2 رجب عام 1409 الموافق 8 فبراير سنة 1989.

بقواعد المسؤولية التقصيرية، والتي أثبتت قصورها في هذا المجال، ومن أهم ما جاء به قانون حماية المستهلك في مجال الحماية، تحديد مقاييس ومواصفات وضمان العيوب الخفية في كل منتج أو خدمة¹.

وكخطوة ثانية قام المشرع الجزائري بتعديل القانون المدني سنة 2005 وهذا بموجب القانون رقم 01/05 المؤرخ في 20/06/2005 وقام باستحداث المبدأ العام الذي كرس من خلاله مسؤولية المنتج ذلك المبدأ الذي نجده في نص المادة 140 مكرر²، التي أشار إليها المشرع في القسم الثالث تحت عنوان "المسؤولية الناشئة عن الأشياء" من الفصل الثالث الفعل "المستحق للتعويض" من الباب الأول "مصادر الالتزام" من الكتاب الثاني "الالتزامات والعقود" من التقنين المدني الجزائري³.

وتتص المادة 140 مكرر: "يكون المنتج مسؤول عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية"⁴.

وبهذا النص فقد اتجه المشرع الجزائري نحو تكريس نظام قانوني خاص بمسؤولية المنتج حين وحد بين مسؤولية المنتج التقصيرية والعقدية، إلا أن المشرع الجزائري قد أخطأ في موقع نص المادة 140 مكرر حين وضعها في باب خاص بالمسؤولية التقصيرية حيث أحدث بذلك تناقضا بين فحوى المادة وموقعها بين نصوص القانون المدني يدخلها في باب المسؤولية التقصيرية⁵.

الفرع الثاني: التكريس التشريعي والقضائي للمسؤولية الموحدة الطبية:

المسؤولية الطبية هي مسؤولية لها طبيعة فنية بحتة، فالطبيب ملزم بمراعاة واجب الضمير والأصول العلمية الطبية الثابتة بعلم الطب، سواء ارتبط بعقد أم لم يرتبط فكل ما يتعلق بالضمير والأصول العلمية الثابتة بعلم الطب مناطه قواعد المهنة وهذا يخرج عن دائرة العقد⁶، لأن الطبيب يتعامل مع نفس بشرية وأسرار شخصية أي عوامل جسمانية وأخرى نفسية وعليه، فإن التقصير في أداء عمله يؤدي إلى خرق الآداب العامة والنظام العام في خرق قوانينه فالأمر لا يتعلق بعقد بين الطرفين بل بضوابط أخلاقية تقوم عليها مهنة الطب

¹ عمارة مسعودة، المرجع السابق، ص116

² كريم بن سخرية، المرجع السابق، ص85.

³ العيشي عبد الرحمن، المسؤولية المدنية للمنتج في القانون الجزائري، التعليق على نص المادة 140 مكرر من القانون المدني الجزائري، مجلة كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البلدة، ع2، جانفي 2012، ص 107.

⁴ القانون رقم 05-10 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم للأمر 58/75 المشار إليه سابقا.

⁵ كريم بن سخرية، المرجع السابق، ص70.

⁶ عمر بن أحمد الزهراني، المسؤولية المهنية للممارس الصحي عن الأخطاء الطبية، المجلة العربية للنشر العلمي، ع11، سبتمبر 2019، ص339.

أساسا، فهي مسؤولية من نوع خاص هدفها معاقبة الطبيب عن أخطائه الطبية، وحصول المتضرر عن التعويض اللازم للأضرار التي حدثت له¹، ويقرر الواقع أن المسؤولية الطبية لا تخضع للقواعد التقليدية في المسؤولية العقدية أو التصيرية، وإنما تتمتع بالاستقلال لنوعي المسؤولية المدنية والسبب في ذلك أنها لا تنشأ في الواقع من الإخلال بالتزام يولده العقد أو من الإخلال العام بالتزام الحيطة والحذر وإنما تنشأ من الإخلال بالواجبات المهنية².

ولعله ذات التوجه الذي دفع بالأستاذ رابيس محمد بالإقرار بالتمرد المشهود للمسؤولية المهنية الطبية على التقسيم الثنائي للمسؤولية المدنية، والدعوة إلى استقلالية نظام المسؤولية المدنية في المجال الطبي خصوصا والخدمات عموما³.

أولا. التكريس القضائي للمسؤولية الموحدة الطبية:

من جهته أكد القضاء على تكريس المسؤولية الموحدة الطبية من خلال عديد الأحكام القضائية، والمحاكم عادة ما تكيف المسؤولية الطبية على أنها مسؤولية عقدية وتخضعها لقواعد تلك المسؤولية غير أنه نظرا لكونها مسؤولية مهنية فإنها تتمرد على القواعد التقليدية للمسؤولية العقدية، وهكذا تميل المحاكم إلى تمكين المتضرر من التعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء عمل الطبيب، وذلك نتيجة تحميل هذا الأخير كل الالتزامات التي اتفق عليها المتعاقدان صراحة، وتضيف إلى ذلك التزامات أخرى لم تنصرف إليها إرادتهما صراحة ولكنها ملزمة للطبيب، كالالتزام بضمان السلامة والذي تعتبره التزاما بتحقيق نتيجة⁴.

1. القضاء الفرنسي:

وقد صدرت العديد من الأحكام القضائية تجسدا لهذا التوجه فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها بتاريخ 18 مارس 1997 بمسؤولية ثلاثة أطباء أشعة لمخالفتهم قواعد أخلاقيات مهنة الطب بممارستهم لمهنتهم

¹ صباح عبد الرحيم، المسؤولية المدنية للطبيب عن إفشاء السر المهني، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015، ص 146.

² أنس محمد عبد الغفار سلامة، دور الأعراف المهنية في تقدير الأخطاء الطبية، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، م 4، ع 3، سبتمبر 2019، ص 400.

³ دقايشية زهور، المرجع السابق، ص 128.

⁴ كوسه حسين، النظام القانوني للمسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة ماجستير، فرع قانون خاص، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف 2، 2016، ص 47.

في عيادة أخرى غير عيادتهم، وهو ما يشكل مخالفة صريحة للمادة 85 من قانون أخلاقيات مهنة الطب،
توجب عليهم تعويض زملائهم الأطباء المتضررين¹.

وقد استعملت محكمة النقض الفرنسية تعبيرات الإهمال وعدم الاحتراز أم عدم الاحتياط والرعونة في
اسنادها المسؤولية للطبيب تؤكد هذه الاتجاه في حكم محكمة ديجون سنة 1868 والتي أضافت بأن أخطاء
الطبيب التي تخرج عن نطاق المسائل المهنية البحتة هي بطبيعتها مجال للخلاف والشك تكون موضوعا
لمسؤولية الطبيب، فيما تحدثه من أضرار تترتب عن الرعونة وعدم الاحتياط أو الجهل الفاضح بفنيات الطب².

ومن أهم الأحكام التي توجت مسار القضاء الفرنسي نحو النظام الموحد للمسؤولية الطبية، هو الحكم

الصادر من الغرفة الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في 1998/04/24 في قضية PBR،XCV

Centre régional de transfusion sanguine de bordeaux و تتلخص وقائع القضية في أن مريضا
في إحدى المصحات أصيب بداء فقدان المناعة sida بسبب الدم الذي نقل إليه من مركز الدم، وقد رفع
المضروب دعوة أمام محكمة استئناف Bordeaux، ولكن تم رفض الدعوى على أساس رفض صندوق
التعويض عن نقل الدم الملوث لتظلمه، وبعد ذلك تم نقض الحكم، وصدر حكم محكمة النقض الفرنسية حيث
عبرت عن ذلك قائلة: "إنها تنعى على محكمة الاستئناف تجاهلها للمواد 1147 و 1/1383 من ق. م. ف
والمفسرة بمقتضى أحكام التوجيه الأوروبي، والتي على ضوءها يعتبر كل منتج مسؤولا عن الأضرار الناتجة
عن عيوب المنتجات قبل الضحايا المباشرين، والمضروبين بالارتداد، ودون النظر إلى كونهم متعاقدين أو من
الأغيار"³.

2. القضاء الجزائري:

أما بشأن القضاء الجزائري فقد جاء في قرار حديث جدا لمجلس قضاء تلمسان اعتماد الخطأ المهني
كأساس للتعويض بعبارة صريحة وواضحة تؤكد التخلي عن التقسيم التقليدي للخطأ، حيث جاء في نص القرار"
حيث أن الفقه والقضاء استقر حديثا على اعتبار مسؤولية الطبيب مسؤولية مهنية بالدرجة الأولى، بغض النظر
عن طبيعتها تقصيرية أو عقدية.

¹. بن صغير مراد، أساس المسؤولية المدنية الناجمة عن الممارسات الطبية، دراسة مقارنة، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية،
ع18، جوان 2017، ص149.

². كوسه حسين، المرجع السابق، ص45.

³. بن شرفة نسيم، المرجع السابق، ص ص، 136، 137.

وسارت على هذا كثير من التشريعات وأقامت عليها مسؤولية أطباءها عند ارتكابهم خطأ مهني، فاحتكمت في تحديد المسؤولية المدنية للطبيب لقواعد أخلاقيات المهنة، واعتبرت الخروج عن هذه القواعد بمثابة خطأ مدني يمكن أن تؤسس عليه دعوى التعويض¹.

ولقد سار القضاء الجزائري مؤخرًا، نحو تكريس الطابع المهني للالتزامات الطبيب، بالتركيز على المصدر الأخلاقي والمهني لهذه الالتزامات، وعدم الالتفات إلى مصدرها العقدي أو التقصيري، حينما أقرت الغرفة المدنية على مستوى المحكمة العليا بأنه: "... يقع على عاتق الطبيب التزام مهني ببذل الجهود الصادقة التي تتفق والظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة... وأن التزامه هذا يمليه عليه ضميره وأخلاقيات مهنته... كما أن الإخلال بهذا الالتزام يشكل خطأ طبيًا مسؤوليته الطبية الناتجة عن التقصير في مسلك الطبيب"².

من جهتها كانت المحكمة العليا قد تبنت نفس التوجه فقضت بمسؤولية طبيب أمراض النساء نتيجة ارتكابه لخطأ جسيم يتمثل في عدم مراقبة الحالة الصحية للأم، مما أدى إلى ولادة طفل مشوه بعينين مغلقتين، وتضيف المحكمة "... ان عدم المراقبة لهذا المرض خلال 21 يوما كما أمر بذلك الطبيب البيولوجي، شكل خطأ مهنيًا جسيمًا وفق المادة 239 من قانون الصحة"³.

ومما سبق نلاحظ أن القضاء الفرنسي و على أثره القضاء الجزائري قد شهد انقلايا تاريخيا فيما يخص الطبيعة القانونية لدعوى المسؤولية الطبية، ليس فقط في حالة المسؤولية الناجمة عن خطأ في الإعلام الطبي ولكن في نظام المسؤولية الطبية بمجملها كما بينه بصفة جلية الأستاذ P.JOURDAIN وقد فسر هذا الأستاذ، تحول القضاء الفرنسي في تكييفه لطبيعة المسؤولية المدنية الطبية، والتي تم سابقا إرساء طابعها التعاقدية بموجب قرار⁴ MERCIER وذلك بترسيخ الطابع المهني والقانوني، والذي يقع على عاتق الطبيب خاصة بصفته مقدم الرعاية الصحية ليس باعتباره متعاقدًا وإنما باعتباره مهنيًا في المجال الطبي، وبالتالي تسمو هذه الالتزامات القانونية على التعاقدية، وترتب مسؤولية قانونية مهنية⁵.

¹ بن صغير مراد، أساس المسؤولية المدنية الناجمة عن الممارسات الطبية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 149.

² د. معمر بن طرية، التطور المأمول في نظام مسؤولية المهنيين: الحاجة لتوحيد طبيعة القواعد الحاكمة للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 22.

³ بن صغير مراد، أساس المسؤولية المدنية الناجمة عن الممارسات الطبية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 149.

⁴ معمر بن طرية، التطور المأمول في نظام مسؤولية المهنيين: الحاجة لتوحيد طبيعة القواعد الحاكمة للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 21.

⁵ بن شرفة نسيم. المرجع السابق، ص ص 133، 134.

ثانياً. التكريس التشريعي للمسؤولية الموحدة الطبية:

لقد حاول المشرع الجزائري من خلال وضع القوانين والتشريعات واللوائح التنفيذية حماية جمهور المرضى من الأخطاء التي يمكن أن يرتكبها الأطباء، والتي قد تترتب عليها آثار خطيرة وضارة، لذا كان من الضروري تأكيد تعيين مسؤولياتهم عن أخطائهم المهنية¹.

وتكاد تتفق معظم التشريعات الحديثة على الطبيعة المهنية للخطأ دون تمييز دقيق له، ما إذا كان خطأ تقصيرياً أو عقدياً، وتقيم هذه التشريعات مسؤولية الطبيب نتيجة ارتكابه لخطأ مهني، إذ تحتكم في تقدير المسؤولية المدنية للطبيب أي قواعد أخلاقيات المهنة، فتعتبر الخروج عن هذه القواعد بمثابة خطأ مدني يمكن أن تؤسس عليه دعوى التعويض².

وهذا ما دفع إلى القول ان المسؤولية الطبية تختلف عن المسؤولية المدنية سواء في تطورها أو في اتجاهها ومضمونها أو في أساسها لاختلاف طبيعة العلاقات، وهذا ما نستشفه من المادة 13 من مدونة أخلاقيات الطب بنصها: "الطبيب أو جراح الأسنان مسؤول عن كل عمل مهني يقوم به ولا يجوز لأي طبيب أو جراح أسنان أن يمارس مهنته إلا تحت هويته الحقيقية ويجب أن تحمل كل وثيقة يسلمها اسمه وتوقيعه"³.

وأكد التشريع الجزائري في المادة 239 من القانون المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم صراحة على هذا الاتجاه بنصه: "يتابع طبعا لأحكام المادتين 288 و 289 من قانون العقوبات، أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو مساعد طبي، على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها، ويلحق ضرراً بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته، أو يحدث عجزاً مستديماً يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته".

وتضيف نفس المادة 239 بمقتضى المادة 08 من القانون رقم 90-17 المعدل والمتمم لقانون حماية الصحة وترقيتها النص الصريح على تأسيس المسؤولية بشكل واضح على الخطأ المهني كما يلي: "إذا لم يتسبب الخطأ المهني في أي ضرر، يكتفى بتطبيق العقوبات التأديبية"⁴.

1. عمر بن أحمد الزهراني، المرجع السابق، ص 332.

2. بن صغير مراد، أساس المسؤولية المدنية الناجمة عن الممارسات الطبية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 148.

3. كوسه حسين، المرجع السابق، ص 39.

4. بن صغير مراد، أساس المسؤولية المدنية الناجمة عن الممارسات الطبية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 148.

وكذلك يفهم من المادة 10 من مدونة أخلاقيات الطب التي تنص على: "لا يسوغ للطبيب أن يتنازل عن استقلاله المهني بأي صورة كانت"، مما يوحي بأن المشرع الجزائري قد اتجه نحو فكرة ضرورة توفير الاستقلال التام للطبيب في ممارسة مهنته الطبية بحيث لا يخضع إلى أي توجيه كان، وإذا لم يحترم الطبيب الالتزامات الملقاة على عاتقه يجوز لمن تضرر من ذلك الالتجاء إلى القضاء كما يفهم من المادة 221¹ من ذات المدونة في الحالات التي يخالف فيها الطبيب واجبا قانونيا².

من جهته كرس القانون المقارن هذا التوجه، إذ نجد التشريع الفرنسي من خلال المادة 1-1142 من قانون الصحة العامة، يقيم مسؤولية محترفي الصحة و منهم الأطباء و كذا المؤسسات و الأقسام و الهيئات التي يتم فيها القيام بالأعمال الفردية المتعلقة بالوقاية أو التشخيص أو العلاج على أساس الخطأ المهني، حيث جاءت المادة بصيغة مطلقة لم تميز بين حالات وجود العقد بين الطبيب و المريض و حالات عدم وجوده و هو نفس النهج الذي سار عليه مثلا التشريع اللبناني في نص المادة 18 و التشريع الليبي في المادة 23 و التشريع السعودي من خلال المادة 27 و التشريع الإماراتي في نص المادتين 06 و 24³.

وعلى هذا الأساس تبدو مسؤولية الطبيب مهنية من نوع خاص فالأخطاء الطبية الفنية ذات طبيعة واحدة، فلا تعد في كلا المسؤوليتين - العقدية والتقصيرية - إلا نوعا من التقصير، ولا فرق بين التزام أوجده القانون والتزام أوجده العقد، إذ يقوم القانون بتحديد الالتزامات والحقوق والاختلالات التي تقوم مقام بنود العقد بين المتعاقدين، بل أن قوانين الصحة من حيث حماية المريض تضاهي القواعد التي تحمي المستهلك، فهذه القواعد هي من النظام العام وعلى القاضي تطبيقها تلقائيا ولا يمكن استبعادها تحت أي طائل⁴.

ذلك أن المسؤولية الطبية لا تترتب فقط نتيجة الإخلال بالتزام عقدي احتواه العقد، أو نتيجة للإخلال بالواجب العام المتمثل في واجب الحيطة والحذر والتبصر، إنما تنشأ عن الإخلال بالواجبات المهنية التي

¹ المادة 221: "لا تشكل ممارسة العمل التأديبي عائقا بالنسبة للدعاوي القضائية المدنية أو الجنائية، للعمل التأديبي الذي يقوم به الهيئة أو

المؤسسة التي ينتمي إليها المتهم"

² كوسه حسين، المرجع السابق، ص 46.

³ بن صغير مراد، أساس المسؤولية المدنية الناجمة عن الممارسات الطبية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 148.

⁴ كوسه حسين، المرجع السابق، ص 40.

تتضمن قواعد المهنة، والتي تعد مصدرا لالتزامات المهنيين وهم الأطباء، وهذه حقيقة علمية تستدعي كسر ذلك الطوق الصلب القائم على ثنائية المسؤولية - عقدية وتقصيرية - في المجال المهني¹.

والشيء الملاحظ منذ بداية القرن الماضي هو صعود مذهب الوحدة تدريجيا وأنه بدأ يتموقع ويكسب المزيد من الأنصار خاصة في المجال المهني، بل أكثر من ذلك فقد أصبح هذا المذهب يجسد على أرض الواقع سواء من طرف المشرع أو القضاء، كما رأينا سابقا بالنسبة للمنتج والأطباء، والأمر لم يقتصر على هؤلاء فقط بل تجسدت وحدة المسؤولية في مهن أخرى: كالصيادلة والمحامين، والموثقين والمهندسين المعماريين ومقدمي الخدمات... الخ، وهذا المذهب يتقدم كل يوم أكثر على حساب مذهب ازدواجية المسؤولية المدنية.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للمسؤولية الموحدة.

لقد انتهينا من خلال العرض السالف إلى وجود شبه إجماع من لدن الفقه والقضاء وحتى القوانين، على تأكيد الطبيعة الموحدة لمسؤولية بعض الفئات علي نحو يكاد يكفي معه حدوث ضرر ليعوض المضرورين وبنفس الشروط، وبغض النظر عن وجود العلاقة التعاقدية بين المسؤول والضحايا أم انعدامها²، إلا أن هذا الاتفاق لم يمنع من وقوع جدل فقهي كبير حول الطبيعة القانونية للمسؤولية الموحدة فهناك من قام بالمفاضلة بين الطابع الموحد التعاقدية (أي الكل تعاقدية) وبين الطابع الموحد التقصيري (أي الكل تقصيري) وهناك فريق آخر من الفقهاء يستبعد خطأ نهائيا من المسؤولية الموحدة ويعتبرها مسؤولية موضوعية تقوم على ركن الضرر فقط.

وهذا ما سنحاول التعرف عليه من خلال هذا المطلب لذا فقد ارتأينا تقسيم هذا المطلب الي فرعين هما:

الفرع الأول: المفاضلة بين الطابع الموحد التعاقدية والطابع الموحد التقصيري.

الفرع الثاني: المسؤولية الموحدة مسؤولية موضوعية.

¹ معمر بن طرية، التطور المأمول في نظام مسؤولية المهنيين، الحاجة لتوحيد طبيعة القواعد الحاكمة للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص25.

² قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 142.

الفرع الأول: المفاضلة بين الطابع الموحد التعاقدى والطابع الموحد التصيرى.

لقد نادى بعض الفقهاء بضرورة إعمال قاعدة الخيرة بين المسؤولينين التصيرية والتعاقدية، فبعضهم نحا النحو التعاقدى بينما الآخر أثر الاتجاه التصيرى للمسؤولية، والقول بالكل تعاقدى أو الكل تصيرى معناه نفي للطرف الثانى إذ لا مجال للتقسيم الثنائى¹.

أولاً. الاتجاه المناهى بالتصور العقدي والانتقادات الموجهة إليه:

1-الاتجاه المناهى بالتصور العقدي:

نادى الكثير من الفقه وطالبوا بإعمال الطابع الكلى تعاقدى أو التصور العقدي كإطار موحد للمسؤولية² ولتعزيز المسلك السابق، ذهب القضاء إلى التقريب بين نظام دعاوى المضرورين المباشرين والمضرورين بالارتداد من خلال التركيز على الرابطة التعاقدية (الكل تعاقدى)، وحتى ولو بطريقة القفز القانونى على الوقائع، إذ وفى غير ذى مرة، نعت محكمة النقض الفرنسية على محاكم الموضوع، عدم الالتفات إلى كون العقد يتضمن مشاركة ضمنية للاستفادة من الالتزام التعاقدى بالسلامة، وهو التفسير الذى أعطته المحكمة للمسؤولية حىال المضرورين بالارتداد، والتي اعتبرتها ذات طبيعة عقدية³.

لقد بنى هذا الاتجاه رأيه على الضرر المرتد، والضرر المرتد هو ضرر يقع على غير من يقع عليه الفعل الضار⁴، فهو ضرر لا يقتصر فقط على المضرور الأصلي، بل قد يمتد إلى غيره ممن يرتبطون به بعلاقة قرابة أو بعلاقات مالية.

والضرر المرتد يجب أن تتوافر فيه شروط الضرر العامة، وهي أن يكون الضرر محققاً، وأن يؤدي إلى الإخلال بحق أو بمصلحة مالية مشروعة، بالإضافة لشروط خاصة تتمثل في وقوع ضرر يلحق كلا من المضرور الأصلي والمضرور بالارتداد ووجود علاقة بينهما، وهذه العلاقة قد تكون علاقة قربي كالزوجة

¹ قردان لخضر، المرجع السابق، ص 52.

² حياة خنتر، المرجع السابق، ص 207.

³ قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 144.

⁴ بحماوى الشريف، التعويض عن الأضرار الجسمانية بين الأساس التقليدي للمسؤولية المدنية والأساس الحديث، مذكرة ماجستير فى القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2008، ص 88.

والأولاد، أو قد تكون علاقة مالية كعلاقة المديونية، وأخيراً توافر علاقة سببية بين الفعل الضار والضرر المرتد، ويترتب على هذا الشرط أن الأضرار المرتدة غير المباشرة التي تتقطع فيها علاقة السببية لا تعوز¹.

ولقد تطرق الأستاذ علي علي سليمان إلى الضرر المرتد بقوله يراد بالخلف الذي يصاب بضرر شخصي ترتب علي ضرر أصاب السلف ليس فقط الخلف العام المنصوص عليه بالمادة (108 ق م ج) بل ما هو أوسع من ذلك، ولقد تطور القضاء الفرنسي بصدد الخلف المقصود هنا، فقبل سنة 1937، كان يتوسع في مفهوم الخلف ويمده إلى الأقارب والأصهار، ولكن منذ سنة 1937، أخذ يضيق مفهوم الخلف، ويشترط أن تكون له مصلحة مشروعة يحميها القانون، وظل يشترط في الخلف هذا الشرط حتى سنة 1970، إذ أصدرت محكمة النقض هناك حكماً بتاريخ 1970/02/27 قررت فيه أن المادة (1382) لا تشترط وجود رابطة قانونية بين المضرور والخلف، ومنذ هذا التاريخ أصبح الخلف يتسع ليشمل كل من أصابه ضرر شخصي من جراء الحادث الذي أصاب السلف، سواء كان وارثاً أو غير وارث وأصبح يكفي أن يثبت هذا الخلف أن السلف كان يقدم له إعانة، وقد كان الخلف بهذا المعنى يرفع دعواه للمطالبة بالتعويض عما أصابه شخصياً من ضرر علي أساس المسؤولية التقصيرية لأنه من الغير ولكن القضاء الفرنسي دأب بصدد عقد النقل ثم بصدد عقد البيع، علي أن يعطي للخلف الحق في رفع دعوي علي أساس المسؤولية العقدية، فأصدرت محكمة النقض هناك حكماً بتاريخ 1932/12/6 قالت فيه أنه يفترض أن السلف قد اشترط لمصلحة الغير اشتراطاً ضمناً، ولعله استند في ذلك الي نص المادة 1122 (ق م ف) التي تنص علي أنه يفترض أن السلف قد اشترط لمصلحته وورثته وخلفه، ما لم يصرح بغير ذلك أو يتضح العكس من طبيعة العقد، وقد ورد هذا النص بعد نص المادة 1121 الذي أورد مبدأ الاشتراط لمصلحة الغير، وعلي الرغم من الانتقادات التي وجهها الفقه إلى القضاء في هذا الصدد، لاسيما وأنه يترتب عليه أن يعتبر الخلف تارة من الغير حين يرفع الدعوي علي أساس المسؤولية التقصيرية، وتارة أخرى يعتبر خلفاً حين يرفع الدعوي علي أساس المسؤولية العقدية، ثم أنه يترتب علي هذا الرأي الخروج علي المبدأ الذي استقر عليه القضاء الفرنسي، وهو عدم الجمع أو عدم الخيار بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في هذا الصدد.

¹ صالح صرايرة، التنظيم القانوني للتعويض عن الضرر المرتد وفقاً للقانون المدني الأردني، مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية، الأردن، نوفمبر 2014 ص 144.

ولكن على الرغم من الانتقادات استقر القضاء الفرنسي على منح الدعوي العقدية الي الخلف علي أساس الاشتراط الضمني لمصلحة الغير، إلى جانب الحق في رفع الدعوي علي أساس المسؤولية التقصيرية إذا اختارها¹.

وأنصار هذا الاتجاه يطالبون بإعمال الصفة التعاقدية حتى للأغيار الذين ليسوا أطرافا في العقد وهذا من أجل تجسيد المسؤولية الموحدة على أرض الواقع، إلا أننا لا نؤيد هذا الاتجاه لأننا نرى أن قواعد المسؤولية التقصيرية أكثر حماية للمضور من قواعد المسؤولية العقدية وأن قواعد المسؤولية العقدية قاصرة على أن تكون هي المسؤولية الموحدة وكذلك بسبب الانتقادات الموجهة لهذا الاتجاه.

2-الانتقادات الموجهة لهذا الاتجاه:

وجهت العديد من الانتقادات للطبيعة العقدية للنظام الموحد للمسؤولية نذكر منها صعوبة النسخ القانوني لهذا النظام وتبنيه في الفكر القانوني كما أنه لا توفر قواعد المسؤولية العقدية الحماية المنتظرة الفعالة للمضورين² على اعتبار أنها لا تغطي إلا الأضرار المتوقعة، فالمدين في المسؤولية العقدية لا يسأل إلا عن الضرر المتوقع وقت التعاقد، أما في المسؤولية التقصيرية فإنه لا يعتد فيها بإرادة المدين، ومن ثم يسأل أيضا عن الضرر غير المتوقع³.

وإذا أمكن التسليم بأن الأضرار تمس الضحايا باختلاف صفتهم على قدم المساواة، فليس من العدل أن تختلف المعاملة بين من شاءت الصدفة أن تجعلهم أطرافا في العقد وبين غيرهم، وإذا كان القول بالطبيعة الموحدة للمسؤولية يستدعي التضحية بأحد نظامي المسؤولية، فسيكون أهون بالنسبة للعقدية على اعتبار أن المسؤولية التقصيرية هي الحكم العام حيث مع انقضاء العقد، يتم إعمال المسؤولية التقصيرية⁴.

ثانيا. الاتجاه المنادي بالتصور التقصيري:

وعلى أثر كل هذه الانتقادات الموجهة إلى التصور العقدي لم يجد القضاء والفقهاء بدا من المطالبة بإعمال الطابع الكل تقصيري أو التصور التقصيري كإطار موحد للمسؤولية.

¹. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 188-189.

². حياة خنتر، المرجع السابق، ص 207.

³. قردان لخضر، المرجع السابق، ص 61.

⁴. قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 146.

إن التوجه القائل بهذا الرأي يستند إلى أن التعويض في المسؤولية التقصيرية يكون عن الضرر المباشر الناشئ عن الفعل الضار، سواء أكان الضرر متوقعا أو غير متوقع أما في المسؤولية العقدية فإن التعويض لا يكون إلا عن الضرر المتوقع، أو وجود اتفاق في العقد نص على الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية المترتبة على الإخلال بأحد الالتزامات التعاقدية¹.

واستندوا كذلك على أن الكثير من الأنظمة الخاصة للمسؤولية، أقام المشرع ما يعرف بالمسؤولية القانونية، أحكامها ذات طابع تقصيري، واعتبرها من النظام العام (مثل المسؤولية عن حوادث المرور)².

كما أن التضامن في المسؤولية العقدية لا يفترض وجوده بين المدينين بل لا بد من الاتفاق عليه صراحة، أما في المسؤولية التقصيرية فالتضامن بين المسؤولين عن الفعل الضار مقرر بنص المادة 126 من القانون المدني الجزائري³.

وكعادته فإن القضاء الفرنسي -المجبول على صياغة الأفكار الجديدة أو على الأقل تقبلها- وجدناه في السنوات الأخيرة يسير في هذا المنحنى.

ولقد تبدي هذا المسلك من خلال فصل الالتزام بالسلامة عن الالتزام بضمان العيوب الخفية، وانتهى به الأمر إلى جعله يستفيد منه المتعاقدون والأغيار، وهو ما نلمسه في منطوق الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1995/01/17، والذي انتهت فيه إلى أن المهني يلتزم بطرح منتج خال من أي عيب من شأنه أن يهدد سلامة الأشخاص والأموال، ويكون مسؤولا عنه، بنفس الشكل قبل الغير والمتعاقدين معه⁴.

والقضاء الفرنسي يجيز الرجوع على المهنيين بالمسؤولية التقصيرية على الرغم من وجود عقود تربطهم بعملائهم، ومن جهته يرى الأستاذ علي علي سليمان أن القضاء الفرنسي برر ذلك بأن المهنيين مطالبون بالقيام بعملهم المتمثل في بذل عناية رب الأسرة الطيب ولو كانت العقود تنص على أقل من هذه العناية⁵.

إلا أنني لا أوافق الأستاذ علي علي سليمان بقوله إن المهني مطالب ببذل عناية رب الأسرة الطيب فهذا الطرح في نظرنا غير صحيح لأن المهني مطالب ببذل عناية أكبر من هذا.

¹. قردان لخضر، المرجع السابق، ص 66

². قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 147.

³. قردان لخضر، المرجع السابق، ص 66

⁴. قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 148.

⁵. قردان لخضر، المرجع السابق، ص 62.

وهذا باعتبار المدين محترف يجب عليه تنفيذ واجباته بما يتناسب مع تخصصه والوسائل الموضوعية تحت تصرفه وكذلك مع خبراته العلمية والعملية ما لا يتوافر لدي الشخص العادي، لذا فاني أسمح لنفسي وأتجرأ أن أدخل تعديل على ما قاله الأستاذ الدكتور علي علي سليمان: " ان القضاء الفرنسي يبرر ذلك بأن المهنيين مطالبون بالقيام بعملهم المتمثل في بذل عناية المهني الصالح ولو كانت العقود تنص على أقل من هذه العناية".

والمشروع الفرنسي ساير الفقه في إزالة النظام المزدوج للمسؤولية المدنية، والوصول به -ما أمكن ذلك- إلى الطابع الموحد التقصيري على مسؤولية المنتج، وهو ما عكسته حقيقة المادة 1/1386 من القانون 98-389 المتعلق بالمسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة، حيث نصت على أن: "المنتج مسؤول عن الضرر الناتج عن النقص في منتجه، سواء ارتبط بعقد مع الضحية أم لا"¹، ومن الواضح أن المشروع الفرنسي اعتبر مسؤولية المنتج قانونية ذات طابع موحد تقصيري.

ونفس القناعة أدركها المشرع الجزائري حديثا بعد صدور القانون المدني المعدل والمتمم لسنة 2005، حيث أرسى نظاما خاصا وموحد لمسؤولية المنتج وهو ما نستنتجه من المادة 140 مكرر والتي تنص على: "يكون المنتج مسؤول عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية"². ومن خلال تحليلنا لهذه المادة يمكن أن نقول بأن المشرع الجزائري قد تبني التصور التقصيري (الكل تقصيري) للمسؤولية الموحدة وهو يكون بهذا قد ساير جانبا كبيرا من الفقهاء الذين يؤيدون الاتجاه المناهض بالتصور التقصيري للمسؤولية الموحدة على حساب التصور العقدي وعلى رأس هؤلاء الفقهاء نجد الأستاذ قاده شهيدة

وفي نظرنا أن هذا الطرح هو الأقرب نظرا لإيجابياته مقارنة مع التصور العقدي الا أننا نملك طرعا آخر و هو أن المسؤولية الموحدة وخاصة بالنسبة للمهنيين يمكن أن تكون لها طبيعة قانونية خاصة بها، وهذا من خلال الاختيار من المسؤوليتين ما هو أصلح للمضروور فنأخذ من المسؤولية العقدية مثلا مدة التقادم و نأخذ من المسؤولية التقصيرية مدى التعويض، والخيرة التي نقصدها هنا هي الخيرة التي يقوم بها المشرع و

¹. قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 149.

². قانون رقم 05-10، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم للأمر 58/75 المشار اليه سابقا.

ليس المضرور، أي أن الطبيعة القانونية للمسؤولية الموحدة التي أتكلم عنها يجب أن ينص عليها المشرع حتى تكون قابلة للتجسيد على أرض الواقع.

الفرع الثاني: المسؤولية الموحدة مسؤولة موضوعية:

إن التطور الذي شهدته المسؤولية المدنية كان سببا في محاولاتها مواكبة التطور الذي عرفته الحضارة البشرية خاصة منذ نهاية القرن التاسع عشر، وقد كانت البداية من الأضرار التي تصيب العمال في المصانع، كما تسببت وسائل النقل في مئات الآلاف من القتلى والجرحى والمشوهين عبر العالم.... الخ.

وقد كانت نتائج تلك الأسباب مجتمعة أن ظهرت في الفقه القانوني أفكار وآراء انحازت إلى المضرور وأخذت على عاتقها قضيتها، فدعاها هذا الفقه مدعوما بجانب القضاء وإن كانوا قلة في بداية الأمر، دعوا إلى إنصاف المضرورين في الحوادث المختلفة وضرورة التكفل بحصولهم على تعويض عادل بأيسر السبل القانونية، فكانت بداية تلك المعركة القانونية بالنسبة لهم من العلة التي رأوا فيها سبب بؤس المضرور وحجر العثرة في سبيل حصوله على التعويض، وهي فكرة الخطأ، فنادوا بهجرها وتخليص المسؤولية منها، وطرحوا عوضا عنها البدائل، من تحمل التبعة والضمان الاجتماعي، ولم يتوقف هذا الفقه على المطالبة باستبعاد الخطأ من نطاق المسؤولية المدنية فحسب بل ذهب أبعد من ذلك، حين دعا إلى إقرار المسؤولية الاجتماعية إلى جانب المسؤولية الفردية أو إحلالها محلها¹.

أولاً: المقصود بالمسؤولية الموضوعية

إن التطورات الحاصلة في العالم جعلت النظرية الشخصية القائمة على الخطأ سواء كان مفترضا أو واجب الإثبات تتعرض لانتقادات عديدة لكونها نشأت في ظروف وبيئة تختلف عما هو عليه اليوم، وبالتالي استتارة رغبة الباحثين والمفكرين القانونيين لبحث هاته الظاهرة ومحاولة إيجاد أفكار أخرى تواكب التطور الحاصل في عالم الإنتاج، والحياة المصطنعة باعتبارها واقعا معاشا والتي لها من الإيجابيات ما يعود سلبا ونفعا على حياة الشخص.

نتيجة لتراجع فكرة الخطأ كأساس قانوني لمسؤولية المنتج وعجزها عن إسعاف المضرورين في الحصول على التعويض، وذلك لاستحالة إثبات خطأ المسؤول في جل الحالات، وبقاء عدد كبير من ضحايا السلع والخدمات دون تعويض، وهو ما دفع الفقه القانوني للبحث عن أساس قانوني أكثر فعالية وملائمة لمسؤولية

¹. عمر بن الزبير، المرجع السابق، ص 3.

المنتج، يعزز مركز الضحية ويكفل حصوله على التعويض، فالأخذ بالنظرية التقليدية أو الحديثة، له تأثير واضح على المسؤولية كلها وجودا وعدما لأن الأمر يتصل بأحد أركان المسؤولية¹.

ويقصد بالمسؤولية الموضوعية ثبوت مسؤولية الشخص بمجرد أن يصيب شخص ثاني الضرر، بغض النظر عن خطأ الأول من عدمه، ما دامت صلته وعلاقته بالضرر قائمة².

ثانيا: نظريات المسؤولية الموضوعية

لقد كان الفقه الفرنسي خاصة أكثر طموحا ومسايرة للتقدم الصناعي الذي شهدته البشرية أواخر القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، فقد كان بمثابة السند والدعامة للقضاء، لا سيما في مجال بحث الأساس القانوني للمسؤولية المدنية، الموضوع دائم الجدل بين الفقهاء.

وإذا كان القضاء الفرنسي وقف حائرا وعاجزا أمام النصوص التي لم تعد تتماشى مع العصر، فإن الفقه رغم تمسك القضاء بالأساس التقليدي للمسؤولية في ظل أحكام الفردية، واكب التطور، حتى وصل به الأمر إلى القول بالمسؤولية التي لا تستند للخطأ، وهي النظرية التي عرفت فيما بعد بالنظرية الموضوعية³.

وكان لبروز الضرر كفكرة قانونية صيغت في إطار المسؤولية المدنية كركن من أركانها، تهافتت عليها النظريات الفقهية والتطبيقات القضائية تارة باعتبارها مخرجا للمسؤولية من أزمته المتعلقة بالخطأ الواجب الإثبات، وتارة أخرى باعتبارها عنوانا جديدا للمسؤولية المدنية الحديثة، حيث تعبر وبعمرق عن أهدافها ودورها في المجتمعات المعاصرة، وتبعا لهذا المنحى سنتناول أهم المحطات أو النظريات التي أسست للمسؤولية الموضوعية، وواكبت تطورها، إذ يمكن تلخيصها في نظريتين أساسيتين هما: نظرية تحمل تبعة المخاطر المستحدثة، ونظرية الضمان باعتبارهما حالتين للمسؤولية بدون خطأ وهو ما سنتطرق له فيما يلي⁴:

¹. بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية -دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2012، ص 194.

². بوزيد سليمة، أحكام المسؤولية المدنية للمنتج في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية، تخصص عقود ومسؤولية مدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، 2014، ص 85.

³. عمر بن الزبير، المرجع السابق، ص 13.

⁴. بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 194.

1- نظرية تحمل التبعة:

إذا لم يكن من المتصور قيام المسؤولية المدنية دون ضرر أو علاقة سببية، فإنه علي العكس من ذلك يمكن تصور قيامها من دون خطأ، تلك هي الفكرة المحورية التي تقوم عليها نظرية تحمل التبعة، فوفقاً لهذه النظرية، لا يشترط لقيام المسؤولية المدنية للشخص أن يأتي فعلاً خاطئاً، بأن ينحرف في مسلكه عن مسلك الرجل العادي أو المألوف علي النحو الذي يقول به أنصار الخطأ، بل يكفي أن يكون ذلك الفعل هو مصدر الضرر الذي أصاب المضرور، وحينها لا يهمل أن يكون ذلك الفعل خاطئاً أم غير خاطئ، إذ وفي كل الأحوال يلتزم من آتاه بتعويض ما نجم عنه من ضرر، ويتأكد هذا الالتزام بالتعويض خاصة في الأحوال التي يجني فيها المتسبب في الضرر من وراء فعله الضار نفعاً أو ربحاً، أو يكون بفعله قد استحدثت مخاطر إضافية في المجتمع لم تكن موجودة¹.

وقد حمل لواء نظرية تحمل التبعة في أول الأمر الفقهاء الفرنسيين: لأبيه الذي اشتهر بتعليقاته المميزة على أحكام المحاكم، بالرغم من كونه من أشهر خصوم النظرية في البداية، بالإضافة إلى الفقيهين جوسران وسالي الذي أطلق تسمية نظرية إعدام الخطأ، معتبراً الضرر أساساً عاماً للمسؤولية، وقد بذل هؤلاء الفقهاء جهداً جباراً لإثبات وتبرير جدوى ونجاعة هاته الفكرة والتخلي عن النظم التقليدية التي كانت سائدة قبل ذلك. لكن أنصار نظرية تحمل التبعة وان اتفقوا فيما بينهم على عدم اعتبار الخطأ كركن من أركان المسؤولية، إلا أنهم اختلفوا في تحديد المعيار الذي يجب الرجوع إليه وهو فكرة الربح أم فكرة الخطر؟ هذا الخلاف أدّى إلى وجود اتجاهين² وهما:

أ- نظرية المخاطر المستحدثة:

تعتبر نظرية المخاطر المستحدثة La théorie des risques-crée الصورة العامة أو المطلقة لنظرية تحمل التبعة وهي تقييم المسؤولية على النشاط أي كان نوعه، فحسب هذه النظرية فإن كل من ينشئ بفعله في المجتمع مخاطر مستحدثة، يتعين عليه أن يتحمل تبعاتها، حتى لو خلا مسلكه من أي خطأ، إذ لا مجال هنا للتمييز بين الفعل الخاطئ أو غير الخاطئ أو البحث في مسلك المتسبب في الضرر، ففي الحالتين تقوم المسؤولية عن تحقق الضرر سواء ترتب الضرر الذي لحق الغير من عمله الشخصي أو بفعل الأشخاص أو الأشياء التي يستخدمها فالأمر سيان.

¹. عمر بن الزبير، المرجع السابق، ص 14.

². بوزيد سليمة، المرجع السابق، ص 86.

ونظرية المخاطر المستحدثة بهذا المعنى ثلاثم بعض نشاطات الإنسان التي يستخدم فيها الأشياء أو الآلات، ولعل ذلك هو ما دفع الفقيه saleilles الي الاتجاه نحو المشاريع الصناعية ليقرر أنها المجال الطبيعي لتطبيق نظريته عن المخاطر المستحدثة¹.

ب- نظرية الغنم بالغرم:

يري مؤيدي هذا الاتجاه أن من يستعمل شيئاً يحصل منه على فائدة، عليه أن يتحمل المخاطر حينما يسبب هذا الشيء ضرراً للغير علي أساس قاعدة الغرم بالغنم، ويطلق على هذه النظرية نظرية تحمل التبعة المقابلة للربح، أي أن المنتج الذي يكون النشاط أو التجارة التي يمارسها مصدر ربح أو منفعة بالنسبة له عليه أن يتحمل النتائج السلبية لنشاطه و تعويض المتضررين منها، أي أن هاته الفكرة مرتبطة بالفائدة الاقتصادية التي يتحصل عليها المنتج من نشاطه وبالمقابل من يتحمل النتائج الإيجابية لفعله عليه أن يتحمل سلبياته كذلك، وهو أمر منطقي وسليم ويحقق العدالة القانونية والسلامة والأمن الذي ينشده أي شخص سواء في نفسه أو ماله².

2- نظرية الضمان:

تجاه النقد الذي تعرضت له فكرتا الخطأ وتحمل التبعة، وبالتالي فشل فكرة الجمع بينهما في نظرية واحدة، حاول الفقيه الفرنسي ستارك Stark أن يضع نظرية تسعي لكفالة التعويض للمضرورين، باعتبارها إحدى نظريات التكافل الاجتماعي.

وتقوم نظرية الضمان على أساس أن المجتمع يجب عليه ضمان سلامة أفراده في أجسادهم وأموالهم، ومن ثم فإن أي ضرر يلحق بهم يوجب لهم الحق في التعويض الذي يقوم على فكرة الضمان.

انطلاقاً من هذا المفهوم، هاجم ستارك كلا من نظريتي الخطأ التقليدية على أساس أن قصر المسؤولية على العمل المخطئ يؤدي إلى وقوع كثير من ضحايا الحوادث فريسة للفقر والبؤس، وكذا نظرية تحمل التبعة التي تجعل مناط المسؤولية وعدمها نشاط المتسبب في الضرر وما يجني من غنم فيه، باعتبار أن الأخذ بهذه النظرية فيه توسع في المسؤولية لأنه يشمل كل الأفعال الضارة مخطئة كانت أم غير مخطئة، ولا شك أن في ذلك قضاء على النشاط الإنساني أمام الأعباء الثقيلة لتعويض الأضرار التي تقع³.

¹. عمر بن الزبير، المرجع السابق، ص 21.

². بوزيد سليمة، المرجع السابق، ص 86-87.

³. بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 199.

وتعتبر نظرية الضمان للفقير Starck من النظريات الجادة التي طرحها الفقه الفرنسي الحديث في صدد محاولاته إيجاد بديل للمسؤولية المدنية غير فكرة الخطأ، التي قدر أنها أفلست تماما وأصبحت متجاوزة ولقد

نادي Starck بإقامة المسؤولية على أساس الضمان وذلك تأسيساً على أنه ما دامت وظيفة المسؤولية هي التعويض، فإنه يجب مراعاة المضرور وما أصابه من ضرر غير محتمل لا ذنب له فيه، بعيداً عن أي تقدير لمسلك الفاعل أو المتسبب في الضرر، وما إذا كان يتسم بالخطأ أم لا، وأن كل مساس بحق الشخص يجب تعويضه ما دام القانون لم يوجب عليه تحمل ذلك الضرر أو المساس بحقوقه¹.

وحاول الفقيه Starck بناء نظريته حول الضمان من خلال محاولته التوفيق بين قيمتين إنسانيتين أساسيتين هما: حق الشخص في حرية العمل والنشاط وحق باقي الأشخاص في السلامة².

لقد ظهر لنا من خلال ما سبق تفصيله، محاولات الفقه الحقيقية في البحث عن أساس موضوعي للمسؤولية المدنية يمكن الاعتماد عليه، من أجل تحقيق حماية أكبر وضمان تعويض عادل للمضرورين، في ظل تقهقر الخطأ وتعرضه لهزات عنيفة، حملها التزايد المستمر للمخاطر الحديثة³.

ولقد اعتبر أنصار المسؤولية الموضوعية بأن هذه المسؤولية هي الطبيعة القانونية للمسؤولية الموحدة فهي ليست عقدية ولا تقصيرية ونجد من بينهم الأستاذ سعيد صالح والذي قال بأن المسؤولية الموحدة المنصوص عليها في المادة 140 مكرر من القانون المدني تتميز، بثلاثة خصائص جوهرية، فهي من جهة أولى تشكل نظاماً موحداً للمسؤولية، وبالتالي فهي نظام خاص، لا يسوغ لنا اعتبارها من قبيل المسؤولية العقدية، كما لا يمكن اعتبارها من قبيل المسؤولية التقصيرية، هذا ومن ناحية ثانية، لقد أنشأ هذا النظام مسؤولية موضوعية ترتكز على أساس ثبوت المسؤولية بمجرد ثبوت الضرر الذي يكون سببه عيب في المنتج، ولا تحتاج فيه الضحية إلى إثبات خطأ المنتج ومن في حكمه⁴.

اعتبر الأستاذ سعيد صالح أن المسؤولية الموحدة هي مسؤولية موضوعية انطلاقاً من المادة 140 مكرر إلا أننا لا نوافق الرأي بتاتا، صحيح أن المادة 140 مكرر كرست نظام خاص كما قال، ولكنها لم تهمل

¹. عمر بن الزبير، المرجع السابق، ص 37.

². عمر بن الزبير، المرجع نفسه، ص 40.

³. بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 203.

⁴. سعدي صالح، المرجع السابق، ص 147.

ركن الخطأ بل على العكس فإن المشرع الجزائري كرس الخطأ التقصيري وسار في الاتجاه المناهض بالتصور التقصيري للمسؤولية الموحدة، وفي نظرنا المشرع الجزائري في تعديله للمادة 140، جاء ليدعم مكانة الخطأ وليس العكس و الدليل على ذلك هو موقع المادة 140 مكرر التي أشار إليها المشرع الجزائري في القسم الثالث تحت عنوان " المسؤولية الناشئة عن الأشياء " من الفصل الثالث الفعل "المستحق للتعويض" من الباب الأول " مصادر الالتزام" من الكتاب الثاني "الالتزامات و العقود" من التقنين المدني الجزائري.

أي أن المشرع الجزائري وضعها في باب خاص بالمسؤولية التقصيرية.

ضف إلى ذلك لو كانت رغبة المشرع الجزائري كما قال الأستاذ سعيد صالح هي التخلي عن الخطأ لكانت صياغة المادة 140 مكرر من القانون المدني خالية من عبارة العلاقة التعاقدية لأن هناك ارتباط بين العلاقة التعاقدية والعلاقة التقصيرية فبمجرد لفظ واحدة يستنتج منها الأخرى دون الحاجة لذكرها، وهو ما يستنتج من هذه المادة، فنحن نرى أن المشرع في هذه المادة أسس إلى نظام خاص وجديد وهو المسؤولية الموحدة القائمة على التصور التقصيري (الكل تقصيري) وهو ما ذكرناه سابقا.

وكذلك لو كانت رغبة المشرع الجزائري هي التخلي عن الخطأ لكانت صياغة المادة 140 مكرر كما يلي:

يكون المنتج مسؤول عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه بمجرد وقوع الضرر" وهو ما لم ينص عليه المشرع الجزائري.

ومن أجل تجنب مثل هذا الجدل أقترح إدخال تعديل على المادة 140 مكرر لتصبح على النحو التالي: " يكون المنتج مسؤول مسؤولية تقصيرية عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه إذا لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية".

المطلب الثالث: المسؤولية المهنية للبنك.

إذا كان الفقه قد جرى على التمييز بين نوعين من المسؤولية المدنية للبنك، هما المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية فالمسؤولية العقدية تنشأ بمناسبة إخلال البنك بالتزام عقدي وأما المسؤولية التقصيرية فإنها تنشأ عن إخلال البنك بالتزام قانوني، إلا أننا نعتبر أن مسؤولية البنك هي ذات طبيعة مهنية ونفند محاولة إخضاع البنك إلى هذا التقسيم الثنائي بخصوص المسؤولية المدنية وسنحاول إبراز الطبيعة المهنية للبنك انطلاقاً من الأمثلة التي تطرقنا لها سابقاً والتي اعترف لها المشرع والقضاء بالمسؤولية الموحدة.

ولقد قسمنا هذا المطلب إلى ثلاثة فروع وهي:

الفرع الأول: المقصود بالمسؤولية المهنية.

الفرع الثاني: البنك مهني.

الفرع الثالث: البنك منتج.

الفرع الأول: المقصود بالمسؤولية المهنية

المسؤولية القانونية هي عبارة عن الالتزام بتحمل العواقب المترتبة علي انتهاك قواعد قانونية معينة، هنالك أوصاف تضاف إلى المسؤولية تدل علي خرق القواعد القانونية، ونوع الجزاء المترتب عليها، فان كانت هذه القواعد تنتمي إلى القانون الجنائي وصفت المسؤولية بأنها مسؤولية جنائية، في حين أنها مسؤولية مدنية ان تم خرق قواعد القانون المدني، وتوصف بأنها مسؤولية دولية في حال كانت القواعد التي تم خرقها تنتمي للقانون الدولي، وتكون المسؤولية دستورية ان تم خرق قواعد القانون الدستوري، أما إن كانت القواعد التي تم خرقها تنتمي إلى القانون الأدبي، وصفت المسؤولية بأنها مسؤول تأديبية، وعلى ذلك فالمسؤولية القانونية تتعدد بتعدد أفرع القانون، وهي بمثابة العمود الفقري للنظام القانوني كاله¹.

وبالتالي تكون مسؤولية المهني متعددة الطبيعة القانونية بتعدد أسبابها، فتكون اما جنائية قائمة على ارتكاب فعل مجرم من طرف القانون بمناسبة مزاوله نشاطه المهني، ومن ذلك تزوير وثيقة بالنسبة للعدل أو الموثق، أو تكون تأديبية عند وجود مخالفة لقواعد المهنة التي يفرضها القانون المنظم لها، أو توجبها الأعراف المهنية، التي تسري في العديد من المجالات المهنية الحرة مثل مهنة الطب والصيدلة والمحاماة والهندسة وغيرها، وقد تكون مسؤولية المهني المدنية مسؤولية عقدية، حيث تتم مساءلة المهني في إطار النظرية العامة

¹. عمار التراكوي وزاهر عثمان زينب، المسؤولية القانونية للموظف العام، مجلة جامعة البعث، م 38، ع6، 2016، ص 139.

للعقد عندما يخل هذا الأخير بالتزام عقدي يربطه بأحد زبائنه في إطار ممارسته لمهنته، كما قد تكون مسؤولية تقصيرية عندما يصدر عنه عمل غير مشروع يضر بالغير، وإذا كان المهنيون تاريخياً يخضعون للقواعد العامة للمسؤولية المدنية، فقد ظلت جل التشريعات تخص هذه الأوساط المهنية بأنظمة قانونية ولوائح تنظيمية توطئها، وهذا ما شكل سند بروز النظام القانوني الخاص بالمسؤولية المهنية، ويذهب غالبية الفقه الحديث إلى أن الخطأ المهني يجد أساسه ومصدره الحقيقي في أعراف المهنة وأخلاقياتها علي اعتبار أن المسؤولية المهنية تتخطى التقسيم الثنائي للمسؤولية المدنية (مسؤولية عقدية وأخرى تقصيرية)¹.

أولاً: تعريف المسؤولية المهنية

المسؤولية المهنية هي صورة من صور المسؤولية المدنية بفرعيها التقصيرية والعقدية، وتقوم على نفس أركانها وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية مع اختلاف في وصف ركن الخطأ ووصف من صدر عنه هذا الخطأ، فان تحققت هذه المسؤولية وفق أركانها وأوصافها ألزم المسؤول بتعويض الضرر عنها².

