عمادة الدراسات العليا

جامعة القدس

الإعفاء من المسؤولية العقدية في العقود المصرفية

أصالة منير جمعة الزواهرة

رسالة ماجستير

القدس–فلسطين

1446هـ/2024م

الإعفاء من المسؤولية العقدية في العقود المصرفية

إعداد:

أصالة منير جمعه الزواهرة

بكالوريوس القانون من جامعة فلسطين الأهلية (بيت لحم)

المشرف الرئيس: عبد الرؤوف السناوي

قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات درجة الماجستير في القانون

من كلية الدراسات العليا / برنامج القانون الخاص / جامعة القدس

1446هـ/2024م

جامعة القدس

عمادة الدراسات العليا

ماجستير القانون الخاص

إجازة الرسالة

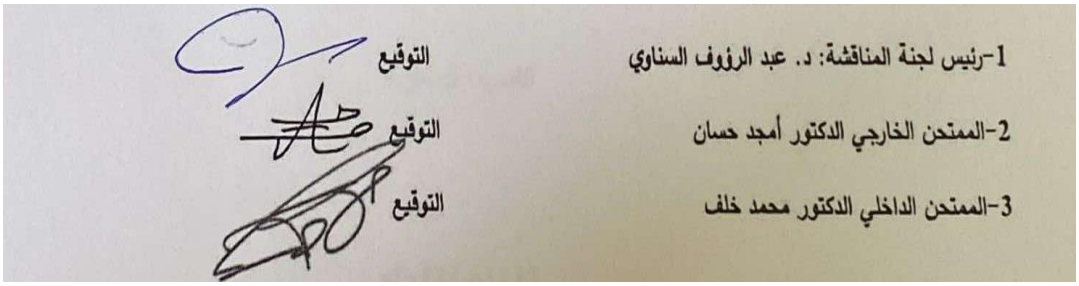
الإعفاء من المسؤولية العقدية في العقود المصرفية

اسم الطالب/ة: اصالة منير جمعة الزواهرة

الرقم الجامعي:22120119

المشرف: الدكتور عبد الرؤوف السناوي

نوقشت هذه الرسالة وأجيزت بتاريخ: 2024/12/22م من أعضاء لجنة المناقشة المدرجة أسماؤهم وتواقيعهم



القدس–فلسطين

1446هـ/2024م

الإهداء

إلى من بلغ فضلهما عنان السماء؛ فوجودهما سبب للنجاح والفلاح في الدينا والآخرة...
والدي

إلى من كانوا نعم القدوة والسند في كل مراحل حياتي... إخوتي وأخواتي

إلى من جعلوني أؤمن بأن "رب أخ لك لم تلده أمك"... صديقاتي

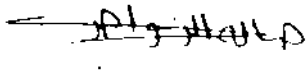
إليهم جميعا أهدي هذا الجهد المتواضع

اسم الطالبة: أصالة منير جمعة الزواهرة

إقرار

أقرّ أنا معدة الرسالة بأنها قدمت لجامعة القدس، لنيل درجة الماجستير، وأنها نتيجة أبحاثي الخاصة باستثناء ما تم الإشارة إليه حيثما ورد، وأن هذه الرسالة أو أي جزء منها، لم يقدم لنيل درجة عليا أو معهد آخر.

اسم الطالبة: أصالة منير جمعة الزواهرة

التوقيع: 

التاريخ: 2024/12/22م.

الشكر والعرفان

الحمد والشكر لله الذي وفقني لإنجاز هذه الرسالة فنحمده ونشكره على جزيل عطائه.

إلى من قيل فيه:" قم للمعلم وفِّه التبجيلا كاد المعلم أن يكون رسولاً"، دكتوري ومشرفي، د. عبد الرؤوف سيناوي الذي قدم وقته وجهده في سبيل إنجاز هذه الدراسة وتحلى بالصبر ولم يبخل بمد يد العون في كل الحالات.

إلى من حظيت بوقتهم وجهدهم، لجنة المناقشة التي تكرمت بالإشراف على هذه الرسالة والتي ما كانت لترى النور دونهم.

إلى جل أساتذتي الذين نهلت من بجر علمهم طيلة فترة دراستي.

أشكرهم جميعا وجزاهم الله كل خير عن كل علم نعمل به وأجرهم عند العظيم عظيم.

اسم الطالبة: أصالة منير جمعة الزواهرة

الملخص

تناولت هذه الدراسة الإعفاء من المسؤولية العقدية المصرفية حيث تم بدايةً دراسة ماهية المسؤولية العقدية للمصرف؛ من حيث تعريف المسؤولية العقدية المصرفية وشروط انعقادها، وأركانها، ومن ثم تم البحث في شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية المصرفية، من حيث مفهوم شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية للمصرف وصوره، ومدى جواز شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية المصرفية، وقيود الإعفاء من المسؤولية العقدية المصرفية والآثار المترتبة على صحة الشرط.

يلاحظ أن القانون الفلسطيني لم يعالج شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية للمصرف، وفي ظل هذا القصور التشريعي ستحاول هذه الرسالة اللجوء إلى الأحكام العامة في القانون المدني المتمثلة بمجلة الأحكام العدلية وتحليلها للوصول إلى جواز أو عدم جواز مثل هذه الشروط والقيود الواردة عليها.

ومن خلال البحث وتحليل القواعد العامة في القانون المدني لاحظنا أن المسؤولية العقدية للمصرف تقوم بقيام عقد صحيح مستوفيا لجميع أركانه من رضا ومحل وسبب، وأن المسؤولية العقدية تقوم بتوافر أركانها الثلاثة وهي: الخطأ والضرر، وعلاقة السببية، وأن توافر أركانها يؤدي إلى انعقادها وبالتالي ترتيب حكمها وهو التعويض فإذا انتفى ركن من أركان المسؤولية سقطت المسؤولية وبالتالي سقط الحق في التعويض، كما توصلت الباحثة إلى إجازة شروط الاعفاء من المسؤولية العقدية المصرفية لعدم تعلقها بالنظام العام والآداب، بشرط أن لا يكون هناك غش أو خطأ جسيم صادر عن المصرف علما أن القواعد العامة لم تحدد معيار للتفرقة بين الغش والخطأ الجسيم ،كما يشترط وأن لا تكون مخالفة للنظام العام والآداب العامة، وأن لا تكون تعسفية أو مخالفة لمقتضى العقد، وبتوافر هذه الشروط يترتب شرط الإعفاء أثره القانوني الكامل، فيعفى المصرف من المسؤولية عن إخلاله بالتزامه التعاقدي، فلا يلتزم بتعويض العميل عن الضرر الناتج عن إخلاله، وعليه فإن القواعد العامة لم تتطرق إلى معيار التفرقة بين الغش والخطأ الجسيم كما لم تتطرق إلى مسألة الإعفاء من المسؤولية العقدية عن الأخطاء الصادرة بناء على غش أو خطأ جسيم صادر من الغير.

وعليه لا بد من إيجاد تنظيم قانوني متخصص في مجال المسؤولية المدنية في العقود المصرفية يتضمن نصوصا مباشرة تجيز الإعفاء من المسؤولية العقدية المصرفية بشرط تقييدها في حالتي الغش والخطأ الجسيم الصادران المصرف، وأن لا تجيز الاتفاق على شروط الإعفاء من المسؤولية عن الغش والخطأ الجسيم الصادرة عن التابعين لكون خطأ التابع يعتبر كأنه صادر من المصرف

ذاته إضافة إلى أن السماح بالإعفاء من المسؤولية عن الغش والخطأ الجسيم الصادر من الغير يعطي المجال للمصرف أن يتهرب من المسؤولية عن طريق إساءة اختيار الغير مستندا إلى عدم مسؤوليته، ويقوم بذات الوقت بمحاولة إيجاد معيار تقريبي، للتفرقة بين الخطأ اليسير والخطأ الجسيم.

Exemption from contractual liability in banking contracts

Prepared by: Asala Moneer Jumaa Alzawahrah

Supervisor: Dr. Abdul Raouf Alsanawi

Abstract

This study dealt with exemption from banking contractual liability, where the nature of the bank's contractual liability was initially studied, in terms of the concept of banking contractual liability, its conditions, and its relationship to the terms of exemption from responsibility, and then the pillars of the bank's contractual liability were studied, and then the condition completely exempted from banking contractual liability was investigated. In terms of the nature of the condition that completely exempts the bank from contractual responsibility and the extent of the permissibility or impermissibility of the condition of exemption from banking contractual responsibility, and then studying the restrictions that restrict the condition and its implications.

It is noted that the Palestinian law did not address the conditions for exemption from the bank's contractual liability, and in light of this legislative deficiency, this thesis will attempt to resort to the general provisions in the civil law and analyze them to arrive at the permissibility or impermissibility of such conditions and the restrictions contained therein.

Through research and analysis of the general rules in civil law, the researcher reached a set of results, the most important of which are: that the contractual responsibility of the bank is based on the establishment of a valid contract between the bank and the customer, such that the banking contract was concluded in a way that does not entail its invalidity, so the contract must fulfill all of its elements, including satisfaction and subject matter. And reason, and that contractual liability is based on the availability of its three pillars, which are: error, which is represented by the bank's breach of its contractual obligation, the damage that befalls the customer, and the causal relationship between the bank's mistake and the damage caused to the customer, and that the availability of the pillars of contractual liability leads to its being held and its ruling is arranged, and its ruling is compensation, and if one of the elements is absent. Elements of responsibility: Responsibility is forfeited, right to compensation is forfeited, Approval of agreements to exempt from banking contractual liability as they are not related to public order and morals, provided that

there is no fraud or serious error issued by the bank and other conditions that will be discussed in detail in the body of the study.

Based on what has been studied, this study recommends the creation of a specialized legal regulation in the field of civil liability in banking contracts, due to the important role that the bank has played in contemporary life, and to include direct texts through which it is permissible to be exempt from banking contractual liability on the condition that it be restricted in cases of fraud and serious error issued. The bank, and does not permit agreement on conditions for exemption from liability for fraud and serious error issued by affiliates.

1.1 المقدمة

أصبحت المصارف في العصر الحالي عماد الاقتصاد الوطني كونها تلعب دورا هاما في الحياة الاقتصادية والتجارية، فهي الوعاء الذي تجمع فيه مدخرات الأفراد والمحور الأساسي الذي تدور عليه عمليات الائتمان التجاري على اختلاف صورها وذلك عن طريق تمويل المشروعات التجارية والخدماتية المختلفة والتي تعود بالفائدة على المجتمع فلا تكاد تخلو عملية تجارية في الوقت الحالي من تدخل المصارف، ولا شك أن المصرف أثناء القيام بالأعمال المنوطة به المتمثلة في تلقي الودائع ومنح الائتمان يقوم بالعديد من الخدمات والعمليات المرتبطة والمتشابكة حسب رغبة العميل واحتياجاته، وبالتالي قد يقع أثناء القيام بهذه العمليات في بعض الأخطاء الناتجة عن عدم الالتزام ببنود العقد أو توجيهات العميل تجعله مسؤولا قانونا عن أفعاله، وفي ظل عدم وجود تنظيم تشريعي ينطلق من طبيعة العمل المصرفي لتحديد مسؤولية المصرف، فيتم تحديدها عن طريق تطويع المبادئ العامة للمسؤولية المدنية على اعتبار أن المصرف شخصا معنويا له قيمة اعتبارية قانونية، وتُعرف المسؤولية المدنية بأنها: صورة من صور المسؤولية القانونية تهدف إلى تعويض الأضرار الحادثة للغير نتيجة الإخلال بالتزام معين. [1]

والمسؤولية المدنية الموجبة للتعويض تكون مسؤولية عقدية، أو مسؤولية عن الفعل الضار (المسؤولية التقصيرية)، فالمسؤولية العقدية منشؤها العقد فتنشأ عن الإخلال بما التزم به المتعاقد، والمسؤولية عن الفعل الضار [2] مصدرها القانون وتترتب على ما يحدثه الفرد من ضرر للغير بخطئه. [3]

والمسؤولية العقدية المصرفية تقوم بقيام عقد صحيح بين المصرف والعميل، فلا يكفي أن يكون العقد قد أبرم بين الطرفين بل يشترط في العقد الصحة؛ بحيث يكون قد أبرم على نحو لا يستتبع بطلانه، وإنما أن يكون العقد مستوفيا لجميع أركانه من رضا ومحل وسبب، وتقوم المسؤولية العقدية بتوافر أركانها الثلاثة وهي: الخطأ ويتمثل في إخلال المدين بالتزامه العقدي ويتضمن الإخلال عدم التنفيذ أو التنفيذ الجزئي أو التأخير في تنفيذ الالتزام العقدي، والضرر الذي يصيب الدائن، وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر ، أي أن يكون الضرر الذي لحق بالدائن ناتجا عن إخلال المدين

([1]) (العيسائي، 1998، ص4-5).

(2) (ان قواعد المسؤولية عن الفعل الضار كما هو مستقر متعلقة بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها أو الإعفاء منها، لأنها تقترب بشكل كبير من المسؤولية الاعفاء من المسؤولية الناتجة عن العمل الإجرامي والذي أبطله المشرع بشكل صريح) ، انظر في هذا :(دواس، 2012، ص 16).

(3) (الخرينج، 2010، ص 2).

بالتزامه العقدي، وعليه فإن توافر أركان المسؤولية العقدية يؤدي إلى انعقادها في مواجهة المدين فيكون المدين مسؤولا مدنيا عما أحدثه للدائن من ضرر، وبالتالي ترتب المسؤولية العقدية حكمها وهو التعويض، وعليه إذا انتفى ركن من أركان المسؤولية العقدية سقطت وبالتالي سقط الحق في التعويض.[4]

وحيث أن إخلال المصرف بالالتزامات القانونية الملقاة على عاتقه بموجب العقد تجعله مسؤولا مدنيا عن إخلاله وتوجب عليه التعويض، فعادة ما يلجأ المصرف إلى تضمين العقد المبرم مع العميل بشرط يعفي به نفسه من المسؤولية العقدية المترتبة على إخلاله بالالتزامات الواقعة عليه قبل تحقق هذه المسؤولية، مستندا إلى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي تعتبر أهم المبادئ التي تحكم العقد، ومقتضى هذه القاعدة أن ما اتفق عليه المتعاقدين تكون واجبة الاحترام والتنفيذ وبالتالي يجوز لطرفين تضمين عقودهم ما يشاؤون من شروط و لا يجوز لأي من لطرفين تعديلها بإرادته المنفردة، وبالتالي يتنازل العميل بموجب هذ الشرط عن حقه في التعويض تجاه البنك حال إخلاله بأحد الالتزامات الملقاة على عاتقه بموجب العقد المبرم مع هذا العميل،[5] كأن يدرج المصرف شرطا يعفي به نفسه من المسؤولية عن الأضرار التي تصيب الخزائن المصرفية في عقد تأجير الخزائن المصرفية، فمثلا ورد في المادة (18) من عقد إجارة صندوق أمانات حديدي لدى البنك الإسلامي العربي فرع جنين/ فلسطين:" لا يترتب على البنك أية مسؤولية تجاه المستأجر نتيجة أية أضرار قد تنشأ بسبب ضياع و/أو سرقة مفتاح الصندوق و/أو تلف جزئي أو كلي لمحتوياته و/أو عن أي خلل فيه و/أو في قفله، يؤدي إلى استحالة استخدامه من مستأجر آخر أو ناتجة عن عوامل طبيعية كالفيضانات والهزات الأرضية أو أية حوادث و/أو كوارث طبيعية اخرى أو إضرابات او شغب بسبب إجراءات أو قرارات تتخذها السلطات السياسية و/أو الادارية و/أو القضائية و/أو العسكرية"، بحيث أعفى المصرف نفسه من المسؤولية التي قد تترتب عليه نتيجة إخلاله بالتزاماته الواجبة عليه بموجب عقد إيجار الخزائن المصرفية قبل تحقق هذه المسؤولية، مستندا إلى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، علما أن المادة (2/117) من قانون التجارة نصت على أنه: "ويكون المصرف مسؤولا عن سلامة الصناديق المأجورة."[6] أي أن قانون التجارة جعل المصرف مسؤولا عن سلامة هذه الصناديق المؤجرة فيسأل البنك إذا ثبت عليه خطأ ويسأل أيضا وإن لم يثبت عليه أي خطأ لأن التزامه التزام بتحقيق نتيجة، وبالتالي فإذا أصاب الخزانة أو ما بها ضرر يكون البنك مسؤولا حتى يثبت هو السبب الأجنبي، فتلجأ المصارف الى اعفاء نفسها من

([4]) (خوالده، 2007، ص5-14).

([5]) (محمد، 2011، ص241-242).

([6]) قانون التجارة رقم (12) لسنه (1966) والمعمول به في الضفة الغربية.

المسؤولية العقدية التي قد تترتب عليها نتيجة اخلالها بالتزاماتها بالحفظ وفقا للقانون مما يقودنا إلى دراسة مدى صحة هذه الشروط والأثر المترتب عليها.

وبما أن المصرف يستأثر بممارسة الأعمال المصرفية بموجب احتكار قانوني منحه إياه المشرع، [7] بالإضافة إلى انعدام التوازن بين مركز المصرف والعميل وبالتالي يملي المصرف القوي شروطه على العميل الضعيف ويرغم العميل على قبول مثل هذه الشروط في سبيل انجاز معاملاته، كل ذلك يستدعي البحث في مدى صحة شروط الاعفاء من المسؤولية العقدية للمصرف من جهة ومدى الحاجة إلى تدخل تشريعي لتحقيق التوان بين المصالح المتنافسة المتمثلة بحماية المستهلك من جهة وحرية التعاقد من جهة أخرى وذلك بهدف الحفاظ على جهاز مصرفي آمن وسليم ومستقر، وتعزيز ثقة الجمهور بالمصارف. [8]

2.1 أهمية الدراسة

تعتمد المصارف في عملها على العقود النموذجية، وقد درجت على تضمين هذه العقود شروطا تعفي بموجبها أنفسها من المسؤولية العقدية في حال إخلالها بأحد الالتزامات الملقاة على عاتقها، مستغلةً الاحتكار القانوني الذي منحها إياه المشرع والمركز اقتصادي القوي مقابل العميل الذي لا يملك سوى قبول مثل هذه الشروط بغية سير معاملاته.

بالإضافة إلى عدم وجود تنظيم تشريعي في القانون الفلسطيني يختص بتنظيم شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية المصرفية، وعليه سيتم البحث في القواعد العامة ومحاولة اسقاطها على الوقائع من أجل الوصول إلى مدى صحة مثل هذه الشروط في ظل غياب نص مباشر، وبما أن المصارف في العصر الحال عماد الاقتصاد الوطني كونها تلعب دورا هاما في الحياة الاقتصادية والتجارية، فلا بد من إيجاد تنظيم تشريعي متخصص بالعقود المصرفية يراعي خصوصية هذه العقود وتنظم المسؤولية الناتجة عنها، بحيث ينظم عمل المصارف يحافظ على الاستقرار الاقتصادي وبذات الوقت يكفل الحماية للمصارف من المخاطر التي تواجهها ويحافظ على استقرارها ويحفظ به مصلحة العميل في آن واحد، فلا يمكن أن يتحقق الحفاظ على الاستقرار الاقتصادي دون وجود قواعد قانونية وأسس تنظيمية تنطلق من طبيعة عمل المصرف لتحكم عمله وتقيده بمجوعة من

---

(7) المادة (6) من القرار بقانون بشأن المصارف رقم (9) لسنة (2010م) بشأن المصارف.

([8]) نصت المادة (3) من القرار بقانون رقم (9) لسنة (2010م) بشأن المصارف: " يهدف القانون إلى تحقيق الآتي: أ. الحفاظ على استقرار الأسعار المحلية. ب. الحفاظ على نظام مالي مستقر ومتين مبني على التنافس السوقي المهني المنضبط. ج. الحفاظ على جهاز مصرفي آمن وسليم ومستقر، وتعزيز ثقة الجمهور بالمصارف ومؤسسات الإقراض المتخصصة ".

الضوابط أثناء أداء هذه المهمة؛ بحيث تمثل الطريقة المثلى لإقامة التوازن المصالح المتنافسة المتمثلة بحماية العميل من جهة وحرية التعاقد من جهة أخرى.

3.1 اشكالية الدراسة

إذا نشأ العقد المصرفي صحيحا يتوجب الالتزام به من قبل طرفي العقد، ولكن قد يحدث أن يخل المصرف بأحد الالتزامات الملقاة على عاتقه بموجب العقد المبرم مع العميل؛ حينئذٍ تقوم المسؤولية العقدية للمصرف، وبما أن العقد شريعة المتعاقدين فقد درجت المصارف على تضمين عقودها شروطا تعفي بوجبها أنفسها من المسؤولية الناتجة عن العقد، ومن هنا ظهرت مشكلة هامة تتمثل في:

ما مدى صحة شروط الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية في العقود المصرفية في ظل انعدام التوازن العقدي وهيمنة العقود النموذجية على المعاملات المصرفية وحرمان العميل من فرصة تعديلها أو مناقشتها، بالإضافة إلى عدم وجود تنظيم تشريعي ينظم هذه المسالة؟

وهذه المشكلة طرحت العديد من التساؤلات للإجابة عليها:

- ما هي شروط انعقاد المسؤولية العقدية المصرفية وفقا للقواعد العامة؟ وما هي أركان المسؤولية العقدية المصرفية؟
- مدى إمكانية الاعتماد على القواعد العامة في القانون المدني لتحديد مسؤولية المصرف العقدية؟ وهل يجوز الاعتماد عليه كقاعدة عامة أم يتوجب أن تنظم بقانون خاص؟
- وبالتالي هل يجوز الإعفاء المسؤولية المصرفية وفقا للقواعد العامة؟ وهل يمكن الاستناد إلى نظرية الشروط المقترنة بالعقد وفقاً للفقه الإسلامي لتبني شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية المصرفية؟
- ما الآثار المترتبة على مثل هذه الشروط فيما لو كانت صحيحة؟ وهل هي ملزمة للقاضي؟ أم يجوز للقاضي تعديلها سواء بناء على طلب الخصوم أو بدون طلبهم؟

4.1 أهداف الدراسة

- التعرف على مفهوم وشروط المسؤولية العقدية المصرفية.
- التعرف على أركان المسؤولية العقدية المصرفية.
- التعرف على الشروط العقدية التي تعفي كليا أو جزئيا من المسؤولية العقدية المصرفية.

- التعرف على مدى صحة الشروط التي تعدل المسؤولية العقدية المصرفية عن طريق البحث في القواعد العامة في القانون المدني لتبيان الحكم القانوني لشروط الإعفاء من المسؤولية العقدية للمصرف والقيود الواردة عليها والآثار المترتبة عليها.

5.1 نطاق الدراسة

يقتصر نطاق الدراسة على دراسة موضوعية مستفيضةً من خلال استعراض النصوص القانونية المتعلقة بموضوع الدراسة في القوانين السارية المفعول في الضفة الغربية ودراستها دراسة وصفية تحليلية، وهذه القوانين هي: مجلة الأحكام العدلية والقرار بقانون رقم (9) لسنة (2010) بشأن المصارف، مع الإشارة عند اللزوم لقانون التجارة الأردني الساري المفعول في الضفة الغربية رقم (12) لسنة (1966)، والقانون الأساسي الفلسطيني وتعديلاته لسنة (2005)، وقانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة (2005م) بالإضافة لتعليمات سلطة النقد الفلسطينية ، كما ستقوم الباحثة بالاسترشاد بالقانون المدني الاردني رقم (43) لسنة 1976، في بعض المواضع حسب متطلبات خطة هذه الدراسة.

6.1 منهجية الدراسة

للخروج بهذه الدراسة تم الاعتماد على المنهج (الوصفي التحليلي) للنصوص القانونية، حيث تم استعراض النصوص القانونية المنظمة لموضوع الدراسة في القوانين سارية المفعول في الضفة الغربية، كما تم استعراض آراء الفقهاء والمجتهدين والباحثين القانونين في هذا المجال عبر كتبهم وأبحاثهم ودراساتهم القانونية، كما تم استعراض العديد من نماذج العقود المصرفية المتضمنة شروط معفية من المسؤولية العقدية للمصرف، وتحليل هذه النصوص القانونية والآراء الفقهية والنماذج العقدية وتحليلها ودراستها دراسة مستفيضة محكمة تساعد في التعرف جيداً على الموضوع مجال راسة حتى يتم التوصل إلى الأهداف المرجوة من خلالها.

8.1 الدراسات السابقة

أن هناك العديد من الدراسات المتعلقة بتعديل قواعد المسؤولية في القانون المدني، وعن المسؤولية المصرفية بشكل عام إلا انه لا توجد دراسات فلسطينية سابقة متخصصة تتعلق بالإعفاء من المسؤولية العقدية للمصرف، تدرس العقود المصرفية والاتفاقات على الاعفاء من المسؤولية المترتبة عليها، مما دفع الباحث فيها نظرا لطبيعتها الخاصة وحداثتها التي تحتاج إلى البحث والتعمق في دراستها من أجل الوقوف عليها وتحليل ما يترتب عليها من آثار وأحكام بالنظر إلى العقود المصرفية.

ومن أبرز الدراسات المتعلقة بالإعفاء من المسؤولية في القانون المدني: " الاتفاق على الاعفاء من التعويض في القانون المدني الكويتي–دراسة مقارنة مع القانون الأردني " وهي رسالة ماجستير في القانون الخاص في جامعة الشرق الأوسط – كلية الحقوق، هدفت إلى بيان موقف القانون المدني الكويتي والقانون المدني الأردني من اتفاقات الاعفاء من التعويض قبل تحقق المسؤولية، سواء كانت مسؤولية عقدية أو مسؤولية تقصيرية والشروط الواجب توافرها لصحة هذه الاتفاقيات.

وقد قسمت هذه الدراسة الى خمسة فصول: خصص الفصل الأول للحديث عن مقدمة الرسالة، بينما خصص الفصل الثاني للتعرف على ماهية التعويض والتمييز بين شروط الاعفاء من المسؤولية وغيره من النظم القانونية المشابهة، وخصص الفصل الثالث للحديث عن فكرة الإعفاء من التعويض في المسؤولية العقدية في القانون المدني الكويتي، وخصص الفصل الرابع للحديث عن فكرة الاعفاء من التعويض في المسؤولية التقصيرية، وخصص الفصل الخامس لخاتمة الدراسة.

ومن الدراسات على مسؤولية المصرف" مسؤولية البنك المدنية عن عملية التحويل البنكي الإلكتروني " وهي رسالة ماجستير في القانون المدني، في جامعة قاصدي مرباح–ورقلة، هدفت بشكل أساسي إلى وضع حماية مدنية للعميل المتعامل مع المصرف في المعاملات الالكترونية لحثه على الإقدام على مثل هذه التعاملات كما هدفت إلى تبيان ضوابط الانتقال من النظام الذي يتراجع فيه دور العميل الى النظام الذي يزيد فيه وعيه للمطالبة بحقوقه في مواجهة المصرف بالإضافة الى معرفة مدى إمكانية المصرف من اعفاء نفسه من هذه المسؤولية أو اتفاقه مع العميل على تعديل أحكام هذه المسؤولية وإبراز الاثار القانونية للممارسات الخاطئة للأعمال المصرفية.

وخصص الفصل الأول للحديث عن النظام القانوني لمسؤولية البنك المدنية عن التحويل الالكتروني، وخصص الفصل الثاني للحديث عن: حدود مسؤولية البنك عن عملية التحويل البنكي الالكتروني.

8.1 خطة الدراسة

تتكون هذه الدراسة من فصلين، تناول الفصل الأول انعقاد المسؤولية العقدية للمصرف، من حيث ماهية المسؤولية العقدية وأركان المسؤولية العقدية للمصرف، ويتناول الفصل الثاني منها شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية المصرفية، من حيث مفهوم شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية وصوره وجواز شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية المصرفية وقيود شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية والآثار المترتبة على صحة الشرط.

2.1 الفصل الأول

انعقاد المسؤولية العقدية المصرفية

تقوم مسؤولية المصرف المدنية عندما يخل بالتزام يترتب عليه ضرر يمس بالغير، فإذا كان منشأ هذا الالتزام القانون مباشرة تكون مسؤولية عن الفعل الضار أما إذا كان منشاؤه العقد فتكون المسؤولية عقدية،[9] وفي ظل عدم وجود تنظيم تشريعي يعتمد على طبيعة العمل المصرفي لتنظيم مسؤولية المصرف المدنية، فيطبق عليها القواعد العامة للمسؤولية المدنية كون المصرف شخصا معنويا له مكانة اعتبارية قانونية، وتُعرف المسؤولية المدنية بأنها: إخلال بالتزام أو بواجب قانوني سابق سواء كان هذا الإخلال مصدره العقد أو القانون بعدم إحداث ضرر بشخص فاذا أحدث هذا الضرر كان المسؤول عن الضرر ملزم بتعويض المضرور بقدر ما أصابه من ضرر. [10]

ولا شك أن المصارف أثناء تقديم خدماتها للعملاء تقوم بمجموعة من العمليات المصرفية تنظمها العديد من العقود إلا أن المصارف أثناء تنفيذ هذه العقود قد تقع في بعض الأخطاء التي تسبب

([9]) (دواس، 2012، ص 152).

([10]) (عامر، و عامر ، 1979، ص 104). وانظر أيضا: (العيسائي، 1998، ص5).

ضررا للزبائن مما يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية قانونا تجاه عملاؤها، وبالتالي فقد درجت المصارف على تضمين عقودها شروطا تعفي بموجبها نفسها من المسؤولية العقدية في حال قيامها، وتعرف هذه الشروط بأنها اتفاق بين الطرفين عدم مسائلة المدين في حالة حدوث الضرر، مستندة إلى مبدأ سلطان الإرادة وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ومستندة إلى أن قواعد المسؤولية العقدية ليست من النظام العام وبالتالي يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها.[11]

وعلى ضوء ذلك ينبغي دراسة ماهية المسؤولية العقدية للمصرف والأركان اللازمة لقيامها في الفصل الأول من هذه الدراسة، وعلى ضوء ذلك فقد تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين: تحدث المبحث الأول عن: ماهية المسؤولية العقدية المصرفية، وتحدث المبحث الثاني عن: أركان المسؤولية العقدية.

1.2.2 المبحث الأول: ماهية المسؤولية العقدية المصرفية

تكون مسؤولية المصرف عقدية إذا أخل المصرف بإحدى التزاماته الواردة في العقد المبرم مع العميل، ويشترط لقيام المسؤولية العقدية، وجود عقد صحيح بين المصرف والعميل يتعهد بموجبه المصرف بتقديم أحد الخدمات المصرفية، وأن يخل المصرف بأحد الالتزامات المترتبة على هذا العقد المصرفي، والعقد هو توافق إرادتين على إنشاء التزامات متبادلة على كل طرف من الأطراف، بحيث يتم العقد المصرفي حين التعبير عن الإرادتين المتطابقتين بما لا يخالف النصوص القانونية، فالعميل يتجه إلى المصرف رغبة منه في الحصول على الخدمات التي يقدمها والتي يعرضها للعملاء وبالتالي يتم العقد بين المصرف والعميل بمجرد التقاء الإرادتين، وبالتالي إذا أخل المصرف بأحد التزاماته العقدية تقوم مسؤوليته العقدية للمصرف في حال توافر كامل أركانها وهي: (الخطأ العقدي، والضرر، والعلاقة السببية بين الخطأ العقدي والضرر). [12]

وبالرجوع إلى قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين " نجد أن الواجبات والحقوق التي تم الاتفاق عليها تكون ملزمة لهم وبالتالي لا يمكن التنصل منها أو تعديلها بالإرادة المنفردة، ويتفرع عن هذه القاعدة أيضا أن للأطراف تضمين عقودهم ما يرونه من شروط تلائم احتياجاتهم، مما يكتسب الاتفاق على الإعفاء أهمية خاصة باعتباره شرطا مقترنا بالعقد تطبق عليه هذه القاعدة وبذات الوقت لما ينطوي عليه من تعديل لأحكام المسؤولية المدنية، وعلى ضوء ذلك تم تقسيم هذا المبحث إلى

([11]) (ابتسام، 2017، ص54-55).

([12]) (صبرينة، وسيلية ،2019-2020، ص10-11).

مطلبين: تحدث المطلب الأول عن: تعريف المسؤولية العقدية للمصرف، وتحدث المطلب الثاني عن: شروط المسؤولية العقدية المصرفية.

1.1.2.2 المطلب الأول: تعريف المسؤولية العقدية المصرفية

تعرف المسؤولية العقدية المصرفية بأنها: الإخلال بالتزام عقدي أيا كانت صورة هذا الإخلال – عدم تنفيذ الالتزام ناشئ عن العقد، أو تنفيذه بشكل معيب، أو التأخر في تنفيذه–مما يرتب عليه تعويض عن الضرر الناتج جراء هذا الإخلال.[13] تجد الباحثة أن هذا التعريف قاصر بحيث لا يشمل الالتزامات القانونية والالتزامات الناتجة عن العرف المصرفي باعتبار أن المصرف باعتباره مهنيا يلتزم بالتزامات يمليها العرف المصرفي والتزامات يمليها القانون الذي ينظم طبيعة كل عقد هذا بالإضافة إلى الالتزامات العامة الملقاة عليه بموجب العقد المبرم مع العميل.

