الجامعة العربية الأمريكية

كلية الدراسات العليا

شرط الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية المدنية في العقود البنكية

إعداد الطالبة

آيات محمد عمر غنام

إشراف

د. انس أبو العون

تم تقديم هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات درجة الماجستير في تخصص القانون التجاري

2022

الجامعة العربية الأمريكية. جميع حقوق الطبع محفوظة.©

إجازة الرسالة

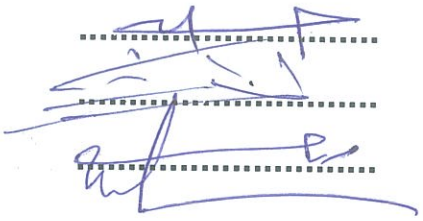
شرط الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية المدنية في العقود البنكية

إعداد الطالبة

آيات محمد عمر غنام

نوقشت هذه الرسالة: ٢٠٢٢/٢/٢٣م وأجيزت

أعضاء لجنة المناقشة		التوقيع
د. أنس أبو العون	مشرفاً ورئيساً	.....
د. أحمد أبو زينه	ممتحناً داخلياً	.....
د. رنا دواس	ممتحناً خارجياً	.....



إقرار

أقرّ أنا مقدم الرسالة أنها للجامعة العربية الامريكية لنيل درجة الماجستير، وأنها نتيجة أبحاثي الخاصة باستثناء ما تم الإشارة إليه حيثما ورد، وأن هذه الرسالة أو أي جزء منها لم يقدم لنيل أي درجة علمية أو بحث علمي لدى أي مؤسسة تعليمية جامعية أو معهد.

الإسم: آيات محمد عمر غنام

التوقيع: .....

التاريخ: ٢٠٢٢/٦/٢٣

الإهداء

إلى من قدمت التضحيات لتمهد لي طريق النجاح والتي أصرت على أن تجعل مني أكبر ما ظننت أن أكون... جنة الدنيا والدتي

إلى من نصحني يوما أن اجعل التعليم رسالة ترتقي بها إلى أعلى عليين ... سندي الشامخ والدي

إلى من تقاسموا معي حنان الأم وعطف الأب وكانوا نعم السند في كافة الصعاب التي مررت بها... إخوتي وأخواتي

إلى رفيق الدرب والفكرة... مهدي

إلى من نقشت جميل بصماتها على شخصي في طفولتي ... مربيتي الفاضلة أمينه خضر

الشكر والتقدير

الحمد لله الذي ألهمني الصبر وساعدني على انجاز هذه الرسالة فنشكر الله ونحمده على كل شيء.

إلى من قدم وقته وجهده ودعمه في سبيل إنجاز هذه الرسالة ولم يبخل في مد يد العون لي، د. أنس أبو العون.

إلى لجنة المناقشة التي صبرت وتفانت في قراءة موضوع البحث وغيره من المواضيع المتعلقة به في سبيل إنجاز هذه الرسالة.

إلى دكاترتي الأكارم ممكن أكرموني بجميل علمهم في جامعتي ودراستي.

إلى كل من ساعدني بكلمة أو أمدني بحرف في مسيرتي التعليمية.

أشكرهم جميعا وأبتغي من الله كرمه في جزيل علمكم فلكم كل الشكر والود وأجرهم على الله عظيم.

فهرس المحتويات

الموضوع	الصفحة
إجازة الرسالة	أ
الإقرار	ب
الإهداء	ج
شكر وتقدير	د
فهرس المحتويات	ه
الملخص	ح
المقدمة	1
أهمية الدراسة	5
مشكلة الدراسة	5
أهداف الدراسة	6
نطاق الدراسة	6
صعوبات انجاز الدراسة	6
الدراسات السابقة	6
منهجية الدراسة	7
خطة الدراسة	7
الفصل الأول الشرط المشدد لمسؤولية البنك المدنية	8
المبحث الأول: شرط الاتفاق على مخالفة قواعد السبب الأجنبي في العقود البنكية	8
المطلب الأول: المقصود بالسبب الأجنبي وأثره على العقد	9
الفرع الأول: المقصود بالقوة القاهرة وشروطها	9
الفرع الثاني: فعل الدائن وفعل الغير	22
المطلب الثاني: الاتفاق على مخالفة قواعد السبب الأجنبي	41
الفرع الأول: جواز ضمان المدين للسبب الأجنبي	41
الفرع الثاني: أثر ضمان القوة القاهرة من حيث عبء الاثبات	45
المبحث الثاني : الشروط المشددة في تقييم مسلك المدين	47

المطلب الأول: صور خاصة من الشروط المشددة	48
الفرع الأول: الإتفاق على تحويل الإلتزام من بذل عناية إلى تحقيق نتيجة	48
الفرع الثاني: الإتفاق على تحميل المدين الخطأ اليسير والتافه	49
الفرع الثالث: الإتفاق على تحميل المدين تعويض الأضرار غير المباشرة وغير المتوقعة	50
المطلب الثاني: التعويض الاتفاقي كصورة للتشديد في مقدار التعويض	50
الفرع الاول: موقف القوانين المقارنة من التعويض الاتفاقي	50
الفرع الثاني: موقف القانون الفقه والقضاء الفلسطيني من التعويض الاتفاقي	51
المبحث الثالث: استثناءات شرط التشديد من المسؤولية العقدية والآثار المترتبة عليه	57
المطلب الأول: استثناءات شرط التشديد من المسؤولية العقدية	57
الفرع الأول: الغش والخطأ الجسيم	58
الفرع الثاني: أن لا يخالف الشرط النظام العام و الآداب وحسن النية في العقود	61
المطلب الثاني: الأثر المترتب على الشرط المشدد	63
الفصل الثاني الشرط المعفي والشرط المخفف من المسؤولية العقدية البنكية	64
المبحث الأول: ماهية الشرط المعفي والشرط المخفف من المسؤولية العقدية البنكية	64
المطلب الأول: مفهوم وصور الشرط المخفف والمعفي من المسؤولية العقدية البنكية	65
الفرع الأول: مفهوم وصور الشرط المعفي	65
الفرع الثاني: مفهوم وصور الشرط المخفف	72
المطلب الثاني: جواز أو عدم جواز شروط الاعفاء والتخفيف من المسؤولية العقدية	76
الفرع الأول: جواز أو عدم جواز شروط الاعفاء أو التخفيف من المسؤولية الشخصية	76
الفرع الثاني: جواز أو عدم جواز شروط الاعفاء أو التخفيف من المسؤولية عن أخطاء التابعين	82

المبحث الثاني: القيود والآثار المترتبة على صحة الشرط المخفف والمعفي	83
المطلب الأول: قيود شروط الاعفاء والتخفيف من المسؤولية البنكية	84
الفرع الأول: قيود الاعفاء من المسؤولية	84
الفرع الثاني: قيود الشروط المخففة	100
المطلب الثاني: أثر شروط الاعفاء والتخفيف من المسؤولية	101
الفرع الأول: أثر الشرط المعفى	101
الفرع الثاني: الآثار المترتبة على الشروط المخففة من حيث الموضوع	106
الخاتمة	109
النتائج	109
التوصيات	111
قائمة المصادر والمراجع	113
Abstract	I

الملخص

تناولت هذه الدراسة الاتفاقيات المُعدِلة للمسؤولية المدنية في العقود البنكية حيث تم بدايةً دراسة شرط تحمل المدين للسبب الأجنبي في العقود البنكية، حيث تم بيان مفهوم السبب الأجنبي ومدى إمكانية الاتفاق على مخالفة قواعده، والحديث عن الشرط المشدد في تقييم مسلك المدين من حيث ماهيته والقيود الواردة عليه والآثار المترتبة عليه من حيث الموضوع، كما تم دراسة الشرط المُعفي والمُخفف من المسؤولية العقدية البنكية، من حيث صحة الشرط المعفي من المسؤولية العقدية البنكية والقيود والأثار الواردة عليه، وعن الشرط المخفف من المسؤولية العقدية من حيث ماهيته والاستثناءات والقيود الواردة عليه والآثار المترتبة عليه.

يلاحظ أن القانون الفلسطيني لم يتضمن بين طياته نصوصا واضحة وصريحة تعالج الشروط المُعدِلة لأحكام المسؤولية المدنية في العقود البنكية، وفي ظل هذا القصور التشريعي حاولت هذه الدراسة اللجوء إلى القواعد العامة في القانون المدني وتحليلها للوصول إلى جواز أو عدم جواز مثل هذه الشروط والقيود الواردة عليها.

ومن خلال البحث وتحليل نصوص القانون الفلسطيني توصلت الباحثة إلى مجموعة من النتائج، أهمها: إجازة شروط الاعفاء من المسؤولية العقدية البنكية دون المسؤولية المترتبة على الفعل الضار لتعلق الأخيرة بالنظام العام، بشرط أن لا يكون هناك غش أو خطأ جسيم صادر عن البنك بالإضافة لبعض القيود الأخرى، وإجازة الاتفاقات المخففة التي تُعفي جزئيا من الالتزام، كونها تأخذ حكم شرط الاعفاء الكلي لاتحادهما في العلة، فهي جائزة لأن فيها نفع لأحد المتعاقدين ولكنها ليست مطلقة فالتعمد في عدم تنفيذ عقود الأمانات يُبطل الشرط المُعفي من المسؤولية، وعدم اجازة شروط التخفيف التي تقضي بقلب مضمون الالتزام من التزام بتحقيق نتيجة إلى التزام ببذل عناية كونها تخالف مقتضى العقد، وعدم إجازة الاتفاق على تشديد المسؤولية خلافا لأحكام السبب الأجنبي مع إجازة بعض الصور الأخرى لشرط التشديد من المسؤولية سندا للقواعد العامة في مجلة الأحكام العدلية.

وبناء على ما تم دراسته توصي هذه الدراسة بإيجاد تنظيم قانوني متخصص في مجال المسؤولية المدنية في العقود البنكية يتضمن نصوصا مباشرة تجيز من خلالها الاعفاء من المسؤولية العقدية البنكية وبشرط تقييدها في حالتي الغش والخطأ الجسيم، ولا تجيز الاتفاق على شروط الاعفاء من المسؤولية عن الغش والخطأ الجسيم الصادرة عن التابعين، وأن يتم النص صراحةً على عدم جواز قلب مضمون الالتزام لأنه يخالف مقتضى العقد، وأن تجيز التشديد من المسؤولية البنكية خلافا لأحكام القوة القاهرة دون خطأ المدين وخطأ الغير.

المقدمة

إن المسؤولية أمانة يسبقها التزام وتكليف ويلحقها حساب وجزاء كما قال تعالى " وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولا "،[1] وتعتبر المسؤولية أساس استقرار الأنظمة القانونية حول العالم، كونها تنظم جزاء الاخلال بحقوق وواجبات الأفراد في المجتمع، وتشكل الأعمال التجارية عصب الحياة الاقتصادية، كما تعتبر الأعمال البنكية هي الأهم والأكثر خطورة من بين الأعمال التجارية نظرا لما يقوم به البنك من نشاط هام في الحياة الاقتصادية المعاصرة، فهو الممول الأساسي للأنشطة الاقتصادية وملاذ المستثمرين الباحثين عن الاستفادة من خبراته الواسعة، ولما كان لدى قيامه بالأعمال المنوطة به يلتزم بمجموعة من الالتزامات والمسؤوليات وبالتالي فإنه قد يقع في بعض الأخطاء التي تسبب ضررا للعملاء أو للغير وهذا ما يجعله مسؤولاً قانونياً عن أفعاله الضارة، وفي ظل غياب تنظيم تشريعي يعتمد على طبيعة العمل البنكي في تحديد مسؤولية البنك المدنية، فإن تحديدها يتم عن طريق تطويع القواعد العامة للمسؤولية المدنية باعتبار البنك شخصا معنويا له مكانة اعتبارية قانونية، وتُعرف المسؤولية المدنية بأنها التزام الشخص بتعويض الضرر الذي أحدثه للغير نتيجة إخلاله بالتزام معين.[2]

ويعتبر العقد مصدرا أساسيا لمعظم الأنشطة التي تقوم فيها البنوك، والعقود التي تبرمها البنوك مع عملائها لا تخرج عن كونها عقد وديعة بأجر حيث أن جوهر عمل البنك يقوم على تلقي الودائع من الجمهور.[3]

وكون البنك محترفا لعمله فإنه يترتب بذمته مجموعة من الالتزامات القانونية الملقاة على عاتقه قانونا، بالإضافة الى الالتزامات العامة المفروضة بموجب العقد المبرم مع العميل كالالتزامات المفروضة بموجب المادة (1.1/4) و(1.2/4) (1.3/4) من تعليمات سلطة النقد رقم(2016/2) المتعلقة بالإقراض المسؤول ومنها إلزام البنك بتحديد أسعار الفائدة والالتزام بها والإفصاح عنها...الخ، والتعليمات رقم (2009/8) المتعلقة بفتح الحسابات وإغلاقها كإلزام البنك بمجموعة من الإجراءات التي يجب الالتزام بها عند فتح الحسابات للعملاء ومجموعة أخرى من

---

(1) القرآن الكريم، سورة الاسراء، آية رقم (34).

(2) أبو حسن، ربيع ناجح راجح. مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه في مشروع القانون المدني الفلسطيني- دراسة مقارنة. (رسالة ماجستير)، فلسطين- نابلس: جامعة النجاح الوطنية، 2008، ص 9.

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

التعليمات الصادرة عن سلطة النقد، بحيث تهدف هذه الالتزامات بمجملها إلى معرفة وإعلام العميل والحفاظ على مصالحه سندا لمبدأ حسن النية في التعاقد، وبذلك تقوم مسؤولية البنك في حال إخلاله بالتزاماته المهنية، وهذه الواجبات منها ما تفرض مبدأ حسن النية في التعامل (كواجب تنفيذ العقد، تسهيل تنفيذه، واجب الإعلام والاستعلام، الأمانة، احترام مصلحة العميل) وواجب الفعالية وواجب توفير الأمان بصفته واجبا تابعا له، ويعتبر الائتمان[1] عاملا أساسيا في أنشطة البنوك ويعتمد على الثقة بشكل أساسي لأنه وسيلة لتوظيف الأموال تقوم على ثقة البنك بالعميل، ويختلف مقدار هذه الثقة حسب طبيعة العملية البنكية التي يقوم بها البنك.[2] فالخطأ المهني للبنك وهو الخطأ الذي يصدر عن البنك أثناء مزاولته لمهنته؛ ويترتب عليه مخالفة القوانين والأنظمة أو الجهل بها، وكل خرق للواجبات والقواعد وقواعد السلوك الملزمة الذي ألحق بالعميل منه ضرر مادي أو معنوي.[3]

وعليه فإن المسؤولية المدنية تنقسم بحسب طبيعتها ويختلف تكييفها بحسب ما إذا كان الخطأ المرتكب ناتج عن مخالفة للقوانين والنظم الجاري العمل بها والتي تفرض على البنك القيام بأمور والتزامات ذات طبيعة قانونية صرفة تطبق على الكافة فتقوم حينئذ المسؤولية التقصيرية، لأن الأساس القانوني لهذا النوع من المسؤولية هو الفعل الضار أي أن البنك يقوم عليه واجب عدم الإضرار بالغير استنادا إلى القواعد العامة، وهذا النوع من المسؤولية قد يتحقق اتجاه الغير أو اتجاه الزبون شخصيا.[4] وتطبق عليها قواعد مجلة الأحكام العدلية بإعتبارها وضعت مبدأ عاما للمسؤولية عن الفعل الضار مؤداه أن كل إضرار بالغير يلزم فاعله بالضمان وإن كان غير مميز، وذلك من خلال القواعد الفقهية التي تبدأ بها مجل الأحكام العدلية منها: قاعدة "لا ضرر ولا

---

(1) يعرف الائتمان بأنه منح قروض لأشخاص يقومون بدورهم في مشروعات صناعية أو تجارية أو زراعية أو أية مشروعات استثمارية أخرى وهؤلاء الأشخاص يستفيدون من الاموال محل التسهيلات الائتمانية المختلفة في تطوير المشروعات وتشغيلها بما يحقق عوائد اقتصادية تمكنهم من رد الأموال المقترضة من البنك بالإضافة لتحقيق الأرباح. وعرف قرار بقانون بشأن البنوك في المادة (1) الائتمان بأنه: "جميع أنواع صيغ التمويل المباشرة وغير المباشرة التي تمنحها المصارف الإسلامية، وجميع أنواع وأشكال التسهيلات المباشرة وغير المباشرة التي تمنحها المصارف بأنواعها، والقروض التي تمنحها مؤسسات الإقراض المتخصصة والسندات وأدوات الدين المشتراه من قبل المصارف وكذلك القبولات الصادرة عن المصارف أو المكفولة منها، مع حق المصرف باسترداد مبالغها مع فوائدها أو عوائدها وأية مستحقات أخرى عليها".