ويعرفها الأستاذ قادة شهيدة بأنها مسؤولية قانونية تزول فيها الفوارق المعروفة بين المسؤولية العقدية والتقصيرية، وهذه المسؤولية تنحاز إلى المضرور أكثر من المدين³.

اما نحن فقد حاولنا أن نعرف المسؤولية المهنية بأنها صورة من صور المسؤولية المدنية الموحدة وهي لا تلتفت للفروقات الموجودة بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية وهي تقوم على ثلاثة أركان أساسية وهي: الخطأ المهني والضرر والعلاقة السببية وتهدف هذه المسؤولية إلى تحقيق حماية أكبر للمضرور مقارنة بالمدين.

ولا تنهض المسؤولية المهنية إلا بتوافر شرطين، أولهما أن يكون الفاعل مؤهلاً لمزاولة المهنة التي يحترفها، وثانيها أن يكون الخطأ المنسوب صدوره إليه خطأ مهنيًا مرتبطًا بنشاطه المهني، فان تخلف أحد هذين الشرطين فان المسؤولية المترتبة لا تعامل بكونها مسؤولية مهنية، بل تعامل باعتبارها مسؤولية تقصيرية أو عقدية اعتيادية⁴.

¹ مليكة حرياش، أساس المسؤولية المهنية، مجلة قانونك، ص 2، الموقع الإلكتروني <http://9anonak.blogspot.com> تاريخ الاطلاع

2020/01/6. على الساعة 17:00

² بلدي كريمة، النظام القانوني للتأمين من المسؤولية المدنية، أطروحة دكتوراه ل م د في القانون الخاص، تخصص قانون التأمينات، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2017، ص 79.

³ قادة شهيدة، محاضرات في المسؤولية المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2016، ص 12، محملة من الموقع الإلكتروني

WWW.COURS-DROIT.COM تاريخ الاطلاع 2020/01/28 على الساعة: 19:35

⁴ بلدي كريمة، المرجع السابق، ص 79.

ثانيا: الالتزامات المهنية

يمكن للمهني بفضل حنكته وخبرته التهرب حتى من النصوص القانونية وذلك من خلال تحرير عقود بشروط عقدية تتماشى والنصوص القانونية، إلا أنها تحمل في طياتها طابعا تعسفيا يصعب اكتشافه حتى من طرف القاضي وذلك من خلال التقنيات المستعملة في صياغة العقود النموذجية التي تكون في الغالب من طرف فرق عمل متخصصة من الخبراء الذين يملكون تقنيات ومهارات جد عالية في هذا الميدان.

لذلك كان من الضروري البحث عن ضمانات جديدة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية عن طريق تقاضي المنازعة أصلا في العقود التي يبرمها المستهلك، والعمل على الحفاظ عليها وتقاضي إبطالها أو إلغائها لأن في ذلك ضرر مفترض وأكد يمس المستهلك، كل هذه المعطيات تقتضي التصدي لظاهرة التعسف الذي قد يتضمنه العقد من خلال فلسفة تحفظية وقائية تستهدف بالدرجة الأولى تقوية مركز المستهلك تجاه المهني بالقدر الذي يجعله يقدم على إبرام العقد والتوقيع عليه دون أية مخاوف أو تردد¹.

وهذا يقودنا إلى التكلم عن الالتزامات المفروضة على المهن من طرف القانون والاجتهاد القضائي وقواعد أخلاقيات المهنة في مواجهة العملاء ولقد قسمناها إلى التزامات عامة وهي تخص جميع المهن والتزامات خاصة وهي تختلف من مهنة إلى أخرى وسنذكر في الالتزامات الخاصة بعض التزامات البنوك لأنها هي محل الدراسة.

1-الالتزامات العامة:

إن الالتزامات العامة الخاصة بالمهني المدين هي نفسها المفروضة على الأشخاص العاديين والتمثلة في الالتزام بالإعلام والالتزام بالسلامة، والإخلال بهذه الالتزامات يقيم مسؤولية المهني فتضفي على تصرفه طابع المهني المدين، فبمجرد انعقاد العقد فإنه يمتص كل ما سبقه من تصرف الي غاية انعقاده، فيصبح ضمنه كما هو الحال بالنسبة للالتزام بالإعلام قبل تعاقد لما يكون له تأثير على تنفيذ العقد وما يدعم هذا القول هو ما جاء به الفقيه J. HUET في مقاله المنشور:

« Le passé préjuge de l'avenir, le défaut de renseignement se prolongeant dans le défaut d'exécution »

¹. معوش رضا، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة ماجستير في القانون، فرع قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2015، ص 40.

أي إذا كان هناك خطأ في الإعلام فإن هذا سيؤدي حتما إلى خطأ في التنفيذ وقد تبني الاجتهاد القضائي هذا الرأي¹.

أ- الالتزام بالإعلام:

يتحصل المستهلك علي الخدمة من خلال وسيلة هامة هي الإعلام، الذي يهدف إلى التعريف بالمنتجات والخدمات وبجودتها، وتبدو أهمية الالتزام بالإعلام في عقود الخدمات بالنظر إلى أن مقدم الخدمة يقوم عادة بالإعلان عنها من خلال عرض مزاياها والتجهيزات المستخدمة في آدائها، لاسيما وأن مستهلكي الخدمات لا يمكنهم بالنظر إلى طبيعتها اللامادية، تقييم جودة الخدمة المقدمة إليهم والحكم عليها قبل استهلاكها فعلا، ففرض المشرع الالتزام بإعلام المستهلك علي عاتق كل متدخل، ونظمه بنصوص تشريعية وتنظيمية، كما حدد المبادئ الواجب مراعاتها في الإعلام والتي تحمي المستهلك من كل تعسف ناتج عن إعلام غير قانوني، وذلك من أجل ضمان سلامته و توفير حماية كافية لرضاء المتضرر، ورغم استقلالية هذا الالتزام إلا أنه يعد تطبيقا خاصا لالتزام أهم منه هو الالتزام بضمان السلامة، وقد كان للقضاء الفرنسي السبق في فرض الالتزام بالإعلام وذلك استنادا لبعض النصوص في القانون المدني واعتباره التزاما عاما من التزامات القانون العام².

وحرصت التشريعات المقارنة على تكريس هذا المبدأ في مختلف النصوص التشريعية والتنظيمية، على غرار المشرع الجزائري الذي نص عليه ضمن الفصل الخامس تحت عنوان "إلزامية إعلام المستهلك" بمقتضى المادتين 17 و18 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش السالف ذكره، ومؤخرا صدر مرسوم تنفيذي رقم 13-378 يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك ونصت المادة 15/03 منه علي: "إعلام حول المنتوجات: كل معلومة متعلقة بالمنتوج موجهة للمستهلك علي بطاقة أو أي وثيقة أخرى مرفقة به أو بواسطة أي وسيلة أخرى بما في ذلك الطرق التكنولوجية الحديثة أو من خلال الاتصال الشفهي".

وألزمت المادة 1/111 من تقنين الاستهلاك الفرنسي، كل بائع مهني أو مقدم خدمات بإحاطة المستهلك علما قبل إبرام العقد بالميزات أو الخصائص الأساسية للشيء أو الخدمة المقدمة...³.

¹. بختاوي سعاد، المسؤولية المدنية للمهني المدين، المرجع السابق، ص 74.

². دقايشية زهور، المرجع السابق، ص 81، 82.

³. خلوي نصيرة، الحماية المدنية للمستهلك عبر الأنترنت (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2018، ص 39، 38.

وفيما يخص الخدمات فإنه يتم إعلام المستهلك بها عن طريق العقود النموذجية التي تتضمن كل البيانات الضرورية المتعلقة بتحديد نوعية الخدمة، طبيعتها أو صافها، ضمانات وأجال تقديمها واما بالنشر في مكان أداء الخدمة كالفندق¹.

ولكي يؤدي الإعلام دوره في تبصر المستهلك وضمان سلامته ينبغي أن يتوفر على شروط معينة والتي يمكن استخلاصها من نص المادة 54 من المرسوم التنفيذي رقم 378/13 الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك والتي قضت صراحة بأنه: "يجب علي مقدم الخدمة أن يضع تحت تصرف المستهلك، بصفة واضحة ودون لبس المعلومات الآتية:....."، كما نصت المادة السابعة من ذات المرسوم على أنه: "يجب أن تحرر البيانات الإلزامية لإعلام المستهلك باللغة العربية"².

وان مسألة تحديد نطاق التزام البنك بالإعلام تثير العديد من الصعوبات وذلك لكونه يرتبط بعناصر متعددة ومختلفة سواء ما تعلق منها بالزبون نفسه أو بالعملية البنكية المراد إبرامها.

ومما لا شك فيه أن الالتزام بالإعلام يرتبط ارتباطا وثيقا بما يقوم به البنك من نشاط متعلق بالعمليات الائتمانية وتقديم الخدمات المصرفية، فهو بشكل عام يتمحور حول تقديم المعلومات عن العملية المراد القيام بها وإسداء النصيحة حول مدي وملاءمتها لحاجات الزبون³.

يهدف الالتزام بالإعلام إلى إمداد الزبون بكافة المعلومات الجوهرية المتعلقة بالعقد المراد إبرامه، حتى تستتير إرادته وتكون غير مشوبة بالعيوب، ومضمون الالتزام بالإعلام يتحدد بمجموعة من العوامل الواجب مراعاتها عند أداء البنك لهذا الالتزام، والتي تساعد الزبون علي تنوير بصيرته بشأن شروط وأوصاف العمليات المصرفية، خاصة ما تعلق منها بنوعية المعلومات المقدمة وأهميتها بالنسبة للزبون⁴.

ونلاحظ مثلا أن البنوك والمؤسسات المالية، تقوم بإعداد وفي حدود مرة واحدة على الأقل في السنة، تقريرا يتعلق بتقدير ومراقبة المخاطر التي تتعرض لها، وذلك بناءا على العناصر الأساسية وأهم الاستنتاجات التي قد تنجم عن تقدير المخاطر التي تتعرض لها، بالإضافة إلى انتقاء مخاطر القرض وتحليل مردودية

¹ مزاري عائشة، علاقة قانون حماية المستهلك بقانون المنافسة، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، الجزائر، 2013، ص 18.

² دقايشية زهور، المرجع السابق، ص 88.

³ زرواق عائشة، المرجع السابق، ص 148.

⁴ زرواق عائشة، المرجع نفسه، ص 160.

عمليات القرض، ويتم إرسال هذا التقرير لهيئة التداول وعند الاقتضاء لهيئة التدقيق مع تبليغها كذلك للجنة المصرفية ووضعها تحت تصرف مندوبي الحسابات¹.

ب- الالتزام بضمان السلامة:

لقد سعي الفقه والقضاء إلى حماية المستهلك عن طريق تطويع نصوص القواعد العامة في المسؤولية المدنية وذلك باستخدام فكرة العيب الخفي كنظام قانوني جاهز يمكن استخدام قواعده لتحقيق هذه الغاية، عن طريق فهم النصوص المنظمة للعيب الخفي فهما واسعا من أجل بسط الحماية المنشودة، وقد ترتب على هذا توسيع فكرة العيب في مختلف أركانها.

غير أن الأضرار التي تمس حياة المستهلك وسلامة جسده لا تقتصر على تلك الناجمة عن عيوب السلعة بل قد تتعداها إلى الأضرار التي تنشأ بسبب الخطورة الكامنة فيها، لذا عمل الفقه والقضاء على إنشاء التزام بضمان السلامة، لإثقال كاهل المحترف بسبب خطورة السلعة².

ويكمن الهدف من اعمال فكرة ضمان السلامة في النطاق التعاقدية في تمكين الدائن بهذا الالتزام من الحصول على تعويض عن الأضرار التي لحقت، دون حاجة لإثبات الخطأ في جانب المدين، بحيث لا يمكن لهذا الأخير الإفلات من المسؤولية أو نفيها إلا بإثبات السبب الأجنبي.

ويشترط لقيام الالتزام بضمان السلامة في أي عقد ما يلي:

- وجود احتمال خطر ما يهدد سلامة أحد المتعاقدين.
- ألا يملك أحد المتعاقدين إلا أن يخضع من الناحية الفنية أو الاقتصادية، للمتعاقدين الآخر.
- أن يكون المدين بالالتزام مهنيا متخصصا في مواجهة الدائن غير المهني وغير المتخصص.

إن التزام مقدم الخدمة بالأمن بالنسبة للمستهلك هو التزام بتحقيق نتيجة وبصورة استثنائية قد يكون التزام ببذل عناية إذا قبل المستهلك بالمخاطرة التي يمكن أن تتولد عن الخدمة، وقد يتعلق هذا الالتزام بأمن وسلامة الأشخاص أو ضمان سلامة الأشياء³.

¹. بن شيخ نور الدين، المرجع السابق، ص 164.

². عيوب زهيرة، الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الالكترونية، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2018، ص 287.

³. دقايشية زهور، المرجع السابق، ص 75.

وكمثال نأخذ التزام البنك بضمان سلامة الخزنة فإن التزام البنك اتجاه الخزنة ومحتوياتها هو التزام بتحقيق نتيجة، وليس التزاما ببذل العناية، وعليه فإن مسؤولية البنك تكون قائمة في حال تلف الخزنة، أو هلاكها كما أنه مسؤولاً عن محتوياتها في حال تعرضها للسرقة أو الحريق، لذا فإن البنوك تلجأ دائماً إلى اتخاذ إجراءات صارمة لحماية هذه الخزائن كما أنها تقوم بتأمينها لدى جهات التأمين المختصة.

وتتقضي مسؤولية البنك اتجاه العميل في حال هلاك الخزنة، إذا تأكد بأن سبب الهلاك يعود إلى عامل أجنبي ليس للبنك يد فيه كالقوة القاهرة¹.

2-الالتزامات الخاصة:

هناك التزامات عامة تقع على عاتق المهني وهناك واجبات تقع على عاتقه لما يقبل بشروط خاصة بالالتزام في مواجهة متعاقد آخر (سواء أكان مهنياً أم شخصاً عادياً).

فبمجرد تعاقد المهني فإن عدة التزامات وواجبات تشدد وأخري تضاف إلى التزاماته العامة، يسميها الفقه الفرنسي بالالتزامات الخاصة، أهم خاصية في هذه الالتزامات هي ألا يكون مخطط لها صراحة من قبل الطرفين (المتعاقدين)، هذه الالتزامات الخاصة تنتج عن العقد معظمها يفترض في صاحبها حسن النية، ولهذا السبب يعتبر البعض من الفقه بأنها ليست التزامات عقدية فقط بل هي واجبات عقدية كذلك، هدفها تنفيذ الموضوع العقدي.

كما أن البعض من هذه الالتزامات الخاصة تعتبر كلواحق للعقد (المادة 107 من القانون المدني الجزائري) وكما اعتبرها Philippe Jaque بأنها قد تكون قواعد أمر أو مكملة للعقد، هذه الالتزامات الخاصة تنشأ عادة عن المصلحة المشتركة للأطراف المتعاقدة، بعبارة أخرى وفي جميع الحالات يجب على القاضي مراجعة ومعاينة العقد من أجل تحديد ليس فقط، بماذا وكيف التزم المهني وإنما أيضاً بما تلزمه حسن النية وما هي لواحق العقد الناتجة عن حسن النية للمهني المدين².

والبنوك حتى تتمكن من كسب ثقة الجمهور، حرصت على تقيدها اتجاههم بعدة التزامات من شأنها أن تكون نقطة جذب للمتعاملين معها، ومن معايير انتقائهم لها³، ومن بين هذه الالتزامات نجد:

¹ بن شيخ نور الدين، المرجع السابق، ص 57.

² بختاوي سعاد، المسؤولية المدنية للمهني المدين، المرجع السابق، ص 89.

³ قزولي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 76.

أ- الالتزام بالمحافظة علي السر المهني:

يعتبر السر المهني من الحقوق الشخصية للإنسان والتي تتعلق بكرامته وشرفه واعتباره، وقد كرس لها القانون حماية من أجل المحافظة عليها، ويعتبر من أهم الالتزامات التي تقع على المهني الذي يتعين عليه حفظ أسرار عملائه الذين وضعوا ثقتهم فيه، لأن أساس التعامل بين المهني وعميله هي ثقة العميل التامة في المهني لأنه وبحكم مهنته يطلع على الحقائق التي تخص العميل وحياته الخاصة¹.

والعمل المصرفي قائم على أساس الثقة، لذلك فانه من الأبعاد الرئيسية التي تقاس بها جودة الخدمة المصرفية هي المصداقية، إذ يجب على البنك أن يراعي الأمانة والصدق في التعامل مع الزبائن.

وان واجب السر الملزم على المهنيين، ليس ذا مفهوم مطلق، بل هناك فروق دقيقة بين القطاعات المهنية المختلفة فيما يتعلق بمحتوي وشكل السر، انّ هذه الاختلافات تتعلق أساسا بقيمة اجتماعية معينة لصاحب السر وقوة الثقة.

وتعتبر أعمال ومعاملات العملاء مع البنوك ومهما كان أنواع هذه الأعمال والمعاملات من الأسرار الخاصة بهؤلاء العملاء، ولتحقيق الثقة المطلقة بين البنوك وعملائها، فإنها تلتزم التزاما تاما بعدم الإفشاء بأية أسرار خاصة عن أعمال ومعاملات هؤلاء العملاء معها، ويتفق ذلك ولا شك مع ما تقتضيه أصول مهنة العمل المصرفي، وظروف المعاملات البنكية التي تتصف بالحساسية فائقة الحد².

غير أن التزام البنوك بالسرية المصرفية ليس مطلقا، ذلك أن البنوك يجوز لها التحلل من هذا الالتزام لاعتبارات عامة تفوق في أهميتها مصلحة العميل بناء على أوامر من السلطات العامة، وقد يتعارض التزام البنوك بالسرية المصرفية أيضا مع مصالح خاصة، مثل مصالح الدائنين والشركاء³.

والمشرع الجزائري وضع نصوص قانونية تعاقب كل من يفشي السر المهني، وهذا ما جاء في المادة 301 من قانون العقوبات، ولم ينص المشرع الجزائري علي السر المهني في قانون العقوبات فقط، بل نص عليه في العديد من القوانين الخاصة بالمهن، منها قانون الصحة وترقيتها الصادر في سنة 1985، حيث يلزم فيه كل العاملين في هذا القطاع بالالتزام بالسر المهني، وينص قانون النقد والقرض الصادر في سنة 1990

¹. ماديو نصيرة، إفشاء السر المصرفي، مذكرة ماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2010، ص 8.

². بوزيدي الياس، المرجع السابق، ص 2.

³. عمري عبد الكريم، المرجع السابق، ص 3.

المعدل والمتمم، علي التزام المصرفي بضرورة كتم سر عملائه وكل المتعاملين مع البنك، سواء كانوا أشخاصا طبيعية أو معنوية، وينص قانون تنظيم مهنة المحاماة الصادر في سنة 1991 علي السر المهني من أجل تعزيز الثقة بين المحامي وعميله¹.

ب- الالتزام بالاستعلام:

إن الالتزام بالاستعلام بصفة عامة يتمثل في طلب معلومات عن الزبون من مصادر مختلفة، وذلك بالاستفسار عن الملاءة المالية له ومدى إمكانية التزامه بالوفاء بديونه، ولهذا فغالبا ما تلجأ البنوك إلى التأكد من الجدارة الشخصية لطالب فتح الحساب فضلا عن التأكد من أهليته القانونية، ناهيك عن معرفة مركزه المالي.

وإذا كان البنك يلجأ أساسا للاستعلام لحماية لمصالحه، حيث أن جمع المعلومات يمكّنه من توكي المخاطر المحتملة جراء التعامل مع أشخاص غير جديرين بالثقة، إلا أن تحري المعلومة لا يهدف فقط إلى حماية المصالح الخاصة للبنك بل يتعداها إلى حماية أموال المودعين التي تستخدم في منح الائتمان، وإلى حماية مصالح الزبون ذاته كونها تشكل الأساس الذي ينطلق منه البنك لدراسة طلبات فتح الحساب ومدى ملاءمتها لظروف الزبناء وإعلامهم بها وإسداء النصيحة إليهم، لذا يتعين علي البنك قبل الدخول في أي علاقة مصرفية أن يستعلم عن الزبون².

ج- الالتزام بقواعد الحيطة والحذر:

أدّى تطور النشاط المصرفي الدولي إلى ظهور مخاطر من شأنها أن تهدد استقرار النظام المصرفي العالمي ما دفع بالدول الكبرى إلى محاولة إيجاد قواعد الحذر الموجهة لضمان ملاءة مؤسسات القرض وسيولة الودائع وكذا حماية المودعين، فكانت هناك ردة فعل دولية فيما يخص هذه المسألة بواسطة لجنة بازل، والتي اقترحت في جويلية لسنة 1988 عالمية الملاءة سميت بنسبة كوك، تفرض على البنوك العالمية والكبرى الاحتفاظ بحد أدنى من رأس المال الخاص.

¹. ماديو نصيرة، المرجع السابق، ص 7.

². زرواق عائشة، المرجع السابق، ص 106.

وفي هذا الإطار أصدر مجلس النقد والقرض النظام رقم 91-09 الذي يحدّد قواعد الحذر في تسيير المصارف والمؤسسات المالية، والذي يرمي إلى ضمان سيولة وملاءة وتوازن الهيكل المالي للبنوك وهو ما يظهر جليا من خلال التعريف الذي جاءت به المادة الأولى بقولها: "يحدد هذا النظام القواعد التي يجب على البنوك أن تعتمدها في مجال تقسيم المخاطر وتغطيتها وتصنيف الديون حسب درجة المخاطر التي يواجهها الإنسان وتكوين الاحتياطات وإدراج الفوائد الناجمة عن الديون غير المضمون تحصيلها والمعدل بالنظام رقم 95-04 المؤرخ في 20 أبريل 1995، أُتبع بالتعليمية رقم 94-74 المؤرخة في 29 نوفمبر 1994 والمتعلقة بتحديد قواعد الحذر في تسيير البنوك والمؤسسات المالية.

إضافة إلى وجود سلسلة من النصوص التنظيمية التي تساعد على تحقيق التسيير الفعال للخطر المصرفي وعليه يمكن حصر قواعد الحيطة والحذر المطبقة على النظام المصرفي الجزائري في نسبة الملاءة ونسبة توزيع المخاطر ونسبة السيولة والقواعد المحاسبية وضمان الودائع البنكية¹.

د- الالتزام بالنصيحة:

الالتزام بالنصيحة جوهره توجيه وحث الزبون نحو اتخاذ قرار سليم، فالبنك يعرض عليه الحل السليم والأوفق لمصالحه، فهو بذلك يتميز بطابع تدخلي يلتزم فيه البنك بموقف أكثر إيجابية يقتضي منه حمل المتعاقد معه علي إتيان أمر معين أو علي الامتناع عن إتيان أمر بذاته، ذلك أن الالتزام بالنصيحة يعكس إيجابية ومشاركة الطرف المتعاقد مع الزبون تصل إلى حد مبادرته بتحديد احتياجاته عند عدم التعبير عنها بشكل كاف، ونصحته بتبني حل معين دون غيره باعتباره الحل الأكثر مطابقة لاحتياجاته والأهداف التي يصبو إليها من وراء التعاقد².

ثالثا: أخلاقيات المهنة

انطلاقا من المقولة " إن القوانين لا تحكم الأخلاقيات، إنما الأخلاق هي الأساس في التحكم بالقوانين وتطبيقها"، يتوجب على المهنيين التقيد والعمل وفق المعايير الأخلاقية التي تقوم على القواعد الأخلاقية والآداب العامة.

¹. قزولي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 79.

². زرواق عائشة، المرجع السابق، ص 172.

والمهنة البنكية كالمهن الأخرى مثل الطب والهندسة أصبح لها معايير ومبادئ وممارسات أخلاقية متعارف عليها دولياً¹.

إن مصطلح أخلاقيات المهنة الذي يقابله باللغة الفرنسية «Déontologie professionnelle» هو ذلك المصطلح الذي نستعمله في غالب الأحيان عندما نريد الحديث عن مختلف القواعد والأحكام والقيم العليا، التي يجب احترامها من طرف المهنيين عند القيام بممارسة مهنة معينة².

ويعرف الفقه الحديث أخلاقيات المهنة بأنها تكريس للمبادئ والمثل العليا التي يجب على المهني التثبيت بها عند ممارسة المهنة في علاقته بزبائنه وزملائه، يتبين لنا من خلال هذا التعريف أن قواعد أخلاقيات المهنة هي مجموعة القواعد التي تحدد السلوك الذي يجب على المهني التزامه في ممارسته لمهنته، فقواعد أخلاقيات مهنة الطب تتضمن تحديد الواجبات التي علي الطبيب مراعاتها في ممارسته لمهنة الطب، وقواعد أخلاقيات مهنة المحاماة هي تبيان الواجبات التي تقع علي عاتق المحامي في أدائه لأعمال مهنته، وهكذا بالنسبة لجميع المهن³.

وقواعد أخلاقيات المهنة البنكية تتضمن تحديد الواجبات التي يجب علي البنك مراعاتها أثناء أو بمناسبة أداء مهنته.

ويفترض أن تكون المسؤولية الأخلاقية للمهنة مستوعبة للمسؤولية القانونية للمهنة وتتجاوز ذلك، حيث أن العامل لا يلتزم فقط بالمسؤولية للمهنة بل بالمسؤولية الأخلاقية لها⁴.

1-مدونة أخلاقيات المهنة:

بتطور أخلاقيات المهنة، وبالنظر إلى الدور الذي تلعبه في تنظيم النشاطات الأخرى، أصبح من الضروري الانتقال من اعتبارها مجرد قواعد وأحكام عرفية إلى قواعد مكتوبة تجمع في شكل مدونات أخلاقيات المهنة والتي تحمل في طياتها مختلف القواعد التي تحدد مختلف السلوكيات التي يجب احترامها سواء بين

¹ رضوان النيل كندة كوكو ود يحي مقدم أحمد مازن، أثر أخلاقيات مهنة المحاسبة علي جودة التقارير المالية، مجلة كلية العلوم الإدارية والمالية، ع 2، سبتمبر 2019، ص 129.

² بودة محند واعمر، المركز القانوني للمنظمات المهنية، أطروحة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2018، ص 182.

³ مليكة حرباش، المرجع السابق، ص 16.

⁴ زروقي يحي، أخلاقيات الأعمال والفساد الإداري للموظف العام دراسة حالة مديرية الضرائب لولاية تلمسان، أطروحة دكتوراه في العلوم الاقتصادية، تخصص قانون، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2017، ص 47.

الأشخاص الممارسين لنفس المهنة، وذلك عند القيام بممارسة المهنة، أو العلاقة التي تربطهم مع المتعاملين معهم في باقي الميادين الأخرى التي لها علاقة بالمهنة، وكذا العلاقة التي تربطهم بالجمهور، وفي بعض الأحيان تتدخل حتى في السلوكيات الممارسة من طرف المهنيين في حياتهم الخاصة.

والملاحظ أن معظم النشاطات الحرة التي تم تأطيرها عن طريق المنظمات، تتوفر على أحكام وقواعد ذات طابع أخلاقي، لكن عن عملية جمعها على شكل مدونة، ففي بعض النشاطات المهنية ذكرت هذه الأحكام الأخلاقية في قوانينها الداخلية، والبعض الآخر جمعها في مدونة مستقلة، وعلى سبيل المثال مهنة الطب¹.

وعليه فإن هذه المدونة تعتبر بمثابة القانون الداخلي، الذي يحدد الواجبات التي ينبغي الالتزام بها، ومراعاتها أثناء ممارستهم لمهنتهم والامتثال للآداب والعادات الحميدة التي دأب عليها أهل الفن².

وأنا أرى أنه من الأفضل أن تكون مدونة أخلاقيات المهنة منفصلة عن القوانين الداخلية لكل مهنة، وهذا راجع إلى أنه عندما تكون المدونة منفصلة عن القوانين الداخلية تكون سهلة الاطلاع من طرف العملاء وكذلك من طرف القضاة، بالإضافة إلى ذلك فإن انفصالها عن القوانين الداخلية يعطي لها أهمية أكبر وكذلك قوة قانونية أكبر ويجعلها تهتم بكل الجوانب وبالتفصيل، فمثلا مدونة أخلاقيات المهنة الطبية بانفصالها عن القوانين الداخلية للمهنة الطبية أعطي لها أهمية وقوة قانونية أكبر وهذا ما لاحظناه عند دراستنا لتكريس التشريعي والفقهية للمسؤولية المهنية الطبية.

2- الخصائص الأساسية المرتبطة بواجبات الوظيفة منها على سبيل المثال:

- احترام الموظف لقيم وعادات المجتمع.
- احترام الموظف للجمهور وتقديم كل خدمة ممكنة له ضمن إطار القانون.
- عدالة الموظف وعدم تحيزه في تعامله مع العاملين، أو عند تقديم خدماته للجمهور.
- أن يحرص العاملون على المصلحة العامة وتفضيلها على المصلحة الخاصة.
- احترام الأنظمة والقوانين وتطبيقها على الجميع دون تمييز.

¹ بودة محند وأعر، المرجع السابق، ص 184.

² تلمساني عفاف، المسؤولية المدنية لطبيب التخدير والإنعاش في التشريع الجزائري مقارنا، أطروحة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، محمد بن أحمد، الجزائر، 2020، ص 38.

-احترام السلطة القيادية واحترام المسؤول والتقيّد بالأنظمة والأوامر والتعليمات الصادرة عن الإدارة.

-احترام وقت العمل والدوام اليومي والتقيّد به¹.

3-الإطار العام لتركيبه القواعد الأخلاقية:

إن من المميزات الأولية والأساسية التي نلمسها من تركيبه القواعد الأخلاقية الواجبة الاحترام من طرف الممارسين للنشاطات المهنية الحرة، هي أنها قواعد لا تمتاز بالدقة في تحديد مختلف التصرفات التي تمس بأخلاقيات النشاطات المهنية الحرة، وإنما تتشكل في الحقيقة من مجموع الواجبات التي يجب احترامها، وتكون بصيغة العمومية والشمولية، كما تتعلق عادة بمواضيع كاستقلالية النشاط المهني والنزاهة والممارسة الشريفة والشفافة، خاصة اتجاه الزبائن المتعاملين معهم، واتجاه زملائهم في المهنة، وكذلك النشاطات التي يتنافى ممارستها مع ممارسة النشاط المهني.

كما نجد أن هذه الواجبات تتمثل في مجموع من المبادئ البسيطة التي تهدف إلى التسيير العادي للنشاطات المهنية، لكن لم تحدد هذه المبادئ كالتحديد المعروف في القواعد القانونية بصفة عامة، الأمر الذي جعلها تعتبر بمثابة دليل خاصة وأنها تتميز بالمرونة بالمقارنة مع القواعد القانونية، التي يجب أن تكون محددة تحديدا دقيقا لتفادي التعسف، خاصة عند تطبيقها من طرف القضاء.

والغاية التي تهدف إلى تحقيقها هذه القواعد الأخلاقية في النهاية، والتي تتجلى في رسم نموذج مثالي من المهنيين وذلك بدفع الأشخاص الممارسين للنشاطات المهنية الحرة، بالتخلي بالقيم العليا أو إلى اجتناب بعض السلوكات والممارسات أثناء القيام بأداء مهامهم، وهذا إلى أبعد حد ممكن، من أجل الحصول على النموذج المهني المرغوب فيه².

وكذلك الغاية منها هي كسب ثقة المتعاملين معها لان النشاط المهني قائم على حرية المنافسة وكل مهني يعمل في إطار مشروع ويحاول أن يجذب أكبر عدد ممكن من المتعاملين وهذا من أجل تحقيق الأرباح وهذا لا يكون إلى بتقيّد المهني بأخلاقيات المهنة.

¹. أمال مفتاح المبروك، أثر التزام المنظمة بأخلاقيات المهنة في التشريعات القانونية الملائمة للخدمات المصرفية الالكترونية، مجلة العلوم الإدارية والمالية، م 10، ع 1، ج 1، 2019، ص 195.

². بودة محند واعمر، المرجع السابق، ص ص 185، 186.

الفرع الثاني: البنك مهني

لقد رأينا سابقا أن كلا من المشرع والقضاء الجزائري قد كرسا المسؤولية الموحدة لبعض المهنيين وهذا على غرار التشريع والقضاء المقارن وأخذنا مثال على ذلك المسؤولية الموحدة الطبية (المسؤولية المهنية) فهل يمكننا أن نعتبر أن البنك مهني (ومن ثم الإقرار بالمسؤولية الموحدة) والتطرق الى العناصر التي تحدد صفة المهني.

أولا. تعريف المهني

من اجل التطرق إلى التعريف الخاص بالمهني يجب أن نرجع على تعريف المهنة لغة، ثم التعريف الاصطلاحي للمهني، وبعد ذلك نتطرق إلى التعريف الفقهي للمهني، وأخيرا التطرق للتعريف التشريعي للمهني.

1-التعريف اللغوي: من مهن: المِهْنَةُ: الخِدْمَةُ، مَهْنَهُمْ، خَدَمَهُم والمهنة هي: الحذاقة في العمل ونحوه¹، وهي كل عمل والعمل يحتاج إلى خبرة ومهارة².

2-التعريف الاصطلاحي:

هو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يمارس لحسابه أو لحساب الغير نشاطا يتعلق على الأخص بتوزيع أو بيع أو تأجير أو توريد السلع والخدمات³.

وتعرف المهنة أيضا بأنها مجموعة من الأعمال تتطلب مهارات معينة يؤديها الفرد من خلال ممارسات تدريبية وقد يتسع مدلول الكلمة ليشمل كل أوجه النشاط الإنساني أو يضيق ليدل على من يقوم بعمل يدوي ويحتاج إلى مهارة يدوية⁴.

3-التعريف الفقهي:

يعرف الدكتور أسامة أحمد بدر المهني بأنه: "كل شخص يتصرف على وجه الاعتیاد والحرفة في نطاق أنشطته المهنية بغرض تحقيق الربح سواء أكان شخصا طبيعيا أو اعتباريا وفي هذا النطاق الأخير سواء كان عاما أو خاصا"⁵.

¹ إسماعيل بن عیاد، تحقیق الشیخ محمد حسن آل یاسین، المحيط فی اللغة، ط1، ج11، عالم الکتاب، بیروت لبنان، 1994، ص312.

² إبراهیم أنیس ود. عبد الحلیم منتصر، المعجم الوسیط، ط4، مکتبة الشروق الدلیة، مصر، 2004، ص701.

³ معجم المعانی الجامع، معجم عربی- عربی، لموقع الالکترونی [HTTPS://www.almaany.com](https://www.almaany.com) تاریخ الاطلاع: 2020/01/29 الساعة 12:45.

⁴ محمد محمود سالم، أدب الصناع وأرباب الحرف حتى القرن العاشر الهجري، ط1، دار الفكر المعاصر، بیروت، لبنان، 1993، ص38.

⁵ أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الالکترونی دراسة مقارنة، ط1، دار الکتب القانونیة، م1، مصر، 2008، ص79.

أما الفقيه zourneau فيرى بأن المهني تاجر وهو يستند في قوله إلى ما قاله Ripert بأن المؤسسة هي العبارة الاقتصادية للنشاط المهني لشخص طبيعي أو معنوي، و العبارة التي جاء بها Ripet هي:

« L'Entreprise est l'expression économique de l'activité professionnelle d'une personne physique ou morale ».

ويقصد بالمهني ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يشترك مع المستهلك في العلاقة الاستهلاكية وبالتالي هو الشخص العامل في إطار أنشطة معتادة ومنظمة سواء تعلق الأمر بالإنتاج التوزيع أو تقديم خدمة¹.

كما عرف الفقيهين كالي وفرانك المهني أو المحترف بأنه هو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يعمل بصورة اعتيادية ومنظمة لإنتاج أو التوزيع أو تقديم الخدمات².

4-التعريف التشريعي:

لقد عرف المشرع الجزائري المهني بموجب المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات حيث نصت المادة 2 منه على: "المحترف هو منتج أو صانع، أو وسيط أو حرفي أو تاجر، أو مستورد أو موزع، وعلى العموم، كل متدخل ضمن إطار مهنته، في عملية عرض المنتج أو الخدمة للاستهلاك"³، ولقد استخدم المشرع الجزائري المحترف للدلالة على المهني⁴.

أما المشرع الفرنسي فقد عرف المهنة بأنها النشاط الذي يقوم به مجموعة من الأشخاص، بصفة مستمرة ومستقلة وتحت مسؤوليتهم، وينطوي هذا النشاط تحت الطبيعة المدنية بهدف توفير خدمات تركز على القدرات الفكرية أو التقنية التي هي من مؤهلاتهم، وتمارس في إطار احترام الأخلاقيات المهنية⁵.

¹. بختاوي سعاد، المسؤولية المدنية للمهني المدين، المرجع السابق، ص 61.

² calais- auloy jean et Steinmetz Frank, droit de la consommation, 6 éme Edition , Dalloz, paris, 2003,p6 « le professionnel est la personne physique ou morale qui agit dans le cadre d'une activité habituelle et organisée de production, de distribution ou de prestation de service ».

³. المرسوم التنفيذي رقم 90-266 مؤرخ في 25 صفر عام 1411 الموافق 15 سبتمبر سنة 1990 يتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، ج ر عدد 40 الصادر في 29 صفر عام 1411 الموافق 19 سبتمبر 1990.

⁴. سناء خميس، التزام المتدخل بضمان أمن المنتج. دراسة على ضوء أحكام القانون رقم 09-03، والمرسوم التنفيذي رقم 12/203 دراسات وأبحاث المجلة العربية للأبحاث والدراسات في العلوم الإنسانية والاجتماعية، م11، ع2، جوان 2019، ص 538.

⁵. بوده محند واعمر، المرجع السابق، ص21.

ونلاحظ أن كل هذه التعريفات تنطبق على البنك سواء كان التعريف اللغوي أو الاصطلاحي أو الفقهي أو التشريعي، وهناك بعض الفقهاء الذين اعتمدوا على التعريفات السابقة الخاصة بالمهني للوصول إلى تعريف البنك ونجد منهم الدكتور محفوظ لعشب الذي يعرف البنوك كما يلي: "يعد بنكا كل مؤسسة قرض تعمل لحسابها الخاص على سبيل المهنية والاحتراف وأساسا تقوم بالعمليات التالية:

1. تجمع من لدن الغير الأموال لتودعها مهما كانت المدة الزمنية وتحت أي شكل كان.

2. تمنح القروض مهما كانت المدة أو الشكل.

3. تقوم بعمليات الصرف والتجارة الدولية في إطار القوانين والتنظيمات السارية المفعول.

4. تضمن وسائل الدفع، وتقوم بعملية التوطين والقيود والبيع والحراسة وبيع القيم المنقولة وكل منتج مالي¹.

ونستنتج من تعريف الدكتور محفوظ لعشب أنه اعترف صراحة بالصفة المهنية للبنك ونحن نوافق في الرأي على ذلك.

نلاحظ أن المشرع الفرنسي هو الآخر، اعتمد على الصفة المهنية، عند تعريفه للبنك وهذا بقوله أن: "البنك هو المؤسسة المالية التي تقوم على سبيل الاحتراف بتلقي أموال من الجمهور على شكل ودائع أو ما في حكمها وتستخدمها لحسابها الخاص في عمليات الخصم والائتمان أو في العمليات المالية"²، وهذا التعريف استخدم عبارة على سبيل الاحتراف والتي تعتبر من شروط المسؤولية المهنية.

ثانيا- عناصر تحديد صفة المهني:

ينص قانون حماية المستهلك على فرض مجموعة من الالتزامات على الشخص المحترف، الذي يتدخل في عملية عرض المنتج للاستهلاك وذلك بغاية منع استغلال المحترف لنفوذه الاقتصادية، وخبرته ومؤهلاته الفنية، بشكل يخدم مصالحه على حساب مصالح الشخص المستهلك الذي يتعامل معه، فتحديد صفة المحترف تتوقف على ثلاثة عناصر أساسية وهي:

-التمتع بالشخصية القانونية.

- ممارسة نشاط منظم على وجه الاعتياد، بغاية تحقيق الربح.

¹. محفوظ لعشب، الوجيز في القانون المصرفي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص38.

². مسعودي محمد أمين، المرجع السابق، ص13.

1- التمتع بالشخصية المعنوية:

انطلاقاً من التعاريف السابقة الخاصة بالمهني نلاحظ أنه تم تبني الشخصية القانونية للمهني (المحترف)، فيمكن أن يكون المحترف شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً خاصاً، يتخذ شكل شركات تجارية، ولا يؤثر في ذلك حجم النشاط الاقتصادي أو طبيعته بحيث يستوي التاجر البسيط والشركة التجارية، الفلاح، الصانع، الحرفي وأصحاب المهن الحرة¹.

وهذا العنصر يتوفر في البنوك وهو يعتبر شرطاً أساسياً لإنشاء البنوك ويعرف البنك انطلاقاً من كونه شخص معنوي ومن بين التعريفات نجد تعريف الأستاذ مصطفى رشدي شيحة الذي عرف البنوك بأنها: "هي تلك الأشخاص المعنوية التي يتمثل نشاطها في إجراء العمليات المصرفية بصفة مهنة معتادة رئيسية، وعليه لا يمكن إضفاء صفة البنك على من يمارس هذه العملية بصفة عرضية"².

وتتوقف مساءلة البنك باعتباره محترف عن التزاماته اتجاه العميل على مدى تمتعه بالشخصية المعنوية.

ولقد تطرقنا إلى الشخصية المعنوية للبنك بالتفصيل سابقاً.

2- ممارسة نشاط منظم على وجه الاعتياد:

يتم اكتساب صفة المحترف بممارسة نشاط على وجه الاعتياد والتنظيم بغرض تقديم منتج للاستهلاك، إذ تتباين طبيعة النشاط الذي يزاوله المحترف، فيشمل جميع الأنشطة من مرحلة الإنشاء الأولى إلى مرحل العرض النهائي للسلعة أو الخدمة³.

والاحتراف يتضمن حتماً القيام بهذه الأعمال بصورة متكررة ومستمرة ومنتظمة تكسب الشخص صفة التاجر سواء كان هذا الشخص التاجر من الأشخاص الطبيعيين أو من الأشخاص المعنويين⁴.

¹ أكسوم عيلام رشيدة، المركز القانوني للمستهلك الإلكتروني، أطروحة دكتوراه الطور الثالث (ل م د) في القانون، تخصص قانون خاص

داخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2018، ص ص 14-15.

² مصطفى رشدي شيحة، النقود والمصارف والائتمان، الدار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1999، ص 72.

³ أكسوم عيلام رشيدة، المرجع السابق، ص 18.

⁴ بوجميل عادل، مسؤولية العون الاقتصادي في إطار قانون المنافسة والممارسات التجارية، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2018، ص 111.

وبالرجوع إلى تعريف الأستاذ مصطفى رشدي شيحة نلاحظ أنه أكد على ممارسة البنوك للعمليات المصرفية بصورة مهنية ومعتادة واعتبر أن هذا العنصر هو عنصر أساسي لتمييز البنوك عن غيرها وهذا ما أكدته جميع التعريفات الخاصة بالبنوك التي تطرقنا إليها سابقا.

وهذا العنصر هو شرط أساسي لاكتساب صفة التاجر سواء لشخص الطبيعي أو الشخص المعنوي كالبنوك، حيث تنص المادة الأولى من القانون التجاري الجزائري على ما يلي: "يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا ويتخذه مهنة معتادة له ما لم يقضي القانون بخلاف ذلك"¹.

ومن هنا نستنتج أن هذا العنصر هو عنصر أساسي بالنسبة للبنوك.

3- غاية تحقيق الربح:

يتدخل المحترف في عملية عرض المنتج للاستهلاك أساسا بغرض الحصول على مقابل في شكل أرباح أو أتعاب للخدمة أو السلعة التي يقدمها²، والبنوك التجارية هي مشاريع رأسمالية، هدفها الأساسي تحقيق أكبر قدر من الربح وبأقل تكلفة ممكنة³.

ومن خلال ما سبق نستنتج أن البنك مهني (محترف) فلقد لاحظنا أن التعريف المقدم للمهني ينطبق تماما على البنك، وكذلك العناصر المحددة لصفة المهني هي تعتبر من العناصر الأساسية للبنك والبنك يرتبط بها وجودا وعدما.

ومن هنا نقول إن البنك هو مهني ومسؤوليته هي مسؤولية مهنية مثلها مثل مسؤولية الطبيب أو المحامي أو المهندس... الخ.

الفرع الثالث: البنك منتج.

لقد كرس المشرع والقضاء الجزائري المسؤولية الموحدة للمنتج وهذا ما تطرقنا إليه سابقا، لكن ما يهمنا نحن في هذه الدراسة هو هل يمكن إدراج البنك ضمن فئة المنتجين وأن الخدمات التي يقدمها هي عبارة عن

¹ الأمر رقم 75-59، المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، المشار إليه سابقا.

² أكسوم عيلام رشيدة، المرجع السابق، ص 20.

³ سارة بن غيدة، أثر الإدارة الالكترونية على أداء البنوك دراسة حالة عينة من الوكالات البنكية لولاية أم البواقي، أطروحة دكتوراه علوم في العلوم الاقتصادية، تخصص إدارة الأعمال، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، قسم العلوم الاقتصادية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2018، ص 58.

منتجات، وبالتالي الاعتراف للبنك بالمسؤولية الموحدة وللإجابة على هذه الإشكالية سوف نتطرق إلى تعريف المنتج ثم نتطرق إلى اقتراب مفهوم الخدمة من مفهوم المنتج.

أولاً. تعريف المنتج:

لقد ارتبطت مصطلحات المنتج والخدمة، المنتج ومقدم الخدمة لزمان بعيد بعلم الاقتصاد، ونظراً لطبيعة العلاقة المستحدثة بين فرعي الاقتصاد والقانون، نشأ ما يسمى بقانون الأعمال، الأمر الذي دفع بالتشريعات الداخلية والدولية إلى تبني هذه المصطلحات وتحويلها إلى مصطلحات قانونية بمفاهيم تحتاج إلى تحديد¹.

1-التعريف الفقهي:

يعرف الفقيه الإيطالي كريزا فوللي (criza fulli) المنتج بأنه " كل شخص طبيعي أو معنوي ينتج أو يصنع أو يبني أشياء متطورة أياً كانت طبيعتها المعدة لاستعمال الغير"².

وتعرف الأستاذة غوطي فريدة المنتج بأنه أحد المتدخلين في عملية عرض المنتج او الخدمة للاستهلاك والتي تشمل جميع المراحل من طور الإنشاء الأولى إلى العرض النهائي³.

ويعرف الدكتور عبد القادر الحاج المنتج بأنه ذلك الشخص الذي يعرض السلعة في السوق ويحرص على وجود اسمه أو علامته أو أي علامة أخرى عليها دون سواها، وحتى لو لم يكن هو المنتج الحقيقي لها، أو هو الذي يتولى الشيء حتى يؤتى إنتاجه أو المنفعة المطلوبة منه⁴.

وقد وسع بعض الفقهاء تعريف المنتج حيث امتد نطاقه ليصل إلى الأشخاص الذين "يبيعون الخدمة" ومصطلح بيع الخدمة تحدث عنه الفقيه René SAVATION بالحديث عن "بيع الخدمات" وهذا المصطلح مألوف في الاقتصاد السياسي لأن أغلب الخدمات تعتبر كالسلع لها ثمن وسوق و تعرض فيه، كما أن كلمة بيع تستعمل في حالة مبادلة مال اقتصادي مقابل ثمن معين يكون من طرف متبادل مستقل، فبالرغم من هذا المفهوم الموسع الذي يتضمنه مصطلح البيع إلا أن مصطلح بيع الخدمة لم يعمل به في لغة القانون بعد، لكن

¹. دقايشية زهور، المرجع السابق، ص ص 11، 12.

². زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، د.ط دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 24.

³. غوطي خليفة، النطاق القانوني للمسؤولية المدنية للمنتج، مجلة الشريعة والاقتصاد، ع9، م5، جويلية 2016، ص 355.

⁴ محمد عبد القادر الحاج، مسؤولية المنتج والموزع-دراسة مقارنة-د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1982، ص 42.

واقع الأمر مع تنوع الخدمات واتساعها يمكن للبعض منها أن يكون محلا للبيع، مثل خدمات النقل والبنوك والبريد فمثل هذه الخدمات تعتبر ثروة مالية وبالتالي يمكن أن تدخل في إطار العمليات التجارية¹.

2-التعريف التشريعي:

في الجزائر ومنذ التسعينات من القرن الفائت، باشرت السلطات العمومية سياسة تشريعية مهمة في مجال حماية المستهلكين فتداولت النصوص، الواحد تلو الأخرى، على مسؤولية توفير أطر الحماية من دون النص على نظام قانوني مستقل لمساءلة المنتجين، الى غاية تعديل القانون المدني بموجب القانون 10/05 المؤرخ في 20 يوليو 2005 والذي أسست مادته 140 مكرر لنظام المسؤولية الموحدة للمنتج².

بالرجوع إلى القانون رقم 89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، نجده قد أشار الى المنتج في المادة 5 الفقرة الأولى منه حيث نصت على أنه: " يجب على كل منتج أو وسيط أو موزع وبصفة عامة كل متدخل في عملية الوضع لاستهلاك أن يقوم بنفسه أو عن طريق الغير بالتحريات اللازمة للتأكد من مطابقة المنتج و/او الخدمة للقواعد الخاصة به والمميزة له."، كما تطرق إليه بموجب المادة 28 في فقرتها الأولى التي نصت على ما يلي: " دون الإخلال بالأحكام التشريعية في هذا المجال تطبق على كل منتج أو وسيط أو موزع أو متدخل..."³.

ونلاحظ أن المشرع الجزائري لم يعطي تعريفا للمنتج في هذا القانون واعتبر المنتج كأحد المتدخلين في عملية عرض المنتج و/أو الخدمة للاستهلاك والتي تشمل جميع المراحل من طور الإنشاء أو التصنيع الأولى إلى عملية العرض النهائي للاستهلاك وقبل الاقتناء من طرف المستهلك⁴.

¹. دقايشية زهور، المرجع السابق، ص18.

². شهيدة قادة، إشكالية المفاهيم وتأثيرها على رسم ملامح النظام القانوني لمسؤولية المنتج، دراسة في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مجلة كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، ع2، جانفي 2012، ص 18.

³. قانون رقم 89-02 مؤرخ في أول رجب عام 1409 الموافق 7 فبراير سنة 1989 يتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ج ر عدد6 الصادرة في 2 رجب عام 1409 الموافق لـ 8 فبراير 1989.

⁴. بوجميل عادل، المرجع السابق، ص117.

يمكن إعطاء تعريف للمنتج استنادا إلى المرسوم التنفيذي رقم 266/90 المتعلق بضمانات المنتجات والخدمات كما يلي "المحترف هو منتج أو صانع أو وسيط أو حرفي أو تاجر أو مستورد أو موزع وعلى العموم كل متدخل ضمن إطار مهنته في عملية عرض المنتج أو الخدمة للاستهلاك"¹.

المتعمن في النصوص السابقة الذكر يرى أن المشرع الجزائري استعمل عدة مصطلحات لتحديد المسؤول عن فعل المنتج المعيب فاستعمل أولا لفظ المنتج، ثم المحترف، وأخيرا استعمل لفظ المتدخل وهي كلها مصطلحات جاء بها لغاية تحديد المسؤول أمام المضرور تسهيلا عليه لطلب التعويض² وما يلاحظ من عرض المواد السابقة، وأن المشرع الجزائري قد تبني المفهوم الموسع للمنتج، وهذا يجعل من نطاق المسؤولية يتسع ليطال المؤسسات الخدمائية، وهو ما يؤكد عليه بعض الفقه في فرنسا وبلجيكا بقولهم:

« Qui se fait livrer une prestation de service doit être protégé comme celui de l'acheteur qui se refait remettre un bien ».

وهو ما يؤدي بنا إلى القول بضرورة الذهاب إلى مسمى المسؤولية عن فعل المنتجات والخدمات³

كما لا تفصل بعض نصوص القانون الجزائري بين المنتج ومقدم الخدمة من حيث نظام المساءلة على اعتبار أن الأضرار المتولدة عن الخدمات أصبحت لا تقل عن أضرار المنتجات، ومن بين هذه النصوص نجد: المادة الثانية من القانون 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية على أنه: "كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم الخدمات".

المادة الثانية من القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش: "تطبق أحكام هذا القانون على كل سلعة أو خدمة معروضة للاستهلاك".

المادة 13 من نفس القانون: "يستفيد كل مقنن لأي منتج... من الضمان بقوة القانون.

¹ بشاطه زهية، المسؤولية المدنية للمنتج عن الأضرار التي تسببها المنتجات، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر،

الوادي، الجزائر، ع7، جوان 2013، ص107.

² غوطي خليفة، المرجع السابق، ص356.

³ قادة شهيدة، إشكالية المفاهيم وتأثيرها على رسم ملامح النظام القانوني لمسؤولية المنتج، دراسة في القانون الجزائري والقانون المقارن،

المرجع السابق، ص29.

ويمتد هذا الضمان إلى الخدمات"¹.

ومن خلال ما سبق نستنتج أن المشرع الجزائري يسعى إلى توسيع دائرة المساءلة، توفيراً للحماية المطلوبة للمضروبين عبر انحيازه إلى المفهوم الموسع لفكرة المنتج².

ثانياً. اقتراب مفهوم الخدمة من مفهوم المنتج:

وردت عدة تعاريف تخص المنتج أجمعت كلها على أنه مجموعة من المواصفات يؤدي استخدامها إلى الحصول على منافع معينة من أجل إشباع حاجات ورغبات معينة لدى المستهلكين سواء كانت هذه الأشياء مادية أو خدمات شخصية أو أماكن أو أفكار.

كما أنه ليس ضرورياً أن يكون هذا المنتج سلعة ملموسة، إذ يمكن أن يكون خدمة، عقد تأمين، المبيت في الفندق، النقل الجوي... الخ³.

وانطلاقاً من الرأي الفقهي القائل بأن: "كل شيء أصبح منتج tout est produit" أصبح مصطلح المنتج يستخدم لوصف الخدمات المتعلقة بالبنوك والمؤسسات المالية حيث يطلق على خدماتها المتعلقة بالتقنيات الجديدة المقترحة على المدخرين لاستثمار أموالهم "مصطلح المنتجات المالية"⁴.