كما تعرف المسؤولية العقدية المصرفية بأنها: جزاء عدم قيام المصرف بتنفيذ التزاماته أو تأخيره في هذا التنفيذ وهي تؤدي إلى تعويض العميل عما أصابه من ضرر جزاء عدم تنفيذ العقد. [14] وتجد الباحثة أن هذا التعريف جامع بحيث يشمل الالتزامات الملقاة على عاتق المصرف بموجب العرف كما يشمل القانونية والالتزامات العقدية بالتالي هو التعريف الأصح، لكونه يأخذ بعين الاعتبار كون المصرف محترفا لعمله؛ والذي يلتزم بمجموعة من الالتزامات القانونية الملقاة على عاتقه قانونا، بالإضافة إلى العديد من القواعد التي كرستها الأعراف والعادات المستقرة في العمل المصرفي، والالتزامات العامة الواجبة بموجب العقد المبرم مع العميل كالالتزامات المفروضة بموجب تعليمات سلطة النقد الفلسطينية. [15]

وعليه تقوم المسؤولية العقدية للمصرف على: عدم تنفيذ المدين(المصرف) لالتزاماته العقدية، مما يسبب ضررا للدائن(العميل) بشرط توفر علاقة سببية بين عدم تنفيذ المدين لالتزامه وهذا الضرر، فتكون بذلك بمثابة العنصر الثاني في الالتزام التعاقدي وهو عنصر المسؤولية، أي الجزاء على الإخلال بالعنصر الأول وهو عنصر المديونية.[16] وقد عبرت مجلة الأحكام العدلية عن المسؤولية العقدية بالضمان، وفي الفقه الإسلامي ضمان الإتلاف أو ضمان الفعل، وهو التزام بتعويض مالي عن ضرر لحق بالغير، وهذا الضمان قد يكون ضمان عقد أو ضمان يد أو ضمان اتلاف، أما

([13]) (صبرينة، وسيلية ،2019–2020، ص10–11) ، و (النقيب، 1987، ص 36).

([14]) (ابتسام، 2017، ص9)، و(العيسائي، 1998، ص 6)

([15]) انظر تعليمات سلطة النقد رقم (2016/2) المتعلقة بالإقراض المسؤول، والتعليمات رقم (2009/8) المتعلقة بفتح الحسابات وإغلاقها، و (ابتسام، 2017، ص12 وما بعدها) ، و (أبو فروة، 2009 ص 182).

([16]) (دوس، 2012، ص 152).

ضمان العقد فهو ضمان مال تالف ضمانا يستند إلى عقد، أما ضمان اليد فهو الضمان الذي يترتب على وجود الشيء في يد شخص ليس مالكا. [17] وعليه فإن ضمان العقد المصرفي يكون بضمان مال تالف ضمانا يستند الى العقد المبرم مع العميل وبقياس القاعدة على العقد المصرفي فان ذلك قد يكون باعتبارها من القواعد الأساسية التي يمكن الاستناد عليها عند عدم وجود نص قانوني يعالج الواقعة.

وعليه المصرف يتعرض للمسؤولية العقدية إذا أخل بأحد الالتزامات الناتجة عن أحد العقود المصرفية، وترتب على هذا الإخلال ضرر للعميل، أو إذا نفذ العقد المصرفي تنفيذا سيئا ومخالفا لما استقر عليه العرف المصرفي. [18]

والحقيقة أن أشرنا إلى أن العقد المصرفي يخضع في تكوينه لمبدأ "سلطان الإرادة" بحيث يكون لإرادة الأطراف دورا هاما في إبرامه، وحتى يكون العقد صحيحا يجب أن تكون إرادة المتعاقدين غير مشوبة بعيب من عيوب الإرادة، فالعقد إذا أبرم صحيحا يترتب عليه رابطة قانونية ملزمة للمصرف والعميل، [19] أن القاعدة العامة في العقود تنص على أن:" العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون"، والتي تجد أساسها في نصوص المواد (103) من مجلة الأحكام العدلية التي نصت على أنه: "العقد التزام المتعاقدين وتعهدهما أمرا وهو عبارة عن ارتباط الايجاب بالقبول"، والمادة (448) والتي نصت على أنه: "يشترط في صحة الإجارة رضا العاقدين" والمادة (83) من مجلة الأحكام العدلية "يلزم مراعاة الشرط قدر الإمكان"، وعليه فإن هذه هي القاعدة الأساسية التي تقوم عليها المسؤولية العقدية حيث أن كل طرف في العقد التزم بالتزاماته الناتجة عن العقد والتي يقابلها حق للطرف الآخر مما ينتج عن عدم تنفيذ التزامه مسؤولية عقدية. [20]

ويشترط لقيامها وجود عقد صحيح مبرم بين المصرف والعميل العملاء يتفق فيه العميل مع المصرف على أن يقوم المصرف بأداء أحد الخدمات المصرفية، وأن يكون ذلك المصرف قد توافرت له كافة شروط وجوده وصحته القانونية، فاذا قصر أحدهما في تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه بمقتضى العقد ولم يقم بالتنفيذ أو قام بالتنفيذ تنفيذ معيب أو متأخر تقوم المسؤولية العقدية، ويضاف إلى هذه الشروط شرط خاص بالمسؤولية العقدية عن فعل الغير هو أن يكون الغير من

---

(17) (دواس،2012، ص 17).

([18]) (الناجي، 2008، ص 146) ، و (صبرينة، وسيلية ،2019-2020، ص11-12).

([19]) (بلقاسم، أعراب، 1984، ص18 وما بعدها).

([20]) (صبرينة، وسيلية ،2019-2020، ص12).

الأشخاص الذين سأل عنهم المدين،[21] أي أن المسؤولية العقدية هي جزاء إخلال أحد المصارف بالتزام ناشئ عن العقد المبرم مع العميل ولا علاقة له بالتنفيذ العيني للالتزام. [22]

ويمكن تعريف شرط الإعفاء من المسؤولية بأنه: أحد الشروط المقترنة بالعقد يتفق فيه المتعاقدان قبل تحقق المسؤولية على إسقاط الأثر المترتب عليها وهو التعويض وهو يرفع عن كاهل الشخص كليا أو جزئيا الالتزام أو الواجب الملقى على عاتقه؛ أي يخلصه من المسؤولية، أي أن الاعفاء يفترض تحقق المسؤولية أولا بأركانها، وعليه فإن شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية لا يعفي من الالتزام العقدي، وإنما يعفي من المسؤولية الناتجة عن الالتزام، كما أنه فيظل ملتزما بما يفرضه العقد من التزامات ولكن إذا لم ينفذ التزامه فلا يكون مسؤولا عن تعويض العميل، فالإعفاء من المسؤولية لا يحول دون نشأة المسؤولية وقيامها ولكن يول دون نتائج المسؤولية وهي الالتزام بالتعويض فالمصرف يعتبر مسؤولا عن تنفيذ الالتزام العقدي وإن كان غير مسؤول عن عدم التنفيذ، وعليه فلا يعفى المصرف في كل الأحوال وانما يكون مسؤولا عن غشه وخطأه الجسيم، وبعبارة أخرى فان الشرط لا ينصب على المسؤولية العقدية فيعدمها وإنما يهدف إلى إعفاء المدين من دفع التعويض الناتج عن اخلاله باعتباره الأثر المترتب على تحقق المسؤولية.

وهناك شروط لصحة الاتفاق على الإعفاء من التعويض، كما أن هناك قيود تشريعية وقضائية على صحة شرط الاعفاء، فقد يتدخل المشرع في بطلان شروط الإعفاء في بعض أنواع لعقود كما يتدخل القضاء في إبطال الشروط التي تتضمنها عقود الإذعان، وسيتم تفصيل هذه الحالات في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

2.1.2.2 المطلب الثاني: شروط انعقاد المسؤولية العقدية المصرفية

لقد وضحنا في المطلب الأول أن مسؤولية المصرف تكون مسؤولية عقدية إذا أخل المصرف بإحدى التزاماته الواردة في العقد المبرم مع العميل، ويشترط لقيام هذه المسؤولية العقدية وجود عقد صحيح بين المصرف والعميل يتعهد بموجبه المصرف بتقديم أحد الخدمات المصرفية وعليه تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين تحدث الفرع الأول عن: وجود علاقة تعاقدية بين المصرف والعميل: وتحدث الفرع الثاني عن: صحة العقد المبرم بين المصرف والعميل.

([21]) "من الأشخاص الذين يسأل المصرف عنهم 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 الشخص".

([22]) (زكرياء، وعماد الدين، 2020-2021، ص23)

1.2.1.2.2 الفرع الأول: وجود علاقة تعاقدية بين المصرف والعميل

نصت المادة (103) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: " الْعَقْدُ الْتِزَامُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ وَتَعَهُّدُهُمَا أَمْرًا وَهُوَ عِبَارَةٌ عَنْ ارْتِبَاطِ الْإِيجَابِ بِالْقَبُولِ"[23] ، كما نصت المادة (104) على أنه:" الِانْعِقَادُ تَعَلُّقُ كُلٍّ مِنْ الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ بِالْآخَرِ عَلَى وَجْهٍ مَشْرُوعٍ يَظْهَرُ أَثَرُهُ فِي مُتَعَلَّقِهِمَا"، كما نصت المادة (167) على أنه: "الْبَيْعُ يَنْعَقِدُ بِإِيجَابٍ وَقَبُولٍ" ، كما نصت المادة (168) على أنه :"الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ فِي الْبَيْعِ عِبَارَةٌ عَنْ كُلِّ لَفْظَيْنِ مُسْتَعْمَلَيْنِ لِإِنْشَاءِ الْبَيْعِ فِي عُرْفِ الْبَلَدِ وَالْقَوْمِ" كما نصت المادة كما نصت المادة (169) على أنه: "إيجَابُ وَالْقَبُولُ يَكُونَانِ بِصِيغَةِ الْمَاضِي كَبِعْتُ وَاشْتَرَيْتُ وَأَيُّ لَفْظٍ مِنْ هَذَيْنِ ذُكِرَ أَوَّلًا فَهُوَ إيجَابٌ وَالثَّانِي قَبُولٌ فَلَوْ قَالَ الْبَائِعُ: بِعْت، ثُمَّ قَالَ الْمُشْتَرِي: اشْتَرَيْت، أَوْ قَالَ الْمُشْتَرِي أَوَّلًا: اشْتَرَيْت، ثُمَّ قَالَ الْبَائِعُ: بِعْت، انْعَقَدَ الْبَيْعُ وَيَكُونُ لَفْظُ " بِعْت " فِي الْأَوَّلِ إيجَابًا وَ " اشْتَرَيْت " قَبُولًا. وَفِي الثَّانِيَةِ بِالْعَكْسِ، وَيَنْعَقِدُ الْبَيْعُ أَيْضًا بِكُلِّ لَفْظٍ يُنْبِئُ عَنْ إنْشَاءِ التَّمْلِيكِ وَالتَّمَلُّكِ كَقَوْلِ الْبَائِعِ: أَعْطَيْت أَوْ مَلَّكْت وَقَوْلِ الْمُشْتَرِي: أَخَذْت أَوْ تَمَلَّكْت أَوْ رَضِيت أَوْ أَمْثَالُ ذَلِكَ" والتي يمكن الاستناد عليها كون عقد البيع من العقود الأساسية التي يمكن القياس عليها في حال عدم وجود نص قانوني ينظم المسألة، كما نصت المادة (2) على أنه: " الْأُمُورُ بِمَقَاصِدِهَا يَعْنِي: أَنَّ الْحُكْمَ الَّذِي يَتَرَتَّبُ عَلَى أَمْرٍ يَكُونُ عَلَى مُقْتَضَى مَا هُوَ الْمَقْصُودُ مِنْ ذَلِكَ الْأَمْرِ"، وعليه فإن العقد كأحد التصرفات القانونية يعرف بأنه توافق إرادتين على إنشاء التزامات متبادلة على كل طرف من الأطراف، بحيث يتم العقد المصرفي حين التعبير عن الإرادتين المتطابقتين بما لا يخالف النصوص القانونية، ويقوم على ركائز معينة وهي التراضي الصادر عن ذو أهلية والمحل والسبب إلى جانب الشكلية في بعض التصرفات، فالعميل يتجه إلى المصرف رغبة منه في الحصول على الخدمات التي يقدمها والتي يعرضها للعملاء وبالتالي يتم العقد بين المصرف والعميل بمجرد التقاء الإرادتين، وبالتالي إذا أخل المصرف بأحد التزاماته العقدية تقوم مسؤوليته العقدية للمصرف في حال توافر كامل أركانها.[24]

ويعتبر العقد مصدرا هاما لغالبية الأنشطة التي تقوم بها المصارف، وعليه فهو يشكل مصدرا من أهم مصادر الالتزامات التي تربط المصرف بالعميل، لكون تعامل المصرف والعميل فيما بينهم

([23]) نصت المادة (101) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: "الْإِيجَابُ أَوَّلُ كَلَامٍ يَصْدُرُ مِنْ أَحَدِ الْعَاقِدَيْنِ لِأَجْلِ إنْشَاءِ التَّصَرُّفِ وَبِهِ يُوجَبُ وَيَثْبُتُ التَّصَرُّفُ، كما نصت المادة (102):" على أنه: "الْقَبُولُ ثَانِي كَلَامٍ يَصْدُرُ مِنْ أَحَدِ الْعَاقِدَيْنِ لِأَجْلِ إنْشَاءِ التَّصَرُّفِ وَبِهِ يَتِمُّ الْعَقْدُ"، ونصت المادة (173) على أنه :" مَا يَكُونُ الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ بِالْمُشَافَهَةِ يَكُونُ بِالْمُكَاتَبَةِ أَيْضًا"، ونصت المادة (147) على:" يَنْعَقِدُ الْبَيْعُ بِالْإِشَارَةِ الْمَعْرُوفَةِ لِلْأَخْرَس"، ونصت المادة (175) التصرف دليل على القبول".

([24]) (صبرينة، وسيلية ،2019-2020، ص10-11).

يستند في كثير من الأحيان إلى إبرام عقود مختلفة تنشأ عنها التزامات متقابلة لكلا الطرفين المتعاقدين، وبالرجوع إلى طبيعة أنشطة المصرف نلاحظ أنها عقود متنوعة ومركبة وردت في نص المادة (13) من القار بقانون بشأن المصارف مركبة كعقود وديعة بأجر والتي تقوم على تلقي الودائع من الجمهور. [25]

وتبرز أهمية العقد المصرفي بسبب القوة الملزمة للعقد والتي تعني أن العقد شريعة المتعاقدين، فالحقيقة إن العلاقة التعاقدية بين المصرف والعميل يحكمها العامل الشخصي–أي أن العقد قائم على الاعتبار الشخصي–لذا فإنه إذا لم يكن هناك علاقة تعاقدية بين المصرف والشخص الآخر فلا مجال للقول بقيام المسؤولية العقدية. [26]

بأن يقوم كل طرف بتنفيذ ما يقع على عاتقه من التزامات وهو ما عبرت عنه قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)، وبالتالي فإن عدل أي من الطرفين على تنفيذ التزاماته أو تأخر في تنفيذها كان بالإمكان إجباره على ذلك عن طريق تحريك المسؤولية العقدية فهي جزاء الإخلال بالتزامات الناشئة

---

(25) نصت المادة (13) من القرار بقانون بشأن المصارف نصت على: 1–يجوز للمصارف ممارسة الأعمال والأنشطة المصرفية التالية وفق ما تقرره سلطة النقد: أ. قبول الودائع بجميع أنواعها سواء كانت بفوائد أو عوائد أو بدونهما .ب. تقديم الائتمان بكافة أنواعه وأشكاله .ج. التأجير التمويلي .د. بيع وشراء أدوات السوق النقدية (الآنية والآجلة)، وسندات الدين، لحسابه الخاص أو لحساب العملاء .هـ. شراء الديون وبيعها سواء بحق الرجوع أو بدونه .و. تقديم خدمات المقاصة، والتسوية والتحصيل، وتحويل الأموال، والسندات، وأدوات الدفع .ز. بيع وشراء العملات الأجنبية .ح. إصدار وإدارة وسائل الدفع، بما في ذلك البطاقات الدائنة والمدينة، والشيكات بجميع أنواعها .ط. خصم الكمبيالات والأوراق التجارية الأخرى .ي. تقديم الخدمات المصرفية وفق أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها، بعد الحصول على موافقة خطية مسبقة من سلطة النقد .ك. تقديم خدمات الحفظ الأمين، وإدارة المقتنيات الثمينة بما في ذلك الأوراق المالية .ل. تقديم الخدمات باعتباره مديراً لمحفظة استثمارية، أو مرشداً ووكيلاً مالياً، أو مستشاراً .م. تقديم خدمات الاستشارات المصرفية للعملاء .ن. تقديم خدمات التأمين المصرفي كوكيل .س. تقديم خدمات المعلومات المالية .ف. الإقراض فيما بين المصارف.ص. إدارة عمليات الاكتتاب لصالح الغير شريطة الحصول على موافقة خطية مسبقة من سلطة النقد .ق. الاستثمار في حقوق الملكية وفق متطلبات المادة (18)من هذا القانون.ر. أية أنشطة متفرعة مما ورد أعلاه وأية أنشطة مالية أخرى توافق عليها سلطة النقد، ولا تتعارض مع أحكام هذا القانون2– يجوز للمصارف الإسلامية ممارسة الأنشطة الإضافية التالية وفق ما تقرره سلطة النقد بتعليمات تصدر عنها :أ. الأنشطة المصرفية التي تتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها .ب. القيام بدور الوكيل الأمني في مجال الخدمات الاجتماعية وتقديم القروض الحسنة وإدارة الصناديق المخصصة للغايات الاجتماعية .ج. القيام بدور الوصي لإدارة التركات وتنفيذ الوصايا وفقاً لأحكام الشريعة .د. تأسيس الشركات في مختلف المجالات وخاصة ما يلزم منها للأنشطة المصرفية الإسلامية وذلك بموافقة خطية مسبقة من سلطة النقد.

كما نصت المادة الأولى من القرار بقانون رقم (9) لسنة (2010) بشأن المصارف على" الوديعة: المبالغ النقدية السائلة أو القيمة المحصلة بموجب أي وسيلة من وسائل الدفع والتي يتم إيداعها لدى المصرف من قبل أي شخص، ويكون للمصرف حرية التصرف بها مع التزامه برد مثلها للمودع ما لم يتفق على خلافه، على أن يكون ذلك بموجب اتفاق خطي بين المصرف وبين الشخص يحدد طبيعة الوديعة ومقدار العائد إن وجد ".

([26]) (عبد الحق، 2020–2021 ، ص119).

على العقد أو عدم تنفيذها، فيكون المدين مسؤولا عن الأضرار التي يسببها للدائن نتيجة عد الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد كما يعني بقاء المتعاقدين في دائرة القوة الملزمة للعقد ما بقي التنفيذ العيني الذي فرضه القانون لهذه القوة الملزمة بإعمال المسؤولية العقدية إذا استحال تنفيذ هذا الالتزام نهائيا، بصفة مطلقة ، فلا يجوز للدائن أن يعدل عن التنفيذ العيني متى كان ممكنا إلى اقتضاء التعويض كما لا يجوز أن يمتنع عن التنفيذ العيني ليعرض تعويض عنه ذلك أن المسؤولية العقدية في حقيقتها هي جزاء إخلال أحد المتعاقدين في بالتزام ناشئ عن العقد ولا صلة لها بالتنفيذ العيني كما ذكرنا سابقا.[27]

وعليه يشترط لقيام المسؤولية العقدية للمصرف وجود عقد بين المصرف وأحد العملاء، يتفق بموجبه على أن يقوم المصرف بأداء بعض الخدمات المصرفية، بحيث يحدد هذا العقد التزامات كل طرف في مواجهة الآخر، وأن يكون ذلك العقد قد توافرت له كافة شروط وجوده وصحته القانونية، حيث يشترط أن يربط المصرف بالمدعي الذي أصابه الضرر أحد العقود المصرفية، سواء كان هذا الشخص عميلا أم لا، وسواء كان الإخلال من جانب المصرف نفسه أو من تابع له أو من شخص استعان به المصرف في تنفيذ التزامه أو متابعي هذا الشخص، ويشترط أن يكون الخطأ على درجه من الجسامة، ويكفي لإثباته أن يقيم العميل الدليل على وجود عقد بينه وبين مصرف، وقدم الالتزام دون الحاجة إلى إثبات وجود خطأ من جانب المصرف.

وعليه يفترض لقيام المسؤولية العقدية للمصرف أن يرتبط المصرف والعميل بعقد صحيح يحدد التزامات كل طرف منهما في مواجهة الأخر، ولا شك أن العمليات المصرفية لتعقدها وتشابكها فتكون العلاقة بين المصرف والعميل تتضمن مجموعة من العقود في ظل العلاقة الواحدة، حيث يصعب الفصل بينها، وقد تتسم بالتعقيد من الناحية العملية بسبب تعقيدها وتشابكها، بحيث ابتدعها العمل المصرفي وطورتها العادات والأعراف المصرفية والتي تمتاز بسرعة إنشائها وانقضائها، [28] ومن أمثلة هذه العقود عقد فتح الحساب الجاري وعقد إيجار الخزائن المصرفة وعقد منح الائتمان مع احتفاظ كل نوع منها بخصوصية تميزه، بحيث تحدد هذه العقود الإطار القانوني للعلاقة بين المصرف والعميل وبذات الوقت تحدد موضوع خدمات هذا العقد، بحيث تتكون هذه العقود المصرفية من مجموعة عقود متشابكة كالقرض والسحب والايداع وايداع الشيكات وغيرها وبالتالي لقيام المسؤولية يجب أن يكون هناك عقد صحيح من هذه العقود يحدد التزامات كل طرف من أطراف

([27]) (زكرياء، وعماد الدين، 2020–2021، ص23) ، وانظر المواد (1/1/8) (2/1/8) و (3/1/8) من تعليمات سلطة النقد رقم (8) لسنة (2009).

([28]) (ابتسام، 2017، ص11).

العلاقة التعاقدية بغض النظر عن تسمية هذا العقد . [29] وبالرغم من تعقد العلاقات المصرفية وتشابكها فان ذلك لا ينفي إمكانية الفصل بين هذه العلاقات المصرفية لترتيب أحكامها القانونية اذ أن مثلا فتح الحساب الجاري لا يمنح إمكانية القيام بالتحويل الإلكتروني للنقود إذا لم يتم الاتفاق على ذلك بموجب عقد صحيح أيضا.

2.2.1.2.2 الفرع الثاني: صحة العقد المبرم بين المصرف والعميل

ولا يمكن الادعاء بالمسؤولية العقدية للمصرف إلا بوجود عقدا صحيحا بين المصرف والعميل تتوافر فيه شروط الصحة والنفاذ، [30] يلتزم فيها المصرف بأن يؤدي للعميل أحد الخدمات المصرفية ومنها ما ورد في المواد (106-122) من قانون التجارة الأردني كعقد الحساب الجاري المصرفي وعقد إيداع الأوراق المالية وعقد والاعتمادات المالية وغيرها ، وتخضع العقود المصرفية عموما إلى النظرية العامة للعقد فيما يتعلق بتكوينها وحجيتها وتفسيرها وتنفيذها، إلا أنها تختلف عن نماذج العقود في القانون المدني، وذلك بسبب هيمنة العقود النموذجية على المعاملات المصرفية والتي تسمى "الإطار" للخدمات المصرفية والتي تعتبر بمثابة المرجع القانوني لتنظيم العلاقة بين المصرف وعميله، وهو عقد منظم بأنظمة العمليات المصرفية سواء تلك الصادرة عن المؤسسة المصرفية ذاتها أو تلك المتعلقة بالأعراف أو الاتفاقات الدولية.[31]

والحقيقة أن اشتراط أن يكون العقد صحيحا لم يرد بشأنه نص قانوني ولكنه يستنتج من طبيعة المسؤولية العقدية القائمة على أساس عدم تنفيذ موجب صحيح وقائم ومباح، فإذا كان الموجب غير مسند لسبب صحيح أو 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 إبطاله".

بناء على ما سبق فإذا كان العقد منعدما أو باطلا أو قابل للإبطال وتقرر إبطاله، ثم وقع الإضرار بالعميل بفعل المصرف أو إذا كان الاخلال لا علاقة له بالعقد فلا تقوم المسؤولية العقدية للمصرف؛ أي أن العقد لا يرتب أثر للمسؤولية العقدية في حال كان باطلا، والقصد منها هو حث المصرف

([29]) (خليلي، 2008، ص18).

([30]) نصت المادة (108) من مجلة الأحكام العدلية. على أنه: (الْبَيْعُ الصَّحِيحُ هُوَ الْبَيْعُ الْجَائِزُ وَهُوَ الْبَيْعُ الْمَشْرُوعُ أَصْلًا وَوَصْفًا).

([31]) (يوس، وكهينه، 2015،ص 7).

على تنفيذ التزاماته العقدية، [32] أي أنه ينعدم وجود العقد القانوني وبالتالي لا يمكن أن يكون مصدر المسؤولية عقدية بين طرفيه إذا امتنع أحدهما عن تنفيذه. [33]

وكخلاصة لما سبق، أن واجبات المصرفي تنشأ قبل إبرام العقد المصرفي مع العميل؛ لأن المصرف ملزم باحترام القواعد القانونية العامة والأعراف والعادات المصرفية، بالإضافة لكون المصارف تتمتع بالخبرة والسمعة والائتمان فتلزم بأداء عملها على أحسن وجه وفقا لمبادئ حسن النية في العقود. [34]

أولا: رضا صادر عن ذو أهلية:

يشترط لصحة العقد المصرفي ما يشترط لصحة العقد بشكل عام رضا خالي من أي عيوب الإرادة فالتراضي هو تطابق الإيجاب والقبول كتعبير عن إرادتي المصرف والعميل، وعليه فلوجود الرضا لا بد أن تتجه إرادة طرفي العقد إلى إحداث ذات الأثر القانوني على العقد وأن يتم التعبير عن هذا الأثر بصراحة، بحيث يصدر الايجاب عن أحد طرفي العقد ثم يليها القبول من الطرف الآخر كما فصلنا أعلاه، ولكي يكون الرضا صحيحا يشترط أن يكون صادر عن شخص ذو أهلية قانونية، وبالرجوع إلى مجلة الأحكام العدلية نجد أن المادة (361) نصت على أنه: " يُشْتَرَطُ فِي انْعِقَادِ الْبَيْعِ صُدُورُ رُكْنِهِ مِنْ أَهْلِهِ أَيْ الْعَاقِلِ الْمُمَيِّزِ وَإِضَافَتُهُ إلَى مَحَلٍّ قَابِلٍ لِحُكْمِهِ." وعليه وفقا لمجلة الأحكام العدلية فإن أهلية الأداء [35] تلزم في فلسطين لنشوء معظم العقود وبالتالي لقيام المسؤولية العقدية. [36]

أما بالنسبة للمصرف فإن أما بالنسبة لأهلية المصرف فقد نصت المادة (4) من قانون المصارف رقم (2) لسنة (2002م) على أنه:" يحظر على أي شخص أن يباشر أيا من الأعمال المصرفية في فلسطين، دون الحصول على ترخيص خطي مسبق بذلك من سلطة النقد وفقا لأحكام هذا القانون" كما نصت المادة (5) من ذات القانون على أنه:" لا يجوز لأي شخص في فلسطين أن

([32]) (أبو فروة، 2009، ص 166) ، و (يوس، وكهينة،2015، ص 7).

([33]) (خوالده، 2011،ص152-160)

([34]) (عبد الحق، 2020–2021 ، ص127).

([35]) أهلية الأداء هي: (صلاحية الشخص لاستعمال الحقوق ومباشرة التصرفات القانونية، وتبدأ عند بلوغ سن الرشد مما يعني اختلافها من شخص إلى آخر). وقد نصت المادة (985) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: (يَثْبُتُ حَدُّ الْبُلُوغِ بِالِاحْتِلَامِ وَالْإِحْبَالِ وَالْحَيْضِ وَالْحَبَلِ) ، كما نصت على أنه:(المادة (986) مَبْدَأُ سِنِّ الْبُلُوغِ فِي الرَّجُلِ اثْنَتَا عَشْرَةَ سَنَةً وَفِي الْمَرْأَةِ تِسْعُ سَنَوَاتٍ وَمُنْتَهَاهُ فِي كِلَيْهِمَا خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً. وَإِذَا أَكْمَلَ الرَّجُلُ اثْنَتَيْ عَشْرَةَ سَنَةً وَلَمْ يَبْلُغْ يُقَالُ لَهُ "الْمُرَاهِقُ" وَإِذَا أَكْمَلَتْ الْمَرْأَةُ تِسْعًا وَلَمْ تَبْلُغْ يُقَالُ لَهَا "الْمُرَاهِقَةُ" إلَى أَنْ يَبْلُغَا) .

(36) (دواس،2012، ص 152–153).

يستعمل كلمة "مصرف أو بنك" أو مرادفاتها أو أي تعبير آخر يماثلها في أية لغة سواء في أوراقه أو مطبوعاته أو عنوانه التجاري أو في دعايته ما لم يكن مرخصا من سلطة النقد". وبالتالي فإنه يشترط حصول المصرف على الترخيص وفقا لأحكام القانون ليتمكن من ممارسة أعماله.

وركن الأهلية يكون متطلبا عند قيام المصرف بفتح الحساب المصرفي بحيث يتوجب على المصرف التأكد من هوية زبونه، فوجود الحساب المصرف يعطي الحق لصاحبه في التصرف بالأموال الموجودة بغض النظر عن الوسيلة التي يستخدمها في ذلك ضمن العقد المبرم مع العميل وأي إخلال بهذا العقد يوجب مسؤولية المصرف العقدية. [37]

وعليه فإن الإرادة تعتبر معدومة إذا صدرت ممن لا يملكها كالمجنون والصبي غير المميز، والمحجور والمعتوه [38] وتكون معيبة إذا كانت مبنية على غلط أو تدليس أو إكراه [39] أو استغلال.

ثانيا: المحل

يقصد بالمحل هو ما يتعهد به المدين، وهو إما أن يكون إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وفي العقود المصرفية يكون المحل تقديم أحد الخدمات المصرفية، ويشترط في المحل عدة شروط قد اشترطها القانون في عقد البيع والتي يمكن الاستناد عليها كون عقد البيع من العقود الأساسية التي يمكن القياس عليها في حال عدم وجود نص قانوني ينظم المسألة وهي:

([37]) (ابتسام، 2017، ص11)، والمادة (2/1/8) من تعليمات سلطة النقد الفلسطينية رقم (8) لسنة (2009).

([38]) نصت المادة (362): " لْبَيْعُ الَّذِي فِي رُكْنِهِ خَلَلٌ كَبَيْعِ الْمَجْنُونِ بَاطِلٌ."، كما نصت المادة (944): الْمَجْنُونُ عَلَى قِسْمَيْنِ: أَحَدُهُمَا: الْمَجْنُونُ الْمُطْبِقُ وَهُوَ الَّذِي يَسْتَوْعِبُ جُنُونُهُ جَمِيعَ أَوْقَاتِهِ، وَالثَّانِي: الْمَجْنُونُ غَيْرُ الْمُطْبِقِ وَهُوَ الَّذِي يَكُونُ فِي بَعْضِ الْأَوْقَاتِ مَجْنُونًا وَيُفِيقُ فِي بَعْضِهَا. ونصت المادة (943):" الصَّغِيرُ غَيْرُ الْمُمَيِّزِ هُوَ الَّذِي لَا يَفْهَمُ الْبَيْعَ وَالشِّرَاءَ يَعْنِي: مَنْ لَا يَعْرِفُ أَنَّ الْبَيْعَ سَالِبٌ لِلْمَلَكِيَّةِ وَالشِّرَاءَ جَالِبٌ لَهَا وَلَا يُفَرِّقُ بَيْنَ الْغَبْنِ الْفَاحِشِ الظَّاهِرِ كَالتَّغْرِيرِ فِي الْعَشَرَةِ خَمْسَةٌ وَبَيْنَ الْغَبْنِ الْيَسِيرِ وَيُقَالُ لِلَّذِي يُمَيِّزُ ذَلِكَ: صَبِيٌّ مُمَيِّزٌ"، ونصت المادة (966):" لَا تَصِحُّ تَصَرُّفَاتُ الصَّغِيرِ غَيْرِ الْمُمَيِّزِ الْقَوْلِيَّةُ مُطْلَقًا وَإِنْ أَذِنَ لَهُ وَلِيُّهُ"، ونصت المادة (941) : "الْحَجْرُ هُوَ مَنْعُ شَخْصٍ مِنْ تَصَرُّفِهِ الْقَوْلِيِّ وَيُقَالُ لِذَلِكَ الشَّخْصِ بَعْدَ الْحَجْرِ مَحْجُورٌ. ونصت المادة (945): "الْمَعْتُوهُ هُوَ الَّذِي اخْتَلَّ شُعُورُهُ بِأَنْ كَانَ فَهْمُهُ قَلِيلًا وَكَلَامُهُ مُخْتَلِطًا وَتَدْبِيرُهُ فَاسِدًا"، كما نصت (957):" الصَّغِيرُ وَالْمَجْنُونُ وَالْمَعْتُوهُ مَحْجُورُونَ أَصْلًا لِذَاتِهِمْ".