(2)الحضرمي، خليفة بن محمد، مسؤولية البنك في عمليات الائتمان الداخلي -القرض- الاعتماد البسيط. ط1. مصر: دار الفكر والقانون، 2015، ص4.

(3) الاحمد، اشرف. المسؤولية المدنية عن الخطأ المهني للمحامي. رسالة ماجستير، الأردن: جامعة الشرق الاوسط، 2001، ص23.

(4) أبو فروة، محمود. الخدمات الالكترونية عبر الانترنت. طبعة 1، عمان: دار الثقافة، 2009، ص 164.

ضرار"،[1] "الضرر يزال"،[2] و"يضاف الفعل الى الفاعل لا الآمر ما لم يكن مجبراً"،[3] و"المباشر ضامن وان لم يتعمد"،[4] و"المتسبب لا يضمن الا بالتعمد". [5] كما ووضعت عدة التطبيقات على هذه القاعدة منها الغصب وما هو مساو له في الحكم، والإتلاف مباشرة وتسبيبا، وضر الحائط وضرر جناية الدابة وغيرها. [6] كما تطبق قواعد قانون المخالفات المدنية النافذ بحيث وضع مبدأً عاماً للمسؤولية عن الفعل الضار وعدة تفصيلات وتطبيقات للمخالفة المدنية التي توجب المسؤولية فقد وضع هذا القانون قاعده عامة للمسؤولية عن المخالفة المدنية الناتجة عن الاخلال بوجب قانوني أو عن الإهمال. بحيث نصت المادة (55مكررةأ):" يتألف الاخلال بواجب قانوني من تقصير أي شخص في القيام بواجب مفروض عليه بمقتضى أي تشريع ... الخ " ونصت المادة (1/50) من هذا القانون على أنه:" يتألف الإهمال (1) يتألف الإهمال من: إتيان فعل لا يأتيه شخص معتدل الإدراك ذو بصيرة في الظروف التي وقع فيها الفعل، أو التخلف عن إتيان فعل لا يتخلف شخص كهذا عن إتيانه في الظروف التي وقع فيها التقصير، ب- التخلف عن استعمال الحذق أو اتخاذ الحيطة في ممارسة مهنة، أو حرفة، أو صنعة مما يستعمله أو يتخذه شخص معتدل الإدراك ذو بصيرة من ذوي الكفاية في تلك المهنة، أو الحرفة، أو الصنعة في مثل تلك الظروف". وبالرجوع إلى مجلة الأحكام العدلية نلاحظ أنها تعتبر المسؤولية عن الفعل الضار هي مسؤولية موضوعية تستند إلى فكرة الضرر، فهي لا تتطلب في الفعل الضار إلا أن يكون ضارا بالغير بصرف النظر ما إذا كان الفاعل مرتكبا لخطأ أم لا؛ أي أن يترتب الضرر على الفعل وهذا يعني أنه لقيام المسؤولية لا بد من توافر (الفعل، الضرر، علاقة السببية). بينما[7] قانون المخالفات المدنية [8] يعتبر أن المسؤولية عن المخالفة المدنية (المسؤولية التقصيرية) هي مسؤولية شخصية؛ لأنه يشترط التمييز في مرتكب المخالفة المدنية (العمل غير المشروع)، أي أن يكون الشخص بوعيه وإدراكه فلا بد لقيام المسؤولية توافر(الإهمال/ الخطأ، والضرر، وعلاقة السببية).[9]

---

(1) المادة (19) من مجلة الأحكام العدلية.
(2) المادة (20) من مجلة الأحكام العدلي
(3) المادة (89) من مجلة الأحكام العدلية .
(4) المادة (92) من مجلة الأحكام العدلية .
(5) المادة (93) من مجلة الأحكام العدلية .
(6) انظر المواد (881-940) من مجلة الأحكام العدلية.
(7) دواس، أمين. نفس المرجع السابق، 23،25.
(8) قانون المخالفات المدنية (36) لسنة (1944) المنشور على الصفحة (149) من الملحق (1) عدد الوقائع الفلسطينية (الإنتداب البريطاني) (1380) م، بتاريخ 1944/12/28م.
(9) دواس، أمين. مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية. طبعة 1، رام الله: المعهد القضائي الفلسطيني، 2012، ص23،25.

كما يمكن أن تقوم مسؤولية البنك نتيجة خطأ يرتكبه أثناء تنفيذ العقد المبرم بينه وبين العميل، والذي ينتج عن الإخلال بأحد الالتزامات التي يقررها العقد بين الطرفين، وبالتالي تقوم مسؤوليته العقدية حيث يتوجب على الأطراف الالتزام بالعقد والإذعان له،[1] فلا يتصور تحقق هذا النوع من المسؤولية إلا اتجاه الزبون الذي تربطه البنك علاقة تعاقدية،[2] أي أنه يتم تحديد طبيعة المسؤولية بالنظر للالتزام الذي تم الإخلال به،

وقد يحدث أن يكون هذان النوعان من المسؤولية موضوعا لاتفاق مسبق بين الدائن والمدين يقضي بتعديل أحكامهما إما بالتشديد كأن يتم تحميل البنك الحالات التي تنشأ فيها الأضرار لسبب أجنبي لا يد للبنك فيه، كالقوة القاهرة والحادث الفجائي والخطأ الصادر من المضرور أو خطا الغير، أو أن يتم التشديد في مسلك المدين كأن يتم الإتفاق على تحويل الإلتزام من إلتزام ببذل عناية إلى التزام بتحقيق نتيجة ، أو أن يتم التخفيف من المسؤولية أو قد يصل الأمر إلى حد الإعفاء الكلي منها.[3]

وبما أن الهدف الأنبل لأي تشريع في العالم هو حفظ حقوق الناس وإقامة التوازن بين طرفي العلاقة التعاقدية، فان هناك خطورة من انعدام التوازن بين مركز البنك ومركز العميل عند إبرام العقود البنكية، وخشية من أن يملي البنك شروطه على الطرف الضعيف، خاصة أن البنك يكون في وضع يستطيع أن يملي شروطه على العميل الذي لا يسعه سوى قبولها أو رفضها دون مناقشتها أو تعديلها، حيث تسعى البنوك للتخلص من أية مسؤولية تقع عليها من خلال إدراج شرط في عقود الخدمات البنكية تحمل بموجبه العملاء المسؤولية عن كافة الأضرار التي يمكن أن تقع لهم، وقد يحدث أن يتم الاتفاق على عكس ذلك، لذا يثور التساؤل هنا حول مدى صحة الاتفاق على أي من هذه الشروط؟

---

(1) الشواربي، عبد الحميد. مرجع سابق، ص 514.

(2) السنهوري، عبد الرازق. الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الأول- مصادر الالتزام، ط3، مصر: دار النهضة العربية،2011، ص534.وانظر أيضا: الناجي: محمد. قرائة في قواع المسؤولية المدنية عن إفشاء السر المهني، مجلة الحقوق، عدد6، 2008، ص 146.

(3) محمد، دمانه. "شرط الاعفاء من المسؤولية بين مقتضيات سلطان الإرادة وسلطان القانون ". دفاتر السياسة والقانون- الجزائر- جامعة قاصدي مرباح ورقلة. ع5، 2011، ص 241.

وفي هذه الدراسة سوف يتم تناول الشروط المعِدلة للمسؤولية البنكية، ومدى تحقق العدالة والتوازن بين الأطراف،وذلك بهدف الحفاظ على جهاز بنكي مستقر وآمن وسليم ويحافظ على ثقة الجمهور.[1]

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية الدراسة في هذا الموضوع في مسألة هيمنة العقود النموذجية على المعاملات البنكية حتى أصبحت جزءاً لا يتجزأ من العقود البنكية، وفي استغلال هذه العقود من قبل البنوك لإعفاء نفسها من المسؤولية من خلال إيراد شروط داخل هذه العقود تعرف بشروط الإعفاء من المسؤولية، مستغلةً المركز الاقتصادي الذي تتمتع به تجاه عملائها مما يمنحها مركزا قانونيا قويا عند إبرام العقد بشكل يحرم العميل فرصة مناقشتها أو التعديل عليها فليس أمامه سوى قبولها أو رفضها برمتها.

من جهة أخرى لا يوجد نصوص خاصة في القانون الفلسطيني تنظم شرط الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية، وفي ظل هذا القصور التشريعي يتم تطويع القواعد العامة من أجل ضبط هذا الشرط، وبما أن الأعمال البنكية تشكل عصب الحياة الاقتصادية فإنه يتوجب إيجاد قواعد قانونية متخصصة بالعقود البنكية تراعي خصوصية هذه العقود، بشكل يؤدي الى إقامة التوازن بين المستفيد من الشرط وهو غالبا البنك إذ يكون في مركز قوة يستطيع به من خلاله أن يملي شروطه على الطرف الآخر لقبولها.

مشكلة الدراسة:

في الحقيقة إذا نشأ عقد صحيح بين البنك والعميل يتوجب الالتزام به من قبل الطرفين، إلا أنه يمكن أن يتم الإخلال بالعقد أو مخالفة القوانين والأنظمة واجبة الاتباع، فتقوم حينئذٍ المسؤولية نتيجة الضرر الذي لحق بالمدين، وبما أن العقد شريعة المتعاقدين فان للأطراف أن يدرجوا في العقد شرطا يعفوا به أو يشددوا به من مقدار هذه المسؤولية، ومن هنا ظهرت مشكلة هامة في مدى انطباق القواعد العامة للإعفاء من المسؤولية المدنية على المسؤولية البنكية؟ خاصة في ظل عدم وجود تنظيم تشريعي ينظم هذه المسألة بالإضافة الى مسألة فرض هذا الشرط خاصة

---

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

في ظل هيمنة العقود النموذجية على المعاملات البنكية بحيث يملي البنك ما شاء من الشروط على العميل الذي لا يملك سوى القبول بها.

أهداف الدراسة تتمثل بالتالي:

- التعرف على الشروط القانونية التي تعدل أحكام المسؤولية البنكية.
- التعرف على مدى حرية الأطراف في تعديل قواعد المسؤولية عن طريق البحث في التنظيم القانوني المنطبق عليها، لتبيان الحكم القانوني لشروط تعديل المسؤولية والقيود الواردة عليها في ظل عدم وجود تشريع فلسطيني متخصص ينظم مسؤولية البنك.
- التعرف على الآثار القانونية المترتبة على اتفاقيات تعديل المسؤولية البنكية.

نطاق الدراسة:

يقتصر نطاق الدراسة على دراسة موضوعية مستفيضةً من خلال استعراض النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع في القوانين السارية المفعول في فلسطين ودراستها دراسة وصفية تحليلية، وهذه القوانين هي: مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية، والقرار بقانون رقم (9) لسنة (2010) بشأن البنوك، مع الإشارة عند اللزوم لقانون التجارة الأردني الساري المفعول في الضفة الغربية رقم (12) لسنة (1966)، والقرار بقانون بشأن المعاملات الإلكترونية الفلسطيني رقم (15) لسنة (2017)، وقرار بقانون رقم (20) لسنة (2015) بشأن مكافحة غسيل الأموال وتمويل الإرهاب، وقانون التأمين رقم (20) لسنة (2005)، والقانون الأساسي الفلسطيني وتعديلاته لسنة (2005)، وقانون البينات الفلسطيني في المواد المدنية والتجارية رقم (4) لسنة (2001)، كما قامت الباحثة بالاسترشاد بالنُّظم القانونية الأخرى في بعض المواضع.

صعوبة انجاز الدراسة:

الحظر العام الذي فرض بسبب مرض فيروس كورونا (كوفيد-19).

الدراسات السابقة:

هناك العديد من الدراسات المتعلقة بالإعفاء من المسؤولية في القانون المدني وأبرزها "الشرط المعدل للمسؤولية في القانون المدني المصري" وهي رسالة ماجستير في القانون المدني في جامعة النجاح الوطنية للطالب (أحمد سليم فريز نصرة)، هدفت إلى التعرف على المسؤولية العقدية والشروط المعدلة لها بشكل عام في الفصل الأول، وتحدثت عن المسؤولية العقدية

وتطبيقات لها وقيود في الإعفاء أو التشديد في القانون المصري ومشروع القانون المدني المصري في الفصل الثاني.

كما أن هناك العديد من الدراسات المتعلقة بشرط الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية وعن المسؤولية البنكية بشكل عام، إلا انه لا توجد دراسات فلسطينية سابقة متخصصة تتعلق بالاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية المدنية في العقود البنكية تبحث في العقود البنكية والتعليمات الصادرة عن سلطة النقد الفلسطينية والتي تتناولها هذه الدراسة، مما دفع الباحثة فيها نظرا لطبيعتها الخاصة وحداثتها التي تحتاج إلى البحث والتعمق في دراستها من أجل الوقوف عليها وتحليل ما يترتب عليها من آثار وأحكام بالنظر إلى العقود البنكية والتعليمات الصادرة عن سلطة النقد.

منهجية الدراسة:

للخروج بهذه الدراسة تم الاعتماد على المنهج (الوصفي التحليلي) للنصوص القانونية، حيث تم استعراض النصوص القانونية المنظمة لموضوع الدراسة في القوانين سارية المفعول في فلسطين، كما تم استعراض آراء الفقهاء والباحثين القانونين في هذا المجال عبر كتبهم وأبحاثهم ودراساتهم القانونية وأحكام المحاكم، وتحليل هذه النصوص القانونية والآراء الفقهية والأحكام القضائية ودراستها دراسة مستفيضة محكمة تساعد في التعرف جيداً على الموضوع مجال الدراسة حتى يتم التوصل إلى الأهداف المرجوة من خلالها.

خطة الدراسة:

تتكون هذه الدراسة من فصلين، تناول الفصل الأول الشرط المشدد لمسؤولية البنك المدنية، من حيث شرط تحمل المدين السبب الأجنبي وأثره على العقد والشرط المشدد في تقييم مسلك المدين، ويتناول الفصل الثاني منها الشرط المعفي والمخفف للمسؤولية العقدية البنكية.

الفصل الأول

الشرط المشدد لمسؤولية البنك المدنية

إذا توافرت الشروط القانونية لقيام مسؤولية البنك يترتب عليه التزام بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالعميل ما لم يثبت السبب الأجنبي الذي تنتفي معه مسؤولية البنك لانتفاء علاقة السببية بين الخطأ والضرر وهي حالة القوة القاهرة وخطأ العميل وخطأ الغير، ولكن يمكن أن يتم الاتفاق على تشديد مسؤولية المدين وتحميله تبعة السبب الأجنبي أو الاتفاق على التشديد في تقييم مسلك المدين، ويعتبر الشرط المشدد لأحكام المسؤولية العقدية أحد أشكال اتفاقيات تعديل المسؤولية، والاتفاق بين العميل والبنك على تشديد المسؤولية له غايات تبرره فبالنسبة للبنك قد يلجأ له بهدف تقاضي ثمنا أكبر للخدمات البنكية المتفق عليها في مقابل تشديد مسؤوليته أو أن البنك يعرض هذا التشديد على العميل ليغريه بقبول التعاقد معه، إلا أنه غالبا ما يصب هذا الشرط في مصلحة البنك فيلجأ له ليطمئن على تنفيذ العميل لالتزامه فيتم تحميل العميل تبعة عدم التنفيذ حتى لو كان عدم التنفيذ راجعا للعميل.