والمشرع الجزائري سار على هذا النحو في بعض الأحيان حيث نلاحظ أنه دمج بين فكرة المنتج والخدمة عند تقديمه تعريف المنتج حيث نصت المادة 03 من لقانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على أن المنتج هو: "كل سلعة أو خدمة يمكن أن يكون موضوع تنازل بمقابل أو مجاناً"⁵.

فالمنتج وإن كان في الأساس مال، والذي يعني أنه من الأشياء التي يكون من الضروري وبالإمكان تملكه، حتى وإن اعتبره البعض فئة خاصة من الأموال، فإنه مال منقول مادي، ولكنه قد يشمل على أموال منقولة معنوية، بما فيها الخدمات، وهو ما تأكده المادة 1386 فقرة 3 من القانون المدني الفرنسي، مما يسمح

¹. دقايشية زهور، المرجع السابق، ص15.

². قادة شهيدة، إشكالية المفاهيم وتأثيرها على رسم ملامح النظام القانوني لمسؤولية المنتج، دراسة في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص26.

³. فؤاد حاج عبد القادر، أهمية المزيج التسويقي في ترقية الخدمات السياحية، مذكرة ماجستير في العلوم التجارية، فرع التسويق، كلية العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم التجارية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2010، ص16.

⁴. دقايشية زهور، المرجع السابق، ص13.

⁵. قانون رقم 03-09 مؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر، الصادرة في 11 ربيع الأول عام 1430 الموافق لـ 8 مارس سنة 2009.

بإدخال الخدمات (المنتجات) البنكية في نطاق مسؤولية المنتج، ويجعل استبعاد الخدمة من هذا المجال غير محسوم فيه، على اعتبار صعوبة الفصل في كثير من الحالات بين عنصري المنتج والخدمة¹، وخاصة الخدمات المصرفية فإذا أخذنا مثلاً أحد التعريفات المقدمة للخدمات البنكية نجد أنها تعرف الخدمة البنكية بأنها الأنشطة والعمليات المقدمة من المصرف والتي يدركها العملاء من خلال ملامحها وقيمتها المنفعية الكامنة في العناصر الملموسة وغير الملموسة، والتي تشكل مصدراً لإشباع حاجاتهم ورغباتهم المالية والائتمانية والحالية والمستقبلية وفي الوقت ذاته تشكل مصدراً للأرباح المصرف من خلال العلاقة التبادلية بين الطرفين².

ومما سبق نستنتج أن البنك هو منتج وان خدماته هي عبارة عن منتجات وهذا يقودنا للقول بأن مسؤولية البنك المدنية هي مسؤولية موحدة على غرار مسؤولية باقي المنتجين، وبناء على هذا نطالب من المشرع الجزائري بإدخال تعديل على المادة 140 مكرر من القانون المدني وهذا بإضافة الخدمات إلى تعريف المنتج أي يتبنى المفهوم الواسع للمنتج لتصبح المادة 140 مكرر على النحو التالي: "يكون المنتج مسؤول عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية.

يعتبر منتوجا كل خدمة أو مال منقول ولو كان متصلا بعقار، لاسيما المنتوج الزراعي والمنتوج الصناعي وتربية الحيوانات والصناعة الغذائية والصيد البري والبحري والطاقة الكهربائية".

ولقد لاحظنا أن القضاء الجزائري قد تعامل في بعض الحالات مع مسؤولية البنوك على انها مسؤولية مهنية كمثال على ذلك نأخذ قرار المحكمة العليا بتاريخ 20/12/2006 ملف رقم 349/762 يتعلق بمعاملة مصرفية و تقليد أوراق نقدية، وتم التعويض على أساس المادة 124 مدني و المادة 08 من قانون النقد و القرض، حيث جاء في قرار أنه لا يحول الحكم بالبراءة من جنحة تقليد أوراق نقدية دون قيام الخطأ المدني المستوجب للتعويض والمتمثل في الفعل الضار الناجم عن عرض و صرف نقود مزورة، ورغم وجود عقد بين الزبون (ن، ي) والقرض الشعبي الجزائري وكالة خنثلة، إلا أنه تم التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية و ليس المسؤولية العقدية على أساس الإخلال بالالتزام العقدي المتمثل في تسليم أوراق نقدية سليمة³.

¹ دقابشية زهور، المرجع السابق، ص13.

² قاسمي آسيا، أثر العولمة على تطوير الخدمات المصرفية وتحسين القدرة التنافسية للبنوك الجزائرية، أطروحة دكتوراه في العوم الاقتصادية تخصص اقتصاديات المالية والبنوك، كلية لعلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، 2017، ص260.

³ بودينار بلقاسم، المرجع السابق، ص 231.

خلاصة الفصل:

لقد أثبتت النظرية التقليدية للمسؤولية المدنية وجودها وقيمتها لفترة زمنية طويلة، وفرضت هذه النظرية نفسها على المستويات الثلاث التشريع والفقہ والقضاء، وبنيت هذه النظرية علي وجوب التمييز بين المسؤوليتين العقدية و التقصيرية وأن لكل منهما نطاقها الخاص وكيانها القانوني واستند أنصار هذه النظرية إلى جملة من الأدلة، إلا أن التطورات الحاصلة داخل المجتمعات أدت إلى زيادة الحوادث وكثر معها المصابين مما جعل قواعد المسؤولية التقليدية عاجزة عن مواكبة هذه التطورات خاصة بالنسبة لفئة المهنيين مما أدى إلى بروز النظرية الحديثة التي أثبتت عجز القواعد العامة للمسؤولية المدنية خاصة بالنسبة لبعض الفئات، وطرحت نفسها كبديل عن النظرية التقليدية .

وأصبح أنصار النظرية الحديثة يتزايدون من يوم إلى آخر خاصة بالنسبة للمهنيين والمنتجين كما رأينا سابقا حيث اعترف لهم المشرع والقضاء بالمسؤولية الموحدة وهذا يقودنا للقول بان مسؤولية البنك المدنية هي مسؤولية موحدة سواء اعتبرنا أن البنك منتج أو انه مهني.

أما فيما يخص الطبيعة القانونية للمسؤولية الموحدة فان المشرع الجزائري قد تبني التصور التقصيري (الكل تقصيري) للمسؤولية الموحدة وهو يكون بهذا قد ساير جانبنا كبيرا من الفقهاء الذين يؤيدون الاتجاه المنادي بالتصور التقصيري للمسؤولية الموحدة على حساب التصور العقدي وعلى رأس هؤلاء الفقهاء نجد الأستاذ قاده شهيدة.

وفي نظرنا أن هذا الطرح هو الأقرب نظرا لإيجابياته مقارنة مع التصور العقدي إلا أننا نملك طرحا آخر وهو أن المسؤولية الموحدة وخاصة بالنسبة للمهنيين يمكن أن تكون لها طبيعة قانونية خاصة بها، وهذا من خلال الاختيار من المسؤوليتين ما هو أصلح للمضرور فنأخذ من المسؤولية العقدية مثلا مدة التقادم و نأخذ من المسؤولية التقصيرية مدى التعويض، والخيرة التي نقصدها هنا هي الخيرة التي يقوم بها المشرع وليس المضرور، أي أن الطبيعة القانونية للمسؤولية الموحدة التي أتكلم عنها يجب أن ينص عليها المشرع حتى تكون قابلة للتجسيد على أرض الواقع.

الفصل الثاني

شروط قيام

المسؤولية

المدنية للبنك اتجاه

العميل

العمليات المصرفية تقوم على الاعتبار الشخصي والثقة بين البنك والعميل وما تفرضه كذلك القواعد العامة والخاصة من التزامات على عاتق البنك، حيث إذا أخل بها البنك تترتب عنها المسؤولية وهذه الأخيرة تتعدد صورها إلى مسؤولية جزائية، مهنية، ومدنية¹، والمطلع على التشريع التجاري والمصرفي الجزائري يلاحظ أن كلا منهما لم يتضمن قواعد قانونية خاصة تنظم مسؤولية البنك، لا في شقها التعاقدية ولا التقصيري في مجال العمليات المصرفية رغم تناول قانون النقد والقرض العديد من القواعد التي تحدد عمل البنك في مجال التمويل والتسهيلات الائتمانية، لذلك تخضع هذه المسؤولية للمبادئ العامة التي تحكم المسؤولية المدنية بشكل عام، والتي تقضي لقيامها ضرورة توافر مجموعة من الشروط والأركان الأساسية لانعقادها من خطأ وضرر وعلاقة سببية².

تخضع مسؤولية البنك في جوهرها إلى القواعد القانونية العامة، فتفترض توفر الخطأ والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر إلا أنها تتميز عن غيرها في تقدير الخطأ الذي ارتكبه البنك فعادة ما تلجأ المحاكم إلى تقدير الخطأ بنوع من الشدة، على أساس أن البنك مهني، له دور هام في تنمية الاقتصاد الوطني³. وللوقوف على شروط قيام المسؤولية المدنية للبنك اتجاه العميل ارتأينا أن نقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: الخطأ كأساس لقيام مسؤولية البنك المدنية اتجاه العميل.

المبحث الثاني: الضرر في المجال البنكي والعلاقة السببية.

¹ عربي باي يزيد، المسؤولية المدنية للبنك، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، م5، ع3، 2018، ص 427.

² زروق عائشة، المرجع السابق، ص 341.

³ عبد المجيد محمد عبودة، المرجع السابق، ص 255.

المبحث الأول: الخطأ كأساس لقيام مسؤولية البنك المدنية اتجاه العميل

رغم المحاولات الفقهية لحصر مفهوم الخطأ إلا أنها بقيت مجرد أفكار تبعا لنسبية الخطأ في حد ذاته المتغير المعالم بحسب طبيعة المكان والأزمان، وكذا اختلاف في نطاق المسؤولية المدنية لأصحاب المهن بحسب طبيعة مهنتهم وخاصة في إطار العمليات المصرفية، إلا أن جانب من الفقه أيد فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المصرفية التي تعد شكلا من أشكال المسؤولية المهنية التي تخضع للقواعد العامة للمسؤولية المدنية سواء كانت تقصيرية أو عقدية والأصل أن مسؤولية البنك تقوم على أساس الخطأ والضرر معا وليس على أساس الضرر فقط¹.

إن الأخطاء البنكية وما تسببه من أضرار للعملاء جعلت اغلب الجزائريين عازفين عن التعامل مع البنوك²، بسبب جمود النظام المصرفي الجزائري وعدم قدرة النصوص التقليدية للمسؤولية المدنية (نظرية ازدواج المسؤولية المدنية) على إنصاف المتعاملين مع البنوك لهذا كان من الواجب تطويع النصوص القانونية والتوسع في تفسيرها وجعل المنظومة المصرفية الجزائرية منظومة مرنة وتبني النظرية الحديثة (نظرية وحدة المسؤولية) وهذا من أجل كسب ثقة المتعاملين مع البنوك وزيادة عددهم وهذا كله من أجل المساهمة في تطوير الاقتصاد الوطني.

سنتناول هذا المبحث في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: دور ومكانة الخطأ في ظل المسؤولية المدنية.

المطلب الثاني: الخطأ المهني للبنك.

¹ قسوري فهمية، المسؤولية المدنية في الاعتماد المستندي، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2014، ص 83.

² صرح محافظ بنك الجزائر على قناة الشروق الجزائرية يوم 2019/10/31 انه أكثر من خمسة مليار دينار هي حجم الأموال المتداولة خارج البنوك وهذا ما يبين مدى عزوف الجزائريين على التعامل مع البنوك.

المطلب الأول: دور ومكانة الخطأ في ظل المسؤولية المدنية

إن المسؤولية المدنية تترتب بمجرد إخلال بالواجبات القانونية والمساس بسلامة الأفراد، فالقاعدة الكلية تقضي بعدم الإضرار بالغير وكل من تسبب في وقوع الضرر إلا ويلزم بالتعويض للطرف المتضرر، ومنه الإلتزام بالتعويض يتأسس على الخطأ الذي يعتبر ركنا في المسؤولية لا تقوم إلا بتوافره، فعلى المضرور إقامة الدليل على الخطأ الذي أدى إلى الضرر الذي لحقه ليحصل على التعويض، لكن التحول الجذري للمجتمعات بداية من القرن التاسع عشر أنتج ظاهرة جديدة لم يألفها سميت "ظاهرة الحوادث"، فهذا التحول المرتبط بهذا الواقع الجديد يرتب عنه مشاكل قانونية جديدة وعضو الكلام عن المسؤولية الناتجة عن فعل وخطأ الإنسان أصبحنا نتكلم عن فعل الأشياء أو الأضرار الناتجة عن الحوادث، حوادث العمل، حوادث المرور وهلم جر وهذا أدى إلى قيام جدل كبير لاسيما في ركن المسؤولية المدنية الأساسي المتمثل في الخطأ ودوره.

وإذا كان كل من الفقه والقضاء قد اتفقا منذ عهد بعيد على أن لا مسؤولية مدنية دون وقوع ضرر فإن الأمر مختلف إلى حد ما بالنسبة للخطأ فنحن هنا أمام جدال طويل بل وعنيف أحيانا حول ما إذا كان الخطأ عنصرا أو ركنا من أركان المسؤولية المدنية أو أنه لا ضرورة له وأنها تقوم بمعزل عنه.

وانطلاقا مما سبق ارتأينا تناول هذا المطلب في ثلاث فروع وهي:

الفرع الأول: مدلول الخطأ.

الفرع الثاني: ازدهار فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية.

الفرع الثالث: تراجع فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية.

الفرع الأول: مدلول الخطأ

هناك صعوبة كبيرة في تحديد مفهوم الخطأ والتوصل إلى وضع تعريف شامل ومانع للخطأ، وهذا بسبب اختلاف الآراء الفقهية فكل فقيه حاول إعطاء تعريف للخطأ من وجهة نظره الشخصية، والشيء الملاحظ أن هؤلاء الفقهاء انقسموا إلى فريقين، فريق ذهب إلى التضييق من دائرة الخطأ وبالتالي الحد من المسؤولية المدنية، أما الفريق الثاني فذهب إلى التوسع في مفهوم الخطأ لتسهيل قيام المسؤولية وتيسير السبيل على المضرور للحصول على التعويض بسبب ما لحقه من أضرار.

أولاً: تعريف الخطأ

هناك عدة تعاريف للخطأ وهي تختلف باختلاف مصدرها، فهناك تعاريف لغوية وتعريفات فقهية وتعريفات تشريعية وهذا ما سنستعرضه.

1- التعريف اللغوي:

يقصد الخطأ في جانبه اللغوي بأنه ضد الصواب.

وأخيراً الطريق أي عدل عنه وأخطأ الرامي الغرض: لم يصبه ويقال لمن أراد شيئاً ففعل غيره أو فعل غير الصواب أخطأ.

وقال الأموي: المخطئ: من أراد الصواب فصار إلى غيره¹.

2- التعريف الفقهي:

لم يحدث أن اختلف الرأي الفقهي حول مفهوم قانوني مثل ما اختلف في تعريف الخطأ، ذلك أن الخطأ هو حجر الأساس في النظرية التقليدية أو النظرية الشخصية².

لذلك وجدت الكثير من المحاولات لتعريف الخطأ من أجل ضبط وجوده من عدمه ومن بين هذه التعاريف:

تعريف إيمانويل إيفي: يرى أن الخطأ يتحدد عند التوفيق بين أمرين، مقدار معقول من الثقة يوليه الناس للشخص ومقدار معقول من الثقة يوليه الشخص لنفسه أي مبدأ الإخلال بالثقة هو الذي يحدد الخطأ³.

¹أبي الفضل ابن منظور، لسان العرب، د ط، المجلد الأول، دار صادر بيروت، لبنان، 1994، ص ص، 65-66.

²قسوري فهيمة، المسؤولية المدنية في الاعتماد المستندي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2014، ص 80.

³شوكت شيخ يزدين، المرجع السابق، ص 267

تعريف سافتييه (Savatier): يعرف الخطأ بأنه إخلال بواجب كان في الإمكان معرفته ومراعاته فإذا وقع الإخلال عمدا فتمت جريمة مدنية ما يعبر عنه في النطاق العقدي بالغش وإذا كان الإخلال غير عمدي فتمت خطأ بسيط أو شبه جنحة مدنية، وفي رأيه أن الخطأ يتكون من عنصر مادي هو الواجب الذي وقع الإخلال به ومن عنصر نفساني هو إمكان العلم بذلك الواجب¹.

تعريف بلانيول: وهو أول من حاول تعريف الخطأ عندما قال بأن الخطأ هو خرق أو إخلال بالالتزام سابق².

ورغم أن تعريف بلانيول الذي أخذ به المشرعان التونسي والمغربي من أبسط التعريفات التي قيل بها في تعريف الخطأ وأكثرهما تقريبا لفكرة الخطأ من حيث اعتبار كل إخلال بالالتزام سابق يقيم ويعقد المسؤولية، إلا أن سهام النقد رغم ذلك قد وجهت إلى تعريف بلانيول من حيث أنه لم يعرف الخطأ ذاته بل انصرف إلى تعدد وتقييم أنواع الخطأ ولهذا رأى بعض الفقهاء أنه يتعين إضافة عنصر التمييز والإدراك بالإضافة إلى عنصر الإخلال بالالتزام السابق مع توافر التمييز والإدراك لدى المخل بهذا الإلتزام.

ولكن التعريف الغالب والشائع للخطأ الموجب للمسؤولية أنه الفعل الضار غير المشروع³.

3- التعريف التشريعي:

لم يضع المشرع الفرنسي ولا مشرعو القوانين المدنية في البلاد الغربية⁴ تعريفا للخطأ، وإنما تركوا أمر ذلك للشرح والفقهاء عملا بالسياسة التشريعية السليمة التي تأبى على المشرع أن يزج بنفسه في تعريفات يختلف أمرها باختلاف النزعات السياسية والعوامل الاقتصادية والاجتماعية وكلها نزعات وعوامل متغيرة متقلبة.

فإذا كان واضعوا التشريع الفرنسي لم يعنوا بتعريف الخطأ إلا أنهم أشاروا إشارة عابرة إلى (معيار أو ضابط) هذا الخطأ عندما أقروا في المادة (1383) أن مجرد (الإهمال وعدم التبصر) يعتبر عملا خاطئا⁵.

وبالرجوع إلى القانونين المدني المصري والجزائري يتضح لنا من نص المواد 173، 176 من القانون المدني المصري والمادتين 124 و140 من القانون المدني الجزائري أنهما يجعلان الخطأ الأساس الذي تقوم

¹ حسن عامر وعبد الرحيم عامر، المرجع السابق، ص 140.

² عبد القادر العرعاري، المرجع السابق، ص 60.

³ عمار عوايدي، نظرية المسؤولية الإدارية دراسة تأصيلية تحليلية ومقارنة، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص 114

⁴ باستثناء القانون المغربي، فقد عرفت المادة (78) منه الخطأ بأنه "ترك كان يجب فعله أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه وذلك من غير

قصد لإحداث الضرر

⁵ حسن على الذنوب، المبسوط في شرح القانون المدني الخطأ، ط1، دار وائل للنشر، عمان الأردن، 2006، ص 63

عليه المسؤولية المدنية بوجه عام، وهذا دون تعريف الخطأ لما في ذلك من صعوبة ودقة وما يترتب على ذلك من تقييد في التعريف فترك ذلك للفقه والقضاء¹.

ومن التعاريف السابقة نلاحظ أن هناك اختلاف وتباين كبير بين مفهومين رئيسيين أحدهما تقليدي جامد يحد كثيرا من دائرة الخطأ نتيجة لاعتبار الإسناد عنصرا مكونا له، وثانيهما حديث مرن يجرد الخطأ من عنصر الإسناد ويعطي له بعدا اجتماعيا يجعله أكثر قدرة على مسايرة التطورات الاقتصادية والاجتماعية التي اجتاحت معظم دول العالم نتيجة للثورة الصناعية التي جعلت الغلبة لفلسفة التعويض لا لفلسفة الخطأ والعقاب². ونلاحظ أنه لا يمكن الوصول إلى تعريف جامع وموحد للخطأ وهذا راجع إلى أن الخطأ هو فكرة متعددة الأشكال وهو يختلف من مجتمع إلى آخر ومن زمن إلى آخر. فما يعتبر خطأ من وجهة نظر هذا الشخص قد لا يعد كذلك من وجهة نظر شخص آخر.

ثانيا: أركان الخطأ

من التعاريف السابقة نلاحظ أن الخطأ يقوم على ركنين:

الركن الأول: ركن مادي وهو الفعل الذي ينطوي على إخلال بالالتزام قانوني ويسمى اصطلاحا "التعدي" « Culpabilité »

والركن الثاني: ركن معنوي وهو كون الفعل المخل بالالتزام القانوني قد ارتكب ممن يدرك أن عمله ينطوي على الإضرار بالغير ويسمى اصطلاحا الإدراك أو التمييز³ « Discernement ».

¹ بوكريزة أحمد، المرجع السابق، ص 136.

² بوكريزة أحمد، المرجع السابق، ص 134.

³ مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، دون دار النشر، بيروت، 1972، ص 378.

1- الركن المادي للخطأ "ركن التعدي":

التعدي لغة هو تجاوز الحد، ويراد به عند الفقهاء الظلم ومجاوزة الحق وضابطه هو إنحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد، أو أنه العمل الضار بدون حق أو جواز شرعي، وهو بذلك واقعة مادية محضه تترتب عليها المسؤولية بمعنى ضرورة تعويض المتضرر كلما حدثت¹.

2- الركن المعنوي في الخطأ (الإدراك أو التمييز):

يجب لقيام الخطأ، أن يكون من ارتكب التعدي مدركا لهذا التعدي أي قادرا على التمييز بين الخير والشر، والنفع والضرر فيدرك أن تعديه يلحق ضررا بالغير.

فالتمييز إذا هو مناط المسؤولية التقصيرية فهي تتحقق إذا وجد وتعدم إذا فقد².

الفرع الثاني: ازدهار فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية

إن الخطأ لعب دورا كبيرا في تجسيد قواعد المسؤولية المدنية وكذلك في استقلالها عن المسؤولية الجزائية، ويعتبر الفقيه دوما أحد الرواد والمدافعين عن فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، وحاول هذا الفقيه أن يصنع نظرية عامة للمسؤولية التي كانت مبعثرة، وهذه النظرية تقتضي التعويض إذا كان الضرر مترتب عن خطأ، وإذا لم يكن الضرر مترتبا عن خطأ فلا يعوض، أما إذا كان الخطأ قد ساهم بشكل جزئي فيعوض بقدر ما أسهم به الخطأ من ضرر، فتم وضع قاعدة "عدم الأضرار بالغير" وتم تركيزها على فكرة الخطأ³.

أولاً: التطور التاريخي للخطأ

بالرغم من قولنا إن الفضل في ازدهار الخطأ يرجع إلى الفقيه دوما، ولكن هذا لا ينفي وجود فكرة الخطأ منذ القدم حتى وإن لم تكن بشكلها الحالي إلا أنها مرت بعدة مراحل وتدرجت إلى أن وصلت إلى ما وصلت إليه الآن.

¹ فاتح جلول، إشكالية تكييف مسؤولية الموثق عن أعماله ومعيار التفرقة بين الخطأ المدني والخطأ الجزائي، د ط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2014، ص 67.

² مأمون الكزبري، المرجع السابق، ص 388

³ قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 15.

1. القانون الروماني:

لم تكن هناك قاعدة عامة تقرر أن كل خطأ ينشأ عنه ضرر يوجب التعويض، بل كانت هناك أعمال، معينة تحددها النصوص القانونية هي وحدها التي ترتب المسؤولية، ذلك أن المسؤولية التقصيرية كانت في القديم متروكة للأخذ بالثأر، ثم انتقلت إلى الدية الاختيارية، ثم إلى الدية الإجبارية، ثم إلى العقوبة منذ استقر تدخل الدولة لإقرار الأمن والنظام ومن ثم كانت الأعمال التي تستوجب تدخل الدولة محدودة ومحصورة، لا تنتظمها قاعدة عامة، على أن هذه الأعمال اخذ عددها يزيد بالتدرج في خلال القرون و اخذ كل عمل يتسع نطاقه، واهم مثل لذلك الجريمة التي كان قانون أكيليا (aquilia) ينص عليها، فقد كانت هذه الجريمة محددة تحديدا ضيقا، فلا تشمل إلا بعض أنواع التلف التي تقع علي بعض الأشياء، ثم اتسع نطاقها بالتدرج حتى شمل كل أنواع التلف وحتى عم جميع الأشياء .

ولم تظهر فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية إلا بالتدرج فلم يكن الخطأ في بادئ الأمر مشترطا، بل كان الضرر هو الشرط البارز ثم أخذت فكرة الخطأ تظهر شيئا فشيئا، أما في الأعمال التدلسية أي الغش فان فكرة الخطأ ظهرت بوضوح حتى استغرقت فكرة الضرر¹.

2. القانون الفرنسي القديم:

لقد واجه القانون الفرنسي القديم موضوع المسؤولية المدنية على النحو الذي كان في عهد الرومان، في حقبة قانون الألواح الاثني عشر، فيما اشاره إليه من تعديده الجرائم وما يقابل منها من نوع الدية، ان كانت اختيارية أم إجبارية، وذلك على أساس أن الدية هي العقوبة التي استبدلت الثأر، ولكن القانون الفرنسي القديم امتاز عن القانون الروماني، فيما قرره من قاعدة عامة مؤداها انه يكون محلا للتعويض كل ضرر يقع نتيجة لخطأ، ولقد فرق الفقيه دوما (Domat) بين:

أ- الخطأ الذي يترتب عليه جنائية أو جنحة، وفي هذه الحالة تقوم مسؤولية الجاني امام الدولة جنب مسؤوليته نحو المضرور .

ب - والخطأ الذي يتأدي في إخلال الشخص بالتزاماته وذلك هو الخطأ العقدي.

ج - والخطأ الذي ليس له أية صلة باتفاق ما، ولا يترتب عليه جنائية أو جنحة.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص ص 763، 764.

وكان القانون الفرنسي القديم يفرق بين نوعي المسؤولية العقدية والتقصيرية كما انتهى الأمر بالفصل بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية¹.

3. التقنين المدني الفرنسي:

لقد تم الانفصال ما بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية غداة وضع نظرية عامة للمسؤولية المدنية وقوامها الخطأ وهذا في التقنين المدني الفرنسي الصادر سنة 1804 واضعوا هذا القانون انساقوا وراء فقه دوما وبوتيه وتبنوه في صياغتهم لأحكام المسؤولية المدنية وقالوا أنهم سعوا من وراء ذلك إلى جعل الخطأ أساسا للمسؤولية المدنية حتى ولو كان يسيرا ولا تقوم المسؤولية بدونه، وهذا في المادة 1382 قانون المدني الفرنسي التي تقابلها المادة 124 من قانون مدني الجزائري كما نصو في المادة 1384 علي مسؤولية المرء عن الأضرار التي يحدثها الأفراد الذين يسأل عنهم أو عن فعل الأشياء التي يتولى حراستها، كما تعرضوا في المادة 1385 مسؤولية مالك الحيوان أو من يستخدمه عن الأضرار التي تحدث بفعل هذا الحيوان، وقال نفر من الفقهاء، ومنهم الأستاذة Bertrand de granille وtarrible ان كل فعل ينسب إلى الخطأ يوجب المساءلة (أو كما يقول الأستاذ Bertrand de granille لا يمكن أن يلحق الشيء المملوك لشخص ما ضررا بالغير وينجو من المساءلة)².

إن الهدف الأول المعترف للمسؤولية المدنية من خلال التطور التاريخي لهذه المنظومة هو معاقبة السلوك المخالف للقيم والضوابط الاجتماعية لذلك كان الجزاء المدني والمتمثل في التعويض مشروطا بثبوت السلوك المنحرف والمعلوم في جانب ملحق الضرر، فكان الخطأ الأساس الملائم للمسؤولية المدنية.

ثانيا: هيمنة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية

لقد عرف الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية انتشارا واسعا في مختلف التشريعات المقارنة، ومن أجل حماية أكبر للمضرورين ذهب جانب من الفقه إلى التوسع في مضمون الخطأ لتسهيل قيام المسؤولية وتيسير السبل على المضرور للحصول على التعويض.

¹ حسن عامر وعبد الرحيم عامر، المرجع السابق، ص 119.

² سعيد مقدم، التأمين والمسؤولية المدنية، ط1، كليك للنشر، 2008، ص 26.

1- انتشار فكرة الخطأ في معظم التشريعات العالمية المقارنة:

لم يقتصر الإقرار بالمبدأ العام والذي مفاده "الأ مسؤولية بدون خطأ" على النظام اللاتيني والدول المتأثرة بالتقنين المدني الفرنسي بل ذهب أبعد من ذلك في أوروبا وفي أمريكا اللاتينية، في الشرق الأوسط، وعرف هذا المبدأ إقرار في ظل معظم الأنظمة القانونية المقارنة وذلك على غرار القانون الألماني والتشريعات التي سارت على نهجه¹.

ولم يقاوم حتى ردولف اهرنغ (Roudolf Von ihring) صاحب التفكير النافذ إغراء تأييد الثورة الصناعية بمشكلاتها الاجتماعية الضخمة والواضحة، والمتولدة عنها على نحو مباشر ليعلن على وجه التأكيد "أن حدوث الضرر ليس هو السبب في استحقاق التعويض بل الخطأ"².

ويعرف القانون الإيطالي من جهته قاعدة جوهرية تحكم نظام المسؤولية المدنية في شكل ضابطة عامة، تتمثل في الخطأ والتدليس حيث تقضي المادة 2043 من القانون المدني الإيطالي "كل فعل أيا كان يصدر عن تدليس أو خطأ ويلحق ضرراً بالغير يلزم من ارتكبه على التعويض"، وهذا ما يبين أن القانون الإيطالي كنظيره الفرنسي يعتمد تأسيساً ذاتياً وأخلاقياً للمسؤولية المدنية جوهره الخطأ.

وكذلك الحال في الدول الإسكندنافية الأربعة الدنمرك، السويد، فنلندا والنرويج، حيث يشكل فيها الخطأ مبدءاً جوهرياً يحكم نظام المسؤولية المدنية، وهذا ما يستقرأ من أحكام القضاء السويدي، والذي اعتبر أن كل خطأ ينجر عنه ضرر مادي أو جسدي يلزم فاعله بالتعويض حتى وإذا لم تتم إدانة هذا الأخير جزائياً وكذلك فعل قانون العقوبات التقليدي³.

والمشروع الجزائري لم يخرج عن هذه القاعدة حيث أسس المسؤولية على أساس الخطأ، وهذا ما نصت عليه المادة 124 من القانون المدني "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض"⁴.

¹ ابن طرية معمر، تأثير فكرة المخاطر على النظام القانوني للمسؤولية المدنية للمهنيين، المرجع السابق، ص 26.

² لعموري بومدين، المسؤولية المدنية ومبدأ الحيطة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2014، ص 37.

³ ابن طرية معمر، تأثير فكرة المخاطر على النظام القانوني للمسؤولية المدنية للمهنيين، المرجع السابق، ص 27.

⁴ القانون رقم 05-10 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المشار إليه سابقاً.

وبالرغم من أن معظم التشريعات العالمية المقارنة قد اعتمدت على الخطأ كأساس وركن رئيسي لقيام المسؤولية المدنية فإن هذا التوسع لم يقتصر على المناطق الجغرافية بل امتد هذا التطور والتوسع إلى مضمون الخطأ في حد ذاته.

2- التوسع في تحديد مضمون الخطأ:

فلاحظ أن القضاء الفرنسي قد توسع في فكرة الخطأ عن طريق سلطته في تحديد الواجبات القانونية التي يعد الإخلال بها خطأ موجب للمسؤولية بأن أنشأ مع الزمن واجبات جديدة من شأنها حماية المضرورين وخاصة من الأضرار الجسمانية، وكفالة التعويض لهم بشتى السبل، فقد عاد القضاء من جديد إلى القاعدة الرومانية العتيقة بحيث أصبح أي خطأ تافه يكفي لقيام المسؤولية وهو بذلك خلق أخطاء جديدة¹.

مثلا في فرنسا لم يكن التقنين المدني لعام 1804 يتضمن نصا خاصا بالمسؤولية المدنية للطبيب التي كانت تعد حتى عام 1936 مسؤولية تقصيرية تخضع لأحكام المادة 1382 التي تتعلق بالمسؤولية التقصيرية عن العمل الشخصي.

وفي العام 1936 أصدرت محكمة النقض الفرنسية قرارها الشهير باسم ميرسيه (Mercier) بتاريخ 1936/05/20 والذي اعتبر مسؤولية الطبيب عن الأضرار التي يلحقها بالمريض مسؤولية عقدية تخضع لأحكام المادة 1147 من التقنين المدني وهذا ما كرسه أيضا القانون الفرنسي الجديد الصادر بتاريخ 2002/3/4 والمتعلق بحقوق المرضى وجودة نظام الصحة والذي يقيم مسؤولية الطبيب من حيث المبدأ على أساس الخطأ².

كما امتد التوسع القضائي في هذا الشأن أيضا إلى الالتجاء إلى قرائن الأحوال لتقرير وجود الخطأ، فاعتبر أن بعض الحوادث يحمل في ذاته دليل حصوله بخطأ المتسبب فيه.

¹ محمود إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية للطبع والنشر والتوزيع، الإسكندرية، دون سنة النشر، ص 240

² فواز صالح، القانون المدني 2، د ط، منشورات الجامعة الافتراضية، سورية، 2018، ص 34

وتوسع القضاء في مضمون الخطأ عن طريق خلق صورة ثالثة تتمثل في اعتبار الشخص مسؤولاً عما سببه استعمال حقه من ضرر للغير وذلك بفرض قيود على استعمال الحق وواجبات على من يستعمله بحيث يعتبر الشخص مخطئاً إذا أخل بهذه الواجبات أو جاوز تلك القيود¹.

وكلما تجاوز صاحب الحق تلك الحدود بحيث يمس بحقوق الغير كان متعسفاً في استعمال حقه، فمالك المنزل يتمتع بجميع السلطات التي يمنحه إياها حق الملكية إلا أن علو المنزل لا ينبغي أن يتجاوز الحد المنصوص عليه قانوناً، كما لا يجوز له القيام بغرس أشجار عالية بغرض سد النور عن الملكية المجاورة، ولمعرفة إذا ما كان صاحب الحق متعسفاً أم لا، لا بد من مقارنة كيفية استعماله لهذا الحق باستعمال الرجل الحريص لنفس الحق.

ويعتبر القضاة في الجزائر استعمال الحق تعسفياً بتطبيق المادة 124 مكرر من القانون المدني التي تنص على: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات التالية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه فائدة غير مشروعة².

وكذلك من مظاهر تطور فكرة الخطأ هو قيام القضاء وبمساعده من الفقه بالبحث عن نموذج جديد تقوم عليه المسؤولية الناجمة عن فعل الشيء غير الحي وهذا حماية للمضروب وإنصافه وخاصة لما كثرت الحوادث، وبدأت الدعاوي ترفع أمام القضاء للمطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن الحوادث، وبدأ الاجتهاد القضائي في محاولة منه لإيجاد قاعدة خاصة تقام عليها هذه المسؤولية بعيداً عن القواعد العامة التي تقام عليها المسؤولية على وجوب إثبات الخطأ.

وقد صدرت أحكام عديدة أقامت المسؤولية فيها على أساس افتراض الخطأ وليس على أساس الخطأ الثابت مثل: صدور بعض الأحكام من القضاء الفرنسي التي تعمم المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي

¹ محمد إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص 243.

² القانون رقم 05-10 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المشار إليه سابقاً.

الفقرة 1 على جميع الحوادث التي تحدثها السيارات سواء كانت السيارات ساكنة أو متحركة وأقامت المسؤولية فيها على أساس افتراض الخطأ¹.

ولا شك أن هيمنة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية تبرره وتؤيده حجج منطقية وأدبية فمن المنطق أن المسؤولية القائمة على الخطأ هي أفضل وسيلة لتدارك الأضرار إذ نجد الإنسان نفسه مدفوعاً إلى التصرف بأقصى درجة ممكنة من العناية والحذر كي يكون في مأمن من عبء التعويض².

ثالثاً: حجج المؤيدين للخطأ كأساس للمسؤولية المدنية

قد أورد أنصار فكرة الخطأ الكثير من الحجج والمبررات التي يرون أنها تدعم وتبرر اعتقادهم في القول بأن الخطأ هو الأساس والأصل الذي ينبغي أن تقوم عليه المسؤولية المدنية ومن جملة هذه الحجج ما يلي:

1- الخطأ قرين العدالة:

يعتبر أنصار فكرة الخطأ أنها قرينة العدالة فعدالة قانون المسؤولية المدنية، هو في تأسيسه الالتزام بالتعويض على فكرة الخطأ، أما إقامتها على مجرد الضرر فهو أمر يتنافى مع العدل، وفي هذا السياق بقول الأستاذ بلانيول (Planiol) ان مساءلة شخص دون أن يرتكب خطأ يعادل في القانون الجنائي معاقبة شخص بريء، وفي نفس المعنى يرى الأستاذ Le tourneau، أنه من غير المتصور أن يسود العدل في المجتمع البشري دون أن يتمثل كل فرد في سلوكه مجموعة من المبادئ الأساسية التي يأتي في مقدمتها عدم الإضرار بالغير³.

2- الحجج القانونية:

ذهب أنصار هذه النظرية إلى أن المشرع نص صراحة على الخطأ باعتباره أساس المسؤولية التقصيرية في المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي والمادة 163 من القانون المدني المصري، ومبررها أن نظرية الخطأ قرينة العدالة وأن المسؤولية بلا خطأ بلا عدالة بالإضافة إلى أن نظرية الخطأ مبرر لبعض أوضاع

¹ محمد بعجي، المرجع السابق، ص 24.

² بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 29.

³ عمر بن الزبير، المرجع السابق، ص 79.

القانون من جهة أخرى وإلا كيف نفسر عدم مساءلة المجنون والصغير وعديم التمييز عن الضرر الذي يحدثه الغير¹.

3- الخطأ والشعور بالمسؤولية:

يرى البعض أن تحميل الشخص المسؤولية عن الضرر الذي ألحقه بالغير على أساس خطأ ارتكبه، من شأنه دفع الأفراد إلى بذل قصارى جهدهم في ضبط سلوكياتهم لتفادي ارتكاب الخطأ وتحمل التعويض عن الأضرار التي تلحق بالغير نتيجة أخطائهم وبالمقابل من شأن إقامة مسؤولية الشخص دون خطأ، القضاء على الشعور بالمسؤولية عن أفعاله حتى غير الخاطئة منها، وأن من شأن ذلك أن يؤدي إلى تزايد الأضرار في المجتمع².

مما سبق نلاحظ أن الخطأ لعب دور كبير وهام في إرساء قواعد المسؤولية فهو كان بمثابة العمود الفقري للمسؤولية المدنية، أو كما قال أحد الفقهاء بأن المسؤولية المدنية بدون خطأ كجسد بلا رأس، أي أن المسؤولية مرتبطة بالخطأ وجوداً وعدماً.

لقد حقق الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية نجاح وهيمنة لفترة من الزمن في ظل معظم الأنظمة المقارنة وهذا بفضل توافقه مع الطابع الأخلاقي والاجتماعي للمجتمعات وكذلك لكفاءته وقدرته على التأقلم مع الظروف والمستجدات بفضل محتواه الفضفاض والمرن.

الفرع الثالث: تراجع فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية:

إن التحول الجذري للمجتمعات بداية من القرن التاسع عشر بفعل: الثورة الصناعية التي أنتجت ظاهرة جديدة لم نألّفها سميت ظاهرة الحوادث، هذا التحول المرتبط بهذا الواقع الجديد ترتب عنه مشاكل قانونية جديدة، وعضو الكلام عن المسؤولية الناتجة عن فعل وخطأ الإنسان أصبحنا نتكلم عن المسؤولية الناتجة عن فعل

¹ أحمد محمد عطية محمد، نظرية التعدي كأساس للمسؤولية الحديثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، دون سنة النشر، دون طبعة،

ص 16

² عمر بن الزبير، المرجع السابق، ص 80

الأشياء أو الأضرار الناتجة عن الحوادث، وهذا أدى إلى ظهور فلسفة جديدة، فلسفة أنه مع كل ضرر يجب أن يكون هناك تعويض ولا يجب أن يكون الشخص المتعرض للضرر أياً كان بدون تعويض¹.

ولما أصبح التعويض هدفاً اجتماعياً في حد ذاته كان من الصعب أن تتكفل بتحقيقه المسؤولية المدنية بمفهومها الذاتي باعتبارها لا تهدف مباشرة إلى التعويض بقدر ماهي تهدف إلى عقاب الجاني، من خلال إلزامه بالتعويض لذلك فهي لا تقوم إلا بإثبات الخطأ من قبل المتضرر وهي مهمة صعبة، تؤول إلى حرمان نسبة هامة من المتضررين من التعويض، وهو ما لا يمكن قبوله، طالما أصبح التعويض حقا يقره المجتمع للمتضررين².

ولقد لعب الفقه والقضاء وكذلك التشريع دوراً هاماً في تراجع فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية وهذا بسبب التطور العلمي والصناعي الذي ساعد في توسيع نطاق المسؤولية المدنية بل هز مبادئها الأساسية بحيث عرفت أنظمة أخرى قائمة بذاتها مثل التأمين ووجد الفقه مرتعاً خصباً للاجتهد واقتراح أسس جديدة للمسؤولية.

أولاً: الانتقادات الموجهة لمؤيدي فكرة الخطأ

كانت فكرة الخطأ تعتبر مبرراً قانونياً لتحمل المسؤول عبء التعويض عن الضرر، واستطاعت وقتها أن تقدم الحلول لكثير من الإشكالات التي أثارها المسؤولية المدنية ولكن سرعان ما أدى التطور التكنولوجي الهائل إلى تزايد وتعاضم الحوادث والتي طالت سلامة وأمن الإنسان إلى التشكيك فيها، فوقفت فكرة الخطأ عاجزة عن توفير حماية كافية للمضرورين³.

مما أوجد داخل الفقه حتى المتشبع منه لهذه الفكرة من يعارضها وينتقدها، ولقد تعددت وتشعبت الانتقادات الموجهة للخطأ فمنها ما هو مقنع ومنها ما هو أقل إقناعاً.

1- تعارض فكرة الخطأ مع الوظيفة التعويضية:

منذ اللحظة التي وصل فيها الطلاق بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية أي بين العقوبة والتعويض أصبحت وظيفة المسؤولية المدنية منحصرة في التعويض عن الضرر وليس معاقبة المتسبب فيه، ومن ثم تجردت المسؤولية المدنية من وظيفتها التهذيبية أو الردعية وذلك يعني بدهاء أن لا يرتبط قيام المسؤولية

¹قادة شهيدة، المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص16.

²محمد الزين، المسؤولية التقصيرية، دون دار النشر، تونس، 1999، ص9.

³مختار رحمانى محمد، المسؤولية المدنية عن فعل المنتجات المعيبة، دط، دار هومة، الجزائر، 2016، ص54.

بالتقييم الأخلاقي لسلوك المتسبب في الضرر، وطالما أن التعويض يقاس بمقدار الضرر الذي أصاب المضرور وليس بمقدار جسامه الخطأ، توجب القول أنه لم يعد هناك من مبرر لفكرة الخطأ في نطاق المسؤولية المدنية¹.

2- عجز الخطأ عن حماية المضرور:

مع بروز الثورة الصناعية في القرن 19 التي شهدتها أوروبا ظهرت معها ما يعرف بأزمة المسؤولية المدنية التي تولد عنها كثرة الحوادث والأخطار، وبذلك أصيب النظام القانوني للمسؤولية المدنية في مقتل وعجز عن حل المشكلات وعن مجارات التحولات، ومنذ ذلك الحين أصبحت المسؤولية المدنية تتجاذبها تيارات وأفكار فأصبحت مخبر للتجارب فشغلت الفقه والقضاء، وباتت السلامة الجسدية للأشخاص على المحك ومهددة بالأخطار، مما بات من الصعب أن يثبت المضرور الخطأ في جانب المسؤول باعتبار أن غالبية هذه الأضرار مصدرها الأشياء وليست صادرة عن المسؤول مما اضطر الفقه والقضاء إلى البحث عن حلول وبدائل للمسؤولية الشخصية المبنية على فكرة الخطأ لأن هذه الفكرة في نظرهم لا تتوافق مع الضرر الجسدي².

3- اتساع معنى الخطأ:

يرى الفقيه الفرنسي سالي أن معنى الخطأ وفق المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي ليس إلا الفعل المنشئ للضرر كما استبعد فكرة الخطأ تماما كأساس للمسؤولية المدنية مستندا إلى فحوى نصوص المواد 1382، 1383، 1384 مدني فرنسي حيث أن التفسير الدقيق للمادة 1382 من القانون المدني الفرنسي لا يقتصر على الفعل العمدي فقط، بل أن كل فعل صار يتضمن الحق في التعويض، لأن لفظ خطأ لم يظهر في المادة إلا عرضا من أجل تحديد المسؤول أو الفاعل عن الضرر³.

ولقد كان للقضاء والفقه والقانون دور هام في إدخال تعديلات على المسؤولية المدنية لجعلها تتماشى مع التطورات الحاصلة.

¹ عمر بن الزبير، المرجع السابق، ص 84

² بن اودينة امحمد، التأسيس لنظام خاص لتعويض المضرور جسمانيا في القانون المدني الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد

10، العدد 3، الجزائر، سبتمبر 2017، ص 20

³ أحمد محمد عطية محمد، المرجع السابق، ص 16

ثانيا: دور القضاء والقانون والفقهاء في التأثير على الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية

لقد لعب الفقهاء والقضاء دور كبير في البحث عن حلول جديدة من أجل تمكين المضرورين من الحصول على تعويض وهذا بتبني الفلسفة الجديدة القاضية بأنه لا يجب أن يكون الشخص المتعرض للضرر أيا كان بدون تعويض مما أدى إلى تراجع الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية.

1- دور القضاء:

لقد كان للقضاء دور كبير في إضعاف دور الخطأ مثال ذلك تفسير القضاء للمادة 1384 فقرة 5 من القانون المدني الفرنسي المتعلقة بمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعة لا يسمح مطلقا بالقول فقط بجزاء الخطأ الناجم عن الاختيار أو المراقبة ولكن في الواقع يجعل منه عامل ضمان تجاه الغير بالنسبة لبعض الأخطار التي تتسبب فيها المؤسسة.

كما وافق القضاء في مجال المسؤولية العقدية على اعتماد التفرقة المقترحة من قبل الفقهاء بين الالتزامات بتحقيق غاية والالتزامات ببذل وسيلة، وكيف بعض الالتزامات على أنها "التزامات بتحقيق غاية" قبل أن يتوصل إلى إنشاء حالات عديدة للمسؤولية القانونية خاصة على عاتق الناقل فيما يتعلق بالجروح التي تتعلق بالمسافرين أثناء السفر، وعلى البناء تجاه صاحب العمل الذي يشكو من عيب البناء... الخ¹.

وفي العقود التي أنشأ فيها القضاء التزاما بالسلامة كعقود نقل الركاب قد يثبت المدين انه قد أوفى بكل التزاماته العقدية وقام بكل ما يوجبه عليه العقد والقانون من واجبات واحتياطات وقد يثبت أيضا أن مسلكه لا يقل عن مسلك الرجل المعتاد ومع ذلك تنعقد مسؤوليته لمجرد حدوث ضرر للراكب².

2- دور المشرع:

تنص المادة 1384 فقرة أولى على أن المرء لا يسأل فقط عن الضرر الذي يحدثه فعله الشخص بل أيضا عن الضرر الذي يحدث بفعل الأشخاص الذين يكون هو مسؤولا عنهم أو بفعل الأشياء التي في حراسته، ثم فصل هذه الأحوال فنص على مسؤولية الأب والأم والمربي عن الأضرار التي تحدث من الأولاد القصر المقيمين معهم.

¹ سعيد مقدم، المرجع السابق، ص 249

² محمد إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق ص 349.

المادة 1384 فقرة 02 وعلى مسؤولية المخدوم والمتبوع عن أفعال خدمهم وتابعيهم التي تقع منهم في أداء وظائفهم المادة 1384 فقرة 3 وعلى مسؤولية مالك الحيوان أو مستخدمه عن الأضرار التي تحدث بفعل الحيوان المادة 1385 وعلى مسؤولية مالك البناء عن الأضرار التي تصيب الغير من انهدام البناء المادة 1386¹.

والمشروع من خلال هذا رغب في إصلاح بعض المجالات التي أظهرت عدم تكييف المسؤولية فبعد حوادث العمل جاءت حوادث النقل الجوي والبحري والحوادث النووية ومسؤولية البنائين التي لقيت اهتمام المشرعين وخصها بقواعد خاصة فالتجديد أصبح من مقتضيات الحاجة لاسيما في مجال حوادث المرور والحوادث المترتبة على المنتوجات المعيبة والأضرار الناجمة عن التلوث وانتشار المسؤولية الطبية... إلخ².

ويتضح كذلك دور المشروع الفرنسي في إضعاف دور الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية من خلال القانون 31 ماي 1924 المعدل بالمرسوم الصادر في 30 نوفمبر 1955 فقد اقر هذا القانون نظرية تحمل التبعة بعبارات ونصوص صريحة واضحة إذا انه جعل كل من يستغل عمليات النقل الجوي مسؤولاً عن كل ضرر يلحق الأشخاص أو الأشياء الموجودة على سطح الأرض وجعل هذه المسؤولية مفروضة بقوة القانون لا سبيل إلى التخلص منها إلا بإثبات خطأ المصاب أو المضرور³.

3- الدور الفقهي:

في مطلع عام 1964 قام الأستاذ أندري تونك بشن هجوم عنيف على الدور الذي احتفظ به الخطأ في بعض تطبيقات قانون المسؤولية المدنية، ليثير بذلك صيحة جديدة للخلافات القديمة التي شهدتها الفترة الأولى الممتدة ما بين 1914/1880 ضد التسلط المطلق للخطأ على قانون المسؤولية المدنية.

وتتلخص مختلف التبريرات المقدمة لزعزعة الفقه التقليدي القائم على فكرة الخطأ كأساس المسؤولية المدنية في إثارة مساوئ هذا النظام التي من بينها:

- عدم تكييف الخطأ كأساس وحيد للمسؤولية المدنية مع بعض المعطيات الجديدة التي أفرزها التطور الاقتصادي والاجتماعي.
- عجزه عن الاستجابة لمقتضيات تعويض حوادث العمل.

¹ محمد لبيب شنب، المسؤولية عن الأشياء دراسة مقارنة، مكتبة الوفاء القانونية، ط 2، الإسكندرية، 2009، ص 15

² سعيد مقدم، المرجع السابق، ص 218.

³ حسن على الذنوب، المرجع السابق، ص 52

- المصير المجحف لضحايا حوادث العمل، والمضر بالأمن الاجتماعي¹.

أما الأستاذ بترميو فإنه يذهب إلى أن هناك مجالين اثنين لتطبيق فكرة المخاطر أو للأخذ بفكرة تحمل التبعة أولهما عندما يكون الفعل الضار (شاذاً غير المألوف) وثانيهما عندما يكون الفعل الضار العادي (متصلاً باستثمار آلي ميكانيكي) من شأنه أن يضع كلا من يحدث الضرر ومن المضروب في حالة (عدم تعادل أو توازن) مادي مؤقت لمصلحة من يعود عليه هذا النشاط بفائدة ضد مصلحة المضروب.

وعلى هذا الأساس فإن راكب الدراجة يعتبر في مركز مادي أفضل من الشخص الراجل وإذا ينبغي عليه أن يتحمل الضرر حتى لو لم يصدر عنه أي خطأ².

إن الخطأ لعب دور كبيراً في تجسيد قواعد المسؤولية المدنية وكذلك في استقلالها عن المسؤولية الجزائية، ولقد كان بمثابة العمود الفقري للمسؤولية المدنية فلا تقوم ولا تتحرك المسؤولية المدنية بدونه، وكان الخطأ في المسؤولية المدنية بمثابة الروح في الجسد، ولكن مع بروز الثورة الصناعية في القرن التاسع عشر التي شهدتها أوروبا تولدت عنها كثرة الحوادث والأخطار وبت من الصعب التصرف دون خطر الإضرار، لتصبح المسألة عندئذ أكثر أهمية من الاتجاه الحديث المتمثل في إسناد الضرر للشخص المسؤول بدلاً من الصدفة.

مما اضطر الفقه والقضاء إلى البحث عن حلول وبدائل للمسؤولية الشخصية المبنية على فكرة الخطأ وهذا أدى إلى تراجع دور الخطأ تدريجياً فبعد ما كان للخطأ دور وقيمة ثابتة في المسؤولية المدنية ولا جدال عليه أصبح للخطأ الآن دور متباين في المسؤولية المدنية، ففي كل الحالات التي لا يوجد فيها نص خاص يقرر مسؤولية دون خطأ، يبقى الخطأ هو الأساس الوحيد والعادل الذي يمكن أن تقام عليه المسؤولية المدنية بينما إذا كان هناك نص يقرر المسؤولية بدون خطأ فهنا لا مكان للخطأ.

المطلب الثاني: الخطأ المهني للبنك

إن مازق تقسيم مسؤولية المهني (البنك) إلى تقصيرية و عقدية دفع بالفقه والقضاء على حد سواء للبحث عن أساس سليم تقوم عليه المسؤولية في ظل الإبقاء على الخطأ كأساس لها، سعياً للخروج من عدم جدوى هذا التقسيم التقليدي ومسايرة للتطورات المتلاحقة التي يعرفها المهني (البنك)، وتكريساً لحماية أكبر للمضروب (العميل)، وتجنبيه متهاتات التمييز بين المسؤولية العقدية والتقصيرية وما يترتب عنها من نتائج

¹ سعيد مقدم، المرجع السابق، ص 205.

² حسن على الذنوب، المرجع السابق، ص 49

وأثار، ذلك أن قواعد العدالة والمنطق تقضي أن المضرور (العميل) يجب تعويضه عن الضرر الذي لحق به نتيجة خطأ المهني (البنك) مهما كان دون تمييز¹.

وهكذا برز مفهوم الخطأ المهني كأساس جديد يحاول الفقه والقضاء إقامة وتأسيس المسؤولية البنكية استنادا إليه، بديلا عن الخطأ بالمفهوم التقليدي عقديا كان أو تقصيريا.

