جامعة سعد دحلب البليدة

كلية الحقوق

مـذكرة ماجستير

قسم القانون الخاص

تخصص قانون الأعمال

مســـؤولية البنك اتّجاه عملائــه

من طرف

قاصدي عبد الرفيق

أمام اللجنة المشكلة من:

العيد حداد	أستاذ التعليم العالي	جامعة سعد دحلب البليدة	**رئيسا**
نور الدين بوسهوة	أستاذ محاضر(أ)	جامعة سعد دحلب البليدة	**مشرفاومقررا**
خالد رامول	أستاذ محاضر(أ)	جامعة سعد دحلب البليدة	**عضوا مناقشا**
حسينة قرطبي	أستاذة مساعدة (أ)	جامعة سعد دحلب البليدة	**عضوا مناقشا**

البليدة، نوفمبر 2012

شـــكـــر

الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله

أتقدم بالشكر الجزيل إلى الوالدين الكريمين عن دعمهما المادي والمعنوي طوال مسيرتي الدراسية حيث كلاّ ولم يملا في سبيل تعليمي .أسأل الله تعالى أن يجزيهما عني خير الجزاء .

كما أشكر أيضا الدكتور بوسهوة نور الدين على قبوله الإشراف عليَّ في إنجاز هذا البحث وله مني كل التقدير و الاحترام . و أشكر كذلك أعضاء لجنة المناقشة الموقرة على قبولهم مناقشة هذا البحث .

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى كل من ساعدني ماديا أو معنويا على القيام بهذا البحث المتواضع ، وأخص بالذكر صديقي العزيز عدي هشام ، الذي لم يبخل علي بالمساعدة ومدّي بالمراجع اللازمة لإنجاز هذا البحث .

كما أهدي هذا العمل المتواضع إلى كل أفراد العائلة ، وإلى جميع الأصدقاء و الأقارب .

أهدي هذا العمل كذلك إلى الأساتذة : قايد خليل ، يعقر الطاهر، سليماني سليم ، شهاب محمد حموم جعفر .

ملخـــص

لقد احتل النظام البنكي منذ فترات طويلة أهمية بالغة في مختلف المنظومات الإقتصادية .

وتزداد أهميته من يوم لآخرمع التطورات الهامة التي تطراعلى الإقتصاديات الوطنية من جهة ومع التحولات العميقة التي يشهدها المحيط المالي الدولي من جهة ثانية .

وفي هذه الظروف ما فتئت البنوك تطور من امكانياتها ووسائل عملها من أجل جمع الأرموال من مصادرها المختلفة وتوجيهها نحو أفضل الإستعمالات الممكنة .

وفي سبيل ذلك تلجأ بوجه خاص نحو ادخار العائلات و المؤسسات والجماعات العمومية ويمكنها أمام عدم كفاية هذه المصادرأن تلجأ إلى الإقتراض من الأسواق النقدية والمالية ،أوتلجأ إلى البنك المركزي في آخر المطاف لإعادة التمويل عن طريق الإصدار الجديد .

ويتمثل الوجه الثاني للوظيفة البنكية في إعادة توظيف هذه الموارد .وأكثر هذه التوظيفات ممارسة وتنوعا هي منح القروض إلى أولئك الذين يحتاجون إليها .

و تختلف أشكال هذه القروض من حيث طبيعتها وأهدافها ومدتها وذلك حسب طبيعة موضوع التمويل والأشكال التي يأخذها .وفي سبيل جمع الأموال اللازمة من أجل القيام بعمليات التمويل الضرورية للإقتصاد ، تستخدم البنوك طرق عديدة وأساليب متنوعة ومناهج تهدف إلى إيجاد أفضل الإستعمالات لهذه الموارد في ظل القوانين والتنظيمات السائدة والمعمول بها ، وتحاول أن تتحرك دائما وفق مبدأ عام هو التوفيق بين مجموع مواردها واستخداماتها .ويطلق اصطلاحا لفظ التقنيات البنكية ع لى كل هذه الطرق والأساليب .

ولايمكنه القيام بهذه الوظائف إلا عن طريق إبرام عقود مع عملائه ، وبعد إبرام هذه العقود تنشأ إلتزامات على عاتق البنك .وبالتالي أي إخلال بتنفيذ هذه الإلتزامات يعرض البنك للمسؤولية اتجاه عملائه.

وكما هو معروف فإن الإخلال بالإلتزامات العقدية يترتب عليه مسؤولية عقدية ، وبما أن البنك شخص معنوي فيقوم موظفيه بتنفيذ هذه العقود وبالتالي إخلالهم بالإلتزامات التعاقدية يترتب عنه ما يسمى مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه طبقا لنص المادة136 والمادة137 من القانون المدني الجزائري . حيث تقوم هذه المسؤولية على أساس العلاقة الموجودة بين البنك والموظف المكلف بتنفيذ العقد . وإخلال الموظف بالإلتزامات الملقاة على عاتق البنك .

فمتى توفرت هذه الشروط قامت مسؤولية البنك تجاه عملائه ويلزم بالتعويض عن الضرر الذي يلحق بالعملاء .

الفـــــهـــــرس

- ملخص

- شكر

- الفهرس

- مـقدمـة.....14

1. مفهوم المسؤولية العقدية.....22

1.1 تعريف المسؤولية العقدية.....23

2.1 شروط المسؤولية لعقدية.....23

1.2.1 وجود عقد صحيح.....23

2.2.1 أن ينشأ الضررمباشرة عن عدم تنفيذ الإلتزام العقدي أوعن الإخلال به.....23

3.2.1 قيام المسؤولية في إطار العلاقة التعاقدية.....24

3.1 أركان المسؤولية العقدية.....25

1.3.1 الخطأ العقدي.....25

1.1.3.1 الخطأ العقدي في مسؤولية العاقد عن فعله الشخصي.....26

2.1.3.1 الخطأ العقدي في المسؤولية عن فعل الغير.....27

3.1.3.1 الخطأ العقدي في المسؤولية عن الأشياء 28

4.1.3.1 إثبات الخطأ العقدي.....29

2.3.1 الضرر.....30

1.2.3.1 تعريف الضرر 30

2.2.3.1 أنواع الضرر.....30

1.2.2.3.1 الضرر المادي 30

2.2.2.3.1 الضررالمعنوي أوالأدبي 31

3.2.3.1 شروط الضرر 31

4.2.3.1 إثبات الضرر 32

3.3.1 العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر..... 33

1.3.3.1 القوة القاهرة أو الحادث الفجائي 33

2.3.3.1 فعل الدائن 33

3.3.3.1 فعل الغير.....34

4.1 تعديل أحكام المسؤولية العقدية 34

2. مسؤولية البنك في عقود الوديعة.....36

1.2 مسؤولية البنك في عقد الوديعة النقدية.....37

1.1.2 مفهوم عقد الوديعة النقدية.....38

1.1.1.2 تعريف عقد الوديعة النقدية.....38

2.1.1.2 أنواع الودائع النقدية.....39

1.2.1.1.2 الودائع لدى الطلب 39

2.2.1.1.2 الودائع بشرط الإخطار السابق.....39

3.2.1.1.2 الودائع لأجل.....39

4.2.1.1.2 الودائع المخصصة لغرض معين 40

3.1.1.2 الطبيعة القانونية لعقد الوديعة النقدية.....40

1.3.1.1.2 الوديعة النقدية ليست وديعة شاذة 40

2.3.1.1.2 الوديعة النقدية قرض 41

3.3.1.1.2 عقد الوديعة النقدية ذا طبيعة خاصة 42

2.1.2 التزامات البنك في عقد الوديعة النقدية.....42

1.2.1.2 الإلتزام برد المبالغ المودعة.....42

2.2.1.2 التزام البنك بدفع الفوائد.....43

3.2.1.2 التزام البنك بإحترام تخصيص الوديعة.....44

4.2.1.2 التزام البنك بالوفاء بأمر من الوكيل.....44

1.4.2.1.2 نقل أو تحويل النقود 44

2.4.2.1.2 الوفاء بالأوراق التجارية 44

1.2.4.2.1.2 إمضاءالساحب.....45

2.2.4.2.1.2 حقوق الحامل.....45

3.2.4.2.1.2 الرصيد.....45

3.1.2 حالات مسؤولية البنك في عقد الوديعة النقدية.....45

1.3.1.2 مسؤولية البنك عن عدم تنفيذه لإلتزامه برد المبالغ المودعة.....45

2.3.1.2 مسؤولية البنك عن تنفيذه غير الصحيح لإلتزامه برد المبالغ المودعة.....48

3.3.1.2 مسؤولية البنك عن رفضه غير المبرر للوفاء.....48

4.3.1.2 مسؤولية البنك في عملية التحويل المصرفي.....49

1.4.3.1.2 بصفته مودع لديه.....49

2.4.3.1.2 بصفته وكيل عن العميل 50

2.2 مسؤولية البنك في عقد إيداع المستندات.....51

1.2.2 مفهوم عقد إيداع المستندات.....52

1.1.2.2 تعريف عقد إيداع المستندات.....52

2.1.2.2 خصائص عقد إيداع المستندات.....52

1.2.1.2.2 رضائية عقد إيداع المستندات.....52

2.2.1.2.2 تجارية عقد إيداع المستندات.....53

3.1.2.2 الطبيعة القانونية لعقد إيداع المستندات.....54

2.2.2 الإلتزامات المترتبة على عقد إيداع لمستندات.....54

1.2.2.2 التزامات العميل في عقد إيداع المستندات.....54

1.1.2.2.2 التزام العميل بتسليم الصكوك والمستندات للبنك 55

2.1.2.2.2 التزام العميل بدفع أجرة للبنك.....55

3.1.2.2.2 التزام العميل بدفع عمولة للبنك.....55

2.2.2.2 التزامات البنك في عقد إيداع المستندات والصكوك 55

1.2.2.2.2 الألتزامات الأصلية.....56

1.1.2.2.2.2 الإلتزام بالمحافظة على المستندات والصكوك المودعة 56

2.1.2.2.2.2 الإلتزام برد الصكوك والمستندات المودعة 57

2.2.2.2.2 _الإلتزامات التبعية 57

1.2.2.2.2.2 قبض عائد الصك.....57

2.2.2.2.2.2 القيام بكل عملية لازمة للمحافظة على الحقوق المتصلة بالصك 58

3.2.2.2.2.2 إخطار العميل بكل أمر، أو حق يتصل بالصك.....58

3.2.2 حالات مسؤولية البنك في عقد إيداع المستندات والصكوك و شروط الإعفاء منها 59

1.3.2.2 حالات مسؤولية البنك في عقدإيداع المستندات و الصكوك.....59

1.1.3.2.2 مسؤولية البنك عن إخلاله بإلتزاماته الأصلية 59

1.1.1.3.2.2 مسؤولية البنك عن إخلاله بإلتزامه بالحفظ.....59

2.1.1.3.2.2 مسؤولية البنك عن إخلاله بإلتزامه بالرد 60

1.2.1.1.3.2.2 دعوى الإسترداد 60

2.2.1.1.3.2.2 دعوى التعويض 61

2.1.3.2.2 مسؤولية البنك عن إخلاله بإلتزاماته التبعية 61

1.2.1.3.2.2 مسؤولية البنك الوكيل عن خطئه في تنفيذ تعليمات العميل الموكل.....61

2.2.1.2.3.2 مسؤولية البنك الوكيل عن الغش والخطأ الجسيم 62

3.2.1.3.2.2 مسؤولية البنك عن الخطأ المادي 63

2.3.2.2 شروط الإعفاء البنك من المسؤولية في عقد إيداع المستندات و الصكوك 63

3. مسؤولية البنك في عقد الإعتماد المستندي.....65

1.3 مفهوم عقد الإعتماد المستندي.....70

1.1.3 تعريف عقد الإعتماد المستندي ووظائفه والمبادئ التي يقوم عليها.....71

1.1.1.3 تعريف عقد الإعتماد المستندي.....71

1.1.1.1.3 التعريف القانوني لعقد الإعتماد المستندي 71

2.1.1.1.3 التعريف الفقهي لعقد الإعتماد المستندي..... 72

1.2.1.1.1.3 الآمر بفتح الإعتماد (المشتري):..... 73

2.2.1.1.1.3 البنك المنشيء الذي يفتح الإعتماد..... 73

3.2.1.1.1.3 المستفيد..... 73

2.1.1.3 وظائف عقد الإعتماد المستندي..... 74

1.2.1.1.3 تسوية حسابات البيوع التجارية الدولية.....74

2.2.1.1.3 خلق الضمان لدى أطراف العلاقة الدولية.....74

3.2.1.1.3 يعد الإعتماد المستندي وسيلة للتسهيل.....74

4.2.1.1.3 هو وسيلة دفع مرتبط على أساس التعامل بالمستندات فقط.....74

3.2.1.1.3 المبادئ الأساسية التي يقوم عليها الإعتماد المستندي..... ..75

1.3.1.1.3 مبدأ إستقلال الإعتماد المستندي..... 75

2.3.1.1.3 مبدأ المطابقة الظاهرية للمستندات 75

2.1.3 العلاقات التعاقدية في عملية الإعتماد المستندي..... 77

1.2.1.3 العلاقة بين العميل والمستفيد 77

2.2.1.3 العلاقة بين العميل و البنك المصدر للإعتماد 77

3.2.1.3 العلاقة بين المستفيد والبنك المصدر للإعتماد..... 77

4.2.1.3 البنوك الوسيطة..... 78

1.4.2.1.3 العلاقة بين البنوك الوسيطة والعميل.....78

2.4.2.1.3 العلاقة بين المستفيد والبنوك الوسيطة..... 78

3.4.2.1.3 علاقة البنك المصدروالبنوك الوسطية.....78

3.1.3 أنواع الإعتماد المستندي 79

1.3.1.3 من حيث الإلتزام. 79

1.1.3.1.3 الإعتماد المستندي الغير قطعي(القابل للإلغاء)..... .79

2.1.3.1.3 الإعتماد المستندي القطعي(الغير قابل للإلغاء)..... 79

3.1.3.1.3 الإعتماد المستندي المؤيد..... 80

2.3.1.3 من حيث الإستعمال..... 80

3.3.1.3 من حيث الدفع..... 80

1.3.3.1.3 اعتماد بالإطلاع..... 80

2.3.3.1.3 اعتماد سحب زمني..... 80

3.3.3.1.3 اعتماد الدفع المؤجل..... 81

4.3.3.1.3 الإعتماد القابل للتحويل..... 81

5.3.3.1.3 اعتماد الشرط الأحمر..... 81

6.3.3.1.3 الإعتماد المنتوج بضمانة إعتماد وارد لصالح طالب فتح الإعتماد..... 81

7.3.3.1.3 الإعتماد الدوار..... 81

4.3.1.3 من حيث العلاقة في التعامل مع البنوك الإسلامية..... 82

1.4.3.1.3 اعتماد التمويل الذاتي..... 82

2.4.3.1.3 اعتمادات التمويل بالمرابحة 82

5.3.1.3 اعتماد الضمان..... 82

4.1.3 خصائص الإعتماد المستندي..... 83

1.4.1.3 الإئتمان والضمان في الإعتماد المستندي..... 83

2.4.1.3 الإعتماد المستندي عملية ثلاثية الأطراف..... 83

5.1.3 الطبيعة القانونية للإعتماد المستندي..... 84

2.3 الإلتزامات المترتبة عن عقد الإعتماد المستندي 85

1.2.3 التزامات العميل في عقد الإعتماد المستندي..... 86

1.1.2.3 تقديم الضمان الذي يطلبه البنك كغطاء بقيمة الإعتماد الذي فتحه..... 86

2.1.2.3 تقديم المعلومات المتعلقة بالإعتماد..... 86

3.1.2.3 دفع العمولة المتفق عليها للبنك مقابل فتح الإعتماد..... 86

4.1.2.3 تسلم المستندات من البنك ودفع قيمتها إذا كانت مطابقة لشروط الإعتماد..... 86

5.1.2.3 تعويض البنك عن المصاريف التي تكبدها من أجل تنفيذ الإعتماد..... 86

6.1.2.3 يلتزم العميل بجميع النتائج القانونية التي تترتب على التعليمات التي وجهها للبنك وتم الإتفاق عليها في عقد الإعتماد..... 86

2.2.3 التزامات البنك في عقد الإعتماد المستندي.....87

1.2.2.3 إلتزام البنك بإعلام العميل بمتطلبات فتح الإعتماد..... 87

2.2.2.3 إلتزام البنك بفتح الإعتماد وإخطار البائع به..... 88

3.2.2.3 التزام البنك بإخطار العميل بما لديه من معلومات عن المستفيد.....89

4.2.2.3 التزام البنك بتنفيذ تعليمات العميل الخاصة بفتح الإعتماد بكل دقة وسرعة وأمان.. 89

5.2.2.3 التزام البنك بفحص مستندات الشحن بكل دقة وبما يحفظ حقوق عملائه..... 90

6.2.2.3 التزام البنك بتسليم المستندات للمشتري الآمر.....90

3.3 حالات مسؤولية البنك في عقد الإعتماد المستندي.والإستثناءات الواردة عليها..... 91

1.3.3 حالات مسؤولية البنك في عقد الإعتماد المستندي.....92

1.1.3.3 مسؤولية البنك عن مخالفته لشروط عقد الإعتماد 92

2.1.3.3 مسؤولية بنك المشترى عن خطأ البنك المراسل في تنفيذ الإعتماد..... 94

3.1.3.3 مسؤولية البنك عن عدم إخطار العميل بما لديه من معلومات عن المستفيد..... 94

4.1.3.3 مسؤولية البنك عن عدم مقاطعة صحة المستندات المقدمة من طرف المستفيد.... 97

5.1.3.3 مسؤولية البنك الفاتح عن أعمال البنوك المتدخلة..... 98

2.3.3 الإستثناءات الواردة على مسؤولية البنك في عقد الإعتماد المستندي 99

1.2.3.3 عدم مسؤولية البنك عن فاعلية المستندات 99

2.2.3.3 عدم مسؤولية البنك عن نقل الرسائل 100

3.2.3.3 عدم مسؤولية البنك عن نتائج القوة القاهرة 100

4.2.3.3 عدم مسؤولية البنك عن تقاعس المراسلين عن تنفيذ تعليماتها.....100

خـــاتـمـة.....102

قائمة الملاحق 104

قائمة المراجع

مـــقدمـــة

تعتبر البنوك من أقدم مقومات الحياة التجارية ، كما تعتبر عصب الحياة الإقتصادية في وقتنا الحاضر نظرا لما تقوم به من تصرفات قانونية هامة لخدمة الإقتصاد الوطني والعالمي .

فكلمة بنك (bank .banque) أصلها هوالكلمة الإيطالية بانكو banco و تعني مصطبة. و كان يقصد بها في البدء المصطبة التي يجلس عليها الصرافون لتحويل العملة ، ثم تطور المعنى فيما بعد لكي يقصد بالكلمة المنضدة التي يتم فوقها عد وتبادل العملات comptoir ، ثم أصبحت في النهاية تعني المكان الذي توجد فيه تلك المنضدة وتجري فيه المتاجرة بالنقود.

أما لغة فيقال صرف وصارف ، اصطرف الدنانير بدلها بدراهم أو دنانير سواها. والصراف والصيرف والصيرفي- وجمعها الصيارفة - هو بيأع النقود بنقودغيرها والصرافة والصيرفة هي حرفة الصراف. والمصرف (وهي كلمة محدثة) ، وجمعها مصارف ، تعني المؤسسة المالية التي تتعاطى الإقتراض والإقراض .

ويمكن تلخيص عمل البنك بصفة عامة ببضع كلمات :هو يقبل الأموال من الذين لديهم أموال فائضة عن حاجتهم (وبذلك يكون مدينا لهم بقيمتها) ويعيد تقديمها لآخرين يحتاجونها لكي يستفيدوا منها (وبذلك يكون دائنا لهؤلاء الآخرين بقيمتها) .

وبعبارة أخرى فإن الأموال التي يقرضها البنك هي (أموال الناس) الذين أودعوها لديه (أي : ديون الناس بذمته) ، وهو عند إعادة تقديم هذه الأموال لآخرين ، يكون قد تاجر بما لا يملكه ، أي تاجر بما هو مدين به .وهكذا فإن البنك في الحقيقة (يتاجر بالديون) .

البنك إذن وباختصار يستلم ويسلم الأموال ويستفيد من ذلك [1] (24).

فالبنك هو منشأة تنصب عملياتها الرئيسية عن تجميع النقود الفائضة عن حاجة الجمهور، أو منشآت الأعمال، أو الدولة لغرض إقراضها للآخرين ، وفق أسس معينة أو إستثمارها في أوراق مالية محددة .

إن البدايات الأولى للعمليات المصرفية ترتقي إلى عهد بابل(العراق القديم ، بلاد مابين النهرين (la Mésopotamie) في الألف الرابع قبل الميلاد .أما الإغريق فقد عرفوا قبل الميلاد بأربعة قرون بدايات العمليات التي تزاولها البنوك المعاصرة ، كتبادل العملات، وحفظ الودائع ، ومنح القروض ، أما فكرة الإتجار بالنقود فقد بدأت في العصور الوسطى بفكرة الصراف (الصيرفي) الذي يكتسب دخله من مبادلة العملات سواءا أكانت عملات أجنبية أو محلية .

أما البنوك بشكلها الحالي ، فقد ظهرت في الفترة الأخيرة من القرون الوسطى – القرن الثالث عشر والرابع عشر – بعد ازدهار المدن الإيطالية ، خاصة جنوة وفلورنسا على إثر الحروب الصليبية ، فقد كانت تلك الحروب تستلزم نفقات طائلة لغرض تجهيز الجيوش ، كما أن العائدين منها من المحاربين قد جلبوا معهم خيرات كثيرة سواء عن طريق النهب أو الشراء وترتب على كل هذا (النشاط) تكدسا في الثروات ونموا متزايدا للفعاليات المصرفية . وكان التاجر والصائغ والصيرفي من أكثر المستفيدين من هذا التحول الكبير .

وقد قضت ضرورة التعامل شيوع فكرة قبول الودائع للمحافظة عليها من الضياع مقابل شهادات إسمية . ثم بدأ تحويل الودائع من إسم لإسم (أي نقل الحق في قيمتها) بحضور الطرفين ، وفيما بعد بمجرد التظهيرEndossement .

وأخيرا ظهرت شهادات الإيداع لحامله au porteur (أي بدون تعيين إسم المستفيد) التي انبثق منها الشيك وكذلك البنكنوت (أي النقود الورقية) بشكلها الحديث .

وحيث لم يكتف الصيارفة بمجرد قبول الودائع، فقد عملوا على إستثمار أموالهم الخاصة بإقراضها للغير نظير الفوائد التي يحصلون عليها منهم intérêt . وفي مرحلة لاحقة عملوا على إستثمار الودائع التي لديهم – أي مال الغيرالمودع عندهم – بإقراضها. للأفراد نظير فائدة (بعد أن لاحظوا أن جانبا كبيرا من هذه الودائع يظل راكدا بدون أن يحسب علاوة على تيار الودائع الجديد) . وقدحققوا من وراء ذلك أرباحا طائلة[1].(25)

باختصار، يقبل البنك الودائع ، يقرض من المال المملوك ، يقرض من مال الغير (من الودائع).

ولم تقف ممارسات الصيارفة عند هذا الحد ، فقد أخذوا يسمحون لعملائهم بسحب مبالغ تتجاوز أرصدة ودائعهم (وهذا هو السحب على المكشوف Le découvért) مما سبب في النهاية إفلاس عدد من بيوت الصيرفة نتيجة تعذر وفاء الديون،الأمر الذي دفع المفكرين في أواخر القرن السادس عشر إلى المطالبة بإنشاء بيوت صيرفة حكومية تقوم بحفظ الودائع والسهر على سلامتها .

وهكذا تطورت الممارسات المالية من صراف إلى بيت صيرفة ثم إلى بنك .

وأقدم بنك حمل هذا الإسم في التاريخ هو بنك برشلونة (1401)، وكان يقبل الودائع ويقسم الكمبيالات ،أما أقدم بنك حكومي فقد تأسس في البندقية – فينيسيا – عام 1587 باسم : Banca della piazza di Rialta .

وجاء بعده بنك أمستردام عام 1609 الذي أنشأته بلدية أمستردام لكي ترعى حسن تسييره وتضمن ودائعه.

وعلى إثر الإكتشافات الجغرافية الكبرى بدأ مركز الثقل في التجارة ينتقل ، إبتداءا من القرن السادس عشر ، من البحر الأبيض المتوسط إلى المحيط الأطلسي ، وخاصة بعد أن أصبح البحر الأبيض غير آمن بالنسبة لأوروبا (اندحار الصليبين نهائيا ، سقوط القسطنطينية وتنامي القوة العكسرية للإمبراطورية العثمانية ، تزايد ما تسميه أوربا (القرصنة البحرية) ..إلخ) وقد شهد الساحل الأوربي المطل على المحيط الأطلسي ، إرتفاع شأن إسبانيا والبرتغال (السباقتين في الإكتشافات والفتوحات) ثم هولندا ثم إنكلترا وفرنسا وقد ازدهرت الأعمال الصيرفية في هذه الدول نتيجة تدفق الخيرات والمعادن النفيسة عليها ، في القرنين السادس عشر والسابع عشر. ومنذ بداية القرن الثامن عشر زاد عدد البنوك_في أوربا وكان أكثرها صغيرا وعائليا (لضمان حماية المودع ، باعتبار أن ثروة العائلة تسند وديعة المودع وتشكل ضمانا إضافيا).

وقد زادت وظائف البنوك ، فبالإضافة إلى الخصم فقد توسعت في الإقراض والتسهيلات الإئتمانية وخلق النقود . (ومعنى خلق النقود هو إمكان البنك إحلال تعهده بالدفع

محل النقود الفعلية فيما يمنحه من قروض وبذلك (يخلق) البنك وسائل دفع – تقوم مقام النقود – تتمثل في قدرة الزبون على التعامل بتلك الوسائل – وهي في شكل كتابي مثل الشيك يقبلها الآخرون في المعاملات [1] (26).

وبمجيء الثورة الصناعية ، والدخول في عصر الإنتاج الكبير القائم على تقسيم العمل (والذي يحتاج تسييره لأموال كبيرة). أخذت البنوك تتوسع هي الأخرى في القرن التاسع عشر، وتأخذ شكل شركات مساهمة.

واعتبارا من النصف الثاني من ذلك القرن، إزداد عدد البنوك المتخصصة في الإقراض متوسط وطويل الأجل وهو ضروري لتكوين رأس المال الثابت (الأبنية والمكائن)، الذي لا يؤتي ثماره إلا بعد فترة طويلة نسبيا ، ومن تلك الثمار يفترض تسديد أقساط الدين.

وفي أواخر القرن التاسع عشر، ومع بلوغ الرأسمالية مرحلتها الإحتكارية (ومن مظاهرها تكتل المنتجين بشكل كارتل وإندماج المشروعات بشكل ترست واستحواذ القوي منها على الضعيف...إلخ) بدأت حركة تركز البنوك concentration بواسطة الإندماج fusion أوبطريق الشركة القابضة holding (أي شراء معظم أسهم البنوك الأخرى).

وقد إتسع نطاق حركة التركز بعد الحرب العالمية الأولى في معظم البلدان الرأسمالية وقد صاحب ذلك إزدياد تدخل الدولة في تنظيم أعمال البنوك ، فقصرت حق إصدار الأوراق النقدية- البنكنوت- على بنوك معينة عرفت بالبنوك المركزية ، في حين ظلت البنوك التجارية متخصصة في تمويل العمليات التجارية وخاصة خلق نقود الودائع .

والبنوك المركزية تأخرظهورها نسبيا: السويد1668،إنجلترا1694، فرنسا1800.وقد تضمن نشاطها في البداية إصدار النقود émition (إلى جانب البنوك الأخرى) وتولي الأعمال المصرفية الحكومية جنبا إلى جنب مع الأعمال المصرفية العادية . وفي القرن التاسع عشر إنفردت وحدها بإصدار النقود (1832 في إنجلترا ، 1848 في فرنسا) ، وبدأت تباشر وظيفتها في الرقابة على الإئتمان من حيث كميته ونوعه وسعره ، وفي إستخدام سعر الخصم كأداة لتحديد حجم الإئتمان ، وفي القرن العشرين إستقرت وظيفتها كبنك البنوك أي المقرض الأخير لها .

هكذا نشأت البنوك بفعل الحاجة لتسهيل المعاملات (على أساس الأجل والثقة)، وهكذا واكبت نشوء الرأسمالية ، وساهمت كثيرا في تطورها من رأسمالية صناعية إلى رأسمالية إحتكارية ، (بل واستمرت أيضا في عهد الإشتراكية ولكن هذه المرة ، بقصد خدمة وفائدة المجتمع بأسره)[1].(28.27) و قد سبقت البنوك التجارية ، التي أوضحنا طبيعتها أعلاه غيرها في النشأة من الناحية التاريخية ، و تعود تسميتها (تجارية) إلى أنها كانت في البداية مختصة فعلا بتمويل التجارة عندما كان الطابع التجاري هو السائد على إقتصاديات الأقطار المختلفة ، والبنوك التجارية تختص بتمويل القروض قصيرة المدى - لحد سنة في الغالب – الملائمة لطبيعة المعاملات التجارية. ونتيجة للتطور الذي شهدته القطاعات الأخرى (الزراعة، الصناعة، التشييد...إلخ). في الكثير من الأقطار، فقد برزت الحاجة إلى بنوك تتلاءم و احتياجات تلك القطاعات إلى الأموال ، تأسيس مصانع، إنشاء سكك حديدية ، حفر قناة ملاحية ...إلخ . وكلها تتطلب مبالغ كبيرة يمتد صرفها على فترة طويلة نسبيا ، وقد تطلب الحال ظهور مصارف متخصصة زراعية وصناعية وعقارية ...إلخ لتمويل تلك الإحتياجات و لتحمل الفترة الطويلة لوفاء الدين بعدئذ . و من مبررات التخصص الأخرى ، السعي لتحقيق بعض الوفورات وتقليل خسائر- مخاطر- الإئتمان بفضل قصر إهتمام المصرف بقطاع بعينه وإمكان إستخدام المختصين فيه بشكل أكفأ . ومن أهم الدول التي تأخذ بمبدأ التخصص المصرفي إنجلترا و فرنسا وكذلك الدول الإشتراكية والكثير من الدول النامية . وعدم التخصص المصرفي له هو أيضا أنصاره ، ومن الحجج القوية لإسناد هذا النظام تقليل المخاطر المصرفية عن طريق توزيعها على قطاعات متعددة و عدم حصرها في قطاع واحد .