وعليه سيتم الحديث عن شرط تحمل المدين للسبب الأجنبي في المبحث الأول، وتم تخصيص المبحث الثاني للحديث عن صور خاصة من الشروط المشددة وتناول المبحث الثالث الاستثناءات شرط التشديد من المسؤولية العقدية والآثار المترتبة عليه.

المبحث الأول

شرط تحمل المدين السبب الأجنبي في العقود البنكية

يتمثل السبب الأجنبي المُعفى من المسؤولية بالقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ وخطأ المدين وخطأ الغير والقوة القاهرة هي أمر خارج عن إرادة المدين غير ممكن التوقع أو الدفع ويجعل من تنفيذ الإلتزام مستحيلا، ويأخذ خطأ المدين وخطأ الغير حكم القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ فلا يُسأل أحد عن فعل غيره لأن له ذات الخصائص من حيث استحالة التوقع والدفع، ويقاس بذات المقياس وفقا لسلوك الرجل المعتاد وأن يساهم في إحداث الضرر، فالعبرة باستغراق خطأ الغير لخطأ البنك لاعتباره سبباً أجنبياً تنتفي معه علاقة السببية.[1] نوضح في المطلب الأول

([1]) خليلي، سهام. المسؤولية المدنية للبنك. (رسالة ماجستير)، جامعة محمد خيضر-بسكرة، الجزائر، 2008، ص98 وما بعدها.

من هذا المبحث المقصود بالسبب الأجنبي وأثره على العقد، ونتناول في المطلب الثاني الاتفاق على مخالفة قواعد السبب الأجنبي.

المطلب الأول: المقصود بالسبب الأجنبي وأثره على العقد

يتناول هذا المطلب القوة القاهرة وخطأ الدائن وخطأ الغير باعتبارها تشكل سببا أجنبيا تؤثر على العقد، ولكن قبل الخوض بالحديث عن القوة القاهرة وخطأ العميل وفعل الغير كأسباب لنفي مسؤولية البنك لا بد لنا بداية من تعريف السبب الأجنبي ومن ثم دراسة الحالات التي يقوم فيها.

لم تعرف القوانين السارية لدينا السبب الأجنبي، فيما عرفه الفقه: بأنه "هو كل أمر خارجي يجعل من هذا الشيء سلطة لإحداث الضرر بحيث يستحيل منعه".[1] وعرف أيضاً بأنه: "كل أمر غير منسوب إلى المدين ترتب عليه استحالة التنفيذ مما أدى الى الحاق الضرر بالدائن "وهذا السبب لا يكون إلا قوة قاهرة أو خطأ المضرور الدائن أو خطأ الغير.[2] ويمكننا تعريفه بأنه: فعل أو حادث محتم الوقوع خارج عن إرادة البنك وتوقعاته ولا يستطيع دفعه ينتج عنه استحالة وفاء البنك بالتزاماته تجاه العميل، أي أن للسبب الأجنبي ركنان هما:

علاقة السببية: أي أن الضرر محتم الوقوع نجم عنه استحالة وفاء البنك بالتزاماته.

انتفاء الإسناد: أي أن الضرر خارج عن إرادة البنك وتوقعاته؛ لذلك على البنك إقامة الدليل على السبب الأجنبي.[3]

وبناءً على ما سبق نقسم المطلب الى فرعين: الفرع الأول تحدثنا فيه عن القوة القاهرة وشروطها والفرع الثاني تحدث عن فعل المدين وفعل الغير.

الفرع الأول: المقصود بالقوة القاهرة وشروطها

أولا: تعريف القوة القاهرة

---

(1) سلطان، ناصر محمد عبد الله. المسؤولية عن فعل الأشياء التي تتطلب عناية خاصة والآلات الميكانيكية. طبعة1، لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية، 2005.ص180.

(2) بدر، أسامة، فكرة الحراسة في المسؤولية المدنية، ص 78 مشار إليه لدى: العدوان، صلاح. المسؤولية المدنية عن الاشياء والآلات الخطرة. (رسالة ماجستير)، الاردن: جامعة الشرق الاوسط، 2019، ص 57.

(3) عماري، ابتسام. مسؤولية البنك المدنية عن عملية التحويل البنك الالكتروني. (رسالة ماجستير)، الجزائر: جامعة قاصدي مرباح، 2017، ص 44.

اعتبر البعض القوة القاهرة مرادفا للحادث الفجائي،[1] وتعددت التعاريف الفقهية للقوة القاهرة كإحدى حالات السبب الأجنبي، فعرفت بأنها: حادث غير متوقع يخرج عن إرادة المتعاقدين يحول دون تنفيذ العقد ويؤدي إلى إعفاء المتعاقد من التزامه،[2] تلاحظ الباحثة أن هذا التعريف يحصر تعريف القوة القاهرة في إطار المسؤولية العقدية دون المسؤولية عن الفعل الضار.

كما ذهب فريق آخر من الفقهاء[3] إلى تعريف القوة القاهرة على أنها هي الحادثة الخارجية التي تتسبب بصفة مطلقة في عدم إمكان تفادي خرق واجب عام أو التزام واستحالة دفع وقوع الضرر، وهذه الاستحالة قد تكون مادية أو معنوية،[4] تلاحظ الباحثة أن هذا التعريف يؤدي إلى إخراج بعض الظواهر الداخلية والتي تُعد قوة قاهرة بتوافر باقي الشروط مثل الحريق من نطاق مفهوم القوة القاهرة.

كما عرفت بأنها: حادث غير متوقع لا يد للشخص فيه، ولا يستطيع دفعه ويترتب عليه أن يصبح تنفيذ الإلتزام مستحيلا "،[5] وترى الباحثة هذا التعريف جاء شاملا لشروط القوة القاهرة حيث اعتبر أن كل حادث تتوافر فيه هذه الصفات يعتبر قوة قاهرة [6] بشرط أن لا يكون للإنسان يد فيه.

ويشترط في القوة القاهرة أو الآفة السماوية أن تكون مستحيلة التوقع، أي ليس بالإمكان التحرز منها،[7] كما يشترط أن تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، وبعبارة أخرى أن تكون مستحيلة

---

(1) عرفة، سيد عبد الوهاب. مرجع القاضي والمحامي المتقاضي في التعويض عن المسئولية المدنية في ضوء الفقه وقضاء النقض، دون طبعة، الإسكندرية: المكتب الفني للموسوعات القانونية، دون تاريخ، ص 101.

(2) أبو بيح، حمزة هشام كمال. السبب الأجنبي وأثره على أحكام المسؤولية المدنية - دراسة مقارنة. (رسالة ماجستير)، جامعة النجاح الوطنية - نابلس،2018، ص 51.

(3) السنهوري، عبد الرازق، الوسيط في شرح القانون المدني – الجزء الأول- مصادر الإلتزام، مرجع سابق، ص 735.

(4) مغلاوي، محيي الدين. المسؤولية المدنية والجزائية للبنك في القانون الجزائري. (رسالة ماجستير)، الجزائر: جامعة العربي بن مهيدي-أم البواقي-، 2014. ص 32.

(5) الخلايلة، عايد رجا. المسؤولية التقصيرية الالكترونية المسؤولية الناشئة عن اساءة استخدام اجهزة الحاسوب والانترنت: دراسة مقارنة. ط2، عمان: دار الثقافة، 2009.ص 156.

(6) وعرفت أيضا القوة القاهرة بأنها: "كارثة طبيعية غير متوقعه، ولا يمكن التصدي لها وتفلت من مراقبة الإنسان، وحدث تسببت فيه قوة تفوق قوة الإنسان حيث لا يستطيع هذا الأخير أن يتجنبها أو أن يتحكم فيها " . انظر: الشيخ، ادريس عبد الله محمد. الاعفاء والتخفيف غير الارادي من المسؤولية العقدية. (رسالة دكتوراه)، السودان: جامعة النيلين، 2014، ص 61.

(7) الغانمي، خضير مخيف فارس. النظام القانوني للتحويل الإلكتروني للنقود: دراسة مقارنة: مفهوم التحويل الإلكتروني للنقود، أنواع التحويل الإلكتروني للنقود الطبيعة القانونية. أحكام مسؤولية المصرف المدنية، الإعفاء من المسؤولية. دون طبعة، القاهرة، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2016، ص 218.

الدفع وغير ممكنة التوقع،[1] ولا يكفي أحد الشرطين لانعدام الرابطة السببية بل يجب وجودهما معا، فإذا كان بالإمكان توقع الحادث حتى لو استحال دفعه فلن يعتبر قوة قاهرة ولا حادثا فجائيا، فالحادث الذي يقع في مواعيد دورية كالفيضانات ليس قوة قاهرة لأنها متوقعة، ويجب أن يكون هذا الحادث غير مستطاع التوقع سواء من جانب المدعى عليه أو من أشد الناس حرصا ويقظة.[2] ومن الأمثلة على ذلك قيام البنك المركزي بإصدار قرارات ملزمة للبنوك يمنع بموجبها الإقراض لقطاع اقتصادي معين وكانت هناك مفاوضات جدية جارية بين البنك والعميل ووصلت إلى مرحلة متقدمة فيكون امتناع البنك عن تنفيذ الاتفاق في هذه الحالة راجعاً لقوة قاهرة .[3]

وقد نصت المادة (122) من قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنه(1966)الساري في الضفة الغربية على أنه" ان العمليات البنكية غير المذكورة في هذا الباب تخضع لأحكام القانون المدني المختصة بالعقود المختلفة (الناجمة عن العمليات المذكورة أو العقود التي تتصف بها هذه العمليات)"، أي أن هذه المادة أحالت العمليات البنكية والحالات القانونية التي لم يتم معالجتها في قانون البنوك إلى القواعد العامة في مجلة الأحكام العدلية؛ وعليه بما أن القوة القاهرة التي تعفي البنك من المسؤولية في لم تنظم في قانون التجارة أو قرار بقانون بشأن المصارف أو غيرها فيتم الرجوع بها إلى مجلة الأحكام العدلية سندا للنص أعلاه، وبالرجوع إلى مجلة الأحكام العدلية نجد أنها عالجت بعض أحكام القوة القاهرة بين طيات نصوصها فذكرت عبارة "ما لا يمكن التحرز منه لا ضمان فيه"، ويقصد بهذه القاعدة أن الفعل أو الحادث الذي لا يمكن السيطرة عليه او التنبؤ به أو توقعه فلا ضمان بسبب وقوعه.[4]

وقد عالج قانون المخالفات المدنية موضوع السبب الأجنبي بين طيات نصوصه بصورة غير مباشرة عندما تحدث عن الإهمال، حيث نص في المادة (2/50/ج) على أنه:" يعتبر الشخص أنه سبب ضرراً بإهماله إذا كان إهماله هو سبب الضرر أو أحد أسبابه، ولكن لا يعتبر أنه سبب ضرراً بإهماله إذا أولا: كان الضرر، وإن كان ذلك الشخص مهملاً، قد نشأ عن وقوع حدث من أحداث الطبيعة الخارقة مما لا يتوقع حدوثه شخص معتدل الإدراك، وأنه لم يكن في الإمكان تجنب عواقب ذلك الحدث باتخاذ الحيطة المعقولة، وثانيا: إذا كان إهمال شخص آخر وإن كان

---

(1) مغلاوي، محيي الدين. مرجع سابق، ص 32. مغلاوي، محيي الدين. المسؤولية المدنية والجزائية للبنك في القانون الجزائري. (رسالة ماجستير)، الجزائر: جامعة العربي بن مهيدي-أم البواقي-، 2014. ص 32.

(2) محمد، خالد عبد الفتاح. المسؤولية المدنية. بلا ط. مصر: دار الكتب القانونية، 2009، ص 211. وانظر أيضا: يوس، حميدة، ساعو، كهينة. الاتفاقات المعدلة للمسؤولية في القانون المدني الجزائري. (رسالة ماجستير)، جامعة عبد الرحمن ميرة- بجاية، 2015، ص 52.

(3) خليلي، سهام. مرجع سابق، ص 99-100.

(4) أبو بيح، حمزة هشام كمال. مرجع سابق، ص 17.

الشخص الأول مهملا هو العامل الفاصل في تسبب الضرر، وثالثا: إذا كان الشخص الذي وقع له الضرر ولدا دون الثانية عشر من عمره، وكان قد دعاه أو أذن له الشخص الآخر الذي سبب الضرر بإهماله بأن يكون في المال الذي وقع الضرر فيه، أو في داخله، أو فوقه أو قريبا منه الى درجة تجعله يتأثر من إهمال الشخص الذي دعاه أو أذن له على الوجه المذكور " أي أنه اعتبر أن أحداث الطبيعة الخارقة المشار اليها في هذه المادة من قبيل القوة القاهرة التي تقطع علاقة السببية بين فعل الشخص والضرر الحاصل.

ثانيا: شروط القوة القاهرة:

1- حادث غير ممكن التوقع

تتميز القوة القاهرة بعدم إمكان توقعها، بمعنى أن يكون الفعل طارئا بطبيعته في حدود المعقول والمألوف، فحدوث سيول أو فيضان في منطقة تنخفض فيها نسبة التساقط يعتبر أمرا غير متوقع ويعد قوة قاهرة.[1]

وهذا يعني أنه إذا أمكن توقع الحدث حتى لو استحال دفعه لا يشكل قوة قاهرة،[2] وعدم التوقع يكون من جانب اشد البنوك حذرا أي أن المعيار المتبع هنا هو معيار موضوعي[3] وليس ذاتياً بأن يكون عدم التوقع مطلقا لا نسبيا، بحيث يستحيل على أي شخص أن يتوقع الحادث مهما كانت درجة يقظته وتبصره، أي أن المعيار هو معيار أشد الناس يقظة وتبصرا؛ لأنه في المعاملات البنكية يعتبر البنك مهنياً محترفاً يفترض به امتلاك خبرة ووسائل تمكنه من الاستعلام والتوقع والتبصر بطريقة أفضل من المدين العادي، وعلى سبيل المثال يكون متبصراً بالمخاطر المتعلقة بأسعار الفائدة خاصة في حالة تقديم الائتمان وتغير أو تقلب سعر الصرف.[4]

---

(1) طليان، محمد حسين صالح. التحويل المصرفي الإلكتروني. دون طبعة، القاهرة: دار النهضة العربية، 2017.، ص 534.

(2) يوس، حميدة، ساعو، كهينة. مرجع سابق، ص 53.

(3) المعيار الموضوعي: (أي أن التوقع يقاس بمعيار الرجل العادي الذي يوجد في نفس الظروف، فهو معيار مجرد لا يعتمد على الظروف الشخصية التي تتغير من شخص الى اخر بل يعتمد على الظروف العامة والخارجية المرتبطة بالحادث أما المعيار الشخصي(الذاتي): هو المعيار الذي يأخذ بالظروف الشخصية والذاتية للفاعل فهو يستند على فطنته ويقظته ويعتمد على تقديره الشخصي لاحتمال حصول الضرر من تصرفاته فكلما اقترب احتمال حصول الضرر لدى الفاعل من درجة اليقين كلما زادت درجة جسامة الخطأ والعكس صحيح بحيث كلما زاد الشك لدى الفاعل في حصول الضرر قلت درجة الخطأ. ولكنه لا يستند الى أساس منضبط حيث أن الفطنة واليقظة هي أمور خفية يصعب تحديدها من شخص الى اخر كما أنه يربط بين الخطأ والضرر فليس بالضرورة أن تكون فكرة توقع الضرر شرطا ضروريا لتوافر الخطأ) انظر: العيسائي، عبد العزيز مقبل. مرجع سابق، ص 56. خوالدة، أحمد مفلح عبد الله. مرجع سابق، ص 54-56.