ودراسة الخطأ المهني للبنك تستوجب تحديد مدلول الخطأ البنكي والوقوف على المعيار المعتمد لتحديده.

الفرع الأول: مدلول الخطأ المهني البنكي

يشكل تعريف الخطأ (المهني) أحد المشكلات الدقيقة للغاية في قانون المسؤولية المدنية، الأمر الذي ولد اختلافا كبيرا لدى الفقهاء في هذا الشأن، ذلك أن فكرة الخطأ في حد ذاتها فكرة مرنة واسعة ومتعددة الأشكال²، ولا شك أن الخطأ المهني للبنك لا يبتعد كثيرا إن لم نقل إنه أحد أوجه أو صور الخطأ في مجال المسؤولية المدنية باعتبار أن مسؤولية البنك ما هي إلا إحدى تطبيقات أوجه المسؤولية المدنية في المجال البنكي.

الأمر الذي يقتضي منا إعطاء تعريف للخطأ المهني البنكي، ثم التطرق إلى تمييز الخطأ المهني البنكي عما يشابهه من أخطاء.

أولا: تعريف الخطأ المهني البنكي

من المتفق عليه أن طبيعة الخطأ هي التي تحدد نوع المسؤولية التي تقوم، إذ كثيرا ما يخطئ أصحاب المهن الفنية من أطباء ومهندسين ومحامين ومقاولين و(بنوك) وغيرهم أثناء ممارستهم لمهنتهم³ وهذه الأخطاء يطلق عليها عادة بالأخطاء المهنية أو الفنية فما هو المقصود بالأخطاء المهنية⁴.

¹ بن صغير مراد، أساس المسؤولية المدنية الناجمة عن الممارسات الطبية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 144.

² بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية-دراسة مقارنة-المرجع السابق، ص 15.

³ بختاوي سعاد، المرجع السابق، ص 64.

⁴ René Rediere, la Responsabilité civile, paris, 1952, n 1424, Dalloz Répertoire de Droit Civile ; Responsabilité de Fait personnel, Tome VI, paris, 1975, p5.

1-التعريف التشريعي للخطأ المهني

باستقراء مختلف النصوص القانونية والتشريعات، نلاحظ أن المشرع الجزائري وعلى غرار باقي التشريعات المقارنة، لم يتم بوضع تعريف للأخطاء المهنية، وبالتالي قد يكون هذا حذو مختلف التشريعات الأخرى على غرار المشرعين المصري والفرنسي¹.

وبالرجوع إلى القانون المدني وباعتباره الشريعة العامة لم نجد تعريفا للخطأ المهني، ولعل المادة 552 من القانون المدني الجزائري تعطينا تطبيقا لمستوى الحرص المطلوب من المهني، من حيث تطلبها مراعاة أصول الفن في استخدامه لمادة العمل، بل يُعدُّ مخطئا إذا تَلَفَتِ المادة بسبب اهماله أو قصور كفايته الفنية. ويقدم المشرع الجزائري للقاضي بعض المعايير الهامة التي تُحدِّد على ضوءها الصفات المطلوبة في رب العائلة المهني، بحسب ما هو جارٍ في المعاملات (المادة 558 ق. م. ج)، أو بحسب طبيعة العمل (المادة 564 ق. م. ج)².

أما بالرجوع إلى التشريعات الخاصة لبعض المهن كقطاع الصحة نلاحظ أن المشرع لم يتطرق إلى تعريف الخطأ المهني ولكنه ذكر مصطلح الخطأ المهني وجعل مسؤولية الطبيب المهنية تقوم على أساس الخطأ المهني، فقد أكد التشريع الجزائري في المادة 239 من القانون المتعلق بحماية الصحة وترقيتها والمتم صراحة على هذا الاتجاه: "يتابع طبقا لأحكام المادتين 288 و289 من قانون العقوبات، أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو مساعد طبي على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها، أو يحدث له عجزا مستديما يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته"³.

وتضيف نفس المادة 239 بمقتضى المادة 02 من القانون رقم 90-17 المعدل والمتمم لقانون حماية الصحة وترقيتها، النص الصريح على تأسيس المسؤولية بشكل واضح على الخطأ المهني كما يلي: "إذا لم يتسبب الخطأ المهني في أي ضرر، يكتفي بتطبيق العقوبات التأديبية"⁴.

¹ شريط وليد ورحماني وليد، خصوصية مبدأ شرعية الأخطاء المهنية في النظام التأديبي الجزائري، مجلة آفاق للعلوم، جامعة الجلفة، ع 10، جانفي، 2018، ص 306.

² قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج -دراسة مقارنة-المرجع السابق، ص 155.

³ بن صغير مراد، أساس المسؤولية المدنية الناجمة عن الممارسات الطبية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 148.

⁴ القانون رقم 90-17 المؤرخ في 09 محرم 1411 الموافق لـ 31 يوليو 1990 المعدل والمتمم لقانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج ر رقم 35 الصادرة في 24 محرم عام 1411 الموافق لـ 15 أوت 1990.

ومن خلال بحثنا عن تعريف المشرع الجزائري للخطأ المهني لاحظنا أن المشرع الجزائري في القانون الإداري وبالضبط في القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، لم يعطى تعريفا للخطأ المهني وإنما اكتفى بتحديد مواصفاته العامة عن طريق النص على الأفعال التي تشكل خطأ مهنيا حيث تنص المادة 106 منه على ما يلي: "يشكل كل تخل عن الواجبات المهنية أو مساس بالانضباط وكل خطأ أو مخالفة من طرف الموظف أثناء أو بمناسبة تأدية مهامه خطأ مهنيا..."¹.

وبالرغم من إدراكنا أنه لا مجال للمقارنة بين الخطأ المهني للمهنيين ومنهم البنك مع خطأ الموظف العمومي، وهذا ما سنتطرق له لاحقا، إلا أننا أخذناه فقط للاستدلال به كتعريف تشريعي للخطأ المهني.

وفي الأخير نقول إن المشرع الجزائري حسنا فعل بعدم وضعه تعريفا للخطأ المهني باعتبار عملية وضع التعاريف من اختصاص الفقه.

2-التعريف الفقهي للخطأ المهني:

أمام عجز المشرع عن وضع تعريف محدد للخطأ المهني حاول العديد من الفقهاء تدارك الأمر ووضع تعريف جامع شامل للخطأ المهني ووضع حد للإشكاليات التي تعترض تعريف هذه الأخطاء ومن أبرز التعريفات الفقهية في هذا الصدد² نذكر:

تعريف الدكتور طاهري حسين: "إن الخطأ المهني لا يمكن أن يقوم مبدئيا إلا أثناء ممارسة مهنة معينة، ويترتب على الإخلال بأصولها وقواعدها الموضوعية المتعارف عليها، كما لو مورست المهنة بشكل غير مشروع، فالخطأ المهني إذن يتعلق بمهنة الشخص أثناء مزاولته لها، وهو غير الخطأ العادي الذي لا شأن له بأصول الفن والمهنة ذاتها، فالخطأ المهني يشمل الأصول الفنية للمهنة"³.

¹ الأمر رقم 03-06 المؤرخ في 15 جويلية 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج ر عدد 46 الصادرة بتاريخ 16 جويلية 2006.

² شريط وليد ورحماني وليد، المرجع السابق، ص 306.

³ طاهري حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة-دراسة مقارنة-د ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، المكتبة الوطنية الجزائرية، الجزائر، 2008، ص 19.

أما الأستاذين حسين عامر وعبد الرحيم عامر فقد عرفوا الخطأ المهني بأنه هو ذلك الخطأ الذي يتعلق بصناعة الشخص أثناء مزاولته إياها كخطأ الطبيب والمهندس والصيدلي ومن في حكمهم، وهو غير الخطأ العادي الذي لا شأن له بأصول الفن في ذاته¹.

ولقد عرفت الأستاذة يسعد فضيلة الخطأ المهني نقلا عن تعريف الفقيه مازو بأنه: "الخطأ الذي يرتكبه الشخص أثناء ممارسة مهنته مخالفا بذلك القواعد العلمية والفنية التي تلزمه بها قوانين تلك المهنة"².

أما الفقه المصري فيعرف الخطأ المهني بأنه الخطأ الذي يتعلق بمهنة الشخص أثناء مزاولته إياها، وهو غير الخطأ العادي الذي لا شأن له بأصول الفن في ذاته، كما يعتبر الخطأ مهنيا كلما كان له طابع الانحراف عن سلوك الفن المؤلف، أما الفقه الفرنسي فهو يعتبر الخطأ مهنيا عند عدم التصرف بانتظام كما يتصرف رجل يمارس المهنة ذاتها³.

بالنسبة لتحليلي للتعريف السابقة نلاحظ أن الأستاذين حسين عامر وعبد الرحيم عامر في تعريفهم للخطأ المهني أنهم استخدموا مصطلح الصناعة وفي نظرنا أن هذا المصطلح غير دقيق، لأنه متصل بالآلات أكثر من الإنسان، وكذلك فإن الصناعة تكون بنية مسبقة لإحداث الشيء، بينما الخطأ قد يكون حدوثه بنية إحداث الضرر كالخطأ العمدي كما قد يكون الخطأ بدون نية إحداث ضرر كالخطأ الغير مباشر، وكذلك لقد تطرقنا فيما سبق الي أنه يمكن أن تقوم المسؤولية المدنية عن فعل الغير أو عن الأشياء، وهو ما لم يتضمنه هذا التعريف ، وبالإضافة إلى ذلك فإن الأستاذين اعتمدوا على التعريف المعاكس (السلبى) بقولهم الخطأ المهني هو الخطأ غير العادي .

أما بالنسبة إلى تعريف الأستاذة يسعد فضيلة لدينا تحفظ على كلمة أثناء ونحن نرى أنها غير كافية ولا تتضمن كل الأخطاء المهنية لذا فإننا نرى ضرورة إضافة كلمة بمناسبة لتصبح العبارة أثناء ممارسته الفعلية لمهنته أو بمناسبة لتصبح تضم جميع الأخطاء المهنية.

وبالنسبة لتعريف الفقه المصري الذي قدمته الأستاذة بختاوي سعاد نلاحظ أنه استخدم كلمة أثناء ولكننا نفضل إضافة كلمة بمناسبة كما شرحنا سابقا، بالإضافة إلى ذلك فالتعريف جاء مقتضيا.

¹ حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المرجع السابق، ص 193.

² يسعد فضيلة، المسؤولية المدنية للمنتج عن منتجاته الصناعية، أطروحة دكتوراه علوم: تخصص قانون الاعمال، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، الجزائر، 2017، ص 132.

³ بختاوي سعاد، المرجع السابق، ص 64.

أما تعريف الفقه الفرنسي الذي جاءت به نفس الأستاذة فإننا نلاحظ أن هذا التعريف جاء مقتضبا وغير كاف لتحديد الأخطاء المهنية.

ونحن نرى أن تعريف الدكتور طاهري حسين هو الأقرب في نظرنا ولكن كما قلنا سابقا لدينا تحفظ على كلمة أثناء فقط والتي نرى أنه يجب إضافة لها كلمة بمناسبة وهذا حسب اعتقادنا.

وبتطبيقنا لتعريف الدكتور طاهري حسين على تعريف الخطأ المهني البنكي نقول إن الخطأ المهني البنكي لا يمكن أن يقوم مبدئيا إلا أثناء أو بمناسبة ممارسة المهنة البنكية، ويترتب على الإخلال بأصولها وقواعدها الموضوعية المتعارف عليها، كما لو مورست المهنة بشكل غير مشروع، فالخطأ المهني البنكي إذن يتعلق بمهنة البنك بمناسبة مزاولته لها، وهو غير الخطأ العادي الذي لا شأن له بأصول الفن والمهنة البنكية. فالخطأ المهني البنكي يشمل الأصول الفنية للمهنة البنكية.

ويذهب غالبية الفقه الحديث إلى أن الخطأ المهني يجد أساسه ومصدره الحقيقي في أعراف المهنة وأخلاقياتها على اعتبار أن المسؤولية المهنية تتخطى التقسيم الثنائي للمسؤولية المدنية (مسؤولية عقدية وأخرى تقصيرية)¹.

وهذا ما لاحظناه بالنسبة إلى بعض المهن كالطب والمحاماة، فنلاحظ أن مدونة أخلاقيات المهنة للطبيب أو المحامي قد جسدت الخطأ المهني على أرض الواقع بالإضافة إلى الأعراف المهنية وهذا ما لاحظناه سابقا فلقد نصت المادة 13 من مدونة أخلاقيات الطب على أن "الطبيب أو جراح الأسنان مسؤول عن كل عمل مهني يقوم به، ولا يجوز لأي طبيب أو جراح أسنان أن يمارس مهنته إلا تحت هويته الحقيقية ويجب ان تحمل كل وثيقة يسلمها اسمه وتوقيعه"².

وكذلك هذه المهن جسدت الأخطاء المهنية على أرض الواقع من خلال ما جاءت به قوانينها الخاصة فقد أكد قانون حماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم صراحة على الخطأ المهني وهذا ما لم نجده عند دراستنا للأخطاء المهنية للبنك، فلقد وجدنا صعوبات كبيرة في تحديد الأخطاء المهنية للبنك وهذا راجع إلى عدم تضمن قانون النقد والقرض الجزائري 03-11 المعدل والمتمم ولا القانون المدني الجزائري للأخطاء المهنية.

¹ مليكة حرياش، المرجع السابق، ص3.

² مرسوم تنفيذي رقم 276/92 مؤرخ في 5 محرم عام 1413 الموافق لـ 6 يوليو سنة 1992 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج ر، عدد 52 الصادرة في 7 محرم 1413 الموافق لـ 8 يوليو 1992.

وبالرجوع إلى القوانين الداخلية للبنوك وتأخذ النظام الداخلي لترست بنك الجزائر كمثال فنلاحظ انه ذكر الأخطاء المهنية ضمن الفصل الثالث المعنون بأخلاقيات العمل وبالتحديد في نص المادة 08 منه حيث نصت على: "كل عامل ملزم بإجبارية الكتمان المهني يمنع اختلاس، إخفاء، تخريب، إباحة مستند أو وثيقة عمل المحتوات على معلومة خاصة بالمالية، المحاسبة، الإدارة او تقنية.

يعاقب كل مخالف لهذه الأحكام باعتبارها أخطاء مهنية خطيرة دون المساس بالعقوبات القضائية¹، والملاحظ هنا هو استخدام مصطلح الخطأ المهني للأخطاء التي يقوم بها عمال بنك ترست وهو ما ندعوا إليه باعتبار أن الأخطاء التي تصدر عن عمال البنوك هي أخطاء مهنية تقيم المسؤولية المهنية للبنوك ولهذا فإننا نطالب من المشرع الجزائري بإدخال تعديل على قانون النقد والقرض وهذا بإضافة الأخطاء المهنية البنكية وهذا من أجل تجسيد المسؤولية المهنية على أرض الواقع لتصبح المهنة البنكية شأنها شأن المهن الأخرى على غرار مهنة المحاماة والطب.

ونطالب كذلك بمدونة أخلاقيات المهنة البنكية تتضمن الأخطاء المهنية شأنها في ذلك شأن بعض الدول على غرار مصر والإمارات.

ثانيا: التمييز بين الخطأ المهني وما يشابهه من أخطاء .

لئن كانت بعض الأخطاء محدودة المعالم واضحة في تعريفها فان أخطاء أخرى تبقى غير محددة علما وان بعضها تكون أحيانا أخطاء مزدوجة تنتمي إلى أنواع عديدة يمكن تسميتها بالأخطاء الجزائية والمدنية وأحيانا المهنية في نفس الوقت.

وبالنظر في حقيقة الأخطاء المهنية وبقية الأخطاء نلاحظ أن هناك اختلاف جوهري بينهم لهذا سنحاول تمييز الأخطاء المهنية عما يشبهها من أخطاء .

1- التمييز بين الأخطاء المهنية للمهنيين والأخطاء المهنية للموظفين:

من اجل التمييز بين الأخطاء المهنية للمهنيين عن الأخطاء المهنية للموظفين سوف نتطرق أولا الى تعريف الأخطاء المهنية للموظف

¹ النظام الداخلي لترست بنك الجزائر، انظر الملحق، 6.

أ-التعريف الفقهي للخطأ المهني للموظف:

لقد حاول الفقه جاهدا لوضع تعريف للخطأ المهني للموظف نظرا للقصور في الجانب التشريعي وكذا في أحكام القضاء الإداري ومن بين التعريفات نجد تعريف الأستاذة حمايتي صباح المنقول عن الفقيه André de laubadere الذي عرف الخطأ المهني بأنه: "كل خطأ يرتكب بواسطة الموظف أثناء ممارسة أو بمناسبة ممارسة الوظيفة يعرضه لجزاء تأديبي"¹.

أما الأستاذ شلالي محمد فيعرف الخطأ المهني للموظف نقلا عن الأستاذ ماجد راغب الحلو الخطأ المهني للموظف بأنه: "إخلال الموظف بواجبات وظيفته سواء وقع الإخلال عمدا أو إهمالا، وسواء كان الفعل المكون له متصلا بأعمال الوظيفة أو غير متصل بها كسلوك الموظف سلوكا مشينا في حياته الخاصة"².

أما الفقيه Duguít فيعرف الخطأ المهني بأنه: "كل عمل يقوم به الموظف بالمخالفات للالتزامات الخاصة التي تفرضها عليه وظيفته"³.

يستنتج بأن الخطأ المهني هو مخالفة الموظف العام لأحد الالتزامات المهنية التي تفرضها عليه وظيفته، سواء كان أثناء ممارسته الفعلية لها أو بمناسبةها وحتى الأفعال الأخرى التي تتنافى والتزامات وظيفته لذلك فالواجبات تختلف من وظيفة لأخرى بحسب المهام التي تتطلبها وان كان البعض منها يعتبر بمثابة القواعد العامة المشتركة بين جميع الوظائف، إذ في جوهرها هي واجبات للوظيفة بصفة عامة بغض النظر عن طبيعتها ومهامها⁴.

وبمقارنتنا لتعريف الخطأ المهني للموظف مع الخطأ المهني للمهنيين نلاحظ أن هناك نقاط اختلاف بين الخطأين وهذه النقاط تتمثل في:

¹ حمايتي صباح، الآليات القانونية لمواجهة القرارات التأديبية للموظف العام في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير تخصص تنظيم اداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، الجزائر، 2014، ص 12.

² شلالي محمد، تحديد الخطأ المهني للموظف العام بين النص القانوني والسلطة التقديرية للإدارة، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة يحي فارس المدية، ع 6، سبتمبر 2018، ص 148.

³ نقلا عن حمايتي صباح، المرجع السابق، ص 12.

⁴ شلالي محمد، المرجع السابق، ص 148.

ب- من حيث نطاق تطبيق الخطأ:

نلاحظ أن الخطأ المهني للمهنيين يطبق على فئة المهنيين بينما الخطأ المهني للموظفين يطبق على فئة الموظفين ونحن نعتبر أن هذا الاختلاف هو اختلاف جوهري لأن الموظف يختلف عن المهني وسنبين ذلك فيما يلي:

كما هو معروف فإن المرفق العام يشرف على سيرورته ما يعرف بالموظف الذي عرفه الأمر 03/06 المؤرخة في 15 جويلية 2006 في مادته الرابعة على أنه "يعتبر موظفا كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة في السلم الإداري"¹.

وتضمن الأمر 03/06 مجموعة من الضوابط التي تحكم الوظيفة العمومية، ولعل من أبرزها النظام التأديبي للموظف، ففي ضوء هذا الأمر تم التطرق إلى سلطة الإدارة في تحديد الأخطاء التأديبية والعقوبات المقابلة لها ومراحل تأديب الموظف والضمانات المكفولة له خلال سيرها في مواجهة القرار التأديبي الصادر في حقه².

أما بالرجوع إلى المهني نجد أنه يعرف بأنه كل شخص له علاقة بمهنة، أو كل شخص يمارس نشاط كعمل أو كل شخص يمارس نشاطا على ان يكون هذا النشاط ضمن تخصصه، وأما الفقيه Letourneau فيرى بأن المهني تاجر، وهو يستند في قوله إلى ما قاله Ripert بان المؤسسة هي العبارة الاقتصادية للنشاط المهني لشخص طبيعي أو معنوي³.

ومن التعريفات السابقة نلاحظ ان أهم الفوارق بين المهني والموظف تتمثل في:

- أن الموظف مرتبط بمفهوم الوظيفة العمومية بينما المهني مرتبط بالمهنة.
- المهني تاجر بينما الموظف ليس تاجرا.
- المهني يهدف إلى تحقيق الربح بينما الموظف لا يهدف إلى تحقيق الربح.
- الموظف مكلف بتسيير المرفق العام بينما المهني ليست له علاقة بالمرفق العام.

¹ الأمر 03/06، المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية، المشار اليه سابقا.

² مرغني حيزوم بدر الدين، تكييف الأخطاء المهنية للموظف العام في القانون الجزائري، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، م08، ع 5، نوفمبر 2019، ص 190.

³ بختاوي سعاد، المرجع السابق، ص 61.

- الموظف يخضع إلى القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية أما المهني فهو لا يخضع لهذا القانون.

-منازعات الموظف العام يفصل فيها القضاء الإداري بينما منازعات المهني يفصل فيها القضاء العادي...الخ.

ج- من حيث أساس المسؤولية:

الخطأ المهني هو أساس المسؤولية المدنية (المهنية) ولقد تطرقنا الى هذا سابقا، بينما الخطأ الوظيفي

هو أساس المسؤولية الإدارية.

وبخصوص أساس المسؤولية الإدارية فيرى الأستاذ احمد محيو أن الخطأ لا يشكل أساسا للمسؤولية، فهو شرط فقط لترتيبها وان أساس الالتزام بإصلاح الضرر هو فكرة مساواة الجميع أمام الأعباء العامة¹.

في حين يرى الأستاذ لحسن بن شيخ آث ملويا أن مسؤولية الإدارة هي مسؤولية ناشئة عن فعل الغير، وليست شخصية لأن الإدارة شخص معنوي لا يمكن مساءلتها شخصيا ويضيف قائلا: أنها انسلخت من المسؤولية المدنية وأصبحت لها قواعدها الخاصة والتميزة والتي كانت من ابتكار القضاء².

وتتميز المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ في الفرق بين طبيعة الخطأ وما يترتب عليه فاذا كان الخطأ في المسؤولية المدنية (المهنية) يتحمل مرتكبه الضرر فان الأمر في المسؤولية الإدارية يختلف عن ذلك.

لا تتحمل الإدارة عبء كل الأخطاء حيث لا تكون مسؤولة عن كل الأخطاء التي ارتكبت من موظفيها أو مراقفها³.

وينقسم الخطأ في المسؤولية الإدارية إلى خطأ شخصي وخطأ مرفقي ومسألة التفرقة بين الخطأين تجعل حدا فاصلا لتحميل تبعه الضرر سواء للموظف أو الإدارة، بينما هذه التفرقة غير موجودة في الخطأ المهني.

ونلاحظ ان المشرع الجزائري استخدم مصطلح الأخطاء المهنية للدلالة على أخطاء الموظفين وهذا ما نص عليه في الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 15 جويلية المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية⁴،

¹ احمد محيو، المنازعات الإدارية ترجمة فائز أنجق وبيوض خالد، ط6، د. م. ج، الجزائر، 2005، ص 213.

² لحسن بن الشيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية المسؤولية على أساس الخطأ، ط 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص 08.

³ رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية (تنظيم واختصاص القضاء الإداري)، ط 2، د. م. ج، الجزائر، 2005، ص 09.

⁴ الامر رقم 03/06 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية، المشار اليه سابقا.

إلا أننا لا نوافق الرأي ونرى أنه من الأجدر تغيير مصطلح الأخطاء المهنية للموظفين الى مصطلح الأخطاء الوظيفية نسبة إلى الوظيفة، وانفراد فئة المهنيين بمصطلح الأخطاء المهنية لأنهم هم الأحق بهذه التسمية، ولتكون التفرقة واضحة بين الأخطاء المهنية والأخطاء الوظيفية، ولا نقع في لبس بعد ذلك.

2- التمييز بين الخطأ المهني والخطأ التأديبي

نظرا لكون الموظفين هم الذين يقومون بتنفيذ سياسة الدولة والمسؤولين على تحقيق أهدافها في كافة المجالات، غير أن ذلك لا يمنع هؤلاء الموظفين من ارتكاب أخطاء ومخالفات أثناء قيامهم بوظيفتهم تسمى هذه الأخطاء والمخالفات بالأخطاء التأديبية¹.

وبمقارنتنا للخطأ المهني مع الخطأ التأديبي نلاحظ ان هناك نقاط اختلاف بين الخطأين وهذه النقاط تتمثل في:
أ- من حيث أساس المسؤولية:

الخطأ التأديبي هو أساس المسؤولية التأديبية وهو الإخلال بواجبات الوظيفة إيجابا أو سلبا وهذا وفقا للمادة 160 من الأمر 03/06 حيث نصت هذه المادة على: "يشكل كل تخل عن الواجبات المهنية أو مساس بالانضباط وكل خطأ أو مخالفة من طرف الموظف أثناء أو بمناسبة تأدية مهامه خطأ مهنيا ويعرض مرتكبه لعقوبة تأديبية، دون المساس عند الاقتضاء بالمتابعات الجزائية"².

أما الخطأ المهني هو أساس المسؤولية المدنية (المهنية) وهو الخطأ الذي يرتكبه أصحاب المهن أثناء ممارستهم لمهنتهم ويخرجون فيها عن السلوك المهني المألوف، طبقا للأصول المستقرة³.

ب- من حيث نطاق تطبيق الخطأ:

الخطأ المهني يعني فئة المهنيين ويتحدد من خلال ارتكاب المهني خطأ شخصي يصيب الغير، أما الخطأ التأديبي فيتعلق بفئة الموظفين والمهنيين معا يتحدد من خلال ارتكاب الموظف أو المهني للخطأ التأديبي الذي يستوجب عقوبة تأديبية، بينما الخطأ المهني المقيم للمسؤولية المدنية فان عقوبته تتمثل في التعويض

¹ زايد محمد، المسؤولية التأديبية للموظف العام، مجلة دراسات في الوظيفة العامة، ع 1، ديسمبر 2013، ص 82.

² الأمر 03/06، المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية، المشار إليه سابقا.

³ بختاوي سعاد، المرجع السابق، ص 64.

3- تمييز الخطأ المهني عن الخطأ التقصيري والعقدي:

يختلف الخطأ المهني عن كل من الخطأين العقدي والتقصيري ويؤحدُ بينهما في نفس الوقت، فالخطأ العقدي وفقاً لعبارة نص المادة 172 من القانون المدني الجزائري التي تنص على: "في الإلتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء، أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك وعلى كل حال يبقى المدين مسؤولاً عن غشه، أو خطئه الجسيم"¹.

يقدر الخطأ العقدي حسب هذه المادة بمعياري موضوعي يقاس بمسلك الرجل العادي، وهو نفس المعيار المتخذ أيضاً لتقدير الخطأ التقصيري، حيث يقاس سلوك المهني (البنك مثلاً) محدث الضرر بسلوك الشخص العادي من أوسط الناس حيلة وحذر.

وإذا كان سلوك الشخص العادي هو المعيار لقيام الخطأ العادي فإنه يقتضي في الخطأ الفني (المهني) بالنسبة لأصحاب المهن أن يكون سلوك شخص من أوسطهم هو المعيار لقيامه ومثل هذا الشخص لا يجوز له أن يخطئ فيما استقرت عليه أصول الفن العائدة لمهنته، والأصول المستقرة هي تلك التي لم تعد محلاً للمناقشة بين رجال الفن بل أن جمهرتهم يسلمون بها ولا يقبلون فيها جدلاً².

ولو نأخذ البنك مثلاً باعتباره مهني فإن العملاء مع البنوك ينتظرون منه أكثر مما ينتظرونه من غيره من الأشخاص العاديين حتى ولو كان أكثر الناس حرصاً وتبصراً، لذلك فإنه من الطبيعي ألا يقاس سلوك البنك بسلوك الشخص العادي وإنما يقاس بسلوك بنك مهني مثله.

وعادة ما يعتمد القاضي إلى التشدد في تقدير جسامه الخطأ نظراً لأن خطأ البنك مهني، فمرتكبه صاحب اختصاص وخبرة.

¹ الأمر رقم: 75-58 المتضمن القانون المدني، المشار إليه سابقاً.

² بختاوي سعاد، المرجع السابق، ص 65.

والملاحظة أن المحاكم قد أصبغت على خطأ البنك صفة الخطأ المهني.¹ والهدف من هذا هو إعطاء حماية أكبر للعميل بسبب عدم التوازن بين المتعاقدين وغير المتعاقدين مع البنوك، ولعدم كفاية الحماية التي أوردتها النصوص القانونية للعملاء.

الفرع الثاني: معيار تحديد الخطأ البنكي

يثير الخطأ البنكي إشكالا في غاية الدقة يتمثل في المعيار الذي على أساسه يتم تقديره، ومن ثم إمكانية مساءلة البنك عنه، والمعيار هو وسيلة معنوية يهتدي بها المشرع عندما يقوم بصناعة القاعدة القانونية كما يهتدي بها القاضي وهو بصدد وضع الحكم القضائي بعدما يفرغ من استقراء الوقائع المطروحة عليه.²

ونظرا لطبيعة المهنة البنكية واعتبار أن البنك صاحب اختصاص وخبرة جعل إيجاد معيار للخطأ البنكي أمرا صعبا لان الفقهاء لم يتفقوا على معيار محدد يطبق على الأخطاء المهنية ففي بادئ الأمر ظهرت نظريتين هما النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية اللتان حاولتا تحديد معيار للخطأ بصفة عامة وللخطأ المهني (البنكي) بصفة خاصة لكنهما لم يسلما من النقد ما جعل الفقه والقضاء يبحثان عن معيار آخر يمكن الأخذ به ويكون أكثر ملائمة وعقلانية وهذا أدى إلى ظهور نظرية أخرى وهي النظرية المختلطة.

أولا: المعيار الشخصي للخطأ البنكي

يعتمد المعيار الشخصي بالمقارنة بين ما اعتاد عليه المخطئ من سلوك وما كان عليه تصرفه ووضعته الذهني مقارنة بهذا السلوك، فيوصف بالإهمال فيما إذا كان هذا التصرف ناتجا عن خروج على سلوكه المعتاد.³ ومقتضاه وجوب النظر إلى الشخص المخطئ، وظروفه الخاصة ومقارنة ما صدر عنه من تصرف مشوب بشبهة الخطأ بما اعتاد عليه من تصرف وعناية في مثل ظروف الواقعة، فإذا تبين أن التصرف أو السلوك موضوع الاتهام أقل دقة وعناية مما إعتاده في مثل هذه الظروف، وأنه كان يستطيع في أحواله العادية أن يتجنب الفعل الضار المنسوب إليه اعتبر مقصرا.⁴

¹ عبد المجيد محمد عبودة، المرجع السابق، ص 254.

² بن عمارة محمد، المعيار الذاتي والموضوعي في القانون المدني الجزائري، مجلة دراسات وأبحاث، م 5، ع 11، جوان 2013، ص 44.

³ مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص ص 252، 253.

⁴ كوسة حسين، المرجع السابق، ص 128.

ولذلك يمكن القول إن المعيار الشخصي للخطأ هو عبارة عن فكرة شخصية بحتة فقد يتوافر الخطأ في شخص ما، ولا يتوافر في شخص آخر، برغم أنهما سلكا نفس المسلك ولكن الأول كان على إدراك وبصيرة بخلاف الآخر الذي لم يكن كذلك وكان مهملًا متصفا بالرعونة¹.

وإعمالاً لهذا المعيار فإنه يتم قياس سلوك البنك في ظروف معينة على أساس تصرفه المعتاد أو ما كان في وسعه أن يفعله في الظروف التي أحاطت به سواء كانت هذه الظروف خارجية أم خاصة بالبنك، بمعنى أن تتم مقارنة ما صدر عنه من تصرف خاطئ بما اعتاد اتخاذه من تصرفات في الظروف ذاتها، فإذا تبين أن تصرفه كان أقل حيطة وحذراً مما إعتاده في مثل هذه الظروف أمكن إسناد الخطأ إليه.

1- الحجج:

واحتج أنصار النظرية الشخصية بحجة أن اعتماد التقدير الشخصي لا شك في عدالته، بدرجة أكبر من المعيار الموضوعي، لأنه يعامل كل شخص وفقاً لظروفه وحالته، ومحاسبته بقدر يقظته وفطنته، إضافة إلى أن هذا المعيار يلغى من ناحية أخرى التفرقة بين الخطأ القانوني والخطأ الأخلاقي المترتبة عن الأخذ بالمعيار الموضوعي، ففي ظل المعيار الشخصي لن يكون هناك سوى خطأ واحد وبالتالي لن يكون الشخص مسؤولاً مسؤولية قانونية إلا إذا أحس بالفعل أنه ارتكب خطأ أخلاقياً².

2- نقد المعيار الشخصي:

وجه أنصار المعيار الموضوعي انتقادات شديدة لهذا المعيار السابق وذلك تأسيساً على:

- إن المعيار الشخصي لا يصلح كمعيار قانوني لتقدير السلوك المنحرف للشخص، وذلك لأنه يتطلب قياس الانحراف بالنظر إلى ذات الشخص ونفسيته وظروفه الداخلية والشخصية وقدراته الخاصة وما به من يقظة وفطنة³، وخبرته المهنية ووضعه الاجتماعي والثقافي، ليقرر ما إذا كان قد استعمل الدراية التي يتحلى بها عادة في تصرفه أم أنه أهمل ما اعتاد بذله من حيطة وحذر⁴، وهذا أمر يتعذر بلوغه في الحياة العملية ويخالفه الواقع ويفوق متناول القضاء⁵.

¹ أحمد شعبان محمد طه، المسؤولية المدنية عن الخطأ المهني لكل من الطبيب والصيدلي والمحامي والمهندس المعماري، دار الجامعة الجديدة، د. ط، الإسكندرية، مصر، 2015، ص 61.

² بن الصغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية-دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 56.

³ أحمد شعبان محمد طه، المرجع السابق، ص 61.

⁴ مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 254.

⁵ بن الصغير مراد، الخطأ الطبي في ظل لقواعد المسؤولية المدنية-دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 57.

فمثلاً إذا وقع خطأ من البنك اتجاه العميل بتصرفه العادي الذي يقع من البنك في الأحوال العادية فإذا اتضح أنه كان بوسعه تقادي العمل الضار ولم يفعل اعتبر مقصراً وثبت الخطأ في حقه.

فإذا فرضنا على القاضي التحري في كل حالة عن إمكانيات الفاعل الشخصية لاستعاب الموجب والقيام به لطلبنا منه عملاً شاقاً ودقيقاً للغاية وغير مأمون¹ وهذا يفوق قدرات القاضي ويجعل تجسيده على أرض الواقع أمر مستحيل.

ويتضح من هذا المثال عدم صلاحية المعيار الشخصي كمعيار لتحديد الخطأ المهني (الخطأ البنكي) بصفة خاصة، أو الخطأ بصفة عامة، حيث أنه بمجرد حدوث الضرر الذي يقع على المضرور يستوجب ذلك أحقيته في اقتضاء التعويض من المسؤول وذلك لتوافر المسؤولية المدنية نتيجة الخطأ الحادث أياً كانت بواعث الانحراف عن السلوك سواء كانت شخصية أو موضوعية طالما أن الخطأ حدث بالطريقة أو الأسلوب الذي يخرج عن التصرف الطبيعي للشخص المعتاد².

كما أن القول بالمعيار الذاتي أو الشخصي من شأنه أن يؤدي إلى مكافأة من اعتاد التقصير والإهمال بعدم محاسبته على تقصيره، ومجازاة ومحاسبته من اعتاد اليقظة على أقل هفوة يهفوها³.

والأخذ بهذا المعيار يؤدي إلى حرمان المضرور من التعويض بحجة أن الفاعل كان أقل من المستوى العادي من اليقظة والحرص مما يترتب عليه نتائج غير عادلة وتتمثل أولى هذه النتائج في أن الضرر يلحق بالمضرور دون أن يكون هناك تعويض لهذا الضرر من الفاعل، كما أن الفاعل لا يسأل عن فعله نظراً لأنه غير قادر على الإدراك والتبصر.

وأخيراً نقول إن الأخذ بالمعيار الشخصي كمعيار لتحديد الخطأ البنكي هو معيار غير كاف بل على العكس نحن نرى أنه يتضمن خطورة تتمثل في عدم حث البنوك ودفعهم على المحافظة على الحيطة والحذر، بل على العكس يشجعهم على الإهمال، وأعمال هذا المعيار يؤدي إلى حرمان العملاء مع البنوك من التعويض بحجة أن البنك لم يكن في المستوى العادي من اليقظة والحرص وهذا يؤدي إلى اتساع الهوة بين البنك والعميل، لذلك كانت الحاجة ملحة للبحث عن معيار آخر أكثر ملائمة لقياس أخطاء البنك.

¹ مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 255.

² أحمد شعيبان محمد طه، المرجع السابق، ص 62.

³ بن الصغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية-دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 57.

ثانياً: المعيار الموضوعي للخطأ البنكي

يقصد بالمعيار الموضوعي جملة القواعد العامة التي يشيدها المشرع، وهي قابلة للتغيير ومؤكددة مستمدة من الملاحظة العامة والمجردة للسلوك المتوسط.

والانحراف على مستوى المعيار الموضوعي يتمثل في انحراف في السلوك على المستوى الاجتماعي المألوف المتوسط المتخذ كنمط نمذجي في مجال معين ولغرض معين، ولو لم يشكل هذا السلوك المنحرف في حد ذاته انحرافاً مألوفاً من الناحية الأخلاقية¹.

ويتحدد المعيار الموضوعي وفقاً لأنصار هذه النظرية في نطاق الشخص المعتاد الموجود في نفس الظروف الواقعة التي وجد فيها الفاعل، فإذا تبين من المقارنة بين ما صدر عن الشخص من سلوك مشوب بالخطأ وبين ما يمكن أن يصدر عن الشخص المعتاد، أي متوسط الحيطة والحذر في نفس الظروف انه لم يراع الحيطة والحذر عدّ مخطئاً، أما إذا أثبت نفس القدر الذي يتخذه الشخص المعتاد وهو الشخص الذي يقدر الأمور ويتصرف في مواجهتها على النحو المألوف المتفق مع الخبرة الإنسانية العامة تعذر إسناد الخطأ إليه².

وكمثال على ذلك فان القاضي في سبيل تقدير خطأ البنك يجب عليه أن يقيس تصرف البنك المخطئ مع تصرف بنك آخر من نفس المستوى والأخذ بالمعيار الموضوعي يقتضي عدم الاعتداد بالظروف الذاتية والداخلية للبنك موضع المسؤولية.

أي أنه يقصد بالمعيار الموضوعي المجرّد مقارنة سلوك الشخص المسؤول ليس بما يجب عليه أن يسلكه هو ذاته، وإنما بما يجب أن يسلكه شخص مجرد يعتبر سلوكه نموذجاً لما يتوقع إتباعه من غالبية الناس وجمهرتهم فلا هو خارق الذكاء شديد الفطنة فيرتفع إلى الذروة، ولا هو محدود الفطنة حامل الهمة فينزل إلى الحضيض³.

ووفقاً لهذا المعيار يلزم ان نضع الشخص المعتاد في الظروف الخارجية التي وجد فيها المدعي عليه (المسؤول) وليس الظروف الداخلية لأنه إذا تم الأخذ في الاعتبار بالظروف الداخلية المحيطة بالمدعى عليه

¹ بن عمارة محمد، المرجع السابق، ص 56.

² فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2012، ص ص 180، 181.

³ منصور جواد، توجيهات المسؤولية المدنية الطبية، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2016، ص 20.

والكامنة في ذاته فانه يعني التسليم والموافقة على المعيار الشخصي ويعني أيضا الخلط بين المسؤولية الجنائية التي تهتم بالبواعث والظروف الداخلية نظرا لأنها محل اعتبار عند تقدير العقوبة وبين المسؤولية المدنية التي لا تقرر العقوبة، وإنما تحدد التعويض عما لحق المضرور من ضرر نتيجة خطأ المسؤول عن هذا الضرر، وذلك وفقا للظروف الخارجية دون الاعتداد بالظروف الداخلية¹.

وهذه التفرقة دفعت جانب من الفقه إلى انتقاد هذا المعيار ومن بينهم الفقيه سليمان مرقس الذي عقب قائلا: "إن هذه التفرقة لو كان منصوص عليها قانونا، لكان ما تؤدي إليه من مثل هذه النتائج غير المقبولة كفيلا بحمل المحاكم على التحايل على النصوص تقاديا لهذه النتائج، أما وأنها لا نص عليها من قريب ولا من بعيد وليست نتائج حتمية لأي مبدأ من المبادئ القانونية المسلمة، بل إنها وليدة الاختيار الحر أو بعبارة أخرى أنها تفرقة تحكيمية فحسب، فان نتائجها المذكورة كفيلا بالحكم عليها أو تتطلب على الأقل تحويرها أو تعديلها أو تكملتها بما يجنبها الوصول إلى هذه النتائج غير المقبولة².

وكمثال على ذلك فان المتعاملين مع البنوك عند اختيارهم للبنوك يعتمدون في ذلك على عدة عوامل لها صلة وثيقة بالبنك المختار كتخصصه او نسبة رأسماله او عدد فروعها، او عدد المتعاملين معه او نسبة الأرباح... إلخ، وكل هذه العوامل هي عوامل داخلية ولا يمكن اهمالها عند تقدير خطأ البنك اتجاه العميل.

والعميل هنا يعلق آمال كبيرة على البنوك المتخصصة والكبيرة والتي لها رأسمال كبير، والتي لها باع في المهنة البنكية داخليا وخارجيا وهو ينتظر منها الكثير، فهل يقبل أن يدفع هذا البنك بعدم مسؤوليته اتجاه العميل والتذرع بأنه ليس ملزما أكثر من بنك عادي بحجة أن تخصصه وكفاءته وخبرته البنكية هي عبارة عن ظروف داخلية وخاصة به لا ينبغي ان يقيم لها وزن في تعيين مدى التزامه اتجاه هذا العميل.

وأمام هذا الوضع والصراع الدائر بين الفقهاء وهروبا من الانتقادات التي وجهت إلى كل من المعيار الذاتي والمعياري الموضوعي المجرد الذي لا يعتد بالظروف الخارجية ذهب جانب من الفقه إلى دمج المعيار الموضوعي بالمعيار الذاتي تحت عنوان "المعيار المختلط"³.

¹ أحمد شعيبان محمد طه، المرجع السابق، ص 64.

² منصور جواد، المرجع السابق، ص 21، 22.

³ قوادري مختار، تراجع فكرة الخطأ الطبي في القانون المدني المقارن، مجلة دفاتر السياسة والقانون، ع 13، جوان 2015، ص 366.

ثالثاً: المعيار المختلط للخطأ البنكي

في مواجهة الانتقادات الكثيرة للمعيارين السابقين لجأ الفقه إلى هذا المعيار في تقدير الخطأ، وهو ضابط توافقي اخذ من المعيارين الموضوعي والشخصي¹، وبالنسبة لمسؤولية أصحاب المهن فإنه ينطبق ذات المعيار² المختلط لقياس وتحديد الخطأ المهني، إذ تعويلاً عليه نضبط الخطأ في حق الطبيب بمطابقة سلوكه للسلوك المألوف للطبيب المعتاد الوسط من نفس فئة الطبيب المسؤول ومستواه وان الطبيب الذي يؤخذ معيار للخطأ الطبي يجب إلا يتجرد من الظروف التي أحاطت بالطبيب محل المساءلة³.

وقد اعتمد هذا الرأي في تأسيسهم له على عدة اعتبارات وأهم هذه الاعتبارات هما الاعتبار العلمي والاعتبار القانوني.

1- الاعتبار العلمي: يتلخص في الصعوبة التي يصادفها الباحثون والقضاة في التمييز بين الأخطاء الجسيمة والأخطاء اليسيرة زد على ذلك غياب معيار تشريعي خاص بالخطأ ولتخفيف العبء على هؤلاء فان موالي هذا الرأي يقترحون الأخذ بجسامة النتائج والأضرار وعدم الاكتراث بجسامة الأخطاء.

2- الاعتبار القانوني: يتمثل هذا الاعتبار في ضرورة التزام الطبيب (المهني) لقواعد الحيطة والحذر، وتقيدته بالقواعد التي ترضها عليه مهنته حتى لا يكون لهم امتياز خاص عن الأشخاص العاديين ينأى بهم عن المساءلة لكي يكون الكل سواسية أمام قواعد العدالة والمساواة⁴.

وفي الأخير فإننا نرى أن تحديد معيار الخطأ البنكي والذي نراه مناسباً ونرجحه فيما يتعلق بتقدير تصرف البنك هو اعتماد المعيار المختلط، والذي يأخذ بالعوامل الشخصية التي لها صلة وثيقة بالمهنة البنكية، وبمركز البنك وكفاءته، وإضافتها إلى عناصر المعيار الموضوعي، بحيث يراعي فيها الظروف الخارجية والمستوى المهني للبنك، بحيث يقارن تصرف البنك المخطئ بتصرف بنك آخر له نفس الخصائص ووضع في نفس ظروف البنك المخطئ.

¹ ابن الصغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية-دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 62.

² أحمد شعبان محمد طه، المرجع السابق، ص 65.

³ ابن الصغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية-دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 62.

⁴ منصور جواد، المرجع السابق، ص 23.

المبحث الثاني: ضرر العميل بسبب الخطأ البنكي والعلاقة السببية بينهما

لا تكفي لقيام مسؤولية البنك المدنية أن يكون هناك خطأ في المسؤولية العقدية وفعل ضار في المسؤولية التقصيرية وضرر في كل منهما، بل يشترط أيضا أن يكون الضرر الذي لحق بالعميل ناشئا عن الخطأ أو الفعل الضار الذي قام به البنك، لأنه حتى تقوم المسؤولية المدنية للبنك يشترط أن تقوم علاقة سببية بين الخطأ والضرر ومقتضي ذلك أن يكون الضرر نتيجة للخطأ لكي يتحقق الجزاء ويصبح من حق العميل المطالبة بتحقيق العدالة التي رسمها المشرع.

وعلى هذا ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: ضرر العميل بسبب الخطأ البنكي.

المطلب الثاني: العلاقة السببية بين ضرر العميل والخطأ البنكي.

المطلب الأول: ضرر العميل بسبب الخطأ البنكي

الضرر ركن من أركان المسؤولية المدنية، فإذا لم يكن ثمت ضرر، فليس من مسؤولية مدنية سواء كانت تصيرية، أم كانت عقدية، وهذا على ما تقرر كقاعدة أن لا دعوى بغير مصلحة وفي هذا تقترب المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية التي يمكن أن تقوم بغير حدوث ضرر ما، فالشروع في بعض الجرائم معاقب عليه ولو لم يترتب عليه ضرر، وكذلك الحال في كثير من المخالفات، كما تقترب عن المسؤولية الأدبية فيما توجبه من مؤاخذة عن الخطأ بغير النظر الي نتائجه ولو لم يترتب عليه ضرر للغير¹، وبالتالي يعد الضرر أساس المسؤولية المدنية لأنه محل الالتزام بالتعويض الذي ينشأ عن الخطأ واذا انتفى فلا تقوم المسؤولية لان هدفها هو إزالة الضرر ولا تقبل دعوى المسؤولية².

ولهذا فقد قيل إن الضرر هو روح المسؤولية المدنية والعنصر الأساسي فيها فاذا لم يثبت فلا محل للبحث في المسؤولية³.

ويعرف الضرر في مفهومه العام بأنه الأذى الذي يلحق الشخص المضرور نتيجة خطأ الغير، وهذا الضرر قد يلحق الشخص في بدنه أو ماله فيكون حينئذ ضررا ماديا⁴، وهناك من يستعمل اصطلاحين مختلفين بالفرنسية وهما: le préjudice et le dommage فيستعمل المصطلح الأول حينما يتعلق الامر بالأضرار التي تصيب الأموال أما المصطلح الثاني فيستعمل للدلالة على الأضرار التي تصيب الحقوق الغير مالية⁵ فالضرر قد يكون ماديا متمثلا في المساس بمصلحة ذات قيمة مالية وقد يكون ادبيا يصيب المضرور في قيمة غير مالية كشعوره أو عاطفته أو كرامته أو غير ذلك من القيم⁶.

كما يعرف الضرر كذلك بأنه الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له⁷، فهو يكون سواء تعلق الأمر بوجود عقد أم لا، أي أن الضرر ينتج عن الخطأ العقدي

¹ حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المرجع السابق، ص 332.

² سميشي فاتن، المسؤولية المدنية عن نقل الدم في التشريع الجزائري والمقارن، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، فرع العقود والمسؤولية المدنية، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2017، ص 200.

³ Lewis, Charles J, medical Negligence: A practical guide, 1998, p110.

⁴ محمدي بدر الدين، المسؤولية المدنية الناشئة عن المساس بالحق في الحياة الخاصة، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، 2015، ص 270.

⁵ Bertrand Fages, droit des obligations, 5^e Edition, LGD J, 2015, p 341

⁶ وكواك الشريف، التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي في مسؤولية المستشفى العام، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016، ص 289.

⁷ Andoine Vialard, droit civil algérien, la responsabilité civile, ditictuelle, 2^{eme} Edition, office des publication universitaires, Algérie, 1986, p 152.

أو ينتج عن الخطأ التقصيري، وقد جاء عن المحكمة العليا الجزائرية إشارة إلى الضرر الناتج عن الخطأ العقدي في حيثيات إحدى قراراتها بقوله: (إن الشخص لا يتعاقد إلا لتحقيق مصلحة من وراء الحصول على منفعة معينة ويؤدي عدم تنفيذ العقد إلى فوات تلك المصلحة)، وفي قرار آخر أشارت إلى الضرر الناتج عن الخطأ التقصيري بقولها (لما كانت قواعد المسؤولية التقصيرية تسمح للدائن-عند تعدد طرفي الالتزام- مطالبة المدينين المتضامنين مجتمعين أو منفردين، فإنه لا يجوز للمدين المعارضة على الوفاء بكل الدين مادام القانون قد خول له حق الرجوع على من شاركه في الضرر بقدر حصته في المسؤولية ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق قواعد المسؤولية عن العمل الشخصي، غير سديد ويستوجب الرفض¹.

والأصل أن مسؤولية البنك تقوم على أساس الخطأ والضرر معا وليس على أساس الضرر فقط، وذلك طبقا للقواعد العامة للمسؤولية المدنية فالبنك يستطيع ان يدرا عن نفسه المسؤولية إذا اثبت انه لم يخطئ أو إذا نفي علاقة السببية بين خطئه وبين الضرر الذي عاد على العميل².

وهذا ما سايره القضاء، فقد حكم في قضية تتلخص وقائعها بان شخصا اشترى آلة من تاجر أمريكي بعقد بيع وأخطأ البنك، فدفع مقابل مستندات والفرق بينهما طبقا للمستندات يلزم المشتري بدفع أجرة النقل بخلاف حالة البيع إذ هي تدخل في الثمن الإجمالي وقد رفضت المحكمة مساءلة البنك مع إقرارها بخطئه، لان المشتري قد استفاد من العملية، إذ أن ثمن البيع مضافا إليه أجرة النقل كانت اقل من الثمن المتفق عليه في البيع³.

ولذلك يجب علي المدعي في دعوي المسؤولية أن يبدأ بإثبات الضرر قبل إثبات ركن الخطأ والسببية، وعليه تنشأ المسؤولية من وقت تحقق الضرر فعلا أو من الوقت الذي يصير فيه الضرر محققا للوقوع ويعتبر هذا الوقت هو الذي تبدأ منه تقادم دعوي المسؤولية ولو كان الخطأ الذي يسبب الضرر سابقا على ذلك بمدة طويلة⁴.

¹ خالدي أمين، المرجع السابق، ص 339.

² عزالدين الديناصوري و د. عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، د. ط، 1988، ص 1601.

³ خالدي أمين، المرجع السابق، ص 340.

⁴ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 145.

تتنوع صور الضرر البنكي الذي يصيب العميل، فالضرر قد يكون مادي وقد يكون أدبي والتعويض عن الضرر يكون بشقيه، مع الملاحظة أن التعويض عن الضرر المادي تنتقل إلى الورثة كل بقدر نصيبه بالميراث أما الضرر الأدبي هو حق شخصي للمضرور نفسه ولا ينتقل إلى الورثة¹.

وليس كل ضرر يلحق بالعميل (المضرور) يستوجب التعويض بل لا بد أن تتوافر فيه الشروط المحددة.

ولهذا ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: صور الضرر البنكي الذي يصيب العميل.

الفرع الثاني: شروط تحقق الضرر في المجال البنكي.

الفرع الأول: صور الضرر البنكي الذي يصيب العميل

لم يتفق الفقهاء حول أنواع الضرر في المسؤولية المدنية بصفة عامة فهناك من قسم الضرر إلى ثلاثة

أنواع وهي:

ضرر مالي يصيب الذمة المالية للمدين وضرر جسدي يصيب الدائن في جسده، وضرر معنوي يصيبه في أحاسيسه ومشاعره.

وهناك من الفقهاء من اعتمد على التقسيم الثنائي لأنواع الضرر النوع الأول هو الضرر المعنوي والنوع الثاني هو الضرر المادي حيث اعتبروا أن الضرر المادي يضم في طياته الضرر الجسدي والضرر المالي معا وهذا الاختلاف في نظرنا هو اختلاف بسيط وشكلي.

إلا أن هناك جانب من الفقهاء وعلى رأسهم الدكتور بلحاج العربي² الذي اعتمد على تقسيم آخر ويتمثل هذا التقسيم في:

النوع الأول: هو الضرر المادي.

النوع الثاني: هو الضرر المعنوي.

النوع الثالث: هو الضرر المرتد وهو من صنع الفقه والقضاء.

¹فتحي توفيق الفاعوري، الخطأ الطبي الجسيم في المسؤولية المدنية للطبيب، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، م 5، ج 19، 2016 ص 317.

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 145.

فالضرر يلحق في العادة بالشخص المصاب على مصالحه المادية أو المعنوية، أي في ماله أو جسمه أو معنوياته، غير أن هذا الضرر لا يقتصر أحيانا على المضرور وحده، بل قد يرتد أو ينعكس على أشخاص آخرين يصيبهم شخصا بوقوعه أضرارا أخرى، ويسمى هذا الضرر بالضرر المرتد أو الضرر المنعكس لأنه يقع بطريق الارتداد لضرر آخر ويكون نتيجة له، ويعتبر ضرا مباشرا يتعين التعويض عنه¹.