(39) المادة (948) من مجلة الأحكام العدلية على أنه :"الْإِكْرَاهُ هُوَ إجْبَارُ أَحَدٍ عَلَى أَنْ يَعْمَلَ عَمَلًا بِغَيْرِ حَقٍّ مِنْ دُونِ رِضَاهُ بِالْإِخَافَةِ وَيُقَالُ لَهُ الْمُكْرَهُ (بِفَتْحِ الرَّاءِ) وَيُقَالُ لِمَنْ أَجْبَرَهُ: مُجْبِرٌ ، وَلِذَلِكَ الْعَمَلِ: مُكْرَهٌ عَلَيْهِ، وَلِلشَّيْءِ الْمُوجِبِ لِلْخَوْفِ: مُكْرَهٌ بِهِ"، ونصت المادة (949) على أنه: " الْإِكْرَاهُ عَلَى قِسْمَيْنِ: الْأَوَّلُ هُوَ الْإِكْرَاهُ الْمُلْجِئُ الَّذِي يَكُونُ بِالضَّرْبِ الشَّدِيدِ الْمُؤَدِّي إلَى إتْلَافِ النَّفْسِ أَوْ قَطْعِ عُضْوٍ وَالثَّانِي هُوَ الْإِكْرَاهُ غَيْرُ الْمُلْجِئِ الَّذِي يُوجِبُ الْغَمَّ وَالْأَلَمَ فَقَطْ كَالضَّرْبِ غَيْرِ الْمُبَرِّحِ وَالْحَبْسِ غَيْرِ الْمَدِيدِ".

1- أن يكون المحل ممكنا أو موجودا، أما إذا كان مستحيلا يكون العقد باطل والاستحالة هنا هي استحالة مطلقة، أي أن يكون مستحيلا بالنسبة لجميع الأشخاص.

2- أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعيين، أي يجب أن يكون موضوع الالتزام معينا بطريقة تميزه عن غيره فلا يتم التعاقد على شيء على مجهول لأن الجهالة تفسد الرضا وبالتالي تؤدي إلى بطلان العقد لانتفاء المحل.

3- أن يكون مشروعا بأن لا يخالف النظام العام والآداب العامة والأحكام القانونية الإلزامية وإلا كان العقد باطلا. [40]

ثالثا: السبب (سبب العقد)

يعرف السبب بأنه الغرض المباشر الذي يهدف إليه المتعاقد من التزامه أما الغرض الغير مباشر هو الباعث أو الدافع للتعاقد، ويتصل السبب بالإرادة ذلك أن الإرادة المعتبرة قانونا لا بد لها من سبب مشروع، ويشترط لصحة السبب ما يلي:

1- أن يكون السبب موجودا، فاذا تخلف السبب بطل الالتزام وفي العقود المصرفية هو التزام كل طرف بأداء التزاماته تجاه الطرف الآخر، وعليه فاذا لم يوجد السبب يبطل العقد.

2- أن يكون مشروعا. [41]

2.2.2 المبحث الثاني: أركان المسؤولية العقدية المصرفية

لا تقوم المسؤولية العقدية للمصرف إلا بتوافر أركانها وهي ثلاثة أركان: (الخطأ العقدي المصرفي، والضرر، والعلاقة السببية بين الخطأ العقدي الصادر من المصرف والضرر الحاصل للعميل)، وتتكامل هذه الأركان مع بعضها لقيام المسؤولية العقدية للمصرف، وتتنوع العقود المصرفية التي يؤدي الإخلال بها إلى قيام المسؤولية المصرفية وسيتم دراسة كل ركن من هذه الأركان وبيان ماهيتها في ظل الخدمات المصرفية وتوضيح ذلك عن طريق الأمثلة في العقود المصرفية التي يؤدي الإخلال بها إلى قيام المسؤولية العقدية المصرفية. [42]

وعلى ضوء ذلك تم تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

([40]) نصت المادة (363) من على: " مجلة الأحكام العدلية الْمَحَلُّ الْقَابِلُ لِحُكْمِ الْبَيْعِ عِبَارَةٌ عَنْ الْمَبِيعِ الَّذِي يَكُونُ مَوْجُودًا وَمَقْدُورَ التَّسْلِيمِ وَمَالًا مُتَقَوِّمًا، فَبَيْعُ الْمَعْدُومِ وَمَا لَيْسَ بِمَقْدُورِ التَّسْلِيمِ وَمَا لَيْسَ بِمَالٍ مُتَقَوِّمٍ بَاطِلٌ"، كما نصت المادة (364) على أنه: " ذَا وُجِدَ شَرْطُ انْعِقَادِ الْبَيْعِ وَلَمْ يَكُنْ مَشْرُوعًا بِاعْتِبَارِ بَعْضِ أَوْصَافِهِ الْخَارِجَةِ كَمَا إذَا كَانَ الْمَبِيعُ مَجْهُولًا، أَوْ كَانَ فِي الثَّمَنِ خَلَلٌ صَارَ بَيْعًا فَاسِدًا" وانظر :(يوس، و كهينة، 2015، ص 8+9)

([41]) (يوس، و كهينة، 2015، ص 8) وانظر المواد (363) و (364) من مجلة الأحكام العدية.

([42]) (العبيدي، 2009، ص8).

تحدث المطلب الأول عن: الخطأ العقدي الصادر من المصرف.
وتحدث المطلب الثاني عن: الضرر الناشئ عن الخطأ المصرفي.
وتحدث المطلب الثالث عن: العلاقة السببية بين الخطأ الصادر من المصرف والضرر الحاصل للعميل.

1.2.2.2 المطلب الأول: الخطأ العقدي الصادر من المصرف (الإخلال)

تقوم المسؤولية المدنية للمصرف بصفة عامة على أساس الخطأ (الإخلال) ذلك وفقا للقواعد العامة في القانون المدني، ولا يمكن الحديث عن خطأ إلا إذا كان سلوك المصرف معيبا، بحيث تكون إما أمام المسؤولية عن الفعل الشخصي أو المسؤولية عن فعل الغير وفي هذه الحالات يعتبر الخطأ الصادر عن المصرف ركنا أساسيا لقيام المسؤولية العقدية.

1.1.2.2.2 الفرع الأول: تعريف الخطأ العقدي المصرفي (الإخلال)

يعتبر الخطأ شرطا أساسيا لقيام المسؤولية العقدية، ويعرف الخطأ بأنه: مسؤولية تهدف إلى تعويض ما يحدثه الإنسان من ضرر لغيره بفعله الخاطئ، ونلاحظ أن هذا التعريف يوضح الأثر المترتب على الخطأ وهو قيام المسؤولية وبالتالي استحقاق التعويض،[43] كما عرف بأنه: هو عدم تنفيذ التزام ناشئ من العقد، أو تنفيذه بشكل معيب، أو التأخر في تنفيذه، ويقوم الخطأ سواء أكان عدم التنفيذ عمداً أم ناجماً عن إهمال المصرف، ويعتبر عدم تنفيذ المصرف لأحد الالتزامات الناشئة عن العقد خطأ بحد ذاته يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية التي لا يمكن نفيها إلا بإثبات السبب الأجنبي. [44]

فالخطأ العقدي لا ينشئ التزاما جديدا، إنما هو أثر التزام قائم، فالمسؤولية العقدية المصرفية الناتجة عن الخطأ المصرفي هي تنفيذ بمقابل للالتزام الثابت في العقد. [45]

فحتى يكون الخطأ عقديا يجب أن يكون مصدر الالتزام هو العقد البرم مع العميل، سواء حددت الالتزامات بموجب العقد أو أوجب القانون إدخالها، وسواء كان التزام رئيسي أو ثانوي يفرضه القانون أو القواعد القانونية أو مبادئ العدالة والانصاف أو العرف. [46]

([43]) (زكرياء، وعماد الدين، 2020-2021، ص24).
([44]) (مجاهد، 2007، ص 6-8).
([45]) (ابو فروة، 2009، ص182).
([46]) (والنقيب، 1987، ص 36).

ولا يلزم لقيام المسؤولية العقدية للمصرف أن يقع الخطأ عن قصد أو تعمد، بل يكفي أن يقع عن إهمال، فإذا ترك موظف المصرف الدفاتر أو السجلات مفتوحة أمام الغير واسترق النظر إلى معلومات العميل والم بأسراره فإن هذا الإهمال يرتب المسؤولية إذا نتج عنه ضرر للعميل، [47] وذلك لكون المسؤولية العقدية تدور وجودا وعدما مع الضرر فلا تقوم المسؤولية العقدية بلا ضرر مهما بلغت جسامة الخطأ، ولا يفترض وجود الضرر لمجرد الاخلال بالالتزام العقدي وانما يجب ان يثبت الدائن ان ضررا معينا قد أصابه جراء هذا الإخلال. [48]

ولاعتبار فعل الإفشاء خطأ يجب أن يتوفر فيه عنصرين: عنصر مادي وهو التعدي بمخالفة التزام فرضه العقد وعنصر معنوي هو الإدراك والتمييز وحيث أن المصرف هو شخص معنوي لا يتوفر فيه شرط الإدراك والتمييز ، يرى الفقه أن الإفشاء إذا كان بواسطة أحد موظفي البنك فيسأل على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه أما إذا كان الإفشاء منسوبا إليه بأن صدر من أحد أعضاء مجلس إدارته أو ممثله القانوني في هاتين الحالتين المسؤولية تقوم على العنصر المادي في الخطأ دون العنصر المعنوي بشرط تحقق أركان المسؤولية الأخرى لأن الضرر هو قوام المسؤولية العقدية لأنه محل الالتزام بالتعويض ويتحدد مقدار التعويض بمقدار الضرر.[49]

ولكون المصرف محترفا لعمله فإنه يلتزم بمجموعة من الالتزامات القانونية الملقاة على عاتقه قانونا، بالإضافة إلى الكثير العديد من القواعد التي كرستها الأعراف والعادات المستقرة في العمل المصرفي ، بالإضافة إلى الالتزامات العامة الواجبة بموجب العقد المبرم مع العميل كالالتزامات المفروضة بموجب تعليمات سلطة النقد الفلسطينية، وعليه فإن المصرف أثناء القيام بالعمليات المصرفية المختلفة أثناء تنفيذ التزاماته التي يسخر لتنفيذها موارد بشرية تتمثل في الموظفين وأخرى مادية تتمثل في الأجهزة التي تباشر من خلالها هذه العمليات يترتب عليها في مواجهة عملاؤها إما بنص عقدي أو بنص قانوني التزامات وبالتالي تثور المسؤولية عند الإخلال بهذه الالتزامات، وحيث أن العمليات المصرفية معقدة جدا ومتشابكة فإن حقل الأخطاء المصرفية واسع جدا وعليه يمكن تعريف الخطأ المصرفي بأنه: الخطأ الذي يصدر عن المصرف أثناء ممارسته لمهنته؛ ويترتب عليه مخالفة القوانين والأنظمة أو الجهل بها، وكل خرق للواجبات والقواعد وقواعد السلوك الملزمة، كل خرف للواجبات لخاصة بالصرامة والاستقامة التي فرضها العقد المبرم مع العميل،

([47]) (الناجي، 2008،، ص 151).

([48]) (خوالده، 2007، ص9).

([49]) (كريم، 2017، ص56.)

والتي ألحق بالعميل منه ضرر مادي أو معنوي، بصرف النظر عما إذا كان الخطأ ناشئ عن عمد أو إهمال. [50]

فالخطأ العقدي هو انحراف إيجابي أو سلبي في سلوك المصرف يؤدي إلى مؤاخذته فالمصرف إذا لم يقم بتنفيذ أحد الالتزامات المترتبة على العقد يكون قد انحرف عن السلوك الواجب ومعيار الانحراف هو مسلك الشخص المهني المعتاد في مثل ظروف المصرف، [51] ويعرف الخطأ العقدي بأنه: كل إخلال بواجب قانوني مقرر سلفا مصدره العقد أو القانون. [52] أي أنه يجب أن يرجع عدم التنفيذ إلى خطأ المصرف وفي حالة انتفاء الخطأ بقيام السبب الأجنبي فلا محل للمسؤولية. [53]

ومن أمثلة الخطأ الذي قد يصدر من المصرف:

1- امتناع المصرف عن رد الأموال التي قام بتحصيلها والمستندات ذات العلاقة بتنفيذ العقد.
2- تأخر المصرف عن تنفيذ التزاماته في الميعاد المحدد في العقد.
3- عدم القيام بالالتزامات المتفق عليها في العقد المبرم مع العميل. [54]
4- فتح الاعتماد لعميل غير جدي، حيث أن العرف المصرفي استقر على عدم جواز فتح الحساب للعميل إلا بعد القيام بواجب الاستعلام عن العميل، وفي حاله عدم قيام المصرف بهذا الواجب كان مرتكبا لخطأ موجب لمسؤوليته، كما أن دور المصرف يمتد إلى واجب مراقبة عملية تشغيل بعض الحسابات، مع الحفاظ على مبدأ سرية المعاملات، وتنعقد كذلك مسؤولية المصرف عن عدم مراقبة اساءة استعمال الاعتماد، إذ تقع على المصرف مهمة مراقبة العميل وذلك بكشف أي تلاعب أو تحايل يمكن أن يقوم به هذا العميل بغرض الظهور بمظهر زائف يوحي بجديه موقفه الائتماني، وعليه فإن إهمال المصرف

([50]) انظر تعليمات سلطة النقد رقم (2016/2) المتعلقة بالإقراض المسؤول، والتعليمات رقم (2009/8) المتعلقة بفتح الحسابات وإغلاقها، و (ابتسام، 2017، ص12 وما بعدها) ، و (أبو فروة، 2009 ص 182).

([51]) (العيسائي، 1998، ص9) ، (والنقيب، 1987، ص 37+43).

([52]) (زكرياء، وعماد الدين، 2020-2021، 23-24+33)

([53]) (عبد الحق، 2020-2021 ، ص117). (السبب الأجنبي في جوهره يتمثل في كافة الظروف والوقائع المادية أو القانونية التي يمكن للمدعى عليه في دعوى المسؤولية المدنية أن يستند لها لإثبات أن الضرر لا ينسب إليه ولا دخل له فيه وإنما هو نتيجة لذلك السبب)، انظر في هذا: (أبو فروة، 2009، ص 194-195).

([54]) (صبرينة، وسيلية ،2019-2020، ص12).

مراقبة العميل في التصرفات كان مرتكبا لخطأ يوجب مسؤوليته وبالتالي فإن عليه تحمل مسؤولية إهماله.[55]

5- إهمال المصرف في صيانة أجهزته أو عدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة لحماية النظام الالكتروني، حيث أن هذه الواجبات هي واجبات مفروضة على المصرف بموجب تعليمات سلطة النقد رقم (1) لسنه (2015)، وفي حال إخلال المصرف بها يعتبر خطأ صادراً من المصرف، [56] ومنها ما ورد في المادة (5) من هذه التعليمات حيث نصت على أنه:" يجب على المصرف اتخاذ الاحتياطات الأساسية التالية قبل حدوث وأثناء الحالة الجوية الطارئة:

- تغذية الصرافات الآلية بجميع العملات.
- التأكد من سلامة عمل المولدات الكهرباء الاحتياطية.
- التأكد من توفر الوقود الاحتياطي الكافي للمولدات الكهربائية.
- التأكد من سلامة عمل أنظمة التدفئة.
- توفير وسائل الإسعاف الأولي للتعامل مع الحالات الصحية الطارئة.
- توفر المعدات اللازمة للتعامل مع حالات تراكم الثلوج مثل سيارات الدفع الرباعي وسلاسل العجلات المساعدة على السير في الثلوج والملح الخاص بإذابة الثلوج."

وبالتالي فإن عدم اتباع هذه التعليمات تجعل منه مقصرا في التزاماته وبالتالي يعتبر المصرف مخطئا مما يؤدي إلى إلزامه بتعويض العميل عما أصابه من ضرر نتيجة إخلاله بالتزامه.

6- وقد تقرر أن المصرف لما بلغه العميل بعد استعمال بطاقة الصراف من طرف شخص معين أن تعمل حالا على إيقاف العمل بها وعدم صرف أي مبلغ متعلق بتحويلاتها، وما دام المصرف لم يفعل تقوم مسؤوليته ويتوجب عليه تعويض العميل عن كل ضرر نتج عن كافة التحويلات بعد تبليغ العميل له، [57] وعليه فإن عدم تنفيذ المصرف لتعليمات العميل يستوجب مسؤوليته وبالتالي يتوجب عليه تعويض العميل عما أصابه من ضرر.

7- فمثلا لقد أوجبت المادة (270) من قانون التجارة على المسحوب عليه حين عرض الشيك على المصرف أن يقوم بالتأكد من بيانات الشيك وعلى وجه الخصوص التأكد من اسم

([55]) (زكرياء، وعماد الدين، 2020-2021، ص34). (وانظر أيضا: الضفيري، 2012، ص 411).

([56]) (الغانمي، دون ت، ص220). وانظر أيضا: تعليمات سلطة النقد الفلسطينية رقم (2015/1) بشأن الأحوال الجوية الصادرة عن سلطة النقد الفلسطينية بتاريخ 2015/1/4م.

([57]).الحكماوي، دون ت. **المسؤولية المدنية للمؤسسات المصرفية**.: https://alhoriyatmaroc.yoo7.com/t281-topic،

وتوقيع الساحب، والمبلغ، والمسحوب عليه، وتاريخ ومكان إصدار الشيك، وبخلاف ذلك يكون مسؤولا عن صرف أي شيك مزور أو محرف، وإن إخلال المصرف بهذا النوع من الالتزام يرتب المسؤولية العقدية في مواجهة العميل. [58]

وعليه وقد تقرر أن ختم المصرف على الشيك لعد كفاية الرصيد دون عدم قيام المصرف بالتأكد من صحة التوقيع، يكون قد الحق بالعميل خطأ فادحا كونه كان من الممكن تفاديه بالتحقق من صحة التوقيع، وعلى ذلك فإن المصرف وإن ارتبط مع العميل بعقد إلا أنه لا يمكنه التحلل من الواجبات الملقاة على عاتقه بموجب النصوص القانونية التي تعتبر مكملة لما نص عليه العقد المصرفي وبالتالي يكون المصرف مسؤولا عما أصاب العميل جراء عدم الالتزام ببنود العقد أو التقييدات القانونية. [59] مما يوجب على المصرف تعويض العميل عما أصابه من ضرر نتيجة الإخلال بالتزامات المصرف.

كما تقرر في قضية تتلخص وقائعها في أن صاحب الحساب أودع دفتري شكاته لدى صديقه قبل أن يغادر ليتمتع بعطلته، وعند عودته فوجئ بسحب شيكات باسمه وبتوقيع مزور له فدفع المصرف أن العميل يجب أن يتحمل وزر عمله بإيداعه دفتري الشيكات لدى صديقه غير أن الغرفة التجارية لم تلاحظ وجود إهمال من هذا الفعل، وحملت المصرف مسؤولية صرف الشيك المزور. [60]

8- إذا قدم لموظف المصرف شيكا مزورا وكان هذا التزوير واضحا بحيث يتمكن الشخص العادي من كشفه بمجرد الاطلاع عل الشيك دون الحاجة إلى الخبرة الفنية، وقام الموظف بصرف الشيك دون الاكتراث إلى التزوير الواضح في الشيك فتقوم حينئذ مسؤولية المصرف عن أخطاء الغير. [61]

وبالرجوع إلى أحكام مجلة الأحكام العدلية جد أنها أوردت تقسيم خاص بخصوص الأفعال وأنواعها وتقسيمها إلى أفعال بالمباشرة وأفعال بالتسبب، الأفعال بالمباشرة ويكون حينها الفاعل" المباشر" وأفعال بالتسبب يكون حينها الفاعل " المتسبب"[62] وما يهمنا في هذا الشأن هو قاعدة وردت في

---

(58) نصت المادة (270) من قانون التجارة الأردني الساري في الضفة الغربية (12) لسنه (1966م) على أنه:" 1-يتحمل المسحوب عليه وحده الضرر المترتب على شيك مزوراً أو محرف إذا لم يكن نسبة أي خطأ إلى الساحب المبين اسمه في الصك 2-وبوجه خاص يعتبر الساحب مخطئاً إذا لم يحافظ على دفتر الشيكات المسلم إليه بما ينبغي من عناية".

([59])الحكماوي، دون ت. **المسؤولية المدنية للمؤسسات المصرفية**.: https://alhoriyatmaroc.yoo7.com/t281-topic،

([60]) (موسى، طالب حسن، 2011، ص 175-176).

([61]) (مدغمش، جمال، 1995، ص 36-37).

([62]) نصت في المادة (887) بأن " الإتلاف مباشرة هو إتلاف الشيء بالذات ويقال لمن فعله فاعل مباشر" أي الإتلاف الذي لا يتخلل بين فعل المباشر وبين تلف المال فعل آخر، ونصت المادة (888) على أنه:" الإتلاف تسببا هو التسبب

المادة (92) في مجلة الأحكام العدلية وهي "المباشر ضامن وإن لم يتعمد"، أي أن الضمان سيقوم بحق الشخص الذي أدى مباشرة لوقوع الضرر دون الاعتداد بقيام خطئه أم لا، فنقول إن الشخص قد باشر في إحداث الضرر الواقع، هذا يعني أنه هو من سيتحمل المسؤولية عن التعويض ولا يستطيع ان يدفع ذلك عنه بتمسكه بفعل الغير، وهذا ما تؤكده القاعدة الفقهية الواردة في المادة (90) من مجلة الاحكام العدلية والتي تنص: "إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر" باستثناء بعض الحالات التي تضاف بها المسؤولية للمتسبب سيتم التطرق اليها لاحقا.

2.1.2.2.2 الفرع الثاني: عبئ اثبات الخطأ العقدي

أن إثبات الخطأ العقدي يتوقف على تحديد طبيعة التزام المدين ويتوجب على العميل الذي يدعي بوقوع إخلال من المصرف أن يقوم بإثبات وجود عقد صحيح بين المصرف والعميل وحصول الضرر بعدم بذل المصرف العناية المطلوبة أو عدم تحقق النتيجة المرجوة مما يسبب خسارة معنوية أو مادية للعميل كما سيتم تفصيله أدناه.

أولا: التزام بتحقيق نتيجة

"هو الالتزام الذي لا يتم تنفيذه إلا إذا تحققت الغاية المرجوة من العقد، أي يتحدد مضمون الالتزام بالهدف الذي يسعى الدائن لتحقيقه، وقد تكون هذه النتيجة القيام بعمل أو امتناع عن عمل، أي أنه يقضي من المدين بأن يصل إلى نتيجة معينة من خلال تنفيذه للعقد، وبالتالي فإن المصرف يعتبر مخطئا وتقوم المسؤولية إذا لم تتحقق النتيجة المرجوة بصرف النظر عما إذا كان هناك سوء نية من طرف المصرف، [63] أي هو الالتزام الذي يقتضي من المصرف الوصول إلى نتيجة معينة من خلا تنفيذ العقد المصرفي ومن الأمثلة على هذا النوع من الالتزامات:

وفقا للقاعدة العامة في الاثبات فإن" البينة على من ادعى وقوع الخطأ العقدي" فيتوجب على العميل بداية إثبات وجود عقد صحيح مع المصرف، ومن ثم إثبات عدم تحقق النتيجة المرجوة مما سبب ضررا للعميل وعليه فلا حاجة لإثبات إهمال المصرف أو عدم بذله العناية اللازمة، ولكن يستطيع المصرف إثبات نفي العلاقة السببية بإثبات السبب الأجنبي الذي يقطع علاقة السببية بين الخطأ

لتلف شيء يعني إحداث أمر في شيء يفضي الى تلف شيء أخر على جري العادة ويقال لفاعله متسبب" كمثل الذي يقطع حبلا معلقا به قنديل فيسقط القنديل وينكسر فيضمن الحبل مباشرة ويضمن كسر القنديل تسببا، ففي المباشرة ينظر للضرر وحده، ولكن في التسبب ينظر إلى السلوك والضرر سويا، انظر:1-انظر (حيدر، 2003، ص508) و2-(العماوي، 2013، ص550).

([63]) (خوالده، 2007، ص6) ، و (ابتسام، 2017، ص17) ، (علي، وصالح، 2017، ص 246).

والضرر، أي أنه ينقل عبئ اثبات تحقق النتيجة المرجوة منه إلى المدين،[64] أي أن الخطأ يتحقق بمجرد عدم تحقق النتيجة وإن بذل المصرف جهده في الوصول إلى النتيجة المرجوة من العقد.

وفي عقود الأمانات إذا هلكت الوديعة أو جزء منها، أو فقدت بدون صنع المستودع وتعديه وتقصيره في الحفاظ عليها كما لو سرقت الوديعة أو جزء منها لا يلزم الضمان، أي أن خسائرها تعود على المودع سواء أهلكت أو فقدت الوديعة بسبب ممكن التحرز منه أو غير ممكن التحرز فلا يلزم الضمان، ولكن الوديعة بأجر إذا هلكت لسبب ممكن التحرز منه كالسرقة يكون مضمونا على المستودع أما إذا هلكت لسبب غير ممكن التحرز منه كالحريق الغالب فلا يلزم الضمان لأن الحفظ مقصود وواجب مقابل بدل، لذلك إذا هلكت الوديعة بيد المستودع بالأجرة بسبب ممكن التحرز منه يكون ضامنا لها بالاتفاق، ما يعني أن المودع لديه مسؤول عن الوديعة إذا وقع من جانبه تعدي أو تقصير، فنلاحظ أن التزام المودع لديه هنا هو التزام ببذل عناية.

أما الالتزام الذي فرضه المشرع بخصوص إرجاع القيمة للوديعة المصرفية النقدية هو التزام بتحقيق نتيجة وفق القرار بقانون بشأن المصارف وقانون التجارة، وهذا ما يخالف مجلة الأحكام العدلية التي لم تلزم برد قيمة الوديعة كان هلاكها لسبب لا يمكن التحرز منه "قوة قاهرة" إلا إذا كانت وديعة بأجر.

ومن أبرز تطبيقات التزام المصرف بتحقيق نتيجة: مسؤولية المصرف عن إفشاء السر المصرفي، حيث أنه بمجرد إبرام العقد المصرفي يترتب في ذمة المصرف التزاما ضمنيا بالحفاظ على السر المصرفي لكونها تخل بالمركز الاقتصادي للعميل، وعليه فإذا أثبت العميل الإخلال الصادر من المصرف كأن يدلي المصرف إلى الغير برصيد العميل فتقوم مسؤولي المصرف في هذه الحالة، [65] وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بغرفتها التجارية بعدم جواز الإفصاح بحجة السر المصرفي، فعند قيام المصرف بنشر البيانات المدرجة على ظهر الشيك موضوع النزاع يعتبر المصرف مخلا بالتزامه بالحفاظ على سرية المعلومات والذي يفرضه العقد [66]

كذلك الأمر التزام المصرف برد المستندات في عقد وديعة الأوراق المالية بحيث يكون المصرف مسؤولا عن إخلاله بالالتزام بتحقيق نتيجة، وعليه فلا يبرأ المصرف من التزامه بالرد إلا إذا أثبت أن تخلفه راجع إلى سبب أجنبي عنه، كالأعمال الحربية، فلا يكفيه أن يثبت أنه بذل كل ما في

([64]) (يوس، وكهينة، 2015 ، ص 15).

([65]) (ابتسام، 2017، ص19).

([66]) (موسى، طالب حسن2011، ص176).

وسعه للمحافظة على المستندات لأن التزامه بتحقيق نتيجة، وإلا تقوم مسؤوليته عن تسليم المستندات وألزم بالتعويض، بتقدير قيمة المستندات وقت إعذار المصرف بالرد. [67]

ثانيا: التزام ببذل عناية

هو الالتزام الذي لا يهدف إلى تحقيق نتيجة معينة بل يهدف إلى الالتزام ببذل العناية في تنفيذ التزامه بغية الوصول إلى النتيجة المرجوة، بصرف النظر عما إذا تحققت هذه النتيجة أم لم تتحقق، فهو التزام بعمل لكنه عمل لا تضمن نتيجته، وعليه فإن الخطأ يتمثل في عدم بذل الجهد أو الحيطة في القيام بالعمل المتفق عليه بالقدر الذي يقتديه القانون ووفقا لظروف التعامل فإذا بذل الجهد والعناية المطلوبة منه لم يكن مخطئا –حتى لو لم تتحقق النتيجة–فمن يدعي الإخلال بهذا الالتزام يكلف بإثبات هذا الإخلال، [68] ومن أهم تطبيقات التزام المصرف ببذل عناية، تقديم الائتمان. [69]

ويكون النص على الالتزام ببذل عناية في العقد المصرفي بأن ينص العقد على أن المصرف سوف يبذل قصارى جهده في تنفيذ التزاماته المفروضة عليه بموجب العقد، [70] فإذا بذلها يكن قد وفى بالتزاماته ويقتصر هذا النوع من الالتزامات على تلك التي يكوم محلها القيام بعمل _دون الامتناع عن عمل _ ويتم تحديد الخطأ بتحليل سلوك الملتزم ومقارنته وفقا للمعيار الموضوعي بسلوك الشخص –المصرف –الذي يوضع في نفس الظروف ويمارس نفس الأعمال. [71] أي أنه معيار الشخص المعتاد حيث ينظر إليه في أداء المدين لالتزاماته التعاقدية والتي يمكن الاتفاق على تشديدها أو تخفيضها، حيث يزيد هذا المقدار أو ينقص تبعا لما ينص عليه القانون وتبعا لما يتم الاتفاق عليه في العقد، [72] فإذا قام المصرف بواجب بذل العناية المطلوبة يكون قد نفذ التزامه ولو لم يتحقق الغرض المقصود وان لم يبذل العناية المطلوبة ترتبت مسؤوليته العقدية. [73]

([67]) (عوض، ، 2008، ص 1089–1103).

([68]) (بدر، 2009، ص8).

([69]) (ابتسام، 2017، ص16).

([70]) (علي، وصالح. 2017، ص247).

([71]) (ابتسام، 2017، ص15–16).

([72]) الأصل أن تحدد درجة العناية المطلوبة بناء على الاتفاق بين طرفي العقد؛ إلا أن المشرع في بعض الأحيان محددا عناية معينه كما جاء في المادة (841) من القانون المدني الأردني بقولها :

1–على الوكيل أن يبذل في تنفيذ ما وكل به العناية التي يبذلها في اعماله الخاصة إذا كانت الوكالة بلا أجر 2–وعليه ان يبذل في العناية بها عناية الرجل المعتاد إذا كانت بأجر).

([73]) (العيسائي، 1998، ص7).

ومن الثابت أن الجهد المطلوب من المصرف في بذل عنايته هو جهد الشخص شديد الحرص لأن بإمكانه توقع مثل هذه الأخطار والاحتياط لدفعها باعتباره شخص مهني يحترف القيام بأعماله، وبعكس ذلك يسأل المصرف باعتبار أنه قصر أو أهمل في الحفاظ على أموال العميل ولم ينفذ التزاماته التعاقدية، كون أن البيئة التي يعمل فيها المصرف مليئة بالمخاطر تجعل بإمكانه توقعها وأخذ الاحتياطات الأزمة لدفعها، بالتالي يسأل إذا قصر أو أهمل في الحفاظ على أموال العميل.

وحيث أن القاعدة العامة على من يدعي الإخلال بهذا الالتزام يكلف بإثبات هذا الإخلال، فإنه يتوجب على العميل إثبات أن المصرف لم يقم ببذل العناية التي يبذلها المصرف المعتاد أي لم يبلغ في التزامه الحد الذي تفتضيه الحيطة والعناية والمهارة اللازمة، مما يجعل من الصعوبة بمكان على العميل إثبات عدم بذل المصرف للعناية اللازمة مما قد يرتب ضياع حقه بسبب عد لتمكن من الإثبات، بعكس الإثبات في حال كان الالتزام بتحقيق نتيجة الذي يكفي فيه إثبات عدم تحقق النتيجة المرجوة من العقد. [74]

3.2.1.2.2.2 الفرع الثالث: مسؤولية المصرف عن فعل الغير

يقصد بالمسؤولية العقدية عسن فعل الغير: مسؤولية المصرف عن فعل المساعدين الذين استعان بهم في تنفيذ العقد لمبرم مع العميل على الرغم أن المصرف لم يقع منه أي خطأ شخصي. [75]

فالأصل أن يسأل الشخص عن خطأه عن الفعل الشخصي الذي سبب ضرر لغيره، ولكن القانون لا يكتفي بذلك فهو يحمل الشخص في حالات معينة المسؤولية عن فعل غيره وتحمل الشخص المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن الأشياء، فالخطأ يمكن أن يقع من المصرف نفسه أو من جانب ممثله القانوني أو المعبر عن إرادته بوصفه شخصا اعتباريا، أو من تابع له أو من شخص استعان به المصرف في تنفيذ التزاماته أو من تابعي هذا الشخص، أي أن المسؤولية العقدية تقع على المصرف، إذ أنه في دائرة العلاقات العقدية يتساوى فعل المصرف باعتباره مدين مع فعل من استخدمهم اذا صدر الخطأ في حال تأديته لوظيفته أو بسببها كالوسطاء والمبرمجون .. الخ، فيكون خطؤهم في تنفيذ العقد خطأ من المدين ويثبت له وصفه، أي أنه يستوي أن يكون الخطأ قد وقع بفعل المصرف نفسه من خلال أحد تابعيه، أو من خلال شخص استعان به المصرف المودع

([74]) (يوس، وكهينة ،2015، 15).

([75]) (أبو فروة، 2009، 167).

لديه في تنفيذ التزاماته، أو من تابعي هذا الشخص، [76] وحتى تقوم مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع يجب على العميل اثبات الخطأ الصادر من التابع.