(4) حماد، طارق عبد العال. التطورات العالمية وانعكاساتها على اعمال البنوك. مصر: الدار الجامعية، 2003،ص 116. وانظر أيضا: الحكماوي، عبد الحكيم. المسؤولية المدنية للمؤسسات المصرفية. بحث منشور

ولقد تطرق قانون المخالفات المدنية لشرط عدم إمكانية التوقع في المادة (3/50/ج) من الفقرة الأولى حينما نص على أنه: "... قد نشأ عن وقوع حدث من أحداث الطبيعة الخارقة مما لا يتوقع حدوثه شخص معتدل الإدراك وأنه لم يكن في الإمكان تجنب عواقب ذلك باتخاذ الحيطة المعقولة". ولكن مجلة الاحكام العدلية لم تنص صراحة على السبب الأجنبي أو صوره مما يعني أنها لم تنص على شرط انتفاء التوقع في نصوص المواد المتعلقة بالسبب الأجنبي ولكن ذلك لا يعني عدم اشتراط هذا الشرط، لأن العبرة بالمقاصد والمعاني لا الألفاظ والمباني حسب المادة(3) من مجلة الأحكام العدلية، التي اعتبرت في المادة (777) منها أن "هلاك الوديعة بأجر لسبب لا يمكن التحرز منه لا يلزم الضمان" مما يفهم من نص المادة أن الضرر إذا كان غير متوقعٍ من قبل المدين وخارجا عن الظروف المألوفة لا يلزم معه الضمان.

وتعني استحالة التوقع عدم إمكانية توقع الحادث قبل وقوعه بشكل مطلق فالحرب على سبيل المثال قد تكون متوقعه في وقت معين بينما لا تكون متوقعة في وقت آخر.[1] فحدوثها لأول مرة لا ينفي عنها صفة القوة القاهرة، وتكرار حدوثها فيما بعد يجعل منها متوقعة.[2]

من هنا كل ما هو متوقع وتسبب في وقوع حادث أو ضرر يعد المدين فيه مخطئا، لأنه لم يفِ بما عليه من التزام كاتخاذ الاحتياطات والإجراءات اللازمة والواقعة على عاتقه، والمتعاقد في ظل الاضطرابات السياسية والاقتصادية لا يمكن له أن يحتج فيما بعد بالقوة القاهرة كذريعة لعدم التنفيذ، ذلك أن هذه الاضطرابات كانت مؤشرات تنذر بوجود أزمة أو حرب أو غير ذلك، بالتالي فهي متوقعة وعلى العكس من ذلك، لو أن الحرب كانت نتيجة عدوان خارجي مفاجئ، ونسترشد برأي محكمة التمييز الأردنية [3] عندما قررت بشأن إيداعات نقدية وعينية لدى البنك العثماني حيث قضي بأنه: "من الثابت بإقرار البنك بأن الحالة في يافا وصلت بعد(1948/4/25) إلى درجة من الخطورة لا يمكن معها استمرار أي مؤسسات مالية في عملها دون التعرض لخطر في أموالها، وان إغلاق موظفي البنك ومغادرتهم يافا دون أن يحاولوا نقل الودائع إلى مكان أمين رغم علمهم بخطورة الحالة واحتمال تعرض تلك الودائع إلى الهلاك والاستيلاء، فإن البنك يعتبر

على الموقع الإلكتروني: https://alhoriyatmaroc.yoo7.com/t281-topic، تاريخ الزيارة: 2020/3/19، الساعة: 10:37. وانظر أيضا: محيي الدين، مغلاوي. مرجع سابق، ص33.

(1) خليلي، سهام. مرجع سابق، ص 99 والدواغرة، موسى عبد الكريم. الشروط المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية في القانون المدني الاردني. (رسالة ماجستير)، الاردن: جامعة اليرموك، 2017.، ص 135.

(2) الغانمي، خضير مخيف فارس. مرجع سابق، ص 219.

(3) حكم محكمة التمييز الاردنية رقم (1954/6)، بتاريخ 1954/7/4، مجلة نقابة المحامين، ص231، نقلا عن الشماع، فائق محمود. الشماع، فائق محمود. الإيداع المصرفي- الجزء الثاني – الإيداع غير النقدي – دراسة قانونية مقارنه. طبعة 1، عمان: دار الثقافة، 2011، ص83.

مقصرا بعدم نقل هذه الودائع إلى مكان أمين وملزم بضمانها بمقتضى نص المادة (787) من المجلة التي ألزمت المودع لديه بالضمان إذا هلكت الوديعة بتعديه أو تقصيره حيث يعتبر البنك مسؤولا عن الوديعة في حال لحق بها ضرر أو فقدت إذا كان بسبب خطأ موظفي البنك".

أما الوقت الذي يجب أن يكون فيه المدين متوقعا للقوة القاهرة فهو بالنسبة للمسؤولية العقدية يكون تقدير عدم إمكانية التوقع فترة -وقت- إبرام العقد، فهو الوقت الذي يقدم فيه المدين على الإلتزام وهو الوقت الذي يقدر فيه المدين ظروف تنفيذ التزامه وإمكانية ذلك، ويأخذ بعين الاعتبار كل العوائق التي يمكن أن تنشا خلال ذلك، فمتى تم ذلك فكل ما يخرج عنه هو غير ممكن التوقع ويعفى من المسؤولية، أما بالنسبة لكل ما يطرأ خلال التنفيذ فإنه ينظر فيها لمقاومة المدين واتخاذه التدابير الملائمة التي من شأنها دفع الضرر، إذ يعتبر المدين مرتكبا لخطأ يتحمل مسؤوليته إذا أهمل أو تباطأ أو امتنع عن اتخاذ التدابير الملائمة التي من شأنها دفع الضرر، أما بالنسبة للمسؤولية التقصيرية فتقدير وقت عدم توقع القوة القاهرة يكون وقت وقوع الحادث ذاته - الفعل الضار-[1] فالأصل إضافة الحادث الى أقرب أوقاته.[2]

2- حادث غير ممكن الدفع

لكي يُعتبر الحادث قوة قاهرة يؤخذ بالقوة القاهرة لا يكفي للمدين إثبات أن الحادث كان غير متوقع، بل يجب أن يبين الطابع القهري لهذا الحادث الذي جعل منه عاجزا عن تنفيذ التزامه، أي أن البنك لم يستطع دفع هذه الواقعة فلو استطاع دفعه فلا يعد قوة قاهرة، وان توفر شرط عدم التوقع، مع ملاحظة وجوب قيام المدين بدوره كاملا واتخاذ كل الاحتياطات اللازمة التي كان من شأنها أن تكفل تنفيذ الالتزام، أما في حال توافر ظرف القوة القاهرة مع إخلال المدين بالتزامه و ارتكابه خطا ما أو كان خطأ من جانب الدائن أو الغير، فهذا يعني أن عدم تنفيذ الالتزام تعددت أسبابه مما يقتضي تقسيم المسؤولية بينهم و إعفاء المدين ولو جزئيا من المسؤولية.[3] فمثلا إذا حدث حريق –عند من لا يأخذون بالتفرقة بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ لأن الأخذ بالتفرقة يجعل الحريق حادثا مفاجئاً لا يعفي من المسؤولية - جعل البنك عاجزاً عن تنفيذ الالتزام وبالتالي يكون غير قابل للدفع وبالتالي له وصف القوة القاهرة.[4] ولكن المادة (55/ب) من قانون

---

(1) خليلي، سهام. مرجع سابق، ص 99. وانظر أيضا: دواغرة، موسى عبد الكريم. مرجع سابق، ص134-135. وانظر أيضا: دواس، أمين، مرجع سابق ص 109. وانظر أيضا: السنهوري، عبد الرازق. مرجع سبق- الوسيط في شرح القانون المدني- مصار الالتزام، ص 737.

(2) المادة (11) من مجلة الأحكام العدلية صدرت عن مجلس شورى الدولة العثمانية ورسمت بمرسوم السلطان العثماني عبد العزيز بن محمود ود الثاني في عام 1869م، وتوطد نفاذها 1876م.

(3) الغانمي، خضير فارس. مرجع سابق، ص 218 وما بعدها.

(4) مغلاوي، محيي الدين. مرجع سابق، ص 33-34.

المخالفات المدنية لا تعتبر أي شخص بأنه سبب ضررا إذا كان الضرر -وإن كان ذلك الشخص على خطأ- قد نشأ عن وقوع حدث من أحداث الطبيعة الخارقة مما لا يتوقع حدوثه شخص معتدل الإدراك ولم يكن بالإمكان تجنب عواقبه باتخاذ الحيطة المعقولة، أي أنه قيد أثر القوة القاهرة بحوادث الطبيعة فقط بحيث لا تشمل كل يخرج عن سيطرة المدين ولا يمكن توقعه ودفعه كالحريق؛ بينما يشمل القانون المدني الأردني على سبيل المثال كل حادث يخرج عن سيطرة المدين ولا يمكن توقعه ولا يمكن دفعه بحيث يشمل الحروب والزلال والفيضانات والإضراب وفعل الحكام. [1]

والمعيار المعتمد في عدم إمكانية الدفع هو المعيار الموضوعي، فالمدين متى كان بإمكانه دفع القوة القاهرة ولم يفعل يعد مخطئا، والمعيار في ذلك هو تصرف الرجل العادي الذي يوجد في ذات ظروف المدين، وما اذا كان بإمكانه دفع الحادث والتغلب على نتائجه، وبناء على ذلك تتخذ مسؤوليته.[2]

ولقد عالج قانون المخالفات المدنية شرط عدم إمكانية الدفع في المادة (3/50/ج) من الفقرة الأولى حينما نص على انه: "... وأنه لم يكن في الإمكان تجنب عواقب ذلك باتخاذ الحيطة المعقولة".

بالرجوع إلى مجلة الأحكام العدلية نلاحظ أنها لم تنص بشكل مباشر على القوة القاهرة وإنما ورد فيها "ما لا يمكن التحرز منه لا ضمان فيه"، وتعني هذه القاعدة أن الفعل أو الحادث الذي لا يمكننا السيطرة عليه أو التنبؤ به أو توقعه إن حدث فلا يرتب الضمان، [3] كما ورد فيها: إذا هلكت الوديعة أو جزء منها أو فقدت بدون صنع المستودع وتعديه وتقصيره في الحفاظ عليها كما لو سرقت الوديعة أو جزء منها لا يلزم الضمان أي أن خسائرها تعود على المودع سواء أهلكت أو فقدت الوديعة بسبب ممكن التحرز منه أو غير ممكن التحرز فلا يلزم الضمان، ولكن الوديعة بأجر إذا هلكت لسبب ممكن التحرز منه كالسرقة يكون مضمونا على المستودع، أما إذا هلكت لسبب غير ممكن التحرز منه كالحريق الغالب فلا يلزم الضمان لأن الحفظ مقصود وواجب

---

(1) نصت المادة (247) من القانون المدني الأردني على أنه:" في العقود الملزمة للجانبين اذا طرأت قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً انقضى معه الإلتزام المقابل له وانفسخ العقد من تلقاء نفسه... الخ "

(2) خليلي، سهام. مرجع سابق، ص 99.

(3) حيدر، علي. مرجع سابق، ص 241،207. وأبو بيح، حمزة هشام كمال. مرجع سابق، ص 17.

مقابل بدل، لذلك إذا هلكت الوديعة بيد المستودع بالأجرة بسبب ممكن التحرز منه يكون ضامنا لها بالاتفاق، ما يعني أن المودع لديه مسؤول عن الوديعة إذا وقع من جانبه تعدٍّ أو تقصير.[1]

وعليه لنكون أمام قوة قاهرة يجب توافر شرطين وهما استحالة التوقع والدفع مما يؤدي إلى استحالة التنفيذ، ولكن القوة القاهرة قد تخرج عن هذه القاعدة إذ نجد من الحوادث ما تؤدي فيها استحالة الدفع إلى استحالة التنفيذ مباشرة بالرغم من عدم تحقق شرط عدم التوقع مما يؤدي الى إعفاء المدين من المسؤولية، لأن في هذه الحالة تستغرق استحالة الدفع شرط التوقع.[2] كالوفاة فهي مستحيلة الدفع مع أن الوفاة متوقع أن تحصل في أي وقت ومع ذلك تؤدي إلى استحالة تنفيذ الإلتزام لذلك فان جانبا من الفقه يكتفي بشرط استحالة الدفع ويذهب إلى أن عدم التوقع ليس شرطا إنما نتيجة فقط لخارجية القوة القاهرة، أي لا يشترط في استحالة التوقع أن تكون مطلقة حيث أن التخمين المؤكد ينفي استحالة التوقع.[3]

3- حادث خارجي

ويقصد بالخارجية أن لا يكون هذا الحادث بفعل المدين وأن يكون أجنبيا عنه وخارجا عن إرادته بصورة لا يمكن معها القول بنسبته إليه شخصيا أو للأشياء المملوكة له أو التي تحت حراسته أو الأشخاص الذي يسأل عنهم تحت أي ظرف من الظروف.[4]

أي أن يكون الحادث خارجيا ولا يد للمدين في حدوثه أي لا خطأ للمدين في حدوثه، أما إذا كان أمراً داخلياً فيعتبر حادثا جبرياً مفاجئاً لا ينقضي به الإلتزام -عند من يأخذون بالتفرقة بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ- [5] فخارجية الحادث تعني انتفاء العلاقة السببية بين الحادث وفعل

---

(1) حيدر، علي. مرجع سابق، ص 241. والمادة (777) من مجلة الأحكام العدلية.
(2)القوة القاهرة في القانون المدني، بحث منشور على الموقع الالكتروني:
https://qawaneen.blogspot.com/2018/03/blog-post_34.html
تاريخ الزيارة:2021/8/19، الساعة 10:10.
(3) القوة القاهرة في القانون المدني، نفس المرجع سابق.
(4) أبو بيح، حمزة هشام كمال. مرجع سابق، ص60-61.
(5) (يرد عند الحديث عن السبب الأجنبي لفظ الحادث الفجائي إضافة للقوة القاهرة وفعل المضرور وفعل الغير، مما يثير تساؤل هل يعتبر الحادث المفاجئ هو سبب أجنبي مستقل بذاته أم يعتبر انعكاسا لمعنى القوة القاهرة؟ وما مدى توافر شرط الخارجية واعتباره عنصرا من عناصر القوة القاهرة؟ اختلف الفقه في ذلك فأقر جزء من الفقه بوجود خصوصية لكل من القوة القاهرة والحادث المفاجئ وأن لكل منهما معنى مختلف ولقد استند بعض أنصار هذا الفقه الى عدة حجج:
1- ان التفرقة تكون بناءً على خطورة الحادث وجسامته، فالحوادث التي تمتاز بالجسامة ويكون أثرها كبيرا تعتبر قوة قاهرة أما الحوادث الأقل جسامة تعتبر حوادث فجائية، ويخضع للقاضي سلطة تقدير جسامة الحادث من عدمة.
2- القوة القاهرة تتميز باستحالة دفعها، بينما يتميز الحادث الفجائي باستحالة توقعه، فلا يشترط اجتماع كلا الخاصيتين في كل منهما، وإن لزم اجتماعهما يكمن الفرق في أن استحالة دفع القوة القاهرة

هي استحالة مطلقة بينما أن استحالة دفع للحادث الفجائي استحالة نسبية لا مطلقة، وهذا كلام غير منطقي لأن الاستحالة في كل منهما يجب بالضرورة أن تكون استحالة مطلقة.