ومما سبق يمكننا القول بان العميل قد يصيبه ضرر من جراء الأخطاء البنكية وهذا الضرر قد يكون ضرا ماديا كما انه يمكن أن يكون ضرا معنويا، أي إننا اعتمدنا على التقسيم الثنائي لأنواع الضرر لأنه في اعتقادنا هو الأصح وهو الأنسب لدراستنا هذه.

أولاً: الضرر المادي للعميل

يمس الضرر المادي بمصالح مالية داخلية ضمن الذمة المالية للمتضرر فينتقص منها أو يعدمها، كما يمس بالممتلكات فيعطبها أو يتلفها أما إذا مس بسلامة الإنسان في حياته أو جسده فيعتبر إيذاء للشخص المعتدي عليه.

وبصورة عامة يشكل الضرر تعديا على حق من حقوق الإنسان في سلامة نفسه وممتلكاته فينتقص منها أو يعطلها أو يتلفها أو يغتصبها أو يحول دون مالها واستعمالها أو استثمارها².

ويعرف الضرر المادي بأنه الضرر الذي يصيب الإنسان في جسمه أو ماله أو حق من الحقوق التي تدخل في تقييم ثروته، ويمكن تعريفه أيضا بأنه إخلال بحق المضرور ذي قيمة مادية، أو مصلحة مشروعة له ذات قيمة مالية ويشمل في كلا الحالتين خسارة لحقت بالمضرور والكسب الذي فاتته³.

نستشف من التعاريف السابقة أن الضرر للعميل قد يكون ضرا جسديا أي يصيب العميل في جسده كما انه يمكن أن يصيب العميل في ذمته المالية، كما انه يمكن أن يصيبهما معا.

1- الضرر الجسدي للعميل:

الجدير بالذكر إن هذا الضرر يبدو من الوهلة الأولى انه لا ينطبق على العميل كون ان البنك مرتكب الخطأ هو شخص معنوي وانه من المستبعد ان يلحق ضرا بجسد العميل ولكن الواقع العملي اثبت عكس ذلك،

¹ بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 155.

² مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 165.

³ بيرك فارس حسين، تعويض الأضرار عن الأعمال الإرهابية، مجلة جامعة تكريت للحقوق، م 1، ع 2، ج 1، 2016. ص 445.

فالبنك يمكن مساءلته بناء على قواعد المسؤولية عن الأشياء طبقا لنص المادة 138 من القانون المدني الجزائري: "كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة، يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء"¹.

وهذه الأشياء قد تلحق ضررا بالعميل مما يؤدي الى قيام مسؤولية البنك المدنية.

ولإقامة هذه المسؤولية يجب ان يتوفر شرطان هما:

الشرط الأول: ان يتسبب الشيء بإحداث الضرر أي وجود علاقة سببية بين الشيء والضرر² وهو ما قد يحصل بسبب هذه الأشياء التي يمكنها ان تلحق أضرار جسدية بالعميل كإصابة العميل بصعقة كهربائية نتيجة لاستعماله الصراف الآلي مثلا، أو سقوط حائط عليه داخل البنك.

الشرط الثاني: هو ضرورة أن يكون هذا الشيء في حراسة شخص معين وتقوم فكرة الحراسة الفعلية على عنصرين: عنصر مادي يتمثل في وجوب أن يتوفر الحارس على سلطة رقابة الشيء وتوجيهه واستعماله وعنصر معنوي يتحدد في مباشرة الشخص لتلك السلطات لحسابه الخاص ولمصلحته الشخصية دون الخضوع لرقابة وإدارة شخص آخر³، والصراف الآلي، الحاسوب... الخ هي أشياء تحت حراسة البنك، وهذه الأشياء قد تتسبب بأضرار جسدية للعميل، حتى وان كانت هذه الأضرار نادرة الوقوع إلا انه ممكن وقوعها.

والضرر الجسماني هو ما يصيب الإنسان في جسده من إصابات أو عجز أو ما يؤدي إلى وفاته فكلها تعد من قبيل الأضرار الجسدية التي من شأنها ان تؤدي إلى أضرار مادية تتمثل في العجز عن الكسب أو تحمل نفقات العلاج وغيرها.

أو هو الضرر الذي يصيب الإنسان في جسمه ويؤدي إلى إصابته أو وفاته، كما يرتب أضرارا مادية أو أدبية للضحية مباشرة أو للغير (الضرر المرتد) تستوجب التعويض⁴.

¹ الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المشار إليه سابقا.

² قدة حبيبة، تقنيات النقل المصرفي وآلياته في ظل التحويلات الاقتصادية، أطروحة دكتوراه في علوم القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة 1، الجزائر، 2014، ص 254.

³ قدة حبيبة، المرجع نفسه، ص 254.

⁴ خميس سناء، المسؤولية الموضوعية كآلية تعويضية لضحايا حوادث المنتجات المعيبة (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير في القانون، فرع قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015، ص 67.

والتعويض عن الضرر الجسدي يخضع لسلطة القاضي التقديرية، نظرا لعدم وجود قواعد ثانية تحكم مسألة التقدير، إذ يختلف التعويض باختلاف الإصابة والضرر¹.

كما تجدر الإشارة الى ان الضرر الجسدي للعميل نتيجة الأخطاء البنكية لا ينجر عن المسؤولية عن الأشياء فقط، بل يمكن ان يصاب العميل بأمراض نفسية وأزمات صحية تصيب جسده نتيجة لعدم تقبله للخطأ البنكي، مثلما حدث في قضية الخليفة بنك فقد صرح السيد محمد عابد رئيس جمعية ضحايا الخليفة بنك لقناة الجزيرة يوم 2014/1/5 أن الكثير من الضحايا أصيبوا بأمراض مزمنة ومنهم من مسه الجنون وعدد كبير منهم طلقوا زوجاتهم بسبب إفلاسهم².

وفي نظرنا فان كل هذه الأضرار هي أضرار جسدية أصابت عملاء بنك الخليفة وان هناك علاقة مباشرة بين خطأ بنك الخليفة وضرر العملاء.

2- الضرر المالي:

هو ذلك الضرر الذي يلحق بالذمة المالية للشخص ويعبر عنه أيضا بالمساس بالمصلحة المالية في مصلحة يمكن تقويمها بالنقود³ ويوصف الضرر بأنه مالي متى ما أصاب حقا ماليا للدائن، وليس ضررا ماديا محسوسا، وقد رأينا تسمية هذا النوع من الضرر بالضرر المالي، لأنها تسمية أكثر دقة من تسمية الضرر المادي، فهذا الأخير قد ينصرف معناه إلى أن الضرر محسوس له مظهر مادي خارجي، بينما تسميته بالضرر المالي لا يحمل معنى سوى انه يصيب الشخص من الناحية المالية أي انه يصيب الجانب المالي من ذمة الشخص⁴.

كما يمكن تعريفه بأنه الإخلال بحق المتضرر ذي قيمة مالية أو بمصلحة مشروعة له ذات قيمة مالية، ويشمل في الحالتين الخسارة التي لحقت بالمتضرر والمكسب الذي فاتته⁵.

ومن أمثلة الضرر المالي للعميل إذا قام البنك بنشر بيان يوضح فيه رصيد العميل أو يعطي معلومات للغير من خلال الاستعلام عن وضعه المالي، الأمر الذي يؤدي إلى أحجام البنوك الأخرى عن تنفيذ تسهيل

¹ علالي نصيرة، تقدير التعويض عن الضرر الجسدي من منظور الفقه الإسلامي وأحكام القانون الوضعي (القانون المدني)، مجلة القانون والعلوم السياسية، م 3، ع 2، جوان 2017، ص 328.

² تاريخ الاطلاع 2020/01/02 على الساعة 21:12 <www.aljazeera.net/news/ebusiness>

³ بعاج أميرة، المرجع السابق، ص 82.

⁴ اشواق دهيمي، المرجع السابق، ص 54.

⁵ محمدي بدر الدين، المرجع السابق، ص 271.

انتماني معين قد اتفق عليه أو قيام دائنيه بالحجز على أمواله نتيجة هذا الإفشاء فضلا عما يلحق العميل من أضرار معنوية في شعوره واعتباره التجاري والاجتماعي، الأمر الذي يؤدي إلى زعزعة الثقة به¹.

كما أن إخلال البنك بالتزامه بالسرية وإفشاء سرية حسابات عميله أو المتعامل معه يؤدي إلى إخلال بمصلحة مادية للعميل، بمعنى أن تؤدي عملية الإفشاء إلى أضرار مادية محققة للمضروب كأن ينشر البنك بيان عن أرصدة عميل في الصحف أو يقدم معلومات إلى الغير من خلال عملية الاستعلام ويترتب على هذا أو ذاك احجام البنوك الأخرى عن تنفيذ قرض كان قد اتفق عليه أو قيام دائنيه بالحجز عليه كنتيجة لهذا النشر أو الإفشاء².

وتجدر الإشارة إلى أن مسؤولية المصرف عن الضرر اللاحق بالعميل المودع يمكن أن تمتد لتشمل الكسب الفائت، على اعتبار أن الحرمان من فرصة الكسب يمثل ضررا محققا لمن كان يأمل فيه، وبالتالي يمكن طلب التعويض عنه شريطة أن تكون الفرصة حقيقية وجادة³.

ثانيا: الضرر المعنوي للعميل

يقصد بالضرر المعنوي ذلك الضرر الذي يصيب الشخص في غير حقوقه المالية أو في مصلحة غير مالية، فهو ما يصيب الشخص في عاطفته أو كرامته أو في شرفه⁴ أي المساس بالناحية النفسية للإنسان دون أن يسبب له خسارة مالية، وأيا كان التعريف الذي يعطي للضرر المعنوي فإن هذا الضرر يتجلى في مظهرين: فإما يكون ذو أصل مادي بحيث يكون ناجما عن ضرر مادي أصاب المضروب وانعكس عنه، وإما أن يكون الضرر الذي أصاب الشخص ضررا أدبيا محضا لا يتصل من قريب ولا من بعيد بضرر مادي، ومثاله المساس بالشرف والشعور والأحاسيس نتيجة السب أو الشتم أو القذف⁵.

والضرر المعنوي للعميل هو الضرر الذي قد يمس بشخص وسمعة العميل والمرتكب من قبل البنك فقد يتعلق مثلا برفض البنك صرف صك لفائدة الغير صادر عن العميل باعتبار أن الرصيد غير كافي،

¹ دموش حكيم، المرجع السابق، ص 178.

² بوزيدي الياس، المرجع السابق، ص ص 187، 188.

³ براهيم فائزة، المرجع السابق، ص 214.

⁴ بطوش كهينة، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري، مذكرة ماجستير في القانون، فرع "قانون المسؤولية المهنية"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري-تيزي وزو-الجزائر، 2012، ص 34.

⁵ تيقرين سلوى، حماية المستهلك في مواجهة مخاطر التطور العلمي والتكنولوجي -دراسة مقارنة- مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري-تيزي وزو-الجزائر، 2015، ص 122.

ويتضح بعد ذلك أن رصيد العميل كان كافياً لإنهاء تلك المعاملة، ففي هذه الحالة مثلاً نجد أن الثقة والائتمان والسمعة التجارية وحتى الشخصية للعميل قد تهتز فعلاً لدى الغير، لمجرد خطأ بنكي وهذا ما يعطيه الحق في طلب رد الاعتبار والتعويض¹.

كما أن عدم التزام البنك بموجب السر المصرفي، يمكن أن يربط آثاراً مادية جسيمة بالنسبة للعميل لاسيما الأسرار التي يستغلها منافسوه في العمليات التجارية، ويمكن أن تمتد هذه الآثار إلى إحداث أضرار معنوية تصيب العميل في شعوره أو سمعته أو كرامته بسبب المعلومات التي وصلت إلى الغير من قبل البنك². ظهرت معارضة فيما يخص التعويض عن الضرر المعنوي، ويعود ذلك إلى عدة أسباب من بينها أن المال لا يزيل الآلام، ومنها أيضاً استحالة تقدير الضرر المعنوي بالمال³، كما أن التعويض عن الضرر المعنوي لا يتفق مع المثل الخلقية العليا أين ينزل الشخص بشرفه واعتباره وعواطفه الي منزلة القيم النقدية، أو يبيع شرفه أو عرضه بمبلغ من المال يعتبره ثمناً له⁴.

1- موقف الفقه من الضرر المعنوي للعميل:

إذا كان الضرر المادي لا خلاف في تعويضه بين الفقهاء، إلا أن الأمر يختلف في تعويض الضرر المعنوي أو الأدبي⁵.

أ- الموقف المعارض لمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي

هناك من الشراح من يرفض التعويض عن الضرر الأدبي بحجة صعوبة جبر الضرر الأدبي، عن طريق التعويض عنه، إذ كيف يعوض عن الضرر غير مالي بتعويض مالي؟ كيف يعوض خدش الكرامة أو مس الشرف وهو غاية في ذاته، بمبلغ من المال (وهو لا يخرج كونه وسيلة) فهل تستوي الغاية والوسيلة؟ أليس التعويض في مثل هذه الحالة يعد ثروة لا مقابل لها في ذمة المتضرر⁶.

¹ بن الشيخ نور الدين، المرجع السابق، ص 102-103.

² عمري عبد الكريم، المرجع السابق، ص 177.

³ Marie Rotondi et René Rodiere, la responsabilité délictuelle dans la juris prudence, librairies techniques, paris, 1975, p283.

⁴ حسن علي الذنوب، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج1، الضرر، ط1، دار وائل للنشر، الأردن 2006، ص284.

⁵ بطوش كهينة، المرجع السابق، ص35

⁶ بوا القديد نصيرة، المسؤولية التقصيرية عن خطأ الامتاع في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة1، الجزائر، 2015، ص93.

ويرى المعارضين لمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي أن هذا النوع من الضرر لا يمكن تعويضه مادياً، لأنه لا يلحق بالمضرور خسائر مالية ولا ينقص من ذمته المالية لذلك يقولون بأن الضرر المادي ضرر مالي والضرر المعنوي ضرر غير مالي، وصعوبة تقدير الأضرار المعنوية نقداً وهذا حتى وإن تم تعويضها، فإنه لا يمكن محو آثارها¹.

ب- الموقف المؤيد لمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي:

برر أنصار هذا الاتجاه رأيهم لإمكانية التعويض عن الضرر المعنوي إلى كونه أنه كالضرر المادي، وأنه ليس المراد من التعويض جبر الضرر الأدبي بقدر ما يراد منه توفير نوع من العزاء عن الألم والحزن، الذي أصاب المتضرر هذا، إلا أن التعويض لا يرمي في الأصل إلى إزالة الضرر من الوجود واجتثاثه إذ لو صح ذلك لتعذر التعويض عن كثير من الأضرار المادية وإنما المراد بالتعويض أن يتوفر للمضرور ما يطفئ لديه الضرر الذي أصابه ثم أليس من الظلم أن يفلت المسؤول في مثل هذه الأحوال من تحمل عبء التعويض².

ومن ثم يجب أن يعرض عن الضرر المعنوي تعويضاً نقداً طالما كان مشروعاً، لذلك لا ينبغي أن يعطي لعبارة "التعويض" مفهوماً ضيقاً كما فعل المعارضون لهذا المبدأ، وكما يرون أن التعويض وسيلة لإرضاء النفس ولمحو الضرر أو التقليل منه إن لم يكن محوه ممكناً، والغالب أن يكون مبلغاً من المال يحكم به للمضرور على من أحدث الضرر، ويسري هذا الحكم على الضرر المعنوي كما يسري على الضرر المادي³.

وإذا كان في تقدير التعويض عن الضرر الأدبي صعوبة ما، فإن هذه الصعوبة لا يصح أن تهدر حق المضرور في التعويض، لاسيما وأن هذه الصعوبة ذاتها قد تثور في تقدير التعويض عن بعض الأضرار المادية، فكان عدلاً إذن أن يسأل المسميء عن التعويض عن الضرر الأدبي الذي سببه للآخرين والذي اجمع عليه جمهور الشراح الآن هو أن الضرر الأدبي كالضرر المادي يجب أن يعرض فهو المسؤول عنه⁴.

¹ بطوش كهينة، المرجع السابق، ص 35.

² بوا القديد نصيرة، المرجع السابق، ص 93.

³ بطوش كهينة، المرجع السابق، ص 35-36.

⁴ بوا القديد نصيرة، المرجع السابق، ص 93.

2- موقف التشريعات المقارنة من الضرر المعنوي:

اختلف الفقه والقضاء وكذا التشريعات الوضعية في مسألة التعويض عن الضرر المعنوي، فقد انتهى القانون الروماني في آخر مراحلها إلى الأخذ بالتعويض عن الضرر المعنوي دون تفرقة بين نوعي المسؤولية المدنية.

أ- موقف التشريع الفرنسي:

صدر قانون نابليون سنة 1804 دون أن يرد فيه نص صريح بالتعويض عن الضرر المعنوي مما نتج عنه تناقض في الأحكام القضائية بين الأخذ به تارة والرفض تارة أخرى، وذلك حتى تاريخ 15 جوان 1833 حين أكدت محكمة النقض الفرنسية على الأخذ بالتعويض المعنوي مستندة على عموم نص المادة 1382 قانون مدني، وبقي الأمر مقتصرًا على المسؤولية التقصيرية إلى غاية سنة 1932 ليقطع القضاء المدني بشمول التعويض عن هذا النوع من الضرر في المسؤوليتين¹.

ب- موقف التشريع المصري:

لقد نص المشرع المصري في المادة 222 من القانون المدني أنه: «يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضا، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تعدى بمقتضى اتفاق، أو طالب الدائن به أمام القضاء، ومع ذلك لا يجوز الحكم بالتعويض إلى الأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب»².

وهكذا استقر المشرع المصري على التعويض عن الضرر المادي والأدبي على حد سواء، ويكون التعويض في المسؤوليتين العقدية والتقصيرية.

ج- موقف التشريع الجزائري

أما المشرع الجزائري فقد أختار الوقوف إلى جانب مؤيدي التعويض عن الضرر الأدبي بصريح نص المادة 182 مكرر منه التي تنص على أن: «يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو

¹ سميثي فانتن، المرجع السابق، ص 203.

² بوكرزاه أحمد، المرجع السابق، ص 111.

الشرف أو السمعة»¹، وبذلك يتضح جليا أن القانون المدني الجزائري أخذ صراحة بمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي، هذا إلى جانب أن القضاء الجزائري لم يتردد في الحكم بالتعويض عنه في كثير من أحكامه².

ومبدأ التعويض عن الضرر المعنوي قد استقر في القوانين الحديثة ليس على اعتبار أنه ضرر غير قابل للإصلاح إنما على اعتبار أنه مجرد ترضية للمضرور توفر له نوعا من العزاء الذي يخفف عنه الألم والحزن الذي أصابه³، ولا أحد ينازع اليوم مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي شأنه شأن الضرر المادي تماما.

الفرع الثاني: شروط الضرر الموجب لتعويض العميل.

لا يكفي إصابة العميل بضرر ليتمكن من مطالبة المسؤول (البنك) بإصلاحه، بل لابد أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط، ولم يتفق الفقه المدني ولا التشريعات المدنية على موقف موحد من تعداد الشروط الواجب توافرها في الضرر كركن من أركان المسؤولية المدنية لاستحقاق المضرور (العميل) التعويض، فهناك من يرى أنها شرطين، والآخر يرى أنها ثلاثة شروط، وجانب آخر يرى أنه خمسة شروط واستقر على العموم أنه يشترط في الضرر المدعي به أن يكون محققا وإن يكون مباشرا وشخصيا، وأن يصيب حقا مكتسبا أو مصلحة مشروعة⁴.

أولا: أن يكون الضرر محققا

يجب لقيام المسؤولية أن يكون الضرر محقق الوقوع certain والمقصود بهذا أن لا يكون افتراضيا، ولا أن يكون احتماليا eventual بل يجب أن يكون قد فعل فعلا réalisé، وهذا الوصف من الوقوع الفعلي يشمل ذلك الضرر الحال actuel الذي أصاب المضرور في جسمه أو ماله وقت المطالبة بالتعويض⁵، وكمثال على ذلك فإن العميل مع البنك إذا ما أثبت أن إفشاء السر من قبل البنك قد سبب له ضرر بالفعل، كأن يثبت أن العديد من المتعاملين معه قد تراجعوا عن إبرام عقود معه رغم أن المفاوضات كادت أن تثمر، بعدما أذاعه

¹ درار نسيم، واقع المسؤولية المدنية في المعاملات الالكترونية-دراسة مقارنة-مذكرة ماجستير في قانون مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2012، ص130.

² سميشي فاتن، المرجع السابق، ص204.

³ درار نسيم، المرجع السابق، ص130

⁴ عباشي كريمة، الضرر في المجال الطبي، مذكرة ماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2011، ص32.

⁵ حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المرجع السابق، ص333.

البنك أن وضعه المالي غير مستقر، أو أن جل السيولة المالية التي لديه هي عبارة عن قروض... الخ وهذا ما أثر سلبا على مشاريعه المستقبلية بأن ألغيت¹.

ويعد الضرر محققا كذلك إذا كان من قبيل الضرر المستقبلي، ويقصد بهذا الأخير الضرر الذي قام سببه وان تراخت آثاره كلها أو بعضها في المستقبل، كالضرر اللاحق بالشخص نتيجة خطأ الجراح، أو خطأ المستشفى بسبب سوء تقديم الخدمة الطبية له، غير أن نتائجه لم تظهر إلا بعد فترة. فيعتبر هذا النوع من الضرر ضرر محقق يرتب المسؤولية والتعويض²، فمثلا إذا قام بنك بنشر معلومة عن أحد عملائه، من جرائها قام دائنو هذا الأخير بمطالبته بديونهم ورفعوا دعوى لشهر إفلاسه، ففي هذه الحالة رغم أن الحكم بشهر الإفلاس لم يصدر بعد، إلا أن العميل يستطيع أن يرجع على البنك لتعويضه، لأن الضرر سيقع لا محالة، فأسباب شهر إفلاسه متوفرة، لأنه لا يملك دفاتر منتظمة كي يستفيد من الصلح الوافي³.

ولقد أقر المشرع الجزائري التعويض عن الضرر المستقبلي وهذا ما نستشفه من نص المادة 131 من القانون المدني التي تنص على: «يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182 و182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة، فان لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضروور بالحق أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير»⁴.

إذا لم تكن هناك صعوبة تثار في تقدير الضرر الحال، فان ضرر المستقبل لا يخلو تقديره من صعوبة، ذلك لأن هذا التقدير قد يكون مستطاعا في الحال وقد لا يكون، فإذا كان من المستطاع تقديره فورا حكم القاضي بتعويض كامل عنه، أما إذا لم يكن من المستطاع تقديره فورا، وهذا هو الغالب فيكون للقاضي الخيار بين أن يحكم بتعويض مؤقت عن الضرر الذي وقع فعلا، على أن يحفظ للمضروور حقه في المطالبة بتتمة التعويض مستقبلا، وقد لا يكون الضرر المستقبلي متوقعا عند تقديره القاضي للتعويض فلا يدخله في تقديره، ثم يحدث بعد ذلك أن يستحل الضرر، ففي هذه الحالة يكون للمضروور أو ورثته حق الرجوع لتتمة التعويض عند استفحال ضرر المصاب أو وفاته وليس في هذا ما ينافي حجية الأمر المقضي فيه لاختلاف المحل في

¹ بوساحة نجاه، المسؤولية المدنية الناشئة عن إفشاء السر البنكي، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص قانون خاص، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2006، ص77.

² عباشي كريمة، المرجع السابق، ص33.

³ بوساحة نجاه، المرجع السابق، ص77.

⁴ الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المشار إليه سابقا.

الدعويين، إذ أن محل الدعوى الثانية هو التعويض عن الضرر المستجد الذي لم يكن موجودا عند النظر في الدعوى الأولى¹.

ويختلف الضرر الاحتمالي عن الضرر المستقبلي المحقق وهو الذي قامت أسبابه وتراخت كل نتائجه أو بعضها إلى المستقبل، من حيث أن تحقق الضرر المستقبلي أمرا مؤكدا بينما تحقق الضرر الاحتمالي في المستقبل هو مجرد احتمال، وإن كانت الحدود بين النوعين صعبة التمييز مما يترك للمحاكم هامشا واسعا من التفسير².

وتثار في هذا المجال مسألة ما إذا كان يجوز التعويض عن الضرر المتمثل في تفويت الفرصة، فتفويت الفرصة هي حرمان الشخص فرصة كان يحتمل أن تعود عليه بالكسب، وإن كان موضوع الفرصة أمرا محتملا فإن تفويتها أمر محقق ولذا ينبغي التعويض عنها، فمجرد تفويت فرصة الكسب المشروع يعتبر في حد ذاته ضررا محققا يستوجب تعويضه، ولكن إذا كان الكسب الذي فات على المضرور كان من المحتمل الحصول عليه لأسباب معقولة فالقاضي يأخذ ذلك بعين الاعتبار عند تقديره التعويض³.

وكمثال في المعاملات البنكية نجد أن الضرر الذي يصيب العميل ويقتضي التعويض، هو ذلك الضرر المترتب عما فاتته من ربح وما أصابه من خسارة، مع الأخذ بعين الاعتبار وقت وقوع الضرر إذا كان حالا أو سيقع في المستقبل إن كان محقق الوقوع، بخلاف الضرر المحتمل الوقوع فلا يترتب عنه التعويض إلا إذا تحقق فعلا⁴.

ثانيا: أن يكون الضرر مباشرا أو شخصا

1- يجب أن يكون الضرر شخصا

هذا الشرط ينصرف القصد فيه إلى أنه إذا كان طالب التعويض هو المضرور أصلا، فيجب عليه أن يثبت ما أصابه شخصا من ضرر وإذا كان طلب التعويض بصفة أخرى فالإثبات يكون للضرر الشخصي لمن تلقى الحق عنه، ويكون الضرر شخصا ولو أنه يترتب على ما يصاب به شخص آخر غير من يطالب

¹ بوا القديد نصيرة، المرجع السابق، ص 89.

² نوى عقيلة، التنظيم القانوني لمسؤولية المرقى العقاري في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون، كلية الحقوق بودواو، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، 2018، ص 258.

³ سميشي فانت، المرجع السابق، ص 205.

⁴ بن الشيخ نور الدين، المرجع السابق، ص 102.

بالتعويض كضرر حرمان غير الورثة من عون عائلهم بقتله¹، وعلى ذلك ليس لأي شخص آخر أن يرفع الدعوى على المسؤول في حالة امتناع المضرور، ويرد على هذا المبدأ استثناء يتعلق بالضرر الجماعي، ذلك أن بعض الأشخاص الاعتبارية كالنقابات والجمعيات وغيرها قد يمنحها القانون حق رفع دعوى التعويض عن الأضرار التي تمس المصلحة الجماعية للمهنة التي تمثلها، والواقع أن هذا لا يعد استثناء ذلك لأن الشخص الاعتباري تتمثل فيه المهنة، وإذا ما طالب ممثله بالتعويض فإنما يطالب بضرر شخصي².

وكمثال على ذلك فإن الضرر بالنسبة للدائن (العميل) يتمثل في عدم اقتضائه لحقه أو اقتضائه ناقصاً أو متأخراً وعلى الدائن (العميل) أن يثبت خطأ البنك والضرر الذي لحقه من هذا الخطأ ولا بد من وجود علاقة سببية بين خطأ البنك والضرر الذي لحق بالدائن³.

2- يجب أن يكون الضرر مباشراً:

يسمى الضرر المباشر بالضرر الأصلي، وعرفه الدكتور "عبد الرزاق أحمد السنهوري" بأنه: «ما كان نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدثه، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول، ويجمع هذا المعيار بين الدقة والمرونة»⁴، أي أن الضرر المباشر هو النتيجة الطبيعية للفعل الضار⁵.

والمباشرة في هذا الشرط ينصرف إلى كون الضرر نتيجة طبيعية ومباشرة لفعل التعدي الواقع من المسؤول مهما تعددت الأضرار عن الفعل الواحد، طالما كانت الأضرار مترتبة على ذلك الفعل الذي كان سبباً فيها⁶، أي تكون بينه وبين الفعل الضار علاقة سببية كافية، إذ لا يستطيع المضرور أن يتوقاه ببذل العناية التي يبذلها الرجل العادي⁷.

وفي مؤلف الالتزام للدكتور سليمان مرقس جاء أن الضرر يجب أن يكون مباشراً، أي نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام، وأردف أن هذا الشرط وإن كان قد أثار خلافاً في الفقه فيما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية

¹ حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المرجع السابق، ص 340.

² بوا القديد نصيرة، المرجع السابق، ص 90.

³ براهمي بديعة، المرجع السابق، ص 139.

⁴ عباشي كريمة، المرجع السابق، ص 38.

⁵ بوزيد سليمة، أحكام المسؤولية المدنية للمنتج في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية، تخصص عقود ومسؤولية مدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014، ص 65.

⁶ بكر بن عبد اللطيف الهيوب، المسؤولية العقدية، المجلة القضائية، ع 3، محرم 1433هـ/2012، السعودية، ص 25.

⁷ عباشي كريمة، المرجع السابق، ص 38.

فانه كان دائماً محل إجماع فيما يتعلق بالمسؤولية العقدية، واشتراط كون الضرر مباشراً ليس شرطاً خاصاً بل هو نتيجة حتمية لاشتراط ركن السببية¹.

ويعتبر الضرر مباشراً في المجال البنكي، إذا كان نتيجة مباشرة لعمل البنك، بمعنى أن تكون هناك علاقة سببية مباشرة بين خطأ البنك وضرر العميل، والأضرار الناتجة مباشرة عن أخطاء البنك التي تصيب العملاء، ولم يكن بإمكان البنك تجنبها ببذل الجهد الذي يبذله المهني المعتاد (بنك آخر) من نفس طائفته هي أضرار قابلة للتعويض.

أ- الضرر المباشر في التشريعات المقارنة:

أ-1. الضرر المباشر في التشريع الفرنسي:

اشترطت المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي على انه للتعويض عن الضرر لا بد من توافر علاقة سببية بينه وبين الخطأ الصادر من المسؤول، بمعنى أن يكون الفعل الضار الذي ارتكبه المسؤول سبباً لوقوع الضرر، لكن لم يتعرض لفكرة التعويض عن الضرر غير المباشر، في نطاق المسؤولية التقصيرية لا إيجاباً ولا سلباً².

والمشرع الفرنسي استخدم جملة "النتيجة الحالة المباشرة" في نص المادة 1151 التي قضت بأن الأضرار التي تضمن هي تلك الأضرار التي تكون حالة ومباشرة كنتيجة لعدم تنفيذ العقد³. واستقر القضاء الفرنسي على فكرة المساءلة عن الضرر المباشر دون الضرر غير المباشر⁴.

أ-2. الضرر المباشر في التشريع المصري:

يقصد بالضرر المباشر في القانون المدني المصري النتيجة الطبيعية للخطأ المرتكب، أي أن تقوم سببية مباشرة بين الخطأ وبين الضرر الذي وقع وهذا ما عبرت عنه المادة (1/221) مدني مصري بقولها "... ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء

¹ منصور عمر المعاينة، المرجع السابق، ص 57.

² عباشي كريمة، المرجع السابق، ص 40.

³ أشواق دهيمي، المرجع السابق، ص 48.

⁴ عباشي كريمة، المرجع السابق، ص 40.

بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعد الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول¹.

ولقد استخدم المشرع المصري عبارة نتيجة طبيعية لاعتبار أن الضرر مباشر وهي نفس العبارة التي استخدمها المشرع الجزائري وهي عبارة دقيقة في الدلالة على كون أن الضرر مباشر مقارنة بالعبارة التي استخدمها المشرع الفرنسي².

أ-3. الضرر المباشر في التشريع الجزائري:

استقر المشرع الجزائري على غرار المشرعين الفرنسي والمصري على مبدأ التعويض عن الضرر المباشر³، حيث ورد النص على التعويض عن الضرر المباشر بالمادة 182 ق م ج الواردة في المسؤولية العقدية، والمعيار يصدق أيضا على المسؤولية التقصيرية التي تقضي باعتبار الضرر مباشر إذا كان نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالتزام للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

وإن فمعيار الضرر المباشر هو ألا يستطيع الدائن (أو المضرور) أن يتوقاه ببذل العناية التي يبذلها رب الأسرة الطيب، فإذا كان مثل هذا الرجل العادي يستطيع أن يتوقى الضرر ببذل جهد معقول كان الضرر غير مباشر⁴.

ب-الضرر غير المباشر:

يمكن القول ابتداءً أن فيصل التفرقة بين ما يعد ضررا مباشرا وما ليس مباشرا من المواضيع التي تكتنفها بعض الصعوبات وربما الغموض، الأمر الذي حدا ببعض الأساتذة إلى القول بأنها مسألة ذوق وفطنة أكثر من أن تكون مسألة فقه وقانون، وهذا فوق أنها مسألة وقائع يفصل فيها قاضي الموضوع تبعاً لما يراه من ظروف محيطية في كل قضية على انفراد⁵.

¹ أمجد محمد منصور، التعويض عن الضرر الأدبي الناشئ عن المسؤولية التقصيرية وانتقاله، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، م20، ع39، 2005، ص58.

² أشواق دهيمي، المرجع السابق، ص48.

³ عباشي كريمة، المرجع السابق، ص39.

⁴ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص170.

⁵ شوكت شيخ يزيدن، الوسيط في شرح القانون المدني، القسم الأول، مصادر الالتزام، دار ثاراس للطباعة والنشر، أربيل كردستان، العراق، 2005، ص296.

انقسم رأي الفقهاء الفرنسيين في هذا الصدد فرأى بعض الفقهاء الفرنسيين أنه يجب التعويض في المسؤولية التقصيرية عن الضرر المباشر وعن الضرر غير المباشر أيضا، ورأوا أن المادة 1151 م ف، التي تحدد التعويض بما يلحق الدائن من خسارة وبما يفوته من كسب شرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية ومباشرة لعدم تنفيذ العقد خاصة بالمسؤولية العقدية، لأنها وردت في باب العقود والالتزامات¹.

واستقر القضاء الفرنسي على فكرة المساءلة عن الضرر المباشر دون الضرر غير المباشر، فأقر ضرورة مساءلة الطبيب عندما يترتب عن نشاطه الطبي والعلاجي ضرر مباشر للمريض²، وعدم مساءلته عن الضرر الغير مباشر.

أما في مصر فيتفق الفقه على أن التعويض لا يكون إلا عن الضرر المباشر وحده في كلتا المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، ويرون أن معيار الضرر الذي نصت عليه المادة (221) ق مدني مصري التي تقابلها تماما المادة (183 ق م ج) وهو معيار ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب معيار يعم المسؤوليتين، نظرا لوروده في الباب الخاص بالالتزامات وآثارها بوجه عام، سواء كان الالتزام مصدره العقد أو الفعل الضار³.

ويقول في هذا الصدد الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري " أنه لا يعوض عن الضرر غير المباشر لا في المسؤولية العقدية ولا في المسؤولية التقصيرية، فلا يعوض في المسؤوليتين إلا عن الضرر المباشر"، ويقول أيضا أن القاعدة التقليدية هي الوقوف عند الضرر المباشر فنحذف عنه ونغفل الضرر غير المباشر فلا يجب التعويض عنه"⁴.

أما المشرع العراقي فقد ميز الضرر المباشر عن الضرر غير المباشر في المادة (169) واعتبر أن ما يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء من المدين بالالتزام أو لتأخره فيه ضررا مباشرا وما عدا ذلك من الأضرار غير المباشرة تآثرا بالقانون المدني المصري.

ولا يقبل المشرع الأردني ولا العراقي المطالبة بالتعويض عن الضرر غير المباشر أمام المحاكم الجزائية⁵.

¹ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 171-172.

² عباشي كريمة، المرجع السابق، ص 40.

³ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 172-173.

⁴ عباشي كريمة، المرجع السابق، ص 41.

⁵ شوكت شيخ زيد، المرجع السابق، ص 296.

وعليه استقرت التشريعات والقضاء على وجوب المساءلة عن الضرر المباشر الذي لا يستطيع المصاب أن يتوقاه ببذل جهد معقول، في حين لا يجوز مساءلة المسؤول عن الضرر غير المباشر¹.

ومنه فالضرر غير المباشر لا تعويض عنه أصلاً في المسؤولية العقدية ولا في المسؤولية التقصيرية، ويمكن للبنك نفي الضرر إذا أثبت أن الضرر كان نتيجة خطأ العميل فمثلاً في عقد فتح الاعتماد يمكن للبنك نفي المسؤولية عن نفسه إذا أثبت أنه كان ضحية غش أو تدليس أو غلط كما لو قدم العميل للبنك ضمانات وهمية².

ثالثاً: أن يصيب الضرر حقاً مكتسباً أو مصلحة مشروعة

يتمتع الإنسان بحقوق يكفلها الدستور والقانون، فالحق صفة ملازمة للشخصية الإنسانية يحميه القانون كالحق في الحياة وسلامة النفس والجسد والممتلكات، وبالتالي فإن كل ضرر يلحق بحق من حقوق الإنسان المحمية قانوناً يستوجب التعويض عنه ما لم يحل دون ذلك مانع قانوني³.

يكفي لتحقيق الضرر، أن يكون هناك مساس بمصلحة مشروعة يحميها القانون، ولو لم يكن هناك مساس بحق من حقوق، فلا بد إذن من أن يمس الضرر مصلحة من المصالح، كما لا بد أن تكون هذه المصلحة مشروعة لا تجافي النظام العام ولا الآداب، وإلا فلا يجوز الحكم بالتعويض⁴.

أي أنه يشترط في الضرر أن تكون الخسارة التي لحقت الشخص ناتجة عن المساس بحق من حقوقه سواء أكانت هذه الحقوق حقوقاً مالية، كحق الملكية، وحق المؤلف وحق الدائنية، أو حقوقاً غير مالية كالمساس بسلامة الجسم أو المساس في استقراره النفسي، ومجرد المساس بمصلحة الشخص يكفي لاعتبار الضرر عنصراً في المسؤولية شريطة أن تكون المصلحة التي حصل الإخلال بها مشروعة، حتى ولم تصل إلى مرتبة الحقوق⁵.

فمثلاً يعد الإخلال بموجب الكتمان غي أغلب الأحيان انتهاكاً لمصلحة مشروعة للعميل وهذا راجع إلى حقه في أن تبقى أسرار طي الكتمان، فالحق في الحياة الخاصة محمي قانوناً، بينما إذا كانت هذه المصلحة

¹ عباشي كريمة، المرجع السابق، ص 41

² براهمي بديعة، المرجع السابق، ص 118.

³ زهدور كوثر، المرجع السابق، ص 68.

⁴ بوا القديد نصيرة، المرجع السابق، ص 91.

⁵ بختاوي سعاد، المرجع السابق، ص 47.

غير مشروعة فإنه لا يمكن الاحتجاج بوقوع الضرر في حال إفشاء البنك لها فمثلا لو ان تعاملات العميل كانت مشبوهة لأنها غطاء لعمليات غسل أموال، فان إبلاغ البنك السلطات المختصة بشكوكه هذه لا يعتبر انتهاك للالتزام بالسرية، وعليه فان هذا العميل لا يستطيع أن يطالب بتعويض الأضرار التي قد تلحقه من تشهير أو تدهور لمعاملاته المالية، لأنه يتبين فعليا انه يقوم بهذه الأفعال غير المشروعة¹.

ومما سبق نستنتج أن المصلحة حتى تكون محمية قانونا، لا بد من توفرها على صفة المشروعية أي أن تكون مشروعة، وعليه فان حق الادعاء بالمسؤولية طلبا للتعويض عن الأضرار محصور بأصحاب الحقوق المحمية قانونا، أي الذين أجاز لهم القانون الادعاء أمام القضاء بشأن هذه الحقوق².

وإذا نص القانون على المصلحة المشروعة فمن السهل تحديدها وتحديد الأشخاص الذين يمكن الادعاء بها، فيكفي الرجوع إلى النص القانوني لتحديدها، أما في حالة غياب النص القانوني، فيتولى القاضي مهمة تحديد توفر هذه المصلحة ومشروعيتها لدى المدعي ويستعين القاضي في سبيل ذلك بالاستناد إلى مبادئ القانون الوضعي وكذلك الاستعانة بالعرف والعادات الموجودة في المجتمع، فيكفي وجود المصلحة المشروعة للمطالبة بالتعويض رغم عدم وجود نص قانوني يحميها، وهذا ما استقر عليه القضاء الفرنسي، فيمنح التعويض للمضرور إذا اعتدى على مصلحة مشروعة حتى وان لم تكن قانونية ما دامت غير مخالفة للنظام العام والآداب العامة.

المطلب الثاني: العلاقة السببية بين ضرر العميل والخطأ البنكي

كي يلزم من صدر عنه خطأ بالتعويض عن الأضرار التي أحدثها للغير، يجب أن تكون هذه الأضرار متصلة سببيا بخطئه، وجوب توفر هذه الصلة له مبرر قانوني، بأن يسأل الإنسان عن الأضرار التي يحدثها للغير، وله مبرر إنساني، بأن لا يسأل الإنسان إلا عن تلك الأضرار دون سواها³، بحيث يكون الضرر نتيجة طبيعية أو متفرعة عن هذا الفعل فإذا تداخلت أسباب أخرى فساهمت في إحداث الضرر، ينظر عندئذ في كل حالة على حده، لتحديد الرابطة السببية الضرورية لقيام موجب التعويض فالشخص يسأل فقط عن نتائج أعماله وعلى كل من يتسبب أو ساهم في إحداث الضرر أن يتحمل مسؤولية التعويض عنه بالقدر الذي يحدده

¹ بوساحة نجاه، المرجع السابق، ص76.

² زهدور كوثر، المرجع السابق، ص70.

³ مصطفى العوجي، القانون المدني، ج 2، المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 285.

القاضي في كل قضية، تبعا للمعطيات المتوافرة فيها وتطبيق عند تعدد الأسباب القاعدة القانونية المعتمدة في تحديد السببية¹.

والعلاقة السببية يعبر عنها الفقهاء المعاصرون برابطة السببية وهو ان يكون الفعل موصلا إلى نتيجة لا تتخلف عنه إذا انتفت الموانع².

وحسب الأستاذ Lambert faivre فان السببية هي المجال الذي يبرز فيه بشكل جلي وصارخ d'une façon accablante القانون هو فن وليس علما دقيقا³.

فاشترط توافر الرابطة السببية بين الخطأ والضرر ضرورة عقلية قبل أن يكون شرطا قانونيا، إذ ليس من المقبول عقلا أن يسأل الإنسان، إلا إذا تسبب هذا الخطأ في إلحاق الضرر والأذى للآخرين⁴.

وفي مجال مسؤولية البنك موضوع بحثنا فانه يشترط توافر العلاقة السببية بين الخطأ المرتكب من قبل البنك والضرر الذي يلحق بالعميل من إخلال البنك بالتزامه، وبعبارة ذلك فلا تقوم المسؤولية بمعنى ان البنك لا يسأل إلا عن نتائج فعله، إذ ليس من المقبول لا من الناحية المنطقية ولا من الناحية القانونية تحميل البنك التعويض عن ضرر لم يكن نتيجة فعله أو عمله أو نتيجة فعل الغير⁵.

وسنتناول هذا المطلب في الفروع التالية:

الفرع الأول: المقصود بالعلاقة السببية بين ضرر العميل والخطأ البنكي.

الفرع الثاني: معيار تحديد العلاقة السببية بين ضرر العميل والخطأ البنكي.

الفرع الثالث: أسباب انتفاء العلاقة السببية.

الفرع الرابع: إثبات العلاقة السببية.

¹ قاله فيروز، الحماية القانونية للعامل من الأخطار المهنية، مذكرة ماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2012، ص167.

² بدر محمد الزغيب، المسؤولية المدنية للطبيب عن الأخطاء الطبية في مجال التلقيح الصناعي، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص58.

³ Simon Taylor, l'harmonisation communautaire de la responsabilité du fais des produits défectueux LGDJ, 1999, p87.

⁴ يومدين سامية، الجراحة التجميلية والمسؤولية المدنية المترتبة عنها، مذكرة ماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2011، ص153.

⁵ خالدي أمين، المرجع السابق، ص345.

الفرع الأول: المقصود بالعلاقة السببية

يلاحظ انه لا يوجد تعريف محدد لعلاقة السببية، وذلك نتيجة لتعدد النظريات التي ظهرت بشأنها، مما أدى بالتشريعات الفرنسية والمصرية والجزائرية إلى عدم التعرض لتعريفها، كما أن القضاء لم يتفق على الأخذ بتعريف موحد لهذه العلاقة، ولا بتطبيق نظرية محددة من النظريات¹.

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نلاحظ انه أشار بموجب المواد 124 و125 و126 ق.م على ضرورة توافر ركن السببية بين الضرر والخطأ لقيام المسؤولية التقصيرية، وكذلك بالنسبة للمسؤولية عن عمل الغير (م134 ق.م) والمسؤولية الناشئة عن الأشياء (م138 ق.م)، وقد أشارت المادة 176 ق.م فيما يخص بالتعويض عن عدم الوفاء بالالتزام التعاقدية، ما لم يثبت المدين أن استحالة التنفيذ أو التأخر فيه قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد فيه².

أما بالنسبة للتشريع والقضاء الفرنسيين فلقد أشارت المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي إلى فعل "causer" في حين اكتفت محكمة النقض الفرنسية بدورها الرقابي فيما يخص وسائل إثبات العلاقة السببية والتي تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع³.

إن السببية كفكرة قانونية تعد عنصرا لازما لانعقاد المسؤولية المدنية ولتحديد مداها وبعبارة أكثر دقة لتحديد مدى التعويض كأثر قانوني يترتب على انعقادها⁴.

ويعرف الفقه العلاقة السببية على أنها العلاقة المباشرة التي تقوم بين الفعل الذي ارتكبه المسؤول والضرر الذي أصاب المضرور حيث يقول الفقيه السنهوري أن علاقة السببية تقوم عندما يكون الضرر نتيجة طبيعية للفعل الضار⁵.

وقد ازدادت أهمية علاقة السببية في الوقت الحاضر سواء كان ذلك باعتبار أن الالتزامات المحددة - بالالتزامات بنتيجة - آخذ في الاتساع، سواء في الالتزامات التعاقدية أم في التقصيرية، أم باعتبارها ركن ضروري في المسؤولية المدنية مستقل عن ركن الخطأ والضرر، وهو ركن متفق عليه، ذلك لأن الالتزام بالتعويض يكون

¹ زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص66.

² بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص ص 170.171.

³ برايج يمينة، المرجع السابق، ص92.

⁴ عادل جبيري محمد حبيب، المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسؤولية المدنية، ط1. دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2003، ص241.

⁵ نقلا عن برايج يمينة، المرجع السابق، ص92.

عن كل خطأ سبب ضرراً¹، فإذا وقع الضرر وكان السبب في وقوعه هو الفعل غير المشروع للمدعي عليه، فإن المسؤولية المدنية تنشأ في هذه الحالة، وعلى العكس فإذا ثبت أن الفعل غير المشروع الذي وقع لم يكن له أثر في حدوث الضرر، فإنه سيتم الإغفاء من المسؤولية، وفي هذا تمارس محكمة النقض رقابتها بهدف التأكد من أن قضاة الموضوع قد أوضحوا وجود العلاقة السببية أو انتقاؤها².

وبما أن المسؤولية المصرفية ما هي إلا من تطبيقات المسؤولية المدنية في المجال البنكي فهي تخضع لنفس القواعد والأحكام، فلا تتحقق المسؤولية المدنية العقدية أو التقصيرية نتيجة خطأ البنك لمجرد ثبوت الضرر اللاحق بالعميل الأمر أو دائنيه وإنما يجب قيام الصلة بين الضرر وخطأ البنك أي يكون بينهما ترابط سببي حيث لا بد من إثبات هذه الصلة وتقدير وجودها فإن انقطاع هذه الرابطة يؤدي إلى عدم قيام مسؤولية البنك اتجاه العميل مما يشكل مانعاً للمسؤولية³.

وكمثال على ذلك فإن إهمال أو تقصير من البنك بواجب الإعلام وتقديم النصيحة يعرضه للمسؤولية، لأنه التزم عام وعلى المضرور (العميل) إثبات خطأ البنك وتقصيره في تنفيذ التزامه (إثبات العلاقة السببية)، فعلى البنك أن يكون حريصاً فيما يدلي به من معلومات لعميله أو للغير⁴.

وفي الأخير نقول إن العلاقة السببية المباشرة بين الخطأ والضرر، يعني اجتماع الشروط اللازمة لقيام المسؤولية المترتبة للعميل الحق في التعويض عما أصابه من ضرر جراء إخلال المصرف بالتزاماته⁵.

الفرع الثاني: معيار تحديد العلاقة السببية بين ضرر العميل والخطأ البنكي

إذا لم يتوافر سوى سبب واحد من الأسباب القانونية، فإن الأمر يصبح سهلاً ميسوراً في تحديد مسؤولية الفاعل عن حدوث النتيجة، غير أن الأسباب قد تتعدد في كثير من الأحيان ويساهم كل منها بنصيب في حدوث النتيجة وهنا ولتحديد العلاقة السببية نجد أنفسنا أمام أمر بالغ التعقيد وذلك لأنه يمكن أن ينسب الضرر لعدة أسباب لا لسبب واحد ويمكن أن يترتب عن خطأ ما ضرر أو يلحقه وقوع ضرر ثاني ثم ثالث وهذا ما يسمى بتعاقب الأضرار⁶، وفي مثل هذه الحالات يبدو أن تحديد معيار العلاقة السببية بين خطأ البنك وضرر

¹ بوكرزاه أحمد، المرجع السابق، ص 116.

² براج يمينة، المرجع السابق، ص 93.

³ فسوري فهمية، المرجع السابق، ص 191.

⁴ قزولي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 204.

⁵ براهيمي فايزة، المرجع السابق، ص 215.

⁶ براج يمينة، المرجع السابق، ص ص، 93، 94.

العميل أمر صعب لأنه قد تتعدد الأسباب في كثير من الأحيان ويساهم كل منها في ضرر العميل كما أنه يمكن أن يحدث الخطأ البنكي عدة أضرار بالعميل، ولهذا فانه من الصعب جدا وضع معيار محدد لتحديد العلاقة السببية، وهذا أدى إلى تعدد النظريات الفقهية ولم يتفق القضاء على وضع معيار محدد ولا بتبني نظرية محددة، وسنتطرق إلى أهم هذه النظريات فيما يلي:

أولاً: نظرية السبب المباشر أو القريب.

ثانياً: نظرية تعادل الأسباب.

ثالثاً: نظرية السبب المنتج أو الفعال.

أولاً: نظرية السبب المباشر أو القريب

وتسمى بنظرية السبب الأقوى أو الفعال وظهرت هذه النظرية في إنجلترا على يد الفقيه الإنجليزي "فرانسيس باكون" كما نادى بها الفقيه الألماني "كارل بيد كمبير"¹، وترى هذه النظرية انه لا يؤخذ في الاعتبار بصدد السببية إلا بالسبب القريب المباشر، أما السبب البعيد أي الغير مباشر فلا يؤخذ في الاعتبار وهي في الواقع قريبة من نظرية السبب المنتج².

لا يسأل الفاعل بمقتضى هذه النظرية عن النتيجة التي حصلت إلا إذا كانت متصلة اتصالاً مباشراً بفعله، فهي لا تعتد إلا بالسبب الفعال الأساسي في حدوث النتيجة أما غيره من الأسباب فتعتبر مجرد ظروف أو شروط ساعدت هذا السبب في إحداث النتيجة، فالسببية تقوم عندما يكون فعل الفاعل هو السبب الأساسي أو الفعال أو الأقوى في حدوث النتيجة بحيث يمكن القول بأنها حدثت من نشاط هذا الفاعل دون غيره، فلو تداخلت عوامل أخرى بين فعل الفاعل والنتيجة سواء أكانت هذه العوامل مألوفة أو غير مألوفة فإنها تقطع السببية³.

ويتطبيق هذه النظرية على مسؤولية البنك تكون العبرة في حالة تعدد الأسباب بالسبب القريب من ضرر العميل أي السبب المباشر.

¹ بن حميش سوريا، العلاقة السببية في الجريمة، مذكرة ماجستير في القانوني الجنائي، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر -1- 2015، ص 8.

²MM. HANNOUZ et A.R. HAKIM, précis de droit médical a l'usage des praticiens de la médecine et du droit, o.p.u, Alger, 2000,p77.

³ واثبة السعدي، المرجع السابق، ص ص، 731-732.

فإذا كان خطأ البنك هو الخطأ الذي تلي مباشرة ضرر العميل فان البنك هو من يتحمل المسؤولية بينما إذا كان خطأ شخص آخر هنا يعفى البنك من المسؤولية.

وقد كان للفقهاء الإنجليزي دورا هاما في عرض هذه النظرية وتطويرها واتضحت معالمها لديه عند دراسة أثر مساهمة خطأ المضرور في حدوث الضرر على حقه، وكانت تطبق في هذا الصدد قاعدة أن المضرور الذي ساهم بخطئه في وقوع الضرر يحرم من كل إمكانية في الحصول على تعويض، ويصبح من غير المستساغ وهو مصدر الضرر أن يطالب بالتعويض مادام أنه كان مخطئ في عمله.

فكان القضاء الإنجليزي يطبق هذه النظرية بحيث كان يكتفي القضاء باكتشاف خطأ ما في تصرف المضرور ليقرر حرمانه من التعويض، ولكن رغم تبرير أصحاب هذه النظرية بمدحهم لها من أنها تؤدي إلى تجنب الصعاب والمشاكل التي تنجم في البحث عن حلقات الأسباب البعيدة، وأنها تكتفي بالسبب القريب الذي يعد أساسا هاما لعلاقة السببية وبتخاذها لظرف الزمان أساسا لها، لكن سرعان ما تجاهلها القضاء الإنجليزي، خاصة في حالة الأخطاء المتعاصرة والأخطاء المتتابعة مما يؤدي في النهاية إلى عدم الاستقرار في المراكز القانونية، وهكذا هجر هذه النظرية القضاء الإنجليزي لأنها جاءت بحلول غير مقنعة وغير واضحة¹.