كما أن هذا النظام يسمح بالإستفادة من ودائع الجمهور في تمويل كل القطاعات الإقتصادية و عدم حصرها بالقطاع التجاري[1] (30.29).

و على أساس التخصص يمكن تقسيم البنوك بشكل عام إلى أربعة أنواع رئيسية :

- بنوك تجارية (أوبنوك إئتمان أوبنوك ودائع) .

وعملياتها- أي إقراضها الأموال للغير – في الغالب قصيرة الأجل ، ومعظمها تخدم قطاع التجارة ، وهي تعتمد أساسا على ودائع المودعين .

- بنوك إستثمار (أوبنوك الائتمان المتوسط و الطويل الأجل) .

وعملياتها موجهة لمن يسعى لتكوين أو تجديد رأس المال الثابت (مصنع ،عقار، أرض صالحة للزراعة...إلخ . لذا فهي تحتاج لأموال غير قابلة للطلب متى شاء المودع ، أي أنها تعتمد – في إقراضها للغير – على رأسمالها بالدرجة الأولى وعلى الودائع لأجل، (أي غير مستحقة الأداء عند مجرد الطلب) وعلى الإقتراض من الغير لفترة محددة بتاريخ ، وتعتمد أيضا على المنح الحكومية ، وكل تلك الموارد التي تقدم ذكرها يجمعها جامع يتمثل في كونها غير مستحقة الطلب ،إلا بعد تواريخ معروفة مقدما .

- منشآت الإدخار أو التوفير.

وهي تختص بتجميع مدخرات الأفراد (صغار المدخرين بالدرجة الأولى) التي تكون في الغالب مستحقة عند الطلب . وتأخذ شكل دفتر إدخار. وقد تكون تلك المدخرات بأجل ،(أي مرتبط سحبها بتاريخ). وعندئذ تأخذ شكل أذونات أو سندات . و تقوم بهذا الإدخار من أجل إعادة إقراضها لآجال مختلفة .

- بنوك أعمال .

وهي بنوك ذات طبيعة خاصة (ليس لها جمهور داخل و خارج) وتقتصر عملياتها على المساهمة في تمويل و إدارة المنشآت الأخرى عن طريق إقراضها أو الإشتراك في رأسمالها أو الإستحواذ عليها ، إذن هي تعمل في سوق رأس المال marchè des capitaux .(في حين تتعامل البنوك الأخرى في سوق النقد أساسا marchè monètaire) .

هذه باختصار أهم أنواع البنوك ، مع إستثناء البنك المركزي الذي يعتبر حالة خاصة. فالبنك المركزي يقف على قمة النظام المصرفي سواءا من ناحية الإصدار النقدي أومن ناحية العمليات المصرفية وهو الأداة الرئيسية التي تتدخل بها الحكومة لتنفيذ سياستها الإقتصادية . [1](32.31).

وللبنك وظيفتان أساسيتان هما :

- جمع الأموال من مصادرها المختلفة حيث تلجأ بوجه خاص نحو تعبئة إدخار العائلات والمؤسسات والجماعات العمومية. كما أنها تلجأ في حالة عدم كفاية هذه المصادر للإقتراض من الأسواق النقدية والمالية أو تلجأ إلى البنك المركزي لإعادة التمويل عن طريق الإصدار الجديد .

- إعادة توظيف الموارد السابقة الذكر في منح القروض إلى أولئك الذين يحتاجون إليها وتختلف هذه القروض من حيث طبيعتها وأهدافها ومدتها ، وذلك حسب طبيعة موضوع التمويل والأشكال التي يأخذها .

وفي سبيل جمع الأموال اللازمة من أجل القيام بعمليات التمويل الضرورية للإقتصاد تستخدم البنوك طرقا عديدة وأساليب متنوعة ومناهج مختلفة . وتهدف إلى إيجاد أفضل الإستعمالات لهذه الموارد وتحاول أن تتحرك دائما وفق مبدأ عام هو التوفيق بين مجموع مواردها وإستخداماتها ، ويطلق إصطلاحا لفظ التقنيات البنكية على كل هذه الطرق والأساليب .(03)[2]

ولا يمكنه القيام بهذه الوظائف إلا عن طريق إبرام عقود مع عملائه و بعد إبرام هذه العقود تنشأ إلتزامات على عاتق البنك ، وبالتالي أي إخلال بتنفيذ هذه الإلتزامات يعرض البنك للمسؤولية اتجاه عملائه .

- فما نوع المسؤولية التي تترتب على عدم وفاء البنك بالتزاماته ؟

وماهي أهم الحالات التي يكون فيهاالبنك مسؤولا عن عدم وفائه بالتزاماته ؟

إن موضوع مسؤولية البنك اتجاه عملائه ، يكتسي أهمية كبيرة خاصة في ظل إقتصاد السوق حيث تكثر المعاملات مع البنوك ، إضافة إلى كون العمليات البنكية عمليات معقدة نوعا ما ولا يفقهها الكثير من الناس ، فالأجدر بنا تناول مثل هذه المواضيع من أجل تبسيط بعض المفاهيم .

وموضوع مسؤولية البنك واسع ولا يمكن أن نتناوله في مذكرة ماجستير ،فهناك مسؤولية جزائية ومسؤولية مدنية ، وهذه الأخيرة تنقسم إلى مسؤولية عقدية وتقصيرية لذا

فضلنا تخصيص هذا البحث للمسؤولية العقدية التي تترتب غلى إخلال البنك بإلتزاماته اتجاه عملائه.

ولقد واجهتنا عدة صعوبات أثناء إنجازنا لهذا البحث ، نذكر منها قلة المراجع التي تناولت موضوع مسؤولية البنك ، فنجد جل المراجع تتناول مثلا العمليات المصرفية بصفة عامة ، أو الأجهزة المصرفية...إلخ ، أما بالنسبة للمراجع التي تتناول القانون المصرفي في الجزائر فتكاد تنعدم ، أضف إلى ذلك عملية الترجمة خاصة ترجمة المصطلحات الإقتصادية منها .

أما بالنسبة للمنهج الذي اتبعناه في إعداد هذا البحث ، فقد اتبعنا المنهج التحليلي و المنهج المقارن .

الفصل 1:

مفهوم المسؤولية العقدية .

بما أن جل تعاملات البنك مع عملائه تتم عن طريق إبرام عقود ، وبما أننا خصصنا موضوع بحثنا لدراسة حالات مسؤولية البنك اتجاه عملائه والتي تتمثل غالبا في المسؤولية العقدية ، كان حري بنا التعريج على مفهوم المسؤولية العقدية ولو بإيجاز وذلك من خلال النقاط التالية :

- تعريف المسؤولية العقدية .

- شروط المسؤولية العقدية .

- أركان المسؤولية العقدية .

- تعديل أحكام المسؤولية العقدية .

1.1- تعريف المسؤولية العقدية .

المسؤولية العقدية هي جزاء الإخلال بالإلتزامات الناشئة عن العقد ، أوعدم تنفيذها والمسؤولية العقدية لا تقوم إلاعند إستحالة التنفيذ العيني ولم يكن من الممكن إجبارالمدين على الوفاء بإلتزاماته المتولدة عن العقد عينا ، فيكون المدين مسؤولا عن الأضرار التي يسببها للدائن نتيجة عدم الوفاء بالإلتزامات الناشئة عن العقد [3] (265.264)

بمعنى آخر المسؤولية العقدية هي عبارة عن حالة عدم تنفيذ المدين لإلتزامه العقدي أوالتأخر فيه[4](63)حسب نص المادة 176قانون مدني جزائري : « إذا إستحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ إلتزامه ....ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ إلتزامه ».

2.1- شروط المسؤولية العقدية .

لقيام المسؤولية العقدية في حق المدين لابد من تحقق الشروط التالية :

1.2.1- وجود عقد صحيح .

لا يمكن الإدّعاء بالمسؤولية العقدية إلا بوجود عقد بين الأطراف ، وأن يكون هذا العقد صحيحا . وأما إذا لم ينعقد بعد ، كأن يتضرر أحد الأطراف في مرحلة المفاوضات ، مثلا فلا مجال لقيام المسؤولية العقدية . ولا تنطبق كذلك المسؤولية العقدية إذاكان العقد منعدما أصلا بين الطرف المسؤول والطرف المضرور، كأن يقدم أحدهما خدمة للثاني من باب الإحسان أو المجاملة ، مثل ما هو الأمر في النقل المجاني .

ولا مجال أيضا لنطبق المسؤولية العقدية إذاكان العقد باطلا أوكان قابلا للإبطال . وليس أمام المضرور إلا المسؤولية التقصيرية ،كما تستبعد المسؤولية العقدية في حالة الضرر الذي يصيب الأطراف بعد إنقضاء الرابطة العقدية ، بسبب فسخها أو لأي سبب آخر[5](25)

2.2.1 - أن ينشأ الضررمباشرة عن عدم تنفيذ الإلتزام العقدي أوعن الإخلال به.

فإذا كان هناك عقد صحيح بين شخصين ، نشأ ضرر لأحدهما بسبب قيام العقد ولكن لا بسبب عدم تنفيذ إلتزام من إلتزامات العقد أو الإخلال به فلا تكون المسؤولية عقدية بل تكون

تقصيرية، [6](122) فيجب أن يكون الضرر الذي أصاب المضرور ناتجا مباشرة عن إخلال المسؤول بالإلتزامات التي رتبها العقد . ونذكر في هذا الشأن أن هذه الإلتزامات هي من وضع وتحديد المتعاقدين ، غيرأنه بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 107قانون مدني جزائري « لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب ، بل يتناول أيضا ماهو من مستلزماته وفقا للقانون ، والعرف ، والعدالة ، بحسب طبيعة الإلتزام...» ، للمتضرر إذن أن يدفع بالمسؤولية العقدية عند الإخلال بالإلتزامات التي تضمنها العقد صراحة ، وكذلك تلك التي تدخل في دائرة التعاقد لكونها من مستلزمات العقد في ضوء الأحكام القانونية والعرفية ، وكذا العدالة وطبيعة المعاملة .

3.2.1- قيام المسؤولية في إطار العلاقة التعاقدي .

لامجال للمسؤولية العقدية إلا إذا قامت في إطار العلاقة التعاقدية ، وبعبارة أخرى يجب أن يكون المتعاقد المدين أو الغير إذا كان تابع له هو المتسبب في عدم تنفيذ الإلتزام أي هوالذي أخل بالإلتزامات التي تحملها بموجب العقد من جهة وأن يكون المتضرر هوالمتعاقد معه ، أي الدائن من جهة ثانية . ويستند هذا الشرط إلى مبدأ نسبية آثار العقد ، ومفاده أن آثار العقد تقتصر على طرفيه فلا تكسب الغير حقا ولا تحمله واجبا ،ويجوز للمستفيد من الإشتراط لمصلحة الغير سواء أكان صريحا أوضمنيا أن يطالب المتعهد بمسؤوليته العقدية إذا امتنع أوتأخرعن تنفيذ الإلتزامات التي تعهد بها ، كما يستطيع المستفيد من الدعوى المباشرة أن يدفع هو كذلك بالمسؤولية العقدية .

وإذا تخلف شرط من هذه الشروط الثلاثة، فلا مجال لتطبيق المسؤولية العقدية ، بل تكون العبرة بالمسؤولية التقصيرية ، وبعبارة أخرى تعتبرالمسؤولية التقصيرية بمثابة الشريعة العامة التي يعتد بها ما لم تتوفر شروط المسؤولية الإستثنائية ألا وهي المسؤولية العقدية[5](267.266).

3.1- أركان المسؤولية العقدية.

لاتقوم المسؤولية العقدية إلاّ إذا توافر الخطأ في جانب المدين ، وأن ينجم عنه ضرر يصيب الدائن، وأن تكون علاقة سببية بين الخطأ والضرر، وعلى هذا تكون أركان المسؤولية العقدية ثلاثية ، الخطأ العقدي والضرر والعلاقة السببية يبن الخطأ والضرر. سنتناولها في ثلاثة فروع :

1.3.1 - الخطأ العقدي.

إن القانون المدني الجزائري يجبر المتعاقد على تنفيذ إلتزاماته التعاقدية ، ونصوص القانون التي تفيد هذا المعنى كثيرة ومتعددة ، منها المادة 106 قانون مدني جزائري التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين ، والمادة107قانون مدني جزائري التي تنص بأنه يجب تنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه وبحسن نية ، والمادة 164قانون مدني جزائري التي تجبر المدين بعد إعذاره طبقا للمادتين 180و181 قانون مدني جزائري على تنفيذ إلتزاماته عينا متى كان ذلك ممكنا . وعلى ذلك إذا لم يقم المدين بتنفيذ إلتزامه العقدي ، فإن الركن الأول للمسؤولية العقدية يكون قد توافر .

فالمراد بالخطأ العقدي هو عدم قيام المدين بعدم تنفيذ إلتزاماته الناشئة عن العقد أو التأخير في تنفيذها ، أيا كان السبب في ذلك . ويستوي في ذلك أن يكون عدم التنفيذ نشأ عن عمده ، أو إهماله ،أو عن فعله دون عمد أوإهمال[3](267.266) .

بل إن الخطأ العقدي يتحقق حتى ولو كان عدم قيام المدين بالإلتزام ناشئا عن سبب أجنبي لايد له فيه كالقوة القاهرة . ولكن يلاحظ في هذه الحالة أنه إذا تحقق الخطأ العقدي . فإن

علاقة السببية - وهي ركن في المسؤولية العقدية- تنعدم ولاتتحقق المسؤولية [7](736) هذا مانصت عليه المادة 176قانون مدني جزائري .

إن المادة 176 السالفة الذكر تحدد و تحكم الخطأ العقدي ، والخطأ العقدي هو الإخلال بتنفيذ إلتزام أو عدم تنفيذه على الوجه المتفق عليه في العقد ، وهو ماذهبت إليه المحكمة العليا في قراراتها التي حكمت بأن مجرد الإخلال بإلتزامات العقد أو التقصير في تنفيدها هو خطأ عقدي ، كما أن مجرد عدم الوفاء بالإتزام في الميعاد يعتبرفي ذاته خطأ تعاقديا ، ويفترض فيه

أنه هو السبب فيما أصاب الدائن من ضرر، وكذلك عدم تنفيذ الإلتزامات التعاقدية على الوجه المتفق عليه في العقد.

1.1.3.1- الخطأ العقدي في مسؤولية العاقد عن فعله الشخصي .

يعرف القانون المدني الجزائري في هذا الموضوع بين ثلاثة أنواع من الإلتزامات وهي الإلتزام بتحقيق غاية أو نتيجة ، والإلتزام ببذل عناية ، و الإلتزام بالسلامة .

ففيما يتعلق بالنوع الأول ، يكون تنفيذه بتحقيق نتيجة معينة ، كالإلتزام بنقل ملكية أو الإلتزام بإقامة بناء ، أوالإلتزام بتسليم بضاعة ، ويكفي عدم تحقيق الغاية لوقوع الخطأ العقدي من جانب المدين . ويتعين قي هذا النوع إذا أراد المدين نفي المسؤولية العقدية عنه ،أن يقيم الدليل على وجود السبب الأجنبي الذي ترتب عليه عدم تنفيذ الإلتزام المادة 176 قانون مدني جـزائــري .

ويجوز قانونا تحديد مسؤولية ناقل البضاعة عن التلف في بنود العقد ، وهنا قررت المحكمة العليا بأن القضاء بتعويض يتجاوز حدود الإتفاق الوارد في البنود هو خطأ في تطبيق القانون . كما أن مسؤولية الناقل البحري تبدأ من تاريخ تسليم البضاعة إلى المرسل إليه لا من تاريخ التفريغ (المادة 812 القانون البحري).

أما فيما يتعلق بالنوع الثاني، وهو الإلتزام ببذل عناية ، فإن الواجب الملقى على عاتق المدين في هذا الإلتزام هو بذل عناية في تنفيذ إلتزامه دون أن يكون مطالبا بإدراك النتيجة أو تحقيق الهدف النهائي الذي يسعى إليه الدائن والعناية المطلوبة وفقا للمادة 172فقرة01 قانون مدني جزائري هي عناية الرجل العادي ، وهو ربّ الأسرة المعني بشؤون نفسه ، أي الشخص المتوسط الحريص على نفسه وشؤونه ، ويكفي هاهنا عدم بذل المدين العناية المطلوبة منه لوقوع الخطأ العقدي من جانب المدين ، فالطبيب مثلا لايضمن للمريض الشفاء أونجاح العلاج ، وإنما يسأل فقط عن تقصيره في بذل ما تفرضه عليه مهنته من عناية بمريضه . وقد طبقت المحكمة العليا ذلك في قرارها الصادر في 30 جوان1990.

حيث قررت بأن مسؤولية الطبيب لا تقوم قانونا إلا إذا أثبت الضحية أن الضرر كان نتيجة إهمال أو تقصيرفي العلاج .والقانون الجزائري يفرض هذه العناية على المستأجر(المادة 495 قانون مدني جزائري) ،المودع لديه (المادة 592 فقرة 02 قانون مدني جزائري)

والمستعير (المادة544 قانون مدني جزائري) ،والوكيل (المادة 576 قانون مدني جزائري) والطبيب أوالجراح أوالقابلة (239 قانون 05/85 المتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها) والمحامي (المادة 04 و76 قانون 04/91 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة) وغيرهم .

فلا يكفي من الدائن هنا إثبات عدم تنفيذ الإلتزام بل عليه إثبات الخطأ المتمثل في أن المدين لم يبذل في تنفيذه إلتزامه العناية المطلوبة ، وعلى المدين إذا أراد نفي مسؤوليته إقامة الدليل على وجود السبب الأجنبي وفقا للمادة 172 فقرة01 قانون مدني جزائري ، فإن إتفاق المتعاقدين أو نص القانون هو الذي يحدد درجة العناية المطلوبة من المدين فإذا لم يوجد تحديد من هذا القبيل فإن المدين يكون قد نفذ إلتزامه إذا هو بذل في ذلك عناية الرجل العادي .غير أنه لا يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية عن غشه أو خطئه الجسيم .

2.1.3.1- الخطأ العقدي في المسؤولية عن فعل الغير.

المسؤولية العقدية عن الغير تتحقق إذا إستخدم المدين أشخاصا غيره في تنفيذ إلتزامه العقدي ، فيكون مسؤولا مسؤولية عن خطأ هؤلاء الأشخاص .[3] (272وما يليها) سواءا أكان هذا الشخص تابعا أم لا أم كان بديلا منه أو نائبا أو مساعدا في تنفيذ العقد .

فإذا كان عدم الوفاء بالإلتزام يرجع إلى فعل أحد أتباع المدين أو إلى شخص آخر أحله المدين محله في تنفيذ الإلتزام ، كالمقاول من الباطن، أو المستأجر من الباطن ، أو كان يرجع إلى فعل النائب عن المدين، كالوصي أو القيم ،أو الوكيل ،أو إلى فعل شخص يساعد المدين و يعاونه في تنفيذ عقده بناءا على طلبه ، ففي كل الأحوال تتحقق مسؤولية المدين عن فعل الغير ولايعد فعل هذا الغير من قبيل السبب الأجنبي بالنسبة للمدين إلا إذا كان هذا الغير أجنبيا عن المدين (المادة 178فقرة02 قانون مدني جزائري) فيوجد إذن :

- المسؤول وهو المدين في الإلتزام العقدي .

- المضرور وهو الدائن في الإلتزام .

- والغير وهم الذين إستخدمهم المدين في تنفيذ إلتزامه .

وتقوم المسؤولية العقدية عن الغير، حيث يوجد عقد صحيح بين المسؤول والمضرور وحيث يكون الغير مكلفا بتنفيذ هذا العقد .

3.1.3.1 - الخطأ العقدي في المسؤولية عن الأشياء .

إذا كان عدم تنفيذ المدين للعقد راجعا لا إلى فعله الشخصي بل إلى فعل الشيء، أي إلى تدخل إيجابي من شيء أفلت من حراسته كان المدين مسؤولا مسؤولية عقدية ، ولكن لا عن فعله الشخصي بل عن فعل الشيء .ويتحقق ذلك مثلا

يسلم المدين الشيء محل العقد للدائن ، البائع يسلم الآلة المبيعة للمشتري فتتفجر الآلة في يد المشتري وتصيبه بضرر في نفسه أو في ماله ، هنا يصبح البائع مسؤولا بمقتضى إلتزامه العقدي عن ضمان العيوب الخفية . ولم ينشأ هذا الضمان عن حالة سلبية للآلة المبيعة كوجود عيب فيها ،بل عن حالة إيجابية هي انفجار الآلة . فيكون البائع مسؤولا مسؤولية عقدية لا عن فعله الشخصي بل عن فعل الشيء.

وبالتالي فإن المدين بالعقد مسؤول عن عدم تنفيذ التزامه مسؤولية عقدية ،وسواء كان راجعا إلى فعله الشخصي أو فعل الشيء في حراسته فمسؤوليته محققة في الحالتين . وتطبق القواعد ذاتها في كل منهما ،ويعتبر هو فعل شخصي للمتعاقد ، لأن الشيء في حراسته ،وهو مسؤول عنه . فالمسؤولية العقدية عن الأشياء هي كالمسؤولية العقدية عن الأعمال الشخصية التي تقوم على خطأ شخصي[7](753.752).

ولقد نظم المشرع الجزائري المسؤولية عن الأشياء في القسم الثالث من القانون المدني من خلال المواد 139،138، 140 وقسمها إلى أشياء غير حية و أشياء حية فنص من خلال هذه المواد عن مسؤولية حارس الأشياء و مسؤولية حارس الحيوان والمسؤولية الناشئة عن تهدم البناء و المسؤولية الناشئة عن الحريق[8](440.347) أما إذا وجد نص خاص في شأن المسؤولية عن فعل الشيء فيتعين الأخذ به كما هو الشأن فيما يتعلق بالمادة (483 قانون مدني جزائري) التي تقرر ضمان المؤجر للمستأجر ما يوجد في العين المؤجرة من عيوب تحول دون الانتفاع بها . وعليه فإنه يسأل المؤجر عن الضررالذي يلحق المستأجرمن من فعل العين المؤجرة على أساس فعل الشيء ،وليس على أساس فعل المؤجر الشخصي كما يعتقد البعض ، كما تنتقل الحراسة من المؤجر إلى المستأجرعن طيلة مدة الإيجار، فيصبح هذا الأخير حارسا أصليا للشيء .

كما أن المادة 379 قانون مدني جزائري تجعل البائع ملزما بضمان العيوب الخفية في الشيء المبيع ولو لم يكن عالما بها ، وهي مسؤولية عقدية .

4.1.3.1 - إثبات الخطأ العقدي.

يتعين على الدائن إثبات الالتزام العقدي وتحديد مضمونه ،فإذا أثبت عدم التنفيذ أو التأخير فيه ، فيكون قد أثبت الخطأ العقدي .

فإذا أثبت الضرر أيضا ، يكون قد اضطلع بما يقع على عاتقه من إثبات فاستحق التعويض . وهذا ما لم ينف المدين العلاقة السببية المفترضة بإثبات السبب الأجنبي (المادة 176 قانون مدني جزائري)، فالمدين هو الذي يتحمل عبء نفي الخطأ العقدي ، سواءا أكان الإلتزام بتحقيق نتيجة أو ببذل عناية ، وسواء كان الدائن يرجع على المدين بالتنفيذ العيني أو بالتنفيذ بطريق التعويض .

وقد حكمت المحكمة العليا بأنه يجب على الدائن إثبات الالتزام ، وعلى المدين إثبات التخلص منه ، وأن الحكم بالتعويض دون إثبات الالتزام هو خرق للقانون ، ونلاحظ بأنه إذا كان الإلتزام بتحقيق ثتيجة فعلى الدائن إثبات عدم تحقيق هذه النتيجة التي استهدفها .

أما إذا كان الالتزام ببذل عناية ، وجب عليه إثبات أن المدين لم يبذل العناية التي يبذلها الشخص العادي ، إثبات عدم التنفيذ في الحالة الأولى أيسر من إثبات التنفيذ في الحالة الثانية

إن مسؤولية ناقل المسافرين وفقا للمادة 62 قانون تجاري جزائري ، تلقي على عاتقه إلتزاما بسلامة المسافر، وهو التزام بتحقيق غاية ، فإذا أصيب المسافر بضرر أثناء تنفيذ عقد النقل تقوم مسؤولية الناقل عن هذا الضرر بغير حاجة إلى إثبات وقوع خطأ في جانبه . ولا ترتفع هذه المسؤولية إلاّ إذا أثبتت هو أن الحادث نشأ عن قوة قاهرة ،أو عن خطأ المسافر المضرور، أو أي خطأ من الغير .

وقد حكمت المحكمة العليا في حكمها المشهور الصادر في 28 ماي 1990 أن التزام رب العمل بالإحتفاظ بالعامل أو إرجاعه إلى منصب عمله هو التزام بعمل يستحيل تنفيذه قهرا، أو جبرا ويتم حسمه على شكل تعويضات طبقا لأحكام المادة 176قانون مدني جزائري وعليه فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للمبادئ القضائية المستقر عليها. [3](279 وما يليها).

2.3.1 – الضرر.

الضرر هو الركن الثاني من أركان المسؤولية العقدية ، ذلك أن وقوع الخطأ لايكفي وحده لقيامها ، وإنما يجب أن يترتب على هذا الخطأ ضرر يصيب الدائن ، فلا تقوم المسؤولية العقدية . وفقا للمادة 176قانون مدني جزائري إلاّ بتحققه، ويتعين على الدائن إثباته لأنه هو الذي يدعيه.

سنتناول من خلال هذا الفرع أربع نقاط :

1.2.3.1 - تعريف الضرر .

الضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه، أو في مصلحة مشروعة له سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مالية أو لم تكن ، والضرر هو العنصر الثاني من المسؤولية المدنية سواء كانت عقدية أو تقصيرية . ويستحق الدائن تعويضا عن الضرر الذي لحقه من عدم تنفيذ المدين لالتزامه كليا أو جزئيا . أو من تأخّره في تنفيذه ، فالتعويض وفقا للمادة 176 قانون مدني جزائري قد يكون عند عدم تنفيذ الالتزام وقد يكون عند التأخر في تنفيذه ، كما أنه طبقا للمادة 172فقرة02 قانون مدني جزائري يبقى المدين مسؤولا عن غشه أو عن خطئه الجسيم.[3] (284.283).

2.2.3.1 - أنواع الضرر.

الضرر نوعان مادي ومعنوي أو أدبي وكلاهما يجب التعويض عنه ،ولا فرق بينهما من حيث الشروط التي يجب توافرها ليترتب الحق في التعويض عنه .

1.2.2.3.1- الضرر المادي .

هو الضررالذي يمكن تقويمه بالنقود ، وهو أكثر شيوعا في المسؤولية العقدية من الضرر الأدبي ، وهو يصيب الشخص في ذمته المالية أو في جسمه ، ومثال ذلك الضرر الذي يصيب البضاعة في عقد النقل ، الضرر الذي يصيب المؤجر من جراء التلف الذي أحدثه المستأجر في العين المؤجرة ، والضرر الذي يصيب التاجر في حالة عدم تسليم البضاعة أو التأخر في تسليمها إذا ترتب على ذلك فوات صفقة رابحة والضرر الذي يلحق المسافر من

إصابته في حادث أثناء الطريق، مما يسبب عجزا كليا أو جزئيا في قدرته على العمل وعلى الكسب .

2.2.2.3.1- الضرر المعنوي أو الأدبي .

فهو الذي لا يمس المال ، وإنما يصيب الشخص في حساسيته كالشعور، أو العاطفة أو الكرامة ، أو الشرف ، أو السمعة .

والضرر من هذا القبيل كثير الحدوث في المسؤولية التقصيرية عن العمل غير المشروع ، من أمثلته : الألم الناتج عن فقدان شخص عزيز.

وقد أثار التعويض عن الضرر الأدبي وعلى الأخص فيما يتعلق بالمسؤولية العقدية خلاف كبير في الفقه والقضاء ، فذهبوا إلى عدم التعويض عن الضرر الأدبي ، غير أنه إستقر في الفقه والقضاء المعاصرين جواز التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية . والقاعدة أن التعويض كما يشمل الضرر المادي يشمل الضرر الأدبي أيضا[3] (256.285)

3.2.3.1 - شروط الضرر .

يشترط في الضرر سواء كان ضررا ماديا أو أدبيا ، أن يكون محققا ، والضرر يكون محققا إذا كان حالا أي وقع فعلا ، كإصابة المسافر بخطأ أمين النقل ، فالإصابة هنا تمثل الضرر الواقع فعلا ، ومن ثم يستحق التعويض .