3- القوة القاهرة متعلقة ومتصلة بأمر خارجي لا علاقة له بنشاط المدين كالعواصف وكالحروب والزلازل والصواعق، لكن الحادث الفجائي هو حادث داخلي متعلق بنشاط المدين، كحصول خلل في آلة كهربائية أو انفجارها، ما دام أن الخلل هذا قد نجم من داخل الشيء دون تدخل أي عامل خارجي. ويرى جانب من الفقه أن هذه الخاصية تبرز خاصة في الإعفاء من المسؤولية عن فعل الأشياء، وهو ما قضت به محكمة النقض الفرنسية التي اشترطت أن يكون الفعل أجنبيا عن الشيء ذاته، أي ألا يكون متصلا بتكوينه أو تركيبه أو لوجود عيب فيه حتى ولو كان هذا العيب خفيا، بالتالي السبب الذي ليس خارجيا عن الشيء لا يعتبر سببا أجنبيا معفيا من المسؤولية وإنما يعتبر من قبيل الحادث المفاجئ غير المعفي من المسؤولية.

بينما تبنى جانب آخر من هذا الفقه التفرقة على مبدأ التوسع في إطار الإعفاء من أحكام المسؤولية المدنية بحيث أقرو أن لكل منهما أحكام خاصة به وبالتالي يعتبر كل منهما سببا أجنبيا مستقلا، فيكون الحادث الفجائي والذي تكون به الاستحالة نسبية سببا أجنبيا معفيا من قيام المسؤولية المدنية، بالإضافة إلى القوة القاهرة التي تكون بها الاستحالة مطلقة، ولكن هذا أيضا كلام غير منطقي فيجب توافر الشرطين في كل من الحادث المفاجئ والقوة القاهرة.

أي أن كلا الجانبين فرّق بين القوة القاهرة والحادث الفجائي، ولكن الجانب الأول يهدف إلى الحد من حالات تمسك المدين بالسبب الأجنبي، ويكون ذلك من مصلحة المضرور من خلال قصر حالات السبب الأجنبي على حالات معينة وحوادث معينة بحد ذاتها كتلك التي تتصف بصفة الخارجية عن الشيء أو تلك التي تكون الاستحالة بها استحالة مطلقة أو تلك التي تمتاز بالجسامة جميعها "القوة القاهرة"، مع استبعاد الحادث الفجائي من نطاق اعتباره سببا أجنبيا تنتفي معه قيام أحكام المسؤولية المدنية، وذلك بسبب اعتمادهم على المعيار الشكلي الذي استند إليه هذا الجانب من الفقه؛ وبالتالي فإن الحادث المنشئ للضرر إذا وقع من خارج الشيء الذي يعتبر أداة إحداث الضرر، فيعتبر الحادث قوة قاهرة كالزوابع والزلازل، أما إذا كان الحادث قد نشأ بسبب أمر داخلي في الشيء يعتبر حادثاً فجائياً بعيداً؛ فيعتبر سببا أجنبيا كانفجار إطار السيار ة أو احتراق المحرك، على اعتبار أن الانسان لا يسأل عن الأعمال الخارجية عنه والتي لا تتصل به حسب قولهم، وهذا الرأي أخذ به القضاء الفرنسي حيث اعتبر أن العيب الداخلي للشيء لا يعتبر حادثا مفاجئا معفيا من المسؤولية.

ونجد الجانب الآخر من الفقه وهو الأوسع انتشاراً، أن القوة القاهرة هي ذاتها الحادث المفاجئ وأن التمييز بينهما لا يقوم على أساس صحيح فلا يقر ولا يفرق بين القوة القاهرة والحادث الفجائي لا شكلا ولا مضمونا، ويعتبر أن التفريق لا يستند الى أساس صحيح فالقول بالاستحالة المطلقة والنسبية تصلحان في كونهما شروطا لنفي قيام المسؤولية المدنية باقترانهما بكل من القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، هو أمر غير منطقي على اعتبار أن الاستحالة دائما يجب أن تكون استحالة مطلقة، وهذا الرأي يعتبر من قبيل القوة القاهرة الحرب، والإضراب، والسرقة والحريق، وهي حوادث على خلاف الطبيعة ترجع أسبابها إلى فعل الإنسان سواءً بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، ومع ذلك تبقى معفية من المسؤولية متى توافرت شروط ذلك ويقطع العلاقة السببية بين الخطأ والضرر بالتالي يمنع المتضرر أن يطالب التعويض عما لحقه من ضرر من البنك.

وتعد الحرب من حوادث القوة القاهرة ذلك أن آثارها لا تقتصر على النظام السياسي بل تمتد للمجال الاقتصادي والاجتماعي، فتتأثر بها مختلف المعاملات القانونية، مما يفرض ويوجد مشكلة المسؤولية خاصة التعاقدية منها، ويطرح مشكل توزيع المسؤولية التي طرحت على القضاء مرارا والذي أوجد أسس المسؤولية في حالة الحرب، فحادث الحرب في حد ذاته لا يعتبر قوة قاهرة فهي من فعل الإنسان إذ ليس فيها عنصر عدم التوقع، لذا يشترط لاعتبارها كذلك أن تتسبب في استحالة مطلقة في التنفيذ ودرء نتائجها وإلا كنا أمام ظرف طارئ، وقد قررت محكمة التمييز الأردنية " إن القول إن حرب الخليج الثانية تشكل معذرة مشروعة لوقف سريان مرور الزمن هو غير وارد ما دام انه كان بإمكان المدعين إقامة الدعوى خلال الثلاث سنوات إما في الكويت أو الأردن أو الولايات المتحدة الأمريكية حيث أن للمدعى عليها فروع في الأردن والكويت".

كما استقر القضاء بخصوص الحرب على وجوب دراسة ظروف قيامها وتاريخ إبرام العقد ما إذا كان قبل أو أثناء الحرب، إضافة إلى محل تنفيذ العقد و قربه من منطقة عمليات الحرب، فالقضاء لم يفصل بشكل قاطع حول اعتبار الحرب قوة قاهرة، وأوقف ذلك على دراسة كل قضية بشكل منفرد، إذ يراعي في ذلك إمكانية وقف التنفيذ حتى انتهائها أو خفض الالتزام على الأقل.

وهو ذات الموقف الذي اعتمده القضاء بخصوص الإضراب، فيراعى فيه إذا ما تم التفاوض قبله مع رب العمل، والبحث في أخطاء أرباب العمل، هل تم مراعاة الإشعار المسبق؟ هل سبق وان حدث بهذه المؤسسة؟ هل هو عام أو يشمل فئة فقط من العمال؟ وهل استحال العمل في المؤسسة بسببه؟ فمثلا يعد الإضراب الذي أعلن عنه قبل

المدين، أي ألا يمكن إسناد هذا الحادث ولا بأي شكل من الأشكال إلى فعل المدين تحت أي ظرف سواءاً بصفة مباشرة أو غير مباشرة، فلا يعتبر الأمر قوة قاهرة إذا كان فعل المدين سببا ولو جزئيا فيه،[1] كحالة تعرض أجهزة البنك للتلف بسبب الفيضانات أو الزلازل أو درجات الحرارة العالية المفاجئة في المنطقة، فلا يمكن للبنك التذرع بأنها قوة قاهرة إذا ثَبَتَ نقص في الاحتياطات ووسائل الأمان المتخذة من قبله لمنع وقوع الضرر، فيتحمل البنك ذلك رغم أن القوة القاهرة ساهمت في عدم تنفيذ الالتزام ووقوع الضرر، ومن المهم تحديد وقت ارتكاب خطأ البنك فإذا كان قبل القوة القاهرة وتسبب في حدوثها أو صاحبها مما أدى إلى المساهمة في تحقق آثارها وتفاقم نتائجها كعدم قيام البنك بإطفاء حريق أو التأخر في ذلك فيسأل في هذه الأحوال، وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض الفرنسية بقولها أنه لاعتبار الواقعة بمثابة القوة القاهرة يجب أن لا يكون للمدين أو أتباعه يد في حدوثها.[2]

كما لا تعتبر قوة قاهرة الحوادث التي تدخل ضمن عمل البنك كالإهمال في صيانة أجهزة البنك حتى مع وجود عواصف ثلجية أو عدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة لحماية النظام الإلكتروني، لأنها تعتبر واجبات مفروضة على البنك بموجب تعليمات سلطة النقد رقم (1) لسنه (2015)، وفي حال الإخلال بها يعتبر خطأ صادراً من البنك،[3] ومن أمثلتها ما ورد في المادة (5) من هذه التعليمات حيث نصت على أنه:" يجب على المصرف اتخاذ الاحتياطات الأساسية التالية قبل حدوث وأثناء الحالة الجوية الطارئة

أسبوع متوقعا، في حين إضراب نقابة العمال تضامنا مع نقابة أخرى غير متوقع بتاتا ويعد من قبيل القوة القاهرة متى أدى لاستحالة التنفيذ.

راجع في ذلك: الدسوقي إبراهيم ص188، 190. والذنون، حسن علي، ص 53 ،54. والسيد، عمرعبد الله 86. وسلطان، أنور: مصادر الإالتزام في القانون المدني الأردني: ط2/ عمان منشورات الجامعة الأردنية 1987، ص 338 مشار إليهم لدى: مشار إليهم لدى: أبو بيح، حمزة هشام كمال. السبب الأجنبي وأثره على أحكام المسؤولية المدنية-دراسة مقارنة. (رسالة ماجستير)، جامعة النجاح الوطنية نابلس،2018، مرجع سابق، ص55 وما بعدها وما رجع له من مراجع، وسلطان، ناصر محمد عبد الله. مرجع سابق، ص 182. والشماع، فائق محمود. الإيداع المصرفي- الجزء الثاني – الإيداع غير النقدي – دراسة قانونية مقارنه، ص91. وأبو بيح، حمزة هشام كمال. مرجع سابق، ص 58. وطليان، محمد حسين صالح. مرجع سابق، ص 537.وقرار تمييز حقوق رقم 200/675 المنشور في مجلة نقابة المحامين لسنة 2000، ص 158. مشار إليه لدى عن الصمادي، حازم نعيم. المسؤولية في العمليات المصرفية الإلكترونية. ط1، عمان: دار وائل للنشر، 2003.ص 147. السنهوري، عبد الرازق، الوسيط في شرح القانون المدني- الجزء الأول - مصادر الالتزام، مرجع سابق ص735-736. ودواس، أمين، مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية. طبعة 1، رام الله: المعهد القضائي الفلسطيني، 2012، ص108. ونصرة، أحمد. مرجع سابق، ص 159.

(1) مغلاوي، محيي الدين. مرجع سابق، ص 32.

(2) أبو فروة، محمود. مرجع سابق، ص 196-198و نصرة، أحمد. الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري. (رسالة ماجستير)، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2006، ص 159-160.

(3) الغانمي، خضير مخيف فارس. مرجع سابق، 220.وانظر أيضا: تعليمات سلطة النقد الفلسطينية رقم (2015/1) بشأن الأحوال الجوية الصادرة عن سلطة النقد الفلسطينية بتاريخ 2015/1/4م.

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

وما جاء في تعليمات رقم (2) لسنة (2009) بخصوص إدارة استمرارية العمل في المصارف، حيث أوجبت هذه التعليمات على المصارف وضع خطط لمواجهة المخاطر والكوارث مبنية على أسس سليمة وصحيحة سواءً المخاطر الداخلية أو المخاطر الخارجية، وهذه المخاطر إما تكون ناتجة عن الأعمال الكيدية والتخريبية كالإضرابات والحروب، وإما ناتجة الكوارث الطبيعية ومنها الزلازل والبراكين والحرائق ومنها الناتجة عن الكوارث التقنية كانقطاع التيار الكهربائي. وبالتالي فان عدم التزام البنك بهذه التعليمات تجعل منه مقصرا في التزاماته وبالتالي إذا تحقق التقصير ينتفي معه عدم الاسناد وتنتفي العلاقة السببية بين الحادث وفعل المدين-البنك- لأن شرط الخارجية يقتضي بأن لا يتسبب البنك بالحادث بأي شكل من الأشكال فلا يتعبر قوة قاهرة وان تسبب ولو جزئيا فيه.

ومن الثابت أن الجهد المطلوب من البنك في بذل عنايته هو جهد الشخص شديد الحرص لأن بإمكانه توقع مثل هذه الأخطار والاحتياط لدفعها باعتباره شخص مهني يحترف القيام بأعماله، وبعكس ذلك يسأل البنك باعتبار أنه قصر أو أهمل في الحفاظ على أموال العميل ولم ينفذ التزاماته التعاقدية، لأنه وبالرجوع إلى نص المادة (777) من مجلة الاحكام العدلية نجد أنه إذا كانت الوديعة بأجر فيعتبر الحفظ مقصود وواجب مقابل بدل وإذا هلكت الوديعة بيد المستودع بالأجرة بسبب لا يمكن التحرز منه لا يضمن، أما اذا هلكت بسبب ممكن التحرز منه كالسرقة يكون ضامنا لها بالاتفاق أي يطلب هنا عناية الرجل المعتاد والرجل المعتاد هنا هو الرجل المعتاد من أوساط المهنة، فلا يجوز للبنك أن يخطئ فيما استقرت عليه أصول مهنته، أي أن المعيار هنا هو معيار موضوعي قائم على الإضرار حتى ولو لم يتوفر قصد الإضرار أو الخطأ بينما الوديعة بدون أجر فان درجة العناية تقاس بمعيار ذاتي أو شخصي فسواءً أهلكت أو فقدت بسبب ممكن التحرز منه أو غير مكن التحرز منه فلا يلزم الضمان، لأنه لو لزم الضمان لامتنع الناس عن

قبول الوديعة.[1] بينما الوديعة البنكية فإن التزام البنك بالرد هو التزام بتحقيق نتيجة فلا يبرأ منه المصرف إلا بإثبات السبب الأجنبي وسيتم تفصيل انظر تفصيل هذه الحالة في المبحث الأول من الفصل الثاني ص 66 وما بعدها.

وفي ذلك تقول محكمة التمييز الأردنية "أن السرقة لا تعتبر قوة قاهرة أو سببا خارجيا من شأنه أن يعفي المؤسسة من المسؤولية والضمان، وذلك إن السرقة إما أن تقع من موظفي المؤسسة أو مستخدميها أو الغير، فان وقعت من مستخدميها فهي مسؤولة عن أفعال مستخدميها بحكم التبعية، وحتى إن وقعت من الغير فأيضا لا تعفى المؤسسة من المسؤولية باعتبارها تحفظ أموال للجمهور".[2]

وعليه فلا يؤخذ بالحسبان الظروف الخاصة بالفاعل وخاصة اذا كان الخطأ مهنيا فيقاس وفق معيار الرجل المعتاد من أوساط المهنة والذي لا يجوز له أن يخطئ فيما استقرت عليه أصول مهنته، وهذا ما يستفاد مما نصت عليه المادة (3/50/أولا) من قانون المخالفات المدنية أيضا.[3]

ومن الثابت أن الجهد المطلوب من البنك في بذل عنايته هو جهد الشخص شديد الحرص لأن بإمكانه توقع مثل هذه الأخطار والاحتياط لدفعها باعتباره شخص مهني يحترف القيام بأعماله، وبعكس ذلك يسأل البنك باعتبار أنه قصر أو أهمل في الحفاظ على أموال العميل ولم ينفذ التزاماته التعاقدية، لأنه وبالرجوع إلى نص المادة (779) من المجلة بقولها: " فعل ما لا يرضاه صاحب الوديعة في حق الوديعة تعدٍ"، والتعدي هو الذي يقع من الشخص في تصرفه بمجاوزة الحدود التي يجب عليها التزامها في سلوكه شرعا وقانونا وهو إنحراف في السلوك يتحقق بالإضرار بالغير عن عمد أوعن إهمال وتقصير إلى درجة أدت إلى ضرر الغير، وبالتالي فإن المعيار هنا حسب المعيار الموضوعي قائم على الإضرار حتى ولو لم يتوفر قصد الإضرار أو الخطأ، وكذلك

---

(1) نصت المادة (777) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: (الْوَدِيعَةُ أَمَانَةٌ بِيَدِ الْمُسْتَوْدَعِ بِنَاءً عَلَيْهِ إذَا هَلَكَتْ أَوْ فُقِدَتْ بِدُونِ صُنْعِ الْمُسْتَوْدَعِ وَتَعَدِّيهِ وَتَقْصِيرِهِ فِي الْحِفْظِ لَا يَلْزَمُ الضَّمَانُ. فَقَطْ إذَا أُودِعَتْ بِأُجْرَةٍ لِأَجْلِ الْحِفْظِ وَهَلَكَتْ بِسَبَبٍ مُمْكِنِ التَّحَرُّزِ كَالسَّرِقَةِ تَكُونُ مَضْمُونَةً. مَثَلًا إذَا سَقَطَتْ السَّاعَةُ الْمُودَعَةُ مِنْ يَدِ رَجُلٍ قَضَاءً وَانْكَسَرَتْ لَا يَلْزَمُ الضَّمَانُ. وَأَمَّا إذَا وَطِئَهَا بِرِجْلِهِ أَوْ سَقَطَ مِنْ يَدِهِ شَيْءٌ عَلَيْهَا وَانْكَسَرَتْ لَزِمَ الضَّمَانُ. كَذَلِكَ إذَا أَعْطَى رَجُلٌ لِآخَرَ أُجْرَةً لِأَجْلِ إيدَاعِ وَحِفْظِ مَالِهِ ثُمَّ فُقِدَ ذَلِكَ الْمَالُ بِسَبَبٍ مُمْكِنِ التَّحَرُّزِ كَالسَّرِقَةِ لَزِمَ الضَّمَانُ عَلَى الْمُسْتَوْدَعِ).