وإضافة لذلك فان هذه النظرية ليست مقياسا دقيقا لتقدير العلاقة السببية، لأنها تنظر إلى السبب الرئيسي وحده دون بقية الأسباب التي من المؤكد لها تأثير ولو بنسبة قليلة في وقوع الضرر لذلك لا يمكن تجاهل هذه الأسباب، وبالتالي لا يمكن الأخذ بهذه النظرية².

ثانيا: نظرية تعادل الأسباب

يعتبر ستوارت ميل StuartMill أول من وضع اللبنة الأولى لنظرية تعادل الأسباب ثم جاء الفقيه الألماني فون باري VonBari وقام بعرض نظريته ما بين 1860-1885 حيث أكد على نفس القول الذي جاء به ستوارت ميل، بقوله أن السبب ما هو إلا مجموع القوى التي ساهمت في إحداث الظاهرة، والسبب ما هو إلا علاقة ضرورية بين الفعل والأثر وأكد فون باري نفس القول³، ومؤدي هذه النظرية هو الاعتداد بكل سبب اشترك في إحداث الضرر ولو كان سببا بعيدا، لأن جميع الأسباب التي تدخلت في وقوع الضرر تعتبر

¹ بن عايطي مراد، المرجع السابق، ص ص 101-102.

² صباح عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 117.

³ بن عايطي مراد، المسؤولية المدنية للطبيب الجراح عن نقل وزرع الأعضاء، مذكرة ماجستير في القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2019، ص 99.

أسباباً متكافئة أو متساوية¹، ويكون للسبب دخل في إحداث الضرر إذ كان لولاه لما وقع الضرر، ويشترط في كل منهما أن يكون مستقلاً عما سواه، ولا يعد نتيجة حتمية لغيره فلا يكون عندها إذا سبب حقيقي في إحداث الضرر بل يعد السبب السابق هو وحده السبب في إحداث الضرر².

وبتطبيق هذه النظرية على مسؤولية البنك فإن اجتماع خطأ البنك مع أخطاء أخرى يثير مسؤولية البنك مسؤولية كاملة، ولا يستطيع البنك نفي هذه المسؤولية، لأنه لا يجب الأخذ في الحسبان الأسباب القريبة فحسب بل حتى تلك الأسباب البعيدة كل البعد، إذ يكفي أن يكون ضمن الأسباب التي أدت إلى إحداث الضرر، وجود خطأ البنك حتى يسأل عن التعويض.

وهكذا فإن أنصار هذه النظرية قد توسعوا بدرجة كبيرة في مجال تحديد نطاق المسؤولية.

• النقد:

لقد انتقدت هذه النظرية لسبب اتساعها وعدم تحديدها، فلقد توسعت هذه النظرية في مدى المسؤولية حتى يكاد كل شخص يحس بنصيب من المسؤولية عن الآلام في العالم³، فهي تعتبر كل ظرف ساهم في إحداث النتيجة سبباً بغض النظر عن مدى قرابه من النتيجة أو بعده عنها في إطار سلسلة السببية، فالسبب بموجب هذه النظرية هو العامل الذي لولاه لما وقعت النتيجة، ان هذا التوسع في تعريف السبب يؤدي إلى فقدان هذه النظرية لقيمتها ولمفعولها على أرض الواقع لتعذر الموائمة بينها وبين الشروط القانونية، التي تستدعي التمسك بالظروف ذات القيمة القانونية فقط دون غيرها، فالقانون يفاضل بين الظروف المتنوعة التي صاحبت حدوث الضرر لكي يرفع من شأن بعضها فوق البعض الآخر، وسوف يظهر أمام القانون أن بعض العوامل أهم من بعضها الآخر هذا من ناحية ومن ناحية أخرى أن تطبيق هذه النظرية قد يؤدي إلى الربط بين ضرر معين وخطأ معين رغم عدم وجود رابطة نفسية في الواقع بينهما⁴.

¹ قاله فيروز، الحماية القانونية للعامل من الأخطار المهنية، مذكرة ماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري - تيزي وزو - الجزائر، 2012، ص 168.

² أشرف جهاد وحيد الأحمد، المسؤولية المدنية للمحامي عن الخطأ المهني، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، 2012، ص 98.

³ بن عايطي مراد، المرجع السابق، ص 100.

⁴ واثبة السعدي، السببية الجنائية وموقف التشريعيين والقضاء بين العراقي والأردني منها، مجلة سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، أبحاث اليرموك، العراق، 2001، ص 735.

وانتقدت هذه النظرية كونها تتطوي على تناقض منطقي ظاهر، وأن الأخذ بها يؤدي إلى نتائج ظالمة غير عادلة، فهي توسع من فكرة المسؤولية فتقبل التعويض عن الضرر المباشر وغير المباشر، وهو أمر غير مقبول قانوناً¹.

كما يرى أيضاً منتقدو هذه النظرية من جهة أخرى أيضاً أنه ليس كل فعل ساهم في إحداث الضرر يؤخذ في الاعتبار، بل يجب التمييز بين الأفعال المتسببة فعلاً في الضرر أي المنتجة له وتلك التي لم تكن سبباً فيه، وقد عمل الفقه الألماني في بداية الأمر بهذه النظرية وتبعهم فقهاء البلاد الأخرى، ثم ما لبث أن هجرها وكان من أشد خصومها الفقيه الألماني فون كريكز الذي نادى بنظرية السبب المنتج الفعال وتبعه في نفس الشأن القضاء الفرنسي².

ثالثاً: نظرية السبب المنتج أو الفعال

هي نظرية ألمانية قال بها كذلك الفقهاء *vone bare, romline, forkziz* هي نظرية معتدلة حاولت العثور على أرضية وسط بين النظريتين السابقتين، قامت على انتقاء الأسباب وعدم جعلها متعادلة، وأساسها أنه لكي يكون السبب منتجاً يجب أن يجعل النتيجة هي نفسها مجرد ظهوره، المعيار الذي يقاس على أساسه السبب المنتج هو معيار التوقع المعقول من أجل تقاضي الثغرات، أي أن الأسباب المعتبرة هي تلك الأسباب التي بإمكان الشخص العادي أن يعرف أنها من الممكن أن تؤدي إلى حدوث الأضرار³.

لأن السبب المنتج أو الفعال هو السبب القانوني الذي يعتد به ويجب بناء على هذا أن تكون العلاقة بين الخطأ والضرر الذي نشأ عنها منتجة أي فعالة وليست أمر عارض، فحسب هذه النظرية إذا تداخلت عدة أسباب في إحداث الضرر فإنه يجب إجراء عملية فرز للأسباب التي تداخلت، والتفرقة بين الأسباب العرضية والأسباب المنتجة وتعتبر الأسباب المنتجة هي وحدها أسباب الضرر⁴.

وليس معنى السبب المنتج أن يكون للضرر سبب منتج واحد بل من الممكن أن يكون هناك أكثر من فعل من شأنه إحداث الضرر، فإذا ما ساهمت عدة أسباب في إنتاج الضرر وقامت رابطة السببية بين الضرر الذي وقع وبين تلك الأسباب مجتمعة فإنه يجب الاعتماد بها جميعاً وهذا حسب ما جاء في نص المادة 126

¹ صاحب ليديه، فوات الفرصة في إطار المسؤولية الطبية، مذكرة ماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2011، ص 24.

² بن عايطي مراد، المرجع السابق، ص 101.

³ صباح عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 117-118.

⁴ بن عايطي مراد، المرجع السابق، ص 102.

من ق.م.ج بقولها: "إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض"¹.

وفي المجال البنكي وبأخذ عملية الاعتماد المستندي كمثال فإن هذا النشاط البنكي بطبيعته يعد محل مخاطر وتبعاً لتداخل عوامل مالية واقتصادية وشخصية يجعل من الصعوبة لدرجة الاستحالة تحديد مقدار ما يساهم به كل سبب في تحقيق الضرر اللاحق بالعميل أو الدائنين، فضلاً عن أن إدخال الأسباب السابقة في وقوع الضرر في إطار علاقة السببية يؤدي إلى مصاعب في عدم إمكانية وضع حد لسلسلة الأسباب غير المتناهية دون إمكانية تحديد نطاق المسؤولية المصرفية بشكل ملائم.

لذلك لا بد من التحري عن السبب المنتج الذي أدى بصورة موضوعية وفقاً للمجرى الطبيعي والمنطقي للأمر إلى تحقيق النتيجة الضارة مما يحتم الأخذ بنظرية السبب المنتج كمعيار لتقدير علاقة السببية مع إعطاء الدور الأساسي للقاضي الذي يمكن أن يكون قناعته عن طريق إجراء الاختيار الموضوعي بين الأسباب وتقدير أي منها كان سبب منتج في إحداث الضرر².

ولقد أخذ بنظرية السبب المنتج كل من القضاء الفرنسي بعد هجره نظرية تعادل الأسباب وكذا القضاء المصري والجزائري، كما أخذت بها القوانين أيضاً ومنها القانون المدني المصري في نص المادة 1/221 حيث نصت على أنه: "... شرط أن يكون هذا الضرر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر فيه..." وهو أيضاً ما جاء بنص المادة 182 من ق.م.ج ما يعني أن كلاهما يأخذ بنظرية السبب المنتج³.

الفرع الثالث: أسباب انتفاء العلاقة السببية بين خطأ البنك وضرر العميل

تنفي الرابطة السببية إذا استطاع البنك إثبات أن الضرر الذي أصاب العميل لم يكن نتيجة عدم الوفاء بالتزاماته اتجاهه، أو خطئه إذ قد تعود لسبب خارج عن إرادة البنك يستوجب عليه إثباته أو بسبب خطأ العميل نفسه، كما عبرت عليه الإرادة التشريعية الجزائرية بالسبب الأجنبي⁴، في نص المادة 127 من التقنين المدني الجزائري: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو القوة القاهرة، أو

¹ سميشي فاتن، المرجع السابق، ص 218.

² قسوري فهيمة، المرجع السابق، ص 199.

³ سميشي فاتن، المرجع السابق، ص 29.

⁴ خليلي سهام، المرجع السابق، ص 96.

خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك¹.

وهذا ما يفيد انه يمكن إعفاء البنك من المسؤولية المدنية إذا ما توافر أحد الأسباب المذكورة بنص المادة أعلاه، مع اشتراط عدم وجود نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك، وذات الاتجاه أخذ به المشرع المصري في نص المادة 165 من التقنين المدني المصري التي جاءت صياغتها بذات صياغة المادة 127 من القانون المدني الجزائري².

أولاً: السبب الأجنبي

من خلال النظرة التي تمت على النصوص الناظمة لموضوع السبب الأجنبي في التشريعات المقارنة وتحليل هذه النصوص بما اشتملت على أحكام، يتبين بأن هذه النصوص لم تحتوي أبداً على أي تعريف يمكن الاستدلال به على مفهوم السبب الأجنبي، فقد كان النهج واحداً بين جميع هذه التشريعات التي اكتفت -كما تم ذكره- بإيراد صور السبب الأجنبي فقط³، وسنتناول هذه الصور فيما يلي:

1- القوة القاهرة والحادث المفاجئ:

قبل أن نتطرق إلى مدى اعتبار القوة القاهرة والحادث المفاجئ من بين الأسباب التي يمكن اعتمادها من طرف البنك لدحض مسؤوليته المدنية، فانه لابد من الإشارة إلى اختلاف الآراء الفقهية حول التفرقة بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ.

حيث يذهب فريق منهم إلى التمييز بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ إلى حد القول بأن المسؤولية تدفع فقط في حالة القوة القاهرة في حين يسأل المدعى عليه في حالة الحادث المفاجئ⁴.

¹ الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المشار إليه سابقاً.

² بن الشيخ نور الدين، المرجع السابق، ص104.

³ حمزة هشام كمال أبو بيج، السبب الأجنبي وأثره على أحكام المسؤولية المدنية "دراسة مقارنة"، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2018، ص12.

⁴ سليمي الهادي، المسؤولية الناجمة عن مضار الجوار غير المألوفة-دراسة مقارنة-أطروحة دكتوراه في القانون، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2017، ص219.

أما الفريق الثاني فيرى أن كلاهما يصب في معنى واحد ويشترطان لتوافرهما استحالة التوقع، بحيث لا يمكن بأي حال من الأحوال رد هذا السبب الأجنبي مما يستوجب معه الإعفاء من المسؤولية بشرط أن لا يكون هناك خطأ آخر مرتبط بهما¹.

والقوة القاهرة والحادث الفجائي هما تعبيران مترادفان في نظر القانون يؤديان إلى نفس النتائج القانونية وهي دفع المسؤولية ويشترط أن تتوفر فيهما الخصائص التالية:

- أن يكون أمرا خارجيا لا يعزي الي المدين.

- أن يكون حادثا لا يمكن دفعه بجعل تنفيذ المدين لالتزامه مستحيلا استحالة مطلقة.

- أن تكون أمرا غير متوقع².

والقضاء الفرنسي لم يعم بالتمييز بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ فهو اعتبر كلا التعبيرين شيء واحد وهذا الرأي هو ما ذهبت إليه الإرادة التشريعية الجزائرية في المادة 127 القانون المدني الجزائري لأن لهما نفس الأثر³.

وعلى ذلك تعرف القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ على أنها أمر لا ينسب إلى المدين، ليس متوقعا حصوله وغير ممكن دفعه يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام أو هي كل حادث خارجي لا يمكن توقعه ولا يمكن دفعه يؤدي إلى إحداث الضرر⁴.

وتحقق القوة القاهرة والحادث المفاجئ مرتبط بالحدث المنتج للضرر والذي لا يمكن تفاديه لأنه لم يكن متوقعا ولا يقبل الدفع، علما أن تقدير مواصفات الحدث بالمفاجئ أو وصفه بالقوة القاهرة مسألة موضوعية تخضع في تقديرها للظروف المحيطة به⁵.

وبتطبيق القوة القاهرة في مجال المسؤولية المدنية للبنك نلاحظ أنه تبعا لتعدد أسباب القوة القاهرة تتعدد صور عدم مسؤولية البنك المدنية اتجاه العميل أو الدائنين بسبب قطع العلاقة السببية بسبب القوة القاهرة، ومن تطبيقات القوة القاهرة في مجال المسؤولية التقصيرية صدور قرار من السلطات العامة في الدولة برفض منح

¹ بن الشيخ نور الدين، المرجع السابق، ص105.

² خالد أمين، المرجع السابق، ص347.

³ قسوري فهيمة، المرجع السابق، ص206.

⁴ سميشي فانتن، المرجع السابق، ص233.

⁵ سليمي الهادي، المرجع السابق، ص218.

الاعتمادات لأي سبب فإذا كانت هناك مفاوضات بين البنك والعميل الأمر موضوعها منح الاعتماد فان قرار السلطة بمنع الاعتماد يعد سبب خارج عن سيطرة البنك، وبالتالي يعد قوة القاهرة بالنسبة للبنك تنفي بموجبه المسؤولية المدنية التقصيرية خلال مرحلة التفاوض التي تسبق إبرام العقد¹.

القضاء اللبناني مثلا يتشدد في القبول يتوفر عناصر القوة القاهرة لإعفاء المصرف من مسؤولياته وخصوصا أنه الطرف الأقوى في العقد لا من حيث المقابل الذي يتقاضاه، بل من حيث احتمال توقعه الخطر بشكل يتخطى ما يمكن أن يتوقعه العميل، ولذلك قضى بأن المصرف المدعى عليه يلجأ إلى الاعتداد بالقوة القاهرة لرفع المسؤولية عنه، وإذا اعتبرنا البنك مهملًا وبالتالي مخطئًا في عدم توقعه الأحداث التي يعتبرها قوة القاهرة وفي عدم تحوطه لها فان التذرع بالقوة القاهرة يغدو غير ممكن إذ لا يمكن أن يترافق مع فكرة الخطأ الصادر عنه، أما محكمة باريس فقضت بأن تنفيذ البنوك أوامر سلطات الاحتلال الألماني بفتح الخزائن المصرفية قوة القاهرة².

2- خطأ العميل:

غالبا ما يكون الشخص الذي صدر منه الخطأ غير الذي أصابه الضرر من جراء ذلك الخطأ، إلا أنه قد يحدث أحيانا أن يكون المخطئ والمتضرر شخصا واحدا، وذلك في الحالة التي يرتكب فيها شخص خطأ يؤدي إلى الإضرار بنفسه شخصيا، فهنا لا يقع التزام شخص بتعويض شخص آخر، وإنما يتحمل من ساهم في الخطأ عبء الضرر الذي أصابه من دون ان يرجع على شخص آخر لمطالبته بتعويض ما أصابه من ضرر³.

وفي إطار المسؤولية المدنية للبنك فإذا كان خطأ البنك ناتجا عن خطأ العميل بحيث لو لم يرتكب العميل الفعل الخاطئ لما تصرف البنك بطريقة خاطئة، هنا ترتفع مسؤولية البنك لتحل محلها مسؤولية العميل الذي تسبب بفعله بتحقيق النتيجة الضارة التي لحقت به⁴.

¹ قسوري فهيمة، المرجع السابق، ص 209.

² براهيمى فايضة، المرجع السابق، ص ص، 257-258.

³ تلمساني عفاف، خطأ المضرور وأثره في المسؤولية المدنية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، الجزائر، 2014، ص 8.

⁴ سعداني نورة، المسؤولية المدنية للبنك عن أخطائه المهنية في مجال الاعتماد المالي، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013، ص 228.

ومن التطبيقات على خطأ العميل، في حالة منح البنك قرضاً للعميل تمت بينهما مفاوضات على تحديد الضمانات، ومعدلات الفائدة وغيرها قبل اتخاذ القرار بإبرام عقد منح الائتمان، وكان قرار البنك بالقبول ينقصه مستندات معينة متاح تأمينها للعميل لاستكمال ملفه، لكن هذا الأخير تماطل في ذلك فقطع البنك في التعامل معه، فقطعت المفاوضات ففي هذه الحالة خطأ العميل استغرق خطأ البنك كون خطأ البنك هو الذي أدى إلى قطع المفاوضات¹.

ولكن نظراً لطبيعة التزام البنك تتشدد المحاكم في قبول هذا الدفع فمثلاً، قضي بأن باب الخزنة المفتوح لمدة ثلاثة أشهر بعد الزيارة الأخيرة للمستأجر، لا يصلح دفعا للبنك بالقول بأن السرقة كانت بخطأ العميل المستأجر وحده لأن الباب لا يمكن أن تكون مغلقة ظاهرياً طالما أن محتويات الخزنة كانت بحجم كبير بحيث تشكل ضغطاً دافعاً للباب إلى الأمام من جهة، ومن جهة أخرى فإن البنك ملتزم بموجب العقد بحراسة الصندوق واتخاذ جميع التدابير لضمان سلامة محتوياته².

3- خطأ الغير:

الأصل أن البنك يسأل عن أخطائه التي لحقت ضرراً بالعميل وهنا تقوم مسؤولية البنك المدنية إلا أنه يمكن أن يلحق ضرراً للعميل سببه خطأ الغير أي شخص ثالث أجنبي خارج عن العلاقة التي تربط البنك بالعميل وهذا ما يعرف باسم خطأ الغير.

والغير كل شخص بخلاف المدعى عليه (البنك) والمضروب (العميل) فإذا كان الخطأ المنسوب للغير هو السبب الوحيد لنشوء الضرر فهذا يعني إعفاء المدعى عليه كلياً، ويطبق هذا الحكم أيضاً على الحالات التي يتخذ فيها فعل الغير شكل القوة القاهرة³.

ويعتبر فعل الغير من بين صور السبب الأجنبي المذكور ضمن الفقرة الثانية من نص المادة 138 من القانون المدني الجزائري، والذي يؤسس عليه الحارس براءة ذمته من المسؤولية المنسوبة إليه بموجب ذات المادة، ويستوي في ذلك كون فعل الغير صدر عن خطأ منه أو عن غير خطأ⁴.

¹ خليلي سهام، المرجع السابق، ص 102.

² براهيمى فايزة، المرجع السابق، ص ص 256-257.

³ براهيمى يمينة، المرجع السابق، ص 103.

⁴ سليمى الهادي، المرجع السابق، ص 221.

والغير معتد بخطئه يجب أن لا يكون من الأشخاص الذين يسأل عنهم البنك كما هو الحال بالنسبة لتبعية الموظف للبنك، لأن وجود مثل هذه العلاقة تقوم معها مسائلة البنك على خطأ موظفه مسؤولية المتبوع على أعمال تابعه، فخطأ الغير يأخذ حكم القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، في نفي العلاقة السببية بين الخطأ والضرر لأن له نفس خصائصه بحيث يشترط أن يكون غير متوقع وغير ممكن الدفع¹.

لكن في حالة ما إذا كان خطأ الغير مجرد سبب من الأسباب التي ساهمت في وقوع الضرر فان هذه الوضعية تفتح للمضور (العميل) بابا إضافيا لمطالبة هذا الغير بالتعويض، فضلا عن الدعوى الأصلية التي كانت له ضد المدعى عليه (البنك)، وميزة هذا التعدد تتجلى في مساءلة الطرفين بالتضامن، كما ان اعتبار أحدهما لا يغني الآخر عن دفع كامل التعويض للمضور مع احتفاظ الدافع بحق الرجوع على الطرف الذي ساهم أو شارك معه في ارتكاب الفعل الضار².

وأخيرا ليس من الضروري أن يكون الغير الذي يحتج البنك بخطئه لدفع مسؤوليته معروفا بذاته فإذا أثبت من بين الأسباب التي أدت إلى إلحاق الضرر بالعميل هو خطأ صدر من شخص ثالث، ولم يكن بالإمكان تحديد هذا الشخص يبقى مؤثرا في مسؤولية البنك إذا استغرق الخطأ الصادر عن البنك³.

ثانيا: الأسباب الاتفاقية

إذا اشترط البنك إعفاه من المسؤولية، اعتبر هذا الشرط صحيحا بالنسبة لأي التزام من الالتزامات الناشئة عن العقد أو العرف⁴، والعقد المصرفي باعتباره وليد الإرادة الحرة، فهي التي تنشأ الالتزامات المتقابلة بينهما، فلها أن تعدل في شروط العقد أو تغير فيها ما تراه مناسبا لحدود العلاقة بين طرفيها، في الحدود التي يسمح بها القانون، إلا ما استثنى منه بنص أما في المسؤولية التقصيرية فلا يجوز الاتفاق على الإعفاء منها لتعلق قواعدها بالنظام العام⁵.

قد تضع البنوك شروط تعفيها من المسؤولية في نماذج مطبوعة مسبقا وليس للعميل الحق في مناقشتها أو التفاوض فيها، وكمثال على نماذج الشيكات المطبوعة التي يقدمها البنك لعملائه تعتبر كتسهيلات غالبا ما

¹ خليلي سهام، المرجع السابق، ص102.

² برايج يمينة، المرجع السابق، ص ص، 103-104.

³ خليلي سهام، المرجع السابق، ص103.

⁴ براهيمى فايزة، المرجع السابق، ص258.

⁵ خليلي سهام، المرجع السابق، ص103.

يرغب البنك من خلالها إلى إعفاؤه من المسؤولية عن الضرر، وهي مستعملة بكثرة في العقود المصرفية انطلاقاً من مبدأ حرية المتعاقدين بشرط أن يكون ذلك في حدود النظام العام والآداب العامة¹.

ولقد نصت المادة 178 من التقنين المدني الجزائري في فقرتها الثانية "كذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدني من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطأه الجسيم..."²، انطلاقاً من نص هذه المادة نرى أن الأمر جوازي أي أن المشرع الجزائري أجاز اتفاق العميل والبنك على إعفاء هذا الأخير من المسؤولية، وهذا يبين لنا أن الإرادة حرة فيما ترتضيه شروط عقدية سواء كان ذلك أثناء إبرام العقد أو إدراجها في اتفاق لاحق عن ذلك بإعفاء البنك نهائياً أو بالتخفيف من حدود المسؤولية³.

كما أن غالبية الفقهاء يجمعون على صحة شروط الإعفاء من المسؤولية عن الأخطاء اليسيرة لأن ذلك لا يتعارض مع القواعد القانونية العامة بينما لا يجوز الاتفاق من الأخطاء الجسيمة، لأن الاتفاقيات الخاصة لا يجوز لها أن تخالف القواعد العامة للنظام والآداب العامة.

يمكن أن تعفى البنوك من المسؤولية عن الأخطاء اليسيرة فقط دون الأخطاء الجسيمة، وهذا ما تؤكدته المحاكم الفرنسية في معظم أحكامها بعدم إعفاء البنك من المسؤولية عن خطئه الجسيم، ويبقى الأمر في تحديد درجة الخطأ إذا كان جسيماً أو بسيطاً لتقدير القاضي حسب ظروف كل حالة على حدة⁴.

الفرع الرابع: إثبات العلاقة السببية

العلاقة السببية هي الشرط الثالث اللازم توافره لقيام مسؤولية البنك المدنية، فلا بد للعميل من إثبات هذه الصلة، ذلك لأن هذا المتضرر لا يكفي أن يثبت خطأ البنك بل عليه أن يثبت صلة سببية مباشرة بين الخطأ والضرر وعبء الإثبات هذا يقع على المتضرر، حيث يتوجب عليه تقديم كافة العناصر التي تجعل ادعاءه واقعياً⁵، وله في سبيل ذلك أن يثبت بالقرائن والبراهين، ويمكن للبنك أن ينفي علاقة السببية فتنتفي بذلك المسؤولية المدنية للبنك⁶.

¹ براهيمي بديعة، المرجع السابق، ص 119.

² الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني، المشار إليه سابقاً.

³ خليلي سهام، المرجع السابق، ص 104.

⁴ براهيمي بديعة، المرجع السابق، ص ص 119-120.

⁵ براهيمي فايزة، المرجع السابق، ص ص 254-255.

⁶ بوزيدي الياس، المرجع السابق، ص 183.

إلا ان المشكلة المطروحة هنا هي قواعد الإثبات، فلقد لاحظنا من خلال هذه الدراسة أن هناك لبس كبير من ناحية الإثبات هل تطبق قواعد الإثبات التجارية أو قواعد الإثبات المدنية؟

فهناك فئة من الفقهاء أقرت أن قواعد الإثبات التي يتبعها العميل هي قواعد الإثبات المدنية وهناك فئة أخرى ترى أن قواعد الإثبات التي يتبعها العميل هي قواعد الإثبات التجارية وللإجابة على هذه الإشكالية سوف نتطرق إلي:

أولاً: قواعد الإثبات

ثانياً: نطاق تطبيق حرية الثبات

أولاً: قواعد الإثبات

لقد نظمت مختلف التشريعات الإثبات لما له من أهمية بالغة فهو يرتبط بقاعدة عدم جواز اقتضاء الشخص حقه بنفسه، فعلي من يدعي وجود حق أو ينفي ادعاء الطرف الآخر بأحقيته له إثبات هذا أو اللجوء للقضاء لإنصافه، وقد وضع المشرع الجزائري علي غرار العديد من التشريعات، قواعد ومبادئ عامة للإثبات تنظمه وتضع حدوده منعا للفوضى¹.

يكتسي الإثبات أهمية بالغة في المجال القانوني، فكلما يعرض نزاع على القضاء إلا ووجب على من يتمسك بواقعة قانونية ما أن يقيم الدليل علي وجودها، وعدم إقامة الدليل علي الحق المطالب به يجعله غير موجود ودون أية قوة قانونية، فالإثبات هو إذن بمثابة شريان الحياة للحق، ولهذا تواترت أقوال الشراح علي "ان الدليل هو قوة الحق" وانه "يستوي حق معدوم وحق لا دليل عليه" وان "مالا دليل عليه هو والعدم سواء"².

1-تعريف الإثبات:

الإثبات لغة من أثبت الشيء، أي عرفه حق المعرفة، وثبت ثباتا وثبوتا فهو ثابت، والثبات والثبوت يعني الدوام والاستقرار، ويقال ثبت فلان على موقفه إذا لم يتراجع عنه ولذا سمي الدليل ثبوتا³.

¹ زروق يوسف، حجة وسائل الإثبات الحديثة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2013، ص ص 15-16.

² براهيم صالح، الإثبات بشهادة الشهود في القانون الجزائري دراسة مقارنة في المواد المدنية والجناحية، أطروحة دكتوراه علوم تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2012، ص 3.

³ عايدة الشامي، خصوصية الإثبات في الخصومة الإدارية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية مصر، 2008، ص3.

الإثبات بمعناه العام هو محاولة الوصول إلى الحقيقة المجردة كالإثبات العلمي أو التاريخي حيث ينشد الإنسان التحقق من واقعة غير معروفة أو متنازع عليها بأية وسيلة كانت¹.

أما الإثبات في القانون الوضعي يعني إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق القانونية التي حددها القانون علي وجود واقعة ترتبت أثارها²، أو هو الالتزام بإقامة الدليل بالطرق المحدد قانونا على صحة واقعة قانوني متنازع عليها يترتب على ثبوتها أثار قانونية.

لقد وضعت التشريعات في مختلف الدول مبادئ وقواعد عامة يقوم عنها الإثبات منعا لأي تلاعب بحقوق الأفراد، وتتمثل اغلبها في محل وعبء الإثبات والحق في الإثبات، ويضاف لها قواعد الإثبات التي تشملها النصوص المنظمة للإثبات التي تنقسم إلى قواعد موضوعية وهي التي تحدد أدلة ووسائل الإثبات وتوضح كيفية تقديم هذه الأدلة أمام القضاء، وأخرى إجرائية أو شكلية وهي التي تحدد الإجراءات التي يجب إتباعها في عرض الأدلة حينما يعرض النزاع علي الجهات القضائية، وقد ضمنها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بينما ضمن القواعد الموضوعية في القانون المدني الجزائري ويكون بذلك قد حذا حذو المشرع الفرنسي³.

2- مبادئ الإثبات:

نظرا لأهمية الإثبات فلقد اهتمت التشريعات بتنظيمه وبيان الوسائل والطرق التي تمكن القاضي من الوصول إلى الحقيقة وحسم النزاعات وتفاوتت التشريعات في تنظيم الإثبات بين مذاهب ثلاث⁴.

أ- مذهب الإثبات الحر أو المطلق:

ومؤداه أن القانون لا يضع طرقا معينة مقيدة للإثبات، إنما يكون أطراف الخصومة أحرار في تقديم أي دليل إثبات يروونه مقنعا للقاضي ولهذا الأخير الحرية في تكوين اعتقاده حول أي دليل يقدم إليه، بل انه يستطيع لعب دور إيجابي في التنقيب عن الحقيقة بكل الطرق التي يراها تفي بذلك الغرض، مما يجعل الحقيقة التي يصل لها اقرب للحقيقة الواقعية⁵، ويعاب علي هذا النظام أن من شأنه أن يزعزع الثقة في التعامل،

¹ عمر بن سعيد، ماهية الإثبات ومحلها في القانون والقضاء المدني الجزائري، مجلة أفاق للعلوم، جامعة زيان عاشور الجلفة، جوان 2018، ص63.

² أحمد خالد، الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية، ط 1، دار التفسير للنشر والإعلان، أربيل العراق، 2007، ص30.

³ زروق يوسف، المرجع السابق، ص15.

⁴ عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص64.

⁵ زروق يوسف، المرجع السابق، ص16.

فالتقدير في وسائل الإثبات قد يختلف من قاضٍ لآخر وهذا الاختلاف في التقدير يزعزع ثقة المتقاضي في القاضي الذي لا يكون علي بينة من أن الأدلة المقدمة من شأنها إقناع القاضي، علاوة على ذلك أن القاضي بشر غير معصوم من الخطأ إذ يغلبه الهوى فيسيء استعمال سلطته الواسعة ويتعسف دون رقابه عليه من القانون¹.

ب- مذهب الإثبات القانوني أو المقيد:

في النظام المقيد تحصر طرق الإثبات وتعين تعيينا دقيقا وتحدد قيمة كل واحد منها، إذ لا يجوز للخصوم إثبات حقوقهم بغير هذه الوسائل والقانون في الوقت ذاته أعطي لكل دليل قيمته التي يشاء²، والواضح أن هذا المذهب يحقق استقرار المعاملات ويبعث الثقة في نفوس المتقاضين، ويمنع التحكم والتعسف في تسوية وحل المنازعات إلا أنه يعاب عليه غلق السلطة التقديرية للقاضي مما قد يمنعه من تحقيق العدالة، لتباعد الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية، فكثيرا ما يكون الحق في صالح أحد الخصوم والقاضي مقتنع بذلك لكنه لا يستطيع الحكم لصالحه لعدم تواجد الدليل الذي اشترطه القانون سالفا³.

ج- مذهب الإثبات المختلط:

وبين النظامين السابقين نشأ نظام مختلط ترك قسما من الحرية لتوجيه الخصوم واستكمال الأدلة الناقصة وإيضاح ما وقع فيه من غموض بالوقائع، لكن قيده المشرع بكل دليل قانوني علي حدا وبين لكل دليل حجتيته⁴، وهو بذلك يخرج من مساوئ الإثبات المقيد بإعطاء القاضي هذه السلطة، فحيث تجوز الشهادة يستطيع الأخذ بها أو ردها، كما له عند تقارب أقوال الشهود أن يغلب شهادة القلة علي شهادة الكثرة، كما له توجيه اليمين المتممة إلى أي من الخصمين، وكذلك بالنسبة للقرائن القضائية يتمتع القاضي فيها بسلطة تقديرية واسعة، وبهذا المذهب تأخذ أغلب التشريعات اللاتينية كالقانون الفرنسي والإيطالي والقانون البلجيكي⁵.

والمشرع الجزائري مثله مثل أغلبية التشريعات في العالم، أخذ بالمذهب المختلط في الإثبات، فهو يفرض علي القاضي بعض القيود في إثبات مسائل معينة ويترك له الحرية في تقدير إثبات بعض المسائل

¹ عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص 64.

² زرقان وليد، إجراءات الإثبات عن طريق الشهادة في القانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة ماجستير في تنفيذ الأحكام القضائية، كلية الحقوق سعيد حمدين، جامعة الجزائر، 2015، ص 2.

³ زروق يوسف، المرجع السابق، ص 17.

⁴ زرقان وليد، المرجع السابق، ص 2.

⁵ زروق يوسف، المرجع السابق، ص 18.

الأخرى ومن ثم تتفاوت سلطة القاضي التقديرية وحرية الخصوم في الإثبات من مسألة لأخرى، ففي المسائل الجزائية يتمتع القاضي بحرية واسعة في تقدير الأدلة والوقائع إلا إذا نص القانون علي خلاف ذلك، وكذلك في المسائل التجارية حيث يمكن الإثبات كقاعدة عامة حرا نظرا للسرعة التي تقتضيها المعاملات التجارية وما تنطوي عليه من ثقة وائتمان¹.

2- طرق الإثبات:

يقصد بالإثبات عموما إقامة الدليل لدي السلطات المختصة على حقيقة معينة بالطرق التي حددها القانون ووفق القواعد التي تخضع لها².

وإذا كان الإثبات من ناحية حقا للخصوم، بحيث يتعين لكل طالب حق أن يقدم ما لديه من أدلة لإثبات صحة ما يدعيه على أن يكون للخصم الآخر أن يقدم ما ينفي هذه الأدلة وتقديم دفوعه في مواجهة المدعي فهو من ناحية أخرى وفي نفس الوقت عبء ثقيل يقع على عاتق من يتوجب عليه تحمله³.

وترتبط نظرية الإثبات بكل فروع القانون إذ يمكن تطبيقها على مصادر الحق كافة، سواء الحقوق الشخصية أو الحقوق العينية، لما لنظرية الإثبات من أهمية بالغة وخطورة على مصير الدعوي فقد زاد اهتمام الفقه بها في جميع فروع القانون، وإن أبلغ دليل علي هذا الاهتمام هو إصدار مؤلفات في تطبيقات نظرية الإثبات في كل فرع من فروع القانون⁴.

ولقد نظم القانون المدني الجزائري وسائل الإثبات ضمن الباب السادس تحت عنوان "إثبات الالتزام" من المواد 323 إلى غاية 350⁵، وحدد طرق الإثبات في خمسة فصول كل فصل خصه بوسيلة من وسائل الإثبات وهي كالاتي: الكتابة، الشهود، القرائن، الإقرار، اليمين، وبما أن المشرع الجزائري قد جعل لوسائل الإثبات مكانه بين القانون الوضعي والقانون الإجرائي فان قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري قد نظم

¹ عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص 65.

² رحمانى حسيبة، خصوصية المخالفة الجمركية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم تخصص القانون، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2019، ص 322.

³ سعداني العيد، عبء الإثبات في القانون الوضعي الجزائري، مجلة المفكر، ع 11، 2014، ص 190.

⁴ عبد المنعم عبد الوهاب محمد، الإقرار في الإثبات -دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون العراقي- أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة سانت كليمنس العالمية، 2014، ص 17. (جامعة سانت كليمنس جامعة مرخصة في جزر تركس وكايكوس تتبع التاج البريطاني هي جامعة عالمية تعتمد على نظام التعليم والدراسة عن بعد والتعليم الإلكتروني)

⁵ الأمر رقم: 75-58 المتضمن القانون المدني، المشار إليه سابقا.

طرق الإثبات وحددها ضمن الباب الرابع تحت عنوان "في وسائل الإثبات" من المادة 70 إلى غاية 193¹ وهي: الاستجواب، الانابات القضائية الداخلية والدولية، الخبرة، المعاينة والانتقال إلى الأماكن والشهود، مضاهاة الخطوط واليمين.

ولكن ما يهمنا نحن في هذه الدراسة هو الفرق بين طرق الإثبات المدني وطرق الإثبات في المواد التجارية وهذا من أجل أن نبين طريقة الإثبات التي يجب علي العميل إتباعها من أجل إثبات خطأ البنك

أ- الفرق بين الإثبات في المواد المدنية والإثبات في المواد التجارية:

لقد جعلت التشريعات المدنية القديمة والحديثة قواعد عامة تحكم الإثبات بالكتابة كدليل إثبات مقرر قانونا وأهم هذه الطرق هي وجوب الإثبات بالكتابة في القانون المدني²، وهذا ما كرسه المشرع الجزائري بموجب المادة 330 فقرة أولى من القانون المدني الجزائري التي تنص: "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته عن 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك....."³.

ففي المواد المدنية تعد الكتابة أسمى وأقوي طرق الإثبات حيث تثبت جميع التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن مئة ألف 100000 دينار جزائري أو غير محدودة القيمة، ولا يمكن الطعن في الدليل الكتابي إلا عن طريق التزوير أو الإنكار أو الجهالة⁴.

أما في المواد التجارية، فإن الإثبات بكافة طرق الإثبات مهما كانت قيمة المعاملة، وهذا ما يستفاد كذلك من مقتضيات المادة 30 من القانون التجاري التي تنص علي: "يثبت كل عقد تجاري

-بسندات رسمية

- بسندات عرفية

-بفاتورة مقبولة

¹ القانون 09/08 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية، المشار إليه سابقا.

² هدار عبد الكريم، مبدأ الثبوت بالكتابة في ظل ظهور المحررات الإلكترونية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق بن عكنون جامعة الجزائر 1، 2014، ص13.

³ الأمر رقم: 58-75 المتضمن القانون المدني، المشار إليه سابقا.

⁴ بن نية أيوب، وسائل الإثبات في المواد التجارية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 2014، ص45.

-بالرسائل

-بدفاتر الطرفين

-بالإثبات بالبينة أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها¹.

من خلال تحليل دقيق لهذه المادة يتبين أنها جاءت صريحة فيما يخص أخذ المشرع الجزائري بمبدأ حرية الإثبات في المادة التجارية مسايرة لباقي التشريعات المقارنة، وذلك استجابة لما تتطلبه التجارة من ثقة وائتمان وسرعة، إذ أن التاجر يسعى دائما من وراء معاملاته التجارية إلى تحقيق الربح، بإبرام أكبر عدد من الصفقات التجارية في أقصر وقت، ومن شأن اشتراط كتابة العقود التي يبرمها مخالفة هذه المبادئ، لما في ذلك من تعطيل لمصالح الطرفين، وتعقيد المعاملات التجارية².

ومن هنا نستنتج أن إثبات المعاملات التجارية تتم بكافة طرق الإثبات فيجوز إثبات العقود التجارية وغيرها من التصرفات القانونية التجارية بشهادة الشهود والقرائن والدفاتر التجارية والمراسلات، كما أن حرية الإثبات في المواد التجارية تسمح بإبرام العمليات التجارية شفاهة أو عن طريق الفاكس أو التلكس أو البرقيات أو حتى الهاتف، وبالتالي فهي تختلف عن الأعمال المدنية التي تتصف بالبطء والتي تتطلب شروط موضوعية عامة وخاصة تحمي مصالح وحقوق الأطراف بالإضافة إلى شروط شكلية يتطلبها القانون لانعقاد العقد من جهة وكأداة للإثبات من جهة أخرى بالطرق المحددة قانونا³.

ثانيا: نطاق تطبيق حرية الإثبات

يطبق هذا المبدأ على التصرفات القانونية التي تثبت لها الصفة التجارية، ولقد حدد القانون التجاري ما يعد عملا تجاريا بصفة أصلية، فضلا عن تبني المشرع لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية بإقراره قرينة تجارية العمل وبهذه القرينة يكون المشرع خفف من حيث وجود قاعدة الإثبات⁴.

وبالرجوع إلى البنك نلاحظ أن المشرع الجزائري نص على تأسيس البنك في شكل شركة مساهمة وهذا ما نصت عليه المادة 83 من قانون النقد والقرض 11/3 والتي تنص على: "يجب أن تأسس البنوك والمؤسسات

¹ الأمر 59/75 المتضمن القانون التجاري، المشار إليه سابقا.

² منصور داود وساعد العقون، الإثبات التجاري بين السرعة والائتمان، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، م 10، ع 3، سبتمبر 2017، ص 8.

³ بن النية أيوب، المرجع السابق، ص 45.

⁴ بقرار كمال، حرية الإثبات في المادة التجارية، مجلة القانون، ع3، جوان 2012، ص 68.

المالية الخاضعة للقانون الجزائري في شكل شركات مساهمة...¹ ولقد تطرقنا إلى هذا بالتفصيل سابقا وبالإضافة إلى ذلك فلقد نص المشرع الجزائري علي أن الأعمال المصرفية هي أعمال تجارية وهذا ما أشارت إليه المادة الثانية في فقرتها الثالثة عشر من الأمر رقم 59/75 المتعلق بالقانون التجاري ولقد نصت علي: "يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه..... كل عملية مصرفية أو عملية صرف أو سمسرة أو خاصة بالعمولة....."².

وما يستخلص من هذه المادة ان المشرع الجزائري اعتبر جميع الأعمال المصرفية أعمال تجارية.

وأكمل القضاء والفقهاء القواعد الخاصة بشروط اعتبار الأعمال المصرفية أعمال تجارية وبتجارية كافة الأعمال الأخرى التي تباشرها المصارف، كالودائع والحساب الجاري والاعتمادات والخصم والكفالة وتأجير الخزائن والتوكيل في التحصيل وفي الوفاء وسائر الالتزامات الأخرى التي يتحملها البنك في مباشرته نشاطه³. ومن هنا نستنتج ان قواعد الإثبات التي تطبق علي الأعمال المصرفية هي قواعد الإثبات في المواد التجارية هذا إذا كان المتعامل مع البنك تاجرا فانه لا مشكلة في ذلك لان الطرفين هما تاجر سواء العميل او البنك أي انه يخضع لمبدأ حرية الإثبات ما كان من الأعمال التجارية بالنسبة لطرفيه من التاجر، أي متي كان المتعاقدين تاجرين (العميل والبنك) وبصدد أعمال تجارية، في هذه الحالة تتبع وسائل الإثبات التجارية⁴، غير أنه إذا كان الشخص الذي يتعامل مع المصرف غير تاجر (مدني) فيعتبر العمل عادة مدنيا بالنسبة لهذا الشخص لكن تجاريا بموضوعه بالنسبة للبنك، وهذا ما يتحقق عادة بالنسبة للودائع النقدية من طرف الأشخاص المدنية، ففي هذه الحالة فالأعمال لديها صفة مختلطة، أي أعمال تجارية بالنسبة للبنك وأعمال مدنية بالنسبة للطرف الأخر⁵ وفي المعاملات المختلطة فانه يتم تطبيق قواعد النظام المقيد في الإثبات بالنسبة لمن كان تعامله مدنيا ويتم تطبيق قواعد النظام الحر بالنسبة لمن كان تعامله تجاريا⁶.

¹ الأمر 11/03 المتضمن قانون النقد والقرض المشار إليه سابقا.

² الأمر رقم 59/75 المتضمن القانون التجاري، المشار إليه سابقا.

³ علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص 7.

⁴ بقداد كمال، المرجع السابق، ص 68.

⁵ نور الدين الشادلي، القانون التجاري، الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري، د ط، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2003، ص 44.

⁶ هدار عبد الكريم، المرجع السابق، ص 15.

والذي نلفت النظر إليه أن القضاء الحديث يتوسع في مد الصفة التجارية إلى أعمال تباشرها البنوك لم تكن معتبرة من قبل تجارية من ذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية من أن جميع القروض التي يباشرها البنك في نشاطه المعتاد تعتبر تجارية مهما كانت صفة المقرض وأيا كان الغرض الذي خصص له القرض¹. ومن هنا نستنتج أن القضاء والفقهاء يتجه إلى اعتماد الإثبات الحر في جميع الأعمال المصرفية بغض النظر عن العميل سواء أكان تاجرا أم لا وهذا راجع إلى أن تطبيق القواعد الخاصة بالتصرفات المدنية علي المعاملات التجارية من شأنه أن يؤدي إلى عرقلة الحياة التجارية وتعطيلها، وذلك نظرا لان الحياة التجارية تحكمها اعتبارات مغايرة وغايات مختلفة، إذ هدفها تحقيق الأرباح عن طريق آلية قانونية تقوم علي سرعة تداول الثروات، بحيث انه كلما ازدادت حركة تداولها وعدد مرات دوران رأس المال بغير عائق إعداد دليل إثباتها كلما تحقق المزيد من الربح².

وقواعد الإثبات في دراستنا هذه تخضع لقواعد الإثبات الحر بغض النظر عن كون العميل تاجرا أم لا، لأن البنك هو المخطئ وهو تاجر، وعلي العميل لإثبات خطأ البنك أن يعتمد على طرق الإثبات في المواد التجارية أي بإمكانه الإثبات بأي دليل.

خلاصة الفصل:

لقد تطرقنا في هذا الفصل إلى شروط قيام المسؤولية المدنية للبنك اتجاه العميل، حيث تناولنا في المبحث الأول الخطأ كأساس لقيام مسؤولية البنك المدنية اتجاه العميل وتوصلنا من خلال هذا المبحث إلى

¹ جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص 8.

² بقداد كمال، المرجع السابق، ص 65.

أن الخطأ لعب دورا كبيرا في تجسيد قواعد المسؤولية المدنية وكذلك في استقلالها عن المسؤولية الجزائية، ولقد كان بمثابة العمود الفقري للمسؤولية المدنية فلا تقوم ولا تتحرك المسؤولية المدنية بدونها، وكان الخطأ في المسؤولية المدنية بمثابة الروح في الجسد، ولكن مع بروز الثورة الصناعية في القرن التاسع عشر التي شهدتها أوروبا تولدت عنها كثرة الحوادث والأخطار وبات من الصعب التصرف دون خطر الإضرار، لتصبح المسألة عندئذ أكثر أهمية من الاتجاه الحديث المتمثل في إسناد الضرر للشخص المسؤول بدلا من الصدفة.

مما اضطر الفقه والقضاء إلى البحث عن حلول وبدائل للمسؤولية الشخصية المبنية على فكرة الخطأ وهذا أدى إلى تراجع دور الخطأ تدريجيا فبعد ما كان للخطأ دور وقيمة ثابتة في المسؤولية المدنية ولا جدال عليه أصبح للخطأ الآن دور متباين في المسؤولية المدنية، ففي كل الحالات التي لا يوجد فيها نص خاص يقرر مسؤولية دون خطأ، يبقى الخطأ هو الأساس الوحيد والعادل الذي يمكن أن تقام عليه المسؤولية المدنية بينما إذا كان هناك نص يقرر المسؤولية بدون خطأ فهنا لا مكان للخطأ.

كما تطرقنا في هذا المبحث إلى الخطأ البنكي باعتباره خطأ مهني وميزناه عما يشابهه من أخطاء كما تطرقنا إلى أهمية مدونة أخلاقيات المهنة ودورها في تجسيد الخطأ المهني البنكي على أرض الواقع، وهذا ما لاحظناه بالنسبة إلى بعض المهن كالمحاماة، فنلاحظ أن مدونة أخلاقيات المهنة للطبيب أو المحامي قد جسدت الخطأ المهني على أرض الواقع بالإضافة إلى الأعراف المهنية.

ولقد توصلنا إلى أنه من الأفضل أن تكون مدونة أخلاقيات المهنة منفصلة عن القوانين الداخلية لكل مهنة، وهذا راجع إلى أنه عندما تكون المدونة منفصلة عن القوانين الداخلية تكون سهلة الاطلاع من طرف العملاء وكذلك من طرف القضاء، بالإضافة إلى ذلك فإن انفصالها عن القوانين الداخلية يعطي لها أهمية أكبر وكذلك قوة قانونية أكبر، ويجعلها تهتم بكل الجوانب وبالتفصيل فمثلا مدونة أخلاقيات المهنة الطبية بانفصالها عن القوانين الداخلية للمهنة الطبية أعطي لها أهمية وقوة قانونية أكبر وهذا ما لاحظناه سابقا.

أما المبحث الثاني فقد تناولنا فيه ضرر العميل بسبب خطأ البنك والعلاقة السببية بينهما لأنه لا تكفي لقيام مسؤولية البنك المدنية أن يكون هناك خطأ في المسؤولية العقدية وفعل ضار في المسؤولية التقصيرية وضرر في كل منهما، بل يشترط أيضا أن يكون الضرر الذي لحق بالعميل ناشئا عن الخطأ أو الفعل الضار الذي قام به البنك، لأنه حتى تقوم المسؤولية المدنية للبنك يشترط أن تقوم علاقة سببية بين الخطأ والضرر ومقتضي ذلك أن يكون الضرر نتيجة للخطأ لكي يتحقق الجزاء ويصبح من حق العميل المطالبة بتحقيق العدالة التي رسمها المشرع.

خاتمة

من خلال هذه الدراسة لاحظنا أن جل الفقهاء الذين تطرقوا الي المسؤولية المدنية للبنك قسموها الي مسؤولية تقصيرية وعقدية أي اعتمدوا على النظرية التقليدية بالرغم من اعترافهم بمهنية البنك واحترافيته الا أننا حاولنا أن نثبت من خلال هذه الدراسة أنه يجب اخضاع مسؤولية البنك المدنية الي النظرية الحديثة أي الاعتراف بالمسؤولية الموحدة للبنك وهو ما من شأنه أن يعزز الرابطة بين البنوك والعملاء ويساعد علي كسر عزوف الجزائريين على التعامل مع البنوك، نظرا لما توفره هذه المسؤولية من حماية للعميل باعتباره الطرف الضعيف بالمقارنة مع البنوك.

ولقد توصلنا من خلال هذه الدراسة الي ان هناك فئات قد اعترف لها المشرع الجزائري بالمسؤولية الموحدة كفئة المنتجين وفئة المهنيين، وأثبتت هذه النظرية وجودها علي أرض الواقع وهذا ما نستنتجه من المادة 140 من القانون المدني وغيرها من المواد، وهو النهج الذي نهجه التشريع المقارن خاصة التشريع الفرنسي وهذا بسبب عجز قواعد المسؤولية المدنية التقليدية على إيجاد حلول ملائمة لهذه الفئات ، وبالمقابل هناك فئات اخري لازالت تحكمها قواعد المسؤولية المدنية التقليدية وهي ناجعة وفعالة بالنسبة لهذه الفئات ولا يمكن ان نطبق فيها قواعد المسؤولية الموحدة، وخالصة القول انه لا يمكن تطبيق قواعد المسؤولية الموحدة علي كل الفئات كما انه لا يمكن تطبيق قواعد المسؤولية المدنية المزدوجة علي كل الفئات وهذا يقودنا الي القول بأنه يجب علينا إعادة النظر في تقسيم المسؤولية المدنية واعتماد التقسيم الآتي:

- ✓ تنقسم المسؤولية المدنية الي قسمين هما المسؤولية الموحدة والمسؤولية المدنية المزدوجة أي يسيران جنبا الي جنب.
- ✓ والمسؤولية المدنية المزدوجة تنقسم الي مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية بينما المسؤولية المدنية الموحدة تنقسم الي المسؤولية المهنية ومسؤولية المنتج.

ومن خلال هذه الدراسة توصلنا الي جملة من النتائج أهمها:

✓ عرفت المنظومة البنكية الجزائرية عدة إصلاحات وحاول المشرع الجزائري النهوض بها من الاستقلال الي يومنا هذا ، وما يمكن ملاحظته من خلال كل هذه التعديلات هي سيطرت وهيمنة السلطة التنفيذية برئاسة رئيس الجمهورية على سلطة النقد والقرض بدءا بسلطة التعيين حيث يتم تعيين أعضاء بنك الجزائر ، المحافظ ونوابه الثلاثة بموجب مرسوم رئاسي وكذلك يتم عزلهم بموجب مرسوم رئاسي، وفي هذا الإطار ودون مبالغة ومادامت سلطة التعيين هي سلطة العزل فان المسار المهني لموظفي بنك الجزائر مرتبط بوجودها وعدمها برضي السلطة التنفيذية، وهذا يدل علي هيمنة السلطة التنفيذية على سلطة النقد والقرض (بنك الجزائر) وما يجسد هذه التبعية التعديل الأخير لقانون النقد والقرض لسنة 2017 والذي أثبت بان بنك الجزائر هو مجرد آلة لصنع الأوراق النقدية وأنه هيكل بدون معني أو جسد بدون روح.

✓ اتضح لنا مما سبق أن المسؤولية المدنية للبنك بمفهومها التقليدي سواء في نطاقها العقدي او التقصيري لم تعد مجدية او كافية لجبر الأضرار، وبالرغم من اعتراف أغلبية الفقهاء بازواجية نظام المسؤولية المدنية للبنك الا ان الواقع العملي اثبت عجز التقسيم الثنائي (عقدية وتقصيرية) لمسؤولية البنك المدنية عن إيجاد حلول ملائمة للعملاء مع البنوك.