أما الضرر المستقبل ، فإذا كان من الممكن تقدير التعويض عنه في الحال جاز للدائن أن يطالب به فورا وإذا لم يكن هذا التقدير ممكنا في الحال فإن القاضي يحكم بالتعويض عما وقع من ضرر ويحتفظ للمضرور بالحق في أن يرجع بعد ذلك بالتعويض عند إستفحال الضرر في المستقبل .

أما بالنسبة للضرر المحتمل، فإنه لا يعوض عنه إلا عند تحققه فعلا ،لأن المدين لايسأل عن تعويض الضرر الغير متوقع إلا إذا إرتكب خلال إخلاله بإلتزامه غشا أو خطأ جسيم وفقا لنص المادة 172 قانون مدني جزائري . ويجب أن يكون الضرر مباشرا ، أي أن يكون نتيجة طبيعية لعدم تنفيذ الإلتزام أو التأخر فيه ، ويعتبر كذلك إذا لم يكن في إستطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول وفقا للمادة 182فقرة01 قانون مدني جزائري .

وعليه يسأل المدين في المسؤولية العقدية ، عن الضرر المباشر غير المتوقع إلا في حالة الغش أو الخطأ الجسيم المادة 182فقرة 02 قانون مدني جزائري .

ولا يقصد بالضرر المتوقع ، ذلك الضرر الذي توقعه المدين فعلا وقت إبرام العقد ، بل الضرر الذي يتوقعه وقت التعاقد الرجل العادي ، و يرجع من ثم في تقديره إلى معيار مجرد و ليس إلى معيار ذاتي ، و مثال ذلك ضياع حقيبة من الحقائب المشحونة عن طريق السكك الحديدية ، فالشركة هنا لا تسأل إلاّ عن القيمة المعقولة لحقيبة عادية (أي الضرر المتوقع) و ما كان بداخل الحقيبة مجوهرات ثمينة .

4.2.3.1 - إثبات الضرر .

إذا كان الدائن بالتعويض ، فعليه في هذه الحالة أن يقيم الدليل على الضرر الذي لحقه من عدم تنفيذ المدين لإلتزامه ، أو من تأخيره في القيام بتنفيذه . و يقتصر تطبيق هذه القاعدة على التعويض القضائي الذي يقدره القاضي (182فقرة01 قانون مدني جزائري)، ولا يؤخذ بها في التعويض القانوني (المادة 182فقرة01 قانون مدني جزائري) و لا في التعويض الإتفاقي المنصوص عليه في العقد و هو ما يسمى بالشرط الجزائي .

هذا و لا يكون التعويض المحدد في الإتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر (المادة 184فقرة01 قانون مدني جزائري) . كما يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا ، أو أن الإلتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه (المادة 184فقرة 02 قانون مدني جزائري) . و يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو أزاد فيه (المادة 177 قانون مدني جزائري) [3](287 وما يليها).

ولا يفترض وجود الضرر لمجرد أن المدين لم يقم بإلتزامه العقدي ، فقد لا ينفذ المدين إلتزامه و لا يصيب الدائن ضرر من ذلك ، و بالتالي يجب على الدائن أن يثبت أنه قد أصابه ضرر معين من جراء التأخر في تنفيذه الإلتزام أو عدم تنفيذه و يستثنى من ذلك فوائد النقود فإذا استحقت فوائد عن التأخر ، قانونية كانت أو إتفاقية ، فإنه الضرر مفترض ، و لا يكلف الدائن إثباته . بل لا يجوز للمدين أن يثبت أن الدائن لم يلحق به ضرر ليتخلص من المسؤولية و قد نصت المادة 228 قانون مدني مصري على هذا الحكم : « و لا يشترط لإستحقاق فوائد التأخير ، قانونية كانت أو إتفاقية ، أن يثبت الدائن ضررا ألحقه من هذا التأخير» [7] (763)

يقابلها نص المادة 186قانون مدني جزائري الذي ينص على ما يلي :« إذا كان محل الإلتزام بين أفراد مبلغا من النقود عين مقداره وقت رفع الدعوى و تأخر المدين في الوفاء به ، فيجب عليه أن يعوض للدائن الضرر اللاحق من هذا التأخير».

3.3.1 - العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر.

لا يكفي أن يكون هناك خطأ و ضرر ، بل يجب أيضا أن يكون الخطأ هو السبب في الضرر ، وأن تكون هناك علاقة سببية ما بين الخطأ و الضرر . فقد يكون هناك من المدين كما قد يكون هناك ضرر أصاب الدائن دون أن يكون ذلك الخطأ هو السبب في هذا الضرر مثل في حالة ما إذا كان الضرر بسبب الدائن نفسه .

و المفروض أن علاقة السببية ما بين الخطأ و الضرر قائمة ، فلا يكلف الدائن إثباتها بل إن المدين هو الذي يكلف بنفي هذه العلاقة إذا إدعى أنها غير موجودة . فعبء الإثبات يقع عليه لا على الدائن . و المدين لا يستطيع نفي العلاقة السببية إلا بإثبات السبب الأجنبي . و ذلك بأن يثبت أن الضرر يرجع إلى قوة قاهرة أو حادث فجائي ، أو يرجع إلى خطأ الدائن أو إلى فعل الغير[7](774) المادة 176 و127قانون مدني جزائري .

و سنتناول فيما يلي هذه الحالات باختصار:

1.3.3.1- القوة القاهرة أو الحادث الفجائي .

لا يفرق الفقهاء ولا القضاة بين القوة القاهرة والحادث الفجائي ، كما أن المشرع جرى على إعتبارهما مترادفين المادة 127 قانون مدني جزائري .

و يشترط في القوة القاهرة أو السبب الأجنبي ، أن يكون أمرا لا يمكن توقعه ولايمكن دفعه و أن يجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا ، و أن يكون الأمر غير منسوب إلى المدين مثل : الحرب ، والزلزال ، و الفيضان ، والمرض ، وصدور قانون جديد .

2.3.3.1 - فعل الدائن .

إذا كان الدائن يجمع بين عدم إمكان توقعه و إستحالة دفعه فإنه يعتبر سببا أجنبيا ، كوقوع المسافر لمحاولته ركوب القطار في أثناء سيره . و ضياع الرسالة في أثناء نقلها نتيجة لسوء التعبئة ، و هو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 177 قانون مدني جزائري .

3.3.3.1 - فعل الغير.

المراد بالغير الشخص الأجنبي عن العقد الذي لا يكون المدين مسؤولا عنه و هو يعتبر سببا أجنبيا ، و يترتب عليه نفي العلاقة السببية إذا توفرت فيه شروط القوة القاهرة .

و يترتب على السبب الأجنبي إنتفاء مسؤولية المدين عن الإخلال بالإلتزام الذي رتبه العقد في ذمته . ولا يكون للدائن أن يطالبه بالتعويض عنه (المادة **127** ،**176** قانون مدني جزائري.) و ذلك ليس لإنقطاع العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر ، و قد نصت المادة **307** قانون مدني جزائري صراحة بأنه ينقضي الإلتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته [3](291 وما يليها) .

4.1 - تعديل أحكام المسؤولية العقدية .

إذا كان العقد يرجع في مصدره إلى إرادة طرفيه ، فإن هذه الإرادة المشتركة تملك أيضا سلطة التعديل من أحكام المسؤولية التي تترتب على الإخلال لهذا العقد ، فالإرادة المشتركة تملك التخفيف من مسؤولية المدين إلى درجة الإعفاء منها . وهي تملك أيضا التشديد من هذه المسؤولية إلى أقصى حد . ولا يجد من الإرادة في هذا الشأن إلا الطبيعة الفنية لتكوين العقد ، أو فكرة النظام العام ، وعليه فإنه يجوز الإتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة (المادة **178**فقرة **01** قانون مدني جزائري) . وكذلك يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ إلتزامه (المادة **178**فقرة**02** قانون مدني جزائري) .

غير أن هذه الحرية في تعديل قواعد المسؤولية العقدية مقيدة بقيدين أساسيين هما :

- لا يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من مسؤوليته ،أو التخفيف منها عن غشه أو (فعله العمد) ، أو خطئه الجسيم (المادة187فقرة 02 قانون مدني جزائري).

يلاحظ أن المشرع جعل الخطأ الجسيم يتساوى مع الفعل الضار ، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ إلتزامه (المادة178فقرة 02 قانون مدني جزائري).

- يبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناتجة عن العمل غير المشروع (مادة 178فقرة 03 قانون مدني جزائري) و ذلك لأن أحكام المسؤولية التقصيرية تتعامل بالنظام العام فلا يجوز الإعفاء منها.

انطلاقا من هذه المعطيات فإنه إذا وقع شرط الإعفاء صحيحا ، فإنه يترتب عليه إعفاء المدين من المسؤولية بالقدر الذي جاء به الشرط ، و إذا وقع شرط الإعفاء باطلا فإن الشرط هو الذي يبطل وحده ، و يبقى العقد قائما، إلا إذا كان هذا الشرط هو الدافع إلى التعاقد ، فيبطل العقد كله طبقا لفكرة الباعث الغير مشروع . ويستطيع المدين من أن يؤمن من مسؤوليته العقدية ، فله أن يؤمن ضد كل خطأ يصدر عنه عدا الفعل العمد . و ضد كل خطأ يصدر من الغير الذي يستخدمه في تنفيذ إلتزامه أيا كان مبلغ هذا الخطأ[3] (283.282).

الفصل 2:

مسؤولية البنك في عقود الوديعة .

تستقي البنوك التجارية أموالها التي تعتمد عليها في مزاولة نشاطها من ثلاثة مصادر تتضح لنا بالنظر إلى جانب الخصوم من ميزانية البنك التجاري .

إذ تتألف موارد البنك من :

- رأسماله المدفوع وإحتياطاته - ما تمده به البنوك الأخرى من موارد - ما يسلمه الأفراد والمشروعات إليه من الودائع على إختلاف أنواعها .

إلاّ أن هذه الأخيرة هي المصدر الرئيسي للأموال التي يعتمد عليها البنك في مزاولة عملياته ، إذ تستمد البنوك الشطر الأعظم من مواردها مما يودعه الأفراد والمشروعات لديها من أموال.[9] (213.212).

و نظرا لأهمية هذا العقد الجاري العمل به بكثرة إرتأينا في هذا الفصل تناول مسؤولية البنك في عقود الوديعة ، و هذا من خلال مبحثين :

- مسؤولية البنك في عقد الوديعة النقدية .

- مسؤولية البنك في عقد إيداع المستندات .

1.2 - مسؤولية البنك في عقد الوديعة النقدية .

يرغب الأفراد أحيانا لإعتبارات مختلفة في تفضيل عدم الإحتفاظ بالنقود لديهم ويبحثون عن أحسن الصيغ للحفاظ عليها ، ويطرح البنوك واحدة من هذه الصيغ، وهي إتاحة الفرصة للأفراد من أجل الإحتفاظ بالنقود لديها ، والوديعة تمثل كل ما يقوم الأفراد أو الهيئات بوضعه في البنوك بصفة مؤقتة قصيرة أو طويلة على سبيل الحفظ أو التوظيف ، وتتجسد هذه الودائع في غالب الأحيان في شكل نقود قانونية على الرغم من أنها يمكن أن تأخذ أشكالا أخرى وتبقى الوديعة دائما ملكا لصاحبها تخلى عن التصرف فيها بصفة مؤقتة للبنك لكن في الحدود التي تسمح له بها عمليات السحب المحتملة من طرف أصحابها.[2] (25).

وسنتناول هذا المبحث من خلال النقاط التالية :

- مفهوم عقد الوديعة النقدية .

- التزامات البنك في عقد الوديعة النقدية .

- حالات مسؤولية البنك في عقد الوديعة النقدية .

1.1.2 - مفهوم عقد الوديعة النقدية .

إن الوديعة النقدية من أهم الوسائل التي يلجأ إليها الأشخاص ، من أجل الحفاظ على نقودهم فيفضلون إيداع أموالهم لدى مؤسسات مالية مختصة لضمان أكثر أمان وكذلك كونها تتيح لهم فرصة إستثمار رؤوس أموالهم .

ولدراسة مفهوم عقد الوديعة النقدية خصصنا ثلاثة فروع :

1.1.1.2- تعريف عقد الوديعة النقدية .

عقد إيداع النقود هو ذلك العقد الذي يتم بين العميل المودع والبنك المودع لديه وبمقتضاه يضع العميل مبلغا نقديا لدى البنك وهذا العقد يخول البنك ملكية النقود المودعة والتصرف فيها بما يتفق ونشاطه المهني ، كما يترتب عليه إلتزام البنك المودع لديه برد مبلغ الوديعة النقدية إلى العميل المودع في الميعاد المحدد إتفاقا بين الطرفين، والذي يكون عند الطلب أو بعد أجل معين أو بشرط إخطارسابق [10] (204).

ويقوم عقد الوديعة النقدية على فكرتين هما فكرة الحفظ التي تجعل العقد عقد وديعة وفكرة الإستثمار التي تجعل من العقد عقد قرض . ذلك أن ودائع النقود تمثل محلا للإئتمان المصرفي عندما تعتمد البنوك بمناسبة حفظها لهذه الودائع على التعامل مع عملائها بإقتراضها هذه الودائع وحتى تحتاط البنوك ضد المخاطر التي قد تلحقها إذا تقدم عدد كبير من المودعين بطلب لرد ودائعهم تقوم بإعتماد معايير إئتمانية متعددة لدرء تلك المخاطر .

وتختلف الوديعة النقدية المصرفية عن الوديعة العادية ، فهي الوديعة وكما أسلفنا فإن ملكية النقود تنتقل إلى البنك ، وللبنك الحق في إستعمالها ويلتزم برد مثلها في المواعيد المتفق عليها أو عند الطلب ، أما في الوديعة العادية فإن ملكية المال المودع لا تنتقل إلى المودع لديه ولا يجوز له إستعمالها إلا بإذن المودع ويلتزم برده عينا .

ويستنتج مما تقدم أن عقد وديعة النقود عقد رضائي ، يخضع للقواعد العامة في طرفيه (العميل والبنك) ، بالإضافة إلى أنه يعتبر عقد تجاري ، حيث تعد وديعة النقود إحدى عمليات البنوك ، و التي تكون عملا تجاريا بحكم ماهيته الذاتية دائما بالنسبة للبنك المودع لديه ، وذلك

طبقا لأحكام المادة (1/6د) من القانون التجاري الأردني وعليه يكون عقد وديعة النقود عملا تجاريا دائما من جانب البنك ، وحتى و لو كان المودع شخصا غير تاجر.[11] (100)

كما نصّ على ذلك المشرع الجزائري من خلال أحكام نص المادة 02 فقرة 13 من القانون التجاري الجزائري [12]

2.1.1.2- أنواع الودائع النقدية .

تنقسم الودائع النقدية من حيث تاريخ إستردادها إلى ودائع لدى الطلب ، و ودائع شرط الإخطار السابق، وودائع لأجل ، وودائع مخصصة لغرض معين .

1.2.1.1.2 - الودائع لدى الطلب .

وهي أهم الودائع النقدية ،وفيها يكون للمودع أن يطلب إستردادها في أي وقت ونظرا لما يقتضيه هذا النوع من الودائع من إحتفاظ البنك في خزانته بنقود كافية لدفع المبالغ المودعة ، فإن البنك لا يدفع عنها أية فائدة أويدفع فائدة ضئيلة ، يقصد المودع هنا إستخدام الوديعة كأداة لتسوية إلتزاماته عن طريق الشيكات، أو أوامر النقل المصرفي ، ولذا يسلم المصرف عادة إلى المودع دفتر شيكات لهذا الغرض .

2.2.1.1.2- الودائع بشرط الإخطار السابق .

وهي الودائع التي لايجوز إستردادها إلاّ بعد إخطار البنك لمدة ما ، من يومين إلى ثلاثة حتى يتمكن البنك من تدبير النقود اللازمة للرّد . وتحسب للمودع فائدة عن هذه الودائع التي لا يتجاوز سعرها عادة سعر الفائدة عن الودائع لدى الطلب[13] (450).

3.2.1.1.2 - الودائع لأجل.

وهي الودائع التي يتفق على عدم إستردادها إلا بعد أجل معين كستة أشهر أوسنة . وهذا النوع من الودائع أقل شيوعا من الودائع لدى الطلب ، ولكنه أكثر فائدة للبنك إذ يتمتع بحرية أوفر في إستعمالها . ولذا يكون سعر الفائدة فيها مرتفعا نسبيا .

4.2.1.1.2 - الودائع المخصصة لغرض معين .

وهي الودائع التي تسلم إلى البنك مع تخصيصها للقيام بعملية معينة أو لغرض معين وقد يكون التخصيص لمصلحة المودع ، كما في الشركة التي تودع نقودا مخصصة للوفاء بأرباح الأسهم ، أو فوائد السندات ، وقد يكون التخصيص لمصلحة البنك كما في تخصيص رصيد حساب . لضمان حساب آخر، وقد يكون التخصيص لمصلحة الغير كما في مقابل الوفاء ، شيك معتمد يجمد بصفة مؤقتة لصالح الحامل ، وفي حالات التخصيص لمصلحة البنك أو لمصلحة الغير،لا يجوز لمودع أن يطلب الإسترداد إلاّ بعد إنتهاء التخصيص.[13] (451)

3.1.1.2- الطبيعة القانونية لعقد الوديعة النقدية .

الوديعة النقدية ليس وديعة عادية لأنّ الوديعة النقدية تكسب البنك ملكية النقود المودعة وحتى التصرف فيها كما يشاء وإستخدامها في الإقتراض بوجه خاص على أن يلتزم برد مبلغ مماثل ،عكس الوديعة التى لا يكتسب المودع لديه ملكية الأشياء المودعة . وقد إختلفت الآراء في تحديد طبيعتها القانونية .

1.3.1.1.2- الوديعة النقدية ليست وديعة شاذّة .

ذهب بعض الفقهاء إلى أن الوديعة القانونية هي وديعة شاذة أوناقصة ، والوديعة الشاذة هي الوديعة التي يكتسب فيها المودع لديه ملكية الشيىء المودع ولايلتزم إلاّ برد مثله ولو كان هذا التفسير صحيحا ، لوجب أن تخضع الوديعة النقدية لكافة قواعد القانون المدني المتعلقة بالوديعة ، فيما عدا ما يتعلق بملكية الأشياء المودعة ، ويترتب على ذلك بوجه خاص إمتناع المقاصة بين إلتزام المودع لديه بالرد وبين إيّ حق له قبل المودع .

بيد أنه يؤخذ على هذا التفسير، أن الوديعة سواءا كانت عادية أم شاذة ، تفرض على المودع لديه بحفظ الشيء المودع ، وإذا كانت الوديعة شاذة فإن الإلتزام بالحفظ يفرض على المودع لديه أن يحتفظ دائما بشيء مماثل للشيء المودع ، حتى تكون على إستعداد لرده عند الطلب ، وإلاّ اعتبر خائنا للأمانة في حالة عدم الرد ، ولا يمكن أن تفرض على البنك الإلتزام بأن يحتفظ دائما في الخزانته بمبالغ مساوية للمبالغ المودعة ، يجب أن تكون له حرية التصرف فيها وإستخدامها في منح الإئتمان . ولا يمكن إعتباره مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة إذا تصرف في المبالغ المودعة لديه ولذلك فإن الوديعة النقدية ليست وديعة شاذة ، ومع ذلك

فهناك حالات يمكن إعتبار الوديعة النقدية وديعة شاذة ،كما في حالة الوديعة المخصصة لغرض معين ، إذ لا يجوزللبنك أن يتصرف فيها بل يجب عليه أن يحتفظ في خزانته بمبلغ يعادل لما تسلمه للقيام بالغرض المعين.

2.3.1.1.2 - الوديعة النقدية قرض .

والحقيقة أن الوديعة النقدية تعتبر قرضا ، بمعنى أن المودع يقرض البنك مبالغ، من النقود يستخدمها البنك في منح الإئتمان لعملائه ، والقرض كماتعرفه المادة 538 قانون مدني مصري : «عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود ،على أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض مثله في مقداره » .

وقد إعترض على هذا التفسير بأن الوديعة النقدية ،لا تنتج فائدة لمصلحة المودع في الغالب والقرض يفترض منح فائدة للمقرض ، ومن ثم فإن المودع ليس بمقترض ، بيد أن هذا الإعتراض مردود عليه، بأن الفائدة ليست من مستلزمات القرض فقد يكون القرض بدون فائدة وحسب المودع ما يحصل عليه من الأمن والطمأنينة من إيداع نقوده لدى البنك ، وإعترض أيضا على أن هذا التفسير بأن الوديعة النقدية تكون واجبة الردّ لدى الطلب في الأصل ، في حين أن القرض يفترض لزاما أجلا للرد [13] (452 وما يليها).

ومن ثم فإن الوديعة الواجبة الرد بمجرد الطلب لا يمكن أن تعد قرضا .وهذا الإعتراض بدوره مردود عليه بأنّ الأجل ليس عنصر ضروريا في القرض ، وأنه ليس هناك مانع قانوني من أن يحتفظ المقرض بالحق في طلب الرد متى شاء .

وعلى ذلك فإن الوديعة النقدية تعتبر قرضا في الحقيقة ، وإذا كان العمل قد جرى على وصفها بالوديعة النقدية ، وذلك لإعتبارات تاريخية ترجع إلى القرون الوسطى لدرء الخطر الكنسي للقرض بالفائدة حينما كانت البنوك تدفع فوائد للمودعين .

ولقد أخذ المشرع المصري بهذا التصوير فنص في المادة 726 قانون مدني مصري على أنه: « إذا كانت الوديعة مبلغا من النقود أو أي شيء آخر، يهلك بالإستعمال وكان المودع عنده مأذونا له في إستعماله اعتبر العقد قرضا ». ولما كانت الوديعة النقدية قرضا ، فلا محل لتطبيق أحكام الوديعة عليها ، تفريعا على ذلك تجوز المقاصة بين الوديعة والحق الذي يكون للبنك على المودع ، ولا يجوز كذلك إعتبار البنك مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة إذا تعذر عليه

الرد للمودعين ، فيما عدا حالة الوديعة المخصصة لغرض معين ، إذ هي وديعة شاذة تفرض على البنك الإلتزام بحفظ مبلغ معادل لما تسلمه على وجه الوديعة للقيام بالغرض المعين .

ولقد أخذ المشرع الجزائري بهذا المعنى في المادة 598 قانون مدني: « إذا كانت الوديعة مبلغا من النقود أو أي شيء آخر يستهلك وكان المودع لديه مأذونا له في إستعماله اعتبر العقد قرضا»[14]

3.3.1.1.2 - عقد الوديعة النقدية ذا طبيعة خاصة .

ويرى فريق من الشراح أن عقد فتح الحساب من العقود ذات الطبيعة الخاصة أو هو عقد مسمى لا يندرج تحت أي قالب من قوالب القانون المدني التعاقدي ، و لذلك لا مناص من الكشف عن نية المتعاقدين وإستظهارها لتحديد أحكام العقد .

ويرجع البعض هذه الطبيعة الخاصة إلى أن العميل ، يودع نقوده لدى البنك بقصد استعمالها ، فالبنك يعفيه من حملها مع إمكانية إستعمالها ، بل أن البنك يعزز إئتمان العميل عند تعماله مع الغير فيسمح بتسوية العديد من الديون عن طريق قبول الوفاء بالشيك المسحوبة على الحساب ، أو إجراء عمليات التحويل المصرفي ، وكمقابل إحتفاظ العميل بقدرته إستعمال لنقود بل وتعزيز الإستعمال يستطيع البنك إستخدامها لحسابه الخاص في العمليات الإئتمانية المختلفة[15] (161).

2.1.2- إلتزامات البنك في عقد الوديعة النقدية .

ينشأ عن إبرام عقد الوديعة عدة إلتزامات في ذمة البنك سنتطرق إليها من خلال أربعة فروع :

1.2.1.2- الإلتزام برد المبالغ المودعة .

تنص المادة 67 من الأمر 11/03 المتعلق بالنقد والقرض على ما يلي: " تعتبر أموالا متلقاة من الجمهور ، الأموال التي يتم تلقيها من الغير، لا سيما في شكل ودائع مع حق استعمالها لحساب من تلقاها بشرط إعادتها"[16] .فيلتزم البنك برد المبالغ المودعة لدى طلب المودع في الودائع لدى الطلب، أو بعد إخطار سابق عند إشتراط هذا الإخطار، أو في الموعد

المعين في الودائع لأجل ، ولما كان المبلغ المودع يقيد في الجانب الدائن لحساب العميل ، فإن الإسترداد يتم في الغالب عن طريق سحب شيكات على البنك لصالح العميل أو لصالح غيره .

ولا يلتزم البنك بدفع فوائد عن المبالغ المودعة إلاّ إذا اتفق على ذلك ، بخلاف الحساب الجاري حيث تسري الفوائد بقوة القانون دون حاجة إلى إتفاق خاص[13](453 وما يليها). والبنك ملزم برد عدد المبالغ التي سلمت إليه دون اعتبار لتغير قيمتها ، فهو يرد مثل ما اقترضه وليس قيمة ما إقترضه ، ويعتبر إلتزام البنك هذا تطبيقا للقواعد التي تقضي بأنه:« إذا كان محل الإلتزامات نقودا إلتزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لإرتفاع قيمة هذه النقود أو لإنخفاضها وقت الوفاء أي أثر». المادة 95 قانون مدني جزائري تقابلها المادة 134 قانون مدني مصري .

ويلتزم البنك برد ما يساوي قيمة الوديعة النقدية إلى شخص العميل ذاته أو من يعنيه لذلك تلجأ البنوك عادة إلى الحصول على عدة توقيعات للعميل لمضاهاتها عند التوقيع بإستلام الوديعة لحظة ردها أو رد جزء منها ، ويتم رد المبالغ المودعة في الميعاد والمكان المتفق عليه بعقد الوديعة ، ويكون هذا الميعاد بمجرد طلب العميل à vue كما هو الوضع الغالب أو بعد مدة محددة à echeance fix، كما قد يكون ميعاد رد الوديعة بعد إخطار سابق للبنك à préavis.

وإذا لم يحدد مكان رد الوديعة كان هو مقر البنك الذي تم فيه إيداع النقود .

2.2.1.2- إلتزام البنك بدفع الفوائد .

يلتزم البنك بدفع فوائد عن المبالغ عن المبالغ المودعة ، إذا ما اتفق على ذلك صراحة في عقد الإيداع ، ويتفق على ذلك غالبا إذا كانت الوديعة لأجل ، أما في الحالات الأخرى كما إذا كانت الوديعة تحت الطلب ، فإن البنك لا يعطي فوائد إلا نادرا ، ذلك لأنّ البنك لا يعتمد في إستثماراته على الودائع الواجبة الدفع بمجرد الطلب وإنما على الودائع لأجل ، أما إذا لم يتفق على فوائد فلا يلتزم لها لأن عقد القرض عقد تبرع .

وتحسب الفوائد التى يلتزم بها البنك وفقا للإتفاق بينه وبين العميل ، وإلا احتسبت من يوم الإيداع ، وينتهي سريان الفوائد من اليوم الذي ينتهي فيه إلتزم البنك برد الوديعة ، وبعد هذا التاريخ فإن البنك يلتزم بدفع الفوائد التأخيرية وفقا للقواعد العامة ، سواء من حيث سعرها

أو تاريخ إحتسابها و إذا لم يكن الأجل المحدد لإسترداد الوديعة مرتبطا بالفائدة فإن سقوط الأجل لا أثر له على إلتزام البنك في دفع الفوائد.[17] (19 وما يليها)

3.2.1.2 - إلتزام البنك بإحترام تخصيص الوديعة.

إذا كانت الوديعة مخصصة لغرض محدد لا يجوز للبنك إستخدام رصيدها في غير ما خصصت، ويتعين على البنك أن يحترم التعليمات التي يصدرها له العميل بخصوص تخصيص الغرض من الوديعة ، فإذا كانت مخصصة مثلا للوفاء بأسهم أرباح شركة مساهمة أو فوائد سنداتها ، وجب على البنك قبل الوفاء بها أن يتأكد من صفة المستفيد ، إن كان مساهما أو دائنا للشركة و في الوديعة المخصصة لغرض محدد ، يلزم أن يكون الغرض محددا في إتفاق الطرفين ، وطالما ظل تحقيق الغرض موجبا لإبقاء البنك على رصيد الحساب فلا يجوز للبنك إستعماله في أي غرض آخر. وإذا ما عدّل العميل من وجه تخصيص الوديعة وأبلغ البنك بذلك ، يتعين على البنك التوقف عن أعمال التخصيص السابقة . وفي الحالة التي يخطر فيها العميل البنك بإنتهاء التخصيص الأصلي دون تحديد لوجه التخصيص الجديد و لا يجوز إعتبار ذلك إنهاء للوديعة ، بل يتحول إلى وديعة تحت الطلب . ويرى البعض أنه في حالة التخصيص لمصلحة البنك ، أو الغير لا يجوز للمودع أن يطلب الإسترداد إلاّ بعد إنتهاء التخصيص.[15] (168.167) .

4.2.1.2 - إلتزام البنك بالوفاء بأمر من الوكيل .

البنك ملزم بالوفاء بالأوامر الصادرة من وكيله (العميل) ومن هذه الأوامر مايلي :

1.4.2.1.2- نقل أو تحويل النقود .

تنفيذ هذه العملية يجب أن يتم في آجال معقولة ،لأن السرعة في تنفيذها تكون في بعض الأحيان مهمة مثلا دفع ديون ضريبية في التاريخ اللازم ... الخ .

2.4.2.1.2 - الوفاء بالأوراق التجارية .

على البنك الوفاء بالأوراق التجارية التي يصدرها الساحب أي العميل ، وقبل الوفاء بهذه الأوراق التي يقدمها له الحامل والمسحوبة من طرف العميل ، يجب على البنك القيام بالتأكد ومراقبة بعض الأمور الأساسية .