(2) قرار تمييز حقوق رقم 1989/62 المنشور في مجلة نقابة المحامين لسنة 1989، ص 2068. نقلا عن الصمادي، حازم نعيم. مرجع سابق. ص 150.

(3) دواس، أمين. مرجع سابق، ص 32. نصت المادة (3/50/أ) من قانون المخالفات المدنية قانون المخالفات المدنية (36) لسنة (1944) المنشور على الصفحة (149) من الملحق (1) عدد الوقائع الفلسطينية (الإنتداب البريطاني) (1380) م، بتاريخ 1944/12/28م. "... شخص معتدل الادراك ذو بصيرة في الظروف التي وقع فيها الفعل / أو التخلف عن إتيان فعل لا يتخلف شخص كهذا عن اتيانه في الظروف التي وقع فيها التقصير".

بالرجوع الى نص المادة (777) من مجلة الاحكام العدلية نجد أنه إذا كانت الوديعة بأجر وهلكت لسبب ممكن التحرز منه كالسرقة يكون مضمونا على المستودع أما إذا هلكت لسبب غير ممكن التحرز منه كالحريق الغالب فلا يلزم الضمان لأن الحفظ مقصود وواجب مقابل بدل، لذلك إذا هلكت الوديعة بيد المستودع بالأجرة بسبب ممكن التحرز منه يكون ضامنا لها بالاتفاق، ما يعني ان المودع لديه مسؤول عن الوديعة إذا وقع من جانبه تعدي او تقصير، فنلاحظ ان التزام المودع لديه هنا هو التزام ببذل عناية الرجل المعتاد والرجل المعتاد هنا هو الرجل المعتاد من أوساط المهنة، فلا يجوز للبنك أن يخطئ فيما استقرت عليه أصول مهنته، أي أن المعيار هنا هو معيار موضوعي قائم على الإضرار حتى ولو لم يتوفر قصد الإضرار أو الخطأ أما الوديعة بدون أجر فان درجة العناية تقاس بمعيار ذاتي أو شخصي فاذا فقدت أو هلكت بدون صنع المستودع وتعديه وتقصيره في الحفاظ عليها كما لو سرقت الوديعة أو جزء منها لا يلزم الضمان سواءً أهلكت أو فقدت بسبب ممكن التحرز منه أو غير مكن التحرز منه فلا يلزم الضمان، أي أن خسائرها تعود على المودع لأن الأصل في الوديعة هو التبرع، فلو لزم الضمان لامتنع الناس عن قبول الوديعة وان شرط ضمان الوديعة اذا كان هلاكها بلا تعدٍ او تقصير هو شرط باطل ولا يلزم الضمان.[1] أما الالتزام الذي فرضه المشرع بخصوص إرجاع القيمة للوديعة البنكية النقدية هو التزام بتحقيق نتيجة وفق القرار بقانون بشأن المصارف وقانون التجارة، وهذا ما يخالف مجلة الاحكام العدلية التي لم تلزم برد قيمة الوديعة كان هلاكها لسبب لا يمكن التحرز منه "قوة قاهرة" إلا إذا كانت وديعة بأجر، وهذا الالتزام لا يتحرر منه البنك المودع لديه إلا بإثبات السبب الأجنبي أو فعل المودع فهو التزام بتحقيق نتيجة ولو لم يثبت عليه خطأ سندا للمجلة، بل لا يبرأ إلا أن ينسب الضرر إلى العميل نفسه أو إلى قوة قاهرة، انظر تفصيل ذلك في المبحث الأول من الفصل الثاني.

ومما يجدر الاشارة اليه بأنه يلعب المعيار الموضوعي المستخدم في إثبات شروط وعناصر القوة القاهرة دورا كبيرا في تقليل الحالات التي يمكن للبنك التمسك فيها بالقوة القاهرة، فكل الظروف والتطورات المحيطة في العمل البنكي يجب على القاضي الأخذ بها بعين الاعتبار في قراره في اعتبار واقعة ما قوة قاهرة أم لا إذا تم إثباتها، لأن الجهد المطلوب من البنك لبذل عنايته هو جهد شديد الحرص واليقظة وليس مجرد عناية عادية كون أن البيئة التي يعمل فيها البنك مليئة بالمخاطر تجعل بإمكانه توقعها وأخذ الاحتياطات الأزمة لدفعها، بالتالي يسأل إذا قصر أو أهمل في الحفاظ على أموال العميل.

---

(1)المادة (777) من مجلة الأحكام العدلية .

ومما سبق وعليه فإن القوة القاهرة هي أمر أو حدث غير متوقع حصوله وغير ممكن تفاديه خارج عن إرادة البنك ودون أن يكون له يد فيه يجبره على الإضرار بالعميل، فينفي علاقة السببية بين خطأ البنك والضرر الحاصل للعميل ويترتب عليه الإعفاء من المسؤولية بشرط أن تكون هي السبب الوحيد للضرر، فالبنك يستطيع أن يتمسك بالقوة القاهرة لإعفاء نفسه من المسؤولية إذا استطاع الإثبات بكافة الطرق مع وجود سلطة تقديرية واسعة لقاضي الموضوع، فيرجع لقاضي الموضوع تقدير اذا كانت الواقعة المدعى بها سببا أجنبيا كفيلا بانقضاء الالتزام وانتفاء المسؤولية ام لا بشرط تسبيب الحكم بناء على أسباب معقولة تكفي لحكمه.[1]

الفرع الثاني: فعل الدائن وفعل الغير

يعتبر فعل الغير وفعل الدائن من حالات السبب الأجنبي الذي يقطع العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، ويجب توافر شروط السبب الأجنبي التي تم ذكرها عند تناول شروط القوة القاهرة، وبما أن حق البنك في دفع مسؤوليته يوازي حق العميل في التعويض عن الضرر الحاصل له كان لا بد من نتناول خطأ الغير أولا ومن ثم خطأ الدائن ثانيا.

أولاً: فعل الدائن (العميل) (أثر عدم الاحقية في اقتضاء تعويض كامل)

فعل الدائن هو: السلوك الصادر من العميل بصورة يشكل انحرافا عن السلوك السوي ويؤدي بالنتيجة إلى إحداثه للضرر الذي أصابه؛ فمن الممكن أن يتسبب العميل في الخطأ بحيث يكون خطؤه غير متوقع ومستحيل الدفع فيدفع المسؤولية عن المدعى عليه.[2]

ويقصد بدفع مسؤولية المدين العقدية في مواجهة الدائن أن يتمسك البنك بسلوك العميل مدعيا أنه هو الذي أدى به إلى الإخلال بتنفيذ التزامه فيتحلل من المسؤولية، وعمليا يندر أن يكون سلوك العميل هو السبب الوحيد في عدم تنفيذ المدين لالتزامه، وإنما هو في كثير من الأحيان يكون مساهما أو معيقا عن تنفيذ التزام الدائن أي أن فعل الدائن كان له أثر ودور في إخلال المدين بتنفيذ التزامه مما يؤدي إلى اعفاء المدين جزئيا من تبعة الاخلال بتنفيذ التزامه المستند لمسؤوليته العقدية،[3] أما إذا تعذر تقدير الجسامة فتتوزع بينهم بالتساوي وفقا لقاعدة تعدد المسؤولين.[4]

---

(1) دواس، أمين. مرجع سابق، ص 108.
(2) أبو بيح حمزة هشام كمال. مرجع سابق، ص115.
(3) السنهوري، عبد الرازق. الوسيط في شرح القانون المدني -الجزء الأول- مصادر الإلتزام، مرجع سابق، ص740 وما بعدها.
(4) يوس، حميدة، ساعو، كهينة. مرجع سابق، ص 53.

ولكي يتم التمسك بخطأ العميل والاستناد إليه يجب توافر الشروط المتطلبة السابق ذكرها عند الحديث عن القوة القاهرة من عدم إمكانية التوقع والدفع،[1] ولتمسك البنك بهذا الخطأ لا يعتبر مفترضا وإنما يجب على البنك إقامة الدليل عليه،[2] ويتعدد خطأ الدائن في عدة صور منها الخطأ الشخصي للدائن كما لو أخطأ العميل بتسليم بطاقة ممغنطة ليس عليها البيانات التي طلبها البنك بل بيانات أخرى أو لا علاقة لها بالعملية التي طلبها العميل من البنك أو بتقديم العميل الدائن بيانات الحوالة البنكية بشكل خاطئ، أو خطأ أحد تابعي الدائن كأن يجعل الدائن أحد تابعيه يقوم بتسليم أوراق أو مستندات للبنك أو بطاقة ممغنطة فأهمل في تسليمها في الموعد المحدد أو سلمها وهي فيها أحد العيوب مما ينجم عنه تأخر البنك في تنفيذ التزامه أو عدم تنفيذه، أو قد يكون الخطأ راجع الى عيب في الشيء الذي سلمه الدائن "العميل" للمدين "البنك" كأن تكون المستندات التي سلمها العميل للبنك غير واضحة أو غير حقيقية أو مصابة بعطل معين أو بتقصير العميل في تقديم المعلومات اللازمة للمعالجة الصحيحة لهذه المعلومات على الرغم من طلب البنك منه القيام بالعملية البنكية المطلوبة أو قد يكون الخطأ في ان يقدم العميل معلومات غير صحيحة بغية الحصول على ائتمان أعلى مما هو متفق عليه أو يقوم بأجراء سحوبات غير مشروعة من حسابات غيره أو أدت هذه المعلومات الخاطئة الى تسليم الحوالة الى غير المستفيد.[3]

وقد يكون الخطأ مشترك كحالة اكتشاف العميل لعيب في بطاقة الدفع الالكتروني المسلمة له وقيامه بإبلاغ البنك بذلك، وبذات الوقت عدم التحرز عليها وتركها في مكان ظاهر مما أدى إلى سرقتها والقيام بعمليات سحب وايداع غير مشروعة، فيعتبر العميل مسؤولا بالاشتراك مع البنك الذي لم يقم بإيقاف عمل هذه البطاقة، أو مطالبة العميل بردها بمجرد إبلاغه بالخلل فيها،[4] أما إذا أبلغ العميل البنك بأن البطاقة فيها عيب وطالبه بايقافها ولم يقم البنك بذلك فيعتبر البنك مقصرا ويسند الخطأ للبنك لوحده.

وبما أن الخطأ قد يكون بفعل العميل نفسه أو يكون ناتجاً عن خطأ مشترك بين العميل والبنك، وهناك فرضان متصوران لخطأ العميل في أن يستغرق أحدهما فعل الآخر أو لا يستغرق أحدهما الآخر:- [5]

([1]) سلطان، ناصر محمد عبدالله. مرجع سابق، ص 203.
([2]) يوس، حميدة، ساعو، كهينة. مرجع سابق، ص 53. وانظر أيضا: أبو فروة، محمود. مرجع سابق، ص 201.
([3]) ذوابة، محمد عمر، ياملكي، اكرم. مرجع سابق، ص202 وما بعدها.
([4]) المهدي، معتز نزيه محمد الصادق. الطبيعة القانونية لبطاقات الائتمان الالكترونية. دون طبعة. القاهرة: دار النهضة العربية، 2006.ص 142.
([5]) أبو فروة، محمود. مرجع سابق، ص 199.

1_ أن يستغرق أحد الفعلين الآخر:- إذا استغرق أحد الفعلين الآخر لم يكن للخطأ المستغرق من أثر، فإذا كان خطأ المدين (البنك) هو الذي استغرق خطأ الدائن المضرور(العميل) كانت مسؤولية المدين (البنك) كاملة لا تتحقق معها مسؤولية المضرور، أما إذا كان خطأ المضرور هو الذي استغرق خطأ المدين كانت مسؤولية المضرور كاملة وتنتفي مسؤولية البنك[1] ولو كان خطأ المضرور ممكن التوقع أو يمكن تجنب اثاره،[2] ويستغرق أحد الخطأين الآخر في حالتين وهما :-

أ_ إذا كان أحد الخطأين يفوق كثيرا في جسامته الخطأ الآخر، وذلك إذا كان الخطأ الأشد هو خطأ عمدي أما الخطأ الاخر غير عمدي، فيكون أحدهم أراد احداث الضرر متعمدا فهو المسؤول وحده حتى لو كان خطأ الآخر ساهم في وقوع الضرر ذلك أن خطأ الثاني استغله المدين في احداث الضرر،[3] كأن يتعمد البنك عدم اجراء التحويل الالكتروني الذي التزم بإجرائه متذرعا بأن العميل تأخر في إرسال مستندات عليه إرسالها رغم عدم أهمية تلك المستندات، وقد يكون المضرور رضي بما وقع عليه من ضرر ولكن الرضى بالضرر ليس من شأنه أن يزيل عن فعل المدين صفة الخطأ ويبقى المدين مسؤولا حتى لو رضي الدائن بالضرر،[4] ولا يمكن القول أن مجرد العلم باحتمال وقوع ضرر يخفف من مسؤولية المدين.

ومن الأمثلة أيضا في حالة منح البنك قرضا للعميل وتتم بينهم المفاوضات على تحديد الضمانات ومعدلات الفوائد ... الخ، وكان قرار البنك متوقفا على تقديم بعض الاثباتات والمستندات لاستكمال ملفه، إلا أن العميل ماطل عمدا في تقديمها للبنك مما دعى هذا الأخير لقطع هذه المفاوضات، فيعتبر العميل قد أخطأ بعدم تقديم هذه المستندات مما يؤدي الى تخوف وريبة البنك من التعامل معه فيعتبر هنا خطأ العميل مستغرقا لخطأ البنك لأن خطأ العميل هو الذي أدى الى قطع المفاوضات.[5]

([1]) طليان، محمد حسين صالح. مرجع سابق، ص 551.
([2]) عرفة، سيد عبد الوهاب. مرجع سابق، ص 102.
([3]) الغانمي، خضير مخيف فارس. مرجع سابق، ص227. ومحيي الدين، مغلاوي، مرجع سابق، ص 34.
([4]) السنهوري، عبد الرازق. الوسيط في شرح القانون المدني-الجزء الأول- مصادر الإلتزام، مرجع سابق، ص 759-760.
([5]) عماري، ابتسام. مرجع سابق، ص51-52.