لمحصلة التطور التكنولوجي الهائل في الحياة المعاصرة تم الاعتماد على الكمبيوتر يشكل كبير في العمل المصرفي لسرعة ودقة المعلومات التي يقدمها، إلا أن استخدام الأجهزة فيه بعض المخاطر كما لو قام مستخدم الكمبيوتر بضغطة مفاتيح خاطئة أوقعته في خطأ أدى إلى قيام مسؤولية المصرف تجاه العميل، أو كما لو حدث خلل بفعل الكمبيوتر ذاته وفقا للقواعد العامة إذا استخدم المصرف شيئا في تنفيذ العقد المبرم مع العميل وسبب ضررا للغير من بسبب هذا الاستخدام يسأل المصرف عن الأضرار التي تنتج عن هذا الاستخدام وفقا لقواعد المسؤولية العقدية. [77]

وبالرجوع إلى القواعد العامة نجد أنه يشترط يتحقق الخطأ العقدي في المسؤولية العقدية عن فعل الغير إذا كلف المصرف غيره في تنفيذ التزاماته العقدية كان يوكل المصرف لمصرف آخر مهمة معينة فإذا أخطأ الغير في تنفيذ التزامه التعاقدي يكون المصرف مسؤولا عن الخطأ الصادر عن الغير، ولكن يشترط لقيام المسؤولية العقدية عن فعل الغير وجود عقد صحيح بين المصرف والغير وأن يكون هناك تكليف للغير بتنفيذ العقد أو جزء منه، سواء كان هذا التكليف نتيجة اتفاق المصرف والغير أو كان بمقتضى حكم القانون وان يكون الغير قد ارتكب خطأ عقديا في اثناء العقد أو بسبب تنفيذه، كما يشترط أن يكون جائزا للمدين أن يستخدم غيره في تنفيذ التزاماته.[78]

فمثلا في عملية النقل الالكتروني للنقود إذا أخطأ مستخدم الكمبيوتر اثناء إدخال بعض البيانات فتقوم المسؤولية العقدية للمصرف عن فعل الغير والخطأ يكون مفترضا، فذهب رأي من الفقه إلى اعتبار التزام المصرف هو التزام ببذل عناية فان الجهد الطلوب من المصرف هو بذل العناية اللازمة وبالتالي يترتب على العميل عبء إثبات إهمال المصرف وعدم بذل العناية اللازمة في تنفيذ الالتزامات الناتجة عن العقد، وذهب رأي آخر إلى اعتباره التزاما بتحقيق نتيجة وعليه فإنه يتوجب على العميل إثبات عدم تحقق النتيجة، لأن المصرف ملزما باستخدام الكمبيوتر بشكل صحيح في تقديم خدماته المصرفية بموجب العقد المبرم مع العميل، وعليه فإذا أخطأ المصرف إثناء تقديم خدماته تقوم مسؤولية المصرف عن فعل مستخدم الكمبيوتر، وتجد الباحثة أن هذا الرأي هو الأقرب للصواب.

([76])(خوالده، 2007، ص7)، و(يوسف، 2006، ص489-490)، و(الحضرمي، 2015 ص 272-275).

([77]) (العبيدي، ، 2009، ص8-9).

([78]) (عبد الله، 2017، ص 20).

ولكن بما أن المصارف قد درجت على إعفاء نفسها من المسؤولية بموجب الشروط المعفية كما لو تم الاتفاق على أن المصرف لا يلتزم إلا ببذل العناية في تنفيذ التزامه، يترتب على ذلك أن يتحمل العميل عبء إثبات الضرر الذي أصابه من جراء استخدام الكمبيوتر بالشكل غير الصحيح وعدم بذل العناية اللازمة، كل ذلك يثبت عجز هذه القواعد عن تقديم الأساس الصحيح للمسؤولية المصرفية، فيصعب على العميل إثبات الخطأ الصادر من مستخدم الكمبيوتر، كما يزداد الأمر تعقيدا في حال الحاجة لإثبات الخلل إذا كان من الكمبيوتر ذاته بحيث يستحيل على العميل إثبات كون الخلل كان جراء انقطاع التيار الكهربائي أو خلل في أحد أجزاء الكمبيوتر أو تلف بعض أجزائه أو إلى أمور تتعلق بالنظام مما قد يودي إلى ضياع حق العميل بسبب الصعوبة في الإثبات. (79)

كل ما سبق يثبت عجز النظرية التقليدية عن معالجة طبيعة مسؤولية المصرف وأخيرا تجد الباحثة عجز هذه القواعد عن تقديم الأساس الصحيح لمسؤولية المصرف عن أفعال الغير مما يستلزم إيجاد قواعد قانونية متخصصة تنبثق من طبيعة العمل المصرفي لإيجاد قواعد قانونية تعالج العمليات المصرفية التي تتسم باتساعها وتعقيدها وتشابكها والتي تعجز القواعد التقليدية عن تغطية كافة المشاكل والناتجة عنها.

أما المسؤولية العقدية عن فعل الأشياء فتتحقق إذا كان الضرر الذي أصاب أحد العاقدين قد حدث بفعل شيء على العاقد الآخر حراسته أو كان وقوع هذا الضرر على هذا الوجه يتضمن إخلالا بالتزام عقدي على الطرف الآخر، وتتحقق المسؤولية العقدية عن فعل الأشياء إذا التزم المدين بتسليم شيء للدائن وأخيرا استخدم المدين لشيء في حراسته في تنفيذ التزامه العقدي فيؤذي هذا الشيء الدائن ويكون المدين مسؤولا عن سلامة الشيء بمقتضى العقد، ويشترط لذلك أن يكون الشيء تحت حراسة المدين، أن يقع الضرر بفعل الشيء، أن يكون هناك اهمال أو تقصير من المدين في واجب العناية بالشيء، أن يكون هناك عقد بين الطرفين. (80)

ومن الأمثلة على ذلك قيام جهاز الصرف الآلي برد بطاقة إلى العميل الذي يستخدم الجهاز ليست بطاقته وإنما بطاقة لعميل آخر استخدم الجهاز قبله وقد قام الجهاز بالاحتفاظ بها، ومن ثم استخدمها بشكل غير مشروع، فتنعقد مسؤولية المصرف تجاه العميل في هذه الحالة بسبب خطأ الجهاز (81).

([79]) (العبيدي، 2009، ص9).

([80]) (عبد الله،2017، ص 22).

([81]) (الجهني، 2010، ص 236).

ومن التطبيقات القضائية على هذه الحالة: قضية شخص يدعى (بورتر) ضد (ستي بنك) حيث حاول (بورتر) سحب مبلغ مالي من جهاز الصراف الآلي مرتين على التوالي ولم يتمكن من السحب، إلا أنه فوجئ بقيد هاتين العمليتين على حسابه، فأقام دعوى بهذا الخصوص وحكمت له إحدى المحاكم الأمريكية بالتعويض بعد أن اعترف المصرف بأن جهاز الصراف تعرض لعدم التوازن في الرصيد أكثر من مرة، وقضية سيدة تدعى (جود) والتي قيد المصرف على حسابها مبلغ (800) دولار لاستخدام بطاقة الصراف الآلي، فأقامت دعوى وتمكنت من الحصول على حكم بعد أن أثبتت انها كانت في عملها ولم تعط البطاقة أو الرقم السري لأحد، لأن الآلة يسيطر عليها المصرف وتعمل وفق لأوامر يقدمها الفنيون لها.[82]

كما يعتبر المصرف مسؤولا عن كل فعل صادر عن موظفيه بمناسب أدائهم لمهامهم والذي ينتج عنه ضررا للعميل وتعد هذه الصورة إحدى صور مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، ويشترط لذلك شرطين هما: قيام علاقة التبعية بين المصرف والعميل وتوجيهه وصدور خطأ من التابع أثناء أدائه لوظيفته، وتعد المسؤولية مسؤولية مفترضة لا تقبل إثبات العكس ما دامت قد وقعت أثناء قيامهم بالمهام المسندة إليهم. [83]

ومن أبرز الأمثلة على ذلك لقد تقرر أن قيام أحد الموظفين بقبول الشكات في إطار عملية الخصم بالرغم من أن الشكات غير قابلة للتظهير وتحويل قيمتها لغير الشخص المسحوبة لأمره مما ألحق ضرر بالعميل وحيث أن هذه الأخطاء قد تمت بصفتهم موظفين ومكلفين بفحص الشيكات والتأكد من شخص المستفيد ومدى قابلية الشيك للتظهير منعدمه وانهم أهملوا بذلك يعتبر الموظف قد أخطأ في تأدية وظيفته مما يجعل المصرف مسؤولا مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع. [84]

كما قررت محكمة النقض الفرنسية إلى:" أن الغاء القيود المكتوبة تلقائيا من المصرف بشكل غير صحيح تعد وكأنها تمت من العاملين في إدارة حسابات المصرف لأنهم من يزودون الكمبيوتر بهذه المعلومات، أي أن المحكمة رفضت فكرة استقلال الكمبيوتر عن المصرف". [85]

([82]) مشار إلى هذا الحكم لدى: (الجهني، 2010 ص237) ، ومشار إليه لدى: (غنام، شريف محمد، 2010، ص62-62).

([83]) الحكماوي، دون ت. **المسؤولية المدنية للمؤسسات المصرفية:** https://alhoriyatmaroc.yoo7.com/t281-topic،

([84]) قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، بتاريخ: 2003/5/6 في الملف عدد14/2002/2350 غير منشور نقلا عن: الحكماوي، دون ت. **المسؤولية المدنية للمؤسسات المصرفية:** https://alhoriyatmaroc.yoo7.com/t281-topic،

(85) (ابتسام، 2017، ص22).

وبالرجوع إلى مجلة الأحكام العدلية نجد أنها لم تعالج مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع مباشرة، وإنما قد أشارت إلى بعض حالاتها ضمن أحكام الأجير الخاص وفقا للمادة(422) التي نصت " الأجير على قسمين : القسم الأول هو الأجير الخاص الذي استؤجر على أن يعمل المستأجر فقط كالخادم الموظف، والقسم الثاني هو الأجير المشترك الذي ليس مقيد بشرط ألا يعمل لغير المستأجر كالحمال والدلال والخياط والساعاتي والصائغ فكل من هؤلاء أجير مشترك لا يختص بشخص واحد"،[86] وقررت محكمة التمييز الأردنية " أن المادة (104) من قانون النقل على الطرق قد الزمت مالك السيارة بأن يؤمن عليها لدى شركة التأمين لتغطية أضرار الغير التي يسببها استعمال السيارة وقد رتب مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه التي يحدثها اثناء قيادته لسيارة المتبوع"،[87] وفي فلسطين فأنه يمكن الأخذ بذات الحكم بالإشارة إلى نص المادة (137) من قانون التأمين الفلسطيني التي تلزم مالك المركبة بالتأمين الإجباري على مركبته،[88] وعليه فلا يمكن للمدين التذرع للتهرب من مسؤوليته بأن الفعل أو التصرف صادر عن أحد تابعيه.

2.2.2.2 المطلب الثاني: الضرر المصرفي

إن صدور الإخلال بالعقد (الخطأ العقدي) وحده لا يكفي لنهوض مسؤولية المصرف العقدية تجاه العميل، ولكن ينبغي أن يترتب على هذا الإخلال بالعقد (الخطأ العقدي) ضررا يصيب العميل لأن الضرر مناط مسؤولية المصرف، سيما أن أنصار الاتجاه الموضوعي الحديث يتجه إلى إقامة مسؤولية المصرف على عنصر الضرر، وإن لم يصدر أي خطأ من المصرف وذلك تطبيقا لفكرة تحمل مخاطر المهنة عن الحادث المسبب للضرر،[89] فإذا لم يترتب ضرر للعميل لا تقوم مسؤولية المصرف العقدية، وعليه فإن الضرر هو الركن الثاني من أركان المسؤولية العقدية سواء كانت مسؤولية عن الفعل الشخصي أو عن فعل الغير، أو عن فعل الأشياء.

وعليه يعتبر الضرر ركنا هاما من أركان المسؤولية، فلا تقوم هذه المسؤولية بدونه؛ على اعتبار أن الضرر هو الذي يبرر الحكم بالتعويض(الضمان) بحيث يدور معه وجودا وعدما، وعليه فلا يجوز للعميل طلب التعويض من المصرف ما لم يلحقه ضرر بسبب إخلاله، ولكن الضرر التافه

---

(86) المادة (422) من مجلة الاحكام العدلية.

(87) نقلا عن:(دواس2012، ص654).

(88) المادة (137) من قانون التأمين رقم (20) لسنة 2005.

([89]) (العبيدي ، 2009، ص16).

الذي لا يبرر مصلحة في الدعوى لا يجوز التعويض عنه، وفيما دون ذلك يتم التعويض عن كل ضرر نتج عن الفعل الضار مهما كان بسيطا. [90]

ومن الجدير بالذكر أن المسؤولية العقدية وجدت من أجل إصلاح وجبر الضرر الذي حصل للدائن مما يبين أهمية ركن الضرر، إذ أنه لا مسؤولية عقدية إذا لم يوجد ضرر مهما بغت جسامة الخطأ،[91] وعليه فان انتفاء الضرر يحول دون قبول دعوى المسؤولية وذلك طبقا لقاعدة "لا دعوى بدون مصلحة" التي نصت عليها في المادة (3) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني، والتي نصت على أنه: "1-لا تقبل دعوى أو طلب أو دفع أو طعن لا يكون لصاحبه مصلحة قائمة فيه يقرها القانون" قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001".[92] وعليه يعتبر الضرر من أهم أركان المسؤولية العقدية فاذا وقع الضرر وجب البحث عن الأركان الأخرى وهو مناط استحقاق التعويض إذ أنه لا تعويض دون ضرر.[93] ولذلك قيل إن الضرر هو روح المسؤولية المدنية والعنصر الأساسي فيها فإذا لم يثبت الضرر لا محل للبحث في المسؤولية. [94]

وبالرجوع الى مجلة الأحكام العدلية نجد أنها عبرت عنها من خلال المادة (19) والتي نصت على: "لا ضرر ولا ضرار"، والمادة (20) والتي نصت على :" الضرر يزال" إلى عدم الإضرار بالغير، فلم تجز الاضرار بالغير سواءً بنفسه أو بماله لأن الإضرار هو ظلم والظلم هو غدر وغير جائز ومن الواجب عدم إيقاعه بالغير؛ كما لا يجوز مقابلة الضرر بضرر؛ وسعت إلى إزالة الضرر في حالة حدوثه لأنه من الواجب عدم ايقاعه أصلا واعتبرت أن هذه قواعد عامة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ما لم يجد استثناء بنص القانون.[95] وقد نصت المادة (83) من مجلة الأحكام العدلية "يلزم مراعاة الشرط قدر الإمكان" أي بقدر المستطاع، والشروط المقترنة بالعقد تقسم إلى ثلاثة أنواع الجائز والفاسد واللغو والتي يجب مراعاتها هي الشروط الجائزة الموافقة للشرع والشروط المفيدة ممكنة الإجراء وفقا للمادة (784) من مجلة الأحكام العدلية.[96]

---

(90) (دواس ،2012، ص 76).

([91]) (الناجي، 2008،، ص 155) ، و (خوالده، 2007، ص9).

([92]) نصت المادة 3 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية "1-لا تقبل دعوى أو طلب أو دفع أو طعن لا يكون لصاحبه مصلحة قائمة فيه يقرها القانون" قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001.

([93]) (الخرينج، 2010، ص 46).

([94]) (عبد الحق، 2020-2021 ، ص293).

([95]) (حيدر، 2003. ص 36-37).

([96]) نصت المادة (784) من مجلة الأحكام العدلية على أنه" إنْ كَانَ الشَّرْطُ الْوَارِدُ عِنْدَ عَقْدِ الْإِيدَاعِ مُفِيدًا وَمُمْكِنَ الْإِجْرَاءِ فَهُوَ مُعْتَبَرٌ وَإِلَّا فَهُوَ لَغْوٌ.مَثَلًا إذَا أُودِعَ مَالٌ بِشَرْطِ أَنْ يُحْفَظَ فِي دَارِ الْمُسْتَوْدَعِ وَحَصَلَتْ ضَرُورَةٌ فَانْتَقَلَ إلَى مَحِلٍّ آخَرَ لِوُقُوعِ

1.2.2.2.2 الفرع الأول: تعريف الضرر المصرفي

يعرف الضرر بأنه: النقصان الذي يدخل على الشيء وهو ضد النفع والأذى المطلق، [97] ويعرف أيضا بانه: الأذى الناتج عن عدم تنفيذ العقد بحرمان الدائن من منافع العقد، [98] كما يعرف بأنه: الأذى الذي يصيب الدائن نتيجة لإخلال المدين بالتزامه التعاقدي الذي يتمثل بالمساس بحق من حقوقه أو أي مصلحة مشروعة له ناشئة عن عقد. [99]

ويعرف أيضا بأنه: " الأذى الذي يصيب الدائن في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له ناشئة عن عقد سواء كان ذلك الحق متعلقا بسلامة جسمه أو عاطفته أو ماله أو حريته أو شرفه أو اعتباره، على نحو يجعل مركزه أسوأ مما كان عليه من قبل،[100] وفي هذا قررت محكمة الاستئناف في رام الله:" أن الضرر هو ما يؤذي الشخص في نواح مادية ومعنوية، وأن الضرر المادي(النقدي) هو: ما يصيب الشخص في ذمته المالية وأن الضرر (المعنوي) هو: ما يصيب الشخص في شعوره نتيجة المساس بعاطفته أو كرامته أو في غير ذلك من الأمور المعنوية التي يحرص الإنسان في حياته عليها، أو بعبارة أخرى ما يصيب الانسان في ناحية غير مالية". [101]

وبالرجوع إلى مجلة الأحكام العدلية نلاحظ أنها سعت إلى عدم الإضرار بالغير بحيث ورد فيها قاعدة (لا ضرر ولا ضرار)، [102] وقاعدة: (الضرر يزال)، [103] وعليه فإن أي خطأ يصدر من

الْحَرِيقِ فَلَا يُعْتَبَرُ الشَّرْطُ.فِي هَذِهِ الصُّورَةِ إذَا نُقِلَتْ الْوَدِيعَةُ إلَى مَحِلٍّ آخَرَ وَهَلَكَتْ أَوْ فُقِدَتْ بِلَا تَعَدٍّ وَلَا تَقْصِيرٍ لَا يَلْزَمُ الضَّمَانُ.وَإِذَا اشْتَرَطَ الْمُودِعُ عَلَى الْمُسْتَوْدَعِ حِفْظَ الْوَدِيعَةِ وَأَمَرَهُ بِذَلِكَ وَنَهَاهُ عَنْ إعْطَائِهَا زَوْجَتَهُ أَوْ ابْنَهُ أَوْ خَادِمَهُ أَوْ لِمَنْ اعْتَادَ حِفْظَ مَالَ نَفْسِهِ فَإِنْ كَانَ ثَمَّةَ اضْطِرَارٌ لِإِعْطَائِهَا لِذَلِكَ الشَّخْصِ فَلَا يُعْتَبَرُ النَّهْيُ وَإِذَا أَعْطَى الْمُسْتَوْدَعُ الْوَدِيعَةَ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ إلَى ذَلِكَ الشَّخْصِ وَهَلَكَتْ أَوْ فُقِدَتْ بِلَا تَعَدٍّ وَلَا تَقْصِيرٍ لَا يَلْزَمُ الضَّمَانُ.وَإِذَا أَعْطَاهَا وَلَمْ يَكُنْ اضْطِرَارٌ لِذَلِكَ يَضْمَنُ كَذَلِكَ إذَا شَرَطَ حِفْظَهَا فِي الْغُرْفَةِ الْفُلَانِيَّةِ مِنْ الدَّارِ وَحَفِظَهَا الْمُسْتَوْدَعُ فِي غُرْفَةٍ أُخْرَى فَإِنْ كَانَتْ الْغُرَفُ مُتَسَاوِيَةً فِي أَمْرِ الْمُحَافَظَةِ فَلَا يُعْتَبَرُ ذَلِكَ الشَّرْطُ.وَإِذَا هَلَكَتْ الْوَدِيعَةُ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ لَا يَلْزَمُ الضَّمَانُ أَيْضًا.وَأَمَّا إذَا كَانَ بَيْنَهُمَا تَفَاوُتٌ كَمَا لَوْ كَانَتْ إحْدَى الْغُرَفُ مِنْ الْحَجَرِ وَالْأُخْرَى مِنْ الْخَشَبِ فَيُعْتَبَرُ الشَّرْطُ لِكَوْنِهِ مُفِيدًا وَيَكُونُ الْمُسْتَوْدَعُ مَجْبُورًا عَلَى حِفْظِهَا فِي الْغُرْفَةِ الْمَشْرُوطَةِ لَهَا. وَإِذَا وَضَعَ الْوَدِيعَةَ فِي غُرْفَةٍ أَدْنَى مِنْهَا فِي الْحِفْظِ وَهَلَكَتْ يَضْمَنُ".

([97]) (الخلايلة، 2009، ص119).

([98]) (العوجي، 2007، ص60).

([99]) (الجهني، 2010، ص 239) و (الخرينج، 2010، ص 46).

([100]) (الحضرمي، 2015،)

(101) قرار (استئناف مدني/رام الله)، رقم (2010/344) بتاريخ: (2011/2/16) نقلا عن: (دواس، 2012 ص 76-77).

(102) المادة (19) من مجلة الأحكام العدلية.

(103) المادة (20) من مجلة الأحكام العدلية.

المصرف وتسبب للعميل ضرر التزم المصرف بتعويض العميل بالقدر الذي أصيب منه، [104] وقوع الضرر هي واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات.

2.2.2.2.2 الفرع الثاني: أنواع الضرر المصرفي

بناء على ما سبق يتضح أن الضرر يتمثل في الخسارة التي تلحق بالدائن نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدي الناشئ عن العقد سواء كانت مادية أو معنوية، وعليه فيكون الضرر إما ماديا يصيب الشخص في جسمه أو في ماله، أو أدبيا يصيب المضرور في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه أو ما شابه ذلك. [105]

أولا: الضرر المادي

يتمثل الضرر المادي بالإخلال بحق أو مصلحة للمضرور ذات قيمة مالية، كتفويت فرصة عليه للكسب المالي أو الاعتداء على حريته أو سلامة جسمه أو نفسه. [106] ويعرف أيضا بأنه: الضرر الذي يمكن تقويمه بالنقود بحيث يصيب الشخص في ذمته المالية مما ينقص حقوقه المالية أو يفوت مصلحة مشروعة تسبب خسارة مادية له، أي أنه الضرر الذي يمس بمصالح مالية داخلية ضمن الذمة المالية للمتضرر. [107]

وقد يكون التعويض عن الضرر المادي إصابة جسدية غير مميته حينئذ يجوز طلب التعويض عن كل الضرر الذي لحق به جراء الإصابة، كحالة نقص دخل المصاب أو ربحه أو مكاسبه فيما يستقبل من أيام حياته ، أو النفقات العلاجي التي تكبدها من أجل شفائه وتحسين حالته الصحية، أو أثمان الأجهزة الطبية المساعدة كالكراسي المعدة بشكل خاص للمرضى أو أثمان الأطراف الصناعية، أو ما قد يكون المضرور اضطر إلى دفعه من أجور المرافقين، أو الممرضين، أو أجور سيارات الإسعاف شريطة أن تكون هذه النفقات ضمن المعقول كالكرسي ، أو نفقات الإقامة من أجل التداوي، أما إذا كان الضرر المادي الذي أصاب العميل هو الموت كحالة انفجار الصراف الآلي مما أدى إلى وفاة العميل فيكون الضرر متمثلا في حرمانه من الحياة عددا غير معينا من السنوات فيحق حينئذ لورثته المطالبة بالتعويض عنه، ويشمل التعويض: نفقات علاج العميل المصاب قبل وفاته، وما فقده من دخل نتيجة قعوده عن العمل من تاريخ إصابته حت وفاته،

---

(104) (صبرينة، وسيلية، 2019-2020، ص15).

(105) (دواس،2012 ، ص 77).

(106) (دواس،2012، ص 77).

(107) (عبد الحق، 2020-2021، ص293)، و (خوالده، 2007، ص9+10).

ونفقات نقل جثته من مكان الحادث إلى مكان سكنه ومصاريف الدفن والجنازة و نفقات إقامة بيت العزاء المتعارف عليها... الخ. [108]

ويشمل الضرر المادي عنصرين: ما أصاب الدائن من خسارة وما فاته من كسب فاذا وقع أحدهما يستحق المضرور التعويض، [109] أما الضرر المعنوي فيعتبر عنصرا قائما بذاته والتعويض عنه لا يؤدي إلى الغاء الضرر وإنما يخفف من حدته.

1- **الربح الفائت:** أي الكسب الفائت، ويكون المصرف مسؤولا وملزما بالتعويض عن الضرر المتمثل بالكسب الفائت مع مراعاة الحالة التي يكون فيها العميل مهنيا على دراية بالعمل المصرفي ومخاطره وبالتالي عليه السعي للحفاظ على مصالحه، بحيث توزع المسؤولية بين المصرف والعميل في هذه الحالة. [110]

ومن أمثلتها: تقديم المصرف للعميل تسهيلات مالية واسدائه النصح له بالاستفادة من التسهيلات بالعملة الوطنية بالرغم من توافر معطيات له تنبئ بانخفاض قيمة العملة وارتفاع نسبة الفوائد، أو في حال امتنع المصرف عن إعلامه ولم يسد النصيحة بالعدول عن الحصول على التسهيلات بالعملة الوطنية أي أنه قدم له معلومات مغلوطة أو امتنع عن تقديمها مما يجل المصرف مسؤولا عما أصاب العميل من ضرر. [111]

وهذا النوع من الضرر شائع الوقوع نتيجة لخطأ المصرف في علاقته مع العميل، سيما أنه يتزامن غالبا مع الخسارة الحالة التي تلحق بالعميل نتيجة خطأ المصرف أثناء ممارسته لحقوقه أو أداء واجباته. [112]

ولم يفرد المشرع الفلسطيني نصوصا خاصة للتعويض عن الاضرار الناجمة في إطار العمليات المصرفية، لذلك تطبق القواعد العامة بهذا الشأن، أما القانون المدني الأردني قد قصر على الضرر المتحقق وهذا ما نصت عليه المادة(363) من القانون المدني الأردني بقولها " إذا لم يكن الضمان مقدرا بالقانون أو في العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلا حين وقوعه". [113]

---

(108) (دواس، 2012 ص 77-78).

(109) (خليلي، 2008، ص86).

(110) (زكريا، وعماد الدين،2020-2021، ص 51-52).

([111]) (الحكماوي، دون ت. **المسؤولية المدنية للمؤسسات المصرفية:** https://alhoriyatmaroc.yoo7.com/t281-topic،ص5. وانظر أيضا: (خليلي، 2008، ص88-89).

([112]) (زكريا، وعماد الدين ،2020-2021، ص 52).

([113]) المادة (363) من القانون المدني الاردني رقم (43) لسنة 1976.

وفي هذا قررت محكمة الاستئناف الفلسطينية أن التعويض يكون عن الكسب الفائت بقولها: "فإن المحكمة تجد أن جبر هذا الضرر لا يكون إلا بالحكم للمدعي بقيمه ما فاته من مبالغ مالية كانت ستعود عليه لو أن البنك نفذ التزامه بأمر التحويل ... الخ". [114]

2- **تفويت الفرصة:** قد تفوت الفرصة على العميل بسبب خطا المصرف، ويشترط أن يكون للعميل أسباب مقبولة من شانها ترجيح كسب فرصه لعميل أي أن تكون جادة وحقيقية. وهذا الموضوع يثير إشكالية كونه يخرج عن دائرة الضرر الأكيد والمحقق الوقوع بسبب الخلط بينه وبين الضرر المحتمل الذي لا تقوم به المسؤولية. [115]

ومن الأمثلة على هذه الحالة فوات فرصة تنفيذ المشروع الذي يسعى العميل إلى تمويله بسبب امتناع المصرف عن وضع التسهيلات تحت تصرف العميل مما ألحق بالعميل ضرر يتمثل في تفويت فرصة، واستقر القضاء الفرنسي على اعتبار تفويت الفرصة بحد ذاته ضرر محققا وليس احتماليا لأن العميل كان له الحق في استخدام الفرصة المتاحة له. [116]

ومن الأمثلة أيضا: قيام المصرف بنشر تقرير عن الوضع المالي للعميل، أو قيامه بإعطاء معلومات للغير من خلال الاستعلام عن وضعه المالي، مما أدى إلى إحجام المصارف الأخرى عن تنفيذ تسهيل ائتماني معين قد اتفق عليه مسبقا، أو قيام دائنيه بالحجز على أمواله نتيجة هذا التقرير، مما يؤدي إلى أضرار معنوية والمساس باعتباره التجاري مما يؤدي إلى زعزعة الثقة به، أو كأن يقوم المصرف بنشر تقرير عن رصيد العميل في صحيفة معينة أو يقدم معلومات من خلال عملية الاستعلام مما يؤدي الى إحجام المصارف عن تقديم قرض كان قد اتفق عليه.[117]

ومن الأمثلة أيضا التزام المصرف بالتحقق من نتيجة سحب الأوراق المالية أو مباشرة العمليات اللازمة للمحافظة على الحقوق المتصلة بها وإخطار العميل بمستجدات ظروف هذه الأوراق المالية، فاذ أخل المصرف بهذه الواجبات بما أدى إلى تفويت فرصة كسب حقيقية وجادة يصبح المصرف مسؤولا عنها.

([114]) محكمة استئناف رام الله، حقوق رقم 551/ 2017، بتاريخ 12/25/ 2017.

([115]) (زكريا، وعماد الدين 2020-2021، ص 52) و (أبو فروة، 2009، ص 189).

([116]) (خليلي، 2008، ص89).

([117]) (عبد الحق، 2020-2021 ، ص298-299).

وبالرجوع إلى مجلة الأحكام العدلية نجد أنها، وإن كانت تجيز التعويض الكسب الفائت إلا أنها لا تقبل بالتعويض عن تفويت الفرصة، [118] إلا أننا نجد إن الفرصة وإن كانت في ذاتها أمرا محتملا فإن تفويتها أمرا محقق يترتب عليه ضرر حال، لذا ينبغي التعويض عن حرمان شخص من فرصة كسب ولو لم يكن مضمونا ويراع في تقدير التعويض مدى احتمال الكسب الذي ضاع على العميل من جراء تفويت الفرصة عليه.

ثانيا: الضرر الأدبي (المعنوي)

وهو كل ما يتصل بشخصية العميل وبشعوره كالعاطفة والكرامة والشرف أو المكانة الاجتماعية، مما يسبب ألما للمتضرر، [119] أي المساس بالحالة النفسية للعميل وغالبا ما يكون هذا النوع من الضرر في المسؤولية التقصيرية كون العلاقات المصرفية غالبا ما تقوم على التعاقد على شيء ذو قيما مالية إلا أنه قد يكون للعميل مصلحة أدبية في تنفيذ العقد المصرفي مما يترتب على إخلال المصرف ضررا أدبيا يلحق بالعميل. [120] وقد يكون الضرر الأدبي متصلا بضرر مادي وقد يكون ضررا أدبي صرف؛ لكنه في كلا الحالتين يمس مصلحة غير مالية، أي أن المصلحة التي تم الاعتداء عليها لا تخل ضمن دائرة التعامل بالمال قصدا وإن أمكن تقديرها بالمال في حال فواتها، [121] فيكون التعويض في هذه الحالة بمثابة ترضية ومواساة للعميل يخفف من به من حدة الضرر.

ومن الأمثلة على الضرر المعنوي للعميل إذا رفض المصرف صرف صك لفائدة الغير متذرعا عدم كفاية رصيد العميل ومن ثم تبين عكس ذلك، مما أساء للسمعة التجارية للعميل حينئذ يحق للعميل طلب رد الاعتبار والتعويض، ومن الأمثلة أيضا: عدم التزام المصرف بموجب السر المصرفي مما أدى إلى آثار مادية جسيمة سيما إذا استعملها منافسوه في العمليات التجارية، مما تؤدي إلى أضرار معنوية تصيب سمعته وشعوره بسبب المعلومات التي وصلت إلى الغير من قبل المصرف. [122]

([118]) (دواس، 2012، ص 88).

([119]) (الناجي، 2008،، ص 156).

([120]) (يوس، وكهينة، 2015ص 17).

(121) (دواس،2012، ص 89).

(122) (عبد الحق، 2020-2021 ، ص298-299).

وبالرجوع إلى مجلة الأحكام العدلية نجد أنها نصت على مجموعة من القواعد التي تهدف بمجملها إلى التعويض عن الضرر ومنها قاعدة " الضر يدفع بقدر الإمكان"،[123] وقاعدة" الضر يزال"، [124] وقاعدة " إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر"،[125] وحيث أن هذه النصوص هي نصوص مطلقة نجد أنها تتسع لتغطي الضرر الأدبي إلا أن الرأي عند جمهور الفقهاء المسلمين هو حصر الضمان بالضرر المادي فقط لكون أن التعويض يتم به إحلال مال محل مال فاقد مكافئ له بهدف ردد الحال إلى ما كانت عليه ، وهو ما لا يتحقق في الضر الأدبي، إلا أن القضاء الفلسطيني درج على التعويض عن الضر الأدبي.[126]

3.2.2.2.2.2 الفرع الثالث: شروط الضرر المصرفي

أولا: أن يكون الضرر محققا (ليس احتماليا أو موهوما)

يشترط في الضرر الذي يطالب العميل بالتعويض عنه سواء كان ماديا أو معنويا أن يكون محققا فالضرر الذي يلحقه المصرف بالعميل قد يكون حالا وقد يكون محتملا (مستقبليا)، فالضرر الحال هو الضرر الذي يكون قد تحقق ووقع فعلا حتى تقوم به المسؤولية، [127] ومن أوضح الأمثلة عليه حالة قيام المصرف متعسفا تحريك معدلات الفوائد بحيث قام بزيادتها بصورة غير مبررة يكون الضرر أكيدا بحيث تزيد الأعباء المالية على العميل؛ ويكفي لإثباته من قبل العميل لترتيب مسؤولية المصرف. [128]

أما الضرر المحتمل (المستقبلي) وهو الضرر الذي قامت أسبابه ولكن تراخت نتائجه كلها أو بعضها إلى المستقبل فلا يكون قد وقع في الحال وإنما محقق وقوعه في المستقبل، وعليه فلا يشترط أن يكون الضرر حالا بل يمكن أن يكون محتملا، ولكن يشترط أن يكون محقق الوقوع في المستقبل، فاذا كان يمكن تقديره في الحال جاز للعميل المطالبة به فورا أما إذا لم يمكن تقديره في الحال يحكم القاضي بالتعويض عما وقع من ضرر ويحتفظ العميل بحقه في الرجوع بالتعويض عند استفحال الضرر في المستقبل. [129]

---

(123) المادة (31) من مجلة الأحكام العدلية.