✓ ان الأخذ بالحلول المرتبطة بالتقسيم الثنائي للمسؤولية المدنية للبنك يؤدي الي تعدد واختلاف القواعد القانونية المطبقة وما ينتج عن ذلك من تزعزع في الاستقرار القانوني وتشنت في الأحكام المطبقة سواء في جانب البنك (المسؤول) أو العميل (المضرور).

✓ التقسيم الثنائي لمسؤولية البنك المدنية يؤثر سلبا على البنوك ليس على المستوى الداخلي فقط بل يمتد الي المستوى الدولي لأن تعدد وتباين الحلول يؤثر على البنوك ويشوه مبدأ المنافسة وهذا ما يستنتج من معظم الاتفاقيات الدولية، كاتفاقية ستراسبورغ واتفاقية المجموعة الأوروبية، وكذا التوجه الأوروبي والتي اعتنقت نظرية وحدة المسؤولية، ويعد التوجه الأوروبي رقم 85-374 أول تشريع ساهم في إقرار نظام المسؤولية الموحدة.

- ✓ ان المشرع الجزائري لم يدرج مواد في القانون تنظم وتسير مرحلة التفاوض رغم أهمية هذه المرحلة خاصة فيما يتعلق بالعقود التجارية ومنها العقود المصرفية وهذا لما فيه حماية خاصة للطرف الضعيف في العقد كحالة العميل مع البنك ونحن نؤيد الاتجاه القائل بأن طبيعة المسؤولية في مرحلة التفاوض هي مسؤولية تقصيرية.
- ✓ يجب التوسيع في التزامات البنك لكون البنك مهني وانه يملك من الخبرات والقدرات ما يجعله في موقف أقوى من موقف العميل ويجب على القضاء تفسير عبارات العقد المبهمة والغامضة لصالح العميل.
- ✓ عدم جواز الجمع بين المسؤوليتين التقصيرية والعقدية في المجال البنكي. لأن إقرار الجمع بين المسؤوليتين (العقدية والتقصيرية)، فيه تعدي على الأحكام الحائزة قوة الشيء المقضي فيه، والتي تعد قرينة قانونية مفادها، أن الحكم قد صدر صحيحا من حيث الشكل وعلي حق من حيث الموضوع، فلا يستساغ إعادة رفع دعوي أخرى. كما أنه لا يمكن قبول التعويض مرتين لضرر واحد.
- ✓ جواز الخيرة بين المسؤوليتين التقصيرية والعقدية في المجال البنكي، وهذا راجع الي الاعتبار التالية:

نلاحظ أن الفقهاء الرافضين لجواز الخيرة بين المسؤوليتين قد بنو رفضهم علي أساس الرابطة العقدية "العقد"، الا أن هذا الأساس لم يعد له اعتبار في الوقت الحالي وهذا راجع الي التغيرات التي عرفتها الرابطة العقدية وهذا ما يدعم الاتجاه المناادي بالخيرة بين المسؤوليتين هو تغير مضمون العقد حيث شهد مفهوم النظام العام التعاقدى تحولا خلال السنوات الأخيرة، حيث أصبح المشرع يتدخل ويحدد مضمون العقد والالتزامات العقدية بموجب قواعد أمره خاصة في ميدان عقود الاستهلاك، حيث يتجلى تدخل المشرع من خلال الغاء الشروط التعسفية التي قد يفرضها مقدم الخدمة على المستهلك لتوفير حماية فئة المستهلكين وهذا أدى الي التداخل بين الضابطة العقدية والضابطة القانونية.

كذلك الإقرار بعدم جواز الاختيار بين المسؤوليتين في المجال البنكي يؤدي الى الاختلاف في معاملة المضرورين بحسب ارتباطه بعقد أم لا، وفي نظرنا هذا غير مبرر خاصة بالنسبة

للأطراف المهنية لأن النشاط المهني قد يكون منشأ للخطر نفسه بالنسبة للمتعاقدين وللأغيار على حد سواء، وعلى العكس فإن الإقرار بجواز الخيرة تجعل المضرور يختار الأصلح له، وبالتالي يكون جميع المضرورين في صف واحد سواء كانوا من المتعاقدين أو من الأغيار.

✓ ان البنك هو منتج وان خدماته هي عبارة عن منتوجات وهذا يقودنا للقول بان مسؤولية البنك المدنية هي مسؤولية موحدة على غرار باقي المنتجين (مسؤولية المنتج).

✓ ان الطبيعة القانونية للمسؤولية الموحدة لها طبيعة قانونية خاصة بها وهذا من خلال الاختيار من المسؤوليتين ما هو أصلح للمضرور فنأخذ من المسؤولية العقدية مثلا مدة التقادم ونأخذ من المسؤولية التصيرية مدي التعويض، والخيرة هنا هي التي يقوم بها المشرع وليس المضرور، أي ان الطبيعة القانونية للمسؤولية الموحدة يجب ان ينص عليها المشرع حتى تكون قابلة للتجسيد علي ارض الواقع.

✓ ان البنك هو مهني محترف وان جميع عناصر المهني تتوفر في البنوك وان المسؤولية المدنية للبنك هي مسؤولية مهنية ومن هنا فان مسؤولية البنك هي مسؤولية موحدة سواء اعتبرناه منتج او مهني.

✓ ان كل المهنيين بالإضافة الي القوانين الخاصة التي تنظمهم كالقانون الأساسي لمهنة المحاماة والقانون الأساسي للصحة والقانون المدني الذي يعتبر الشريعة العامة فان هناك مدونة اخلاقيات المهنة التي تعتبر من بين القوانين التي يستعين بها القضاء للفصل في القضايا والتي من شأنها ان تضمن حماية اكبر للعملاء فلقد لاحظنا ان هناك بعض الدول سارت في هذا الاتجاه وأصدرت مدونة اخلاقيات المهنة البنكية على غرار مصر والامارات وهذا في نظرنا شيء إيجابي بينما المشرع الجزائري لم يتطرق الي هذه النقطة ولم ينص علي مدونة اخلاقيات المهنة البنكية.

✓ تراجع دور الخطأ تدريجيا فبعدها كان للخطأ دور وقيمة ثابتة في المسؤولية المدنية بصفة عامة والمسؤولية المدنية للبنك بصفة خاصة ولا جدال عليه أصبح للخطأ الآن دور متباين في المسؤولية المدنية ففي كل الحالات التي لا يوجد فيها نص خاص يقرر مسؤولية دون

الخطأ يبقى الخطأ هو الأساس الوحيد والعاقل الذي يمكن ان تقام عليه المسؤولية المدنية بينما إذا كان هناك نص يقرر المسؤولية بدون خطأ فهنا لا مكان للخطأ.

✓ ان الخطأ البنكي هو خطأ مهني وهو يختلف عن الخطأ التقصيري والخطأ العقدي كما انه يتميز عن الخطأ المهني للموظفين (الخطأ الوظيفي).

الاقتراحات:

- ✓ ضرورة تعديل المادة 9 من الامر 11/03 المتضمن قانون النقد والقرض وهذا من اجل تحقيق استقلالية سلطة النقد والقرض عن السلطة التنفيذية وهذا بإضافة مصطلح الاستقلال الإداري وتعاد صياغة المادة 9 على النحو التالي:
- " بنك الجزائر مؤسسة وطنية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي والإداري وتعد تاجرا في علاقاته مع الغير".
- ✓ جعل بنك الجزائر مؤسسة دستورية نظرا لأهمية هذه المؤسسة وهذا من اجل القضاء على هيمنة السلطة التنفيذية على سلطة النقد والقرض.
- ✓ تعديل المادة 107 من القانون المدني الجزائري، وهذا من اجل تنظيم مرحلة التفاوض نظرا لما لهذه المرحلة من أهمية وان يحذو المشرع الجزائري حذو المشرع الفرنسي الذي قنن مرحلة المفاوضات بصورة صريحة وجعلها مرحلة مستقلة ومختلفة عن بقية المراحل تحكمها نصوص مستقلة وهذا ما نصت عليه المادة 1104 من القانون المدني الفرنسي المعدل لسنة 2016، وعليه فإننا نقترح إعادة صياغة المادة 107 من القانون المدني علي النحو التالي: "يجب تنفيذ العقد ومرحلة التفاوض بحسن نية" او تبني صياغة المشرع الفرنسي التي جاءت في التعديل الجديد علي النحو التالي: " يجب ان يتم العقد في تفاوضه وتكوينه وتنفيذه بحسن نية".
- ✓ ادخال تعديل على المادة 140 مكرر من القانون المدني الجزائري وهذا بإضافة الخدمات الي تعريف المنتج أي تبني المفهوم الواسع للمنتج لتصبح المادة 140 مكرر على النحو

التالي: " يكون المنتج مسؤول عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية.

يعتبر منتوجا كل خدمة او مال منقول ولو كان متصلا بعقار لاسيما المنتوج الزراعي والمنتوج الصناعي وتربية الحيوانات والصناعة الغذائية والصيد البري والبحري والطاقة الكهربائية".

✓ تعديل المادة 160 من الامر 03-06 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ونقترح تغيير مصطلح الأخطاء المهنية للموظفين واستعمال مكانها مصطلح الأخطاء الوظيفية لان هذا المصطلح هو الأنسب في اعتقادنا بينما مصطلح الأخطاء المهنية هو الأنسب للمهنيين وبهذا يزول اللبس بين المصطلحين ونقترح إعادة صياغة المادة 160 على النحو التالي: " يشكل كل تخل عن الواجبات الوظيفية او مساس بالانضباط وكل خطأ او مخالفة من طرف الموظف اثناء او بمناسبة تأدية مهامه خطأ وظيفي ويعرض مرتكبه لعقوبة تأديبية دون المساس عند الاقتضاء بالمتابعة الجزائية".

✓ إعادة النظر في مضمون قانون النقد والقرض واطافة نصوص تشريعية خاصة تنظم العقد البنكي وتحدد الضمانات المقررة لحماية مصالح كل أطراف العلاقة التعاقدية، سواء تعلق الامر بالعمل او البنك.

✓ ضرورة اصدار مدونة أخلاقيات المهنة البنكية ووضع قواعد للسلوك المهني خاصة بالبنك ومعمة على العاملين ليميزوا بين التصرفات الصحيحة والخاطئة، وتفعيل دوره في إرساء مبادئ الرقابة الفعالة والالتزامات المهنية، وكذلك لتحديد الأخطاء المهنية البنكية بالتفصيل لأن الخطأ المهني يجد أساسه ومصدره الحقيقي في أعراف المهنة وأخلاقياتها.

✓ العمل على توعية العملاء مع البنوك واطارها بمدي أهمية فتح الحسابات البنكية، ومن ثم ابداع أموالهم لديها وما قد يترتب عنه من حسن المحافظة عليها، دون ان يتعرض لخطر السرقة او الائتلاف كما هو الحال إذا بقيت مدخرة بالبيوت، او تداولها في السوق الموازية، مع تحفيز المودعين بعوائد مالية والاستفادة من الأرباح.

-
- ✓ الاهتمام بجانب المسؤولية المهنية في تصرفات البنوك باعتبار ان الميدان البنكي ميدان مهني وتقني وتأطيره بقواعد قانونية دقيقة ومرنة تجعله يحقق امن المبادلات المالية والتجارية، كما تجعله عنصرا فعالا في التنمية وإدارة الاقتصاد الوطني.
 - ✓ مواصلة الإصلاحات البنكية التي شرع فيها في بداية التسعينيات من القرن الماضي، مع عدم التدخل في عمل المصارف واكتفائها بدور المراقب فقط.

قائمة المصادر

والمراجع

أولاً: باللغة العربية

1- النصوص القانونية الوطنية:

أ- التشريع الأساسي (الدستور):

1- دستور 1989 الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 89-18 المؤرخ في 22 رجب 1409 الموافق لـ 28 فبراير 1989 يتعلق بنشر تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فبراير 1989، ج ر، عدد 234 المؤرخة في 23 رجب 1409.

2- دستور 2016، الصادر بموجب القانون 16-01 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق 6 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 14، الصادر في 27 جمادى الأولى 1437 الموافق لـ 7 مارس 2016.

ب- التشريع العادي:

ب 1- القانون:

1- قانون رقم 86-12 مؤرخ في 13 ذي الحجة 1406 الموافق 19 أوت 1986 يتعلق بنظام البنوك والقرض، ج ر عدد 34 المؤرخة في 14 ذو الحجة 1406 الموافق 20 أوت 1986.

2- قانون 88-06 مؤرخ في 22 جمادى الأولى 1408 الموافق 12 جانفي 1988، يتعلق بنظام البنوك والقرض، ج ر عدد 2 المؤرخة في 23 جمادى الأولى 1408 الموافق 13 جانفي 1988.

3- القانون رقم 88-2003 المؤرخ في 15 جوان 2003 المتعلق بإصدار البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد، ج ر عدد 24 مكرر في 15/06/2003 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 66 لسنة 2016، ج ر عدد 32 الصادر في 14 ذو القعدة 1437 الموافق لـ 2016/08/17.

4- قانون رقم 89-02 مؤرخ في أول رجب عام 1409 الموافق 7 فبراير سنة 1989 يتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك ج، ر، ع 6 الصادرة في 2 رجب عام 1409 الموافق 8 فبراير سنة 1989.

5- قانون رقم 90-10 مؤرخ في 19 رمضان عام 1410 الموافق 14 أبريل 1990 يتعلق بالنقد والقرض، ج ر عدد 16 المؤرخة في 23 رمضان 1410 الموافق لـ 18 أبريل 1990.

6- القانون رقم 90-17 المؤرخ في 09 محرم 1411 الموافق لـ 31 يوليو 1990 المعدل والمتمم لقانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج ر رقم 35 الصادرة في 24 محرم عام 1411 الموافق لـ 15 أوت 1990.

7- قانون رقم 90-22 مؤرخ في 27 محرم 1411 الموافق 18 أوت 1990 يتعلق بالسجل التجاري، ج ر ع 36، الصادرة في أول صفر 1411 الموافق 21 أوت 1990.

8- قانون رقم 05-10 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو سنة 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج ر، ع 44 الصادرة في 19 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 26 يونيو سنة 2005.

9- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ع 21 المؤرخة في 23 أبريل 2008.

10- قانون رقم 09-03 مؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر، الصادرة في 11 ربيع الأول عام 1430 الموافق لـ 8 مارس سنة 2009.

11- قانون رقم 17-10 مؤرخ في 20 محرم 1439 الموافق 11 أكتوبر 2017 يتم الأمر 03-11 والمتعلق بالنقد والقرض، ج ر عدد 57 الصادرة في 21 محرم 1439 الموافق لـ 12 أكتوبر 2017.

ب 2- الأوامر:

1- الأمر رقم 71-47 مؤرخ في 7 جمادى الأولى 1391 الموافق لـ 30 جوان 1971 يتضمن تنظيم مؤسسات القرض، ج ر عدد 55 الصادرة في 13 جمادى الأولى 1391 الموافق لـ 6 جويلية 1971.

2- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج ر، عدد 78 الصادرة في 244 رمضان 1395 الموافق 30 سبتمبر 1975.

3- الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 الذي يتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، ج ر، عدد 101، الصادرة في 16 ذو الحجة عام 1395 الموافق 19 ديسمبر 1975.

4-الأمر رقم 01-01 مؤرخ في 4 ذي الحجة 1421 الموافق لـ 27 فيفري 2001، المتعلق بالنقد والقرض، ج ر عدد 14 الصادر في 5 ذو الحجة 1421 الموافق لـ 28 فيفري 2001.

5-الأمر 11-03 مؤرخ في 27 جمادى الثانية 1424 الموافق لـ 26 أوت 2003 يتعلق بالنقد والقرض، ج ر عدد 52 المؤرخة في 28 جمادى الثانية 1424 الموافق لـ 27 أوت 2003.

6-الأمر رقم 03-06 مؤرخ في 19 جمادى الثانية 1427 الموافق لـ 15 جوان 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية ج ر، عدد 46 المؤرخة في 20 جمادى الثانية الموافق لـ 16 جوان 2006.

ج-التشريع الفرعي:

ج-1 - المراسيم:

1-المرسوم رقم 64-176 المؤرخ في 27 محرم 1384 الموافق لـ 8 جوان 1964 المتعلق بتنظيم مشاركة البنك المركزي الجزائري والصندوق الجزائري للتنمية في تمويل المؤسسات الصناعية التابعة للتسيير الذاتي، ج ر عدد 7 المؤرخ في 8 صفر 1384 الموافق لـ 19 جوان 1964.

2-المرسوم 82-106 المؤرخ في 17 جمادى الأولى 1402 الموافق لـ 13 مارس 1982 المتعلق بإنشاء بنك الفلاحة والتنمية الريفية وتحديد قانونه الأساسي، ج ر عدد 11 الصادرة في 20 جمادى الأولى 1402 الموافق لـ 16 مارس 1982.

3-المرسوم رقم 85-85 المؤرخ في 10 شعبان 1405 الموافق لـ 30 أفريل 1985 يتضمن إنشاء بنك التنمية المحلية وتحديد قانونه الأساسي، ج ر عدد 19 الصادرة في 11 شعبان 1405 الموافق لـ 1 ماي 1985.

4-المرسوم التنفيذي رقم 90-266 مؤرخ في 25 صفر عام 1411 الموافق لـ 15 سبتمبر سنة 1990 يتعلق بضمان المنتجات والخدمات، ج ر عدد 40 الصادر في 29 صفر عام 1411 الموافق لـ 19 سبتمبر 1990.

5-المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 5 محرم عام 1413 الموافق لـ 6 يوليو سنة 1992 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج ر، عدد 52 الصادرة في 7 محرم 1413 الموافق لـ 8 يوليو 1992.

ج-2-النصوص واللوائح التنظيمية:

1-نظام رقم 92-05 مؤرخ في 17 رمضان 1412 الموافق 22 مارس سنة 1992 يتعلق بالشروط التي يجب أن تتوفر في مؤسسي البنوك والمؤسسات المالية ومسيريها وممثليها ج. ر عدد 08، الصادرة في 15 شعبان عام 1413 الموافق 7 فبراير سنة 1993.

2-نظام رقم 04-01 مؤرخ في 12 محرم عام 1425 الموافق 4 مارس سنة 2004، يتعلق بالحد الأدنى لرأسمال البنوك والمؤسسات المالية العاملة في الجزائر، ج ر، عدد 27، الصادر في 8 ربيع الأول عام 1425 الموافق لـ 28 أبريل سنة 2004.

3-نظام رقم 04-02 مؤرخ في 12 محرم عام 1425 الموافق لـ 4 مارس سنة 2004 يحدد شروط تكوين الحد الأدنى للاحتياطي الإلزامي، ج ر عدد 27 الصادرة في 8 ربيع الأول عام 1425هـ الموافق لـ 28 ابريل سنة 2004.

4-نظام رقم 08-04 المؤرخ في 25 ذي الحجة عام 1429 الموافق 23 ديسمبر سنة 2008 يتعلق بالحد الأدنى لرأسمال البنوك والمؤسسات المالية العاملة في الجزائر ج ر، عدد 72 الصادرة في 26 ذو الحجة عام 1429 الموافق 24 ديسمبر سنة 2008.

2-النصوص القانونية العربية:

1-ظهير الشريف رقم 178.05.01 المؤرخ في 15 محرم 1427 الموافق لـ 14 فبراير 2006 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها، ج ر عدد 5397 المؤرخ في 20 فبراير 2006.

2-قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999، جريدة رسمية للجمهورية العربية المصرية، ع09، صادر بتاريخ 17 ماي 1999، متاح على موقع الالكتروني: www.cbe.org.eg

3-القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 جريدة رسمية للجمهورية العربية المصرية، ع108، صادر بتاريخ 29 جويلية 1948، متاح على موقع الالكتروني: www.tarkmansour.com

2-الكتب:

1. إبراهيم أنيس وعبد الحليم منتصر، المعجم الوسيط، ط4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004.
2. إبراهيم سيد أحمد، العقود والشركات التجارية فقها وقضاء، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1999.
3. إبراهيم ملاوي، ونور الدين براي، التأمينات والبنوك، مركز البحوث والدراسات حول الجزائر والعالم، الدويرة، الجزائر، 2016.
4. أبي الفضل ابن منظور، لسان العرب، د ط، المجلد الأول، دار صادر بيروت، لبنان، 1994.
5. أحمد خالد، الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية، ط 1، دار التفسير للنشر والإعلان، أربيل العراق، 2007.
6. أحمد شعبان محمد طه، المسؤولية المدنية عن الخطأ المهني لكل من الطبيب والصيدلي والمحامي والمهندس المعماري، دار الجامعة الجديدة، د. ط، الإسكندرية، مصر، 2015.
7. احمد محمد عطية محمد، نظرية التعدي كأساس للمسؤولية الحديثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، دون سنة النشر.
8. احمد محيو، المنازعات الإدارية ترجمة فائز أنجق وبيوض خالد، ط6، د. م. ج، الجزائر، 2005.
9. أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني دراسة مقارنة، ط1، م1، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.
10. إسماعيل بن عياد، تحقيق الشيخ محمد حسن آل ياسين، المحيط في اللغة، ط1، ج11، عالم الكتاب، بيروت، لبنان، 1994.
11. الطاهر لطرش، تقنيات البنوك، دراسة في طرق استخدام النقود من طرف البنوك مع إشارة إلى التجربة الجزائرية، ط 7، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، 2010.
12. الغريب ناصر، أصول المصرفية الإسلامية وقضايا التشغيل، ط 1، دار أبو اللو، القاهرة، مصر، 1996.
13. الياس نصيف، موسوعة الوسيط في قانون التجارة، ج4، عمليات المصارف 1، الموسوعة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2008.
14. أمل بنت إبراهيم، مسؤولية الشخصية الاعتبارية (دراسة فقهية)، مركز التميز البحثي، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 2013.

15. باسم محمد صالح، القانون التجاري القسم الأول: النظرية العامة، التاجر، العقود التجارية، العمليات المصرفية، دط، منشورات دار الحكمة، مطبعة جامعة بغداد، بغداد، العراق، 1987.
16. بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار بغداد للطباعة والنشر والتوزيع، الرويبة، ط3، 2011.
17. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع، الاثراء بلا سبب والقانون)، د م ج، ج 2، ط 6، بن عكنون، الجزائر، 2014.
18. جمال البناء، الربا وعلاقاته بالممارسات المصرفية والبنوك الإسلامية، دار الفكر الإسلامي، القاهرة، مصر، 1986.
19. حروري عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، دط، دار هومة، الجزائر، 2008.
20. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الضرر، وائل للنشر، الجزائر، ط 1، 2006.
21. د. حسين بني هاني، اقتصاديات النقود والبنوك المبادئ والأساسيات، دار مكتبة الكندي للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002.
22. خالد أمين عبد الله، العمليات المصرفية الطرق المحاسبية الحديثة، ط7، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2014.
23. خليفة بن محمد الحضرمي، العمليات البنكية ومسؤولية البنك المدنية، ط1، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، 2015.
24. خليفة بن محمد الحضرمي، المسؤولية المدنية للبنك في الحساب البنكي، ط1، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، 2015.
25. خليفة بن محمد الحضرمي، مسؤولية البنك في عمليات الائتمان الخارجي خطاب الضمان-الاعتماد المستندي، ط1، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، 2015.
26. خليفة بن محمد الحضرمي، مسؤولية البنك في عملية الائتمان الداخلي، القرض-الاعتماد البسيط، ط1، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2015.
27. خنفوس عبد العزيز، الآثار القانونية والاقتصادية للعلومة على الجهاز المصرفي الجزائري، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، مصر، 2017.

28. ذكرى عبد الرزاق محمد خليفة، النظام القانوني للبنوك الالكترونية (المزايا-التحديات-الأفاق)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2017.
29. رحيم حسين، الاقتصاد المصرفي، ط 1، دار بهاء الدين، قسنطينة، الجزائر، 2008.
30. رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية (تنظيم واختصاص القضاء الإداري)، ط 2، د. م. ج، الجزائر، 2005.
31. زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، دط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
32. زياد صبحي ذياب، إفلاس الشركات في الفقه الإسلامي والقانون، ط 1، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011.
33. سامي حسين أحمد حمود، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، ط 2، مطبعة الشرق ومكنتها، عمان، 1982.
34. سيد أحمد موسوي، ترجمة د. رؤوف سبهاني، المسؤولية المدنية للحفاظ على الأشياء، ط 2، دار منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011.
35. سيد أمين، المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي المقارن، دط، دار وقفية الأمير غازي للفكر القرآني، د. س. ن.
36. شوكت شيخ يزدين، الوسيط في شرح القانون المدني، القسم الأول، مصادر الالتزام، دار نارس للطباعة والنشر، أربيل كردستان، العراق، 2005.
37. صالح بن زين المرزوقي البقمي، شركة المساهمة في النظام السعودي، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، السعودية، 1986.
38. طاهري حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة-دراسة مقارنة-د ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، المكتبة الوطنية الجزائرية، الجزائر، 2008.
39. عادل جبري محمد حبيب، المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسؤولية المدنية، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2003.
40. عايدة الشامي، خصوصية الإثبات في الخصومة الإدارية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية مصر، 2008.

41. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، د احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د س ن.
42. عبد الرزاق بن حبيب، و د. خديجة خالدي، أساسيات العمل المصرفي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015.
43. عبد العزيز الخياط، الشركات في الشريعة الإسلامية، ط 4، دار النشر، عمان، 1994.
44. عبد العزيز سعد، شروط ممارسة الدعوى المدنية أمام المحاكم الجزائية، دار هومة، ط 3، الجزائر، 2015.
45. عبد العزيز قاسم محارب، المصارف الإسلامية التجربة وتحديات العولمة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011.
46. عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات الكتاب الثاني، المسؤولية المدنية، ط3، دار الأمان، الرباط، المغرب، 2011.
47. عبد القادر قائد سعيد المجيدي، مسؤولية البنوك الإسلامية عن خدماتها المصرفية وأعمالها الاستثمارية، ط1، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2015.
48. عبد المجيد محمد عبودة، النظام البنكي في المملكة العربية السعودية، معهد الإدارة العامة إدارة البحوث، د س ن.
49. عبد الهادي الفضلي، معاملات البنوك التجارية، ط1، مركز الفقهة للدراسات والبحوث الفقهية، القطيف، السعودية، 2008.
50. عزالدين الديناصوري ود عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، د ط، د د ن، 1988.
51. عزيز العكلي، شرح القانون التجاري " الأوراق التجارية وعمليات البنوك، الجزء الثاني، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005.
52. عصام حنفي محمود، القانون التجاري الجزء الأول الأعمال التجارية-التاجر-المحل التجاري-شركات الأشخاص، جامعة بنها، د.ط، مصر، د س النشر.
53. على جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجة القانونية دراسة للقضاء المصري والمقارن وتشريعات البلاد العربية، د ط، المكتبة القانونية، القاهرة، 1993.

54. علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية وفقا لأحكام قانون التجارة رقم 17/1999، درا المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2001.
55. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، دم ج، ط 7، بن عكنون، الجزائر، 2007.
56. علي علي سليمان، التأمين والمسؤولية المدنية، كليك للنشر، ط 1، الجزائر، 2008.
57. علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري (المسؤولية عن فعل الغير-المسؤولية عن فعل الأشياء-التعويض)، دط، د. م. ج، الجزائر، 1984.
58. عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية دراسة تأصيلية تحليلية ومقارنة، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.
59. عمر بن عبد العزيز المترك، الربا والمعاملات المصرفية في نظرية الشريعة الإسلامية، دار العاصمة، الرياض، دون سنة النشر.
60. فاتح جلول، إشكالية تكييف مسؤولية الموثق عن أعماله ومعيار التفرقة بين الخطأ المدني والخطأ الجزائري، د ط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2014.
61. فواز صالح، القانون المدني 2، د ط، منشورات الجامعة الافتراضية، سورية، 2018.
62. فوزي محمد سامي، الشركات التجارية الأحكام العامة والخاصة، ط 6، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012.
63. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري في الشركات التجارية الأحكام العامة للشركات، دط، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1997.
64. فوزي محمد سامي، مبادئ القانون التجاري، دط، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2003.
65. قانون اتحادي رقم 2، بشأن الشركات التجارية لدولة الإمارات العربية المتحدة، إعداد قسم الدراسات والبحوث، ط 1، دبي، معهد دبي القضائي، 2015.
66. كريم بن سخرية، المسؤولية المدنية للمنتج وآليات تعويض المتضرر، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، د. ط، 2013.
67. لحسن بن الشيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية المسؤولية على أساس الخطأ، ط 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.

68. مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، دون دار النشر، بيروت، 1972.
69. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، دط، مكتبة الجلاء الجديدة، 1995.
70. محفوظ لعشب، الوجيز في القانون المصرفي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
71. محفوظ لعشب، الوجيز في القانون المصرفي الجزائري، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
72. محمد الزين، المسؤولية التقصيرية، دون دار النشر، تونس، 1999.
73. محمد راسي، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دط، دار هومة، الجزائر، 2007.
74. محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، دار الكتاب الحديث، د. ط، 2003.
75. محمد عبد القادر الحاج، مسؤولية المنتج والموزع-دراسة مقارنة-دط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1982.
76. محمد فريد العريني و د. جلال وفاء البدي محمدين ومحمد السيد الفقي، مبادئ القانون التجاري، دراسة في الأدوات القانونية، دط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1997.
77. محمد لبيب شنب، المسؤولية عن الأشياء دراسة مقارنة، مكتبة الوفاء القانونية، ط 2، الإسكندرية، 2009.
78. محمد محمود سالم، أدب الصانع وأرباب الحرف حتى القرن العاشر الهجري، ط1، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، 1993.
79. محمود إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية للطبع والنشر والتوزيع، الإسكندرية، دون سنة النشر.
80. محمود حسين الوادي و د. حسين محمد سمحان ود. سهيل احمد سمحان، النقود والمصارف، ط1، دار المسيرة، الأردن، 2010.
81. مختار رحمان محمد، المسؤولية المدنية عن فعل المنتجات المعيبة، دط، دار هومة، الجزائر، 2016.

82. مصطفى إبراهيم الزلمي، فلسفة المسؤولية القانونية في ضوء المقولات الأرسطية، ط 1، د إحسان للنشر والتوزيع، العراق، 2014.
83. مصطفى إبراهيم الزلمي، نظرية الالتزام برد غير المستحق، دراسة مقارنة، ط 1، د. نشر إحسان للنشر والتوزيع، العراق، 2014.
84. مصطفى العوجي، القانون المدني الجزء الثاني المسؤولية المدنية، ط 4، دار منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
85. مصطفى بوبكر، المسؤولية التقصيرية بين الخطأ والضرر في القانون المدني الجزائري، د. ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2015.
86. مصطفى رشدي شичه، النقود والمصارف والائتمان، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1999.
87. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية)، د الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، د ط، ج 1، الأردن، 1996.
88. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، ط 1، دار ئاراس للطباعة والنشر، العراق، 2006.
89. منصور عمر المعاينة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، ط 1، مطبعة جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، 2004.
90. نادية فضيل، أحكام الشركة طبقاً للقانون التجاري الجزائري (شركة الأشخاص)، ط 7، دار هومه، الجزائر، 2008.
91. نادية فضيل، القانون التجاري الجزائري "الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري"، ط 6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
92. نسرين شريقي، الشركات التجارية، ط 1، دار بلقيس، الدار البيضاء، الجزائر، 2013.
93. نور الدين الشادلي، القانون التجاري، الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري، د ط، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2003.

3- الأطروحات والمذكرات الجامعية:

أ- أطروحات الدكتوراه:

1. أعميور فرحات، تنظيم الائتلاف بالمهنة البنكية في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في الحقوق تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة 1، الجزائر، 2017.
2. أكسوم عيلا م رشيدة، المركز القانوني للمستهلك الإلكتروني، أطروحة دكتوراه الطور الثالث (ل م د) في القانون، تخصص قانون خاص داخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2018.
3. العيد سعدي، المسؤولية الجزائرية للبنك عن جريمة تبييض الأموال، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2016.
4. المير سميرة، المسؤولية المدنية المعمارية دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه علوم في القانون، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي الياصب، سيدي بلعباس، الجزائر، 2016.
5. بدى فاطمة الزهراء، الرقابة الداخلية في شركة المساهمة، أطروحة دكتوراه، الطور الثالث في القانون، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2017.
6. براهيم يمين، المسؤولية القانونية الناجمة عن عمليات نقل الدم، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2016.
7. براهيم بديعة، مسؤولية البنك عن أخطاء المديرين، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2017.
8. براهيم صالح، الإثبات بشهادة الشهود في القانون الجزائري دراسة مقارنة في المواد المدنية والجنائية، أطروحة دكتوراه علوم تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2012.
9. بركات سارة، دور تطبيق الإجراءات الاحترازية لإدارة المخاطر البنكية في تحسين الحوكمة المصرفية، دراسة حالة بنك سوسيتي جنرال الجزائر، أطروحة دكتوراه، الطور الثالث في العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، قسم العلوم الاقتصادية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2015.

10. بعجي محمد، المسؤولية المدنية المترتبة عن حوادث السيارات، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر، 2008.
11. بلحو نسيم، المسؤولية القانونية للموتق، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2015.
12. بلدي كريمة، النظام القانوني للتأمين من المسؤولية المدنية، أطروحة دكتوراه الطور الثالث في القانون الخاص، تخصص قانون التأمينات، كلية الحقوق، جامعة الاخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2017.
13. بلعيد جميلة، الرقابة على البنوك والمؤسسات المالية، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2017.
14. بلمختار سعاد، المسؤولية المدنية في مجال البناء، دراسة مقارنة. أطروحة دكتوراه في القانون، تخصص قانون العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2018.
15. بن الشيخ النوى نور الدين، الحماية القانونية للودائع المصرفية لدى المؤسسات البنكية في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في العلوم القانونية، تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2015.
16. بن بعبيش وداد، تداول الأسهم والتصرف فيها في شركات الأموال، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2017.
17. بن جبارة عباس، تكوين العقد الالكتروني في ظل نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في القانون تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2014.
18. بن شرف نسيمة، المسؤولية المدنية عن المخاطر وآثار المنتجات الطبية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2018.
19. بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية -دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2012.
20. بن عفان خالد، النظام القانوني لتصنيف الشركات في الجزائر، أطروحة دكتوراه في الحقوق تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2016.

21. بن غيده سارة، أثر الإدارة الالكترونية على أداء البنوك دراسة حالة عينة من الوكالات البنكية لولاية أم البواقي، أطروحة دكتوراه علوم في العلوم الاقتصادية، تخصص إدارة الأعمال، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، قسم العلوم الاقتصادية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2018.
22. بن قردى أمين، المسؤولية الموضوعية في القانون الوضعي الجزائري، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الأساسي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، 2018.
23. بن مختار إبراهيم، سلطة رأس المال في شركة المساهمة، أطروحة دكتوراه ل م د في الحقوق تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة باتنة 1 الحاج لخضر، الجزائر، 2017.
24. بوترية وهيبة، علاقة البنوك بالبورصة والأزمات المالية، دراسة حالة أزمة الرهن العقاري 2008 في الولايات المتحدة الأمريكية، أطروحة دكتوراه في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، جامعة محمد بن احمد، وهران 2، 2016.
25. بوجميل عادل، مسؤولية العون الاقتصادي في إطار قانون المنافسة والممارسات التجارية، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2018.
26. بوحجر حسام، الحماية الجنائية للشركات التجارية في التشريع الجزائري والمقارن، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة 1، الجزائر، 2018.
27. بودة محند واعمر، المركز القانوني للمنظمات المهنية، أطروحة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2018.
28. بوزيدي الياس، السرية في المؤسسات المصرفية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2018.
29. بوطبالة معمر، الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2017.

30. بوطوره فضيلة، دور نظام الرقابة الداخلية في الرصد والكشف المسبق لمخاطر القروض، دراسة حالة: بنك الفلاحة والتنمية الريفية، أطروحة دكتوراه علوم في العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، جامعة فرحات عباس، سطيف، الجزائر، 2016.
31. بوفلجة عبد الرحمن، المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية ودور التأمين، أطروحة دكتوراه في القانون، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2016.
32. بوكرزاه أحمد، المسؤولية المدنية للقاصر، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة-1-الجزائر، 2014.
33. تلمساني عفاف، المسؤولية المدنية لطبيب التخدير والإنعاش في التشريع الجزائري مقارنا، أطروحة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، محمد بن أحمد، الجزائر، 2020.
34. حادي شفيق، المسؤولية المدنية عن الخطأ في التشخيص الطبي - دراسة مقارنة. أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون وصحة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2018.
35. حليس لخضر، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2016.
36. حوالم حليمة، مسؤولية البنك بمناسبة الوفاء بقيمة الشيك، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2016.
37. خالدي أمين، الالتزامات المصرفية عند فتح الاعتماد المستندي، أطروحة دكتوراه في العلوم تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق بن يوسف بن خدة جامعة سعيد حمدين، الجزائر، 2017.
38. ختير فريدة، الرقابة المصرفية في الجزائر، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص علوم قانونية، فرع قانون البنوك، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2018.
39. خلوي نصيرة، الحماية المدنية للمستهلك عبر الأنترنت (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2018.

40. خنتر حياة، المسؤولية المدنية عن الصناعة الدوائية ومخاطر التقدم العلمي، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص علوم قانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، 19 مارس 1962، سيدي بلعباس، الجزائر، 2019.
41. ختير مولاي صالح صابري، تأثير القواعد الاحترازية من بازل 1 إلى بازل 3 على التسيير المالي في البنوك الجزائرية العمومية، أطروحة دكتوراه الطور الثالث، تخصص بنوك، كلية العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم التجارية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2018.
42. دقايشية زهور، النظام القانوني للمسؤولية المدنية لمقدمي الخدمات، أطروحة دكتوراه الطور الثالث في الحقوق، تخصص قانون المنافسة والاستهلاك، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2018.
43. دموش حكيمة، مسؤولية البنوك بين السرية المصرفية وتبييض الأموال، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017.
44. رحمانى حسبية، خصوصية المخالفة الجمركية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم تخصص القانون، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2019.
45. زرواق عائشة، حماية زبناء البنك في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه الطور الثالث في القانون، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2019.
46. زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات الحديثة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2013.
47. زروقي يحيى، أخلاقيات الأعمال والفساد الإداري للموظف العام دراسة حالة مديرية الضرائب لولاية تلمسان، أطروحة دكتوراه في العلوم الاقتصادية، تخصص قانون، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2017.
48. زهدور كوثر، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم في التشريع الجزائري مقارنا، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، 2013.
49. سعداني نورة، المسؤولية المدنية للبنك عن أخطائه المهنية في مجال الاعتماد المالي، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013.

50. سعدي صالح، المسؤولية المدنية للمنتج في القانون الجزائري والمقارن، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2016.
51. سليمي الهادي، المسؤولية الناجمة عن مضار الجوار غير المألوفة-دراسة مقارنة-أطروحة دكتوراه في القانون، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2017.
52. سنيينة فضيلة، شركات الأشخاص التجارية بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2018.
53. شهيدة قادة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2005.
54. شيخ نسيم، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري ومقاول البناء، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة وهران 2، الجزائر، 2016.
55. صباح عبد الرحيم، المسؤولية المدنية للطبيب عن إقضاء السر المهني، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015.
56. طباع نجاة، الوضعية القانونية للبنوك والمؤسسات المالية المتعثرة، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2016.
57. طرايش عبد الغني، جرائم تغليس الشركات التجارية في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق سعيد حمدين، الجزائر، 2016.
58. طيب إبراهيم ويس، المسؤولية القانونية عن نقل مرض فقدان المناعة المكتسبة، أطروحة دكتوراه علوم في القانون، تخصص قانون صحة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد بن احمد، وهران 2، الجزائر، 2019.
59. عبد المنعم عبد الوهاب محمد، الإقرار في الإثبات -دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون العراقي-أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة سانت كليمنس العالمية، 2014.
60. عبوب زهيرة، الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الالكترونية، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2018.

61. عمر بن الزبير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، أطروحة دكتوراه في القانون، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق سعيد حمدين، الجزائر، 2017.
62. عمري عبد الكريم، مبدأ السرية المصرفية وجريمة تبييض الأموال، أطروحة دكتوراه علوم في القانون، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2017.
63. عميرش نذير، المسؤولية المدنية للدولة عن الأضرار الناتجة عن أعمال العنف والإرهاب، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه علوم في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2011.
64. فطناسي عبد الرحمن، إثبات الخطأ الطبي في العمليات الجراحية بمؤسسات الصحة العمومية الجزائرية، أطروحة دكتوراه علوم في العلوم القانونية، تخصص قانون اداري وإدارة عامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة باتنة -1-، 2018.
65. قاسمي آسيا، أثر العولمة على تطوير الخدمات المصرفية وتحسين القدرة التنافسية للبنوك الجزائرية، أطروحة دكتوراه في العلوم الاقتصادية تخصص اقتصاديات المالية والبنوك، كلية لعلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، 2017.
66. قدة حبيبة، تقنيات النقل المصرفي وآلياته في ظل التحويلات الاقتصادية، أطروحة دكتوراه في علوم القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة 1، الجزائر، 2014.
67. قسوري فهمية، المسؤولية المدنية في الاعتماد المستندي، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2014.
68. محمدي بدر الدين، المسؤولية المدنية الناشئة عن المساس بالحق في الحياة الخاصة، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، 2015.
69. مسعود محمد لمين، دور البنوك في الأزمة المالية العالمية لسنة 2008 والبدائل الإسلامية، أطروحة دكتوراه تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة باتنة 1، الجزائر، 2016.
70. مصعور جليله، مسؤولية البنك عن الائتمان المصرفي في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في القانون، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة باتنة 1، الجزائر، 2016.

71. معارفي فريدة، استراتيجية تحول البنوك التقليدية الى بنوك إسلامية، دراسة استشرافية للعمل المصرفي في الجزائر، أطروحة دكتوراه، تخصص نقود وتمويل، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015.
72. نوى عقيلة، التنظيم القانوني لمسؤولية المرفقي العقاري في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون، كلية الحقوق بودواو، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، 2018.
73. نوى فطيمة، أثر تطبيق الحوكمة المؤسسية على تحسين أداء البنوك التجارية، أطروحة دكتوراه علوم في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، قسم العلوم الاقتصادية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2017.
74. وكواك الشريف، التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي في مسؤولية المستشفى العام، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016.
75. يسعد فضيلة، المسؤولية المدنية للمنتج عن منتجاته الصناعية، أطروحة دكتوراه علوم: تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، الجزائر، 2017.
76. براهيمى فايزة، المسؤولية المدنية للبنك عن الودائع المودعة لديه، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أوبوكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2017.
77. بن لطرش منى، المسؤولية في مجال القرض البنكي، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، الجزائر، 2012.
78. سعاد عوف الله، استراتيجيات ادارة التعثر المصرفي-تجارب دول عربية-أطروحة دكتوراه في العلوم تخصص العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، قسم العلوم الاقتصادية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، 2015.

ب- مذكرات الماجستير:

1. أشرف جهاد وحيد الأحمد، المسؤولية المدنية للمحامي عن الخطأ المهني، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، 2012.
2. آيت بن عمر صونيه، البنك ودوره في توفير الاستثمار، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2006.
3. أشواق دهيمي، أحكام التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية مدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2014.
4. بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الجسمانية بين الأساس التقليدي للمسؤولية المدنية والأساس الحديث، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أوبكر بلقايد، تلمسان، 2008.
5. بختاوي سعاد، المسؤولية المدنية للمهني المدين، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2012.
6. بدر محمد الزغيب، المسؤولية المدنية للطبيب عن الأخطاء الطبية في مجال التلقيح الصناعي، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، 2011.
7. براهيم فيزة، التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد، مذكرة ماجستير، تخصص قانون العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بلقايد تلمسان، الجزائر، 2009.
8. بريش ريمة، الرقابة الإدارية على المرافق العامة، مذكرة ماجستير في القانون العام، تخصص قانون الإدارة العامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2013.
9. بطوش كهينة، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري، مذكرة ماجستير في القانون، فرع "قانون المسؤولية المهنية"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري-تيزي وزو-الجزائر، 2012.
10. بعاج أميرة، التعويض عن حوادث العمل بين نظرية الأخطار الاجتماعية وقواعد المسؤولية المدنية، مذكرة ماجستير في القانون العام، تخصص تنظيم اقتصادي، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2016.
11. بعوش دليلة، النظام القانوني لحماية الودائع المصرفية، مذكرة ماجستير في القانون العام، تخصص التنظيم الاقتصادي، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، 2012.

12. بلوم السعيد، أساليب الرقابة ودورها في تقسيم أداء المؤسسة الاقتصادية دراسة ميدانية بمؤسسة المحركات والجرارات بالسوناكوم، مذكرة ماجستير في التنمية وتسيير الموارد البشرية، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الاجتماعية، قسم علم الاجتماع والديمقراطية، جامعة منتوري قسنطينة، 2008.
13. بن حميش سوريا، العلاقة السببية في الجريمة، مذكرة ماجستير في القانوني الجنائي، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر -1-2015.
14. بن داود حنان، المسؤولية التقصيرية عن فعل الشيء في ظل القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2014.
15. بن طرية معمر، مدى تأثير فكرة المخاطرة على النظام القانوني للمسؤولية المدنية للمهنيين، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2012.
16. بن عايطي مراد، المسؤولية المدنية للطبيب الجراح عن نقل وزرع الأعضاء، مذكرة ماجستير في القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2019.
17. بن غالية سمية فاطمة الزهراء، حرية المساهم في التنازل عن الأسهم، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2008.
18. بن نية أيوب، وسائل الإثبات في المواد التجارية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة1، 2014.
19. بوا القديد نصيرة، المسؤولية التقصيرية عن خطأ الامتاع في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة1، الجزائر، 2015.
20. بوزيد سليمة، أحكام المسؤولية المدنية للمنتج في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية، تخصص عقود ومسؤولية مدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، 2014.
21. بوساحة نجاة، المسؤولية المدنية الناشئة عن إفشاء السر البنكي، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص قانون خاص، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2006.

22. بوسالم عبلة، السر المصرفي في ظل الالتزامات الجديدة للبنك، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف 2، الجزائر، 2015.
23. بوشرمه عبد الحميد، الجهاز المصرفي الجزائري ومتطلبات العولمة المالية، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر، 2010.
24. بومدين سامية، الجراحة التجميلية والمسؤولية المدنية المترتبة عنها، مذكرة ماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2011.
25. تلمساني عفاف، خطأ المضرور وأثره في المسؤولية المدنية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، الجزائر، 2014.
26. تيقرين سلوى، حماية المستهلك في مواجهة مخاطر التطور العلمي والتكنولوجي -دراسة مقارنة-مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري-تيزي وزو-الجزائر، 2015.
27. جريو عادل، الرقابة على أعمال مجلس الإدارة شركة المساهمة والمسؤولية المدنية لأعضائه في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 2015.
28. حمادي عبد النور، المسؤولية المدنية للمحامي، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2012.
29. حمايتي صباح، الآليات القانونية لمواجهة القرارات التأديبية للموظف العام في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير تخصص تنظيم إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، الجزائر، 2014.
30. حمزة هشام كمال أبو بيح، السبب الأجنبي وأثره على أحكام المسؤولية المدنية "دراسة مقارنة"، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2018.
31. حمو حسينة، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2011.
32. خليلي سهام، المسؤولية المدنية للبنك، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2008.
33. خميس سناء، المسؤولية الموضوعية كآلية تعويضية لضحايا حوادث المنتجات المعيبة (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير في القانون، فرع قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015.

34. دالي بشير، مبدأ تأويل العقد (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2008.
35. درار نسيم، واقع المسؤولية المدنية في المعاملات الالكترونية-دراسة مقارنة-مذكرة ماجستير في قانون مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2012.
36. زرقان وليد، إجراءات الإثبات عن طريق الشهادة في القانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة ماجستير في تنفيذ الأحكام القضائية، كلية الحقوق سعيد حمدين، جامعة الجزائر، 2015.
37. زروال معزوزة، المسؤولية المدنية والجنائية للمستثمرين في شركة المساهمة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2007.
38. زرياحن محمد، النظام المصرفي الجزائري ودوره في التنمية الاقتصادية، مذكرة ماجستير في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية، علوم التسيير والعلوم التجارية، جامعة وهران، الجزائر، 2012.
39. سلامي ساعد، الآثار المترتبة على الشخصية المعنوية للشركة التجارية، مذكرة ماجستير في القانون تخصص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2012.
40. سميشي فاتن، المسؤولية المدنية عن نقل الدم في التشريع الجزائري والمقارن، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، فرع العقود والمسؤولية المدنية، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2017.
41. شيخ عبد الحق، الرقابة على البنوك التجارية، مذكرة ماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، قسم الحقوق، جامعة جمعة أحمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، 2010.
42. صاحب إيديه، فوات الفرصة في إطار المسؤولية الطبية، مذكرة ماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2011.
43. عباس غنية، حماية الزبون المتعامل مع البنك، أثناء فتح الحساب وسيره وغلقه، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2013.
44. عباشي كريمة، الضرر في المجال الطبي، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2011.
45. عجرود وفاء، دور اللجنة المصرفية في ضبط النشاط البنكي في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2009.

46. عيساوي زهية، المسؤولية للصيدلي، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2012.
47. فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص قانون خاص، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2012.
48. فؤاد حاج عبد القادر، أهمية المزيج التسويقي في ترقية الخدمات السياحية، مذكرة ماجستير في العلوم التجارية، فرع التسويق، كلية العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم التجارية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2010.
49. قاليه فيروز، الحماية القانونية للعامل من الأخطار المهنية، مذكرة ماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2012.
50. قردان لخضر، المسؤولية المدنية للصيدلي، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2006.
51. قزولي عبد الرحيم، النظام القانوني للبنوك التجارية في الجزائر، مذكرة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2015.
52. قنطرة سارة، المسؤولية المدنية للمنتج وأثرها في حماية المستهلك، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف 2، الجزائر، 2017.
53. كوسه حسين، النظام القانوني للمسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة ماجستير، فرع قانون خاص، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف 2، 2016.
54. لعموري بومدين، المسؤولية المدنية ومبدأ الحيطة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2014.
55. ماديو نصيرة، إفشاء السر المصرفي، مذكرة ماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2010.
56. مالكي محمد، الرقابة والإشراف على البنوك، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، 2012.

57. مراد قجالي، مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، 2004.
58. مراد لمين، الإطار القانوني لضمان مخاطر الائتمان في البنوك التجارية، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2015.
59. مزارى عائشة، علاقة قانون حماية المستهلك بقانون المنافسة، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، الجزائر، 2013.
60. مصطفى عمار، مسؤولية البنك عن جريمة تبييض الأموال في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في الحقوق، فرع قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2009.
61. مصطفى خضير نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2014.
62. معوش رضا، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة ماجستير في القانون، فرع قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2015.
63. منار حنيئة، المعايير الدولية للرقابة المصرفية وتطبيقها في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون العام، تخصص التنظيم الاقتصادي، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، الجزائر، 2014.
64. منصور جواد، توجيهات المسؤولية المدنية الطبية، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2016.
65. مهار مريم، التزام البنك بالمحافظة على سرية الحسابات، مذكرة ماجستير في القانون الخاص تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر 1، 2011.
66. نسيم إبراهيم محمد عبد القادر، المسؤولية المدنية للشخصية الاعتبارية، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، قسم القانون، جامعة شندي السودان، 2015.
67. هدار عبد الكريم، مبدأ الثبوت بالكتابة في ظل ظهور المحررات الإلكترونية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق بن عكنون جامعة الجزائر 1، 2014.

68. هلا عبد الله السراج، مدى لزوم الخطأ كركن من أركان المسؤولية التقصيرية، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2013.
69. وائل تيسير محمد عساف، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص قانون خاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطني، نابلس، فلسطين، 2008.

4-المقالات:

- 1-أحمد نصير ويونسي زين، الإصلاحات المصرفية في الدول العربية وفعاليتها في استقطاب الاستثمار الأجنبي المباشر. حالة الجزائر 1990-2015، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا العدد 18، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، 2018.
- 2 -أمجد محمد منصور، التعويض عن الضرر الأدبي الناشئ عن المسؤولية التقصيرية وانتقاله، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، م20، ع39، 2005.
- 3-أنس محمد عبد الغفار سلامة، دور الأعراف المهنية في تقدير الأخطاء الطبية، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، م4، ع3، سبتمبر 2019.
- 4-بشاطه زهية، المسؤولية المدنية للمنتج عن الأضرار التي تسببها المنتجات، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، الجزائر، ع7، جوان 2013.
- 5-بقدار كمال، مظاهر حماية الغير في الشركات التجارية وفق القانون التجاري الجزائري، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، العدد 28، المجلد 2، جامعة تاكريت، العراق، ديسمبر 2015.
- 6-بن خدة حمزة، قراءة في أهم مستجدات الإصلاح الجزري للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016، ومدى تأثيرها على القانون المدني الجزائري في ثوبه الحالي، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، ع3، م3، سبتمبر 2018.
- 7-بن طرية معمر، التطور المأمول في نظام مسؤولية المهنيين الحاجة لتوحيد طبيعة القواعد الحاكمة للمسؤولية المدنية، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، ع14، د م، أبريل 2018.
- 8-بن عمارة محمد، المعيار الذاتي والموضوعي في القانون المدني الجزائري، مجلة دراسات وابحاث، م5، ع11، جوان 2013.