1.2.4.2.1.2 - إمضاء الساحب :

إذا كانت الورقة المقدمة للبنك الوفاء بها وليست موقعة من طرف العميل وقام البنك بالوفاء بدون حذر، كان عليه الوفاء مرة ثانية برد المبلغ المدفوع إلاّ في حالة إثبات خطأ الساحب مثلا إذا سرق منه دفتر الشيكات أو إختلسه أحد تابعيه ... الخ .

2.2.4.2.1.2 - حقوق الحامل :

هذا الشرط أصبح أقل أهمية لأن الحامل هو المستفيد المباشر إلاّ في حالة السرقة .

وفي حالة تسجيل معارضة من طرف العميل لضياع ، أو سرقة أوراق تجارية ، أو أي سبب آخر وجب على البنك بصفته وكيلا أخذها بعين الإعتبار والإمتناع عن الوفاء ، بأي ورقة تجارية تقدم إليه باسم العميل الذي قام بهذه المعارضة، وذلك مع إشعار العميل بأن ذلك قد يعرضه إلى تعويضات تجاه بعض الحاملين حسني النية بسبب التأخير في الوفاء .

3.2.4.2.1.2 - الرصيد :

على البنك أن يقوم بالوفاء بكل شيك يسحبه العميل في حالة وجود رصيد كافي للوفاء. [18](62).

3.1.2 - حالات مسؤولية البنك في عقد الوديعة النقدية.

تترتب مسؤولية البنك حسب الإلتزامات الملقاة على عاتقه بموجب العقد .

1.3.1.2- مسؤولية البنك عن عدم تنفيذه لإلتزامه برد المبالغ المودعة.

إن البنك ملزم برد المبالغ لعميله مهما كانت صورة الوديعة ، سواء كانت الوديعة عند الطلب أو لأجل ، أو بشرط الإخطار المسبق وهذا الإلتزام هو إلتزام محدد يجب على البنك الإلتزام فيه بنتيجة ، ورد المبالغ المودعة من طرف البنك يعتبر وفاء البنك بدين اتجاه عميله ورفض البنك تنفيذ هذا الإلتزام يترتب عنه مسؤوليته اتجاه عميله ويلزم بالتعويض . ويرى الأستاذ جاك فيزيون أن البنك لا يعفى من إلتزامه حتى بسبب القوة القاهرة ، ويبقى

مدين بهذه المبالغ حتى في حالة ما إذا تمت مصادرة كل أموال البنك ، أو تلفت بسبب حرب[19](79).

ويلتزم المصرف برد الوديعة حسب المادة 594 قانون مدني جزائري بمجرد الطلب بالنسبة للوديعة لأجل كما هو ملزم بالردّ ، بمجرد فوات يومين أو ثلاثة أيام في الوديعة بإخطار سابق ، وغالبا ما يحدد المدة العرف التجاري ، وإذا لم يفعل يكون خطأ مفترض عليه إثبات عدم إستطاعته الرد في الوقت المحدد[20] (223).

وللبنك في هذه الحالة أن يبرر تأخره حسب الظروف بإستحالة الرد بسبب الإنقطاع المفاجيء لوسائل الإتصال[19] (80).

كما يمكن نفي المسؤولية بالقوة القاهرة حسب المادة 127 قانون مدني جزائري، وإذا تبين أنه غير قادر على رد الوديعة ، فعليه بالإدلاء بإقرار في مدى خمسة عشر يوما من أجل إفتتاح إجراءات التسوية القضائية[20](223) حسب المادة 215 قانون تجاري جزائري التي تنص على ما يلي : " يتعين على كل تاجر أو شخص معنوي خاضع للقانون الخاص ، ولو لم يكن تاجرا، إذا توقف عن الدفع أن يدلي بإقرار في مدى خمسة عشر يوما قصد إفتتاح إجراءات التسوية القضائية أو الإفلاس"[12]

وفي هذا السياق قضت المحكمة العليا - في الملف رقم 350137 قرار بتاريخ 2006/12/20 في القرض الشعبي الجزائري وكالة سطيف ضد ورثة (ك – ح)- بقبول طعن القرض الشعبي الجزائري وكالة سطيف شكلا ورفضه موضوعا .

حيث تتلخص وقائع القضية كون رفع السيد (ك ح) دعوى ضد القرض الشعبي الجزائري وكالة سطيف ملتمسا إلزامه بدفع له مبلغ 280.000 دج المدون في دفتر الإدخار و إستنادا لطلبه قدم شهادة محررة في 2001/10/21 موقعة و بها خاتم القرض الشعبي الجزائري .

حيث ردّ المدعي عليه أن الدفتر مزورا لكون المبلغ المدون فيه لم يدخل في حسابات البنك، وأتلف من قبل و أنه رفع شكوى ضد العامل السابق للبنك، و تأسس كطرف مدني و أن القضية أحيلت إلى محكمة الجنايات وبما أن المدعي سلك الطريق الجزائي فلا يمكنه سلك الطريق المدني .

وحيث طلب البنك إرجاء الفصل في الدعوى إلى حين الفصل في الدعوى الجزائية.
حيث أصدرت محكمة سطيف حكم في 2002/12/31 يلزم البنك من تمكين المدعي من أمواله المقدرة ب 280.000 دج ورفض ما زاد عن ذلك من طلبات .

حيث أصدر مجلس قضاء سطيف قرارا بتأييد الحكم المستأنف .

حيث قررت المحكمة العليا قبول الطعن شكلا ورفضه موضوعا على أساس ما يلي :

- عن الوجه الثاني :

وحيث يتبين من الإطلاع على القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع حملوا البنك مسؤولية ما أحدثه تابعها بعمله الغيرمشروع الذي وقع أثناء تأدية وظيفته و بسببها طبقا للمادة 136 من القانون المدني الجزائري .

و حيث أنه بإيداع أموال في شباك البنك و إستلام بالمقابل دفتر رسمي به خاتم البنك وإمضاء العون يكون البنك قد تعاقد رسميا مع المطعون ضده .

و حيث أصبح البنك بموجب هذا التعاقد مالكا للأموال المودعة لديه يوظفها لتموين مشاريعه على أن يرد قيمتها عند مطالبة الزبون .

وحيث لا يمكن للبنك التخلّص من مسؤوليته إلاّ بعد تسديد قيمة الأموال المودعة لديه مهما كانت الظروف .

و حيث يعني ذلك أنه لا يمكن للبنك التذرع بأخطاء موظفه للتهرب من المسؤولية و هذا ما أكدته المادة 136 من القانون المدني التي إعتمدها قضاة المجلس .

و الخطأ الشخصي المنسوب للموظف هو خطأ مرفقي يلقي على البنك المسؤولية المدنية المنصوص عليها في المادة 136 من القانون المدني .[21] (225. وما يليها)

2.3.1.2 - مسؤولية البنك عن تنفيذه غير الصحيح لإلتزامه برد المبالغ المودعة.

إلى جانب مسؤولية البنك عن عدم تنفيذه لإلتزامه بالرد ، فهو مسؤول أيضا عن تنفيذه غير الصحيح ، أي تقديمه المبالغ لشخص آخر غير عميله ، أو الوكيل الذي يوكله العميل لإستلام هذه المبالغ من البنك ، إلاّ إذا أجازه العميل أو كان في صالحه.

ويكون الرد صحيحا إذا ردّ البنك المبالغ بحسن نية إلى دائن ظاهر، [19](80)والرد غير الصحيح يعرض البنك للمسؤولية اتجاه عملائه مما يستوجب إلزامه بالتعويض عن إخلاله بإلتزامه طبقا لنص المادة 124 قانون مدني جزائري ، وقد قضت المحكمة العليا بنقض وإبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء بسكرة بتاريخ 1993/07/18 القاضي بإلغاء الحكم المستأنف ، ومن جديد برفض الدعوى على الحال وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 1994/01/10 ملف رقم 128623 قضية (التعاونية ب أ م ضد بنك ت.م) ، حيث أخذ البنك مبلغا ماليا من حساب الطاعنة ، وسلمه إلى مقاولة أشغال بدون إذن صاحبة الحساب مدعيا أنه أخذ هذا المبلغ بناءا على أمر من الوالي ، غير أن المحكمة العليا أسست قرارها على أساس أن البنك لم يقدم أي دليل يثبت ذلك ، هذا و من جهة ثانية فإن البنك المودع لديه المبلغ المذكور مسؤول عنه ، ولا يمكن التصرف فيه إلاّ بإذن صاحبه خاصة و أنّه وضعه على سبيل الوديعة و ليس لغرض الإتجار به لربح نسبة مئوية معينة [22](154 وما يليها).

3.3.1.2 - مسؤولية البنك عن رفضه غير المبرر للوفاء .

إن البنك بصفته مدين للعميل بالرصيد ، ملزم بالوفاء بالشيكات التي يسحبها عليه عميله في حدود الرصيد المتوفر لديه ، والبنك يقوم بهذه العملية بصفته وكيل على العميل .

قد يحدث أن يخطىء البنك في قيمة الرصيد بسبب خطأ في الحساب ، مما يؤدي به إلى عدم الوفاء بالشيكات التي يسحبها العميل ، ففي هذه الحالة يعتبر رفضه للوفاء غير المبرر خطأ يترتب عليه مسؤولية البنك لأنه يلحق ضررا بالعميل ، مما يمس مصداقيته مع الذين يتعامل معهم ، وهذا الخطأ تفترضه ضمنيا المادة 65 من القانون الفرنسي . الصادر سنة 1935 التي تنص على ما يلي : " يكون البنك مسؤولا عن الأضرار التي تلحق بالعميل ، في حالة ما إذا رفض البنك الوفاء بقيمة شيك سحبه العميل رغم وجود رصيد كافي ومع عدم وجود أية معارضة على هذا الوفاء".

وللبنك في هذا المجال إلتزام محدد ولا يمكنه نفي مسؤوليته إلا بإثباته للسبب الأجنبي .

القضاء يؤيد هذه الفرضية حيث يرى أن مجرد رفض البنك الوفاء بقيمة الشيك في حالة وجود رصيد كاف لديه ، و يرتب مسؤوليته اتجاه عميله ، لكن يذهب إلى أن الضرر الذي يصيب العميل يمكن تخفيفه في حالة قيام البنك بتصحيح خطئه بسرعة وتقديم إعتذارات للعميل عن خطئه .

أما إذا أصر البنك على خطئه ورفض الوفاء بقيمة الشيك رغم التقدم إليه عدة مرات في هذه الحالة يكون ملزما بإصلاح الضرر كاملا .

وفي قرار لمحكمة الإستئناف بجرونويل الفرنسية بتاريخ 1976/07/07 حكمت بمسؤولية البنك الذي رفض الوفاء بشيك ، سحبه عميل لهذا البنك ، رغم كفاية رصيده، وأصر على عدم الوفاء رغم تقدم الحامل عدة مرات للوفاء بالشيك ، حيث تسبب هذا التقدم المتكرر بالشيك إلى خسارة العميل لرصيده كاملا بسبب إجراءات الخصم من الرصيد .

ويمكن الإشارة إلى أنه إضافة إلى المسؤولية العقدية التي تترتب على رفض البنك بالوفاء بالشيكات رغم كفاية الرصيد ، يمكن أيضا أن يتابع جزئيا طبقا لنص المادة 72 من المرسوم الفرنسي الصادر سنة 1935 [19] (96.98).

4.3.1.2 - مسؤولية البنك في عملية التحويل المصرفي .

التحويل المصرفي هو عملية نقل مبلغ من المال من حساب العميل ، وذلك بأمره إلى حساب آخر، وعند تنفيذ البنك لعملية التحويل المصرفي ، يقوم بهذه العملية بصفته مودع لديه وبصفته وكيل عن عميله .

1.4.3.1.2- بصفته مودع لديه .

يجب على البنك أن يتأكد من أن الأمر الموجه إليه لتحويل النقود صادر عن عميله الحقيقي أو وكيله. فالبنك يكون مسؤولا عن قيامه بواجبه كمودع لديه والمتمثل في رد المبالغ المودعة عنده إذا قام بتحويل مصرفي على أساس أمر صادر عن شخص آخر غير عميله .

فالأمر الخاطىء المقدم للبنك عن طريق الشريط المغناطيسي ، يمكن أن يشكل جريمة نصب وإحتيال (Trib correr, Paris 13 Janv 1982).

حتى في حالة ما إذا لم يرتكب البنك أي خطأ ، لكنه قام بتنفيذ أمر لم يصدره عميله الحقيقي، وكان هذا الأمر في ظاهره كأنه صادر من العميل ذاته ، ولا يعفي من المسؤولية إلا بإثباته خطأ عميله (أي صاحب الحساب) .

(Paris 5 Janv 1975.com, 30 Janv 1989 trib.com 4 janv 1968)
لكنه لا يعفي من المسؤولية إذا أثبتت أن الضرر الذي لحق العميل كان نتيجة خطأ الغير (Paris, 3 janv, 1975)، أو على البنك في هذه الحالة أن يرجع على الغير الذي تسبب في الضرر، وهذا تطبيقا للمواد 1239 و المادة 1937 من القانون المدني الفرنسي .

2.4.3.1.2 - بصفته وكيل عن العميل .

على البنك عند قيامه بهذا الإلتزام بذل العناية اللازمة ، يجب عليه أن ينفذ إلتزامه باهتمام وبدون خطأ وفي مدة معقولة . فإذا أخطأ البنك في تنفيذه للأمرنفسه مرتين لا يمكنه الرجوع على الدائن القابض بدعوى إسترداد ماهو غير مستحق ، لأن هذا الأخير لم يقبض إلا ما سلم له من طرف الغير أو مدينه (صاحب الأمر) قام بخطئ بإهماله .

أما بالنسبة للتأخّر في تنفيذ الأمر بالتحويل نقد يلحق بالعميل ضررا بصور مختلفة. كأن تتعرض العملية إلى إنخفاض في قيمتها في الفترة ما بين إصدار الأمر وتنفيذه ، في حالة ما إذا كان الأمر بالتحويل إلى خارج الوطن . أوأن يتم الدفع خارج الآجال المحددة ، مما يعرض العميل إلى دفع غرامة عن هذا التأخر. وبالتالي فالعميل يرجع على البنك لتعويضه عن الأضرار التى لحقته بسبب خطأ البنك (حكم محكمة باريس المؤرخ في 1962/11/10 وحكم محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 06 جانفي 1955)[23] (371.374)

2.2 - مسؤولية البنك في عقد إيداع المستندات .

نظرا للأهمية التي تكتسبها السندات التجارية في المعاملات التجارية وقيمتها المالية نجد أصحابها يفضلون الإحتفاظ بها في مكان آمن عن طريق إيداعها لدى البنك بموجب عقد إيداع المستندات الذي سنتناوله من خلال النقطتين التاليتين:

- مفهوم عقد إيداع المستندات.

- الإلتزامات المترتبة في عقد إيداع المستندات.

- حالات مسؤولية البنك في عقد إيداع المستندات والصكوك و شروط الإعفاء منها .

1.2.2- مفهوم عقد إيداع المستندات .

قبل التطرق لمفهوم هذا العقد ، نودّ التعريف بالمستندات والصكوك ، أو ما يسمىّ الأوراق التجارية. هي محرّرات يتعهّد بمقتضاها شخص أو يأمر شخصا آخر بأداء مبلغ من النقود في زمان ومكان معينين ، وتكون قابلة للتداول بالتظهير أو المناولة ، إذن هي ورقة دين قابلة للتناول مثل الكمبيالة والسند الإذني.[24] (116)

وسنتطرق لمفهوم عقد إيداع المستندات من خلال ثلاثة فروع :

1.1.2.2- تعريف عقد إيداع المستندات .

وديعة الصكوك وديعة عادية ، وهي تشبه الوديعة المدنية العادية ولكنها تختلف عنها في أنها معارضة إذ يتقاضى البنك عنها دائما أجرا يتفق عليه.

وهو عقد رضائي يتم بمجرد الإتّفاق بين البنك والعميل ، فيلتزم العميل بأن يسلم إلى البنك الأوراق المالية المتفق على إيداعها على أن الرأي السائد في فرنسا أنه عقد عيني لا يتم إلا بتسليم الصكوك إلى البنك، وجرى العمل على أن يعطي البنك العميل عند إستلامه الأوراق إيصالا ينص على شروط العقد و أرقام الأوراق المودعة، وبعد هذا الإيصال مجرد أوراق لإثبات عقد الوديعة.[13] (293.292) يبرم العقد عملا بأن يملأ العميل قائمة Bordereauبالأوراق المطلوب إيداعها مبينا نوعها وأوراقها وكافة البيانات المميزة لها وعددها والكوبونات المرفقة بها و رقم حسابه في البنك ، ويوقع عليها وترسل القائمة إلى قسم الأوراق المالية بالبنك الذي يتولى إستلام هذه الأوراق بعد مراجعتها على قائمة الإيداع ويسلم المودع إيصالا مؤقتا يؤيده فيما بعد بإيصال آخر نهائي يرسل إليه.[25] (938).

2.1.2.2- خصائص عقد إيداع المستندات .

لعقد إيداع المستندات عدة خصائص نتناولها في التالي :

1.2.1.2.2 - رضائية عقد إيداع المستندات .

يتم عقد إيداع الصكوك بمجرد إتفاق البنك والعميل ، فهو من العقود الرضائية التي تتم فور تمام الإيجاب والقبول ، وقد جرى العمل المصرفي على أن يوقع العميل على شروط

البنك المطبوعة والتي تتشابه في الواقع في جميع البنوك دون أن يناقشها العميل أو يغير منها. ولذلك قيل بأن عقد إيداع الصكوك من عقود الإذعان . والواقع أن توقيع العميل دون مناقشة تعديل شروط العقد و إن كانت من خصائص عقد الإذعان إلاّ أنه لا يفيد أن هذا العقد من عقود الإذعان . ذلك بأن عدم تمكن العميل من مناقشة شروط العقد قصد به سرعة إتمام مثل هذه العقود نظرا لما تستلزمه عمليات البنوك من سرعة وتوحيد الشروط بالنسبة لجميع العملاء دون أن يكون لذلك أثر على رضى العميل ،أو إستقلاله أو فرض السيطرة عليه من جانب البنك .علاوة على مثل هذه العقود ليست من المرافق الحيوية التي يفترض فيها إستغلال العميل . وبناء على ذلك إذا تم العقد بين طرفيه إمتنع على كل منهما الإنفراد بتعديله دون موافقة الطرف الآخر، فإذا فرض وعدل البنك عمولته عن الوديعة بزيادتها فإن هذه الزيادة لا يلزم بها العميل إلا بعد موافقته عليها ،سواء بإخطاره بها دون إعتراض منه ،أو بقبولها صراحة ، وقد أخذ القضاء الفرنسي بذلك . وقد يستفاد رضى العميل ضمنا كما هو الحال عند تكليفه البنك بشراء بعض الصكوك وتركها في حيازته .

ويشترط لإتمام عقد إيداع الصكوك ، أن يكون المودع أهلا لمباشرة هذا التصرف وفقا للقواعد العامة في الأهلية ، وإلاّ كان للولي أو الوصي مباشرة هذا العقد نيابة عن ناقص الأهلية . و وفقا للرأي الراجح تعتبرالأهلية اللازمة لهذا العقد هي أهلية التصرف نظرا لأن عقد إيداع الصكوك ليس من عقود التبرع فهو على خلاف الوديعة المدنية ، عقد معاوضة إذ يتقاضى البنك عنها دائما أجرا يتفق عليه.

وأخيرا يلزم لصحة عقد الإيداع أن يكون كل من المحل والسبب مشروعين وإن كان يندر أن يخالف كلاهما القانون في هذا العقد[26] (71.70).

2.2.1.2.2 - تجارية عقد إيداع المستندات .

لا تثير مسألة تحديد تجارية هذا العقد أية صعوبات، سواء من الناحية النظرية أو العملية ، فهذا العقد تجاري دائما من جانب البنك ، سواء تقاضى عمولة مقابل هذا الإيداع أو لم يتقاض ، وذلك وفقا لما تقضي به **المادة 02 فقرة 13 قانون تجاري جزائري** التي تعتبر جميع عمليات البنوك تجارية بطبيعتها بالنسبة للبنك .أما بالنسبة للعميل فتقدير مدى تجارية العقد يتوقف على شخص المودع و الغرض من الإيداع . فإذا كان تاجرا وتعلق الإيداع بشؤونه التجارية كان العقد تجاريا بالتبعية بالنسبة لعميله وإلا إعتبر مدنيا .

و طالما كان عقد الإيداع تجاريا دائما من جانب البنك، فإنه يجوز للعميل إثبات ما يشاء في مواجهته بكافة طرق الإثبات ، أما البنك فإنه يلتزم بطرق الإثبات المدنية طالما كان العمل بالنسبة لعميله مدنيا . وقد جرى العرف المصرفي على أن يسلم البنك إيصالا مؤقتا للعميل يفيد إستلامه الصكوك المودعة طرفه ثم بآخر نهائي . وهذا الأخير هو الذي يفيد غالبا في إثبات العلاقة ومضمونها بين البنك والعميل خاصة ما إذا تضمن جميع شروط عقد الإيداع دون الإحالة إلى مستندات أخرى . ويصلح هذا الإيصال في إثبات ملكية العميل للصكوك ويمكن بواسطته حضورجلسات الجمعية العمومية. كما جرى العرف المصرفي على أن يحرر العميل عند إيداع الصكوك قائمة تتضمن بيانات عنها مثل نوعها وأرقامها والشركة التي أصدرتها . ويحتفظ البنك بهذه البيانات وهي تصلح في الإثبات عند حدوث نزاع بين أطراف العقد [26](81.80).

3.1.2.2 - الطبيعة القانونية لعقد إيداع المستندات.

إن عقد إيداع الصكوك هو في حقيقته عقد مركب ، فهو مزيج من عقدين مختلفين هما عقد الوديعة ،وعقد الوكالة ،وعلى القاضي إذا ما أثير أمامه نزاع بهذا الخصوص أن يقوم بتحديد إلتزامات كل من الطرفين، وفقا لهذا التكييف على أن هذا التكييف القانوني لا يمنع من أن يكون العقد الأساسي بين البنك والعميل هو عقد وديعة ، مع إعتبار الوكالة عقدا تابعا لها أو العكس، إذ قد يكون الهدف الأساسي للعقد بين العميل والبنك ،وهو ما يسمى بعقد إدارة الصكوك ويعتبر حينئذ عقد الوديعة عقدا تابعا للعقد الأساسي وهو الوكالة. [17](62)

2.2.2 - الإلتزامات المترتبة على عقد إيداع المستندات .

يترتب على إبرام عقد إيداع المستندات عدة إلتزامات سواء بالنسبة للعميل أو بالنسبة للبنك سنبينها خلال هذا المطلب وذلك في فرعين:

1.2.2.2 - إلتزامات العميل في عقد إيداع المستندات .

يرتب عقد إيداع المستندات في مواجهة العميل عدة إلتزامات هي كالتالي :

1.1.2.2.2- إلتزام العميل بتسليم الصكوك والمستندات للبنك .

يلزم العميل بمجرد إتفاقه مع البنك بتسليم الصكوك المتفق على إيداعها إلى البنك. وللبنك مصلحة في سرعة إيداع الصكوك بمجرد الإتفاق لأنه يتقاضى عمولة على هذا الإيداع[26](82).

2.1.2.2.2 - إلتزام العميل بدفع أجرة للبنك .

يلتزم العميل بأن يدفع للبنك الأجر المتفق عليه أو الذي جرى به العرف ويسمى أجر الحفظ droit de garde ،والغالب أن يستقل البنك بتحديد هذا الأجر، وأنه يكون مرتفعا إذا كانت المستندات المودعة لحامله لأن مخاطر حفظها أكبر من مخاطر حفظ الأوراق الإسمية . والغالب أن يدفع الأجر مقدما نقدا ، أو يتفق على خصمه مقدما إذا كان للعميل حسابا في البنك.

3.1.2.2.2 - إلتزام العميل بدفع عمولة للبنك.

على العميل كذلك أن يدفع العمولة المستحقة عن العمليات التي يجريها البنك **بناءا على طلبه** والمتعلقة بالأوراق المودعة ، و المقصود العمليات التي لا يلتزم بها البنك بمقتضى عقد وديعة الأوراق المالية والتي جرى العرف على قيام البنك بها من نفسه ، والتي تعتبر مصاريفها داخلة في أجر الحفظ ولا تقتضي عمولة خاصة ، مثلا كإستبدال الصكوك والمستندات المودعة بصكوك ومستندات أخرى أو بيعها وشراء غيرها من أسهم...إلخ . [25](945)

2.2.2.2 - إلتزامات البنك في عقد إيداع المستندات والصكوك .

تنقسم إلتزامات البنك في هذا العقد إلى إلتزامات أصلية وأخرى تبعية ، فيلتزم البنك في وديعة الصكوك بحفظها، وبأن يردها عينا ، ويتقاضى البنك عن ذلك أجرا متفقا عليه ، ويتميز عقد وديعة الصكوك في البنك بأنه يستتبع عمليات ثانوية متعددة يقوم بها البنك وكيلا عن عميله المودع [27] (353).

وسنتناول في هذا الفرع كل من الإلتزامات الأصلية والإلتزامات التبعية :

1.2.2.2.2- الإلتزامات الأصلية .

والتي تتمثل في إلتزامين رئيسيين وهما الإلتزام بالحفظ ، والإلتزام بالرّد ،ونستخلص هذا من نص المادة 590 قانون مدني جزائري التي تنص على مايلي: (الوديعة عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئا منقولا إلى المودع لديه على أن يحافظ عليه لمدة وعلى أن يرده عينا) .

1.1.2.2.2.2 - الإلتزام بالمحافظة على المستندات والصّكوك المودعة .

وبمقتضى هذا الإلتزام لا يجوز للبنك أن يتصرف في الصّكوك أو أن يرد غيرها و لو كانت تماثلها قيمة ، ويلتزم بأن لا يستعملها دون إذن المودع و إلا اعتبر مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة . طبقا لنص المادة 591 فقرة 02 قانون مدني جزائري التي تنص على ما يلي:(....وليس له أن يستعملها دون أن يأذن له المودع في ذلك صراحة أو ضمنيا) .

ويلتزم البنك بالمحافظة على الوديعة ،وبأن يبذل في سبيل ذلك عناية المودع لديه بأجر أي عناية الرجل المعتاد طبقا لنص المادة 592 فقرة 02 قانون مدني جزائري التي تنص على مايلي:(...وإذا كانت الوديعة بأجرفيجب دوما أن يبذل في حفظها عناية الرجل المعتاد) . والأصل أن يقوم المودع لديه بتنفيذ هذا الإلتزام بنفسه، فلا يجوز له بأن يحل غيره محله في تنفيذه دون إذن صريح من المودع ، إلا إذا كان مضطرا لذلك بسبب ضرورة ملحّة وعاجلة (المادة 593 قانون مدني جزائري). **[28]**(282)

وتطبيقا لهذا الإلتزام يلتزم البنك بعدم إستعمال الوديعة(أي المستندات والصكوك المودعة) في غرض خاص به ،إذ يجب عليه أن لا يمكن الغير من إستعمالها، ولا يجوز للبنك أن يرهن السّندات لدين عليه ،ولو كان ينوي إستعادتها قبل موعد ردّها، والغالب أن يكون إستعمال المسّتندات على هذا النحو من موظف بالبنك ،وعندئذ يسأل عنه أمام العميل مسؤولية عقدية مباشرة.[25] (948)

وقد حكمت محكمة النّقض الفرنسية بذلك . وتتلخّص وقائع القضية في أنّ موظفا لدى البنك رهن سندات مودعة بالبنك ضمانا لدين شخص عليه وسلّمها إلى الدّائن، فطالب البنك الدّائن المرتهن بردّها إليه بدعوى الإسترداد . وأقرت محكمة النّقض هذه الدعوى على أساس أنه حائز.

2.1.2.2.2.2 - الإلتزام بردّ الصّكوك والمستندات المودعة .

يلتزم البنك بردّ الصّكوك المودعة بمجرد أن يطلب منه المودع ذلك ، إلاّ إذا تبيّن من العقد غير ذلك، طبقا لنص المادة 594 قانون مدني جزائري التي تنصّ على مايلي:(يجب على المودع لديه أن يسلّم الشّيء إلى المودع بمجرد طلبه إلاّ إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع لديه . وللمودع لديه أن يلزم المودع بتسلم الشيء في أي وقت ، إلاّ إذا ظهر من العقد أن الأجل عيّن لمصلحة المودع) .

ويتّم الردّ في المكان الذي تمّ فيه الإيداع أي في البنك . ويجب أن يكون الرد للمودع نفسه، وعلى البنك أن يتحقّق من شخصيّة طالب الإسترداد ومن أهليته ،وأنه هو العميل أو خلفاؤه ،أو وكيله، أو نائبه القانوني ، وعليه أن يبذل في هذا التحقّق من العناية ما يتناسب مع تخصّصه ووسائله وإذا إدّعى شخص إستحقاق الصّكوك المودعة وجب على البنك إخطار العميل مباشرة و الإمتناع عن ردّ الصّكوك إليه حتى ينتهي النّزاع بشأنه .[28] (284.283)

والأصل أن يكون الرّد عينا أي أن يردّ الصّكوك و الأوراق المودعة ذاتها على أن الردّ قد يرد على ما يقابلها إذا تعذّر على البنك ردها عينا كما لو كانت الصّكوك محل الوديعة بسندات إستهلكت وقبض البنك قيمتها حيث يلتزم برد هذه القيمة للمودع ، ويشمل الإلتزام بالردّ أيضا ثمار الوديعة وكل ما تتبعه من عائد ، كأرباح الأسهم وفوائد السندات ،والجوائز التي قد تكسبها ،ويتم رد هذه الثمار عينا مع الصكوك المودعة .[29] (770.769)

2.2.2.2.2 - الإلتزامات التبعية .