(124) المادة (20) المادة (31) من مجلة الأحكام العدلية.

(125) المادة (90) من مجلة الأحكام العدلية.

(126) (دواس، 2012، ص 19).

(127) (الحضرمي، 2015، ص 379)

(128) (خليلي، 2008، ص 87).

([129]) الحضرمي، 2015 ص 380. و(العيسائي، 1998، ص9).

فمثلا إذا قام المصرف بنشر معلومات عن العميل وهذه المعلومات أدت إلى مطالبة دائنوا العميل بديونهم ورفعهم لدعوى لشهر إفلاس العميل هنا بالرغم من ان الحكم بشهر الإفلاس لم يصدر بعد إلا أن العميل يستطيع الرجوع على المصرف لتعويضه سيما أن الضرر سيقع لا محالة لأن أسباب شهر الإفلاس متوفرة إلا أنه لا يملك دفاتر تجارية منتظمة ليستطيع الاستفادة من الصلح الواقي. (130)

ثانيا: أن يكون الضرر مباشرا: يشترط في الضرر أيضا أن يكون مباشرا والضرر المباشر وهو ذلك الضرر الذي لم يكن باستطاعة المصرف أن يتوقاه بجهد معقول، (131) وهو نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام وهو يقسم إلى قسمين متوقع وغير متوقع، والحقيقة أن المصرف لا يسأل إلا عن الضرر المباشر المتوقع أما الضرر المباشر غير المتوقع فلا يثير مسؤوليته إلا إذا كان ناشئا عن غش أو خطأ جسيم. (132)

ولا يقصد بالضرر المتوقع ذلك الضرر الذي يتوقعه المصرف فعلا وقت إبرام العقد؛ وإنما الضرر الذي يتوقعه المصرف المعتاد، أي أن معيار التوقع هو معيار موضوعي مجرد لا يعتمد على الظروف الشخصية للمصرف التي تتغير من شخص إلى آخر. (133)

ويقع عبء إثبات الضرر من حيث المبدأ على عاتق الدائن(العميل) أي أنه غير مفترض،(134) ولكن إذا كان التعويض اتفاقياً (وهي حالة الشرط الجزائي) فبمجرد وقوع الخطأ، يعد الضرر مفترضا، وعلى المدين في مثل هذه الحالة أن يثبت أنه لم يلحق بالدائن ضرراً، وكذلك الحال إذا كان الضرر ناتجاً من التأخر في أداء مبلغ من النقود، حيث يكون الضرر هنا أيضاً مفترضاً، ولكنه يقبل إثبات العكس، ومن ثم يستحق الدائن(العميل) التعويض وهو فائدة النقود، دون أن يكلف إثبات الضرر، وذلك تطبيقا للمبدأ الفقهي "لا ضرر ولا ضرار" الوارد في مجلة الأحكام العدلية. (135)

---

(130) (عبد الحق، 2020-2021 ، ص304).

(131) (دواس،2012 ص 103).

(132) السنهوري، عبد الرازق. مرجع سابق، ص 980. و(الجهني، 2010، ص 239)، و(أبو فروة، 2009، ص 187).

(133) (يوس، وكهينة 2015ص 18) ، و (خوالده، 2007، ص 12) ، و (العيسائي، 1998، ص9).

(134) (ذوابة، 2006، ص242).

(135) (الخرينج، 2010، ص 45).

ويتم الإثبات بكافة طرق الإثبات سندا للمادة (6/46) [136] من قرار بقانون رقم (9) لسنة (2010) بشأن المصارف وباعتبارها من المعاملات التجارية طبقا للمادة (6) من قانون التجارة، فيستطيع الطرفان الإثبات بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة الشخصية ولو زادت قيمة الالتزام عن النصاب القانوني. [137]

وعليه فإن المسؤولية العقدية تقوم على الخطأ والضرر وعليه فإن المصرف يستطيع أن يدرأ عن نفسه المسؤولية إذا أثبت أنه لم يخطئ أو إذا نفى علاقة السببية بين خطئه وبين الضرر الذي عاد على العميل. [138]

ثالثا: أن يكون الضرر شخصيا أي أن يكون الضرر أصاب الشخص الذي يطالب بالتعويض عنه، وبالتالي عدم جواز أن يرفع شخص من الغير الدعوى على المسؤول إذا امتنع المضرور عن ذلك. **[139]**

4.2.2.2.2.2 الفرع الرابع: التعويض عن الضرر الناشئ عن الخطأ المصرفي

هدف التعويض عن الضرر هو محو الضرر وإزالته بحيث يعاد المضرور إلى الحالة التي كانت عليها قبل وقوع الضرر سواء كان ضمان عيني بإعادة الحال إلى ما كان عليه متى كان ذلك ممكنا أو ضمان بمقابل سواء نقدي أو غير نقدي.

وقد تم الإشارة إلى أن التعويض يكون عن الضرر المباشر المتوقع أما الضرر غير المباشر لا يتم التعويض عنه إلا في حالة الغش والخطأ الجسيم، وذلك لكون المصرف عند إبرام العقد تنصرف إرادته إلى الالتزام بما يتوقعه من ضرر حين إبرام العقد.

بحيث افترض المشرع أن هذه الإرادة قد اتجهت إلى جعل المسؤولية عن قصر المسؤولية على المقدار الذي يتوقعه المدين، بحيث يعد هذا الافتراض بمثابة شرط اتفاقي يعدل من مقدار المسؤولية وذلك بقصرها على مقدار معين هو مقدار الضرر المتوقع، ولكن لما كان هذا الشرط يقع باطلا في حالتي غش المدين وخطأه الجسيم فإن المدين يلزم في هاتين الحالتين بالتعويض عن كل

([136]) نصت المادة (6/46): " يجوز الاثبات في القضايا المصرفية بجميع طرق الاثبات بما في ذلك البيانات الالكترونية أو الصادرة عن النظام الالي المصرفي".

([137]) (الرشدان،2012، ص 51).

([138]) (عبد الحق، 2020-2021 ، ص294).

([139]) (دواس،2012، ص 94).

الضرر المتوقع، لأنه يرجع إلى الأصل بعد إبطال الشرط الاتفاقي الذي يعدل من مقدار المسؤولية. (140)

بالرجوع إلى مجلة الأحكام العدلية نجد أنها لم تنص على شرط انتفاء التوقع، إلا أن ذلك لا يعني انتفاء الشرط لأن العبرة بالمقاصد والمعاني وليس الألفاظ والمباني، حسب المادة (3) منها التي اعتبرت في المادة (777) إن "هلاك الوديعة بأجر لسبب لا يمكن التحرز منه لا يلزم الضمان" مما يفهم من نص المادة أن الضرر إذا كن غير متوقع من قبل المدين وخارجا عن الظروف المألوفة لا يلزم معه الضمان، ما لم يصدر بناء عل غش أو خطأ جسيم من المصرف. (141)

3.2.2.2 المطلب الثالث: علاقة السببية بين الخطأ الصادر من المصرف والضرر الحاصل للعميل

لا يكفي أن يقع الخطأ من المصرف وأن يلحق الضرر بالعميل حتى تقوم المسؤولية العقدية للمصرف وإنما يشترط أن يكون خطأ المصرف هو السبب في الضرر أي أن يكون هناك علاقة سببية بين الخطأ الصادر للمصرف والضرر اللاحق بالعميل، وبذلك تمثل علاقة السببية الركن الثالث من أركان المسؤولية العقدية للمصرف. (142)

وعليه ستتعرف في هذا المطلب على تعريف العلاقة السببية ومن ثم إثبات علاقة السببية وعبء نفي العلاقة السببية على النحو الآتي:

1.2.2.2 الفرع الأول: تعريف العلاقة السببية

حتى تقوم مسؤولية المصرف عن الأضرار التي تلحق بالعميل لا بد من توافر علاقة السببية بين الخطأ(الإخلال) الصادر من المصرف والضرر الحاصل للعميل بحيث لا تقوم المسؤولية بدون توافر هذا الركن، فعلاقة السببية هي العلاقة المباشرة التي تقوم بين الخطأ والضرر. (143)

ومعنى ذلك أنه يجب أن يكون الخطأ العقدي الذي ارتكبه المصرف له ارتباط مباشر بالضرر وهو السبب في إلحاق الضرر بالعميل، (144) بمعنى آخر أن يكون الضرر اللاحق بالعميل راجعا إلى

---

(140) (يوس، وكهينه. 2015، ص 19)

(141) (دواس، 2012 ، ص 153).

(142) (العيسائي، 1998، ص10).

(143) (أبو فروة، 2009، ص 191).

(144) (زكرياء، وعماد الدين، 2020-2021، ص52)

تقصير المصرف وإهماله في تنفيذ التزاماته الناتجة عن العقد، [145] وعليه فلا يحاسب المصرف إلا عن الضرر الذي يعتبر نتيجة طبيعي لخطأه أي لم يتمكن من أن يتوقاه وأن يبذل في تجنبه جهدا معقولا يقاس بمعيار الرجل المعتاد إذا وضع في ذات الظروف. [146]

وقد سبق وان أشرنا إلى أن مجلة الأحكام العدلية تقرر مسؤولية المباشر الذي يتولد عن فعله ضرر للغير دونما وساطة فعل آخر بين فعل المباشر وما أوقعه من ضرر بالغير، كما أنها تقرر مسؤولية المتسبب الذي يرتكب فعلا يؤدي إلى الضرر، وإذا ما توسط بين الفعل والضرر فعل أخر اعتبر صاحب الفعل الآخر مباشرا واعتبر صاحب الفعل الأول متسببا؛ وعند اجتماع المباشر والمتسبب يضاف الفعل إلى المباشر، مما يعني في الحالتين (أي المباشرة والتسبيب) ضرورة توافر علاقة السببية بين الإخلال الصادر من المصرف والضرر الحاصل للعميل، [147] وعليه فلا يكفي لوجود علاقة السببية مجرد التعاصر الزمني بين الخطأ(الإخلال) والضرر بل يجب ان يكون للخطأ (الإخلال) دور في حدوث الضرر بحيث لم يكن ليقع لولاه. [148]

2.2.2.2 الفرع الثاني: إثبات علاقة السببية بين الخطأ الصادر من المصرف والضرر الحاصل للعميل

لترتيب المسؤولية العقدية للمصرف تجاه العميل لا يكفي الادعاء بوجود علاقة سببية بين الخطأ الصادر من المصرف والضرر اللاحق بالعميل وإنما يتوجب اثبات الصلة بين الخطأ والضرر، فانقطاع هذه الرابطة يؤدي إلى قيام المسؤولية تجاه العميل مما يؤدي إلى إعفاء المصرف من المسؤولية. [149]

وعليه تظهر أهمية علاقة السببية كأحد أركان المسؤولية العقدية فيما يتعلق بعبء الإثبات، فالعميل يلتزم بإثبات وقوع الضرر نتيجة إخلال المصرف طبقا للقاعدة العامة في تحميل المدعي إثبات ما يدعيه؛ [150] وعليه فإنه يتوجب على العميل إثبات الخطأ الصادر من المصرف، والضرر الحاصل له بكافة طرق الإثبات باعتبارها واقعة مادية أجاز القانون إثباتها بكافة طرق الاثبات؛ وبذلك تقوم قرينة قضائية على علاقة السببية بين خطأ المصرف والضرر الحاصل للعميل أي أن علاقة

([145]) (الخرينج، 2010، ص 6).

([146]) (خوالده، 2007، ص13).

(147) (دواس، 2012،ص 100).

(148) (دواس،2012، ص 100).

([149]) مدغمش، مدغمش، جمال، 1995،، 10.

(150) (دواس،2012، ص 101).

السببية بين عدم تنفيذ الالتزام وسلوك المصرف فهي مفترضة قانوناً، ولكن هذا الافتراض يقبل إثبات العكس، بحيث يمكن للمصرف أن ينفي السببية بين عدم التنفيذ وسلوكه ويترتب على ذلك دفع المسؤولية عنه. [151]

وفي كل الأحوال يرجع لقاضي الموضوع صلاحية استخلاص علاقة السببية بين الفعل (الخطأ) الصادر من المصرف والضرر الحاصل للعميل أو انقطاعها باعتبار ذلك من مسائل الواقع ولا رقابة عليه في ذلك لمحكمة النقض إلا بالقدر الذي يكون فيه الاستخلاص غير سائغ، أما التكييف القانوني للوقائع المادية من حيث كفايتها لإقامة علاقة السببية بين الفعل والضرر فيعتبر مسالة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض. [152]

فمثلا في عقد الوديعة بأجر يجب على المودع لديه(المصرف) أن يبذل في المحافظة على الشيء المودع عناية المصرف المعتاد فإن تلف الشيء أو هلك وأثبت العميل أن المصرف لم يبذل في المحافظة على الوديعة العناية اللازمة تقوم قرينه قضائية على أن الضرر الحاصل للعميل نتيجة لخطأ المصرف، وليتخلص المصرف من المسؤولية يتوجب عليه أن يثبت أن تقصيره في العناية لم يكن هو السبب في وقوع الضرر، كأن يثبت أن تلف الشيء راجع إلى قوة قاهرة. [153]

3.2.2.2 الفرع الثالث: عبء نفي علاقة السببية

لا يمكن للمصرف نفي المسؤولية عنه إلا إذا تمكن من قطع علاقة السببية بين عدم تنفيذ الالتزام والسلوك الصادر من قبله وهنا نميز بين فرضين:

الفرض الأول: الأولى انعدام السببية لقيام السبب الأجنبي ويعرف السبب الأجنبي وهو كل أمر غير منسوب إلى المصرف أدى إلى حدوث ضرر لحق بالعميل ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا فهو فعل خارج عن إرادة المصرف لم يكن متوقعا بالنسبة له ولا يستطيع دفعه، كالقوة القاهرة أو خطأ العميل أو خطأ الغير[154]، كفعل كالقراصنة الذين يعملون على الدخول إلى قاعدة البيانات الرئيسية للمصرف والتلاعب بحسابات العملاء فلا يسأل المصرف عن أعمالهم.[155] فتنعدم مسؤولية

([151]) (يوس، وكهينة. 2015، ص 20-21).

([152]) (دواس،2012، ص 101-102).

([153]) (العيسائي، 1998، ص11).

([154]) "يقصد بالغير هو كل من لم يكن طرفا في العقد ولا يكون العاقد مسؤول عنه قانونا، أي انه كل شخص لا يرتبط بأي صورة كانت مع أطراف العقد أصالة أو نيابة".

([155]) (الغانمي، 2016، ص 224).

المصرف لانعدام العلاقة السببية، ويتوجب على المصرف إثبات السبب الأجنبي للتخلص من المسؤولية. [156]

الفرض الثاني: انعدام السببية لتعدد الأسباب إذا تداخلت الأفعال التي أدت إلى حدوث الضرر للعميل (فعل الدائن وفعل الغير) وهذا التعدد في الأسباب قد يقطع العلاقة السببية بين الخطأ والضرر فالسبب غير منتج أو غير مباشر فتعدم الرابطة السببية. [157] **و**هنا نفرق بين حالتين حالة استغراق أحد الفعلين للفعل الآخر وحالة الخطأ المشترك:

أولا: حالة الاستغراق وهذه الحالة لها أكثر من صورة:

أ- إذا استغرق أحد الفعلين الآخر لم يكن للخطأ المستغرق من أثر، ويستغرق أحد الفعلين الاخر إذا:

- إذا كان أحد الخطأين يفوق في جسامته الخطأ الاخر (إذا كان الخطأ الأشد هو خطأ عمدي أو يكون المضرور رضي بما وقع عليه من ضرر).
- إذا كان خطأ العميل هو نتيجة لخطأ المصرف حينئذ يعتبر المصرف مسؤولا مسؤولية كاملة عن الضرر.

أي أن العبرة باستغراق خطأ العميل لخطأ المصرف لاعتباره سببا أجنبيا تنتفي معه علاقة السببية بين الخطأ والضرر.

ب- عدم استغراق أحد الفعلين للفعل الآخر (الخطأ المشترك) حينئذ تتوزع المسؤولية حسب النظرية التي تبحث في العلاقة بين السبب والنتيجة، **و**لقد حاول الفقهاء من خلال النظريات لتقدير العلاقة السببية للاعتداد بها لإقامة المسؤولية المدنية للمصرف من خلال نظريتين:

- **نظرية تكافؤ الأسباب:** هذه النظرية تعتد بجميع الأسباب التي ساهمت في إحداث الضرر بغض النظر عن درجة إسهامها ويعتبر السبب متكافئا إذا اشترك في إحداث الضرر، ويكفي لمعرفة ما إذا كان السبب متكافئا أم لا أن نتساءل: هل يمكن أن يقع الضرر ولو لم يشترك هذا السبب؟ فإذا كانت الإجابة بالإيجاب فإن السبب لا يعتد به، وإذا كان بالنفي فإنه يعتد بهذا السبب، [158] وذلك بشرط عدم وجود رابطة سببية بين كل سبب وآخر، فإذا كان أحد العوامل التي ساعدت في إحداث النتيجة قد تتابعت

([156]) (ابتسام، 2017، ص45).

([157]) (يوس، وكهينه. 2015، ص 21) و (الدواغرة، 2017، 146).

([158]) (خليلي، 2008، ص92)، و(دواغرة 2017، ص147).

في إحداث الضرر بسبب نتيجة عامل آخر سابق عليه فلا يعتبر العامل اللاحق هو السبب الحقيقي في حدوث الضرر ولا تترتب عليه المسؤولية. [159]

ويترتب على هذه النظرية بأنه لا مجال للقول بانقطاع العلاقة السببية لوجود عوامل أو ظروف خارجية أسهمت في إحداث الضر، وهذه النظرية لا تفرق بين السبب الأكثر فاعلية والأقل، فتساوي بين حصول النتيجة والسبب المؤدي إليها، وعليه فإنها تتوسع في علاقة السببية، وتتضاعف المسؤولية كونه من السهل اكتشاف أخطاء لا ترقى إلى إحداث أثر سلبي للعميل مما يوسع في المسؤولية، كما أنها تجعل لكل ضرر عدد غير محدد من الأسباب مما يحول دون تقدير المسؤولية بالشكل الصحيح. [160] بالإضافة لكونها تجعل السبب الذي يحدث ضررا بسيطا والسبب الذي يحدث ضررا جسيما سواء بسواء مما يتناف مع قواعد العدالة. [161]

- **نظرية السبب المنتج:** إذا تداخل عدة أسباب في إحداث الضرر للعميل فيجب التفرقة بين الأسباب العرضية والأسباب المنتجة، ونستخرج السبب المنتج فقط والسبب المنتج هو الذي يؤدي عادة لقيام الضرر، وعليه يجب أن يكون هناك علاقة ملائمة بين الخطأ الصادر من المصرف والضرر اللاحق بالعميل، ويعرف السبب المنتج بأنه السبب المألوف الذي يحدث الضرر في العادة أو أنه إذا كان من طبيعة الأمور أن يؤدي قيامه إلى وقوع الضرر فهو الذي يحقق الرابطة السببية بخلاف السبب غير المألوف الذي لا يحدث الضرر عادة ولكن أحدثه عرضا. [162]

وترى الباحثة أن هذه النظرية أقرب من غيرها إلى الواقع، كونها لا توسع في علاقة السببية وبالتالي توسع من المسؤولية هذا من جهة، ومن جهة أخرى لا تعطي الفرصة للمصرف للتنصل من جزء من المسؤولية عن طريق إثبات الخطأ الصادر من العميل مثلا.

وبالرجوع إلى نصوص مجلة الأحكام العدلية نجد أنها تأخذ بهذه النظرية ذلك أن الأضرار بالمباشرة الواردة في المجلة تستلزم وجود علاقة سببية مباشرة بين الفعل والضرر بحيث إذا انقطعت هذه العلاقة لا يكون الفاعل مسؤولا، إضافة إلى أخذها بقاعدة قاعدة " إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر"، [163] أي أن اجتماع المتسبب والمباشر يؤدي إلى مسؤولية المباشر على اعتبار أن المباشرة تشكل السبب المباشر الذي لا يوجد بينه وبين النتيجة المترتبة عليه أي

([159]) (محمد، 2014، ص14)

([160]) (زكرياء، وعماد الدين، 2020-2021، ص53-54).

(161) (دواس،2012، ص 105).

([162]) (زكرياء، وعماد الدين، 2020-2021، ص54)

([163]) المادة (90) من مجلة الاحكام العدلية العثمانية.

فعل آخر مما يجعلها السبب المنتج للضرر. [164] وعليه إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر، فاذا كان المضرور مباشرا فلا ضمان على المتسبب، كما لو قدم شخص سلاحا لأخر فقتل نفسه فلا ضمان على صاحب السلاح، وإذا اشترك المضرور بفعله مع المدعى عليه المسؤول عن احداث الضرر وزعت المسؤولية بينهما، فلو تشبث شخص بثياب اخر المملوكة له وانشقت بجر صاحبها فيضمن نصف قيمتها لأن التلف حاصل من مجموع فعل صاحب الثياب وفعل المتشبث الأمر الذي اقتضى انقسام الضمان بينهما بالتساوي وأن يكون فعل صاحب المال هدرا وأن يضمن المتثبت نصفه حصرا. [165]

وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي فقد عالج مسألة خطأ الغير بطريقة مختلفة بحيث تحدث في مجلة الأحكام العدلية بصورة غير مباشرة عن خطأ الغير مستعملا مصطلحات فقهية خاصة يتجلى ذلك من خلال التقسيم الوارد في مجلة الأحكام العدلية بخصوص الأفعال وأنواعها بحيث قسمت الأفعال إلى أفعال بالمباشرة يكون حينها الفاعل" المباشر" وأفعال بالتسبب يكون حينها الفاعل" المتسبب". [166]

كما وردت قاعدة في المادة (92) في مجلة الأحكام العدلية وهي "المباشر ضامن وإن لم يتعمد"، يتضح من خلال القاعدة أعلاه أن العبرة تكمن في جبر الضرر والتعويض عنه بغض النظر عن أي اعتبار آخر، وهنا نلاحظ أن الضمان الوارد في الفقه الإسلامي يقوم بحق الشخص الذي أدى مباشرة لوقوع الضرر دون الاعتداد بقيام خطئه أم لا، فنقول مثلا إن المصرف قد باشر في إحداث الضرر الواقع، أي أنه هو من سيتحمل المسؤولية وحده ولا يستطيع أن يدفع ذلك عنه بتمسكه بفعل الغير، وهذا ما تؤكده القاعدة الفقهية الواردة في المادة (90) من مجلة الأحكام العدلية والتي تنص: "إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر". [167]

---

(164) (دواس، 2012،، ص 105).

([165]) (حيدر.2003، ص 604).

(166) نصت في المادة (887) بأن "الاتلاف مباشرة هو اتلاف الشيء بالذات ويقال لمن فعله فاعل مباشر" أي الاتلاف الذي لا يتخلل بين فعل المباشر وبين تلف المال فعل اخر، ونصت المادة (888) على أنه: "الاتلاف تسببا هو التسبب لتلف شيء يعني احداث امر في شيء يفضي الى تلف شيء اخر على جري العادة ويقال لفاعله متسبب" كمثل الذي يقطع حبلا معلقا به قنديل فيسقط القنديل وينكسر فيضمن الحبل مباشرة ويضمن كسر القنديل تسببا، ففي المباشرة ينظر للضرر وحده، ولكن في التسبب ينظر الى السلوك والضرر سويا. انظر:1-انظر (حيدر، 2003، ص508)، و(العماوي، 2013، ص550).

([167]) نصت المادة: (1007) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: "أَنَّ الْإِكْرَاهَ الْمُلْجِئَ يَكُونُ مُعْتَبَرًا فِي التَّصَرُّفَاتِ الْقَوْلِيَّةِ عَلَى مَا ذُكِرَ فِي الْمَادَّةِ السَّابِقَةِ كَذَلِكَ فِي التَّصَرُّفَاتِ الْفِعْلِيَّةِ، وَأَمَّا الْإِكْرَاهُ غَيْرُ الْمُلْجِئِ فَيُعْتَبَرُ فِي التَّصَرُّفَاتِ الْقَوْلِيَّةِ فَقَطْ وَلَا يُعْتَبَرُ فِي التَّصَرُّفَاتِ الْفِعْلِيَّةِ. فَعَلَيْهِ لَوْ قَالَ أَحَدٌ لِآخَرَ اتْلَفْ مَالَ فُلَانٍ وَإِلَّا أَقْتُلْك أَوْ اقْطَعْ أَحَدَ أَعْضَائِك فَأَتْلَفَ ذَلِكَ يَكُونُ الْإِكْرَاهُ

كما أن المسؤولية تضاف للمتسبب في حالة التعمد والتعدي [168] وهو ما أكدته المادة (93) من مجلة الأحكام العدلية بحيث نصت على أنه: " المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد"، وكذلك المادة (924) من المجلة التي نصت " يشترط التعدي ليكون التسبب موجبا للضمان". [169]

وقد تكون المسؤولية في بعض الحالات على المتسبب وليس على المباشر عندما ينص القانون على ذلك أوفي حالة وجود سوء نية من المتسبب، وصور التسبب بأحداث الضرر كثيرة فقد يكون تسبب بالقيام بفعل إيجابي أو بامتناع أو تسبب بعدم الاحتراز أو التغرير أو تسبب عمدي، وجميعها يكون المسؤولية على المتسبب.

ثانيا: حالة الخطأ المشترك ويقصد بحالة الخطأ المشترك عدم استغراق خطأ أحد الطرفين لخطأ الآخر أي أن الطرفين اشتركا في إحداث الضرر، فلا يكون خطأ العميل جسيما بالشكل الذي يؤدي إلى إعفاء المصرف من المسؤولية وانما قد أسهم مع خطأ المصرف في إحداث الضرر. [170]

وبالرجوع إلى مجلة الأحكام العدلية نجد أنها عالجت مسألة الخطأ المشترك بطريقة خاصة كالآتي:

1- إذا كان فعل العميل هو السبب الوحيد والمباشر في حدوث الضرر فيتحمل العميل وحده نتيجة الضرر الذي ألحقه بنفسه؛ بحيث ورد في الفقه الإسلامي "من حفر بالوعة في الطريق فتعمد آخر المرور عليها أو ألقى بنفسه أو بدابته في الحفرة، فالضمان على الحافر"، أي يعتبر من قبيل التعمد وهذه الحالة تشبه حالة الاستغراق، وعليه فلا ضمان على المصرف كون العميل قد تعمد إلحاق الضرر بنفسه.
2- إذا اشترك العميل مع المصرف في إحداث الضرر، كما لو اصطدم فارسين ببعضهما فتموت دابة كل منهما فقد ميز الفقه الإسلامي حينها بين ثلاثة حالات:

أ- إذا كان السبب الأجنبي الذي أدى إلى إحداث الضرر بالاشتراك هو آفة سماوية كالرياح الشديدة، فلن يلزم أحدهما بتعويض الأخر في هذه الحالة أو أن يتحمل جزء منه ويعبر عن الأثر بأن "الضرر هدر".

مُعْتَبَرًا وَيَلْزَمُ الضَّمَانُ عَلَى الْمُجْبِرِ فَقَطْ، وَأَمَّا لَوْ قَالَ اتْلَفْ مَالَ فُلَانٍ وَإِلَّا أَضْرِبْكَ أَوْ أَحْبِسُك وَأَتْلَفَ ذَلِكَ فَلَا يَكُونُ الْإِكْرَاهُ مُعْتَبَرًا وَيَلْزَمُ الضَّمَانُ عَلَى الْمُتْلِفِ فَقَطْ حَيْثُ كَانَ ذَلِكَ مِمَّا يُحْتَمَلُ عَادَةً"، أي أن الاكراه الملجأ ينفي مسؤولية المباشر ويرتب المسؤولية على المتسبب.

([168]) (التعمد يكون من خلال قصد الفعل وقصد الحاق الضرر بالمضرور، أما التعدي يكون خارجا عن مجال الإباحة قانونيا للفاعل ولا يجوز فعله وليس للفاعل حق في القيام بالفعل).

([169]) للمزيد انظر:(الشامي، 1990م، ص190_193)

([170]) (الغانمي، 2016، **ص** 229).

ب- اما إذا كان الاصطدام نتيجة تعد من أحدهما على الآخر الذي لم يتعد وتم إثبات هذا التعدي فالضمان يكون على المتعدي وحده، كما لو أهمل أحد الفرسان ربط لجام فرسه بالشكل الصحيح مما أدى إلى فزعها عند الحركة فاصطدمت الفرسان ببعضهما.

ت- أما إذا نتج الضرر بسبب فعل كل من المضرور والمدعى عليه أي أن كل منهما متعدٍ كأن يهمل كلا الفارسين في المحافظة على ضبط دوابهما، تطبيق أحكام الخطأ المشترك السالف ذكرها، وقد اختلف الفقهاء في هذه الحالة بحيث يرى الفقه الحنفي: أن كل واحد من الطرفين "الفارسين" يضمن للآخر الضرر الذي حل به أو بدابته بغض النظر عما إذا كان الضرر هذا في النفس أو في المال، فإذا كان الضرر بالنفس يضمن الورثة ذرية الآخر في حال وفاة المدين، وهكذا الحكم ذاته بالنسبة للطرف الآخر، وإن كان الضرر بالمال فيضمن كل منهما مال الآخر، ويرى الرأي الآخر بأن: كل من الطرفين يضمن لنصف الضرر الذي لحق بكل منهما، لأن الضرر حصل نتيجة فعليهما معا.

من خلال ما سبق تلاحظ الباحثة أن المسؤولية العقدية للمصرف في القانون الفلسطيني تنشأ بعد انعقاد العقد المصرفي إلا أن الواقع العملي يبرز عجز هذه القواعد عن تنظيم المسؤولة المصرفية كونه لا يعالج المسؤولية المدنية للمصرف في مرحلة ما قبل إبرام العقد المصرفي، فالحقيقة أن المسؤولية المصرفية لا تنشأ بعد انعقاد العقد وإنما قد تنشأ قبل إبرام العقد المصرفي بين المصرف والعميل وبالتالي يترتب على هذه الإخلال إضرار بالعميل أو غيره، فمثلا في مرحلة ما قبل التعاقد، يقع على عاتق المصرف حين طلب قرض من قبل العميل أن واجب هو واجب الاستعلام وألا يتخذ القرار بشان التعاقد من الزبون إلا بعد الحصول على كافة المعلومات والمعطيات التي تمكنه من اتخاذ القرار بشأن التعاقد مع الزبون وتقدير المخاطر المترتبة على هذا العقد حتى لا يساهم قرار البنك في تأزيم الوضع المالي للزبون وبالتالي يكون مسؤولا عما لحق الزبون من مخاطر بعد تسلمه القرض ففي هذه الحالة يتم الرجوع الى قواعد المسؤولية التقصيرية إن أمكن لعدم وجود تنظيم قانوني متخصص ينطلق من طبيعة العمل المصرفي لتنظيم العاملات المصرفية وتلاحظ الباحثة أن قواعد المسؤولية عن الفعل الضار قد تؤدي إلى افلات المصرف من المسؤولية في كثير من الحالات وبالتالي لا بد من وجود تنظيم قانوني متخصص في المعاملات المصرفية.

1.3الفصل الثاني:

شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية المصرفية

سبق وأشرنا إلى أنه بتوافر أركان المسؤولية العقدية للمصرف المتمثلة (بالخطأ الصادر من المصرف أو من أحد تابعيه، والضرر الذي لحق بالعميل، وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر) يؤدي إلى انعقاد المسؤولية في مواجهة العميل وبالتالي ترتب المسؤولية العقدية حكمها هو التعويض؛ مما يلزم المصرف بتعويض العميل عن أي ضرر نتج عن إخلاله بتنفيذ التزامه، ولكن في حال وجود شرط يعفي من المسؤولية فإنه يعفي من المسؤولية العقدية بالرغم من قيامها بموجب القواعد العامة، بحيث يعطى المصرف إمكانية التنصل من المسؤولية العقدية، ونظرا لخطورة هذا الشرط على المسؤولية العقدية وعدم وجود تنظيم قانوني متخصص ينظم المسؤولية العقدية المصرفية لا بد من دراسة هذا الشرط بشيء من التفصيل ومحاولة تطبيق القواعد العامة للمسؤولية لبيان ماهية الشرط المعفي من المسؤولية العقدية ومدى صحة اشتراط مثل هذه الشروط من قبل المصرف، والقيود الواردة عليه والآثار المترتبة على إيراد مثل هذا الشرط في العقود المصرفية، وعليه تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين: تحدث المبحث الأول عن: ماهية شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية المصرفية وتحدث المبحث الثاني عن: القيود الواردة على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية المصرفية.