- 9-بيرك فارس حسين وحنان قاسم خورشيد الترجمان، تعويض الأضرار الناجمة عن الأعمال الإرهابية، مجلة جامعة تكريت، ع2، م1، ج1، العراق، 2016.
- 10-بيرك فارس حسين، تعويض الأضرار عن الأعمال الإرهابية، مجلة جامعة تكريت للحقوق، م1، ع2، ج1، 2016.
- 11 -خالد الخطيب، مدى الحاجة لفكرة الخطأ العقدي، مجلة جامعة الفرات، ع42، م11، الفرات، العراق، 2018.
- 12-رضوان النيل كندة كوكو ود يحيي مقدم أحمد مازن، أثر أخلاقيات مهنة المحاسبة علي جودة التقارير المالية، مجلة كلية العلوم الإدارية والمالية، ع2، سبتمبر 2019.
- 13-زردومي أحمد وبلوم السعيد، الرقابة الاستراتيجية ودورها في تقييم أداء الموارد البشرية، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 49 المجلد ب، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، جوان 2018.
- 14-شريط وليد ورحماني وليد، خصوصية مبدأ شرعية الأخطاء المهنية في النظام التأديبي الجزائري، مجلة آفاق للعلوم، جامعة الجلفة، ع10، جانفي، 2018.
- 15-شهيدة قادة، إشكالية المفاهيم وتأثيرها على رسم ملامح النظام القانوني لمسؤولية المنتج، دراسة في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مجلة كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البلدة، ع2، جانفي 2012.
- 16-طيطوس فتحي، محافظ الحسابات في الجزائر، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد التاسع، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2013.
- 17 -عجة الجيلالي، الإصلاحات المصرفية في القانون الجزائري في إطار التسيير الصارم لشؤون النقد والمال، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، العدد 4، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، 2006.
- 18 -عمار التركاوي وزاهر عثمان زينب، المسؤولية القانونية للموظف العام، مجلة جامعة البعث، م38، ع6، 2016.

- 19 - عمارة مسعودة، تحديد الإطار القانوني لنص المادة 140 مكرر مسؤولية المنتج وفقا لأحكام القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم سنة 2005، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة يسعد دحلب، البليدة، ع2، جانفي 2012.
- 20- عمر بن سعيد، ماهية الإثبات ومحلها في القانون والقضاء المدني الجزائري، مجلة افاق للعلوم، جامعة زيان عاشور الجلفة، جوان 2018.
- 21- عمرو احمد عبد المنعم دبش، أركان المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة بوزيان عاشور، الجلفة، ع2، م4، 2019.
- 22- غوطي خليفة، النطاق القانوني للمسؤولية المدنية للمنتج، مجلة الشريعة والاقتصاد، ع9، م5، جويلية 2016.
- 23 -قصي سلمان هلال، المسؤولية المدنية، مجلة كلية التراث الجامعة، ع 5، العراق، 2009.
- 24 -قوادري مختار، تراجع فكرة الخطأ الطبي في القانون المدني المقارن، مجلة دفاتر السياسة والقانون، ع 13، جوان 2015.
- 25 -قوادري مختار، معيار الخطأ الطبي في فقه القانون المدني والفقه الإسلامي، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، ع 47، ح 17، الجزائر، 2018.
- 26 -كمال بن موسي وبختي عمارية، البنوك الإسلامية في الجزائر بين العائد والمخاطر دراسة مقارنة بين بنك السلام الجزائر وبنك دبي الإسلامي، المجلة الجزائرية للأبحاث والدراسات، ع 4، أكتوبر 2018.
- 27 -مرغني حيزوم بدر الدين، تكييف الأخطاء المهنية للموظف العام في القانون الجزائري، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، م08، ع 5، نوفمبر 2019.
- 28 -مسعودي يوسف وأرجيلوس رحاب، الاتجاه الموضوعي لمسؤولية المنتج في التشريع الجزائري، مجلة القانون والمجتمع، م5، ع1، جوان 2017.
- 29 -ميلود بن عبد العزيز، وأمال بوهنتالة، جزاء تخلف أركان عقد الشركة في التشريع الجزائري، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، ع 05، المجلد 01، جامعة عمار ثليجي بالأغواط، الجزائر، جانفي 2017.

- 30 - ناجية العطارق، المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة في ضوء القانون المدني الفرنسي، مجلة العلوم القانونية والشرعية، ع6، جامعة الزاوية، ليبيا، 2015.
- 31 - نبراس زاهد جابر الزيايدي، المسؤولية المدنية الناشئة عن اخلال الغير بالعقد (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 01، جامعة بابل العراق، السنة العاشرة، 2018.
- 32 - نور الدين بوشليف، إشكالية تطبيقات الخطأ في مجال حماية البيئة، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، ع 5، الجزائر، 2017.
- 33 - إبراهيم إسماعيل ومحمد سلمان شكار، مفهوم رقابة البنك المركزي على المصارف، مجلة المحقق الجلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 2، السنة التاسعة، جامعة بابل، العراق، 2017.
- 34 - العيشي عبد الرحمن، المسؤولية المدنية للمنتج في القانون الجزائري، التعليق على نص المادة 140 مكرر من القانون المدني الجزائري، مجلة كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، ع2، جانفي 2012.
- 35 - أمازون لطيفة، مرحلة التفاوض في العقود الالكترونية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، ع 4، مجلد 11، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2018.
- 36 - أمال مفتاح المبروك، أثر التزام المنظمة بأخلاقيات المهنة في التشريعات القانونية الملائمة للخدمات المصرفية الالكترونية، مجلة العلوم الإدارية والمالية، م 10، ع 1، ج1، 2019.
- 37 - ايمان كريم، الأساس القانوني للمسؤولية المدنية عن إفشاء السر البنكي، مجلة جامعة البحث، المجلد 39، العدد 21، حمص، سوريا، 2017.
- 38 - بكر بن عبد اللطيف الهبوب، المسؤولية العقدية، المجلة القضائية، ع3، السعودية، 2011.
- 39 - بكر بن عبد اللطيف الهبوب، المسؤولية العقدية، المجلة القضائية، ع3، السعودية، محرم 1433هـ/2012.
- 40 - بن أودينة احمد، التأسيس لنظام خاص لتعويض المضرور جسمانيا في القانون المدني الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 10، العدد 3، الجزائر، سبتمبر 2017.
- 41 - بن صغير مراد، أساس المسؤولية المدنية الناجمة عن الممارسات الطبية، دراسة مقارنة، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، ع18، جوان 2017.

- 42- بن طرية معمر، نظام المسؤولية الموضوعية للمنتج ودوره في تقوية النظام التعويضي لحوادث المنتجات المعيبة. دراسة في التشريع الجزائري والمقارن، المجلة الجزائرية للقانون المقارن، ع1، 2014.
- 43-بودينار بلقاسم، أثر النزعة الموضوعية على مبدأ الخيرة بين المسؤوليتين، مجلة العوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، ع10، جوان 2018.
- 44-جلجل رضا محفوظ، تأسيس البنوك والمؤسسات المالية في الجزائر، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، م3، ع2، جوان 2018.
- 45-حمدي محمود بارود، القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية في مجال عقود التجارة الدولية، مجلة الجامعة الإسلامية، ع2، مجلد 13، كلية الحقوق بجامعة الأزهر غزة، فلسطين، 2005.
- 46-خالص نافع أمين، المسؤولية المدنية للمصرف عن الإخلال بقواعد الاستعلام المصرفي، مجلة العلوم القانونية، العدد الخاص 3، الجزء 1، بغداد، العراق، 2017.
- 47 -خلفاوي عبد الباقي، رقابة بورصة القيم المنقولة على شركات المساهمة في التشريع الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 49، المجلد ب، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، جوان 2018.
- 48-زايد محمد، المسؤولية التأديبية للموظف العام، مجلة دراسات في الوظيفة العامة، ع1، ديسمبر 2013.
- 49-سناء خميس، التزام المتدخل بضمان أمن المنتج. دراسة على ضوء أحكام القانون رقم 09-03، والمرسوم التنفيذي رقم 203/12 دراسات وأبحاث المجلة العربية للأبحاث والدراسات في العلوم الإنسانية والاجتماعية، م11، ع2، جوان 2019.
- 50-شلالى محمد، تحديد الخطأ المهني للموظف العام بين النص القانوني والسلطة التقديرية للإدارة، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة يحي فارس المدية، ع6، سبتمبر 2018.
- 51-صالح صرايرة، التنظيم القانوني للتعويض عن الضرر المرتد وفقا للقانون المدني الأردني، مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية، الأردن، نوفمبر 2014.
- 52 -عربي باي يزيد، المسؤولية المدنية للبنك، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، م5، ع3، 2018.
- 53-علالي نصيرة، تقدير التعويض عن الضرر الجسدي من منظور الفقه الإسلامي واحكام القانون الوضعي (القانون المدني)، مجلة القانون والعلوم السياسية، م3، ع2، جوان 2017.

- 54- عمر بن أحمد الزهراني، المسؤولية المهنية للممارس الصحي عن الأخطاء الطبية، المجلة العربية للنشر العلمي، ع11، سبتمبر 2019.
- 55- فاطمة الزهراء بوقطه، تأسيس المسؤولية العقدية للبنك عن أخطاء الكمبيوتر على الإخلال بالسلامة (عمليات التحويل الإلكتروني نموذجاً)، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، ع 6، جوان 2018.
- 56- فتحي توفيق الفاعوري، الخطأ الطبي الجسيم في المسؤولية المدنية للطبيب، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، م 5، ج 19، 2016.
- 57- لفقيري عبد الله، أساس وظيفة التعويض بين العقاب والإصلاح، مجلة الأكاديمية للبحث القانوني، ع1، م13، 2016.
- 58- محمد حميداني، مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض وفقاً لأحكام الأمر 131/2016 المعدل والمتمم، حوليات جامعة قلمة، للعلوم الاجتماعية والإنسانية، ع26، جوان 2019.
- 59- محمد عرفان الخطيب، إضاءة على مشروع قانون إصلاح نظرية المسؤولية المدنية في التشريع المدني الفرنسي الحديث: المبررات والنتائج، مجلة العلوم القانونية والسياسية، ع 01، م 10، أبريل 2019.
- 60- مخالدي عبد القادر، التزامات المقرض في مرحلة ما قبل التعاقد، مجلة الدراسات القانونية، ع 5، د م، جامعة حسيبة بن بوعلي شلف، الجزائر، 2017.
- 61- منصور داود وساعد العقون، الإثبات التجاري بين السرعة والائتمان، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، م 10، ع 3، سبتمبر 2017.
- 62- نواصر الطاهر ولحاق عيسى، الآليات الرقابية على المؤسسات المصرفية في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، م10، ع4، ديسمبر 2017.
- 63- واثبة السعدي، السببية الجنائية وموقف التشريعيين والقضاء بين العراقي والأردني منها، مجلة سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، أبحاث اليرموك، العراق، 2001.
- 64- سليمان ناصر، تجربة البنوك الإسلامية في الجزائر - الواقع والأفاق - مجلة الباحث، ع 4، 2006.
- 65- كحيل حياة، المسؤولية المدنية للبنك عن إفشاء السر البنكي ومقتضيات الخدمة العمومية، مجلة الأبحاث الاقتصادية، ع 11، 2014.

5-الملتقيات:

1-بقيق ليلي اسمهان، إصلاحات النظام المصرفي الجزائري وانعكاساتها على فعالية السياسة النقدية، مداخلة أقيمت في الملتقى الدولي، حول إصلاحات النظام المصرفي الجزائري، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، المنعقد يومي 11، 12 مارس 2008.

2-خليل الرفاعي، تقييم متانة الرقابة الداخلية على التسهيلات المباشرة في البنوك الإسلامية الأردنية، مداخلة أقيمت في الملتقى الدولي حول الأداء المتميز للمنظمات والحكومات، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، يومي 08 و09 مارس 2005.

3-زيدان محمد و أ. حبار عبد الرزاق، مداخلة أقيمت في الملتقى الدولي حول إصلاح النظام المصرفي الجزائري في ظل التطورات العالمية الراهنة، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، المنعقد يوم 11 و12 مارس 2008.

4-غيتاوي عبد القادر، المسؤولية المدنية للصيدلي، مداخلة أقيمت في اليوم الدراسي حول الاتجاهات الحديثة في نظرية المسؤولية المدنية، جامعة ادرار، الجزائر، المنعقد يوم 23 ماي 2013.

6-المواقع الالكترونية

- مليكة حرباش، أساس المسؤولية المهنية، مجلة قانونك، ص2، الموقع الالكتروني <http://anonak.blogspot.com> تاريخ الاطلاع 2020/01/6، على الساعة 17:00.

- قادة شهيدة، محاضرات في المسؤولية المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2016، ص 12، محملة من الموقع الالكتروني WWW.COURS-DROIT.COM تاريخ الاطلاع 2020/01/28 على الساعة: 19:35.

- معجم المعاني الجامع، معجم عربي - عربي، الموقع الالكتروني [HTTPS://www.almaany.com](https://www.almaany.com) تاريخ الاطلاع: 2020/01/29 الساعة 12:45.

- www.aljazeera.net>news>ebusiness تاريخ الاطلاع يوم: 2020/01/02 الساعة 21:12

ثانيا: المراجع باللغة الأجنبية

1-textes juridiques :

a- lois et réglemtes :

1-Loi N 04/08 DU 27 Joumada ethania 1425 correspondant aux conditions d'exercice des activités commerciales, JORAD, N 52 du mercredi 2 rajab 1425 correspondant au 18 aout 2004.

2- Loi n 05-10 du Joumada el oula 1426 correspondant du 20 juin 2005 modifiant et complétant l'ordonnance n 75-58 du 26 septembre 1975 modifiée et complétée portant code civil , JORAD, n 44 du dimanche 19 Joumada el oula 1426 correspondant au 26 juin 2005.

3- loi N10-01 du 16 rajab 1431 correspondant au 29 juin 2010 relative aux professions d'expert, Comptable de commissaire aux comptes et de comptable agréé, JORAD, N 42 du 28 rajab 1431 correspondant au 11 juillet 2010.

4-Ordonnance N 75-78 du 26 septembre 1975 portant code civil, JORAD, N : 78 du mardi 30 septembre 1975.

5-Ordonnance n 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF, n 0035 du 11 février 2016, texte n 26.

6- Règlement N 2000/02 du 27 dhou elhidja 1420 correspondant au 2 avril 2000 modifiant et complétant le règlement N93/01 du3 janvier 1993 fixant les conditions de constitution de banque et d'établissement financier et d'installation de succursale de banque et d'établissement financier étranger , JORAD, N 27 du mercredi 6 safar 1421 correspondant au 10 mai 2000.

7-règlement N 2002-03 du 14 novembre 2002 portant sur le contrôle interne des banques et établissements financiers, disponible sur www.bank.of.algeria.dz

8- Règlement N 06-02 Aoule Ramadhan 1427 correspondant au 24 septembre 2006 fixant les conditions de constitution de banque et d'établissement financier, JORAD, N 77 du samedi 11 dhou elkaada 1427 correspondant au 2 décembre 2006.

9-règlement N08-2011 du 28 novembre 2011 relatif au contrôle interné des banques et établissements financiers, disponible sur www.bank.of.algeria.dz

10- Code civil français, à paris Edition originale, de l'imprimerie de la république on XIL, 1804.

B-LES INSTRUCTIONS

1-L' Instruction n 01-2019 du 14 février 2019 modifiant et complétant l'instruction n02-2004 du 13 mai 2004 Relative au régime des réserves obligatoires disponible sur : www.bank.of.algeria.dz

2-L'Instruction n 01-18 du 10 janvier 2018 modifiant et complétant l'instruction n02-2004 du 13 mai 2004 Relative au régime des réserves obligatoires disponible sur : www.bank.of.algeria.dz

3-L'Instruction N03-16 du 25 avril 2016 modifiant et complétant l'instruction n02-2004 du 13 mai 2004 Relative du régime des réserves obligatoires disponible sur : www.bank.of.algeria.dz

5-Décision N2000/02 du 27 dhou elhidja 1421 correspondant au 30 avril 2000 portant agrément d'une banque, JORAD, N 27, mercredi 6 safar 1421, correspondant au 10 mai 2000.

4- Décision d'agrément N06/03 du 14 chaabane 1427 correspondant au 7 septembre 2006 portant agrément d'une banque, JORAD, N 62, mercredi 11 ramadhan 1427, correspondant au 4 octobre 2006.

2-OUVRAGES

1- Ali benchneb, le droit algérien des contrats donnés fondamentales, Edition AJED, 2001.

2-Andoine Vialard, droit civil algérien, la responsabilité civile, délictuelle, 2^{eme} Edition, office des publication universitaires, Algérie, 1986.

3- Bertrand Fages, droit des obligations, 5^e Edition, LGDJ, 2015.

-4-jean calais- auloy et Steinmetz Frank, droit de la consommation, 6^eme Edition , Dalloz, paris, 2003.

5-Lewis, Charles J, medical Negligence: A practical guide, 1998.

6- Marie Rotondi et René Rodiere, la responsabilité délictuelle dans la jurisprudence, librairies techniques, paris, 1975.

7- MM. HANNOUZ et A.R. HAKIM, précis de droit médical a l'usage des praticiens de la médecine et du droit, o.p.u, Alger, 2000.

8-Simon Taylor, l'harmonisation communautaire de la responsabilité du fais des produits défectueux LGDJ, 1999.

9-René Rediere, la Responsabilité civile, paris, 1952, n 1424, Dalloz Répertoire de Droit Civile ; Responsabilité de Fait personnel, Tome VI, paris, 1975.

3-THESES

1- Imoudache nadir, le contentieux bancaire en Algérie en vue de l'obtention du diplôme de magister, département des sciences économiques, Université Mouloud Mammeri, Tizi-Ouzou, 2009.

2- MOUZIANE FATMA, effet des facteurs macro-économique sur la performance des banques algériennes , thèse pour l'obtention du diplôme de doctorat , en sciences économiques, faculté des sciences économiques, commerciales et des sciences de gestion , université d'oran2, 2016.

3-senoucikouider, la gouvernance bancaire face aux parties prenantes cas des banques publiques algériennes , thèse de doctorat en sciences de gestion option, management, faculté des sciences économiques , de gestion et des sciences commerciales, université, Abou bekrbelkaid, tlemcen, 2015.

الملاحق

الملحق 2

نموذج رسالة التذكير (القروض للمرقين و المستثمرين)

الصندوق الوطني للتوفير و الإحتياط - بنك
شركة ذات أسهم رأسمالها الإجمالي 14.000.000.000 دج
المقر الرئيسي:

رقم السجل التجاري:
رت ض:
رت !:

وكالة:
مصلحة لإتحصيل
المرجع: (رمز الوكالة). (السنة)
رقم ملف القرض:
رقم الهاتف:

في بتاريخ

إلى السيدة، الأنسة، السيد
الصفة: مسير
العنوان:

الموضوع: رسالة تذكير

عزيزي (تي) الزبون (ة)

من المهم إعلامكم، أنه بتاريخ ، الذي يوافق الدفع من طرفكم للمبلغ المقدر ب
(بالأحرف) ، و الذي يمثل
دفع (+).

في انتظار استقبالكم، تقبلوا فائق الإحترام.

(+): بين الدفعة المعنية بعدم الدفع

النسخ:
ملف الزبون
الكفيل إن وجد

الملحق 3

نموذج رسالة التذكير الثاني (القروض للمرقيين و المستثمرين)

الصندوق الوطني للتوفير و الإحتياط - بنك
شركة ذات أسهم رأسمالها الإجتماعي 14.000.000.000 دج
المقر الرئيسي:

رقم السجل التجاري:

رت ض:

رت ا:

وكالة:

مصلحة التحصيل

المرجع: (رمز الوكالة). (السنة)

رقم ملف القرض:

رقم الهاتف:

في بتاريخ

إلى السيدة، الأنسة، السيد

الصفة: مسير

العنوان:

الموضوع: رسالة تذكير

عزيزي (تي) الزبون (ة)

من المهم إعلامكم، أنه بتاريخ _____، بينت سجلاتنا مبلغا غير مسدد يتعلق بكم و مبلغه المؤقت مقدر بـ _____ (بالأحرف) _____ (بالأعداد)، و الذي يمثل دفعاتكم (دفعاتكم) لشهر من _____.

و لذلك أدعوكم لأن تتقدموا لوكالتنا، في ظرف ثمانية أيام، من أجل تسوية وضعيتكم.

في انتظار استقبالكم، تقبلوا فائق الإحترام.

النسخ:

ملف الزبون

الكفيل إن وجد

الملحق 4

نموذج رسالة الإعذار (جميع فئات القرض)

الصندوق الوطني للتوفير و الإحتياط - بنك
شركة ذات أسهم رأسمالها الإجتماعي 14.000.000.000 دج
المقر الرئيسي:

رقم السجل التجاري:
رت ض:
رت !:

وكالة:
مصلحة التحصيل
المرجع: (رمز الوكالة). (السنة)
رقم ملف القرض:
رقم الهاتف:

في بتاريخ

إلى السيدة، الأنسة، السيد
الصفة: مسير (إن تعلق الأمر بذلك)
العنوان:

الموضوع: إعذار

عزيزي (تي) الزبون (ة)

نظرا لعدم وجود رد فعل من طرفكم لرسالة التذكير رقم بتاريخ فإنه يوجه لكل
إعذار من أجل التقرب من وكالتنا حتى تقوموا بتسوية وضعيتكم.

و من المهم أن أعلمكم أن عدم التسوية "في العشرين يوما الموالية لتبليغ هذا الإعذار" للمبلغ غير المسدد
الذي تقدر قيمته المؤقتة بـ (بالأحرف) (بالأعداد)، فإن
الصندوق الوطني للتوفير و الإحتياط سيضطر لإستعمال كل السبل التي تمكنه من تطهير الدين الذي
بحوزته.

أرجوا أن تتقبلوا فائق احترامي

النسخ:
ملف الزبون
الكفيل إن وجد

الملحق 5

نموذج رسالة حجز الدين على الحسابات
نموذج "الأشخاص المعنوية"

الصندوق الوطني للتوفير والإحتياط - بنك
شركة ذات أسهم رأسمالها الإجتماعي 14.000.000.000 دج
المقر الرئيسي: _____

المديرية العامة للمساعدة (x) _____

المديرية: * (x) _____

المرجع: _____ / اختصار المديرية / اختصار الدائرة / الأحرف الأولى للمحرر / السنة

الجزائر في _____

المرسل إليهم:

قائمة البنوك: _____

قائمة المصفين للبنوك: _____

الموضوع: حجز الدين

يشرفنا أن نعلمكم أن الصندوق الوطني للتوفير والإحتياط / بنك، وكالة (_____) يدين:

- التسمية:
- عنوان المقر الإجتماعي:
- الصفة (المدين الرئيسي / الكفيل):
- مبلغ الدين:
- هـ: نف القرض:
- لقب المسير:
- اسم المسير:
- اللقب الأصلي للمسير:
- تاريخ ازدياد المسير:
- مكان ازدياد المسير:
- العنوان الكامل للمسير:

نتيجة على ذلك، و تطبيقا للمادة 121 الفقرة 1 من الأمر 11-03 المؤرخ في 26 أوت 2003، نطلب منكم حجز و توقيف المتاحات الموجودة في الحسابات (المبالغ، النقود، السندات أو القيم مهما كانت التي تحوزونها أو ستحوزونها) لصالح _____ أو مسيرها، و ذلك في حدود مبلغ _____ دج (بالأحرف) _____ دج (بالأعداد).

إن حجز الدين هذا قانوني و صالح في شكله تطبيقا لأحكام المادة 121 من الأمر 11-03 المؤرخ في 26 أوت 2003، المتعلق بالنقد و القرض، و هو ضمان كدفع للمبلغ المذكور أعلاه، و نقدر بصفة مؤقتة المبلغ الرئيسي للدين، الفوائد، المصاريف و المبالغ الأخرى ما عدا ما قد يضاف أو يحذف.

و عليه نطلب منكم أن تأكدوا لنا أو تتفوا و مع إبلاغنا، عن أي حجز دين سابق و الصالح إلى غاية اليوم.

تقبلا، سادتي، تحياتي الخالصة.

(x) الأخذ بمرجع تسميات الهيئات المعنوية

ملحق 6



LE RÈGLEMENT INTÉRIEUR

النظام الداخلي

LE RÈGLEMENT INTÉRIEUR

ترست بنك الجزائر

ملحق 6

النظام الداخلي

الاسناد القانوني

محرر المدة لاجل العمل في اطار الاحكام للمؤقتة
شريعة العمل:

° تم اعداده تطبيقا لاحكام المادتين 75 و 79 من القانون 90 - 11 المؤرخ في 21
فبراير 1990 المتعلق بعلاقات العمل معطل و مئتم و طيف لاحكام:

° المادة 88، 07 المؤرخة في 26 جانفي 1988 المتعلقة بالنظافة، الامر و طب
العمل.

° المرسوم التنفيذي رقم 91 - 05 المؤرخ في 19 جانفي 1991 المتعلق بالعمالة
العمالة للحماية المطبقة في مجال النظافة، الامر و طب العمر في الوسط المهني.

° مرسوم السيد رقم 93 - 120 المؤرخ في 15 ماي 1993 المتعلق بتخصيص
العمل.

° النظام رقم 03-97 المؤرخ في 02 رمضان 1417 الموافق لـ: 11 جانفي 1997،
لمدة القانونية للعمل.

° المرسوم التنفيذي رقم 59-97 المؤرخ في 01 ذو القعدة 1417 الموافق لـ: 09 مارس 1997
المعين لترتيب وتقييم ساعات العمل في خصم الأسبوع.

ملحق 6

8/ ارتداء الملابس التعاقبية و اللانفذة داخل أماكن العمل، خلق الذقن بعناية وارتداء

ربطة العنق بالنسبة للرجال الذكور.

9/ حمل البطاقة المهنية خلال اوقات العمل:

10/ مشاركة في عمل جسر المشاة، في مختلف مواقع عمل الكوادر المنظمة من
مواقع العمل.

11/ تنفيذ عملي الامان الشخصي او التهيئة للشخص، التمتع بالسلامة
النفسية عن أي تخريب مثير.

12/ الاشتراك في اطار مهامهم عن طريق اقوالهم و تمثيلهم للحفاظ على الصورة
الرفيعة للمؤسسة.

الفصل الثالث: اخلاقيات العمل

المادة 06: يحسب المستخدم عقابه ضد كل شكل من الاهانة، التمدد، التضييق، التمييز
بالاعتداء او التعدي في اطار الممارسة العادية لمهامهم.

يعمل المستخدم على القيام بتعويضات الأضرار المترتبة احتضالا و المتعلقة بعقابه.

المادة 07: كل عامل ملزم بالاحترام السريه فيما يخص ما صنع اثناء عمله
سري و بعد ان يجمع بصفة عامة.

كما هو متروك في حدود ما يقره التصريح الممنوع، في حال عدم التمسك على
نشاط المؤسسة او الميراث الحسن للمرفق او الاداء الفردي او الجماعي للعامل.

المادة 08: كل عامل ملزم باجبارية الكتمان المهني.

تتبع اختلال، اخطاء، تخريب، اذاعة منتقدة او وثيقة غير، أخطاء على المعلومة
حاصلة ذاتية، المجانية، الإدارة او تقنية.

يعاقب على كل مخالفة لهذه الاحكام باعتبارها اخطاء مهنية خطيرة، دون التمسك
بالمؤسسات العمالية.

المادة 09: يمنع على كل عامل ما يلي:

- الانسحاب الشخصي او عن طريق واجبة، التمتع داخل المؤسسة، من ايا

عملية تجارية لها علاقة او علاقة للمؤسسة.

الْفَهْرِسْ

1	مقدمة:
12	الباب الأول: النظام القانوني لمسؤولية البنك المدنية.
15	الفصل الأول: النظام البنكي الجزائري.
16	المبحث الأول: ماهية البنك.
17	المطلب الأول: مفهوم البنك.
17	الفرع الأول: تعريف البنك.
17	أولاً: التعريف اللغوي.
18	ثانياً: التعريف الفقهي.
20	ثالثاً: التعريف التشريعي للبنك.
23	الفرع الثاني: نشأة البنك.
23	أولاً: الأعمال المصرفية في الحضارات القديمة.
24	ثانياً: الأعمال المصرفية في ظل الحضارة الإسلامية.
26	ثالثاً: الأعمال المصرفية في ظل العصر الحديث.
29	الفرع الثالث: أنواع البنوك.
29	أولاً: معيار التصنيف:
29	1- حسب معيار النطاق الجغرافي:
29	2- حسب معيار علاقتها ملكيتها:
29	أ- بنوك القطاع العام (البنوك العمومية):
29	ب- البنوك الخاصة:
30	3- حسب معيار طريقة التمويل:
30	أ- البنوك التقليدية:
30	ب- البنوك الإسلامية:

30	4- حسب معيار الوظيفة:
30	أ- البنك المركزي:
30	ب- البنوك التجارية:
31	ج- البنوك المتخصصة:
31	د- البنوك الشاملة:
32	هـ- البنوك الالكترونية:
32	ثانيا: المعيار المتبع من قبل المشرع الجزائري
34	المطلب الثاني: تطور النظام البنكي في الجزائر
34	الفرع الأول: المنظومة البنكية الجزائرية قبل إصلاحات 1990:
35	أولا: تطور النظام البنكي الجزائري من 1962 إلى 1971
36	1. مرحلة التأميمات وإنشاء البنوك التجارية:
36	أ. البنك الوطني الجزائري (BNA):
36	ب. القرض الشعبي الجزائري (CPA):
37	ج. البنك الخارجي الجزائري (BEA):
37	ثانيا: مرحلة تعديلات النظام البنكي من 1971 إلى 1982
38	ثالثا: مرحلة تعديلات النظام البنكي من 1982 إلى 1990
38	1- مرحلة تدعيم الهياكل البنكية.
38	أ. بنك الفلاحة والتنمية الريفية
38	ب. بنك التنمية المحلية (BDL):
38	2- الإصلاح البنكي من خلال قانون البنوك والقرض 1986:
39	3- الإصلاح البنكي من خلال قانون استقلالية البنوك والمؤسسات المالية لسنة 1988:
40	الفرع الثاني: المنظومة البنكية الجزائرية في ظل قانون النقد والقرض 10/90
41	أولا: الأهداف الأساسية لقانون النقد والقرض 10/90

42	الفرع الثالث: المنظومة البنكية الجزائرية بعد إصلاحات 1990
42	أولاً: تعديلات قانون النقد والقرض لسنة 2001
44	ثانياً: تعديلات قانون النقد والقرض لسنة 2003
46	1. الطابع الردي لقانون النقد والقرض
47	2. هيئة الجهاز التنفيذي على سلطة النقد والقرض
47	أ. من الناحية العضوية:
48	ب. من الناحية الوظيفية:
48	ثالثاً: تعديلات قانون النقد والقرض لسنة 2010
50	رابعاً: تعديلات قانون النقد والقرض لسنة 2017
52	المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للبنك
53	المطلب الأول: البنك شركة تجارية
53	الفرع الأول: تعريف الشركة
53	أولاً: تعريف الشركة لغة
54	ثانياً: التعريف الفقهي للشركة
55	ثالثاً: التعريف التشريعي للشركة
56	الفرع الثاني: شروط تأسيس البنك
57	أولاً: الشروط الموضوعية لتأسيس البنوك
57	1- الشروط الموضوعية العامة لعقد الشركة (البنك):
57	أ. ركن الرضا:
58	ب. الأهلية:
59	ج. المحل:
59	د. السبب:
60	2. الشروط الموضوعية الخاصة لعقد الشركة (البنك):

60	أ. تعدد الشركاء:
61	ب- تقديم الحصص:
61	ج- نية المشاركة:
62	د- اقتسام الأرباح والخسائر:
62	ثانيا: الشروط الشكلية لتأسيس البنوك.
63	1. الكتابة:
64	2. الشهر:
65	ثالثا: الشروط الخاصة بتأسيس البنوك.
66	1. الشروط الخاصة المتعلقة بالمؤسسة البنكية:
66	أ. الشكل القانوني للمؤسسة البنكية:
67	ب. الحد الأدنى لرأسمال المؤسسة البنكية:
69	ج. شرط تقديم طلب الترخيص:
71	2. الشروط الخاصة المتعلقة بمساهمي ومسيري البنك:
71	أ- المساهمين:
72	ب- المديرون:
75	الفرع الثالث: الأثر القانوني المترتب على إنشاء البنك (الشركة).
75	أولا: النظام القانوني للشخصية المعنوية للبنك.
76	ثانيا: النتائج المترتبة عن اكتساب البنك للشخصية المعنوية
76	1. الذمة المالية:
77	2. أهلية الشركة:
78	3. الممثل القانوني:
78	4. موطن الشركة (البنك):
79	5. جنسية الشركة:

80	المطلب الثاني: البنك شركة مساهمة
80	الفرع الأول: شركة المساهمة
81	أولاً: التعريف الفقهي
81	ثانياً: التعريف التشريعي
84	الفرع الثاني: خصائص البنك باعتباره شركة مساهمة
85	أولاً: اسم البنك متبوعاً بشكله ورأسماله
87	ثانياً: لا يكتسب الشريك صفة التاجر بمجرد انضمامه إلى البنك
90	ثالثاً: مسؤولية الشريك على ديونه بقدر حصته في البنك فقط
91	رابعاً: ينقسم رأس مال البنك إلى أسهم قابلة للتداول بالطرق التجارية
93	المطلب الثالث: الرقابة المصرفية ودورها في حماية العملاء
93	الفرع الأول: تعريف الرقابة وأهميتها في حماية العملاء
94	أولاً: تعريف الرقابة المصرفية
94	1. التعريف اللغوي للرقابة:
95	2. التعريف الاصطلاحي للرقابة البنكية.
97	ثانياً: أهمية الرقابة المصرفية في حماية العملاء
98	1. رقابة مدى التزام البنك باحترام قواعد الحيطة والحذر:
99	2. التزام البنك بتوفير الاحتياطي الإلزامي:
101	الفرع الثاني: الرقابة كضمانة لحماية العملاء
102	أولاً: الرقابة الداخلية
102	1. رقابة البنك باعتباره شركة مساهمة:
103	أ. الرقابة الفردية داخل البنك:
103	1.1. رقابة المساهمين:
103	2.1. رقابة مندوب الحسابات:

105.....	ب . الرقابة الجماعية داخل البنك:
105.....	ب 1- رقابة الجمعية العامة:
105.....	ب.2- رقابة مجلس الإدارة:
106.....	2. رقابة البنك باعتباره شركة مساهمة ذات نظام خاص (الرقابة الداخلية للبنك):
107.....	ثانيا: الرقابة الخارجية.....
108.....	1. رقابة اللجنة المصرفية:
108.....	2. رقابة البنك المركزي:
109.....	3. رقابة مجلس النقد والقرض:
111.....	خلاصة الفصل:
114.....	الفصل الثاني: الطبيعة المزدوجة لمسؤولية البنك المدنية.....
116.....	المبحث الأول: المسؤولية العقدية للبنك.....
118.....	المطلب الأول: شروط المسؤولية العقدية للبنك.....
118.....	الفرع الأول: وجود عقد بين البنك والعميل.....
121.....	أولا. النظرية النافية لمسؤولية البنك قبل التعاقد:
122.....	ثانيا. نظرية المسؤولية العقدية للبنك عن الخطأ قبل التعاقد:
123.....	ثالثا. نظرية المسؤولية التقصيرية للبنك عن الخطأ قبل التعاقد:
126.....	الفرع الثاني: أن يكون العقد صحيحا.....
127.....	المطلب الثاني: أركان المسؤولية العقدية للبنك:
127.....	الفرع الأول: الخطأ العقدي.....
128.....	أولا. المقصود بالخطأ العقدي البنكي:
131.....	ثانيا. صور الالتزامات:
131.....	1- الالتزام بتحقيق نتيجة:
132.....	2- الالتزام ببذل عناية:

- 134..... الفرع الثاني: الضرر
- 137..... الفرع الثالث: العلاقة السببية بين الخطأ العقدي والضرر:
- 140..... المبحث الثاني: المسؤولية التقصيرية للبنك
- 142..... المطلب الأول: المسؤولية التقصيرية للبنك عن الأفعال الشخصية
- 143..... الفرع الأول: أركان المسؤولية التقصيرية للبنك عن الفعل الشخصي
- 143..... أولاً. الخطأ التقصيري:
- 145..... 1. العنصر المادي للخطأ:
- 145..... 2. العنصر المعنوي:
- 146..... ثانياً: الضرر
- 147..... ثالثاً: العلاقة السببية بين الخطأ التقصيري والضرر
- 147..... الفرع الثاني: آثار المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي
- 148..... أولاً: دعوى التعويض
- 148..... 1. أطراف الدعوى:
- 148..... أ- المدعي:
- 149..... ب- المدعي عليه:
- 150..... ثانياً: إثبات المسؤولية
- 151..... المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية للبنك عن فعل الغير
- 152..... الفرع الأول: مسؤولية البنك عن أفعال تابعيه
- 153..... أولاً. شروط مسؤولية البنك عن أفعال تابعيه (مستخدميه)
- 153..... 1. وجود رابطة تبعية بين البنك وتابعيه
- 154..... 2. صدور فعل ضار عن التابع
- 156..... 3. خطأ التابع حال تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبةها:
- 157..... ثانياً. أساس مسؤولية المتبوع (البنك):

- 157..... 1. مسؤولية المتبوع مسؤولية شخصية:
- 158..... أ. نظرية الخطأ المفترض:
- 158..... ب. نظرية تحمل التبعية:
- 159..... ج. نظرية الضمان:
- 159..... 2. مسؤولية المتبوع مسؤولية عن عمل الغير:
- 160..... أ. نظرية النيابة القانونية:
- 160..... ب. نظرية الحلول:
- 160..... ج. نظرية الكفالة القانونية:
- 161..... ثالثا. أساس مسؤولية المتبوع في القانون الجزائري:
- 162..... المطلب الثالث: مسؤولية البنك عن الأشياء الغير حية
- 163..... الفرع الأول: شروط مسؤولية حارس الشيء غير الحي وفقا للمادة 138
- 163..... أولا. أن يتولى البنك حراسة الشيء
- 163..... 1. المقصود بالشيء على ضوء المادة 138 من القانون المدني الجزائري:
- 164..... 2. المقصود بالحراسة في ضوء المادة 138 من القانون المدني الجزائري:
- 165..... أ. عناصر الحراسة:
- 165..... 1. سلطة الاستعمال:
- 166..... 2. سلطة التسيير:
- 166..... 3. سلطة الرقابة:
- 167..... ثانيا. أن يحدث الشيء ضررا للغير (العميل)
- 168..... الفرع الثاني: أساس مسؤولية حارس الشيء
- 170..... خلاصة الفصل:
- 173..... الباب الثاني: التطور المأمول للمسؤولية الموحدة للبنك
- 175..... الفصل الأول: الدعوة إلى الاعتراف بالطبيعة الموحدة لمسؤولية البنك المدنية

176.....	المبحث الأول: قراءة في الطبيعة المزدوجة لقواعد المسؤولية المدنية للبنك.
177.....	المطلب الأول: رأي أنصار ازدواجية المسؤولية المدنية.
179.....	الفرع الأول: وجوب التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية.
179.....	أولاً: الجمع بين المسؤوليتين.
180.....	1- جواز الجمع بين المسؤوليتين:
180.....	2 - عدم جواز الجمع بين المسؤوليتين:
182.....	ثانياً: الخيرة بين المسؤوليتين.
182.....	1- الاتجاه الرافض للخيرة بين المسؤوليتين:
183.....	2- الاتجاه الذي يجيز الخيرة بين المسؤوليتين:
184.....	الفرع الثاني: أدلة أنصار ازدواجية المسؤولية المدنية.
185.....	أولاً: من حيث الأهلية.
185.....	ثانياً: من حيث الأساس.
185.....	ثالثاً: من حيث درجة الخطأ.
186.....	رابعاً: من حيث الإثبات.
187.....	خامساً: من حيث التضامن.
187.....	سادساً: من حيث تأمينات التعويض.
188.....	سابعاً: من حيث التقادم.
188.....	ثامناً: من حيث مدى التعويض.
188.....	تاسعاً: من حيث الإعفاء الاتفاقي من المسؤولية.
189.....	عاشراً: من حيث رقابة المحكمة العليا.
189.....	الحادى عشر: من حيث الأعذار.
191.....	المطلب الثاني: رأي أنصار أحادية المسؤولية المدنية.
191.....	الفرع الأول: عجز القواعد العامة للمسؤولية عن وضع حلول ملائمة.

193.....	أولاً: الاختلاف الغير مبرر في معاملة المضرورين
195.....	ثانياً: تعدد واختلاف القواعد المطبقة
196.....	ثالثاً: الاختلافات الناتجة عن أعمال التفرقة الثنائية في المجال المهني
199.....	1- من حيث مدى التعويض:
199.....	2- من حيث افتراض التضامن بين المسؤولية عن الضرر:
200.....	3- من حيث إمكانية التحديد أو الإعفاء من المسؤولية:
200.....	الفرع الثاني: مبررات الأخذ بالمسؤولية الموحدة
201.....	أولاً: الإقرار الدولي بالمسؤولية الموحدة
202.....	ثانياً: التداخل بين المسؤولية العقدية والتقصيرية من حيث الوظيفة
203.....	ثالثاً: خصائص المسؤولية الموحدة
203.....	1- المسؤولية الموحدة هي مسؤولية قانونية ذات طبيعة خاصة:
203.....	2- قواعد المسؤولية الموحدة من النظام العام
205.....	المبحث الثاني: الاعتراف بالطبيعة الموحدة لمسؤولية البنك
206.....	المطلب الأول: التكريس التشريعي والقضائي للمسؤولية الموحدة لبعض الفئات
206.....	الفرع الأول: التكريس التشريعي والقضائي للمسؤولية الموحدة للمنتج
206.....	أولاً- التكريس القضائي للمسؤولية الموحدة للمنتج:
207.....	1- القضاء الفرنسي:
209.....	2- قضاء الدول الأخرى:
210.....	ثانياً. التكريس التشريعي للمسؤولية الموحدة للمنتج:
211.....	1- التشريع الفرنسي:
212.....	2. التشريعات العربية:
213.....	الفرع الثاني: التكريس التشريعي والقضائي للمسؤولية الموحدة الطبية:
214.....	أولاً. التكريس القضائي للمسؤولية الموحدة الطبية:

214.....	1. القضاء الفرنسي:
215.....	2. القضاء الجزائري:
217.....	ثانيا. التكريس التشريعي للمسؤولية الموحدة الطبية:
219.....	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للمسؤولية الموحدة.
220.....	الفرع الأول: المفاضلة بين الطابع الموحد التعاقدى والطابع الموحد التقصيري.
220.....	أولا.الاتجاه المنادي بالتصور العقدي والانتقادات الموجهة إليه:
220.....	1- الاتجاه المنادي بالتصور العقدي:
222.....	2- الانتقادات الموجهة لهذا الاتجاه:
222.....	ثانيا.الاتجاه المنادي بالتصور التقصيري:
225.....	أولا: المقصود بالمسؤولية الموضوعية.
226.....	ثانيا: نظريات المسؤولية الموضوعية.
227.....	1- نظرية تحمل التبعة:
227.....	أ- نظرية المخاطر المستحدثة:
228.....	ب- نظرية الغنم بالغرم:
228.....	2- نظرية الضمان:
231.....	المطلب الثالث: المسؤولية المهنية للبنك.
231.....	الفرع الأول: المقصود بالمسؤولية المهنية.
232.....	أولا: تعريف المسؤولية المهنية.
233.....	ثانيا: الالتزامات المهنية.
233.....	1- الالتزامات العامة:
234.....	أ- الالتزام بالإعلام:
236.....	ب- الالتزام بضمان السلامة:
237.....	2-الالتزامات الخاصة:

- أ- الالتزام بالمحافظة علي السر المهني: 238
- ب- الالتزام بالاستعلام: 239
- ج- الالتزام بقواعد الحيطة والحذر: 239
- د- الالتزام بالنصيحة:..... 240
- ثالثا: أخلاقيات المهنة 240
- 1- مدونة أخلاقيات المهنة: 241
- 2- الخصائص الأساسية المرتبطة بواجبات الوظيفة منها على سبيل المثال: 242
- 3- الإطار العام لتركيبه القواعد الأخلاقية: 243
- الفرع الثاني: البنك مهني..... 244
- أولا. تعريف المهني 244
- 1- التعريف اللغوي:..... 244
- 2- التعريف الاصطلاحي:..... 244
- 3- التعريف الفقهي: 244
- 4- التعريف التشريعي: 245
- ثانيا-عناصر تحديد صفة المهني: 246
- 1- التمتع بالشخصية المعنوية: 247
- 2- ممارسة نشاط منظم على وجه الاعتياد: 247
- 3- غاية تحقيق الربح: 248
- الفرع الثالث: البنك منتج. 248
- أولا.تعريف المنتج:..... 249
- 1- التعريف الفقهي: 249
- 2- التعريف التشريعي: 250
- ثانيا.اقتراب مفهوم الخدمة من مفهوم المنتج:..... 252

254.....	خلاصة الفصل:
256.....	الفصل الثاني: شروط قيام المسؤولية المدنية للبنك اتجاه العميل
257.....	المبحث الأول: الخطأ كأساس لقيام مسؤولية البنك المدنية اتجاه العميل
258.....	المطلب الأول: دور ومكانة الخطأ في ظل المسؤولية المدنية
259.....	الفرع الأول: مدلول الخطأ
259.....	أولاً: تعريف الخطأ
259.....	1-التعريف اللغوي:
259.....	2-التعريف الفقهي:
260.....	3-التعريف التشريعي:
261.....	ثانياً: أركان الخطأ
262.....	1-الركن المادي للخطأ "ركن التعدي":
262.....	2-الركن المعنوي في الخطأ (الإدراك أو التمييز):
262.....	الفرع الثاني: ازدهار فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية
262.....	أولاً: التطور التاريخي للخطأ
263.....	1. القانون الروماني:
263.....	2. القانون الفرنسي القديم:
264.....	3. التقنين المدني الفرنسي:
264.....	ثانياً: هيمنة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية
265.....	1-انتشار فكرة الخطأ في معظم التشريعات العالمية المقارنة:
266.....	2-التوسع في تحديد مضمون الخطأ:
268.....	ثالثاً: حجج المؤيدين للخطأ كأساس للمسؤولية المدنية
268.....	1-الخطأ قرين العدالة:
268.....	2-الحجج القانونية:

269.....	3-الخطأ والشعور بالمسؤولية:
269.....	الفرع الثالث: تراجع فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية:
270.....	أولاً: الانتقادات الموجهة لمؤيدي فكرة الخطأ
270.....	1-تعارض فكرة الخطأ مع الوظيفة التعويضية:
271.....	2-عجز الخطأ عن حماية المضرور:
271.....	3-اتساع معنى الخطأ:
272.....	ثانياً: دور القضاء والقانون والفقهاء في التأثير على الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية
272.....	1-دور القضاء:
272.....	2-دور المشرع:
273.....	3-الدور الفقهي:
274.....	المطلب الثاني: الخطأ المهني للبنك
275.....	الفرع الأول: مدلول الخطأ المهني البنكي
275.....	أولاً: تعريف الخطأ المهني البنكي
276.....	1-التعريف التشريعي للخطأ المهني
277.....	2-التعريف الفقهي للخطأ المهني:
280.....	ثانياً: التمييز بين الخطأ المهني وما يشابهه من أخطاء
280.....	1-التمييز بين الأخطاء المهنية للمهنيين والأخطاء المهنية للموظفين:
281.....	أ-التعريف الفقهي للخطأ المهني للموظف:
282.....	ب- من حيث نطاق تطبيق الخطأ:
283.....	ج- من حيث أساس المسؤولية:
284.....	2- التمييز بين الخطأ المهني والخطأ التأديبي
284.....	أ- من حيث أساس المسؤولية:
284.....	ب- من حيث نطاق تطبيق الخطأ:

285.....	3- تمييز الخطأ المهني عن الخطأ التقصيري والعقدي:
286.....	الفرع الثاني: معيار تحديد الخطأ البنكي
286.....	أولاً: المعيار الشخصي للخطأ البنكي
287.....	1- الحجج:
287.....	2- نقد المعيار الشخصي:
289.....	ثانياً: المعيار الموضوعي للخطأ البنكي
291.....	ثالثاً: المعيار المختلط للخطأ البنكي
291.....	1- الاعتبار العلمي:
291.....	2- الاعتبار القانوني:
292.....	المبحث الثاني: ضرر العميل بسبب الخطأ البنكي والعلاقة السببية بينهما
293.....	المطلب الأول: ضرر العميل بسبب الخطأ البنكي
295.....	الفرع الأول: صور الضرر البنكي الذي يصيب العميل
296.....	أولاً: الضرر المادي للعميل
296.....	1- الضرر الجسدي للعميل:
298.....	2- الضرر المالي:
299.....	ثانياً: الضرر المعنوي للعميل
300.....	1- موقف الفقه من الضرر المعنوي للعميل:
300.....	أ- الموقف المعارض لمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي
301.....	ب- الموقف المؤيد لمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي:
302.....	2- موقف التشريعات المقارنة من الضرر المعنوي:
302.....	أ- موقف التشريع الفرنسي:
302.....	ب- موقف التشريع المصري:
302.....	ج- موقف التشريع الجزائري

- 303..... الفرع الثاني: شروط الضرر الموجب لتعويض العميل.
- 303..... أولاً: أن يكون الضرر محققاً.
- 305..... ثانياً: أن يكون الضرر مباشراً أو شخصياً.
- 305..... 1- يجب أن يكون الضرر شخصياً.
- 306..... 2- يجب أن يكون الضرر مباشراً:
- 307..... أ- الضرر المباشر في التشريعات المقارنة:
- 307..... أ-1. الضرر المباشر في التشريع الفرنسي:
- 307..... أ-2. الضرر المباشر في التشريع المصري:
- 308..... أ-3. الضرر المباشر في التشريع الجزائري:
- 308..... ب- الضرر غير المباشر:
- 310..... ثالثاً: أن يصيب الضرر حقاً مكتسباً أو مصلحة مشروعة.
- 311..... المطلب الثاني: العلاقة السببية بين ضرر العميل والخطأ البنكي.
- 313..... الفرع الأول: المقصود بالعلاقة السببية.
- 314..... الفرع الثاني: معيار تحديد العلاقة السببية بين ضرر العميل والخطأ البنكي.
- 315..... أولاً: نظرية السبب المباشر أو القريب.
- 316..... ثانياً: نظرية تعادل الأسباب.
- 318..... ثالثاً: نظرية السبب المنتج أو الفعال.
- 319..... الفرع الثالث: أسباب انتفاء العلاقة السببية بين خطأ البنك وضرر العميل.
- 320..... أولاً: السبب الأجنبي:
- 320..... 1- القوة القاهرة والحادث المفاجئ:
- 322..... 2- خطأ العميل:
- 323..... 3- خطأ الغير:
- 324..... ثانياً: الأسباب الاتفاقية.

325.....	الفرع الرابع: إثبات العلاقة السببية.....
326.....	أولاً: قواعد الإثبات.....
326.....	1- تعريف الإثبات:.....
327.....	2- مبادئ الإثبات:.....
327.....	أ- مذهب الإثبات الحر أو المطلق:.....
328.....	ب- مذهب الإثبات القانوني أو المقيد:.....
328.....	ج- مذهب الإثبات المختلط:.....
329.....	2- طرق الإثبات:.....
330.....	أ- الفرق بين الإثبات في المواد المدنية والإثبات في المواد التجارية:.....
331.....	ثانياً: نطاق تطبيق حرية الإثبات.....
333.....	خلاصة الفصل:.....
336.....	خاتمة:.....
344.....	قائمة المصادر والمراجع.....

الملاحق

الملخص:

إن قواعد المسؤولية المدنية بمفهومها التقليدي سواء في نطاقها العقدي أو التصيري لم تعد مجدية وأصبحت عاجزة عن إيجاد حلول ملائمة لبعض الفئات على غرار فئة المهنيين ومنهم البنوك، فحاول الفقهاء إيجاد حلول بديلة للنظرية التقليدية، وهذا أدى إلى صعود مذهب الوحدة تدريجياً وبدأ يتموقع ويكسب المزيد من الأنصار خاصة في المجال المهني، بل أكثر من ذلك فقد أصبح هذا المذهب يجسد على أرض الواقع سواء من طرف المشرع أو القضاء، كما رأينا بالنسبة للمنتج والأطباء والأمر لم يقتصر على هؤلاء فقط بل تجسدت وحدة المسؤولية المدنية في مهن أخرى: كالصيادلة والمحامين، والموثقين والمهندسين المعماريين، ومقدمي الخدمات... الخ وهذا المذهب يتقدم كل يوم أكثر على حساب مذهب ازدواجية المسؤولية.

ونحن نري أنه من الأجدر الاعتراف بالمسؤولية الموحدة للبنك وهذا راجع إلى أن البنك هو منتج وان خدماته هي عبارة عن منتجات وهذا يقودنا للقول بان مسؤولية البنك المدنية هي مسؤولية موحدة على غرار مسؤولية باقي المنتجين، كما أن البنك هو مهني والعناصر المحددة لصفة المهني هي تعتبر من العناصر الأساسية للبنك والبنك يرتبط بها وجوداً وهدماً، ومن هنا نقول إن مسؤولية البنك هي مسؤولية مهنية مثلها مثل مسؤولية الطبيب أو المحامي... الخ.

وهذا يقودنا للقول بان مسؤولية البنك هي مسؤولية موحدة سواء اعتبرنا أن البنك منتج أو مهني.

الكلمات المفتاحية:

البنك، المسؤولية المدنية، العميل، الخطأ البنكي، المسؤولية الموحدة، المسؤولية المزدوجة (العقدية، التصيرية)، المهني، المنتج، قانون النقد والقرض.

Summary:

The rules of civil responsibility in the traditional sense, whether in its contractual or delictual scope, are no longer fruitful, and have become unable to find appropriate solutions for certain categories, such as the professional category, namely banks. Legists tried to find alternative solutions to the traditional theory, which led to the gradual rise of the doctrine of unity and began to position itself and gain more supporters, especially in the professional field, much more than that, this doctrine was concretized on the ground, whether by the legislator or by the justice. As we saw with the producer and the doctors, and the case was not limited to them alone, but the unity of civil responsibility was embodied in other professions such as: pharmacists, lawyers, notaries, architects, service providers, etc. This doctrine is progressing more and more each day at the cost of the doctrine of double responsibility.

We think that it is more appropriate to recognize the unified responsibility of the bank, and this is due to the fact that the bank is a producer and its services are products and this leads us to say that the civil responsibility of the bank is a unified responsibility, similar to the responsibility of the rest of the producers. Also, the bank is a professional, and the specific elements of the professional qualification are considered among the fundamental elements of the bank and the bank is bound by them, whether they exist or not. Thus, it is said that the bank's responsibility is a professional responsibility, just like the responsibility of a doctor or a lawyer, etc.

This leads us to say that the responsibility of the bank is unified, whether one considers the bank to be productive or professional.

Keywords:

Bank, civil responsibility, customer, banking error, unified responsibility, double responsibility (contractual, delictual), professional, producer, monetary and credit code.