والمتمثل في الإلتزام بإدارة الصّكوك والذي يكون كالتالي :

1.2.2.2.2.2- قبض عائد الصك :

أو أرباحه وقيمته إذا استحق ،أو استهلك ،وكذلك كل مبلغ آخر يستحق بسبب الصّك ، وتقيد تلك المبالغ في حساب العميل .

2.2.2.2.2.2 - القيام بكل عملية لازمة للمحافظة على الحقوق المتّصلة بالصّك :

التي يتقرر منحها له دون مقابل كتقديمه للإستبدال ،أو لوضع الأختام ،أو لإضافة قسائم أرباح جديدة إليه .

3.2.2.2.2.2 - إخطار العميل بكل أمر ،أو حق يتصل بالصّك ،ويستلزم الحصول على موافقته أو يتوقف على إختياره ، كإخطاره مثلا بزيادة رأس مال الشركة لكي يباشر حقّه في الأولوية في الإكتتاب بالأسهم الجديدة ، فإذا لم تصل إلى البنك تعليمات من العميل بهذا الشّأن في الوقت المناسب وجب عليه أن يتصرّف في الحق بما يعود بالنّفع على العميل المودع .[28] (284)

وتجدر الإشارة إلى أن البنك التجاري يخصص عادة وحدة تنظيمية لعمليات الأوراق التجارية وخدمة العملاء بشأنها من دراية وخبرة متخصصة ، وتكون هذه الوحدة مسؤولة عن تنفيذ جميع العمليات المصرفية الممنوحة بضمانها ، ويقوم البنك بهذه العمليات على سبيل الوكالة.[30] (95.93).

فبالنّسبة لتحصيل الأوراق التجارية مثلا مقتضى الوكالة أنه على البنك أن يتقدم هو نيابة عن العميل إلى المدين لمطالبته بالوفاء ، وأن يتّخذ كافة الإجراءات القانونية للمطالبة على الوجه الصحيح كما أن عليه أن يقوم قبل حلول الأجل لما يتفادى به إعسار المدين من إجراء تحفظي ، وعلى البنك أن يسلك في سبيل ذلك مسلك الرّجل المعتاد طبقا لنص المادة 576 قانون مدني جزائري التي تنص على:(يجب دائما على الوكيل أن يبذل في تنفيذ الوكالة عناية الرجل العادي). أي العناية المنتظرة من بنك معتاد وهو البنك المحترف المتخصص في المهنة .

وتقضي القواعد العامة في الوكالة أن على الوكيل (البنك) أن يخطر الموكل (العميل) بكل ما يطرأ على تنفيذ الوكالة متصلا بهذا التنفيذ وبالصعوبات التي تعترضه .

كذلك على البنك تقديم حساب للعميل عن العمل الذي كلّف بالقيام به، وهو بتحصيل الحق ، هذا ما نصت عليه المادة577 قانون مدني جزائري : (على الوكيل أن يوافي الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة وأن يقدم له حسابا عنها).

ويجري العمل أن يقيد البنك في الجانب الدائن لحساب العميل مبلغ الحق الذي قبضه مخصوما منه العمولة ومصاريف التحصيل ، وعلى البنك كذلك أن يعيد إلى العميل

الموكل كافة المستندات أو الأوراق المثبتة للحق سواء حصله أو لم يحصله.[25] (896 وما يليها) .

3.2.2 - حالات مسؤولية البنك في عقد إيداع المستندات والصكوك وشروط الإعفاء منها.

لكل قاعدة إستثناء فالمبدأ في المسؤولية العقدية كما سبق شرحه أنّ كل إخلال بإلتزام تعاقدي يعرّض صاحبه للمسؤولية ، إلاّ أنّه هناك بعض الحالات يتعذر على المدين تنفيذ التزاماته لسبب خارج عن إرادته فلا يكون مسؤولا عن عدم تنفيذه لإلتزامه .

سنتطرّق خلال هذا المطلب لحالات مسؤوليّة البنك في هذا العقد ثم الحالات التي يعفى من المسؤولية فيها :

1.3.2.2 - حالات مسؤولية البنك في عقد إيداع المستندات و الصكوك .

إنّ المسؤوليّة العقدية هي الإخلال بإلتزام تعاقدي . و بناءا على ما سبق تبيانه أعلاه من التزامات البنك اتّجاه عملائه ، فإنّ أي إخلال بهذه الإلتزامات من طرف البنك يعرّضه للمسؤوليّة العقدية ، و بالتّالي لتعويض العميل عن الأضرار التي تلحقه ، لذا خصّصنا هذا المطلب لتناول أهم الحالات التي يكون فيها البنك مسؤول مسؤولية عقدية في هذا العقد وذلك من خلال النقاط التالية :

1.1.3.2.2 - مسؤولية البنك عن إخلاله بإلتزاماته الأصلية .

لقد تطرقنا أعلاه إلى الإلتزامات الأصلية و المتمثلة في الإلتزام بالحفظ و الإلتزام بالرد ، وفي هذا المطلب سنبين مسؤولية البنك عن إخلاله بهذين الإلتزامين .

1.1.1.3.2.2- مسؤولية البنك عن إخلاله بإلتزامه بالحفظ .

إذا قام البنك بإنابة غيره في حفظ الوديعة فإنّه يبقى مع ذلك مسؤولا عن خطأ نائبه اتّجاه المودع أي للعميل ، ما لم يكن هذا الأخير قد أعفاه من هذه المسؤولية عندما أذن له في إنابة غيره ، خاصّة إذا كان المودع هو الذي إختار هذا النّائب ، أمّا إذا أحلّ الوديع (البنك) غيره محلّه دون إذن بذلك كان مسؤولا عن فعل ذلك الغير وإن كان ذلك بإذن المودع

(العميل)، فيكون الوديع (البنك) مسؤولا عن سوء إختياره لذلك الغير وعن كل عيب في التعليمات التي أصدرها له بشأن حفظ الشيء المادة 1002 قانون تونسي والمادة 698 قانون لبناني .

أما إذا لم يكن مسموحا للمودع عنده في إحلال غيره محله في حفظ الوديعة وهلكت في يد الوديع الثاني ولو بقوة قاهرة ، كان الوديع الأول (البنك) مسؤولا لأنه أخطأ في إحلال غيره محله وذلك ما لم يثبت أن الوديعة كانت تهلك لو أنها بقيت عنده .

ويجيز القضاء الفرنسي أن يرجع المودع (العميل) على نائب المودع عنده (نائب البنك) بالدعوى المباشرة (المادة 580 قانون مدني جزائري)، لا فحسب بدعوى الإستحقاق إذا كان المودع مالكا للشّيء ، بل أيضا بالدعوى الشّخصية النّاشئة من عقد الإنابة .

ويعيّن القضاء الفرنسي دعوى المودع المباشرة قبل نائب المودع عنده على دعوى الموكل المباشرة قبل نائب الوكيل.

وإذا كان المودع عنده في أثناء الحرب موجود في مكان معرّض للغارات الجوية وجب عليه إذا كان مأجورا أن ينقل الوديعة إلى مكان مأمون إن كان هذا ممكن.[31](707)

2.1.1.3.2.2 - مسؤولية البنك عن إخلاله بإلتزامه بالرّد .

في حالة عدم وفاء البنك بإلتزامه برد المستندات المودعة من طرف العميل ، فأمام العميل عدة طرق من أجل إستردادها أوجبر الضّرراللاّحق به وهي كالتّالي :

1.2.1.1.3.2.2 - دعوى الإسترداد .

إذا لم يقم المودع عنده (البنك) بإلتزامه برد الشّيء المودع كان للمودع (العميل) أن يستردّه بدعوى الوديعة ، وهي دعوى شخصية تنشأ من العقد يطلب فيها المودع إسترداد الشّيء المودع بعينه هو وملحقاته وثماره ، ويرفع الدّعوى على المودع عنده (البنك) وللمودع كذلك أن يوقع على الوديعة حجزا تحفظيا .

2.2.1.1.3.2.2 - دعوى التّعويض .

إذا تعذر على المودع إسترداد الشّيء عينا ، رجع على المودع عنده بالتّعويض ، والتّعويض هنا هو قيمة الشّيء المودع (المستندات) وقت الرّد ، فإذا زادت القيمة أثناء الدعوى وجب ردّ قيمة الوديعة وقت الحكم حتى يكون التّعويض كاملا[31](765 وما يليها)وقالت محكمة استئناف ليون في حكم لها بتاريخ 04 جويلية 1945 أن لقاضي الموضوع في خصوص وديعة مصرفية كمستندات أن يقضي بالتعويض المناسب ، وله أن يقضي بالتعويض العيني مادام ذلك لا يخالف شروط العقد ولا الحرية الشخصية ، ولذلك يجوز إلزام البنك برد سندات مماثلة[25](958).

2.1.3.2.2 - مسؤولية البنك عن إخلاله بإلتزاماته التبعية .

لقد سبق وبيّنا أعلاه أنّه في عقد إيداع المستندات تنشأ على عاتق البنك إضافة إلى الإلتزامات الأصلية (الإلتزام بالحفظ و الإلتزام بالرد) إلتزامات تبعية عديدة ، فمثلها مثل الإلتزامات الأصلية أي إخلال بها يعرّض البنك للمساءلة ويلزم بالتّعويض في حالة تضرر العميل من إخلال البنك بتنفيذ إلتزامه . و فيما يلي نتطرّق لأهمّ هذه الحالات :

1.2.1.3.2.2- مسؤولية البنك الوكيل عن خطئه في تنفيذ تعليمات العميل الموكل .

وتتحدد مسؤوليّة الأطراف في هذه الحالة طبقا لقواعد الوكالة ، وقد أقرّت محكمة النّقض الفرنسية تطبيق قواعد الوكالة في هذا الشّأن، [25](894)وذلك في حكمها الصّادر بتاريخ 1960/12/13 وخلاصة القضيّة أن بائعا أجنبيّا وكّل بنك في تسليم بضاعة مرسلة منه ونبّهه إلى عدم تسليم سند الشحن للمشتري إلاّ بعد قبض الثّمن منه ، وكّل البنك من الباطن ناقلا وكلّفه بإرسال البضاعة بعد التخليص عليها ، ولكنّ النّاقل سلّم المشتري سند الشّحن وبذلك تمكّن المشتري من إستلام البضاعة دون أن يدفع الثّمن ، رفع البائع دعوى على البنك وأدخل هذا الأخير الناقل في الدّعوى وطبقا لقواعد الوكالة أقرّت المحكمة للموكل البائع بحق مقاضاة الوكيل من الباطن ، وهو النّاقل مباشرة ، ولمّا طعن في الحكم بالنّقض رفضت محكمة النّقض هذا الطّعن ، كذلك نقض فرنسي 1975/03/17 في نفس المعنى.[25] (902)

أما المشرّع الجزائري ومن خلال المادة 580 قانون مدني الّتي تنصّ على: (إذا أناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخّصا له في ذلك ، كان مسؤولا عمّا فعل

النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو ، ويكون الوكيل و نائبه في هذه الحالة متضامنين في المسؤوليّة .

أما إذا رخص للوكيل في إقامة نائب عنه دون أن يعين شخص النائب فإن الوكيل لا يكون مسؤولا إلا عن خطئه في إختيار نائبه أو عن خطئه فيما أصدره له من تعليمات .

و يجوز في الحالتين السابقتين للموكل والنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر).

فنجده يرتّب المسؤوليّة على الوكيل كما لوكان هذا العمل صدر منه في حالة إنابة غيره في الوكالة (أي الوكالة من الباطن) دون ترخيص من الموكّل ، ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسؤوليّة . أمّا إذا كان مرخصّ له من طرف الموكل في إنابة غيره فلا يسأل إلاّ عن خطئه في إختيار نائبه ، أو عن خطئه فيما أصدره له من تعليمات ، طبقا لأحكام المادة 850 من القانون المدني الجزائري. [14]

2.2.1.2.3.2 - مسؤوليّة البنك الوكيل عن الغش والخطأ الجسيم .

تنص المادة 178 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:

" ... إلاّ ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم ..." تقابلها المادة 211 فقرة 02 من القانون المدني المصري ، فالوكيل يكون دائما مسؤولا في تنفيذ الوكالة عن غشه وعن خطئه الجسيم ، حتى لو إتفق مع الموكل على إعفائه من هذه المسؤولية ، فيكون الوكيل مسؤولا عن تعمدّه عدم تنفيذ الوكالة دون أن يتنحّى عنها في الوقت المناسب ، ويكون مسؤولا إذا وكّل في بيع شيء دون تحديد قيمته عن تواطئه مع المشتري على تخفيض الثّمن مثل بيع أسهم العميل كذلك يكون مسؤولا إذا قام هو بشرائها دون أن يأذن له العميل ، فإذا فعل وترتب على ذلك أن أضاع على الموكل صفقة رابحة تهيأت بتقدم المشتري للمال بثمن عال ، كان هذا الخطأ جسيما وكان الوكيل مسؤولا عنه، وكان للعميل الرجوع على البنك لتعويضه عن الضرر الذي لحقه .

3.2.1.3.2.2 - مسؤولية البنك عن الخطأ المادي .

يجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها عناية الشّخص المعتاد ، أي أنّ المعيار هنا يكون معيارا موضوعيّا لا شخصيّا ، فإذا لم يبذل هذه العناية حتى لو أثبت أن العناية الأقل التي بذلها فعلا هي العناية التي يبذلها في شؤونه ، كان مع ذلك مسؤولا لأنه ملزم ببذل عناية الشخص المعتاد ولو كانت هذه العناية تزيد على عنايته بشؤونه الشخصية ، أمّا إذا بذل عناية الشّخص المعتاد فإنه يكون قد نفّذ إلتزامه ، ولا يكون يستطيع توخي هذا الضرر لو بذل عنايته في شؤونه ، لأنه غير مسؤول إلاّ عن عناية الشّخص المعتاد .

وتطبيقا لما قدّمناه يكون الوكيل مسؤول إذا تأخّر في تنفيذ الوكالة دون مبرّر فأضاع على الموكل صفقة رابحة ، وإذا كان موكلا في قبض دين فيتهاون حتى إنقضى الدين بالتّقادم كان مسؤولا ، و في جميع الحالات التي تترتّب مسؤولية الوكيل اتّجاه الموكل يلزم الوكيل بالتعويض ، والتعويض الذي يرجع به الموكل على الوكيل جرّاء خطئه في تنفيذ الوكالة يكون بمقدار الضّرر الذي أصاب الموكل بسبب هذا الخطأ ، فإذا لم يكن هناك ضرر فلا تعويض .[31] (471.462).

2.3.2.2 - شروط إعفاء البنك من المسؤولية في عقد إيداع المستندات والصكوك .

كما سبق ذكره فإنّ هناك بعض الحالات التي يعفى البنك فيها من المسؤوليّة رغم عدم تنفيذه لإلتزاماته نذكرها فيما يلي :

فالعمليات التي يقوم بها البنك كمودع لديه أو وكيل يمكن أن يشترط فيها شروط تعفيه من المسؤوليّة و تخفيفها اتجاه عميله ، وقد أقرّ القضاء هذه الشّروط إلاّ في حالة الخطأ الجسيم من طرف البنك (cass.civ.13/10/1979) و يمكن كذلك أن يعفى البنك من المسؤوليّة لعدم تنفيذ إلتزامه أو لم ينفذه بطريقة صحيحة في حالة القوة القاهرة ، وذلك طبقا للمبادىء العامة للمسؤوليّة ،إلاّ أنّ الصعوبة تكمن في تحديد الخطأ الجسيم و القوة القاهرة في كل حالة[18](118).

و يعفى البنك من المسؤوليّة أيضا عن السّبب الأجنبي ، فلا يكون المودع عنده مسؤولا عن السبب الأجنبي ، ذلك أنّ السّبب الأجنبي ينفي العلاقة السّببية بين الخطأ و الضّرر، فيكون الضّرر منسوبا إلى سبب أجنبي لا إلى خطأ المودع عنده ، ومن ثم لا يكون البنك مسؤولا .

و عبء إثبات السّبب الأجنبي يقع على المودع عنده أيّ البنك ، إذ هو لا يستطيع أن يتخلّص من المسؤولية إلاّ إذا أثبت أنّه بذل العناية المطلوبة أو أثبت السبب الأجنبي . ونصّت المادة 714 من قانون الموجبات والعقود اللبناني فقرة 02 عن إعفاء المودع عنده من المسؤولية في حالة القوة القاهرة ما لم يكن في حالة التأخر عن رد الوديعة ، كما نصّ المشرّع الجزائري على هذا الحكم في نص المادة 172 من القانون المدني الجزائري . ويمكن للبنك الإتّفاق مع العميل على تعديل قواعد المسؤولية ، فيجوز الإتّفاق على تشديد مسؤولية البنك المودع عنده كما يجوز الإتفاق على تخفيفها أو على الإعفاء منها . ومثل تشديد مسؤولية المودع عنده أن يشترط المودع مسؤوليّته عن السبب الأجنبي . ومثل تخفيف مسؤوليّة المودع عنده أن يشترط عدم مسؤوليّته إلاّ عن عنايته الشّخصية ، أو ألاّ يكون مسؤولا عن التّعويض إلاّ في حدود مبلغ معين و لو زاد الضّرر على هذا المبلغ .

وإعفاء المودع عنده من المسؤوليّة ، ويكون بأن يشترط على المودع ألاّ يكون مسؤولا عن خطئه لأّن الإعفاء من المسؤوليّة عن الخطأ العقدي جائز . ولكن يبقى المودع عنده بالرّغم من شرط الإعفاء مسؤولا عن الغش أو الخطأ الجسيم[31](709 وما يليها)

كذلك الحال بالنّسبة للوكيل ،فيكون غير مسؤول عن السّبب الأجنبي . فإذا كان الضرر الذي أصاب الموكل من جرّاء تنفيذ الوكالة راجعا إلى القوة القاهرة أو حادث فجائي أو فعل الغير أو خطأ الموكل نفسه ، فإنّه يكون ضررا ناجما عن سبب أجنبي ، ومن ثمّ لا يكون الوكيل مسؤولا عنه[31] (454).

الفصل 3:

مسؤولية البنك في عقد الإعتماد المستندي .

إنّ البنوك تضطلع بوظيفة هامّة في الإقتصاد القومي هي توزيع الإئتمان ، فهي تتلقى الودائع النقدية من جمهور المدخرين وتستخدمها في منح الإئتمان للتّجار والصّناع وغيرهم [13](457) .

وهذه الوظيفة تتمّ من خلال عدّة عمليّات ، لعلّ أهمها عقد الإعتماد المستندي الّذي ارتأينا تناوله في هذا المبحث نظرا للأهميّة التي أصبح يكتسها في الجزائر بعد صدور قانون الماليّة التّكميلي لسنة 2009 الذّي كرّس من خلال المادة 68 منه إجبارية تسديد الواردات عن طريق الإعتماد المستندي، وهذه الإجباريّة تهدف إلى تحسين الرقابة الإدارّية لنشاطات التّجارة الخارجيّة بعد إبرام الجزائر إتفاقيات دولية للتّبادل الحر، نذكر منها إتفاقية التبادل الحر بالمنطقة العربية ، إضافة إلى عدة تدابير أخرى جاء بها قانون المالية التكميلي لسنة 2009 لتحقيق الهدف ذاته.

و الإعتماد المستندي تنظّمه الأصول والأعراف الموحّدة للإعتماد المستندي الصّادرة عن الغرفة التّجارية الدّولية ، و التي نشرت لأوّل مرّة في سنة 1933 تحت رقم 83 ، وهذه القواعد صدرت عن غرفة التجارة الدولّية الكائن مقرها بباريس، وهي منظمة دولية غير حكوميّة تم إنشاؤها سنة 1919 إنخرط فيها إلى حدّ الآن 6500 منخرط في 130 دولة .

وتعتبر اللّجنة البنكيّة التقنيّة والتطبيقية هي المكلّفة بتحرير هذه النصوص وذلك بالإرتكاز على مجموعة عمل ad-hoc التي تعمل بالتّعاون مع اللّجان الدّولية التابعة لغرفة التجارة الدولية المتواجدة بالدول الأعضاء و كذلك المنظمات البنكيّة .

و منذ صدور أول القواعد للأصول و الأعراف الموحّدة طرأت عليها عدة تعديلات وهي :

- التعديل الأول للأصول و الأعراف الموحّدة تحت رقم151 لسنة 1951 .

- التّعديل الثاني تحت رقم 222 لسنة 1962 .

- التّعديل الثالث تحت رقم 290 لسنة 1974 .

- التّعديل الرابع تحت رقم 400 لسنة 1983 .

- التّعديل الخامس تحت رقم 500 لسنة 1993 ودخلت حيّز التّنفيذ في 01 جانفي 1994 . والتّعديل الأخير كان بموجب النّشرة رقم 600 الذي تمّت المصادقة عليها في شهر أكتوبر سنة 2006 لتدخل حيز التّنفيذ في 01 جويلية 2007.[32] (14)

و بالتّالي يعتبر العرف المصرفي المصدر الرئيسي للإعتماد المستندي في غالبية الدول نظرا لكون التّشريعات في معظم دول العالم قد تركت أمر تنظيمه إليه ، و يقف إلى جانب العرف المصرفي كمصدر من مصادر الإعتماد المستندي أحكام القضاء و التشريع .

فبالنّسبة **للتّشريع** نجد أنّ المشرع الجزائري مثله مثل معظم المشّرعين العرب لم ينظّموا أحكام الإعتماد المستندي تاركين أمر تنظيمه إلى العرف المصرفي باستثناء عدد قليل منهم ، كالمشّرع العراقي ،و الكويتي، و السوري، الذين استقوا أحكام عقد الإعتماد من النّشرة رقم 400 ، أما المشّرع الإنجليزي فقد ترك هذا الأمر للعرف و أحكام القضاء كما هي العادة في النظام القانوني الإنجليزي ، الذّي يرتكزعلى نظام السّوابق القضائيّة التي يغذيها العرف بشكل واضح ، في حين أن المشّرع الأمريكي قد نظّم أحكام عقد الإعتماد المستندي في القانون التّجاري الموحّد .

يتضّح لنا من خلال النظر في أحكام القوانين المقارنة أنّ معظمها لم ينظّم أحكام هذا العقد ، إذ أنّ قواعد الإعتماد معظمها عرفي ، و العرف متطور خاصّة العرف المصرفي في مجال الإعتماد المستندي أي أنّ القواعد في هذا المجال ليست ثابتة بل متغيرة . وهذا الأمر يخدم البلدان التي لم تنظّم أحكام عقد الإعتماد المستندي و يخلق نوعا من مشاكل التّكييف في الدّول التي نظّمته ، إذ قد يصدر عرف جديد في مجال الإعتماد المستندي يتعارض مع

نصوص القانون الداخلي ، و هذا ما حدث فعلا عند صدور النشرة رقم 500 ، ذلك أنّ معظم التّشريعات قد أخذت أحكامها من النّشرة رقم 400 – السّابقة – وهذا الأمر يؤثر على وضع التجارة في الدول ولا يخدمها.

أما بالّنسبة للعرف كمصدر للإعتماد المستندي فتعتبر العادات و الأعراف التجارية المصرفية المصدر الرئيس لعقد الإعتماد المستندي وتعتبر النّشرة 400 و النشرة 500 ، وكذلك النّشرة 525 الخاصّة بترتيبات التّغطية بين المصارف و إتفاقيةisp 98 تقنينا للأعراف و العادات الموحّدة في مجال الإعتماد المستندي حتىّ أنّ النشرتين 400 و 500 قد جاءتا تحت مسمّى (الأصول و الأعراف الموحّدة للإعتماد المستندي) uniform customs and practices for documentary credit صدرت عن غرفة التّجارة الدوليّة وعدّلت عدة مرات – كما تمّ ذكره أعلاه - .

وقد راعت الأصول والأعراف الموحدة الأحكام القانونية و التقنيّة المتطوّرة في الشّؤون المصرفية بالإضافة إلى دراسات و أبحاث أجريت على قضايا معينة و ممارسات مستفيضة لمواجهة المشاكل النّاجمة عن تطوّر حجم التّجارة الدّولية .

أمّا بالنّسبة للقيمة القانونية لهذه القواعد فقد اختلف الفقه في مدى إلزاميتها وانقسموا إلى قسمين :

- يرى أصحاب الإتّجاه الأوّل أنّ هذه القواعد ما هي إلاّ مجرّد قواعد للإستئناس و الإسترشاد لا تضمنها إتفاقية دولية ،أو تتبنّاها تشريعات وطنية سوى عدد قليل منها و بالتّالي فهي لا تطبق إلا إذا نص عقد الإعتماد نفسه على تطبيقها ، و تعتبر في حالة عدم النص عليها بمثابة قواعد تفسيرية لإرادة المتعاقدين[33] (20. وما يليها)

و يقول الفقيه gulshan (أن الأصول و الأعراف الموحّدة هي قواعد قد تمّ اعتناقها دوليّا و فسّرت بشكل جماعي من قبل مجموعة من الدّول، و لكنّها مع ذلك لا تتمتع بقوة القانون، و ينبغي لجعلها ملزمة للأطراف أن يتمّ النّص عليها صراحة في عقد الإعتماد) .

- فيما يرى أصحاب رأي الإتّجاه الثّاني أن القواعد العرفية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية ملزمة حتّى و لو لم تتم الإحالة عليها نظرا لإتساع إنتشارها و شمولها

ويميل عدد من أصحاب هذا الإتّجاه إلى القول بأنه في حال عدم الإشارة في الإعتماد إلى تطبيق الأصول و الأعراف الموحّدة فإنّه يجب التفرقة بين ما إذا كان البلد منضم للغرفة الدوليّة أم لا، ففي حال فتح إعتماد مستندي من مصرف في بلد غير منضم فإن تطبيق القواعد أو عدم تطبيقها يتوقّف على البلد الذي تدفع به قيمة المستندات ، وكذلك تسري القواعد في حال فتح اعتماد في بلد غير منضم و عزّزه مصرف في بلد منضم حتّى ولو كان دفع قيمة الإعتماد في بلد غير منضم .

أما أحكام النشرة 500 فهي واضحة – في هذا المجال – إذ نصّت المادة الأولى على أنّه : (تطبق الأصول و الأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية على جميع الإعتمادات المستندية ... التي تكون هذه الأصول و الأعراف الموحدة مدرجة في نصّها ، و هي ملزمة لجميع أطرافها إلاّ إذا اشترط الإعتماد خلاف ذلك) .

و بالتّالي فإنه حتى تطبق النشرة 500 يجب أن ينصّ عقد الإعتماد المستندي على تطبيقها صراحة ، وإذا لم ينص على ذلك مع عدم وجود أي إشارة إلى إستبعاد تطبيقها فإنّ أحكام النّشرة أيضا تطبق، و هذا ما يستفاد من صريح نص المادة الأولى الّتي تشترط لإستبعاد تطبيق هذه القواعد مايلي :

- أن يتّفق الأطراف على إستبعادها .

- أن ينصّ على ذلك صراحة في متن عقد الإعتماد .

وهذا الأمر ينسجم مع النّصوص القانونية التي تعتبر العرف ملزما في حال عدم وجود نصّ قانوني إلاّ إذا إتّفق على إستبعاد تطبيقه ، وبما أنّ هذه القواعد ما هي إلاّ نظام عرفي ، فهي ملزمة في حال عدم وجود نصّ قانوني يخالفها ، حيث يفترض علم أصحاب الشأن بها واتّجاه إرادتهم إلى الأخذ بها .

و هذا الأمر لا يمنع الأطراف من الإتّفاق على تطبيق القواعد المنظّمة للإلتزامات و المسؤوليات المنصوص عليها في القسم الثالث من النشرة 500 ، دون باقي أحكام النشرة و أن تطبّق مثلا قواعد uncitrl على المنازعات الأخرى ، وقد يشترط الأطراف – مثلا – أن يكون معيار فحص المستندات قائما على معيار المطابقة المعقولة مستبعدين تطبيق معيار المطابقة الصّارم

المنصوص عليه في النشرة ، وهذا الأمر ينسجم مع كون أحكام النشرة 500 أعراف أو لا . وأخيرا وهي لا تشكّل بمجموعها كتلة واحدة غير قابلة للإنقسام بل على العكس من ذلك .

أمّا فيما يخص القضاء فهو الآخر يعتبر مصدر للإعتماد المستندي ، فهو يلعب دورا بالغ الأهميّة في إظهار العرف إلى حيّز الوجود وهو مصدر مهم فيما يتعلق بالإعتمادات المستندية ، ذلك أن معظم القواعد المنظّمة للإعتماد المستندي أعراف تكونت في ضمير الجماعة ، ومن مهمّة القضاء الكشف عنها و إظهار التّطور الّذي جرى عليها مما يفيد المشرّعين القائمين على تنظيم أحكام الإعتماد المستندي و يعينهم في مواكبة التطورّات الطّارئة في هذا المجال ، ويمكننا القول أن القضاء هو أول من يستشعر وجود العرف بين الناس و من ثم يستفيد منه باقي الأطراف المعنية به[33](26.25.24)

وسنتناول خلال هذا الفصل مسؤولية البنك في عقد الإعتماد المستندي ، وذلك بالتطّرق للنّقاط التالية :

- مفهوم عقد الإعتماد المستندي .

- الإلتزامات المترتبة عن عقد الإعتماد المستندي .

- حالات مسؤولية البنك في عقد الإعتماد المستندي .والإستثناءات الواردة عليها .

1.3 - مفهوم الإعتماد المستندي .