فاذا استغرق فعل المدعى عليه (البنك) فعل المضرور العميل لا تنقص المحكمة شيئا من التعويض الذي تحكم به للمدعى عليه، وفي هذا قررت المحكمة استئناف رام الله انه اذا كان خطأ المسؤول جسيما يستغرق خطأ المضرور فيلتزم المسؤول بتعويض الضرر.[1]

وقد تناول قانون المخالفات المدنية حالة من حالات الإستغراق وهي حالة رضا المضرور بالضرر الواقع بحيث تعتبر حالة من حالات نفي علاقة السببية بين الفعل والضرر، حيث ورد في المادة (56) منه: "يقبل في معرض الدفاع في الدعوى المقامة لمخالفة مدنية كون المدعي قد عرف وقدر أو لا بد له أن يكون قد عرف وقدر الأحوال التي سببت الضرر فعرض نفسه وماله مختارا لذلك... الخ " فيعتبر خطأ المضرور أشد جسامة من خطأ المدعى عليه أي مستغرقا له في هذه الحالة ويعتبر هو المسؤول وحده حتى لوكان خطأ العميل ساهم في إحداث الضرر.

وتناول أيضا قانون التأمين الفلسطيني حالة التعمد بحيث نصت المادة (149) منه:" لا يستحق المصاب تعويضاً في إحدى الحالات الآتية: 1- من تسبب عمدا في وقوع حادث الطرق. 2- من قاد المركبة أو استعان بها في ارتكاب جناية أو جنحة. 3- من قاد المركبة بدون تأمين نافذ المفعول وقت الحادث أو خالف شروط وثيقة التأمين. 4- من قاد المركبة دون إذن مالكها أو المتصرف بها قانونا ومن كان يعلم أنها تقاد كذلك. 5- من قاد المركبة بدون رخصة قيادة، أو برخصة قيادة لا تجيز له قيادة مركبة من ذات النوع أو قادها برخصة انتهى سريانها مدة تزيد على سنة، أو خلال فترة حرمانه من القيادة بناء على قرار صادر من جهة مختصة قانونا. 6- مالك المركبة أو المتصرف بها الذي سمح لشخص آخر بقيادتها دون أن يكون للمركبة تأمين نافذ المفعول أو كان التأمين لا يغطي حادث الطرق الذي أصيب فيه أي منهما أثناء القيادة سواء كان المصاب داخل المركبة أو خارجها. 7- على الرغم مما ورد في الفقرة (6) من هذه المادة، إذا اصيب السائق بحادث طرق حين قيادتة المركبة بإذن مالكها أو المتصرف بها، ولم يكن للمركبة تأمين نافذ المفعول أو كان لها تأمين لا يغطي الحادث دون أن يعلم ولم يكن من المعقول أن يعلم بذلك، فإنه يحق له مطالبة الصندوق بالتعويض شأنه شأن أي مصاب آخر".[2] يلاحظ أن نص المادة أعلاه تناولت أحد حالات الاستغراق وهي حالة التعمد وعليه فانها حرمت من تسبب عمدا في وقوع حادث الطرق من التعويض عن الحادث.

---

(1) استئناف مدني رقم (2010/246)، تاريخ (2011/1/27) نقلا عن: دواس، أمين. مرجع سابق، ص115.
(2) قانون التأمين الفلسطيني رقم (20) لسنة (2005) المنشور في العدد(26) من مجلة الوقائع الفلسطينية الصادرة بتاريخ2005/10/13.

ب_ قد يكون خطأ المضرور هو نتيجة خطأ المدين، وهنا يعتبر خطأ المدين وحده هو الذي أحدث الضرر فيكون مسؤولا مسؤولية كاملة عن الضرر[1]، كأن يتعذر على العميل إرسال بيانات الكترونية للبنك بسبب قيام البنك بتغيير المفتاح الخاص بالعميل على جهاز الحاسوب دون إعلام العميل بهذا التغيير، والعكس صحيح فإذا كان فعل المدعى عليه-البنك- نتيجةً لفعل المضرور انتفت مسؤولية الأول لانعدام العلاقة السببية، كأن يتصرف البنك بناءً على بيانات غير صحيحة قدمها له العميل وكان لهذه البيانات أثر في التعاقد وفي التزام البنك، فان عدم تنفيذ البنك لالتزامه يعود لخطأ العميل الذي استغرق فعل البنك فيعفى الأخير من المسؤولية.[2]

ولقد تناول قانون المخالفات المدنية المعدل لسنة (1947) حالة إذا كان إهمال المدعى عليه الذي سبب الضرر مبعثه سلوك المدعي والعكس كذلك، فنص في المادة (55 مكررة/ب) منه على أنه:"... إذا كان المدعى عليه قد سبب الضرر بتقصيره، ولكن تقصيره كان مبعثه سلوك المدعي، يجوز للمحكمة أن تعفيه من تبعة دفع تعويض للمدعي، أو أن تنقص مقدار التعويض الواجب دفعه له، وفقا لما تراه متفقا مع العدالة. ب- إذا كان المدعي والمدعى عليه قد سببا الضرر معاً بتقصيرهما، ولكن تقصير المدعي كان مبعثه سلوك المدعى عليه، يجوز للمحكمة أن تزيد التعويض الذي كان ينبغي على المدعى عليه دفعه لو أن هذه المادة لم توضع موضع العمل، إلى مبلغ لا يتجاوز المبلغ الذي كان ينبغي على المدعى عليه دفعه فيما لو كان المدعي لم يسبب الضرر بتقصيره".

وفي هذ السياق قضت محكمة الاستئناف الفلسطينية[3] على أنه "بالرجوع إلى بينات هذه الدعوى سواء المقدمة من جهة المدعين أو من جهة المدعى عليها في هذا السياق، فإنه يلاحظ أن خطأ المضرور لا يرفع مسؤولية المسؤول في الخطأ المشترك إلا إذا تبين من ظروف الحادث

---

(1) خليلي، سهام. مرجع سابق، ص 101.

(2) طليان، محمد حسين صالح. مرجع سابق، ص 552.

(3) استئناف مدني رقم(2010/296)، الصادر بتاريخ(2011/2/28)، منشور على موقع المقتفي على الانترنت على الرابط : http://muqtafi.birzeit.edu والاستئناف المدني رقم (2010/146) و (2010/235) المشار اليهم في ذات المرجع. كما قضت محكمة الاستئناف الفلسطينية أنه" وحيث أن البينة المقدمة قد بينت أن المدعي قد حاول الانتحار من خلال دخوله للمشروع وصعوده للطابق الثالث وسقوطه منه، فإننا نجد أن هذا الأمر يعد خارجا عن أركان المسؤولية التقصيرية الموجبة للتعويض بحال ثبوت توافر أركانها، ونجد أن المدعي أخفق أيضا في إثباتها، وانما الثابت من الدلائل الموجودة في الملف بأن الضرر الذي لحق بالمدعي هو نتيجة لفعل المضرور ذاته؛ إذ إن المضرور هو أصلا مريض وهذا ما ثبت بالتقرير والشهادة الطبية، وأن هذه البينة إنما تتعلق بالأمر المطلوب إثباته، حيث نجد أن هذا السبب –فعل المضرور- هو السبب الوحيد في وقوع الضرر وعلى ضوء انتفاء حصول الخطأ من جهة المدعى عليها، وحيث الذي أصاب المدعي قد نشأ عن سبب أجنبي لم يكن للمدعى عليها يد فيه، وهنا نلاحظ صورة من صور التعمد في إحداث الضرر والتي تستغرق بحصولها فعل المدعى عليه". استئناف مدني رقم(2008/198) صادر بتاريخ 2009/2/22، منشور على موقع المقتفي على الانترنت على الرابط: http://muqtafi.birzeit.edu.

أن خطأ المضرور هو العامل الأول في إحداث الضرر الذي لحق به، وأن خطأه قد بلغ من الجسامة درجة يطغى معها على خطأ الآخر"، يتبين من هذا القرار أن المحكمة قد ذهبت الى أن المضرور اذا كان هو السبب الوحيد الذي أدى الى وقوع الضرر أو أن خطأه بلغ من الجسامة ما يطغى على فعل المدعى عليه فانه يرفع المسؤولية عن المدعى عليه.

2- **عدم استغراق أحد الفعلين للفعل الآخر او الخطأ المشترك:** أي أن الطرفين اشتركا معاً في احداث الضرر فتتوزع المسؤولية حسب النظرية التي تبحث في العلاقة بين السبب والنتيجة كنظرية تعادل الأسباب التي تنظر بالتساوي بين المضرور والمدين ويكون كل واحد منهما مسؤولا عن نصف الضرر،[1] لأن كلاً من الفعلين يعتبر سبباً منتجاً في ايقاع الضرر، لذلك تتوزع المسؤولية بينهما وفقا للمادة 265 من القانون المدني الاردني، او وفقا لنظرية السبب المنتج التي تميز بين السبب المنتج والسبب العارض وتركز على السبب المنتج الذي يعتبر وحده المؤدي لوقوع الضرر، كما لو صدر خطأ من العميل وقصر في الحفاظ على وسيلة الوصول الى حسابه البنكي وصدر خطأ من البنك لقيامه بتحويل الكتروني غير مشروع دون ان يستغرق أي من الخطأين الاخر.

وفي هذا قررت محكمة التمييز الأردنية " إذا ثبت أنه كان بوسع موظف البنك المسؤول عن المضاهاة معرفة التزوير أو الاشتباه به ومع هذا فقد صرف الشيك فان البنك يكون قد أخطأ في صرف الشيك، وكذلك إذا ثبت بأن الساحب كان يترك دفتر شيكاته على طاولته معرضها للسرقة من مستخدمين ويخرج من الغرفة التي يجوز لمستخدميه دخولها خلال مغادرته لها، فانه يكون قد ارتكب خطأ مساويا لخطأ البنك مما يقتضي مساءلتهم عن المبلغ بالتساوي".[2] كما قضت "إذا ثبت على البنك خطأ ساهم مع خطأ العميل في وفاء الشيك المزور، يحمل كل منهما جزءاً من النتيجة الضارة التي وقعت، أي المبلغ الذي دفعه البنك للمتقدم بالشيك، ويكون توزيع الضرر عليهما بنسبة جسامة الخطأ الذي وقع من كل منهما والذي ساهم في احداث الضرر".[3]

ان فعل الدائن الذي لا خطأ فيه يشبه باعتباره سببا أجنبيا القوة القاهرة في كل جوانبها، وذهب رأي من الفقه إلى أن فعل الدائن غير الخاطئ يختلف كسبب أجنبي عن القوة القاهرة من

---

(1) سلطان، ناصر محمد عبدالله. مرجع سابق، ص 205.
(2) التمييز الأردنية، حقوق رقم 70/246 نقلا عن: الشماع، فائق محمود. الإيداع المصرفي –الجزء الأول- الإيداع النقدي- دراسة قانونية مقارنه- طبعة1، الأردن-عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع،2011، ص 416.
(3) التمييز الأردنية ، حقوق، رقم 2003/3194بتاريخ 2004/1/20 نقلا عن: الشماع، فائق محمود. الإيداع المصرفي –الجزء الأول- الإيداع النقدي- دراسة قانونية مقارنه-مرجع سابق، ص 417.

حيث أنه لا يشترط فيه ثبوت عدم توقعه واستحالة دفعه من جانب المدين-البنك- ولا يلزم أن تنشأ عنه استحالة مطلقة، وإنما يقتصر أثره على اعفاء المدين إعفاء جزئيا من التزامه،[1] بينما ذهب رأي آخر وهو الرأي المستقر إلى لزوم توافر شروط القاهرة في فعل المتضرر كشرط للإعفاء، لأنها شروط غير قابل للتجزئة أو النقاش.[2] وكثيرا ما يلجأ البنك للتمسك بفعل العميل للتخلص من مسؤوليته عن الضرر اللاحق بالعميل، ولكن يجب التشدد في قبول هذا الدفع نظرا للطبيعة الخاصة لالتزام البنك.[3]

وهذا ما جاء به نص المادة (2/30) من القرار بقانون رقم (12) لسنة (2017) بشأن المعاملات الإلكترونية الفلسطيني، حيث نصت على انه:"... يعتبر عميل المؤسسة المالية مسؤولا عن أي استعمال غير مشروع لحسابه بوساطة التحويل الإلكتروني؛ إذا ثبت أن إهماله قد ساهم في ذلك بصوره رئيسية وأن المؤسسة قد قامت بواجباتها للحيلولة دون أي استعمال غير مشروع لذلك الحساب".[4] ومراعاة لدقة الالتزام بين الطرفين فيمكن أن يتم الاتفاق عكس ما نصت عليه المادة بحيث تشدد المسؤولية على البنك ويصبح العميل غير مسؤول باعتبار أن هذه القاعدة هي قاعدة مكمله يجوز الاتفاق على مخالفتها، ما دامها لم تخالف طبيعة العقد والنظام العام والآداب العامة. وهو ما نصت عليه المادة (270) من قانون التجارة الأردني الساري في الضفة الغربية مع وجود اختلاف بسيط، حيث نصت على انه:" 1- يتحمل المسحوب عليه وحده الضرر المترتب على شيك مزوراً أو محرف إذا لم يكن نسبة أي خطأ إلى الساحب المبين اسمه في الصك 2- وبوجه خاص يعتبر الساحب مخطئاً إذا لم يحافظ على دفتر الشيكات المسلم إليه بما ينبغي من عناية". ونلاحظ أن هذا النص جاء خاليا من عبارة " وكل شرط على خلاف ذلك يعتبر كأن لم يكن، وهي العبارة التي وردت في (173) من قانون التجارة العراقي المتعلقة بتزوير الشيكات فقد نصت على أنه:" يتحمل المسحوب عليه وحده الضرر المترتب على وفاء شيك زور فيه توقيع الساحب أو حرفت البيانات الواردة في متنه إذا لم يمكن نسبة أي خطأ الى الساحب المبين اسمه في الشيك، وكل شرط على خلاف ذلك يعتبر كأن لم يكن. ويعتبر الساحب مخطئاً على وجه الخصوص إذا لم يبذل في المحافظة على دفتر الشيكات المسلم اليه عناية الشخص المعتاد"، تلاحظ الباحثة أن قانون التجارة العراقي حمّل البنك المسؤولية عن صرف الشيك المحرر أو المزور،

---

(1) الخلايلة، عايد رجا. مرجع سابق، ص 160.
(2) أبو بيح، حمزة. مرجع سابق، ص 101-103.
(3) الشماع، فائق محمود. الشماع، فائق محمود. الإيداع المصرفي- الجزء الثاني – الإيداع غير النقدي – دراسة قانونية مقارنة، ص 90.
(4) المادة (32) من قانون المعاملات الالكترونية الفلسطيني رقم (15) لسنة (2017).

حيث يجب على البنك رد الوديعة إلى العميل أو من يمثله لان الالتزام برد الوديعة هو التزام بتحقيق نتيجة لا يتخلص منه البنك إلا بإثبات السبب الأجنبي أو فعل المودع، فيعتبر البنك مخطئا إذا صرفه لشخص آخر وبالتالي لا يتحمل العميل المسؤولية إلا إذا اثبت البنك الخطأ الصادر من العميل، فالعميل يجب عليه أن يحافظ على دفتر الشيكات بما ينبغي من عناية بحيث إذا أخل بهذا الواجب يتحمل نتائج إهماله الذي سهل تزوير الشيك وبالتالي يعتبر وفاء البنك بالشيك صحيحا، ويتضح من عبارة " وكل شرط على خلاف ذلك يعتبر كأن لم يكن" أن الاتفاق على مخالفة هذه القواعد يعتبر كأن لم يكن بحكم القانون في القانون العراقي، أي أن هذه القاعدة هي قاعدة آمرة الهدف منها الحفاظ على استقرار المعاملات وهي قاعدة متعلقة بالنظام العام ولا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها.