1.1.3 المبحث الأول: ماهية شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية المصرفية

لقد أشرنا في الفصل السابق أن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية المصرفية يهدف إلى سلب المسؤولية العقدية جزائها وهو التعويض، لخطورة شرط الإعفاء من المسؤولية لا بد من بيان ماهية شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية المصرفية ومدى جواز هذا الشرط، وعليه سيتم بيان مفهوم شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية المصرفية في المطلب الأول ومن ثم بيان جواز شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية المصرفية في المطلب الثاني.

1.1.1.3 المطلب الأول: مفهوم شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية وصوره

يتحدث هذا المطلب عن مفهوم الشرط المعفي وصوره، بحيث يتناول مفهوم الشرط المعفي في الفرع الأول، ويتناول صور الشرط المعفي في الفرع الثاني.

1.1.1.1.3 الفرع الأول: مفهوم شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية

عرف شرط الإعفاء من المسؤولية بأنه: الاتفاق الذي يتنازل بموجبه أحد الأطراف عن حقه بالتعويض عما أصابه من ضرر في مواجهة الآخر، حيث يكون هذا الأخير ملتزما بالتعويض في مواجهته، [171] كما عرف بأنه: "إعفاء المصرف من النتائج المالية المترتبة على خطئه، ويفترض توافر جميع عناصر المسؤولية قبله" [172] وتلاحظ الباحثة أن هذين التعريفين يخلطان بين شرط الإعفاء من المسؤولية والصلح، حيث أن الصلح يكون بعد انعقاد المسؤولية وتحقق أركانها، أي أن الاتفاق عليه يكون بعد وقوع الضرر، إلا أن شرط الإعفاء من المسؤولية يكون سابقا على وقوع الضرر وتحقق المسؤولية ، بحيث يشترط فيه تحقق أركان المسؤولية ولكنه يمنع من التعويض.

كما عرف بأنه: "الإعفاء من التزام أو بتخفيف عبء الالتزام فلا يسأل إلا عن الإخلال به إذا ارتكب غشا أو خطا جسيما"، [173] وتلاحظ الباحثة أن التعريف يخلط بين شرط الاعفاء من المسؤولية والاتفاق على إعفاء أحد المتعاقدين من أحد الالتزامات الناشئة عن العقد؛ الذي يتناول أحد الالتزامات العقدية قبل الإخلال به بينما شرط الإعفاء من المسؤولية الذي يشترط وقوع الإخلال أي تحقق عناصر المسؤولية قبل إعمال اشرط، فالمدين في حالة شروط الاعفاء من الالتزامات الناشئة عن العقد يكون بريء الذمة من الالتزام ولا يمكن فيه أن يكون مسؤولا عن عدم تنفيذه ، أما شروط الاعفاء من المسؤولية فلا يترتب عليها هذا الأثر الحاسم ولا يعفي المدين بمقتضى البند

([171]) (ابتسام، 2017، ص55).

(172) (الخرينج، 2010، ص 52).

([173]) (عبد الله، 2017، ص 13).

الموجود في العقد في كل الأحوال إعفاء كاملا إذا لم ينفذ التزامه بل يظل مسؤولا عن عشه وخطأه الجسيم. [174]

كما عرف بأنه: هو الشرط الذي يهدف إلى إعفاء أحد أطراف العقد من مسؤولية خرق العقد، [175] ويؤخذ على هذا التعريف أنه ينصب على الهدف من الشرط وهو تعديل آثار المسؤولية الناتجة عن العقد وليس إلى الشرط نفسه.

كما وعرف بأنه: الاتفاق الذي يهدف إلى رفع المسؤولية كلية عن مرتكب الفعل الضار ومنع المطالبة بالتعويض الذي يقضي به القواعد العامة **[176]**؛ ويؤخذ على هذا التعريف أنه يشمل الإعفاء من المسؤولية التقصيرية فهو يعرف شروط الإعفاء من المسؤولية المدنية بشكل عام.

وعرف أيضا بأنه: تنازل المضرور قبل وقوع أي ضرر عن حقه في المطالبة بتعويض هذا الضرر، **[177]** ترى الباحثة أن هذا التعريف هو تعريف صحيح لكنه غير جامع.

وعليه يمكن للباحثة تعريف شرط الإعفاء من المسؤولية بأنه: أحد الشروط المقترنة بالعقد، يعفي بموجبه العميل المصرف مسبقا من المسؤولية التي قد تترتب في ذمته نتيجة عدم تنفيذ التزامه العقدي، فلا تتحقق المسؤولية بموجب هذا الشرط، بالرغم من تحققها بموجب القواعد العامة،

بناء على ما سبق نلاحظ أن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية لا ينصرف إلى المسؤولية فيعدمها وإنما يهدف إلى إعفاء المدين من دفع التعويض الناتج عن إخلاله باعتباره الأثر المترتب على تحقق المسؤولية،**[178]** بحيث يظل ملتزما بما يفرضه العقد من التزامات ولكن إذا لم ينفذ التزامه فلا يكون مسؤولا عن تعويض العميل، فالإعفاء من المسؤولية لا يحول دون نشأة المسؤولية العقدية وقيامها ولكن يحول دون نتائج المسؤولية وهي الالتزام بالتعويض فالمصرف يعتبر مسؤولا عن تنفيذ الالتزام العقدي وإن كان غير مسؤول عن عدم التنفيذ، وعليه فلا يعفى المصرف في كل الأحوال وإنما يكون مسؤولا عن غشه وخطأه الجسيم، وترى الباحثة أن هذا الأمر في غاية الأهمية كون الخطأ المصرفي قد يكون مشتركا بين المصرف والغير وبالتالي فإن قيام المسؤولية يمكن العميل من الرجوع على الغير بالتعويض كون شرط الإعفاء الوارد في العقد المصرفي لا يسرى الا

([174]) (الخرينج، 2010، ص 36). وانظر أيضا:(زكي، 1990، ص 503).

([175]) (عبد الحق، 2020-2021 ، ص374).

([176]) (العيسائي، 1998، ص40).

([177]) (علي، وصالح، 2014، ص 244).

([178]) (ابتسام، 2017، ص30).

على أطرافه، كما أن هناك فرصة للعميل من التمسك ببطلان شرط الاعفاء وبالتالي الحصول على التعويض من المصرف وهذا ما سيتم تفصيله غفي المبحث الثاني من هذه الدراسة.

ومن أمثلة الشروط التي تعفي المصرف من المسؤولية عن أي أضرار تصيب العميل جراء إخلال المصرف: "البنك غير مسؤول في أي حال من الأحوال عن الانقطاع المؤقت للخدمة الناجم عن أحداث مستقلة عن إرادته مثل عطل أو قطع أسلاك الاتصالات أو الاضطرابات أو الإضرابات ... الخ"، ومن ذلك أيضا: "المصرف غير مسؤول عن الأضرار التي تحدث نتيجة سوء عمل الشبكة العامة للاتصالات السلكية واللاسلكية". [179]

حيث أن هذه الشروط تسعى إلى إعفاء المصرف من المسؤولية في حالات واسعة بحيث توسع من حالات الابراء من المسؤولية، وبالتالي يصبح المصرف غير مسؤول عن فشل أي عمليه يكلف بها إذا رجع هذا الفشل إلى خطأ فني أثناء استخدام أية أداة من أدواته أو خطأ في الاتصالات أو بسبب ظروف خارجة عن إرادته، وبالرجوع إلى القواعد العامة نجد أن كثير من هذه الحالات لا تندرج ضمن السبب الأجنبي إذ تفتقد إلى شرط استحالة الدفع وشرط الاستقلال عن البنك، وبذلك يعفي المصرف نفسه من المسؤولية في حال عدم توافر شروط السبب الأجنبي، كما أن وجود شرط الإعفاء من المسؤولية يخفف عبئ الإثبات على المصرف.[180]

وقد سبق وأن أشرنا إلى السبب الأجنبي وهو كل أمر غير منسوب إلى المصرف أدى إلى حدوث ضرر لحق بالعميل ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا فهو فعل خارج عن إرادة المصرف لم يكن متوقعا بالنسبة له ولا يستطيع دفعه، كالقوة القاهرة أو خطأ العميل أو خطأ الغير [181]، فتنعدم مسؤولية المصرف لانعدام العلاقة السببية، ويتوجب على المصرف إثبات السبب الأجنبي للتخلص من المسؤولية. [182] وعليه فان العقد ينفسخ من تلقاء نفسه وعندها تقتصر مهمة القاضي على تثبيت زوال الرابطة التعاقدية دون إمكانية الحكم بأي عطل وضرر[183] أي تنتفي المسؤولية في حالة السبب الأجنبي، أما شرط الإعفاء من المسؤولية فهو لا ينصب على المسؤولية فيعدمها ولا يؤدي إلى إنهاء التزام المدين ولكنه يؤدي إلى إعفاء المدين من دفع التعويض بوصفه الأثر المترتب على اتحقق المسؤولية أي أنه شرط مقترن بالعقد ويخضع لأحكام الشروط المقترنة بالعقد وبالتالي

([179]) (غنام، شريف، مرجع سابق، ص 101).

([180]) (غنام، شريف، 2010، ص 69-71).

([181]) "يقصد بالغير هو كل من لم يكن طرفا في العقد ولا يكون العاقد مسؤول عنه قانونا، أي انه كل شخص لا يرتبط بأي صورة كانت مع أطراف العقد أصالة أو نيابة".

([182]) (ابتسام، 2017، ص45).

([183]) (مدغمش، جمال، 1995، ص 12).

فإن يقتصر على أطراف العلاقة التعاقدية، بالتالي يجوز للمضرور الرجوع على المدين بما لحقه من ضرر. [184]

2.1.1.1.3 الفرع الثاني: صور شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية المصرفية

الصورة الأولى: أن يكون الشرط بندا في العقد وهذه هي الصورة الغالبة في شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية، فيدرج في العقد بنود تتعلق بآثار إخلال أحد العاقدين فيه بالتزاماته الناشئة عنه، بحيث تعفيه من التعويض عن الضرر الذي نشأ عن هذه الإخلال، [185] ويجب قبول العميل لهذا الشرط وذلك بالتوقيع على العقد أو على الاتفاق عند إبرام العقد أو قبله قبولا واضحا. [186]

ما ورد في البند (5) من بنود تنص الشروط والتعليمات الخاصة بالاشتراك في الخدمات الالكترونية في البنك الأهلي فرع فلسطين–جنين: "تعتبر جميع دفاتر البنك أو أية شهادة صادرة عن البنك مستقاه منها مصدقة وحجة قاطعه على العميل ولا يجوز الطعن في صحتها أو الاعتراض عليها".

الصورة الثانية: أن يكون الشرط وليد اتفاق مستقل حيث قد يأخذ شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية المصرفية صورة اتفاق مستقل بعد انعقاد العقد المصرفي، ويحب أن يكون شرط الإعفاء من المسؤولية واضحا بحيث يعبر عنه صراحة وبدون أي غموض ويجب أن يتم التأكد من أن صياغة الشرط تتسع لتغطي الإخلال الصادر عن المصرف بحيث لا يجوز التوسع في تفسير الشرط لما يرتبه من آثار على المسؤولية بين المصرف والعميل، كونه استثناء عن القاعدة العامة. [187]

ويجب أن يكون العميل على علم بالشرط ومن ثم قبوله له سابقا، أو على الأقل معاصر لإبرامه، أما إذا علم به بعد إبرام العقد فقد قام العقد دون الشرط ويتوجب على المصرف إثبات قبول العميل له، وهذا ما قررته محكمة النقض الفرنسية حيث ألزمت قاضي الموضوع في البحث عن مدى قبول العميل لشرط الاعفاء من المسؤولية، قبل تطبيق بند الإعفاء من المسؤولية، مؤكدة أن القبول يجب أن يكون سابقا لإبرام العقد. [188]

([184]) (علي، و صالح. 2014، ص244).

([185]) (ابتسام، 2017، ص30).

([186]) (عوض، 2008، ص 1103).

([187]) (عامر، و عامر. ، 1979، ص 575).

(188) (الخرينج، 2010، ص 52).

نخلص مما سبق: إلى وجوب العلم اليقيني بشروط الإعفاء من المسؤولية المذكورة في العقد وفقا لمبدأ حسن النية في برم العقود ومبادئ الأمانة التي تقوم عليها المعاملات التجارية، والتي تملي على المصرف تنبيه العميل إلى الشرط لخطورته على حقوقه. [189]

2.1.1.3 المطلب الثاني: جواز أو عدم جواز شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية المصرفية

لقد ظهر الجدال بخصوص شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية المصرفية في القرن التاسع عشر بسبب ظهور الثورة الصناعية ونهوض المشروعات الكبرى وانتشار نشاط التجارة الداخلية والخارجية وهيمنة الشركات الكبرى على المعاملات المالية بين الأفراد مما دفعها لإدراج مثل هذا الشرط خوفا من المسائلة الأمر الذي دفع الفقه والقضاء للبحث في مدى جوازه ومحاولة إيجاد حلولا له، [190] بغية تحقيق التوازن بين المصالح المتنافسة المتمثلة بحماية المستهلك من جهة وحرية التعاقد من جهة أخرى. [191]

وعليه تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين: تحدثنا في الفرع الأول عن جواز أو عدم جواز الإعفاء من المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي، كما تحدثنا في الفرع الثاني عن جواز أو عدم جواز الإعفاء من المسؤولية عن أخطاء التابعين.

1.2.1.1.2 الفرع الأول: جواز شرط الإعفاء من المسؤولية الشخصية.

انقسم الفقهاء بخصوص شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية إلى قسمين، ذهب القسم الأول إلى إجازة الشروط المعفية من المسؤولية العقدية بينما ذهب الآخر إلى عدم إجازتها.

الرأي الأول: عدم صحة الشروط المعفية من المسؤولية العقدية

انقسم الفقهاء الذين ينادون بعدم صحة شروط الإعفاء من المسؤولية إلى قسمين: فمنهم من ذهب إلى مخالفة شروط الإعفاء من المسؤولية للنظام العام والآداب العامة، ومنهم من ذهب إلى عدم صحتها إلى عدة مبررات أخرى.

أولا: ان الشروط المعفية من المسؤولية العقدية مخالفة للنظام العام والآب العامة

---

(189) (الخرينج، 2010، ص 56-68).

([190]) (محمد، دمانه. ، 2011، ص241).

([191]) (علي، و صالح، مرجع سابق، ص 242).

ذهب بعض هذا الرأي الفقهي إلى أن: الشروط المعفية من المسؤولية العقدية مخالفة للنظام العام وتهدم فكرة المسؤولية العقدية، ولكن أخذ على هذا الرأي أن الإعفاء من المسؤولية له نظام قانوني محدد تشريعيا حيث حدد لها المشرع جزاء وهو التعويض، [192] وترى الباحثة أيضا أن شرط الإعفاء من المسؤولية لا يتعلق بالمصلحة العليا في المجتمع وإنما يتعلق بمصلحة أطراف العلاقة التعاقدية وبالتالي فلا يكون دائما مخالفا للنظام العام والآداب العامة بل أن شرط الإعفاء من المسؤولية مقيدا بعدم مخالفته للنظام العام والآداب العامة.

ومن الأمثلة على شروط الإعفاء غير المخالفة للنظام العام ما ورد في البند (20) من الشروط والأحكام العامة لدى بنك فلسطين فرع جنين: تعليمات العميل " ان أوامر الدفع أو التحويل يجب أن تتضمن بيانا بالقيمة ورقم الحساب واسم المستفيد من أمر الدفع أو التحويل وأية بيانات يطلبها البنك ولا يكون البنك مسؤولا عن تنفيذ أي أوامر إذا كانت مخالفة لهذا الشرط"، فيصح هذا الشرط كونه غير مخالف للنظام العام والآداب.

ثانيا: عدم صحة الشروط المعفية من المسؤولية العقدية سندا لعدة مبررات

ذهب بعض الفقه إلى رفض شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية للمصرف عن الفعل الشخصي واستندوا في قولهم الى عدة مبررات:

- أن الاستناد إلى الحرية التعاقدية لقبول شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية إن كان يصلح بالنسبة لبعض العقود إلا أنه لا يصلح للأغلبية، لأن الطرفين لا يقفان على قدم المساواة لمناقشة شروط العقد بل ينفرد أحد أطراف العلاقة التعاقدية بصياغة العقود ولا يملك الطرف الآخر فرصة مناقشتها بالتالي فإن هذه الشروط تجعل تنفيذ الالتزام معلقا على شرط إرادي محض بيد المدين وحده، وهذا ما يظهر في العقود المصرفية حيث لا يقف العميل مع المصرف على قدم المساواة بل ولا يستطع مناقشة هذه الشروط التعاقدية، مما يؤدي إلى انتفاء الحرية التعاقدية للعميل، حيث يكون العميل غالبا مضطرا إلى ابرام العقد مع المصرف مما يضطر لقبول التعاقد بموجب العقود المصرفية النموذجية التي تتضمن شروط الإعفاء من المسؤولية أما المصرف يقبل بكل تأكيد إدراج الشرط لأنه يعفيه من المسؤولية مستغلا حاجة العميل للتعاقد مما يصب في مصلحة المصرف.

([192]) (خوالده، 2007، ص39).

- إن شرط الإعفاء من المسؤولية في العقود يشجع على إساءة استعمال الحرية التعاقدية وبالتالي يؤدي إلى تشجيع المصرف على الإهمال وعدم الحرص في تنفيذ التزاماته الناتجة عن العقد مما يؤدي إلى الإضرار بالعميل وهذا يتضح في عقود الإذعان مما يؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي ويخالف مبدأ حسن النية في العقود. [193]
- أن المركز القانوني والاقتصادي للبنك باعتباره الممول الأساسي للمعاملات الاقتصادية يضعه في مركز متميز ويجعل العميل باعتباره مستهلكا بحاجة إلى حماية قانونية، مما قد يتعرض له من مخاطر ناتجة عن العمليات البنكية، لذلك لا بد من رفض الاعتراف بصحة الشروط المعفية إضافة إلى إيجاد قواعد قانونية خاصة يتم إيرادها في قوانين حماية المستهلك نظرا لما تمثله هذه الشروط من خطورة بحق العميل بمثابة المستهلك. [194]
- ان المصرف يمارس عملا يجني من ورائه الربح وبالتالي يجب له أن يتحمل نتائج هذا النشاط سواء كانت إيجابية أو سلبية تطبيقا لقاعدة الغرم بالغنم. [195]

الرأي الثاني: يرى بصحة شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية المصرفية

ينادي الفقه الحديث بصحة شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، وأهم مبدأ ترتكز عليه هو الحرية العقدية، حيث أن التزامات الأطراف منشؤها العقد، وبالتالي يجوز للأطراف استبعاد أو استبدال التزامات بأخرى بها لأن العقد شريعة المتعاقدين، وبالتالي يجوز للمدين التخلص مقدما بمقتضى بند في العقد من المسؤولية المترتبة عن إخلاله بالالتزامات الناشئة عنه في إطار الحدود التي تتوافق مع المبادئ العامة للتعاقد، بالإضافة إلى أن شرط الاعفاء لا يخالف دائما النظام العام والآداب العامة بل ويشترط لنفاذ شرط الإعفاء من المسؤولية عدم تعارضه مع النظام العام والآداب العامة وحسن النية في العقود وأن لا يكون مخالفا للغاية من التعاقد أو لقاعدة قانونية آمرة،[196] كما يرتكز هذا الفقه على أن هذه الشروط تنصب على المسؤولية المترتبة عن الالتزام وليس الالتزام نفسه والفرق بين الأمرين واضح ، كما أن شرط الإعفاء من المسؤولية يتيح للمصرف أن يكون في منأى عن المسؤولية في حال اقتراف خطأ عمدي أما إذا صدر بناء على غش أو خطأ جسيما فإنه يبقى مسؤولا أمام العميل وبالتالي لا يترتب على شرط الإعفاء أي أثر قانوني. [197]

([193]) (خوالده، 2007، ص39).

([194]) (الضفيري، 2012، ص412 وما بعدها).

([195]) (أبو فروة، 2009، 175).

(196) (خوالده، 2007، ص40) ، و (بلقاسم، أعراب، 1984، ص2) ، و (الدواغرة، 2017، ص41).

(197) (ابتسام، 2017، ص58-59).

ويرى هذا الفقه أن هناك عقود يكون فيها عنصر الإذعان متوفرا بحيث أن الطرف القوي يفرض على الطرف الضعيف شروطا لا يملك هذا الأخير سوى قبولها فإن الأمر لم يكن كذلك بالنسبة لسائر العقود ذلك أن هناك عقود وهي كثيرة يشترط فيها أحد الأطراف إعفاءه من المسؤولية ورغم ذلك لا يعتبر عقود إذعان ذلك أن مسالة الأذهان هي مسالة متروكة للقاضي وله في ذلك سلطة تقديرية وحتى لو افترضنا أن العقد هو إذعان تستطيع في هذه الحالة اللجوء إلى القضاء وتبطل الشروط التعسفية إذا كان الشرط تعسفيا ولا نتذرع بالحرية التعاقدية. [198]

وبرجوع الباحثة إلى مجلة الأحكام العدلية لم تجد أي نص يتعلق بشروط الإعفاء من المسؤولية العقدية المصرفية، ولكن ترى الباحثة أنه يمكن إجازتها بالاستناد إلى القواعد العامة التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، حيث نصت مجلة الأحكام العدلية على أنه: "العقد التزام المتعاقدين وتعهدهما أمرا وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول "، [199] و"يشترط في صحة الإجارة رضا العاقدين"، [200] و"يلزم مراعاة الشرط قدر الإمكان"، [201] و" إذا باع مالا على أنه بريء من كل عيب ظهر فيه لا يبقى للمشتري خيار عيب". [202]

من خلال المواد أعلاه تجد الباحثة أنها تستند بشكل أساسي إلى مبدأ حرية التعاقد الذي يتيح للمتعاقدين تنظيم العلاقة التعاقدية بينهما وفقا لما ما يرونه من شروط، وبالتالي يجوز لهم استبعاد أو استبدال التزامات أخرى بها لأن العقد شريعة المتعاقدين، وبما أنه يحق للمدين أن يشترط اعفاؤه من الضمان عن أي عيب في المبيع اتجاه الدائن، فيقاس عليه هذه الحالة وبالتالي يصح الاتفاق على الإعفاء من الضمان، وعليه يجوز للمصرف التخلص مقدما بمقتضى بند في العقد من المسؤولية المترتبة عن إخلاله بالالتزامات الناشئة عنه في إطار الحدود التي تتوافق مع المبادئ العامة للتعاقد.

وما يؤكد ذلك أن مجلة الأحكام العدلية قامت بتقسيم الشروط المقترنة بالعقد إلى ثلاثة أنواع:(الشرط الجائز، والشرط الفاسد، والشرط اللغو)، ونصت أن الشروط الواجب مراعاتها هي الشروط الجائزة الموافقة للشرع وعليه فإذا كان الشرط الوارد في العقد المصرفي غير مخالف للشرع أو القانون فلا يوجد ما يحظر الحكم به. [203]

---

(198) (ابتسام، 2017، ص57).

([199]) المادة (103) من مجلة الأحكام العدلية.

([200]) المادة (448) من مجلة الأحكام العدلية.

([201]) المادة (83) من مجلة الأحكام العدلية.

(202) المادة (342) من مجلة الاحكام العدلية.

(203) (حيدر، 2003، ص 84-85).

كما أن مجلة الأحكام العدلية نصت في المادة (186): "الْبَيْعُ بِشَرْطٍ يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ صَحِيحٌ وَالشَّرْطُ مُعْتَبَرٌ. مَثَلًا لَوْ بَاعَ بِشَرْطِ أَنْ يَحْبِسَ الْمَبِيعَ إلَى أَنْ يَقْبِضَ الثَّمَنَ فَهَذَا الشَّرْطُ لَا يَضُرُّ فِي الْبَيْعِ بَلْ هُوَ بَيَانٌ لِمُقْتَضَى الْعَقْدِ"، ونصت في المادة (187): "الْبَيْعُ بِشَرْطٍ يُؤَيِّدُ الْعَقْدَ صَحِيحٌ وَالشَّرْطُ أَيْضًا مُعْتَبَرٌ مَثَلًا لَوْ بَاعَ بِشَرْطِ أَنْ يَرْهَنَ الْمُشْتَرِي عِنْدَ الْبَائِعِ شَيْئًا مَعْلُومًا أَوْ أَنْ يَكْفُلَ لَهُ بِالثَّمَنِ هَذَا الرَّجُلَ صَحَّ الْبَيْعُ وَيَكُونُ الشَّرْطُ مُعْتَبَرًا حَتَّى أَنَّهُ إذَا لَمْ يَفِ الْمُشْتَرِي بِالشَّرْطِ فَلِلْبَائِعِ فَسْخُ الْعَقْدِ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ مُؤَيِّدٌ لِلتَّسْلِيمِ الَّذِي هُوَ مُقْتَضَى الْعَقْدِ"، كما ونصت المادة (188): "الْبَيْعُ بِشَرْطٍ مُتَعَارَفٍ يَعْنِي الْمَرْعِيَّ فِي عُرْفِ الْبَلَدِ صَحِيحٌ وَالشَّرْطُ مُعْتَبَرٌ، مَثَلًا: لَوْ بَاعَ الْفَرْوَةَ عَلَى أَنْ يَخِيطَ بِهَا الظِّهَارَةَ، أَوْ الْقُفْلَ عَلَى أَنْ يُسَمِّرَهُ فِي الْبَابِ أَوْ الثَّوْبَ عَلَى أَنْ يُرَقِّعَهُ يَصِحُّ الْبَيْعُ وَيَلْزَمُ عَلَى الْبَائِعِ الْوَفَاءُ بِهَذِهِ الشُّرُوطِ"، كما ونصت المادة (189):"الْبَيْعُ بِشَرْطٍ لَيْسَ فِيهِ نَفْعٌ لِأَحَدِ الْعَاقِدَيْنِ يَصِحُّ وَالشَّرْطُ لَغْوٌ مَثَلًا بَيْعُ الْحَيَوَانِ عَلَى أَلَّا يَبِيعَهُ الْمُشْتَرِي لِآخَرَ أَوْ عَلَى شَرْطِ أَنْ يُرْسِلَهُ إلَى الْمَرْعَى صَحِيحٌ وَالشَّرْطُ لَغْوٌ"، من خلال المواد أعلاه نجد أن مجلة الأحكام العدلية أجازت الشروط المقترنة بالعقد إذا كانت نافعة لأحد أطراف العقد، وبالتالي فإن لأطراف العقد المصرفي تضمين عقودهم ما يرونه من شروط بما لا يخالف النظام العام والآداب والأحكام القانونية الإلزامية كحسن النية في تنفيذ الالتزامات، كما أنها اعتبرت أن تعارف الناس على شرط سائغ شرعا يصح الشرط كون الشرط إذا كان متعارفاً عليه لا يكون محلا للنزاع، وعليه يصح شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية المصرفية، لأن الأصل في الأشياء الإباحة إلا ما ينص على عدم جوازه. [204]

وإذا كنت القواعد المكملة في مجلة الأحكام العدلية تجيز للأطراف الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية المصرفية إلا أنه هذا الاعفاء لم يترك على إطلاقه دون قيود تحمي المتعاقدين على أساس توازن المصالح بين الطرفين وإنما يقيد بأن لا يخالف النظام العام والآداب العامة ومقتضى العقد ولكن يشترط أن لا يكون الشرط المعفي من المسؤولية مخالفا لمقتضى العقد والهدف منه، [205] وأن لا يخفف المسؤولية الناتجة عن العمد والإهمال، لأنها متعلقة بقواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها وتخالف مقتضى العقد، وبناءً على ما سبق للتوصل إلى حقيقة مدى جواز اشتراط الإعفاء من المسؤولية العقدية يجب الرجوع إلى طبيعة العقد الذي يجمع بين الطرفين، والغاية التي أرادها الطرفين من هذا الاتفاق.

---

(204) (هشام، 2005، ص114).

([205]) (حيدر، علي. 2003، ص 86+160+161).

وفي جميع الأحوال يجب تفسير الاتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية بكل دقة وعدم التوسع في تفسير الشروط التي تعدل من أحكام المسؤولية، أي يجب تفسيرها تفسيرا ضيقا وذلك لأن هذه الاتفاقات هي استثناء من الأصل العام.

وقد أخذت محكمة النقض الفلسطينية بهذا الرأي واعتبرت شروط الاعفاء من المسؤولية صحيحة في وذلك في قرار: نقض حقوق رقم: (2023/1168) بتاريخ: (2012/12/21) بحيث اعتبرت أن شرط الاتفاق على اعتبار الكشوف الحسابية المعدة من قبل المصرف هو شرط صحيح وواجب التطبيق، وبالتالي فإنه فقد أجازت للأطراف الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية وبالتالي الإعفاء من التعويض.

ومن أمثلة شروط الإعفاء من المسؤولية الشروط الواردة في العقود المصفية التي تنص على اعتبار الكشوف الحسابية صحيحة ومنها: يعفي المصرف نفسه بموجبها من المسؤولية التي قد تترتب في ذمته حال حدوثها

1- **ما ورد البند (5) من بنود " الشروط والتعليمات الخاصة بالاشتراك في الخدمات الإلكترونية في البنك الأهلي فرع فلسطين – جنين":** "تعتبر جميع دفاتر البنك أو أية شهادة صادرة عن البنك مستقاه منها مصدقة وحجة قاطعه على العميل ولا يجوز الطعن في صحتها أو الاعتراض عليها "
2- **ما ورد في البند (19) من الشروط والأحكام العامة:** "يقر العميل على أن كافة سجلات البنك بما فيها السجلات الإلكترونية صحيحة وبينة قاطعة وملزمة ولا يحق له الاعتراض عليها أو الطعن بها".
3- **البند (26)** من **عقد تسهيلات ائتمانية لدى شركة بنك القدس قرع سيلة الظهر/جنين:**" نقر ونعترف بموجب هذا بأن دفاتر البنك وحساباته تعتبر بينه قاطعة على المبالغ المستحقة علينا بموجب هذه التسهيلات المصرفية، ونقر ونصرح بأنها نهائية وصحيحة، كما أننا نوافق على اعتبار كشوفات الحسابات الدورية التي يصدرها البنك والإشعارات الأخرى التي ترسل إلينا بمثابة إثبات كاف بمدى مديونيتنا والتزاماتنا تجاه البنك ما لم يعترض عليها خطيا وبالبريد المسجل خلال 15 يوما من استلامنا لها".
4- **البند (27) عقد تسهيلات ائتمانية لدى شركة بنك القدس فرع سيلة الظهر/ جنين:** فيما عدا السهو والخطأ يقر الفريق الثاني والكفيل ويعترفا بأن قيود ودفاتر وحسابات الفريق الأول بينة قاطعة ونهائية وملزمة لإثبات مديونية الفريق الثاني للمبالغ التي يطلبها الفريق الأول ولا يحق للفريق الثاني الاعتراض على تلك الحسابات ويتنازل عن أي حق قانوني يجيز له

تدقيق حسابات ودفاتر الفريق الأول من قبل المحكمة أو إبراز دفاتر الفريق لأول وقيود المحكمة أو لأي جهة أخرى.

2.2.1.1.3 الفرع الثاني: جواز أو عدم جواز شروط الاعفاء المسؤولية عن أخطاء الغير

سبق وأن أشرنا أن الخطأ العقدي كركن من أركان المسؤولية قد يحدث يقع بفعل المصرف شخصيا أو قد يقع بفعل الغير، وأنه يشترط لقيامه وجود عقد صحيح بين المصرف والعميل المضرور من فعل الغير، وأن يكون هذا الغير قد كلف بتنفيذ الالتزام بالاتفاق مع المصرف أو بموجب نص قانوني، وأن يصدر منه خطأ عقديا عند تنفيذ الالتزام. [206]

وقد ذهب بعض الفقه إلى عدم جواز الإعفاء من المسؤولية العقدية المصرفية عن أخطاء من يستخدمهم حتى وإن كانت جسيمة أو صادرة عن غش، بينما ذهب غالبيه الفقه إلى إجازة شرط الإعفاء من المسؤولية عن خطأ الغير في حدود الخطأ اليسير دون الغش والخطأ الجسيم، لأن صحة شرط الاعفاء من المسؤولية تكون في حدود الخطأ اليسير أما الخطأ الجسيم أو الغش فلا يجوز الإعفاء من المسؤولية العقدية للمصرف لأن المصرف يكون في موقف أفضل عندما ينفذ التزامه بواسطة الغير؛ واستندوا بذلك إلى: عدم وجود نص خاص أو عام يجيز شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية عن أخطاء التابعين إلا أن الغاية منها سواء بالنسبة للمصرف ذاته أو بالنسبة للغير، كما أنه إذا كان السند الرئيس الذي يرتكز عليه لجواز شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية للمصرف هو حرية المتعاقدين أن يضمنا العقد ما يرونه من شروط وفقا لسلطان الإرادة؛ فإن هذا الشرط أيضا متوفر في حالة الإعفاء عن الفعل الشخصي أو عن فعل الغير. [207]

ولكن تجد الباحثة أن تطبيق هذا الرأي غير عادل؛ فإذا كان المصرف لا يستطيع الإعفاء من المسؤولية الناتجة عن الأخطاء الشخصية في حالة الغش والخطأ الجسيم فمن باب أولى أن لا يتم الاعفاء من المسؤولية في حالة الخطأ الصادر عن الغير كون الخطأ يعتبر كأنه صادر من المدين نفسه إضافة إلى ذلك أن السماح بالإعفاء من المسؤولية يعطي المجال للمصرف أن يتهرب من المسؤولية عن طريق إساءة اختيار الغير مستندا إلى عدم مسؤوليته.