يعتبر الإعتماد المستندي وسيلة هامّة في تمويل التّجارة الخارجيّة ، ذلك أن عقود البيع على المستوى الدّولي تتّم عادة بين طرفين لا يعرف بعضهما ، فكان لا بد من اللّجوء إلى وسيلة تجعل كلا من البائع و المشتري مطمئنّا على حقه النّاشىء عن عقد البيع.[34] (17)

فالإعتماد المستندي يعتبر آليّة أساسيّة في التّجارة الدولية، حيث تلعب البنوك من خلاله دورا فعالا وذلك بتعهدها بالقيام بإلتزامات محددة في العقد بينه وبين المشتري الآمر[35](143).

كما يعد آليّة فعالّة في مراقبة حركة الأموال من وإلى الخارج لذا قام المشرّع الجزائري بإلزام المستوردين بإتباع عملية الإعتماد المستندي من خلال قانون الماليّة التكميلي لسنة 2009 . ولدراسة مفهوم عقد الإعتماد المستندي سنتناول النقاط التالية :

- تعريف عقد الإعتماد المستندي ووظائفه والمبادئ التي يقوم عليها .

- العلاقات التعاقدية في عملية الإعتماد المستندي .

- أنواع الإعتماد المستندي .

- خصائص الإعتماد المستندي .

- الطبيعة القانونية لعقد الإعتماد المستندي .

1.1.3- تعريف عقد الإعتماد المستندي ووظائفه والمبادئ التي يقوم عليها .

سنتناول هذا المطلب في ثلاثة فروع نتحدّث في **الفرع الأوّل** عن تعريف عقد الإعتماد المستندي، وندرس في **الفرع الثاني** وظائف عقد الإعتماد المستندي، ونخصّص **الفرع الثّالث** للمبادئ الّتي يقوم عليها هذا العقد .

1.1.1.3- تعريف عقد الإعتماد المستندي .

سنتناول من خلال هذا الفرع التّعريف القانوني والفقهي لعقد الإعتماد المستندي .

1.1.1.1.3 - التّعريف القانوني لعقد الإعتماد المستندي .

نصّت المادّة الثّانية من الأصول و الأعراف الموحّدة نشرة 500 على مايلي :(لتحديد الغاية من هذه المواد فإن التعابير إعتماد / إعتمادات مستندية ، إعتماد / إعتمادات الضمان و الّتي يشار إليها فيما بعد بلفظة (إعتماد / إعتمادات) تعني أيّة ترتيبات مهما كان إسمها أو وصفها و الّتي يتعهّد البنك الفاتح بموجبها بناءا على طلب و تعليمات عميله (طالب فتح الإعتماد) بما تقتضيه مصلحته بأن :

- يدفع إلى أو لأمر طرف ثالث (المستفيد) ، أو يقبل و يدفع السحب / السحوبات المسحوبة من المستفيد أو .

- يفوّض بنكا آخر بأن ينّفذ هذا الدفع أو يقبل أو يدفع هذا السّحب / هذه السّحوبات أو .

- يفوّض بنكا آخر بالشّراء .

وذلك مقابل مستند / مستندات منصوص عليها شريطة أن تكون مطابقة لبنود و شروط الإعتماد .

من خلال هذا التعريف نستنتج ما يلي :

- أنّه ينطبق على الإعتمادات المستندية كما ينطبق على خطاب الضمان .

- أن هذا التّعريف ينطبق على الإعتماد المستندي بمعناه المعروف ، وهو الإعتماد ذو الثّلاثة أطراف (العميل، البنك، المستفيد) ومن هنا جاء هذا التعريف بصورة جديدة للإعتماد المستندي

وهو الإعتماد ذو الطّرفين ،إضافة إلى الصورة التقليدية للإعتماد المستندي وهو الإعتماد ذو الثّلاثة أطراف .

- أنّ هذا التعريف جاء ببيان وسائل تنفيذ الإعتماد (الدفع ،الدفع المؤجل ، القبول والشراء) .

2.1.1.1.3 - التعريف الفقهي لعقد الإعتماد المستندي.

- عرف الدكتور جمال الدين عوض الإعتماد المستندي بأنه (الإعتماد الذي يفتحه البنك بناءا على طلب شخص يسمّى الآمر أيّا كانت طريقة تنفيذه ، أي سواءا كان بقبول الكمبيالة أو بخصمها ،أو بدفع مبلغ لصالح عميل الآمر ، و مضمون بحيّازة المستندات الممثّلة لبضاعة في الطريق أو معدّة للإرسال .

- و عرفه الدكتور ماهر شكري بأنّه (تعهّد خطّي صادر عن بنك (البنك المصدر) إلى البائع (المستفيد) بناءا على طلب ،و وفقا لتعليمات المشتري (طالب فتح الإعتماد) يتعهد به البنك المصدر بدفع مبلغ محدّد و قبول سحوبات زمنيّة بقيمة محددّة و ذلك خلال مدّة محددة ، ومقابل استلام البنك المصدر لمستندات المصدر لمستندات محددة.[34] (22.21.18).

- كما عرّفه الأستاذ فريدريك بيلتيي بما يلي :(يقصد بالإعتماد المستندي عمليّة الإعتماد والتّقنية الّتي تحكم الوفاء في المبادلات الدوليّة مقابل المستندات.[36] (160).

و عرّفه الدّكتور حسن دياب بمايلي :(الاعتماد المستندي تصّرف قانوني يتعهّد البنك المنشىء بمقتضاه بأن يدفع لطرف ثالث يدعى المستفيد أو لأمره مبلغا من المال وفقا لتعليمات العميل الآمر، أو يتعهّد بأداء قيمة الكمبيالة أو الكمبيالات الّتي يسحبها المستفيد أو يقبلها أو يتداولها مباشرة ، أو يفوّض أي بنك آخر للقيام بذلك لقاء مستندات معينّة[37](13) وهذه المستندات يقدمها البائع الأجنبي للبنك تتمثل في الفاتورة، Facture بوليصة الشحن والنقل Connaissement بوليصة التأمين Documents d'assurances، الشهادات الجمركية Documents Douaniers، شهادات المنشأ Certificat d'origines، شهادات التفتيش والرقابة والفحص Certificat d'inspection، الشهادات الطبية certificat sanitaires [2](117) ، تتطابق مع الشّروط و الأوصاف التي تم الإتفاق عليها مسبقا).

يتضّح لنا من هذه التعاريف أن الإعتماد المصرفي يجمع بين أطراف ثلاثة على الأقل وهم :

1.2.1.1.1.3- الآمر بفتح الإعتماد (المشتري) .

الذي يصدر أمره غالبا إلى البنك بفتح الإعتماد بعد الإتّفاق على شروطه وأحكامه تنفيذا لإلتزام ترتب في ذمّته نحو البائع (المستفيد) إستنادا لعقد البيع المبرم بينهما بتاريخ يسبق عقد فتح الإعتماد نفسه.

2.2.1.1.1.3 - البنك المنشيء الذي يفتح الإعتماد .

يتعهّد نحو البائع بدفع أو قبول الكمبيالة الذي يسحبها عليه، أو على المشتري (الآمر) وفقا للشّروط الّتي ينصّ عليها خطاب الإعتماد الذي يرسله البنك للبائع (المستفيد) تنفيذا لعقد فتح الإعتماد .

3.2.1.1.1.3 – المستفيد.

الّذي تم فتح الإعتماد لمصلحته لتغطية ثمن بضاعة تعاقد عليها مع المشتري غالبا [37](14) .

ويعتبر المجال العملي لإستخدام وسيلة الإعتماد المستندي في البيوع الخاصة ببضاعة منقولة من بلد إلى آخر وعلى وجه الأخص البضائع المنقولة بطريق البحر تحت إصطلاح CIF.[17] (99).

لكن من الممكن أن تجري عملية الإعتماد المستندي في التّجارة الداخلية ، وتصوّرت ذلك مجموعة القواعد والعادات [13](482.481)في مؤتمر لشبونة عام 1951 إذ نصّت على وثيقة االنّقل البرّي بين المستندات.[28] (394)

ومع ذلك لا يمكن إغفال أن إتفاق الإعتماد المستندي يتمّ إبرامه بمناسبة عقد البيع ، كما أنّ توجيه الخطاب إلى البائع أثر من آثار الإعتماد المستندي ، وعلى ذلك تمتد آثار العملية إلى العلاقات المختلفة التي تربط بين الأطراف .

2.1.1.3 - وظائف عقد الإعتماد المستندي .

إنّ الإعتماد المستندي لما يقوم عليه من فكرة الإئتمان يؤدي وظائف تكون بمثابة مزايا تحقق لأطرافه ، ومن أهم تلك الوظائف ما يلي :

1.2.1.1.3 - تسوية حسابات البيوع التجارية الدولية :

حيث يعتبر الإعتماد المستندي أداة وفاء تحقّق التّوازن بين مصالح البائع والمشتري وتحمي كلّ منهما من سوء نية الآمر .

2.2.1.1.3 - خلق الضّمان لدى أطراف العلاقات الدولية :

فالإعتماد المستندي وسيلة يضمن بها المشتري (المستورد) الحصول على البضائع المتّفق عليها بالشّروط المحدّدة والمواصفات المعينة بشروط العقد في المواعيد المناسبة، وتضمن للبائع (المصدر) إستفاء قيمة بضاعته المصدرة ، ما دامت مطابقة للمواصفات و الشّروط المنصوص عليها وقدم عنها المستندات المطابقة.

3.2.1.1.3 - يعدّ الإعتماد المستندي وسيلة للتسهيل الإئتماني:

فالإعتماد يخلق في الواقع إئتمانا لكل من المشتري عن الجزء غير المغطّى نقدا من قيمة الإعتماد ، وكذلك للبائع نظرا لكون الإعتماد تعهد قطعي لا رجوع فيه يرتّب في ذمّة الّذي أصدره إلتزاما مباشرا بالسّداد بما يتيح للبائع التّقدم إلى البنك لمنحه تسهيلا إئتمانيا لتمويل صادراته .

4.2.1.1.3 - هو وسيلة دفع مرتبط على أساس التّعامل بالمستندات فقط :

حيث يوفر الإعتماد لدى البائع الثّقة والإطمئنان في أنّه سيحصل على ثمن البضاعة بعد تسليمه للمستندات المطابقة لشروط الإعتماد، سواء من البنك المصدر أو البنك الوسيط ، وهما مليئان لا يخشى إفلاسهما أو مماطلتهما ،كما أنّ تعاملهما مرتبط بالمستندات لا بالبضاعة [11] (131).

3.1.1.3 - المبادئ الأساسية التي يقوم عليها الإعتماد المستندي .

الإعتمادات المستندية هي أداة تمويل لعمليات تجارية، أو أداء خدمات بين أطراف مختلفة والعلاقة بين البنوك التي تقوم بتنفيذها تركّز على العرف المصرفي ،و القواعد الدولية السارية والمعمول بها، ولا علاقة لهذه البنوك بالتعاقدات ذات الطّبيعة التجارية الّتي يتم تداول المستندات بشأن وضعها موضوع التّنفيذ ،كما أن خطاب الإعتماد المستندي شخصي لصالح المستفيد و بالإضافة إلى هذه المبادئ فإنّ هناك مبدأين أساسيين لنظام الإعتماد المستندي هما:

1.3.1.1.3- مبدأ إستقلال الإعتماد المستندي .

يقصد بهذا المبدأ أن عقد الإعتماد المستندي مستقل عن العقود التي أدّت إلى نشوئه وعليه فإنّ إلتزام البنك بوفاء مبلغ الإعتماد يتوقّف فقط على تنفيذ البائع لشروط الإعتماد دون النّظر إلى تنفيذ أو عدم تنفيذ عقد البيع بين المشتري و البائع (العميل و المستفيد) .

و قد نصّت على هذا المبدأ المادة 03 من الأصول و الأعراف الموحّدة للإعتمادات المستندية بقولها :

(- تعتبر الإعتمادات المستندية في طبيعتها معاملات منفصلة عن عقود البيع أو غيرها من العقود ،التي قد تكون الأساس لتلك الإعتمادات ولا ترتبط البنوك بأيّ وجه من الأوجه بهذه العقود ولا تلتزم بها ،حتى ولو احتوت الإعتمادات المستندية إشارة من أي نوع إلى تلك العقود وعلى ذلك تكون تعهّدات البنوك بالدفع أو القبول ،والدفع أو التداول أو الوفاء بأية إلتزامات تحت الإعتماد المستندي غير خاضعة لأيّة إدعاءات ،أو إحتجاجات من جانب طالبي فتح الإعتمادات نتيجة العلاقة بينهم وبين البنك فاتح الإعتماد أو بينهم و بين المستفيد .

- لا يحقّ للمستفيد بأيّ حال من الأحوال أن ينتفع من العلاقات التعاقدية القائمة بين البنوك أو بين طالبي فتح الإعتمادات و البنوك فاتحة الإعتمادات) .

2.3.1.1.3 - مبدأ المطابقة الظّاهرية للمستندات .

نصّت على هذا المبدأ المواد (04،13،15) من الأصول والأعراف الموحّدة للإعتمادات المستندية وقد جاء في هذه المواد ما يلي:

- في عمليات الإعتمادات المستندية تتعامل كل الأطراف المعنية بالمستندات وليس بالبضائع والخدمات الأخرى التي تتعلّق بها المستندات (المادة04 من الأصول و الأعراف).

- يجب على البنوك أن تفحص جميع المستندات المطلوبة في الإعتماد بعناية كافية للتأكد من أنّها في ظاهرها تطابق أو لاتطابق شروط الإعتماد ونصوصه، وأن المطابقة الظاهريّة للمستندات على شروط ونصوص الإعتمادات سوف تتمّ وفقا للمعايير والقواعد المصرفية الدولية (المادة 13/أ) .

- لاتتحمل البنوك أي إلتزام أو مسؤولية بالنسبة لصيغة المستندات أوكفايتها ،أو دقتها أو أصالتها ،أو تزويرها ،أو النتائج القانونية المترتبة عليها ، ولا تتحمل البنوك أي إلتزام أو مسؤوليّة بالنّسبة للشروط العامة، أو الخاصة الواردة في نص المستندات ،أو المضافة إلى ذلك النّص ولاتتحمل أي إلتزام ،أو مسؤولية بالنسبة لأوصاف البضاعة التي تمثلها المستندات أوكميتها أو وزنها ،أو نوعيتها، أو حالتها، أو تغليفها ،أو تسليمها، أو قيمتها، أو وجودها ، ولا بالنسبة لحسن نية الشّاحن أوالناقل، أو وسيلة الشّحن، أو المرسل إليه البضاعة ، أو المؤمن على البضاعة، أو أي شخص آخركائنا من كان ،أو تصرفاته، أو إهماله أوملاءته المالية، أو الإنجازية أو مكانته (المادة 15 من الأصول و الأعراف) .

يتّضح من هذه النّصوص أنّ البنك يلتزم بفحص المستندات التي يقوم بتقديمها البائع (المستفيد) وتدقيقها ، فإذا كانت تبدو في ظاهرها مطابقة لشروط الإعتماد كان البنك ملزما بالوفاء ، أمّا إذا كانت لا تبدو في ظاهرها مطابقة لشروط الإعتماد فإنّ البنك غير ملزم بالوفاء علما بأنّ البنك لا يتحمل أي مسؤولية عن الشكل، أو الكفاية أو الدقة ،أوالصحة ،أو الزيف أو الأثر القانوني لأي مستند إذا بذل العناية المعقولة في التأكّد من صحّته.

ومبدأ المطابقة الظاهرية يحقّق فوائد كثيرة من أهمّها :

- أنه يفعل مبدأ الإستقلال ويجعل تطبيقه ممكن عمليا .

- أنه يحمي البنك ويجعله أكثر اطمئنانا على حقه بإسترداده ما دفع .

- أنه يمكن البنك من إتّخاذ قراره بمطابقة، أو عدم مطابقة المستندات بسرعة وبنفقات إدارية قليلة .(134)[11].

2.1.3 - العلاقات التعاقدية في عملية الإعتماد المستندي .

إنّ إبرام عقد الإعتماد المستندي تنشأ عنه عدّة علاقات بين أطرافه المبيّنة أعلاه ، لذا خصّصنا هذا المطلب لتبيان هذه العلاقات وذلك خلال أربعة فروع :

1.2.1.3 - العلاقة بين العميل والمستفيد .

تخضع العلاقة بين العميل والمستفيد للعقد المبرم بينهما، بمعنى وجوب إلتزام كلّ منهما بالوفاء بما يلتزم به من شروط في العقد ، حيث لا يجوز لأيّ منهما الإخلال بهذه الشروط فالعقد شريعة المتعاقدين ، وهذا يعني أن كل من الطرفين قدّر كافة الظّروف المحتملة قبل قبول التّعاقد ، والتّوقيع على العقد ويعتبر العقد بين العميل والمستفيد هو العقد الأساسي الذي تنشأ بقية العقود من أجل تنفيذه [11] (137).

2.2.1.3 - العلاقة بين العميل والبنك المصدر للإعتماد .

تنفيذا لعقد البيع المبرم بين العميل والمستفيد يطلب العميل (المشتري) من البنك الّذي يتعامل معه فاتح الإعتماد المستندي المطلوب ، وطلب العميل يتمّ عادة على نموذج طلب فتح اعتماد معد مسبقا من قبل البنك ، وذلك تفاديا لأي لبس أو خطأ أو نقص في البيانات التي ترد من العميل بما يشكل نقصا في أحد أركان الإعتماد ولذلك تعمل البنوك على أن يشمل الطلب كافة البيانات والشروط اللازمة لتنفيذ الإعتماد ، بحيث يقتصر الأمر على قراءة العميل للإستمارة وملء الخانات اللازمة أو حذف البيانات غير المطلوبة قبل تزويدها بتوقيعه ويعتبر طلب فتح الإعتماد بمثابة العقد بين البنك والعميل ، وتعمد البنوك أن تطلب من عملائها أن تكون البيانات الواردة بالطلب مختصرة ما أمكن وإنّما مع التحديد الواضح نظرا لأنّ الإعتماد هو أداة تمويل وليس وسيلة للتحقّق من البضاعة المشحونة بموجبه [11] (139)

3.2.1.3 - العلاقة بين المستفيد والبنك المصدر للإعتماد .

يعتبر خطاب الإعتماد الذي يرسله البنك للمستفيد تنفيذا لعقد الإعتماد الأساس القانوني للحقوق والإلتزامات التي تحكم العلاقة بين البنك والمستفيد ، ولا يتمتّع المستفيد بأيّة حقوق ضدّ البنك إلاّ بعد تمام صدور هذا الخطاب ووصوله إلى علمه [11] (143).

4.2.1.3 - البنوك الوسيطة .

يشترك في تنفيذ الإعتماد المستندي بالإضافة إلى البنك المصدر للإعتماد بنوك وسيطة ومن أهمّ أنواعها البنك المبلغ ،والبنك المعزز، والبنك المسمى ، والبنك المخول بالتداول ولعل مايهمّنا في البنوك الوسيطة هوعلاقتها بأطراف عملية الإعتماد المستندي (العميل والمستفيد والبنك المصدر للإعتماد).

1.4.2.1.3- العلاقة بين البنوك الوسيطة والعميل .

القاعدة أنّه لا يوجد علاقة تعاقديّة بين البنوك الوسيطة والعميل، لذلك فإن مسؤولية العميل أمام البنوك الوسيطة هي مسؤولية غير عقدية ، إلاّ أنّه يجوز للبنوك الوسطية في حالات إستثنائية أن ترجع على العميل على أساس الفعل النّافع (نظرية الإثراء بلا سبب) كما يمكن للعميل في حالات معينة أن يطالب بالتعويض من البنوك الوسيطة على أساس المسؤولية التقصيرية .

2.4.2.1.3 - العلاقة بين المستفيد والبنوك الوسيطة .

تختلف مسؤولية البنوك الوسيطة في مواجهة المستفيد من بنك لآخر، فبالنّسبة للبنك المعزز فإنّ مسؤوليته في مواجهة المستفيد تخضع لنفس القواعد التي تنظم علاقة المستفيد بالبنك المصدر، أما بالنّسبة للبنك المبلّغ فإن مسؤوليّته تقتصر على التأكّد من صحّة الإعتماد الذي يبلغه وعدم تزويره دون أن يكون ملزما بالوفاء ، كذلك الأمر بالنّسبة للبنك المسمّى فإنه لا يكون مسؤولا عن دفع قيمة الإعتماد للمستفيد الذي لا تربطه به أي علاقة تعاقديّة ، أمّا بالنّسبة للبنك المخوّل بالتّداول فلا يثير أي مشكلة لأن علاقته مع المستفيد تبدأ بعد تداول المستندات ، حيث تخضع هذه العلاقة لأحكام الفوارق التجارية .

3.4.2.1.3- علاقة البنك المصدر والبنوك الوسيطة .

بالنّسبة للبنك المعزّز والمبلّغ والمسمّى ، فإن العلاقة بينهما وبين البنك المصدر للإعتماد هي علاقة وكالة وفقا للرّأي الراجح بالفقه ، أمّا بالنسبة للبنك المتداول فإنّ العلاقة بينه وبين البنك المصدر تتحدد بموجب شروط الإعتماد وفقا للرّأي الراجح ، هذا وينتهي

الإعتماد المستندي بانتهاء مدته المحدّدة في الخطاب وتسليم المستفيد المستندات إلى البنك ووفاء البنك بقيمة الإعتماد إليه وكذلك يرد المستندات إلى العميل.[11] (145.144).

3.1.3 - أنواع الإعتماد المستندي .

هناك أنواع عديدة للإعتماد المستندي نذكرها باختصار:

1.3.1.3- من حيث الإلتزام .

تنصّ عليها المادة 06 من الأصول والأعراف الموحّدة للإعتمادات المستندية :

1.1.3.1.3 - الإعتماد المستندي الغير قطعي (القابل للإلغاء) Révocable

وهو الإعتماد الذي يمكن تعديله أو إلغاؤه من قبل المصرف المصدر في أيّ لحظة دون إشعار المستفيد بذلك ، و يتعيّن على المصرف المصدر حال إلغاء الإعتماد أو تعديله أن يبلّغ هذا الأمر للمصارف الوسيطة حتى لا يضطرّ إلى قبول جميع الدّفعات التي تمّت بعد إلغاء الإعتماد نتيجة عدم علمهم بالإلغاء أو التعديل . وهو نادر الإستعمال .

يتّضح من هذا التعريف أن الإعتماد غير القطعي خطر نوعا ما على مصالح كل من العميل الآمر و المستفيد و حتّى المصرف المصدر.(لقد تم إلغاء هذا النوع من الإعتماد بموجب تعديل القواعد الموحدة سنة 2006.

2.1.3.1.3 - الإعتماد المستندي القطعي (الغير قابل للإلغاء) Irrévocable .

يمكن تعريف الإعتماد القطعي بأنّه (تعهّد بات من قبل المصرف المصدر بأن يدفع أو يقبل اسناد السحب المسحوبة عليه عند تقديم المستندات المستوفية لشروط الإعتماد ، وهذا التعهّد البات لا يمكن تعديله أو إلغاؤه إلاّ بموافقة جميع الأطراف المعنية بعقد الإعتماد ، و بمجرد تقديم البائع المستندات المطلوبة فإنّه يجب على المصرف أن يدفع له قيمة الإعتماد حتى و إن أصدر المشتري تعليماته للمصرف بعدم الوفاء . و يبقى هذا النّوع من الإعتمادات ملزما لأطرافه – خاصّة المصرف المصدر – طيلة مدة عقد الإعتماد ، لذا ينبغي على الأطراف القيام بتحديد مدة صلاحيته ، و الإعتماد القطعي بحكم طبيعته و قوته و إستيثاق المستفيد من حصوله على حقّه يعدّ من أعلى مراتب الإعتمادات .

ويمكن القول بأنّ الإعتماد القطعي أقوى كثيرا من الإعتماد غير القطعي ، و هذا ما يفسّر كثرة القواعد التي حوتها النّشرة 500 بشأنه ، حيث أنشأت المادة (06/ج) قرينة قانونية قاطعة مفادها: أنّه إذا لم يبين شكل الإعتماد فإنه يعتبر قطعيا غير قابل للإلغاء. [33](29.28.27).

3.1.3.1.3 - الإعتماد المستندي المؤيد Confirmed credit .

والذي يعتبر من الآليات شائعة الإستعمال. وهو عبارة عن إعتماد تم فتحه أصلا من قبل البنك المصدر لصالح المستفيد ، و لكن بنكا آخر في بلد المستفيد عادة قام بإضافة تعهّده عليه، بحيث أصبح إلتزام هذا البنك تجاه المستفيد إلتزاما نهائيّا غير قابل للرّجوع فيه ، لأنّ التّأييد عادة يكون في حالة كون الإعتماد الذي أصدره البنك المصدر إعتمادا قطعيا غير قابل للنقض ، و بالتالي فإن البنك المؤيد يعتبر ملتزما تجاه المستفيد بقيمة الإعتماد بمجرّد تقديم الأخير المستندات المطابقة لشروط و بنود الإعتماد . و هذا الإلتزام يكون نهائيا حتى لو تعذّر رجوع البنك المؤيّد على البنك المنشىء لأسباب إقتصادية ،أو نقدية ،أوسياسية . [34](49.48)

وما دام التّأييد يعني إلتزاما نهائيا و مستقلا من قبل البنك اتّجاه المستفيد ، فإن التأييد لا يردّ إلاّ على إعتماد قطعي . إلا أن هناك من يرى أنّه لا يوجد ما يمنع من تأييد الإعتماد القابل للإلغاء و يكون إلتزام البنك في هذه الحالة مردّه إلى فكرة الإلتزام الطبيعي .

2.3.1.3 - من حيث الإستعمال .

1.2.3.1.3- اعتمادات مستندية للإستيراد .

2.2.3.1.3- اعتمادات مستندية للتصدير .

3.3.1.3 - من حيث الدفع .

1.3.3.1.3 - اعتماد بالإطلاع .

وهو الذي يتم دفع قيمة الإعتماد بالطلاع مقابل المستندات التي إشترطها الإعتماد .

2.3.3.1.3 - اعتماد سحب زمني .

وهو الذي يتم بموجبه الدفع مقابل سحب زمني يستحق في وقت لاحق محدد بالإعتماد .

3.3.3.1.3 - اعتماد الدفع المؤجل .

وهو الإعتماد الذي يتم بموجبه دفع قيمة المستندات المطابقة لشروط الإعتماد بعد مدة معينة يتفق عليها المستورد والبائع .

4.3.3.1.3 - الإعتماد القابل للتحويل .

وهو الإعتماد الذي يخول المستفيد بتحويل الإعتماد كليا أو جزئيا لمستفيد آخر.

5.3.3.1.3 - اعتماد الشرط الأحمر .

وسمي بهذا الاسم لأن شرط الدفعة ،أو الدّفعات يكتب بالحبر الأحمر للفت النّظر إلى طبيعة الإعتماد وأهميّة هذا النّوع من الإعتمادات ،أن المستفيد يستطيع أن يحصل على قيمة الإعتماد أو جزء منه بالقيمة المعادلة بالعملة المحلية بضمانة الإعتماد حيث توضع في حسابه بالسعر التقريبي وليس بالسعر الرسمي بناءا على رغبة المستورد و بدون أي إلتزام على البنك فاتح الإعتماد .

6.3.3.1.3 - الإعتماد المنتوج بضمانة إعتماد وارد لصالح طالب فتح الإعتماد .

ويسمى بالإعتماد الظهير وهنا يقوم المستفيد من الإعتماد برهن الإعتماد الوارد لصالحه لدى البنك الذي يتعامل معه ، كضمانة لإصدار إعتماد جديد ومستقل لصالحه يتضمن نفس الأحكام والشروط باستثناء تاريخي الشحن والإستحقاق ، وقيمة الإعتماد .

7.3.3.1.3 - الإعتماد الدوار .

وبموجب هذا النوع من الإعتمادات وحسب شروطه وأحكامه فإن قيمته ومدّته تتجدّد تلقائيا دون الحاجة لإجراء أي تعديل أو تمديد الإعتماد ، ويمكن تدويره إمّا بالقيمة ، أو المدة أو الإثنين معا .

4.3.1.3 - من حيث العلاقة في التعامل مع البنوك الإسلامية .

1.4.3.1.3- اعتماد التمويل الذاتي .

وهو الإعتماد الذي يتم فيه قيد قيمة التأمينات النقدية والعمولات وكافة المصاريف وقيمة المستندات وقسط بوليصة التأمين على حساب المتعامل ،وهنا يكون دور البنوك الإسلامية كدور البنوك التجاريّة الأخرى أي بمثابة الوسيط ، والفرق يكمن فقط أنّ البنوك التجارية تقوم باقتطاع فائدة تأخير وتغطية من المتعاملين خلافا لما هو معمول به في البنوك الإسلامية والتي تعمل على أسس وقواعد بعيدة عن نظام الفائدة ، إذن مسؤولية البنك هنا مقصورة فقط على توفير مستندات مطابقة للشّروط والبنك هنا يتعامل بالمستندات، وليس بالبضائع كحال البنوك التجارية الأخرى .

2.4.3.1.3 - إعتمادات التمويل بالمرابحة .

وهذا النوع مستعمل فقط في البنوك الإسلامية ،وبموجبه يتم قيد قيمة التأمينات النقدية والمستندات الواردة ،وقسط بوليصة التأمين المدفوع لشركة التأمين على حساب المتعاملين بالمرابحة بينما يتم قيد قيمة العمولات وأجور البريد والتلكس على حسابات المتعاملين الجارية والمسؤولية هنا تتعدى المستندات إلى البضاعة فالبنوك الإسلامية تكون معنية بالبضاعة وعليها مسؤولية سلامة وصحة البضائع المستوردة فهي تعتبر بمثابة المشتري الأول للبضاعة لذا يترتب عليها مخاطر متعددة لاسيما إذا رفض المتعامل المستندات، أو البضائع لسبب من الأسباب .