وبالرجوع إلى القانون الفلسطيني لم نجد نصا يسمح بإجازة شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية المصرفية إذا صدر غش أو خطأ جسيم من الغير التابع للمصرف، ولكن ترى الباحثة عدم صحة شروط الإعفاء من المسؤولية أخطاء التابعين –موظفي المصرف– إذا كانت صادرة عن غش أو

([206]) (الدواغرة، 2017، ص43).

([207]) (الدواغرة، 2017، 47–48).

خطأ جسيم من بسبب أعمالهم أو بمناسبتها، لأن المصرف لا يستطيع اشتراط إعفاء نفسه في حالتي الغش والخطأ الجسيم، وبما أن الخطأ الصادر من التابع يعتبر خطأ مصرفي فيأخذ حكمه القانوني؛ ومن جهة أخرى فإن إجازة شرط الإعفاء من المسؤولية العقدي للتابعين قد يؤدي إلى إهمال المصرف في اختيار الموظفين مما يخالف مبدأ حسن النية في العقود.

2.1.3 المبحث الثاني: قيود شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية والآثار المترتبة على صحة الشرط

بعد أن تحدثنا في المبحث عن ماهية شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية ومدى صحته، لا بد من الإشارة إلى أنه إذا كان الأصل هو إجازة شروط الإعفاء من المسؤولية المصرفية وفقا للقاعد العامة، إلا أن هذه الإجازة ليست مطلقة وإنما مقيدة بمجموعة من القيود تتعلق بالنظام العام والآداب وحسن النية في العقود، وبتوافر هذه الشروط يرتب شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية المصرفية أثره وبانعدامها يعد باطلا ولا يترتب عليه أي أثر قانوني.

وعليه تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، تحدثنا في المطلب الأول عن قيود شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية المصرفية، وتحدثنا في المطلب الثاني عن: الآثار المترتبة على شرط الإعفاء منها.

1.2.1.3 المطلب الأول: قيود شروط الإعفاء من المسؤولية

إن إجازة شروط الإعفاء من المسؤولية المصرفية ليست مطلقة وإنما مقيدة بمجموعة من القيود تتعلق بالنظام العام والآداب وحسن النية في العقود سيتم دراستها تباعا:

1.1.2.1.3 الفرع الأول: أن لا يكون الشرط مخالفا للنظام العام والآداب العامة وحسن النية في العقود

يعرف النظام العام: مجموعة من القواعد التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية وتتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد،[208] أما الآداب العامة تعرف بأنها: مجموعة من القواعد التي وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقا لناموس أدبي سيود علاقاتهم الاجتماعية وهذا الناموس هو وليد معتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى به العرف وتعارف الناس عليه،[209] وتظهر أهمية قيد النظام العام والآداب العامة في إنها ترتبط

(208) (البشري، دون ت، ص19).

(209) (عون، 2017، ص 14).

بالمصلحة العامة دائما لذا نجد أن جانب من الفقه يقول إنه كلما استعصى على المشرع تحديد المصلحة العامة التي يروم حمايتها فانه يلتجئ لهذه الفكرة وذلك بأن يضع نصا عاما يقضي بوجوب عدم محالفة النظام العام والآداب. [210]

وعليه فإن الالتزام الذي يتعلق بالنظام العام لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية عنه، ويرجع هذا الأمر إلى أن العلاقات الاجتماعية ليست كلها على ذات الدرجة من الاتصال بحياة المجتمع فمنها ما هو وثيق الصلة بها مما يستدعي تنظيمه قانونا بما يكفل اضطراد هذه الحياة فتكون قواعده آمرة، ومنها ما هو غير وثيق الصلة بهذه الحياة مما لا يؤثر تنظيمه على نحو دون الآخر، ونتيجة لذلك فإن كل اتفاق مخالف للنظام العام والآداب العامة لا يمكن للأفراد الاتفاق على مخالفته وإلا يعتبر باطلا. [211]

ومن الأمثلة على الشروط التعسفية التي يعفي بموجبها المصرف نفسه من المسؤولية من المسؤولية ما ورد البند (46) من بنود عقد فتح الحساب الجاري المصرفي لدى بنك فلسطين فرع جنين، حيث نص على:" يتنازل العميل عن التمسك بالسرية المصرفية ويفوض البنك بالإفصاح عن أية معلومات قد تطلبها السلطات المختصة في الداخل والخارج أو تطلبها طبيعة العمليات والخدمات التي يقدمها البنك و/أو يطلبها العميل، كما ويفوض البنك بتبادل المعلومات مع البنوك الأخرى أو إذا تطلبت ذلك قوانين الامتثال الضريبي المحلية والدولية دون تحمل البنك أدنى مسؤولية عن ذلك تجاه العميل"، نلاحظ أن بنك فلسطين فرع جنين بموجب هذا الشرط قد ذهب إلى إعفاء نفسه من التمسك بالسرية المصرفية في حالات واسعة تخرج عن الحالات المسموحة قانونا مستندا إلى أن العميل الذي توجه للبنك بقصد توكيله بخدمات معينة، وإبرام عقد معه هو صاحب السر الذي أودعه لدى المصرف، فيجوز للعميل إعفاء المصرف، أي أن يأذن له في إطلاع الغير على ما يخصه من بيانات ومعلومات تتعلق بمعاملاته معه، ويكون هذا الشرط معفيًا للمصرف من الالتزام بالسر المصرفي.

ولا شك أن مبدأ السرية المصرفية يعتبر من أهم المبادئ المرتبطة بالنظام الاقتصادي الحديث؛ لدور المصارف الهام في الحياة الاقتصادية فهو بمثابة محورا يرتكز عليه الائتمان والذي يكرس بدوره مبدأ السرية المصرفية هذا من جهة، كما يعتبر مبدأ السرية المصرفية من أهم ركائز العمل المصرفي كونها تتمتع بطابع من الخصوصية يهدف إلى حماية الحياة الخاصة للعميل وبقاء أسراره المالية طي الكتمان من جهة أخرى، مما يجعل المصرف يملك بنكا للمعلومات المتعلقة بالعميل

(210) (علي، وصالح، 2014، ص255).

([211]) (عبد الله، 2017، ص 31) ، (والنقيب، 1987، ص 37).

من خلال جميع معلومات عن الوضع المالي للمتعاملين معه، مما يستلزم التزام المصارف بمبدأ السرية المصرفية، كما ساهمت الأعراف المصرفية على ترسيخ مبدأ السرية المصرفية مما يبعث الاعتقاد بإلزاميته.[212]

وبالرجوع إلى القرار بقانون رقم (9) لسنة (2010) بشأن المصارف نجد أن المادة (2/32) منه نصت على أنه: "1- تحدد سلطة النقد التعليمات المنظمة لسرية الحسابات المصرفية، وتبادل المعلومات والبيانات المتعلقة بمديونية العملاء بين المصارف ومؤسسات الإقراض المتخصصة، بما يكفل سريتها ويضمن توفر البيانات اللازمة لسلامة عمليات منح الائتمان وإدارة المخاطر.2- على جميع أعضاء مجلس إدارة المصرف الحاليين والسابقين، والمسؤولين الرئيسيين، والموظفين والمدققين والمستشارين والمتعاقدين الخارجيين في المصارف ومؤسسات الإقراض المتخصصة الحفاظ على سرية المعلومات والمستندات المتعلقة بالعملاء والتي تصل إليهم بحكم أدائهم لمهامهم، ولا يجوز لأي منهم إفشاء أي من هذه المعلومات أو السماح للغير من خارج المصرف أو مؤسسة الإقراض المتخصصة بالاطلاع عليها، ويسري هذا الحظر على كل من يطلع بحكم مهنته أو وظيفته أو عمله بطريق مباشر أو غير مباشر على تلك البيانات والمعلومات ما لم يكن هذا الاطلاع بموجب ما يلي : أ. موافقة العميل الخطية... إلخ " من خلال المادة أعلاه نلاحظ أن القرار بقانون ألزم بالحفاظ على السرية المصرفية على كل من يحصل على المعلومات بحكم مهنته، وهذا يعني إطلاق السرية من حيث الأشخاص الملتزمين بها، ومن حيث المعلومات التي يجب الالتزام بها، وعليه لا يشترط وجود اتفاق صريح يلزم البنك بالسرية المصرفية كون هذا الالتزام مفترض على عاتق المصرف في كافة العقود، وهذه قاعدة آمرة لا يجوز الافاق على مخالفتها،[213] وبالتالي يعتبر إفشاء السر المصرفي من قبل المصرف باستثناء الحالات التي نص عليها القانون خطأ عقدي لأن التزام البنك بعدم افشاء الأسرار المصرفية يمثل التزاما من النظام العام لتعلقه بمصالح المجتمع العليا، وعليه فإذا تسبب الخطأ بضرر وتوافرت العلاقة السببية فإنه يستوجب التعويض عن هذا الضرر. [214]

وترى الباحثة أن الإذن الخطي للمصرف بإفشاء أسرار العميل ينشأ بعد فتح الحساب المصرفي، كون الحق لم ينشأ الحق بعد حتى يتم التنازل عنه، وعلى فرض نشوئه عند توقيع العقد فإن الشرط يشوبه العيب كونه غير مبني على إرادة حرة سليمة خالية من العيوب، وكون العميل ليس على علم بماهية الموضوع الذي ينصب عليه الرضا، خاصة أن المصارف في عادة تعمد إلى توقيع

([212]) (الفحل، 2015، ص8)، و(العجمي،2010، ص46).

([213]) (الناجي، 2008، ص 146)،

([214]) (الفحل، 2015، ص49).

العميل على العقد على وجه السرعة بموجب نماذج معدة سلفا ودون تسليم العميل نسخة عن العقد كما لا تسمح له بقراءة العقد بوقت كاف.

وفي هذا أجازت محكمة التمييز الأردنية الشرط المعفي الذي لا يخالف النظام العام والآداب، فقضت بصحة الشرط الذي أجاز للبنك في أي وقت إغلاق الحساب كونه غير مخالف للنظام العام والآداب...، [215] ومن أمثلة هذا الشرط ما ورد في البند (17) من الشروط العامة التي تخضع لها جميع الحسابات المفتوحة لدى البنك الأهلي فرع فلسطين "يحتفظ البنك بحق إقفال أو رفض فتح أي حساب ودون إبداء أي سبب" فيصح هذا الشرط كونه غير مخالف للنظام العام والآداب، وترى الباحثة أن اعتبار العقد البنكي عقد تعسفي يبطل الشرط كونه تعسفيا.

وعليه فإن اتفاقيات الإعفاء من المسؤولية العقدية المصرفية تتقيد بقيود متعلقة بالنظام العام منها:

أولا: الاضرار الجسدية

يتمتع جسم الإنسان وحياته بالاحترام والقدسية مما يخرجه عن دائرة التعامل المالي، كونه ليس شيئا قابلا للتصرف به فجسم الإنسان وحياته ومقوماته المعنوية لها من القدسية والاحترام مما يجعلها في منأى عن أي اتفاق من شانه أن يمس بها، فهي حقوق لصيقة بشخص الإنسان تولد معه وترتبط به حتى وفاته وبالتالي يقع أي اتفاق على المساس بها يعتبر باطلا مخالفا للنظام العام والآداب العامة وهذا ما ذهب إليه غالبية شراح القانون [216]

كما أن شروط الإعفاء من المسؤولية في حالات الضرر الجسماني وإن لم يترتب عليها مباشرة الاعتداء على جسد الإنسان، إلا أنها تهدف إلى إعفاء من التعويض عما أصاب العميل من ضرر، وذلك يتنافى مع الالتزام بالسلامة، الذي يسعى القضاء في إقراره لحماية العملاء، والذي يقضي بأن المصرف ملتزم بضمان سلامة العميل، وهذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة بعدم تحققها يعد المصرف مخلا بالتزاماته مما يرتب حق العميل بالتعويض عما أصابه من ضرر، فلا يتمكن المصرف التخلص منها إلا بالسبب الأجنبي، كما أن وجود مثل هذه الاتفاقيات من شأنها أن تقلل درجة العناية المطلوب من المصرف مما يؤدي إلى زيادة الأخطار الناتجة عن الحوادث [217]

([215]) محكمة التمييز الأردنية في الحكم رقم (2001/1856) بتاريخ (2001/9/18) منشور على موقع قسطاس على الإنترنت على الرابط: https://qistas.com.

([216]) (الدواغرة،2017، ص 111). و(يوس، 2015ص 7)، و(يوس، وكهينة، 2015، ص 38) وانظر أيضا: خوالده، أحمد مفلح، مرجع سابق، ص 125. (عامر، وعامر، 1979، ص 571-572).

([217]) (الخرينج، 2010، ص 80-81).

ثانيا: الشروط التعسفية في عقود الإذعان

يعرف عقد الإذعان بأنه العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط معدة مسبقا يضعها الموجب، ولا يكون أمام الطرف الآخر إلا أن يقبل بهذه الشروط يرفضها جملة واحدة ويكون ذلك متعلقا بسلعة أو مرفق ضروري للجمهور محل احتكار قانوني أو فعلي وموضع منافسة محدودة النطاق، وسمي عقد إذعان لأن التعاقد الذي قبل الشرط ما قبله إلا لأنه في حاجة ماسة لإبرام العقد ولو كانت له الحرية التامة في مناقشته ما قبله فهو مفروض عليه فرضا،[218] وعليه فإن ما يميز هذا العقد أن الطرف المذعن يقبل دون مناقشة العقد النموذجي المعد من قبل طرف المتعاقد الآخر، ويشترط لوصف العقد بأنه عقد إذعان ثلاثة شروط جميعها تتوفر في العقد المصرفي: [219]

1- أن يتعلق بسلع أو خدمات ضرورية للمستهلكين أو المنتفعين.
2- احتكار هذه السلع أو الخدمات من قبل أحد الطرفين أو أن تكون المنافسة ضيقة فيها.
3- أن لا يتمكن القابل من مناقشة هذه الشروط أو تعديلها، بحيث لا يملك إلا قبولها أو رفضها جملة.

كما يعرف الشرط التعسفي بأنه:" الشرط الذي يؤدي إلى الإخلال بالتوازن بين حقوق والتزامات أطراف العلاقة التعاقدية، وينصب في مصلحة الطرف المهني أو الذي تمتع بالحرفية أو النفوذ الاقتصادي. [220]

كما يعرف بأنه: هو الشرط الذي يكون موضوعه أو أثرا هو خلق اختلال كبير بين حقوق والتزامات أحد أطراف العقد على حساب الطرف الآخر. [221]

وعليه نلاحظ أن العقد المصرفي هو عقد إذعان وأن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية هو شرط التعسفي وعليه فهو الشرط الذي ينفرد المصرف بوضع شروطه بما يناسب مصالحه دون قدرة العميل على مناقشة هذه الشروط، مما قد يشجع المصرف على الإهمال في تنفذ التزاماته مستندا إلى وجود شرط الإعفاء، بحيث يكون الالتزام معلقة على شرط إرادي محض.

وقد أجاز القانون للمحكمة الرقابة على الشروط التعسفية، وعليه فللمحكمة وفقا لمقتضيات العدالة إلغاء هذه الشروط وإعفاء الطرف المذعن منها، لأنها تخل بالتوازن العقدي بين الأطراف، وتصب

([218]) (بلقاسم، أعراب، 1984، ص23-24).
([219]) (الخرينج، 2010، ص 87) و (الدواغرة، 2017، ص 113) ، و (وعبد الله، 2017، ص 33).
(220) (الدواغرة، 2017، ص 113).
([221]) (أبو فروة، 2009، ص 204).

في مصلحة المذعن له الذي يستغل مركزه لإدراج ما يشاء من الشروط، واعتبر هذه القاعدة قاعدة آمرة لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها وإلا كان الاتفاق باطلا لمخالفته للنظام العام. [222]

كما يعزز ذلك دور القاضي في تكميل العقد الذي يقضي بإمكانية التدخل من قبل القاضي في كل مراحل العقد، فيقدر شروط انعقاد وصحة العقد، ويعدل الشروط الجائرة في العقد، ويستخلص النية المشتركة من خلال عبارات العقد، كما يتمكن من إضافة بنود تفصيلية لم يتفق عليها المتعاقدان، وعليه فتحل إرادة القاضي محل إرادة المتعاقدين في إتمام العقد مسترشدا بالقواعد المكملة والعرف والعدالة ووفقا لطبيعة العلاقة التعاقدية بين المصرف والعميل. [223]

ومن الأمثلة على الشروط التعسفية ما ورد في عقد فتح الحسابات في البنك الإسلامي العربي: "سجلات البنك هي البينة الوحيدة القاطعة لإثبات الرصيد وحركة الحساب" [224] ان هذا الشرط هو شرط تعسفي يصادر حق العميل في الاثبات والذي يعتبر بحسب القانون الأساسي حق دستوري.

وقد قررت محكمة النقض الفلسطينية في سياق مشابه أن تنازل العميل مقدما في العقد عن الطعن في صحة الشهادة الصادرة عن البنك أو طلب مراجعة الحسابات يعتبر حرمان للعميل من حق التقاضي الذي كفله له القانون الأساسي المعدل في المادة (30/1) منه وعليه فقد اعتبرت الشرط مخالف للنظام العام؛ لأن حق التقاضي من الحقوق التي لا يجوز التنازل عنها مقدما، لذلك فإن هذا الشرط باطل ولا يحرم الطاعنين من اللجوء للقضاء، [225] تصادر حقا دستوريا وهو الحق في الإثبات تنازله ع حقه في الطعن فإن ذلك يعتبر مخالفا للنظام العام.

2.1.2.1.3 الفرع الثاني: عدم مخالفة مقتضى العقد

القاعدة العامة في العقود تقضي أن للمتعاقدين تضمين عقودهم ما يرونه من شروط ما دامت تتماشى مع القانون ولا تخالف مبادئه إلا أن هذا المبدأ لا يؤخذ على إطلاقه وإنما مقيدا بمجموعة من القيود، فليس كل التزام في العقد يجوز الاتفاق على الإعفاء منه وإنما مقيدا بأن لا يخالف الالتزام المتفق عليه مقتضى العقد، وبعبار أخرى التزام جوهري في العقد، فإن نطاق القوة الملزمة

([222]) (يوس، وكهينة، 2015، ص 39) و (خوالده،2007، ص 128.)

([223]) البكباشي، 2008، ص 216-219).

(224) البند (29) من بنود عقد فتح الحسابات في البنك الإسلامي العربي فرع جنين/ فلسطين.

([225]) محكمة نقض رام الله، حقوق رقم 25/ 2008، بتاريخ 12/29/ 2008، منشور على موقع قانون على الرابط: https://qanon.ps/news.php?action=viewed=17134

للعقد يتحدد بما ورد فيه من بنود، وقد عرف الفقه القانوني مقتضى العقد بأنه: الأثر الرئيس الذي يترتب على العقد، والذي يحدد طبيعة العقد ويميزه عن غيره من العقود. [226]

وعليه فإن الالتزامات العقدية تنقسم إلى التزامات جوهرية هي التي تحدد تسميته وتكييفه القانوني وهو الأساس لقيام العقد بحيث يؤدي استبعاده إلى عدم قيام العقد أصلا، وعليه فإن إغفال الطرفين عن مسالة من المسائل الجوهرية لم ينعقد العقد حتى يتم الاتفاق عليها لا يتصور قيام العقد بدونها وهذه الالتزامات لا يجوز الاتفاق على الإعفاء، كونها تشكل جوهر العقد وخصائصه التي تميزه عن غيره من العقود، والإعفاء منها يؤدي إلى إفراغ العقد من محتواه بل وقد يؤدي إلى تحويله لنوع آخر من العقود لا يقصده المتعاقدين منها، والتزامات التزامات غير جوهرية فلا تؤثر في انعقاد العقد عند اغفال الاتفاق عليها وعند الخلاف عليها فإن المحكمة تفصل بها وفقا على طبيعة المعاملة والأحكام القانون كونها لا تؤثر على وجود العقد ولا تفقده تسميته ولا وجوده القانوني لا يناقض العقد ومضمونه وبالتالي يجوز الإعفاء منها،[227] وبعبارة أخرى فإن ما يحدد مدى مشروعيه شرط الإعفاء من المسؤولية المصرفية طبيعة الالتزام المتفق على الإعفاء منه، فإذا كان الالتزام جوهريا فلا يجوز الاتفاق على الاعفاء منه أم إذا كان ثانويا فيجوز.

فمثلا يعتبر الالتزام بالحفظ في عقد وديعة الأوراق المالية التزاما جوهريا لا يتصور التخلص منه دون هدم، ولا تبرأ ذمة المصرف منه إلا بالسبب الأجنبي وعليه فإن الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية عن التزام المصرف بالحفظ تخالف مقتضى العقد وتحرم العميل من الحصول على الغاية التي يتوقعها من العقد المبرم مع المصرف. [228]

بالرجوع إلى قاعدة: "العقد شريعة المتعاقدين" نجد أنها تمنح المتعاقدين تضمين عقودهم ما يشاءون من شروط، ويستبعدوا ما شاءوا من التزامات ما لم تخالف نص قانوني آمر أو مخالفا للنظام العام والآداب العامة، كما أنه وبالرجوع إلى مجلة الأحكام العدلية نجد أنها نصت على أنه: "يلزم مراعاة الشرط قدر الإمكان"،[229] أي بقدر المستطاع، كما أنه وبالرجوع إلى أحكام الشروط المقترنة بالعقد نجد أنها نصت على أنه: "البيع بشرط يقتضيه العقد صحيح والشرط معتبر..."[230]، بقولها: "البيع بشرط يؤيد العقد صحيح والشرط أيضاً معتبر..." [231] ويمكن الاستناد إلى هذه القواعد على

([226]) (علي، وصالح،2014، 257).

(227) (الدواغرة، 2017، ص 114) و (عبد الله، 2017، ص 35-38).

([228]) (عوض، 2008، ص 1103).

(229) المادة (83) من مجلة الأحكام العدلية.

(230) المادة (186) من مجلة الأحكام العدلية.

(231) المادة (187) من مجلة الأحكام العدلية.

صحة الشروط المقترنة بالعقد، وعليه فإن الشرط العقدي إذا كان موافقا أو ملائما لمقتضى العقد فالشرط صحيح وبالتالي يجب الوفاء به وبمفهوم المخالفة إذا كان الشرط لا يلائم مقتضى العقد فيعتبر الشرط كأن لم يكن ولا يرتب أي أثر مع بقاء العقد صحيحا منتجا لآثاره القانونية، ما لم يكن هو الدافع إلى التعاقد فيبطل الشرط والعقد معا.

3.1.2.1.3 الفرع الثالث: انتفاء غش المصرف أو خطأه الجسيم

سبق وأن أشرنا إلى أن الخطأ العقدي المصرفي هو عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه، فالمصرف يعتبر مخطأ إذا هو لم ينفذ التزامه الناشئ عن العقد أو تأخر في تنفيذه، وتمت إجازة الشرط ووفق للقواعد العامة إلا أنه لم يجز مطلقا وإنما استثنى حالة الغش والخطأ الجسيم. [232]

وفيما يتعلق بشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية الذي ينشأ عن الغش أو الخطأ جسيم فإنه يرتبط بفكرة مقتضى العقد أكثر من ارتباطه بفكرة النظام العام والآداب العامة، لكونه لا يمس المصلحة الأساسية العليا في المجتمع وإنما هو شرط مناقض لمقتضى العقد، ذلك أن العقد يفرض التزام رئيسيا مفاده التزام المدين ببذل عناية المصرف المعتاد وذلك أن الخطأ الجسيم لا يتصور صدوره من المصرف الذي يوضع بنفس الظروف، وعليه فإن اشتراط المصرف إعفائه من هذا الالتزام هو التزام مناقض لالتزام جوهري في العقد المبرم مع العميل. [233]

والعلة في عدم جواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التي تنشأ عن الغش والخطأ الجسيم هي لو أنه صح للمدين أن يعفي نفسه من المسؤولية عن الفعل العمد لكان التزاما معلقا على شرط إرادي محض وهذا لا يجوز.

بالإضافة إلى أن قصد الإضرار في الغش يتنافى مع مبدأ تنفيذ العقود بحسن نية الذي يستوجب تنفيذ بما يوجبه حسن النية وهذا يعتبر مخالفا للنظام العام، [234] لكون مبدأ حسن النية عنصرا أساسيا من عناصر العقد شريعة المتعاقدين، بحيث تضمنت مجلة الأحكام العدلية عدة تطبيقات نذكر منها حلة التغرير، فإذا غر أحد المتابعين الاخر وتبين ان في البيع غبنا فاحشا فيحق للمغبون أن يفسخ البيع حينئذ أي انها اعتبرت التغرير شرطا لإعمال خيار التغرير والغبن ([235])

([232]) (عبد الله، 2017، ص 33).

([233]) (خوالده، 2007، ص138).

([234]) (عامر، و عامر. ، 1979، ص 568). و(عبد الله، 2017، ص 33).

(235) نصت المادة (164) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: التَّغْرِيرُ :تَوْصِيفُ الْمَبِيعِ لِلْمُشْتَرِي بِغَيْرِ صِفَتِهِ الْحَقِيقِيَّةِ. كما نصت المادة (165) منها على أنه: "الْغَبْنُ الْفَاحِشُ :غَبْنٌ عَلَى قَدْرِ نِصْفِ الْعُشْرِ فِي الْعُرُوضِ وَالْعُشْرِ فِي الْحَيَوَانَاتِ

أولا: الغش

يعرف الغش أو الخطأ العمدي بأنه: كل فعل أو امتناع عن فعل يقع من اللمدين بالتزام عقدي أو من تابعيه بقصد إحداث الضرر، [236] وعرف أيضا بأنه: "خطأ العاقد العمدي". [237] ومن خلال التعريف أعلاه يتضح أن الغش يقوم على ركنين: [238] الركن المادي: يتمثل بالفعل أو الترك، والركن المعنوي: يتمثل بأن يكون الفعل أو الترك صادرا عن سوء نية، أي ينطوي على التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع، وأن تكون نية المدين من الفعل أو الامتناع تتجه إلى الإضرار وإلحاق الأذى بالغير عن قصد.

ومعيار الذي يقاس به الغش هو معيار موضوعي يقوم على قياس الفعل أو الترك بمقياس الرجل المعتاد أولا بأنه فعل أو ترك غير مشروع [239] ومن ثم يقاس بمعيار ذاتي بالبحث في نية الفاعل أي المصرف وقصده لمعرفة مدى تعمد الفعل والضرر. **[240]**

ثانيا: الخطأ الجسيم

يعرف الخطأ الجسيم بأنه: هو الخطأ الذي لا يرتكبه الشخص قليل الذكاء والعناية. [241] وعرف أيضا بأنه: الخطأ الذي يصدر من أقل الناس تبصرا وحيطة فهو لا ينطوي على قصد الإضرار ولا عدم الاستقامة، وبعبارة أخرى أي أن الخطأ الجسيم خطأ غير عمدي لا يخرج عن الإهمال وعدم التبصر ويقوم على عدم اكتراث المدين بالتزاماته واستحقاره بها. **[242]**

وقد اختلف الفقه في المعيار الذي يقاس به الخطأ الجسيم، فذهب رأي من الفقه إلى: الاعتداد بمعيار ذاتي يتمثل في الاعتداد بالظروف الشخصية أو الذاتية للفاعل فيعتمد على فطنته ويقظته، وعليه فإن جسامة الخطأ تزداد كلما اقترب احتمال حدوث الضرر لدى الفاعل من درجة اليقين، وعليه أن المدين المهمل قد يفلت من الخطأ الجسيم بينما المدين شديد الحرص في شؤونه يعامل

وَالْخُمُسِ فِي الْعَقَارِ أَوْ زِيَادَةٍ"، كما نصت المادة نصت المادة (375) منها: "إِذَا غَرَّ أَحَدُ الْمُتَبَايِعَيْنِ الْآخَرَ وَتَحَقَّقَ أَنَّ فِي الْبَيْعِ غَبَنًا فَاحِشًا فَلِلْمَغْبُونِ أَنْ يَفْسَخَ الْبَيْعَ حِينَئِذٍ".

([236]) (عبد الله، 2017، ص 33).

([237]) (العيسائي، 1998، ص51).

([238]) (دواغرة، 2017، ص 60).

([239]) (النقيب، 1987، ص 43).

([240]) (بلقاسم، أعراب، 1984، ص34).

([241]) (عبد الله، 2017، ص 33)

([242]) (دواغرة، 2017، ص 68).

معاملة قاسية، بحيث يعتبر الخطأ اليسير للمهمل خطا جسيما بالنسبة له مما يؤدي إلى نتائج غير عادلة. بينما ذهب الرأي الآخر إلى: المعيار الموضوعي بحيث يتم قياس الخطأ الجسيم وفقا لسلوك الرجل المعتاد الذي يوضع في نفس الظروف، وعليه فيكون الخطأ جسيما إذا كان الرجل المعتاد إذا وضع في نفس الظروف قد تصور أن النتائج الضارة لفعله أمر مؤكد أو قريب الاحتمال. (243)

ولكون المصرف شخص مهني يثار تساؤل ما مدى اعتبار الأخطاء المصرفية المهنية الصادرة عن المصرف أخطاء جسيمة؟

بداية يعرف الخطأ المهني بأنه الخطأ الذي يتعلق بالأصول الفنية للمهنة [244] فقد ذهب بعض الفقه إلى أن الخطأ المهني كسائر الأخطاء هو درجات في الخطورة والجسامة وبالتالي إذا كان الخطأ المهني يسيرا جاز الاتفاق على الإعفاء منه.

بينما ذهب البعض الآخر إلى اعتبار كل خطأ مهني هو خطأ جسيم لأن الغرم بالغنم [245] وبالتالي يعتبر الإعفاء منه باطلا، كون العميل يتجه إلى المصرف كونه بحاجة إلى الثقة والأمان والطمأنينة في إنجاز معاملاته وكون التفريق في الجسامة يؤدي إلى إخلال المصرف بالتزاماته، وعليه فليس لشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية الذي يشترطه المهني أي أثر، ومن أمثلتها الخطأ الجسيم الذي يقترفه المصرف بتأخير الشيكات أو الأوراق عن الموعد المحدد، وقد أخذ القضاء الفرنسي بهذا الرأي. [246]

وخلاصة لما سبق يبطل شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية إذا رمى إلى أعفاء المصرف من الغش والخطأ الجسيم الصادرين عنه، وعليه فإذا امتنع المصرف عمدا عن تنفيذ التزامه العقدي أو تأخر فيه بقصد الإضرار بالعميل مستندا إلى شرط الإعفاء لا يؤخذ بهذا الشرط، وإلا أصبح الالتزام إراديا يتوقف على إرادة المصرف وحده وهو أمر يتنافى مع طبيعة الالتزام، وعليه فإن المصرف يكون مسؤولا مسؤولية كاملة دون إقامة أي وزن لشرط الإعفاء الذي تضمنه العقد. [247]

([243]) (العيسائي، 1998، ص55-56).

([244]) (بلقاسم، أعراب، 1984، ص2).

([245]) (موسى، 2011، ص 175).

([246]) (عامر، و عامر. ، 1979، ص 570). و (العيسائي، 1998، ص57).

([247]) (يوس، كهينة، 2015، ص 37).

إن إتيان المصرف فعلا ينطوي على الغش أو ارتكابه خطأ جسيما أدى إلى عدم تنفيذه لالتزامه أو إخلاله بهذه التنفيذ يجعل شرط الإعفاء من المسؤولية المتفق عليه باطلا ويلزم المدين بالتعويض دون أن يكون لهذا الشرط أي أثر، إلا أن شرط الاعفاء من المسؤولية يبقى صحيحا وإن كان هناك خطأ جسيم طالما أن هذا الخطأ الجسيم صدر من التابع، أي الأشخاص الذين يستعين بهم المدين في تنفيذ التزاماته التعاقدية، إذ أن الأخطاء التي تصدر من الأتباع أو المساعدين وإن كانت جسيمة إلا أنه يبقى للمتعاقد التخلص من المسؤولية الناجمة عنها عن طريق الاتفاق على الإعفاء منها. [248] وبالتالي فإن وجود شرط الاعفاء من المسؤولية المصرفية عن الفعل الشخصي يبطل في حالة الغش و/أو الخطأ الجسيم الصادرين من المصرف، كونها تدخل في نطاق المسؤولية التقصيرية وتخالف مبدأ حسن النية في العقود.

2.2.1.3 المطلب الثاني: آثار شرط الإعفاء من المسؤولية

إذا وجد شرط إعفاء من المسؤولية العقدية المصرفية وكان مستوفيا شروط صحته لا بد من أن يرتب أثره المقصود من شرط الإعفاء بأن يعفي المصرف من المسؤولية الناتجة عن إخلاله، ولكن وهذا الأمر يختلف فيما إذا كان الشرط المدرج من قبل المصرف باطلا فإنه لا يرتب في هذه الحالة أي أثر.

1.2.2.1.3 الفرع الأول: أثر شرط الاعفاء من المسؤولية الصحيح

إذا كان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية المصرفية صحيحا فإنه يرتب أثره القانوني وهو إعفاء المصرف من المسؤولية الناتجة عن الإخلال بالتزامه التعاقدي، بالقدر الذي يسمح به القانون أي إعفائه من المسؤولية الناتجة عن خطأه اليسير دون الخطأ الجسيم، [249] وبما لا يخالف النظام العام و/أو مقتضى العقد.

وفقا للقواعد العامة إن عبء الإثبات يقع على عاتق المدين أي المصرف فلا تبرأ ذمته إلا إذا أثبت أن إخلاله راجعا إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، [250] ولا شك أن المعاملات المصرفية تعتبر من المعاملات التجارية [251] التي أجاز القانون الإثبات فيها بكافة طرق الإثبات بالنسبة للعميل،

([248]) (علي، و صالح، 2014، 257).

([249]) (بلقاسم، أعراب، 1984، ص79).

([250]) انظر المادة (2) من قانون البينات رقم (4) لسنة (2001) حيث نصت على أنه: "على الدائن إثبات الالتزام، وعلى المدين إثبات التخلص منه".

(251) 1- تعد الأعمال التالية بحكم ماهيتها الذاتية أعمالاً تجارية برية:

أ- شراء البضائع وغيرها من المنقولات المادية لأجل بيعها بربح ما سواء بيعت على حالتها أم بعد شغلها أو تحويلها.

كما أجاز القرار بقانون بشأن المصارف رقم(9) لسنة(2010) في المادة (4/46) منه الإثبات في المعاملات المصرفية بكافة طرق الإثبات صراحة، حيث نصت على أنه: "يجوز الاثبات في القضايا المصرفية بجميع طرق الإثبات بما في ذلك البينات الالكترونية أو الصادرة عن النظام الآلي المصرفي"، ولكن ألزم المصرف بالإثبات كتابة كونه يعتبر تاجرا وفقا للمادة (6) من قانون التجارة كونها من الأعمال التجارية المختلطة ، وفي هذا قررت محكمة النقض الفلسطينية في القضية رقم (2020/86) (نقض حقوق) بتاريخ(2020/6/21) " وفي ذلك نجد انه من المستقر عليه فقهاً وقضاءً ان الصفة التجارية للعمل لا تؤثر على قواعد الإثبات الواجب الأخذ بها ما دام المدعى عليه ليس تاجراً، كما أن العقد إذا كان تجارياً بالنسبة لأحد الطرفين ومدنياً بالنسبة للطرف الآخر فإنه يمكن الإثبات بالشهود في مواجهة الطرف الأول على أنه يجب الإثبات بالكتابة في مواجهة الطرف الآخر، إذ تتبع القواعد التجارية في الإثبات مع من كان العمل تجارياً بالنسبة له وتتبع القواعد المدنية مع من كان العمل بالنسبة له مدنياً وهو ما يسمى بقواعد الإثبات في العقود المختلط".

أي أنه وفقا للقواعد العامة يتوجب على العميل إثبات الالتزام فقط، ويتوجب على المصرف إثبات التخلص منه بإثبات السبب الأجنبي الذي منعه من تنفيذ الالتزام، ولكن إذا وجد شرط إعفاء من المسؤولية العقدية المصرفية وكان هذا الشرط موافقا للقانون بأن راعى القيود السالف ذكرها حينئذ يرتب الشرط أثره، ويقتصر هذا الأثر على قلب عبء الإثبات على عاتق العميل الذي يتوجب عليه إثبات الخطأ الصادر من المصرف، وإثبات وقوع الضرر، [252] أي أنه يتوجب على المصرف الذي يتمسك بوجود الشرط إثبات وجوده لينقلب به عبء الإثبات على العميل الذي يتوجب عليه إثبات إخلال المصرف بالتزاماته ليتمكن من الحصول على التعويض، أي أن شرط الإعفاء لا ينصب على المسؤولية فيعدمها وإنما ينصب على أثر المسؤولية وهو التعويض كما أسلفنا.[253]

أي أن شرط الإعفاء من المسؤولية لا يرتب أثره الكامل في إعفاء المصرف من التعويض العميل تبعا لذلك؛ وإنما جعل أثر الشرط جزئيا يتمثل بنقل عبء الإثبات، وعليه ليتمكن العميل من الحصول على التعويض عما أصابه من ضرر جراء إخلال المصرف يتوجب عليه إثبات الخطأ

ب–شراء تلك الأشياء المنقولة نفسها لأجل تأجيرها أو استئجارها لأجل تأجيرها ثانية.

ج–البيع أو الاستئجار أو التأجير ثانية للأشياء المشتراه أو المستأجرة على الوجه المبين فيما تقدم.

د–أعمال الصرافة والمبادلة المالية ومعاملات المصارف العامة والخاصة... إلخ).

([252]) (عبد الله، 2017، ص 84).

([253]) (الناجي، 2008،، ص 162–163) ، و (العيسائي، 1998، ص80).

الذي ارتكبه المصرف أو أحد تابعيه لتثبت مسؤولية المصرف ويستحق العميل التعويض جراء ذلك. [254]

والحقيقة أن اثبات الخطأ الصادر من المصرف هي واقعة مادية يجوز إثباتها بكل طرق الإثبات لكن الإثبات في هذه الحالة ليس أمرا سهلا؛ بل قد يكون مستحيلا لكون العميل قد لا يكون على علم بالظروف والملابسات التي تم فيها الفعل الصادر من المصرف والتي أدت إلى عدم تنفيذ الالتزام العقدي، وكأن القانون الفلسطيني حينما قضى بنقل عبء الإثبات إلى العميل أراد مساعدة المصرف في التخلص من مسؤوليته بتعويض العميل عن الضرر الذي لحق به. [255]

ويقتصر أثر شرط الإعفاء من المسؤولية الصحيح على طرفي العقد، كونه ذو طبيعة نسبية فتنصرف آثاره إلى عاقديه دون غيرهما، بحيث أنه لا يمكن لأحد طرفي العقد أن يفرض عبء شرط الإعفاء من المسؤولية على شخص هو ليس طرفا في العقد، وبذات الوقت لا يمكن للغير [256] عن العقد الاستفادة من شرط الإعفاء من المسؤولية الوارد في عقد هو ليس طرفا فيه، ما لم يكن تم ذكر اسمه صراحة في العقد المصرفي أو إذا تم تحديد صفته بالنسبة لأحد أطراف العقد، وإن لم يحضر حين إبرام العقد، ويشترط لصحة الاشتراط لمصلحة الغير :(أن يتعاقد المشترط باسمه، وأن تتجه نية المتعاقدين صراحة أو ضمنا إلى تقرير حق المستفيد من شرط الإعفاء من المسؤولية، ووجود مصلحة للمشترط جراء هذا التعاقد سواء مادية أو معنوية). [257]

أما إذا كان الخطأ مشتركا بين المصرف والغير، فإن للعميل طريقان:

- أن يختار الرجوع إلى الغير لمطالبته بجزء من التعويض يتناسب مع حجم الضرر الذي تسبب به، ولا يمكن للغير التمسك بشرط الإعفاء للتخلص من المسؤولية، نظرا لنسبية آثار التعاقد. [258]
- أن يرجع على المصرف لمطالبته بجزء من التعويض يتناسب مع حجم الضرر الذي تسبب به الغير، ولا يمكن لمصرف التمسك بشرط الاعفاء من المسؤولية لنسبية آثار التعاقد، ولكن

([254]) (عبد الله، 2017، ص 85) و (عامر، و عام ، 1979، ص 572).

([255]) (بلقاسم، أعراب، 1984، ص89-90).

([256]) الغير هو: (الشخص الذي ليس طرفا في العقد وليس خلفا عاما أو خاصا لأحد المتعاقدين).

([257]) (الدواغرة، 2017، 119+125 وما بعدها.)

([258]) (النقيب، 1987، ص 37).

يستطيع المصرف الرجوع على الغير بما دفعه للعميل من تعويض وفقا لقاعدة التضامن السلبي بين المدينين ولا يمكن لهذا الأخير التمسك بشرط الإعفاء من المسؤولية. [259]

2.2.2.1.3 الفرع الثاني: أثر شرط الإعفاء من المسؤولية الباطل

إذا كان شرط الإعفاء من المسؤولية المصرفية المدرج في العقد المصرفي باطلا كما لو كان مخالفا لنص قانوني آمر، أو مخالفا للنظام العام والآداب، أو كان مبنيا على غش أو خطأ جسيم صادر من المصرف، أو مخالفا لمقتضى العقد؛ يلغى الشرط مع بقاء العقد صحيحا منتجا لآثاره القانونية سعيا للحفاظ على الرابطة التعاقدية قدر الإمكان، بمعنى أن شرط الإعفاء من المسؤولية يبطل مع بقاء العقد قائما دون الشرط، لأن الشرط فرع من بناء عقدي متكامل ولا ينهار البناء بانهيار أحد أجزائه الثانوية؛ [260] وعليه إذا بطل العقد يعتبر كأن لم يكن سواء بالنسبة لأطرافه أو بالنسبة للغير، فلا يلتزم أي من التعاقدين بأي التزام تجاه آخر، وإذا كان العقد قد نفذ في جزء منه وجب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا فيها قبل التعاقد فهو كالعدم لا يرتب أثرا قانونيا ولا ترد عليه الإجازة فلا يمكن القول بالبطلان المطلق إذا كان هذا الشرط جوهريا ويترتب عليه بطلان العقد ما لم يكن هذا الشرط هو الباعث الدافع للتعاقد فاذا أثبت العميل أن الشرط هو الدافع الباعث للتعاقد يبطل العقد برمته، ويتم إعادة المتعاقدين إلى الحال الذي كانا به قبل التعاقد. [261]

أما إذا كان شرط الإعفاء من المسؤولية المصرفية يشمل أكثر من شق وكان في أحد شقيه صحيحا وكان باطلا في الآخر، كأن يعفي المصرف نفسه من المسؤولية المترتبة على أخطائه اليسيرة والجسيمة، فيلغى الشق الباطل ويبقى الشق الآخر صحيحا منتجا لآثاره القانونية ما لم يكن هو الدافع للتعاقد، وهو ما يسمى بمبدأ انتقاص العقد. [262]

ولإعمال مبدأ انتقاص العقد يجب توافر ثلاثة شروط:[263]

1- بطلان جزء من العقد فقط، ويكون باقي العقد صحيحا.
2- أن يكون الشق الباطل قابل لتجزئته عن العقد، بحيث لا يؤثر في وجوده ويتصور قيام العقد بدونه.

([259]) (علي، و صالح، 2014، ص259).
([260]) (عامر، و عامر. ، 1979، ص 568)، و(علي، وصالح، 2014، ص 260)، و(العيسائي، 1998، ص80).
([261]) (خوالده، 2007، ص153).
([262]) (علي، و صالح، 2014 ص 260).
([263]) (عبد الله، 2017، ص 89) ، و (العيسائي، 1998، ص80).

3- أن لا يكون الشق هو الباعث الدافع للتعاقد، فإذا كان الشرط هو الباعث الدافع للتعاقد، يكون الشرط باطلا ويتم أعادة الأطراف إلى الحال التي كانا فيها قبل التعاقد، أما إذا لم يكن الشرط هو الباعث للتعاقد يبطل الشرط ويبقى العقد صحيحا وعليه فلا يعفى المصرف من المسؤولية العقدية بل يبقى مسؤولا عن إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية.

ومن الأمثلة على هذه الحالة ما ورد في البند (14) من عقد تسهيلات ائتمانية لدى شركة بنك القدس فرع سيلة الظهر حيث نص:" يقر الفريق الثاني بأن جميع القيود والعمليات الحسابية وحركتها والتي تجري من قبل الفريق الأول على حساب هذه التسهيلات سواء عند منحها او خلال فترة سريانها أو عند انتهائها أو بعد تاريخ استحقاقها تعتبر أصولية وصحيحة وحجة قاطعه وموافق عليها من قبل الفريق الثاني... إلخ" فيعتبر الشق المتعلق باعتبار كشوفات المصرف صحيحة صحيحا ويبطل الشق المتعلق باعتبارها حجة قاطعة.

وقد قررت محكمة النقض الفلسطينية في سياق مشابه بأن تنازل العميل مقدما في العقد عن الطعن في صحة الشهادة الصادرة عن البنك أو طلب مراجعة الحسابات يعتبر حرمان للعميل من حق التقاضي الذي كفله له القانون الأساسي المعدل في المادة (30/1) منه واعتبرت الشرط مخالف للنظام العام؛ لأن حق التقاضي من الحقوق الدستورية التي لا يجوز التنازل عنها مقدما، واعتبرته باطلا ولا يحرم العميل من اللجوء للقضاء، أما الشق المتعلق بالاتفاق على اعتبار دفاتر البنك وقيود حساباته صحيحة ونهائية ، فقد اعتبرت أن غايته أن يكون كشف حساب الصادر عن البنك مفصلا جميع عمليات الإيداع والسحب ومؤيدا بالمستندات التي تمت بموجبها كل عملية من هذه العمليات، وأن دفاتر وقيود ومستندات البنك كوحدة متكاملة صحيحة ونهائية، وبالتالي اعتبرته الشرط صحيحا وموافقا للقانون ولكنه لا يحرم العميل من حقه بتعيين خبير محاسبي لتدقيق قيود البنك ومطابقتها بمستندات الإيداع والسحب باعتبارها ليست محصنة من الخطأ أو السهو أو تكرار القيد وليس في طلب تدقيقها أي مخالفة لأحكام القانون بل هي وسيلة تمكن المحكمة من التأكيد من صحة هذه القيود وتبين لها ما إذا كانت المبالغ المطالب بها تتفق وواقع حساب الطاعنين،[264] أي أن محكمة النقض الفلسطينية بذلك حكمت بإبطال الشق الباطل مع بقاء العقد صحيحا منتجا لأثاره القانونية عملا بفكرة إنقاذ العقد.

([264]) محكمة نقض رام الله، حقوق رقم، (2008/25) بتاريخ (2008 /12/29)، منشور على موقع قانون على الرابط: https://qanon.ps/news.php?action=viewed=17134

1.4 الخاتمة

توصلت هذه الرسالة إلى نقطتين أساسيتين أولهما النتائج المتوصل إليها من خلال البحث، لاسيما تحديد مدى مشروعية شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية المصرفية، وثانيهما التوصيات التي نقترحها لتدارك القصور الذي يشوب التشريع الفلسطيني، حيث يستلزم وجود تشريع متخصص في مجال العمليات المصرفية، لاسيما فيما يتعلق بالمسؤولية العقدية للمصرف لكون المشرع يطبق عليها القواعد العامة المستقرة في المسؤولية المدنية ولم يخصها بأحكام خاصة تنطلق من طبيعة العمل المصرفي لتحديد مسؤولية المصرف العقدية.

1.1.4 أولا: النتائج

أن إخلال المصرف بما تم الاتفاق عليه أثناء مرحلة المفاوضات لا يعد خطأ عقديا، مما يؤكد القصور التشريعي في هذا المجال.

1- بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني، نجد أن الشرط المعفي من المسؤولية العقدية المصرفية هو أحد الشروط المقترنة بالعقد بحيث يجوز للأطراف تضمين عقودهم ما يرونه من شروط بشرط عدم مخالفة مقتضى العقد.
2- ان إجازة اتفاقات الإعفاء من المسؤولية ليست مطلقة فالتعمد في عدم تنفيذ عقود الأمانات يبطل الشرط المعفي من المسؤولية العقدية.
3- يشترط لصحة شروط الإعفاء من المسؤولية عدم مخالفتها للنظام العام والآداب العامة، وعدم صدورها بناء على غش أو خطأ جسيم صادر من المصرف، وأن لا تكون تعسفية.
4- ان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية الصحيح يترتب أثره القانوني الكامل، فيعفى المصرف من المسؤولية عن إخلاله بالتزامه التعاقدي، فلا يلتزم بتعويض العميل عن الضرر الناتج عن إخلاله.
5- ان شروط الاعفاء من المسؤولية تكون باطلة إذا خالفت قاعدة قانونية آمرة أو خالفت مقتضى العقد حتى تتحقق منفعة العقد الأساسية، وعليه إذا كان الشرط هو الدافع للتعاقد، فيبطل العقد برمته ويتم إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا فيها قبل التعاقد وبخلاف ذلك يبطل الشرط مع بقاء العقد صحيحا منتجا لآثاره القانونية.

2.1.4 ثانيا: التوصيات

1- نقترح على المشرع الفلسطيني إزالة الغموض حول المسؤولية المصرفية عن طريق إيجاد تنظيم قانوني متخصص في مجال العمليات المصرفية ينطلق من طبيعة عمل المصرف لتحديد مسؤولية المصرف العقدية، بحيث يحافظ على مصلحة العميل باعتباره الطرف الأضعف في العلاقة التعاقدية، الذي يلتجئ إلى المهني باعتباره يملك من الخبرة والمعرفة ما لا يملكه فمن غير المنطقي أن يشترط المهني عدم مسؤوليته حال حدوث الضرر! بحيث يجيز من خلال هذا القانون بشكل مباشر الإعفاء من المسؤولية العقدية المصرفية، مع تقييدها في حالتي الغش والخطأ الجسيم الصادرين من المصرف حتى لا تنتفي الغاية من الشرط ويستغل من قبل المصرف للإضرار بالعميل.

2- محاولة إيجاد معيار تقريبي، للتفرقة بين الخطأ اليسير والخطأ الجسيم، مع وضع أمثلة على الأخطاء المهنية الجسيمة واليسيرة، حتى لا يتسع المجال للمحكمة لتقرير جسامة الخطأ من عدمه حسب ظروف كل حالة في المعاملات المصرفية لخطورة مثل هذه القرارات وما قد يترتب عليها من تعويضات هائلة.

3- إيجاد قاعدة قانونية تراعي طبيعة المعاملات المصرفية بحيث ترتب مسؤولية عن أخطاء المصرف ما قبل التعاقد أي في مرحلة المفاوضات، كالحفاظ على السرية المصرفية لعدم كفاية القواعد العامة في هذا المجال.

4- ضرورة النص على عدم جواز شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية عن الأخطاء الصادرة بناء على غش أو خطأ جسيم صادر من الغير؛ لكون الخطأ يعتبر كأنه صادر من المصرف ذاته إضافة إلى أن السماح بالإعفاء من المسؤولية عن الغش والخطأ الجسيم الصادر من الغير يعطي المجال للمصرف أن يتهرب من المسؤولية عن طريق إساءة اختيار الغير مستندا إلى عدم مسؤوليته.

5- إيجاد آلية لتفعيل دور سلطة النقد في الرقابة على مضمون العقود المصرفية والشروط المعفية للمصارف من المسؤولية، وعدم السماح للمصارف باستخدام هذه الشروط كوسيلة للتهرب من التعويض المترتب على المسؤولية العقدية حال انعقادها.

6- توعية العملاء عامة وكبار العملاء خاصة بحقوقهم في الاشتراك بوضع الشروط العقدية المناسبة له باعتبارهم أحد أطراف العلاقة التعاقدية مما قد يخلق فرصة لإمكانية تعديل بعض الشروط التعاقدية المجحفة من قبل العملاء، بالإضافة لتوعية العاملين في البنوك بالحماية القانونية للعميل والمسؤولية العقدية للمصرف لتدعيم الثقة في المصارف كلل ذلك بهدف توفير مناخ جيد للاستثمار والاستقرار الاقتصادي.

قائمة المصادر والمراجع

المصادر

- القانون الأساسي الفلسطيني لسنة (2003) نشر في العدد الممتاز صفحة (5) من مجلة الوقائع الفلسطينية بتاريخ 2003/4/19م.
- قانون البينات الفلسطيني في المواد المدنية والتجارية رقم (4) لسنة (2001) المنشور في العدد (38) على الصفحة (226) بتاريخ 2001/9/5م.
- قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنه (1966م) المنشور في الجريدة الرسمية رقم (1910) على الصفحة (472) بتاريخ 1966/3/30م.
- قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة (2005م) المنشور في العدد (63) من مجلة الوقائع الفلسطينية صفحة (29) بتاريخ 2006/4/27م.
- مجلة الأحكام العدلية صدرت عن مجلس شورى الدولة العثمانية ورسمت بمرسوم السلطان العثماني عبد العزيز بن محمود ود الثاني في عام 1869م، وتوطد نفاذها 1876م.

التعليمات

- تعليمات سلطة النقد رقم (8) لسنة (2009).
- تعليمات سلطة النقد الفلسطينية رقم (2) لسنة (2016).
- سلطة النقد رقم (1) لسنه (2015)

المراجع

أولا: الكتب

- أبو فروة، محمود. (2009). الخدمات الالكترونية عبر الانترنت. ط 1. دار الثقافة. عمان.
- البشري، عماد طارق. (دون ت). فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق بين القوانين الوضعي والفقه الإسلامي. ط 1. المكتب الإسلامي.
- البكباشي، سحر. (2008). دور القاضي في تكميل العقد. منشأة المعارف. الإسكندرية.
- الجهني، محمد حمدان. (2010). المسؤولية المدنية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقات الدفع الالكتروني. ط 1. دار المسيرة للنشر والتوزيع. عمان.

- الحضرمي، خليفة بن محمد. (2015). مسؤولية البنك في عمليات الائتمان الداخلي. ط 1. دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع. مصر.
- حيدر، علي. (2003). درر الحكام في شرح مجلة الاحكام العدلية. دار الكتب. لبنان
- الخلايلة، عايد. (2009). المسؤولية التقصيرية الالكترونية. ط 1. دار الثقافة للنشر والتوزيع. الأردن.
- خوالدة، أحمد. (2011). شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية. ط 1. دار الثقافة للنشر والتوزيع. الأردن.
- دواس، أمين. (2012). مجلة الاحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية. ط 1، المعهد القضائي الفلسطيني. رام الله.
- ذوابة، محمد، وياملكي، أكرم. (2006). عقد التحويل المصرفي الإلكتروني. ط 1. دار الثقافة للنشر والتوزيع. عمان.
- زكي، محمود. (1990). بلا عنوان. مطبعة جامعة القاهرة. مصر.
- السنهوري، عبد الرازق. (دون ت). الوسيط في شرح القانون المدني –الجزء الأول–مصادر الالتزام. ط 3. دار النهضة العربية. مصر.
- الشامي، محمد. (1990). ركن الخطأ في المسؤولية المدنية `دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري واليمني والفقه الإسلامي. دار النهضة العربية. مصر
- عامر، حسين، وعبد الرحيم، عامر. (1979). المسؤولية المدنية –التقصيرية والعقدية. ط 2. دار المعارف. القاهرة.
- العوجي، مصطفى. (2007). القانون المدني والمسؤولية المدنية. ط 3. منشورات الحلبي الحقوقية. لبنان.
- عوض، جمال الدين. (2008). عمليات البنوك من الوجهة القانونية. ط 4. دار النهضة العربية. القاهرة.
- عون، كريمة. (2017). سلطة الإرادة في حماية الأداب العامة وأثرها على الحريات العامة دراسة مقارنة. دار الجامعة الجديدة. الإسكندرية.

- الغانمي، خضير. (2016). النظام القانوني للتحويل الإلكتروني للنقود: دراسة مقارنة. ط 1. المركز القومي للإصدارات القانونية. مصر.
- الغانمي، خضير. (دون ت). النظام القانوني للتحويل الإلكتروني للنقود: دراسة مقارنة: مفهوم التحويل الإلكتروني للنقود، أنواع التحويل الإلكتروني للنقود الطبيعة القانونية...أحكام مسؤولية المصرف المدنية، الإعفاء من المسؤولية. المركز القومي للإصدارات القانونية. القاهرة.
- غنام، شريف. (2010). مسؤولية المصرف عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الإلكتروني للنقود. دار الجامعة الجديدة. مصر.
- مجاهد، أسامة. (2007). الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية وفقا لأحدث التشريعات في فرنسا/مصر/الأردن/دبي/البحرين–الكتاب الأول/ ويشمل المدخل لقانون المعاملات الإلكترونية/ العقد الإلكتروني/الاثبات الالكتروني. ط 1. دار النهضة العربية. القاهرة.
- محمد، خالد عبد الفتاح. (2007). المسؤولية المدنية. دار الكتب القانونية. مصر.
- مدغمش، جمال. (1995). روائع المسؤولية المدنية: العقدية والتقصيرية.
- المهدي، معتز. (دون ت). الالتزام بالسرية والمسؤولية المدنية. دار النهضة العربية. القاهرة.
- موسى، طالب. (2011). الأوراق التجارية والعمليات المصرفية. ط 1. دار الثقافة للنشر والتوزيع. الأردن.
- النقيب، عاطف. (1987). المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية. ط 1. الشركة العالمية للنشر والتوزيع. بيروت.
- يوسف، أمير. (2006). المسؤولية المدنية والتعويض عنها. دار المطبوعات الجامعية. الإسكندرية.

ثانيا: رسائل الماجستير والدكتوراه

- بلقاسم، أعراب. (1984). "شروط الإعفاء من المسؤولية المدنية"، رسالة ماجستير غير منشورة. كلية الدراسات العليا، جامعة الجزائر، الجزائر.
- الخرينج، ناصر. (2010). "الاتفاق على الاعفاء من التعويض في القانون المدني الكويتي –دراسة مقارنه مع القانون الأردني"، رسالة ماجستير غير منشورة. كلية الدراسات العليا، جامعة الشرق الأوسط، عمان.

- خليلي، سهام. (2008) "المسؤولية المدنية للبنك"، رسالة ماجستير غير منشورة. كلية الدراسات العليا، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر.
- خوالده، أحمد. (2007). "شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية"، رسالة دكتوراه غير منشورة. كلية الدراسات العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، عمان.
- الدواغرة، موسى. (2017). "الشروط المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية في القانون المدني الأردني"، رسالة ماجستير غير منشورة. كلية الدراسات العليا، جامعة اليرموك، الأردن.
- الرشدان، منى. (2012). "نطاق الاثبات بالشهادة في المسائل المدنية والتجارية". رسالة ماجستير غير منشورة. كلية الدراسات العليا، جامعة اليرموك، الأردن
- زكرياء، شتى، وسجي، عماد الدين. (2020–2021). "المسؤولية المدنية للمصارف". رسالة ماجستير غير منشورة. كلية الدراسات العليا، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة آمحمد بوفره، الجزائر.
- صبرينة، سليمانو، وسليماني، سيلية. (2019–2020). "المسؤولية المهنية للبنك". رسالة ماجستير غير منشورة. كلية الدراسات العليا، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة بجاية، الجزائر.
- عبد الحق، علاوة. (2020–2021). "المسؤولية المدنية للبنك عن الأخطاء المصرفية اتجاه العميل"، رسالة دكتوراه غير منشورة. كلية الدراسات العليا، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، الجزائر.
- عبد الله، غدير. (2017). "مدى مشروعية اتفاقات الاعفاء من المسؤولية العقدية"، رسالة ماجستير غير منشورة. كلية الدراسات العليا، جامعة آل البيت، الأردن.
- العجمي، مناع سعد. (دون ت). "حدود التزام البنك بالسرية المصرفية والاثار القانونية المترتبة عند الكشف عنها"، رسالة ماجستير غير منشورة. كلية الدراسات العليا، جامعة الشرق الأوسط. الكويت.
- العجمي، مناع. (2010). "حدود التزام البنك بالسرية المصرفية والاثار القانونية المترتبة عند الكشف عنها"، رسالة ماجستير غير منشورة. كلية الدراسات العليا، جامعة الشرق الأوسط، الكويت.

- عماري، ابتسام. (2017). "مسؤولية البنك المدنية عن عملية التحويل البنك الالكتروني"، رسالة ماجستير غير منشورة. كلية الدراسات العليا، جامعة قاصدي مرباح، الجزائر.
- العيسائي، عبد العزيز. (1998). "شرط الاعفاء من المسؤولية المدنية في كل من القانون المدني الاردني واليمني: دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير غير منشورة. كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، الأردن.
- الفحل، محمد. (2015). "حدود التزام البنك بالسرية المصرفية والاثر القانوني المترتب عليها"، رسالة ماجستير غير منشورة. كلية الدراسات العليا، جامعة النيلين، السودان.
- مضفي، علي. (2010). "واجب البنوك في المحافظة على سرية القيود المصرفية"، رسالة ماجستير غير منشورة. كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمان.
- يوس، حميدة، وساعو، كهينة. (2015). "الاتفاقات المعدلة للمسؤولية في القانون المدني الجزائري"، رسالة ماجستير غير منشورة. كلية الدراسات العليا، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية.

ثالثا: الأبحاث والمجلات العلمية

- بدر، أسامة. (2009). "الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة بين المسؤوليتين الشخصية والموضوعية دراسة تحليلية في القانونين الفرنسي والمصري". مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية – جامعة الإسكندرية: 2:.
- بونة، أحمد. (2014). "احكام العلاقة السببية". مجلة العلوم القانونية – جامعة الزيتونة: 2:.
- الضفيري، خالد. (2012). "المسؤولية المدنية للبنك عن عمليات القروض الاستهلاكية تجاه العميل المقترض". مجلة جامعة الكويت: 49.
- الضفيري، خالد. (2012). "المسؤولية المدنية للبنك عن عمليات القروض الاستهلاكية تجاه العميل المقترض". مجلة جامعة الكويت–كلية الحقوق–قسم القانون الخاص: 49.
- العبيدي، زين. (2009). "مسؤولية المصرف عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الالكتروني للنقود". مجلة الرافدين للحقوق: 11 (39):.
- علي، كاظم، وصالح، رؤى. (2017). "شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية في القانونيين الإنكليزي والعراقي". مجلة كلية القانون، الجامعة المستنصرية.

- كريم، ايمان. (2017). "الاساس القانوني للمسؤولية المدنية عن افشاء السر البنكي". مجلة جامعة البعث: 3.
- محمد، دمانه. (2011). "شرط الإعفاء من المسؤولية بين مقتضيات سلطان الإرادة وسلطان القانون". دفاتر السياسة والقانون–جامعة قاصدي مرباح ورقلة: 5.
- الناجي، محمد. (2008). "قراءة في قواعد المسؤولية المدنية للبنك عن إفشاء السر المهني". مجلة الحقوق: 6.
- هشام، بو عياد. (2005). "المسؤولية العقدية للمهني". مجلة القصر: 10.

رابعا: المواقع الإلكترونية

- الحكماوي، عبد الحكيم. (بدون ت). "المسؤولية المدنية للمؤسسات المصرفية". https://alhoriyatmaroc.yoo7.com/t281–topic
- المقتفي (منظومة القضاء والتشريع في فلسطين). http://muqtafi.birzteit

فهرس المحتويات

الموضوع	الصفحة
الإقرار	أ
الشكر والعرفان	ب
ملخص الرسالة بالعربية	ت
Abstract	ج
المقدمة	**1**
أهمية الدراسة	3
إشكالية الدراسة	4
أهداف الدراسة	4
نطاق الدراسة	5
منهجية الدراسة	5
الدراسات السابقة	5
خطة الدراسة	6
الفصل الأول: انعقاد المسؤولية العقدية للمصرفية	**7**
المبحث الأول: ماهية المسؤولية العقدية المصرفية	**8**
المطلب الأول: تعريف المسؤولية العقدية المصرفية	**9**
المطلب الثاني: شروط انعقاد المسؤولية العقدية المصرفية	**11**
الفرع الأول: وجود علاقة تعاقدية بين المصرف والعميل	**12**
الفرع الثاني: صحة العقد المبرم بين المصرف والعميل	**15**
المبحث الثاني: أركان المسؤولية العقدية المصرفية	**18**
المطلب الأول: الخطأ العقدي الصادر من المصرف	**19**
الفرع الأول: تعريف الخطأ العقدي المصرفي	**19**
الفرع الثاني: عبء اثبات الخطأ العقدي المصرفي	**24**
الفرع الثالث: مسؤولية المصرف عن فعل الغير	**27**
المطلب الثاني: الضرر المصرفي	**31**
الفرع الأول: تعريف الضرر المصرفي	**33**
الفرع الثاني: أنواع الضرر المصرفي	**34**
الفرع الثالث: شروط الضرر المصرفي	**37**

الفرع الرابع: التعويض عن الضرر الناشئ عن الخطأ المصرفي 40
المطلب الثالث: علاقة السببية بين الخطأ الصادر من المصرف والضرر الحاصل للعميل 41
الفرع الأول: مفهوم علاقة السببية 41
الفرع الثاني: إثبات علاقة السببية بين الخطأ الصادر من المصرف والضرر الحاصل للعميل 42
الفرع الثالث: نفي العلاقة السببية 43
الفصل الثاني: شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية المصرفية 49
المبحث الأول: ماهية شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية المصرفية 50
المطلب الأول: مفهوم شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية وصوره 50
الفرع الأول: مفهوم شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية المصرفية 50
الفرع الثاني: صور شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية المصرفية 53
المطلب الثاني: جواز شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية المصرفية 54
الفرع الأول: جواز شرط الإعفاء من المسؤولية الشخصية 54
الفرع الثاني: جواز أو عدم شرط الإعفاء من المسؤولية عن أخطاء الغير 60
المبحث الثاني: قيود شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية والآثار المترتبة على صحة الشرط 61
المطلب الأول: قيود شروط الإعفاء من المسؤولية 61
الفرع الأول: عدم مخالفة للنظام العام والآداب العامة وحسن النية في العقود 61
الفرع الثاني: عدم مخالفة مقتضى العقد 66
الفرع الثالث: انتفاء غش المصرف أو خطأه الجسيم 68
المطلب الثاني: آثار شرط الإعفاء من المسؤولية 71
الفرع الأول: أثر شرط الإعفاء من المسؤولية الصحيح 71
الفرع الثاني: أثر شرط الإعفاء من المسؤولية الباطل 74
الخاتمة 76
النتائج 76
التوصيات 77
قائمة المصادر والمراجع 78
فهرس المحتويات 84