5.3.1.3 - اعتماد الضمان .

هو الإعتماد الذي يصدره بنك فاتح الإعتماد بناءا على طلب عميله فيتعهد بموجبه بالدفع إلى المستفيد إذا قام بتقديم مستندات تضمنت في إحداها إشارة تفيد عدم إلتزام فاتح الإعتماد بشروط الإعتماد ، ويخضع هذا النوع من الإعتماد للقواعد الموحدة لإعتمادات الضمان لعام 1998 بعدما كان خاضعا للأصول ، والأعراف الدولية الموحدة للإعتمادات المستندية الصادرة عن الغرفة التجارية الدولية[38] (21 وما يليها) .

4.1.3 - خصائص الإعتماد المستندي .

يتضح من تصوير عملية الإعتماد المستندي أنّها تتميّز بخاصيتين جوهريتين سنتناولها من خلال فرعين :

1.4.1.3- الإئتمان والضمان في الإعتماد المستندي .

يقدم البنك إئتمانه إلى المشتري ذلك أنّه يوفي بقيمة الإعتماد إلى البائع ،أو إلى البنك الذي قام بخصم الكمبيالات المستندية قبل أن يوفي المشتري بمبلغ الإعتماد ، بل إن الإعتماد مقرر من لحظة تلقي البنك أمر المشتري بفتحه فكأن البنك خصّص قيمته لتنفيذ العملية منذ هذه اللحظة .

ويوفر الإعتماد المستندي الأمان اللاّزم لكلا الطرفين فيما يتعلق بتنفيذ العقد المبرم بينهما وذلك أن ثقل البنك وإلتزامه بصفة شخصية في مواجهة البائع يجعله آمنا الحصول على ثمن بيع البضاعة كما أنّ المشتري يطمئن إلى عدم قيام البنك بهذا الثمن قبل حصوله على المستندات المطلوبة والتأكد من مطابقتها للبيانات التي يحددها المشتري للبنك .

2.4.1.3 - الإعتماد المستندي عملية ثلاثية الأطراف .

يتطلب تحقيق عملية الإعتماد ضرورة تدخل 3 أطراف: المشتري الآمر والبنك والبائع المستفيد.

وتربط بين هؤلاء الأطراف الثلاثة علاقات قانونية محددة ، ولكن يلاحظ أن علاقة الآمر بالمستفيد ليست علاقة ناشئة عن عملية الإعتماد المستندي ذاتها وإنما هي علاقة سابقة ومستقلة تنشأ عن عقد البيع المبرم بينهما[15](239) - معناه أن عقد الإعتماد المستندي مستقل عن العقد الذي فتح الإعتماد بسببه ويبقى البنك أجنبيا عن هذا العقد - [27](363)أما علاقة الآمر بالبنك فهي لا تنشأ إلا عن عقد فتح الإعتماد المستندي ذاته، بينما تنشأ علاقة البنك بالمستفيد بتوجيه البنك خطابه إلى البائع ، ولا يتم ذلك بوصفه أثرا من آثار الإعتماد المستندي ومع ذلك لا يمكن إغفال أنّ إتفاق الإعتماد المستندي يتم إبرامه بمناسبة عقد البيع كما أنّ توجيه الخطاب إلى البائع أثر من آثار الإعتماد المستندي وعلى ذلك تمتد آثار العملية إلى العلاقات المختلفة التي تربط بين الأطراف.[15] (239).

5.1.3 - الطبيعة القانونية للإعتماد المستندي .

من الواضح أن تفسير إلتزام البنك في مواجهة البائع هو موطن الصعوبة في عملية فتح الإعتماد المستندي ، فهذا الإلتزام مستقل عن البيع وعن فتح الإعتماد السابقين عليه . ثم هو لا يستند إلى أي عقد أو إتّفاق سابق بين البنك وبين البائع المستفيد لذلك تعددت النظريات التي تعرضت لتفسير هذا الإلتزام ، فقد قيل بأنّه كفالة ، وقيل بأنه حوالة حق ، وقيل بالإشتراط لمصلحة الغير ، وبالإنابة و بأن خطاب الإعتماد سند مصرفي ذو طبيعية خاصة ، وبأن البنك يكون في مركز الوكيل بالعمولة الضّامن وقيل بفكرة القبول المصرفي ، وبالإرادة المنفردة وأخيرا بأنه عقد غير مسمى أنشأه العرف التجاري .

ويمكن القول بصفة عامة أن أغلب هذه النظريات يفسر جانبا من جوانب إلتزام البنك دون جانب آخر ، وأغلبها يعجز عن تفسير إلتزام البنك الذي يعتبر نهائيا مستقلا دون حاجة إلى قبول صريح من جانب البائع الأجنبي ، أو عن تفسير إستقلاله التام عن عقد البيع وما نشأ عنه من دفوع خاصة ، أو إستقلاله عن إرادة المشتري العميل الذي لا يستطيع بعد ذلك أن يطلب الإمتناع عن دفع الثمن للبائع لسبب أو لآخر ، أو إستقلاله عن إرادة البنك نفسه الذي لا يستطيع الرجوع في هذا الإلتزام حتى ولو أفلس العميل المشتري أو قام بما يبرر فسخ الإعتماد المفتوح [28] (408).

2.3 - الإلتزامات المترتبة عن عقد الإعتماد المستندي .

متى تم إبرام عقد الإعتماد المستندي ترتبت عليه عدة إلتزامات بالنسبة لأطراف العقد ويكون مصدرها إما العقد ،أو القواعد والعادات الموحدة المتعلقة بالإعتماد المستندي .

لذا خصّصنا هذا المبحث لعرض إلتزامات كل من البنك فاتح الإعتماد وعميله (المشتري) وهذا في مطلبين :

- التزامات العميل في عقد الإعتماد المستندي .

- التزامات البنك في عقد الإعتماد المستندي .

1.2.3 - التزامات العميل في عقد الإعتماد المستندي .

يترتّب على العميل عدّة إلتزامات في عقد الإعتماد المستندي سنبينها فيما يلي :

1.1.2.3 - تقديم الضمان الذي يطلبه البنك كغطاء بقيمة الإعتماد الذي فتحه .

2.1.2.3 - تقديم المعلومات المتعلقة بالإعتماد.

من حيث نوعه و قيمته بالأرقام والحروف وإسم المستفيد وعنوانه ، وتاريخ إنتهائه وبيان نوع وكمية البضاعة باللغة الأجنبية ضمانا لعدم حدوث أي إختلاف في الترجمة ، ونقل تعليمات العميل بالكامل ، كذلك يجب تقديمها وأية شروط أخرى يراها ضرورية ، وكذلك إستمارة طلب فتح الإعتماد بتوقيع العميل وقبوله الشروط والأحكام المطبوعة على خلف الإستمارة .

3.1.2.3 - دفع العمولة المتّفق عليها للبنك مقابل فتح الإعتماد .

4.1.2.3 - تسلّم المستندات من البنك ودفع قيمتها إذا كانت مطابقة لشروط الإعتماد.

5.1.2.3 - تعويض البنك عن المصاريف التي تكبّدها من أجل تنفيذ الإعتماد .

6.1.2.3 - يلتزم العميل بجميع النتائج القانونية التي تترتب على التعليمات التي وجهّها للبنك وتم الإتفاق عليها في عقد الإعتماد.

فلا يجوزله أن يرجع عنها أو يعدلها بإرادته المنفردة ، ماعدا حالة الإعتماد القابل للنقض شريطة أن يتّم تعديل التعليمات في الحالة الأخيرة قبل تنفيذ البنك فاتح الإعتماد أو البنك الوسيط لإلتزاماته نحو المستفيد .

ويجب ملاحظة أن التعليمات الواردة في طلب فتح الإعتماد تحدّد حقوق الأطراف والتزاماتهم بصورة عامة ، مثل شروط إعفاء البنك من المسؤولية عن الأضرار التي قد تلحق بالعميل نتيجة لتصرفات البنوك الوسيطة ، أوتلف ،أو فقدان المستندات أثناء إرسالها بالبريد وغير ذلك من الشروط[13](475) .

2.2.3 - التزامات البنك في عقد الإعتماد المستندي .

مثله مثل العميل تترتّب على البنك عدة إلتزامات كذلك ، و نظرا للدّور الهام الذي يلعبه البنك في عقد الإعتماد المستندي إرتأينا التطرّق لهذه الإلتزامات من خلال هذا المطلب ، كذلك لتسهيل معرفة الحالات التي يكون فيها البنك مسؤولا اتجاه عملائه ، وهذه الإلتزامات هي كالتالي :

1.2.2.3- التزام البنك بإعلام العميل بمتطلبات فتح الإعتماد .

إن خبرة المصارف في مجال الإعتماد المستندي تفوق كثيرا خبرة أيّ تاجر يرغب دفع ثمن بضاعته عن طريقه ، و قلّما نجد مصرفا لا يحوي قسما خاصا بالإعتمادات المستندية يشرف على إعداد نماذج طلب فتح الإعتماد .

أمام هذه الخبرة الواسعة التي تضطلع بها المصارف يتعين على المصرف إعلام العميل الآمر من ناحية ، و من ناحية أخرى فإن طلب فتح الإعتماد يحدّد إلتزامات المصرف و يهم المصرف أن تكون إلتزاماته واضحة و محدّدة و لا يمكن الوصول إلى هذه الغاية إلا إذا كانت تعليمات فتح الإعتماد مكتملة و دقيقة تجنبا للّبس و سوء الفهم ، وقد نصت النشرة 500 في المادة (5/أ) على أنه:(...ينبغي على المصارف أن لا تشجع أي محاولة لتضمين الإعتماد تفاصيل مبالغ فيها ...).هذا فضلا عن أن المصرف يعفى من المسؤولية في حال بذله العناية المعقولة في جعل العميل الآمر بعيدا عن الغموض ، و خير وسيلة للإعفاء من المسؤولية العقدية أن يزود المصرف عميله الآمر بمتطلبات فتح الإعتماد مراعيا بذلك الوضوح، و البعد عن التناقض، و اللبس فيها ما أمكن .

لم تبين النشرة 500 – صراحة – البيانات التي يجب ذكرها في طلب فتح الإعتماد[33](38 وما يليها) ، في حين أن إتفاقية الأمم المتحدة isp 98 قد حددت بعضها و عند الرّجوع إلى عدد من الطلبات النموذجية يمكننا القول أنّ متطلبات فتح الإعتماد هي على النّحو التالي :

- تاريخ تقديم طلب فتح الإعتماد .

- مصدر الإعتماد ، يكون في الغالب مصرفا ، و لكن في بعض القوانين خاصة القانون التجاري الأمريكي الموحد يمكن أن يكون شخصا غيره .

- طالب فتح الإعتماد ، و هو في الغالب ما يكون العميل الآمر الذي قدم طلب فتح الإعتماد على مسؤوليته الشخصية .

- المستفيد و محل إقامته ، وهو الشخص المخول بسحب قيمة الإعتماد من المصرف .

- نوع الإعتماد و قيمته و نوع العملة .

- المستندات ، فينبغي أن يتم تحديد نوع المستندات و عددها في طلب فتح الإعتماد.[33](38 و ما يليها)

2.2.2.3 - التزام البنك بفتح الإعتماد وإخطار البائع به .

حيث يلتزم البنك بأن يفتح لصالح البائع إعتمادا وفقا للشّروط المتّفق عليها بين البنك والمشتري ، وعلى البنك أن يخطر البائع - بخطاب يسمى خطاب الإعتماد - بأنه فتح إعتمادا لصالحه بشروط معينة ويتعهّد فيه بالوفاء[13](475) وعلى البنك أن يبادر بإرسال خطاب الإعتماد بأسرع ما يمكن وفي أقرب وقت من تاريخ نشأة إلتزامه أمام المشتري - أي تاريخ فتح الإعتماد - هذا إذا لم يرد تحديد في عقد الإعتماد لموعد إرسال الخطاب، حتى يتسنىّ للبائع البدء في تنفيذ إلتزاماته لأنّه لا يلتزم بإتخاذ أي إجراء في سبيل هذا التنفيذ إلاّ إذا أخطر بفتح الإعتماد لصالحه ، ويتّفق الشراح على هذه القاعدة في مختلف الدول ويتم الإبلاغ بخطاب، أو برقية أو تلكس بحسب ما يطلب العميل في عقد الإعتماد فإن لم يتّفق على أسلوب معين وجب على البنك اتّباع ما يجري به العمل بينه وبين عميله إذا كانت هناك حركة عمل بينهما ، أو ما جرى به العرف.[39] (68.67)

وتنص المادة 16 من القواعد الموحدة أنه إذا إستعان البنك فاتح الإعتماد ببنك آخر في بلد البائع (البنك المبلغ) ،أنّه يجب على البنك المصدر أن يرسل وثيقة الإعتماد ،أو التّعديل ذات الفاعلية إلى البنك المبلغ دون تأخير[39](91).

3.2.2.3 - التزام البنك بإخطار العميل بما لديه من معلومات عن المستفيد .

فعلى البنك أن يطلع عميله الآمر على المعلومات التّي تتوافر لديه عن البائع المستفيد قبل أو أثناء إبرام عقد الإعتماد ، كما يلتزم بأن يطلعه على ما يحصل عليه من معلومات بعد فتح الإعتماد سواء حصل على هذه المعلومات مباشرة من أحد فروعه في بلد المستفيد أو من البنوك الأخرى الوطنية والأجنبية أو من البنك الوسيط الذي كلّفه بتنفيذ الإعتماد ، كما يلتزم بعدم تقديم أية معلومات خاطئة لعميله عن البائع المستفيد ، قد تؤثر في إبرام ، أو أسلوب تنفيذ عقد الإعتماد وبالتالي عقد البيع ، ولكن هذا الإلتزام لا يجوز أن يمتدّ ليشمل إطلاع البنك عميله على المراسلات التي ترده عن المستفيد إذا كانت سرية وكان المستفيد نفسه عميلا له أيضا ، بل يكتفي من البنك بإطلاع العميل على مضمونها بشكل عام شفاهة أو كتابة ، ولا يلتزم البنك ببذل جهد خاص للحصول على المعلومات وتحمل نفقاتها إلا إذا نصّ عقد الإعتماد صراحة على ذلك وحصل البنك على تعويض مناسب لقاء هذه الخدمات[37](93)

4.2.2.3 - التزام البنك بتنفيذ تعليمات العميل الخاصة بفتح الإعتماد بكل دقة وسرعة وأمان[40](26).

فيلتزم البنك وفقا للقواعد القانونية المستقرة التي تسود الإعتمادات المستندية بأن ينفذ التزاماته بدقة، وأن يتقيد حرفيا بالشروط التي نصّ عليها عقد الإعتماد المبرم بين المشتري الآمر والبنك المنشيء، أو التي تضمنتها التعليمات التي يتلقاها البنك الوسيط من البنك فاتح الإعتماد ، ويطلق الكتاب عادة على هذا الإلتزام إسم (قاعدة الإلتزام الحرفي) ، فلا يجوز للبنك ، وفقا لهذه القاعدة المستقرة تفسير الشروط التي نص عليها الإعتماد أو التي تضمنتها تعليمات البنك المنشيء للبنك الوسيط بتبليغ الإعتماد وتنفيذه وفقا لمشيئته إذا كانت عباراتها واضحة لا تحتمل التّأويل والتفسير، كما لا يجوز له مخالفة بعض هذه الشّروط بحجة مخالفتها للعرف التجاري ،أو لعدم أهميتها بالنسبة للآمر المشتري[37](99).

5.2.2.3 - التـزام البنـك بفحـص مسـتندات الشـحن بكـل دقـة وبمـا يحفـظ حقـوق عملائه[40](26).

وفـي هذا الصـدد تقضـي المـادة 15 من القواعد الموحّدة لعام 1983 بأنـه علـى البنك الإلتزام بفحص المستندات بمعيار الرجل الحريص ، و وفقا للمادة 07 من القواعد الموحدة لعام 1974 والمادة 15 من قواعد عام 1983 يلتزم البنك بفحص المستندات بعناية معقولة ليتأكّد أنّهـا هـي ظاهرهـا تطـابق المسـتندات المطلوبـة[17](114) أمـا التحقـق مـن مطابقـة البضاعة ذاتها للمستندات التي تمثلها فيخرج من نطاق إلتزام البنك [13](477)، فالبنك لا يلزم بالتأكّد من تنفيذ المستفيد لإلتزامه في مواجهة العميل كما تنص الفقرة الثالثة من ذات المادة من القواعد الموحدة على أنّ للبنك فحص المستندات في مدة معقولـة[17](114)، وتـنص المـادة 13 من القواعد الموحّدة أنّه على البنك أن يقرر خلال مهلة لا تتعدّى 7 أيام عمل لدى البنـوك تبـدأ مـن اليـوم التـالي لإسـتلام مسـتندات الشّـحن مـا إذا كـان سـيقبل هـذه المسـتندات أم سيرفضها[40](27.26) وتنص المادة 6/15 من القواعد الموحّدة أنّـه إذا قرّر البنك رفض المستندات فعليه إخطار المستفيد [17](117) .

6.2.2.3 - التزام البنك بتسليم المستندات للمشتري الآمر .

يلتزم البنك بإخطار المشتري بتسلّمه للمستندات فور قبوله لها، وأنّ يمكّنه من الإطّلاع عليها للتأكّد من مطابقتها لكل من عقدي البيع والإعتماد ، و ذلك لكي يحفظ حقه نحو البائع في حالة عدم مطابقتها لشروط عقد البيع ، لكي يقرر قبولها، أو رفضها وفقا لمطابقتها، أو عدم مطابقتها لشروط عقد الإعتماد، ويجب على البنك أن يمكّن المشتري من الإطّلاع على المستندات فور تسلّمه لها ، أو خلال وقت معقول من تسلمه وقبل وصول البضاعة ، ويعود تقدير هذا الزمن المعقول لمحكمة الموضوع باعتباره قضية وقائع تختلف وفقا لظروف كل قضية .

ويلتزم البنك ، إذا لم يتمكن من عرض المستندات على المشتري لفحصها قبل وصول البضاعة لسبب مشروع ، أن يتسلم البضاعة من النّاقل وأن يتخذ جميع الإجراءات الضرورية للمحافظة عليها، كأن يؤمّن على البضاعة من السرقة ،أو الضياع ،أو الحريق إذا كانت العادات التجارية ،أو المصرفية تقضي بذلك . ويلتزم المشتري بتعويض البنك ما تحمله من نفقات ومصاريف[37](131).

3.3 - حالات مسؤولية البنك في عقد الإعتماد المستندي . والإستثناءات الواردة عليها.

إنّ المسؤولية العقدية هي إخلال أحد أطراف العقد بالإلتزامات الملقاة على عاتقة. وبعدما تطّرقنا لإلتزامات البنك ، سنبرز من خلال هذا المبحث أهم الحالات التي يكون البنك فيها مسؤولا اتجاه عملائه والإستثناءات التي ترد عليها .

- حالات مسؤولية البنك في عقد الإعتماد المستندي .

- الإستثناءات الواردة على مسؤولية البنك في عقد الإعتماد المستندي .

1.3.3 - حالات مسؤولية البنك في عقد الإعتماد المستندي .

لقد أوردت القواعد الموحّدة أهم الحالات التي يكون البنك مسؤولا فيها في عقد الإعتماد المستندي ، لذا سنتطرّق لأهمّ هذه الحالات في هذا المطلب :

1.1.3.3- مسؤولية البنك عن مخالفته لشروط عقد الإعتماد .

تنصّ المادة 16 فقرة هـ من القواعد الموحّدة على أنّه : " تكون البنوك مسؤولة عن أية نتائج تنجم عن إخفاقها إتبّاع الإجراءات المنصوص عليها في الفقرات السابقة"، كما تنص كذلك المادة 20 فقرة أ، أن البنوك التي تسفيد من خدمات بنك آخر أو بنوك أخرى من أجل تنفيذ تعليمات طالب فتح الإعتماد إنما تقوم بذلك لحساب وعلى مسؤولية هذا الأخير"[39] (94.93).

فلا يجوز للبنك أن يغفل، أو يعدّل أي شرط من شروط الإعتماد ، و ليس له أن يقرّر بإرادته المنفردة أهمية أي شرط منها وإلاّ تعرّض إلى الحكم عليه بالتعويض عن الضرر الذي يلحق بالمشتري نتيجة ذلك ، فلو تأخّر البنك بفتح الإعتماد عن الموعد الذي نص عليه العقد أو فتح الإعتماد لمبلغ أقل مما تم الإتفاق عليه في عقد الإعتماد ، إذ في كلتا الحالتين يصبح من حق البائع أن يفسخ العقد و يرجع على المشتري بالتعويض ، ويتحمّل البنك جميع الأضرار التي تلحق بالمشتري نتيجة لخطئه في تنفيذ عقد الإعتماد .

كذلك إذا حدّد البنك فترة صلاحية الإعتماد أقلّ من المدّة المتّفق عليها في عقد الإعتماد ورفض البنك بالتّالي المستندات التي تقدم بها البائع بعد إنتهاء فترة صلاحية الإعتماد، وقبل إنتهاء الفترة المحددة لشحن البضاعة ، تعرض المشتري للمسؤولية لإخلاله بإلتزامه بفتح الإعتماد بشكل يتّفق وشروط عقد البيع، ويجوز للمشتري نتيجة ذلك أن يرجع على البنك بالتعويض وهو يشمل ما لحقه من خسارة نتيجة لضياع الصفقة ، وتقدّر هذه الخسارة بالفارق بين ثمن البضاعة في ميناء الوصول والثمن الذي نصّ عليه عقد البيع ، كما يعقد البنك حقّه بالعمولة المترتّبة على فتح الإعتماد الذي لم يتمّ تنفيذه ويلتزم برد هذه العمولة إذا قبضها مقدما[37] . (91.90)

كذلك الحال في حالة ما إذا قام البنك بإخطار البائع بالإعتماد متأخّرا بحيث لا تكفيه الفترة الواقعة من تاريخ علمه بوجود إعتماد مفتوح لصالحه حتى نهاية الإعتماد لتنفيذ ما يفرضه عليه البيع، أو إصدار الإعتماد بشروط أضيق مما كان متفق عليه في عقد البيع ، وبناءا عليه قرّر

البائع مقاضاة المشتري بالتّعويض ، فإنّه يكون للمشتري أن يقاضي البنك على أساس إخلاله بشروط عقد الإعتماد المبرم بينهما ، وهذه نتيجة طبيعية متوقّعة الحدوث ، فلن يقف البائع مكتوف الأيدي أمام إنهيار مصالحه ولن يتحمل المشتري تعويضا تسبّب فيه غيره ، ولذا له أن يرفع دعوى تعويض على البنك ، ويعتبر التعويض هنا حسب ما لحق المشتري من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية لإخلال البنك المدين بإلتزامه ،ولم يكن في إستطاعة المشتري الدائن أن يتوخاه ببذل جهد معقول ، كما له أن يطلب الحكم عليه بإجباره على التنفيذ العيني للإعتماد إذا كانت له مصلحة فيه ، ولكن نظرا لإحتمال لجوء البائع إلى فسخ البيع خلال إنتظار المشتري الفصل في الدعوى المرفوعة على البنك ، فما يحدث عملا هو أن يبادر المشتري عندما يعذره البائع بتصحيح الإعتماد بإعذار البنك ،ومطالبته بإتخاذ اللازم طبقا لشروط العقد المبرم بينهما ، ويقوم في الوقت نفسه بفتح إعتماد آخر مطابق لما يريد لدى بنك آخر ويكون له أن يطالب القضاء بفسخ عقد الإعتماد الأول ،وتعويضه عن مصروفات الإعتماد الثاني.

أما إذا كانت الشروط المقررة للإستفادة من الإعتماد أكثر سخاءا للمستفيد ،كما لو جعل البنك الإعتماد صالحا لمدة أطول، أو فتحه بقيمة أكبر ،أو تطلب تقديم مستندات أقل عددا أو متضمنة بيانات أقل ، فإنّ البنك يلتزم بهذه الشروط أمام المستفيد الذي يكون من حقّه أن يتمسّك بعبارات الخطاب المرسل إليه وليس بوسع البنك أن يعدلها كي تطابق التعليمات ، ما لم يتراض مع المستفيد على التّصحيح ، وهو ما يؤدّي به إلى إضطراره إلى قبول ما يقدم إليه من مستندات بالمخالفة لما طلبه العميل، ويواجه برفضه إياها، ولا سبيل للبنك لإجباره على قبولها طالما لم تكن مطابقة لما طلبه ، وتكون النتيجة أن تبقى المستندات في يد البنك ،وأن يمتلك هو البضاعة التي تمثّلها كما يمتنع عليه الرجوع على المشتري لتعويضه عما دفعه من العمولات والمصاريف بل يكون للعميل دعوى تعويض من قبل البنك الذي أساء تنفيذ إلتزامه إن كان ثمّة ضرر قد لحقه من جراء ذلك .

ولم يحكم على البنك إلا إذا ثبت عليه خطأ فيما أصاب المشترى من ضرر، مع ملاحظة أن الأخطاء التى يقع فيها البنك نتيجة عدم دقة تعليمات الآمر يتحمّل هذا الأخير نتائجها ، هذا ما نصت عليه المادة 22 فقرة أ/ب والمادة 23 من القواعد الموحّدة.[39] (97.95).

2.1.3.3- مسؤولية بنك المشترى عن خطأ البنك المراسل في تنفيذ الإعتماد .

يظل بنك المشترى مسؤولا عن تصرفات البنك المراسل في الحالات التى يقوم هو فيها بفتح الإعتماد، ويستعين بالبنك المراسل في تبليغه للمستفيد ،أو تنفيذه أما إذا إقتصر دور بنك المشترى على مجرد الوكالة في التعاقد مع البنك المراسل لفتح الإعتماد ، فيكون المسؤول الوحيد أمام المشترى عن تنفيد الإعتماد هو المراسل الفاتح لأنّ العمليّة كلّها تتمّ بينه وبين المشترى ، أما بنك المشترى فلا يسأل عن تصرفات المراسل الفاتح طالما لم يخطىء أو يهمل في نقل تعليمات المشترى إليه ، ولايتغيّر الحكم إذا كان العميل قد طلب من بنكه أن يسعى لدى المراسل بأن يؤيد الإعتماد الذى فتحه هو .

وتقضي المادة 20/أ من الأصول الموحّدة أن البنوك التى تستفيد من خدمات بنك آخر أو بنوك أخرى من أجل تنفيذ تعليمات طالب فتح الإعتماد إنما تقوم بذلك لحساب وعلى مسؤولية هذا الأخير.

وترتيبا على ماتقدم ، يكون بنك المشترى المسؤول إذا كان خطأ المراسل في تنفيذ الإعتماد مترتبا على خطأ سابق منه هو ، بأن يكون قبول المراسل لمستندات غير مطابقة راجعا إلى عدم دقّة بنك المشترى في نقل تعليمات المشترى إليه، أو تراخيه في إبلاغه التعديلات التى أدخلت على الإعتماد كذلك يسأل بنك المشترى إذا كان قبول المراسل المستندات مخالفة راجعا إلى غموض التعليمات التى تلقّاها منه. فقد تقرّر في إحدى القضايا أنّه عندما يعطي موكل أو أصل تعليمات يمكن تفسيرها تفسيرا معقولا بأكثر من معنى ، فلا يعتبر الوكيل أنّه قد تعدى حدود ما كلف به إذا تصرف حسب ما نعتقده بصدق أنه موافق لقصد الأصيل [39] (434.433).

3.1.3.3 - مسؤولية البنك عن عدم إخطار العميل بما لديه من معلومات عن المستفيد.

إن إخلال البنك بإلتزامه المتمثل في إخطار العميل بما لديه من معلومات عن المستفيد من الإعتماد يعرّض البنك للمساءلة أمام العميل ، ومثال ذلك قضية Midland Bank LTD التي قضى فيها القضاء البريطاني بمسؤولية البنك وحكم بالتّعويض ، وتتلخّص وقائع القضية في الآتي :

تعاقد المدّعى عليه مع شركة يابانية تدعى (Taiyo Trading Co Hong Kong) على شراء كمية من ريش البط ، و أبرم معه تسعة عقود بيع(c & f) في شهري نوفمبر وديسمبر 1952، وإتفّق الطّرفان على أن يتمّ أداء الثّمن بواسطة إعتماد مستندي قطعي يقوم المشتري بفتحه لمصلحة المستفيد ، قام المشتري بفتح هذا الإعتماد لدى البنك المدّعي، وقد نصّ العقد على ما يلي : " يجوز تنفيذ هذا الإعتماد بواسطة كمبيالات مستحقة الدفع بعد 90 يوما من الإطّلاع لقاء تسليم المستندات التالية : سند الشحن ، الفاتورة التجارية ، شهادة الوزن شهادة منشأ من (هونغ كونغ) إضافة إلى شهادة تثبت شحن البضاعة من هونغ كونغ إلى هامبورغ .

طلب المشتري من البنك فاتح الإعتماد (شفاهة) بعض المعلومات من البائع المستفيد بعد إبرام عقد الإعتماد ، فأرسل البنك رسالة إلى البنك الوسيط في هونغ كونغ ,Australia Banking Corp, India, China يطلب فيها منه دراسة عن الوضع العالمي والتجاري للبائع ،فأرسل البنك الوسيط برقية إلى البنك المنشيء بتاريخ 1952/12/09 يخطره فيها بأن خبرة البائع التجارية محدودة جدا ، ووعده بإرسال دراسة مفصلة عن المركز المالي للبائع في المستقبل القريب لعدم توافر المعلومات الضرورية لديه في الوقت الحاضر .

أخطر البنك المنشيء عميل الآمر بمضمون هذه البرقية في 1952/12/15، وأرسل البنك الوسيط برقية ثانية مفصلة إلى البنك المنشيء في 1952/01/05 يؤكد فيها عدم ثقته بالبائع المستفيد ، ويقترح فيها بأن يتمّ الإتفاق مع البائع على تقديم شهادة رسمية بجودة البضاعة محل العقد وبأنّها فعلا من النوع و الصّنف الذي نص عليه البيع ، وأن يتمّ شحن البضاعة تحت إشراف خبراء للتثبت من ذلك ، لأنّ الثمن الذي تم بيع البضاعة بموجبه يقل كثيرا عن سعر السوق التجاري في (هونغ كونغ) كما أنّ الكمية المتعاقد عليها غير متوافرة في الأسواق المحلية. لم يطّلع البنك المنشيء عميله المشتري على هذه البرقية لأنها تحمل عبارة (شخصية وسريّة) بل اكتفى بذكر بعض محتوياتها أمامه ، وتتضمن المعلومات التي أطلعه عليها ما يلي :

- أن ثمن البضاعة الذي نص عليه عقد البيع يقل كثيرا عن سعر السوق .

- لا يمكن تصور توافر هذه الكمية من البضاعة في أسواق (هونغ كونغ) ، كما أيد ذلك أحد عملاء مراسلنا هناك .

- ينصحنا البنك المراسل في (هونغ كونغ) بأن تشترط على البائع تقديم شهادة فحص للبضاعة قبل وضعها في عنابر السفينة . فأصرّ المشتري على فتح الإعتمادات وتبليغها للبائع المستفيد

متعلّلا بخبرته في السوق التجاري وبحسن مساومته وبعدم جدوى مثل هذا الفحص للبضاعة أثناء الشحن .

وفي يناير 1953 تسلم البنك المنشيء برقية ثالثة من البنك الوسيط ، ولكن البنك المنشيء لم يبلغ عميله المشتري بتفاصيلها ، وتتضمن هذه البرقية ما يلي : "تمّ تأسيس الشركة المصدّرة (البائع) سنة 1948 برأسمال قدره 300.000 دولارا ، ولكن التعامل المصرفي والتجاري مع هذه الشركة محدود ضمن نطاق ضيق من الحساب الجاري ... كما أن وضع الشركة حسن ... ويحسن التعامل معها نظير هامش في السعر" .

وكان قد تمّ فتح جميع الإعتمادات المستندية وقت وصول هذه البرقية .

استعمل البائع هذه الإعتمادات ، وشحن للمشتري بضاعة تختلف في أوصافها وتقل في جودتها عن الشروط التي تضمّنها عقد البيع ، على الرّغم من مطابقة مستندات الشحن لهذه الشروط .

فرفض المشتري تعويض البنك عما دفعه بحجة عدم إطلاعه على النّص الحرفي للبرقيتين الأوليين وبالتّالي عدم إطلاعه على البرقية الثالثة إطلاقا .

فحكم القضاء بما يلي :

" يلتزم البنك بأن لا يقدم لعميله أية معلومات خاطئة عن البائع المستفيد ، وإن فعل ذلك يكون مخطئا ويتحمل تبعة خطئه ... ومصدر إلتزام البنك هنا هو عقد الإعتماد نفسه المبرم بينهما ويقضي هذا الإلتزام أيضا بأن يطلع البنك عميله المشتري على جميع المعلومات التي حصل عليها من البائع المستفيد بدقّة وأمانة ، ولكنه لا يلتزم بإطّلاعه على نص البرقية نفسها ، خاصة إذا حملت هذه البرقية تعبير (شخصية وسرية) .

ولا يعتبر إلتزام البنك إلتزاما تعاقديا مستقلا ، لأن هذه المعلومات التي تحصل البنوك عليها تعتبر جزءا من عملها المصرفي الروتيني ، ويعتبر البنك مخطئا إذا لم يبلغ المشتري بالبرقية التي وصلته في 1953/01/19، والبرقية التي وصلته في 1953/01/05، ولكن تقصير البنك لن يغير شيئا من موقف المشتري لإصراره على تنفيذ عقد البيع وعقود الإعتماد. ولذا تكتفي المحكمة بالحكم ضد البنك بتعويض رمزي فقط[37] (95.94).

4.1.3.3 - مسؤولية البنك عن عدم مقاطعة صحة المستندات المقدمة من طرف المستفيد.

إن أخطر إلتزامات البنك وأكثرها دقة هو ضرورة أن يتحقّق من صحة المستندات ومطابقتها لتعليمات العميل ، ومسؤوليته مزدوجة فهو مسؤول إذا هو قدم المبلغ المعتمد للمستفيد نظير مستندات غير مطابقة ، وهو مسؤول كذلك إذا هو رفض تقديم المبلغ عند تقديم المستفيد لمستندات مطابقة ، ولكن لا مسؤولية عليه إذا كانت المستندات في ظاهرها مطابقة للتعليمات التي تلقاها من العميل الآمر، وإذا رفض البنك المستندات عليه إخطار العميل الآمر فورا بهذا الرفض مبينا أسبابه .

والبنك مسؤول أمام العميل عن أي مخالفة تشوب هذه المستندات ،وللعميل في هذه الحالة أن يرفض تسلم المستندات من البنك ويطلب بالتعويض . و قد قضت محكمة إكس الفرنسية بتاريخ 08 فبراير 1951 بمسؤولية البنك لأن المستندات المطلوبة كانت تتضمن سند شحن مرسيليا C.A.F فقبل البنك سند الشحن هافر ترانزيت CAF ، و رفضت المحكمة زعم البنك بأن يقتصر على مصاريف نقل البضاعة من الهافر (حيث شحنت فعلا) إلى مرسيليا، (حيث كان يجب أن تشحن وفقا لتعليمات العميل) وقالت أنّ الضّرر يتجاوز ذلك إذ أنّه قد تضيع خلال عملية النقل فرص تجارية لمشتري البضاعة أو يهبط سعرها .

كذلك أكّدت المحكمة العليا بموناكو Cours de révision أن إلتزام البنك بفحص المستندات إلتزام مقيد Droit étroit وأنّه يجب القيام به بمنتهى الدقة Strictement ،وذلك في حكمها الصادر في 05 مايو 1955. [28](403.402)

وقد حكم القضاء المصري كذلك بمسؤولية البنك عن قبوله لمستندات لا تتطابق حرفيا مع شروط عقد الإعتماد ،وهذا في قرارات محكمة النقض المصرية بتاريخ 1954/05/15 قرار رقم 414 والقرار رقم 107 الصادر بتاريخ 1955/11/01.

ولا يجوز للبنك أن يرفض تنفيذ عقد الإعتماد متذرّعا بالحفاظ على مصالح عميله ، كأن يشترط بأن تتضمّن المستندات أوصافا للبضاعة لم يرد عليها أي نص في عقد الإعتماد ، وقد طبق القضاء اللّبناني ذلك بدقة عندما قضت محكمة بداية بيروت الغرفة التجارية في 1968/02/17 رقم 104 بما يلي: يتوجّب على البنك الذي يصرف الإعتماد التقيد الحرفي بتعليمات الآمر بفتح الإعتماد لا أكثر ولا أقل، بمعنى أنه يتوجب عليه التثبت من أنّ الوثائق

المعروضة عليه تنطبق إنطباقا ماديا على تعليمات الآمر، كما أنه ليس للبنك حقّ تقدير قيمة هذه الوثائق ، وحقّ التدقيق فيها بحيث يثير دفوعا خارجة عن نطاق هذه الوثائق ،وليس له حق تفسيرها وتأويلها لمعرفة إذا كانت توفر الضمانات الكافية للمشتري الآمر بفتح الإعتماد ذلك لأن صلاحياته ضيّقة ويجب عليه التقيد حرفيا بالتعليمات المعطاة له من المشتري الآمر ولا يجوز للبنك المنشىء أن يدفع في مواجهة المشتري بعدم أهمية الإختلاف فيما بين المستندات التي تم الدفع ،أو القبول ،أو الخصم لقاءها وبين الشّروط التي تمّ الإتفاق عليها في عقد الإعتماد ، ويفقد حقّه بالرّجوع على المشتري بما دفعه إذا قبل مثل هذه المستندات ، فقد حكم القضاء البريطاني بعدم صحة قبول سند الشحن الذي ينص على أن درجة الحرارة وقت شحن البضاعة لا تتعدى (100 فهر نهايت) إذا كانت شروط الإعتماد تشترط درجة حرارة لا تتجاوز (15 درجة فهر نهايت) ، وقضي بصحة رفض المشتري لمثل هذه المستندات تطبيقا لقاعدة التنفيذ الحرفي في الإعتمادات المستندية ، كما قضى بعدم قبول البنك لسند الشحن الذي يغطي 499.700 طن من البضاعة، إذا كانت شروط عقد الإعتماد تنصّ على أن يتمّ أداء ثمن البضاعة لقاء سند شحن يغطي 500 طن متري من السكر معبأة في 500 شوال ، وذلك على الرغم من تفاهة الإختلاف من شروط العقد وما نص عليه سند الشحن ، ويعتبر البنك بقبوله مثل هذه المستندات قد أخلّ بإلتزامه ممّا يفقد حقّه بالرجوع على المشتري بالتعويض تطبيقا لقاعدة التنفيذ الحرفي .

ويأخذ القضاء والفقه الأمريكي بمثل ما يأخذ به الفقه والقضاء البريطاني في هذا الخصوص[37](103.100) وبالتالي فالبنك يسأل عن كل مخالفة لأوامر عميله الآمر بفتح الإعتماد ، وذلك بمنتهى الدقة . أي مخالفة لهذه الأوامر تلحق ضرر بالعميل تجعل البنك مسؤولا أمام عميله ،مما يستوجب تعويضه للعميل عن هذا الضرر .

5.1.3.3- مسؤولية البنك الفاتح عن أعمال البنوك المتدخلة .

والسؤال الذي يمكن أن يثور هنا ما مدى مسؤولية البنك الفاتح عن سلامة المستندات التي قبلها البنك الوسيط أو عن خطأ البنك الوسيط في فحص المستندات ؟

إنّ هذه المسؤولية تعتمد على الدور الذي يلعبه البنك الفاتح في إختيار وظيفة البنك المتدخل . فإذا كان دور بنك العميل منحصر في كونه وكيل عن عميله في إبلاغ تعليماته للبنك الأجنبي في فتح الإعتماد ، فهنا فإنه إذا قام ببذل العناية المعقولة في نقل هذه التعليمات فلا مسؤولية عليه، وتكون العلاقة مباشرة بين كل من البنك الأجنبي و العميل .

أما إذا كان بنك العميل هو الذي بادر لتعيين دور البنك الوسيط بتبليغ الإعتماد أو تأييده ،أو تنفيذه فهنا لا علاقة مباشرة تقوم بين العميل و البنك الوسيط ، ويكون بنك العميل مسؤولا أمام عميله عن أعمال البنك الوسيط . وحسب الأعراف الموحّدة فإنه يكون لدى البنك الوسيط – إضافة إلى البنك المصدر و البنك المؤيّد – فترة سبعة أيام عمل بنكية تلي يوم إستلام المستندات لفحصها و إعطاء قرارا حول قبولها أو رفضها ، و بالتّالي فإذا أخل البنك الوسيط بهذا الإلتزام و نقل المستندات مع ذلك للبنك الفاتح ، فيجب أن يقوم البنك الفاتح بفحص المستندات لأنّه إذا لم يلاحظ الإختلافات التي في المستندات، ولم يقم بإبلاغ البنك المنفذ عنها فإنه يفقد حقه بالإحتجاج بأنّ هذه المستندات غير مطابقة ، وهذا يعني أن عدم إبلاغ البنك الفاتح (عدم إشعاره للبنك الوسيط) بأن المستندات مخالفة خلال فترة السبعة أيام عمل بنكية يعني أن البنك الفاتح سيكون هو المسؤول أمام عميله عن المخالفة الواردة في المستندات.[34] (237.236)

2.3.3 - الإستثناءات الواردة على مسؤولية البنك في عقد الإعتماد المستندي .

لقد تناولت القواعد الموحدة الخاصة بالإعتماد المستندي بعض الحالات التي تعفي البنك من المسؤولية وهذه الحالات هي كالآتي :

1.2.3.3- عدم مسؤولية البنك عن فاعلية المستندات .

ويتّضح ذلك جليّا من خلال نص المادة 15 من القواعد الموحدة على أنه :

" لا تتحمّل البنوك أي إلتزام أو مسؤولية بالنسبة لصيغة المستندات ،أو كفايتها ،أو دقتها أو أصالتها، أو تزويدها، أو النتائج القانونية المترتبة عليها .

ولا تتحمّل البنوك أي إلتزامات أو مسؤوليات بالنّسبة للشروط العامة أو الخاصة الواردة في نص المستندات ،أو المضافة إلى ذلك النّص ، ولا تتحمّل أي إلتزام ،أو مسؤولية بالنّسبة لأوصاف البضاعة التي تمثلها المستندات ،أو كميتها ،أو وزنها ، أو نوعيتها ،أو حالتها أو تغليفها ،أو تسليمها ،أو قيمتها، أو وجودها ، ولا يتحمّل أيضا أي إلتزام بالنّسبة لحسن نية الشاحن ،أو الناقل ،أو وكيل الشحن ، أو المرسل إليه البضاعة، أو المؤمن على البضاعة، أو أي شحن آخر كائنا من كان، أو تصرفاته، أو إهماله ،أو ملاءته المالية ،أو الإنجازية أو مكانته" .

2.2.3.3 - عدم مسؤولية البنك عن نقل الرسائل .

وفقا لنص المادة 16 من القواعد الموحدة التي تنصّ على التالي :" لا تتحمّل البنوك أي مسؤولية أو إلتزام في حالة تأخير ،أو ضياع أية مراسلات ،أو خطابات ،أو مستندات تكون في طريقها بين الأطراف المعنية ، ولا عن التأخير ،أو التشوه ،أو الأخطاء الأخرى الناشئة عن نقل البرقيات والتلكسات. ولا تتحمل البنوك أي إلتزام ،أو مسؤولية عن الأخطاء عن الترجمة أو تفسير المصطلحات الفنية، وتحتفظ البنوك بحقها في إبلاغ شروط الإعتماد كما هي دون ترجمة "

3.2.3.3 - عدم مسؤولية البنك عن نتائج القوة القاهرة .

تنص المادة 17 من القواعد الموحدة على ما يلي: " لا تتحمل البنوك أي إلتزام أو مسؤولية فيما يتعلق بالنتائج المترتبة على إنقطاع سير أعمالها بسبب حوادث الشغب أو الإضطرابات الأهلية ، أو العصيان المسلح ،أو الحروب ،أو غير ذلك من الأسباب الخارجية عن إرادة البنوك أو بسبب الإضطرابات ،أو إقفال محلات العمل . وفيما يتعلق بأي إعتماد ينتهي أجله خلال مدة إنقطاع سير العمل لا تقوم البنوك عند إستئناف نشاطها بالدفع ،أو التعهد بالدفع في تاريخ الإستحقاق ،أو قبول مسحوبات المستفيد ،أو تداول المستندات تحت الإعتماد ما لم يرد لها تحويل صريح للقيام بذلك .

4.2.3.3 - عدم مسؤولية البنك عن تقاعس المراسلين عن تنفيذ تعليماتها .

وفقا لنص المادة رقم 18 من القواعد الموحدة فإنّ البنوك لا تتحمل أية مسؤولية تتعلق بتنفيذ مراسليها لتعليماتها ، حيث يتّضح أنّه :

- عندما يستعين البنك فاتح الإعتماد بخدمات بنوك أخرى لتنفيذ تعليمات طالب الإعتماد (العميل) فإنّها تقوم بذلك لحساب العميل ،وعلى مسؤوليته ،وبالتّالي فإنّ عدم قيام البنوك الأخرى بتنفيذ التّعليمات الواردة إليها لا يتحمل مسؤولية البنك فاتح الإعتماد ولا يقع عليه أي إلتزام .

- أنّ الطرف الذي يطلب من طرف آخر داخل الإعتماد المستندي تأدية خدمة معينة يكون ملزما بسداد كافة المصروفات ،والعمولات ،والأتعاب، والتكاليف التي يتحمّها الطرف الآخر بسبب تأدية هذه الخدمة .

وإذا كانت شروط الإعتماد تقضي بغير ذلك ،أي يتحمّل طرف آخر غير الطرف الذي أعطى التعليمات بالمصروفات ،فإن الطرف الأخير يظل ملزما بسداد هذه المصروفات في حالة تعدد تحصيلها .

وبالإضافة إلى ما سبق فإن العميل (طالب فتح الإعتماد) يكون ملزما اتجاه البنوك عن أية إلتزامات ومسؤوليات تفرضها القوانين والعادات في الخارج، وعليه أن يعوضها عن تلك الإلتزامات[41](52.51).

خـاتمــة

من خلال هذا البحث المتواضع يمكننا إستخلاص أنّ مسؤولية البنك بصفة عامة والعمليات البنكية بصفة خاصة غير منظمة بنصوص خاصة من طرف المشرع الجزائري، على عكس نظرائه من الدّول الأخرى خاصة العربية منها التي سنّت عدة قوانين خاصة بتنظيم العمليات البنكية .

حيث تساعد هذه النصوص القانونية - التي تنظم العمليات البنكية - العملاء على معرفة مالهم وما عليهم من إلتزامات اتّجاه البنك عند تعاملهم معه . وهذا النّقص يجعل المنظومة التشريعية الجزائرية في حاجة إلى نصوص قانونية خاصة بالعمليات البنكية لتنظيم هذا القطاع الجد حساس ،نظرا للدّور الهام الذي يلعبه البنك في المعاملات المالية سواءا على المستوى الدّاخلي في تعاملاته مع المؤسسات الإقتصادية في مجال الإستثمار و نمو القطاع الإقتصادي أو على مستوى التجارة الخارجية كوسيط في تحرّكات الأموال من وإلى الخارج ، حيث يضمن تحرّك الأموال بصفة قانونية وعدم تهريبها وتبييضها .

و نجد أنّ المشرع الجزائري قد نظّم هذا القطاع من خلال قانون النّقد والقرض . وهذا القانون لا يدقّق في العمليّات البنكية – سوى تعريف بعض العمليات البنكية من خلال المادة 66 وما يليها - بل نجده يركّز على تحديد المنظومة البنكية الجزائرية ويحدّد هياكلها الأساسية و دور ووظائف كل هيئة بصفة عامّة ، أمّا بالنّسبة للعمليات البنكية فلا نجد موادا تدقّق فيها بل تتكلّم عنها بصفة عامة كذلك ، وكلما إستجدّ أمر يعالج عن طريق التّنظيم من طرف محافظ بنك الجزائر أو قوانين المالية مثلما هو الأمر بالنسبة لإجبارية الإعتماد المستندي بالنّسبة للمصدرين . وهذا يمكن أن ينقص الإئتمان بين العميل والبنك ، مما يجعل المستثمرين يتردّدون في الإقبال على الإستثمار في الجزائر .

وأمام عدم وجود نصوص قانونية تنظم العمليات البنكية بصفة دقيقة كما هو الحال بالنسبة لموضوع بحثنا ، نرجع إلى القواعد العامة التي تنظم المسؤولية العقدية لاسيما أحكام المواد 136 و137 من القانون المدني الجزائري التي تنص على مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، لأن مسؤولية البنك تترتب غلى أساس الأخطاء التي يرتكبها تابعيه أثناء تنفيذهم للعقود المبرمة مع عملائه . و كذلك أحكام القانون المدني المنظمة لعقود الوديعة و الوكالة ...إلخ ، إضافة إلى أحكام القانون التّجاري . وفي حالة وجود نص خاص بعملية من العمليات البنكية نأخذ بها طبقا لقاعدة الخاص يقيّد العام .

أما بالنسبة لموضوع بحثنا نجد أن مسؤولية البنك هو موضوع معقّد نوعا ما، نظرا لما سبق ذكره من نقص في النّصوص القانونية التي تدقّق في هذه العمليات ، وبالتالي يصعب تطبيق القواعد العامة في بعض الأحيان نظرا للطبيعة التقنية التي تميّز العمليات البنكية مقارنة بالمعاملات المدنية والتجارية الأخرى التي تجري بين الأشخاص .

لذا نجد أنّ البنك نادرا ما يكون مسؤولا اتّجاه عملائه ، وهذا راجع غالبا لإحترافية البنك وتخصّصه ، الشيء الذي يجعله يؤدّي كافة إلتزاماته على أحسن وجه ودون الإخلال بها .

كما نجد أن بعض العملاء ولجهلهم بالقوانين وحقوقهمّ تجاه البنك ، إمّا لعدم إعلامه بها من طرف البنك (الذي عليه الإلتزام بنصح عميله) ، أو لامبالاتهم بحقوقهم التي تجعل البنك يفلت من المسؤولية . هذا مايبرر - حسب إعتقادنا - قلة الأحكام القضائية التي تلقي بالمسؤولية على البنك خاصة في القضاء الجزائري .

لذا نرى أنه حريّ بالمشرّع أن يقوم بسنّ نصوص قانونية تتناول كافة العمليات البنكية بطريقة واضحة ، وتبين بدقّة ما للبنك من حقوق وما عليه من إلتزامات اتّجاه عملائه، كي يسهّل على العملاء التّعامل مع البنك ويقوّي الضمان اتّجاهه مع تحرير عقود بنكية لكل عقد يبرمه مع العملاء يبيّن فيها حقوق و إلتزامات كل طرف و تسليمها لهم .

قائمة الملاحق

- الأصول و الأعراف الموحدة للإعتماد المستندي النشرة رقم 500.

قـــائمـــــة الـــمراجـــع

1- الدكتور شاكر القزويني ، محاضرات في إقتصاد البنوك ، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية ، بن عكنون الجزائر ،طبعة 2000 .

2- الدكتور الطاهر لطرش ، تقنيات البنوك دراسة في طرق إستخدام النقود من طرف البنوك مع الإشارة إلى التجربة الجزائرية ، الطبعة الثانية ، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية بن عكنون الجزائر 2003 .

3- الدكتور العربي بلحاج - النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري – الجزء الأول ، التصرف القانوني (العقد الإرادة المنفردة) ديوان المطبوعات الجامعية الساحة الركزية بن عكنون ، الجزائر ، 1995.

4- الأستاذ دربال عبد الرزاق ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام ، دار العلوم للنشر والتوزيع عنابة الجزائر ،2004 .

5- الدكتور علي فيلالي – الإلتزامات – العمل المستحق لتعويض ، الطبعة الثانية موفم للنشر الجزائر ، 2010 .

6- الدكتور علي علي سليمان ، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري ، الطبعة الثالثة ، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية بن عكنون الجزائر الستة غير مذكورة .

7- الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الإلتزام بوجه عام – مصادر الإلتزام (1) – المجلد الثاني ، الطبعة الثالثة ،منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ، لبنان 2000 .

8- الدكتور العربي بلحاج - النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري – الجزء الثاني ، الواقعة القانونية (الفعل الغير مشروع - الإثراء بلا سبب- القانون) ديوان المطبوعات الجامعية الساحة الركزية بن عكنون ، الجزائر ، 1995.

9- الدكتور محمد زكي الشافعي ، مقدمة في النقود والبنوك ، الطبعة السابعة منقحة ومزيدة ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، لبنان ، سنة 1952.

10- الدكتور عكاشة محمد عبد العال ، قانون العمليات المصرفية الدولية ، دار المطبوعات الجامعية ، توزيع دار الفكر العربي 1994.

11- الأستاذ خالد إبراهيم التلاحمة (التشريعات المالية والمصرفية من الوجهتين النظرية والعملية) دار الإسراء للنشر والتوزيع ، عمان الأردن ، الطبعة الأولى ، 2004 .

12- الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون التجاري الجزائري (الجريدة الرسمية العدد101 المؤرخة في 19 ديسمبر 1975) معدل و متمم .

13- الدكتورمصطفى كمال طه القانون التجاري الأوراق التجارية مع العقود التجارية عمليات البنوك الإفلاس دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 1999.

14- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري (الجريدة الرسمية العدد 78 المؤرخة في 1975/09/30) المعدل والمتمم .

15- الدكتورهاني محمد دويدار ، العقود التجارية والعمليات المصرفية الدولية دار المطبوعات الجامعية توزيع دارالفكر العربي .

16- الأمر رقم 11/03 مؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق 26 غشت سنة 2003 يتعلق بالنقد والقرض (الجريدة الرسمية العدد 52 المؤرخة في 27 غشت 2003) .

17- الدكتورة سميحة القليوبي ، الأسس القانونية لعمليات البنوك ، دار الكتاب الحديث ، القاهرة دار الجيل للطباعة ، قصر اللؤلؤة دار الفجالة جمهورية مصر العربية الضمانات المقدمة للبنوك ، مسؤولية البنك ، طبعة مكبرة 1993.

18- Hubert guitard ,le banquier et son client droits et obligations respectifs (encyclopedie delmas pour la vie des affaires 1ere edition paris 1988.

19- Jack Vézian, la rèsonsabilitè du banquier en droit privè francais preface de michel cabrillac 3èmè èdition litec paris 1983.

20- الأستاذة مالك نسيمة ،رسالة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص ،دراسة لعقد الوديعة النقدية جامعة الجزائر كلية الحقوق بن عكنون 2002/2001.

21- مجلة المحكمة العليا ، العدد الثاني 2006، قسم الوثائق ، طبع المؤسسة الوطنية و النشر و الإشهار ، وحدة الرويبة ، الجزائر 2007 .

22- المجلة القضائية ، العدد الأول ، عن قسم المستندات والنشر المحكمة العليا ، طبع الديوان الوطني للأشغال التربوية ، 1998.المجلات القضائية .

23- الدكتور حلو أبو الحلو عمليات البنوك القانون التجاري الجزائري الأعمال التجارية والتاجر، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية بن عكنون الجزائر السنة غير مذكورة.

24- Jean louis rives- lange, monique contamine – Raynand, droit bancaire – 5ème edition – èditions dalloz 1990

25-الدكتور شاكر القزويني ، محاضرات في إقتصاد البنوك ، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية ، بن عكنون الجزائر ،طبعة 2000 .

26- الدكتور جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، تعريف وتنظيم البنوك والودائع النقدية، الحسابات المصرفية، الإعتمادات المصرفية، الخدمات المصرفية ،الضمانات المقدمة للبنوك ، مسؤولية البنك طبعة مكبرة 1993 .

27- الدكتور عبد الحميد الشواربي ، عمليات البنوك في ضوء الفقه ، القضاء التشريع وصيغ العقود والدعاوى التجارية ، إيداع الصكوك والنقود، الخزائن الحديدية القروض خصم الأوراق التجارية ، الإعتماد المستندي خطابات الضمان ، الحساب الجاري مسؤولية البنك،الناشر منشأة المعارف الإسكندرية السنة غير مذكورة.

28- الأستاذ أحمد محمد أبو الروس ، الموسوعة التجارية الحديثة ، الكتاب الثاني، في الأعمال والعقود والأوراق التجارية و عمليات البنوك و الإفلاس ، الدار الجامعية الإسكندرية مصر ، السنة غير مذكورة .

29-الدكتورعلي البارودي، الأعمال التجارية، والتجار والمنشأة التجارية وشركات الأشخاص، طبعة 1999.

30-الدكتور مراد منير فهيم ، العقود التجارية وعمليات البنوك ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، جلال فري وشركاؤه 1982 .

31- الدكتور عبد المطلب عبد الحميد ،البنوك الشاملة ،عملياتها وإدارتها ،النشر الدار الجامعية الإسكندرية ، السنة غير مذكورة .

32- الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد(7) المجلد الأول العقود الواردة على العمل المقاولة و الوكالة و الوديعة و الحراسة الطبعة الثالثة الجديدة منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان 2000 .

33- Le moci- mèmo- guide commerse international. Les solutions bancaires moyens et sècuritè de paiement garanties et financements en partenariat avec bnp paribas.avril 2007.

34- الأستاذ أكرم إبراهيم حمدان الزغبي ، مسؤولية المصرف المصدر في الإعتماد المستندي ،دراسة مقارنة وفقا لأحكام النشر 500، دار وائل للنشر عمان الأردن الطبعة الأولى 2000.

35-. الأستاذ فيصل محمود مصطفى النعيمات ، مسؤولية البنك فيقبول المستندات في نظام الإعتماد المستندي في ظل الأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية نشرة 500 لعام 1993 و بعض القوانين الوطنية المقارنة ، دار وائل للنشر ، الطبعة الأولى 2005 .

36- Richar routier la rèsponsabilitè du banquier librairie gènèrale de droit et de jurisprudence 1997.

37- Frédèric Peltier, Introduction au droit du crédit 2eme édition revue et complété avant propos par michel Vasseur , La revue Banque édition 1990.

38- الدكتور حسين دياب ، الإعتمادات المستندية التجارية "دراسة مقارنة " ، الطبعة الأولى المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع بيروت لبنان 1419- 1999م .

39- الدكتور جمال يوسف عبد النبي ، الإعتمادات المستندية الطبعة الأولى مركز الكتاب الأكاديمي ، عمان الأردن . 1421-2001م .

40-الدكتورة نجوى محمد أبو الخير،البنك والمصالح المتعارضة في الإعتماد المستندي دراسة للفقه والقانون المقارن توزيع دارالفكر العربي القاهرة 1993

41-الأستاذ أحمد غنيم ، الإعتماد المستندي و التحصيل المستندي الطبعة الخامسة مزيدة و منقحة 1997 .

42- الدكتور سعيد عبد العزيز الإعتمادات المستندية documontry crédits كلية التجارة جامعة الإسكندرية ،الدار الجامعية 84 شارع زكريا غنيم 2003/2002 .