وبالرغم من خلو القانون الأردني من عبارة " وكل شرط على خلاف ذلك يعتبر كأن لم يكن" فقد اتجهت محكمة التمييز الأردنية إلى" ... ولا يعفي البنك من المسؤولية المكاملة لصرف الشيك المسروق الشرط الوارد في شروط حسابات الودائع وطلب دفتر الشيكات المتضمن بأن الساحب مسؤول عن كل خسارة أو ضرر يحدث بسبب فقدان الشيكات أو سرقتها إذا لم يهمل الساحب في المحافظة على دفتر الشيكات..."،[1] أي أنها لم تجز الاتفاق على خلاف هذه القاعدة من مجلة الأحكام العدلية.[2]

ويبدو أن مجلة الأحكام العدلية تميل للأخذ بنظرية السبب المنتج كون أن الأضرار بالمباشرة يتطلب وجود علاقة سببية مباشرة بين الفعل والضرر بحيث إذا انقطعت هذه العلاقة لا يكون الفاعل مسؤولا، بالإضافة إلى قاعدة " إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر "[3]، أي أن اجتماع المتسبب والمباشر يؤدي إلى مسؤولية المباشرة على اعتبار أن المباشرة تشكل السبب المباشر الذي لا يتوسط بينه وبين النتيجة المترتبة عليه فعل آخر مما يجعلها السبب المنتج للضرر.وعليه إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر، فاذا كان المضرور مباشرا فلا ضمان على المتسبب، كما لو قدم شخص سلاحا لأخر فقتل نفسه فلا ضمان على صاحب السلاح، وإذا اشترك المضرور بفعله مع المدعى عليه المسؤول عن احداث الضرر

([1]) تمييز، حقوق، رقم(990/589)(هيئة خماسية) تاريخ(1990/11/24) ومنشور على الصفحة (2037) من مجلة نقابة المحامين بتاريخ(1991/1/1) نقلا عن: الشماع، فائق محمود. الإيداع المصرفي –الجزء الأول- الإيداع النقدي- دراسة قانونية مقارنه-مرجع سابق، ص 398.

([2]) الياسين، ذكرى. الاحكام القانونية للتدقيق المصرفي. ع4، العراق: مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، 2016، ص 353 وجنديه، رائد هاني سلامة. مبدأ حسن النية في ابرام التصرفات القانونية- المركز الديمقراطي العربي، بحث منشور على الانترنت.https://democraticac.de/?p=68244

(3) المادة (90) من مجلة الاحكام العدلية.

وزعت المسؤولية بينهما، فلو تشبث شخص بثياب اخر المملوكة له وانشقت بجر صاحبها فيضمن نصف قيمتها لأن التلف حاصل من مجموع فعل صاحب الثياب وفعل المتشبث الأمر الذي اقتضى انقسام الضمان بينهما بالتساوي وأن يكون فعل صاحب المال هدرا وأن يضمن المتثبت نصفه حصرا.[1]

أي أن الفقه الإسلامي يرتب أثرا في حالة تدخل فعل المضرور فقط إذا قام بفعل من أفعال التسبب، لأن الفقه الإسلامي لا يمكن أن ينفي مسؤولية الفاعل المباشر بشكل قطعي، وذلك استنادا للقاعدة الفقهية الواردة في المادة (92) من مجلة الأحكام العدلية في كون أن "المباشر ضامن وإن لم يتعمد".

وهذا ما أكدت عليه المادة (919) من مجلة الأحكام العدلية "وْ هَدَمَ أَحَدٌ دَارًا بِلَا إذْنِ صَاحِبِهَا بِسَبَبِ وُقُوعِ حَرِيقٍ فِي الْحَيِّ وَانْقَطَعَ هُنَاكَ الْحَرِيقُ فَإِنْ كَانَ قَدْ هَدَمَهَا بِأَمْرِ وَلِيِّ الْأَمْرِ لَا يَلْزَمُ الضَّمَانُ وَإِنْ كَانَ قَدْ هَدَمَهَا بِنَفْسِهِ يَلْزَمُ الضَّمَانُ" أي أن المادة أعلاه اعتبرت أن الهدم إذا كان باذن صاحب الدار لا يلزم الضمان لأن مالكها تسبب في الهدم أما إذا كان بدون اذن صاحب الدار فيلزم الضمان لأن الهدم هو المباشر ويعد المباشر هدم ملك غيره بدون إذن مالكه فكان هناك للدار فرصة لاحتمال خلاصه من الحريق. والمادة (920) من مجلة الأحكام العدلية: " لَوْ قَطَعَ أَحَدٌ الْأَشْجَارَ الَّتِي فِي رَوْضَةِ غَيْرِهِ بِغَيْرِ حَقٍّ فَصَاحِبُهَا مُخَيَّرٌ إنْ شَاءَ أَخَذَ قِيمَةَ الْأَشْجَارِ قَائِمَةً وَتَرَكَ الْأَشْجَارَ الْمَقْطُوعَةَ لِلْقَاطِعِ وَإِنْ شَاءَ حَطَّ مِنْ قِيمَتِهَا قَائِمَةً قِيمَتَهَا مَقْطُوعَةً وَأَخَذَ الْمَبْلَغَ الْبَاقِيَ وَالْأَشْجَارَ الْمَقْطُوعَةَ. مَثَلًا: لَوْ كَانَتْ قِيمَةُ الرَّوْضَةِ حَالَ كَوْنِ الْأَشْجَارِ الْمَقْطُوعَةِ قَائِمَةً عَشْرَةَ آلَافٍ وَبِلَا أَشْجَارٍ خَمْسَةَ آلَافٍ وَقِيمَةُ الْأَشْجَارِ أَلْفَيْنِ فَصَاحِبُهَا بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ تَرَكَ الْأَشْجَارَ الْمَقْطُوعَةَ لِلْقَطْعِ وَأَخَذَ خَمْسَةَ آلَافٍ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ ثَلَاثَةَ آلَافٍ وَالْأَشْجَارَ الْمَقْطُوعَةَ " حيث أن المادة أعلاه جعلت المسؤولية على من قطع الأشجار واجازت للمتضرر اما أن يأخذ قيمتها ويتركها للقاطع واما ان يحط من قيمتها قائمة قيمتها مقطوعة.

والتساؤل المطروح هل عالجت مجلة الأحكام العدلية مسألة الخطأ المشترك؟

أولا: فإن كان فعل المضرور هو السبب الوحيد والمباشر في حدوث الضرر فيتحمل المضرور وحده نتيجة الضرر الذي ألحقه بنفسه؛ ويتضح الحكم هذا من خلال الحالات التي أوردها الفقه الإسلامي ومنها: "من حفر بالوعة في الطريق فتعمد آخر المرور عليها أو ألقى بنفسه أو بدابته

([1]) حيدر، علي. مرجع سابق- مجلد 2، ص 604.

في الحفرة، فالضمان على الحافر"، يلاحظ من خلال هذا المثال أن الأثر يشبه حالة الاستغراق التي سبق وتم شرحها، فان الشخص الذي ألقى بنفسه أو بدابته في البالوعة فأصابه ضرر فان فعله يعتبر من قبيل التعمد أي أن هنالك استغراق إن صح التعبير لفعل المتسبب "المدعى عليه"، فيكون الضمان حينها وبشكل كامل منتفيا بحق المدعى عليه "المتسبب"كون أن فعل المضرور هنا قد كان هو السبب المباشر والوحيد في وقوع الضرر إذ إن المضرور قد تعمد إلحاق الضرر بنفسه.[1]

أما إذا اشترك المضرور مع المدعى عليه في إحداث الضرر، فقد عالج الفقه الإسلامي[2] مسألة أثر فعل المضرور هنا في الحالة التي يكون بها اشتراك في إحداث ووقوع الضرر بين كل من فعل المضرور وفعل المدعى عليه، كما هو في حال اصطدام فارسين ببعضهما البعض فتموت دابة كل منهما، فيميز حينها بين حالتين:

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

2- اما إذا كان الاصطدام نتيجة تعد من أحدهما على الثاني الذي لم يصدر منه أي تعد وتم إثبات هذا التعدي فالضمان حينها سيكون على المتعدي وحده، كما لو أهمل أحد الفرسان ربط لجام فرسه بالشكل الصحيح مما أدى إلى فزعها عند الحركة فاصطدمت الفرسان ببعضهما.

أما الحال التي يكون فيها الضرر قد نتج بسبب فعل كل من المضرور والمدعى عليه أي أن كل منهما متعدٍ أو لا يكون الضرر نتيجة آفة سماوية -عدم استغراق أحد الفعلين للآخر- كأن يهمل كلا الفارسين في المحافظة على ضبط دوابهما، ولم يتخذ كلاهما إجراءات السلامة فيتم تطبيق أحكام الخطأ المشترك التي سبق الحديث عنها. وهنا قد تباينت آراء الفقهاء حول ماهية الأثر المترتب في هذه الحال، فهنالك رأي تبناه الفقه الحنفي ومؤداه يكون من خلال قولهم بأن كل واحد من الطرفين "الفارسين" يضمن للآخر الضرر الذي حل به أو بدابته سواء كان الضرر هذا

---

(1) حبيب، عادل جبري. المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسؤولية المدنية/ دراسة مقارنة في أحكام الفقه الإسلامي. ط1، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي.2003، ص 497، 498. والمادة (93):"المباشر لا يضمن الا بالتعمد"

(2) البغدادي، غياث الدين. مجمع الضمانات في مذهب الامام العظم ابي حنيفة النعمان. ط1، القاهرة، دار السلام. 1999، ص 148،149.

في النفس أو في المال وفي الحال الأولى يضمن الورثة ذرية الآخر في حال وفاة المدين، وهكذا الحكم ذاته بالنسبة للطرف الآخر، وان كان الضرر بالمال فيضمن كل منهما مال الآخر.

وأما الرأي الآخر فيذهب إلى أن يضمن كل من الطرفين لنصف الضرر الذي حل بكل منهما سواءً بالنفس او بالمال، لأن الضرر حصل نتيجة فعليهما سويا وهذا الحكم هو أقرب لذات الحكم والأثر الوارد في الفقه والتشريع القانوني الذي سبق وأن تم بيانه كما أن هذا الأثر ينصرف إلى تلك الحال التي يشترك بها كل من المضرور والمدعى عليه في إحداث الضرر دون أن يكون هنالك إثبات لتعد من أحدهما على الآخر، ويستحيل إثبات ذلك من قبلهم، وهي ذات الحال السابق ذكرها بشأن تعدد المسؤولين دون إثبات خطأ أي منهم في حال المسؤولية المفترضة لكل من المضرور والمدعى عليه والتي تم الإشارة إليها سابقا. [1]

وهذا ما أكدته المادة (936):" لَوْ دَاسَتْ دَابَّةٌ مَرْكُوبَةٌ لِأَحَدٍ عَلَى شَيْءٍ بِرِجْلَيْهَا الْأَمَامِيَّتَيْنِ أَوْ رِجْلَيْهَا الْخَلْفِيَّتَيْنِ فِي مِلْكِهِ أَوْ فِي مَحَلٍّ آخَرَ وَأَتْلَفَهُ يُعَدُّ الرَّاكِبُ قَدْ أَتْلَفَ ذَلِكَ الشَّيْءَ مُبَاشَرَةً فَيَضْمَنُ عَلَى كُلِّ حَالٍ" لأن المباشر ضامن وان لم يتعمد بما أن التلف قد حدث مباشر، أما اذا كان أحد راكب على الحيوان والاخر سائقا له ووطئ ذلك الحيوان شيئا فالضمان عند بعض الفقهاء يلزم الراكب المباشر وليس السائق المتسبب وعند آخرين يضمن الراكب والسائق كلاهما بالاشتراك.[2]

وبالرجوع إلى المادة 123 من قانون العمل الفلسطيني النافذ نجد بأنها تنص : "(1)- يسقط حق المصاب في التعويض إذا ثبت بعد تحقيق تجربة جهد ذات اختصاص أن الإصابة نتجت عن: أ- عن فعل متعمد من المصاب (ب)- تأثير الخمر أو المخدرات (2)- يُستثنى من أحكام الفقرة 1 أعلاه حالة الوفاة أو العجز الدائم بنسبة 35% فأكثر"[3] نلاحظ من خلال النص أعلاه فإن المشرّع الفلسطيني لم يعطي العامل تعويضاً رغم وقوع إصابة العمل إذا تعمّد العامل لإلحاق الأذى بنفسه وإصابة نفسه وكان ذلك باختياره ودون ضغط أو إكراه من أحد فإنه والحالة هذه لا يستحق أي تعويض ، وبذلك فإنّ رب العمل غير مسؤول عن تعويض العامل إذا كانت الإصابة أو الضرر الذي لحقه بسبب وقوعه تحت تأثير الخمر أو المخدرات.[4]أي أنه إذا كان فعل المتضرر فادحا يكون هو السبب الرئيس والوحيد للضرر فيسقط تعويض المصاب بحادث العمل.

([1]) الزليغي، عثمان بن علي. تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي. ط1، القاهرة المطبعة الكبرى الأميرية.1313ه.

([2]) حيدر، علي. مرجع سابق، ص 624.

([3]) قانون العمل الفلسطيني رقم (7) لسنه(2000) المنشور في العدد(39) من مجلة الوقائع الفلسطينية الصادرة بتاريخ2001/11/25.

([4]) نصرة، أحمد. "قانون العمل الفلسطيني". ط 2. فلسطين: بدون دار نشر، 2012م.، ص169.

أما إذا اشترك المضرور مع المدعى عليه في إحداث الضرر، فتتوزع المسؤولية حسب النظرية التي تبحث في العلاقة بين السبب والنتيجة كنظرية تعادل الأسباب التي توزع المسؤولية بالتساوي بين المضرور والمدين عليه فيكون كل واحد منهما مسؤولا عن نصف الضرر،[1] لأن كلاً من الفعلين يعتبر سبباً منتجاً في إيقاع الضرر، أو وفقا لنظرية السبب المنتج التي تميز بين السبب المنتج والسبب العارض وتركز على السبب المنتج الذي يعتبر وحده المؤدي لوقوع الضرر، فإذا كان فعل المدعى عليه هو هو السبب المنتج فيكون عليه الضمان وحده.

وقد تناولت مجلة الاحكام العدلية عدة تطبيقات على الاشتراك في المواد (1393) و (1730) و(915) بحيث اعتبرت أنه إذا اجتمعت القوة القاهرة مع فعل المتضرر يتم النظر إلى الأسباب المنتجة لحدوث الضرر، حيث نصت المادة (915) من مجلة الأحكام العدلية " لَوْ جَرَّ أَحَدٌ ثِيَابَ غَيْرِهِ وَشَقَّهَا يَضْمَنُ قِيمَتَهَا كَامِلَةً وَأَمَّا لَوْ تَشَبَّثَ بِهَا وَانْشَقَّتْ بِجَرِّ صَاحِبِهَا يَضْمَنُ نِصْفَ الْقِيمَةِ. كَذَلِكَ لَوْ جَلَسَ أَحَدٌ عَلَى أَذْيَالِ ثِيَابٍ وَنَهَضَ صَاحِبُهَا غَيْرَ عَالِمٍ بِجُلُوسِ الْآخَرِ وَانْشَقَّتْ يَضْمَنُ ذَلِكَ الشَّخْصُ نِصْفَ قِيمَتِهَا" أي انه إذا تسبب فعل الدائن لوحده فانه يضمن الضرر وحده، أما إذا اشترك فعل الدائن وفعل لمضرور فيقسم التعويض بالتساوي بينهما، أما اذا كان فعل المدعى عليه هو السبب المنتج فيكون عليه الضمان وحده.

كما نصت المادة (1393): " إذَا أُتْلِفَ وَتَعَطَّلَ الْمُسْتَأْجَرُ فِيهِ بِصُنْعِ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ فَيَضْمَنُهُ مَعَ شَرِيكِهِ بِالِاشْتِرَاكِ وَلِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَضْمَنَ مَالَهُ لِأَيِّهِمَا شَاءَ وَيُقْسَمُ هَذَا الْخَسَارُ بَيْنَ الشَّرِيكَيْنِ بِنِسْبَةِ مِقْدَارِ الضَّمَانِ، مَثَلًا إذَا عَقَدَا الشَّرِكَةَ عَلَى تَقَبُّلِ الْأَعْمَالِ وَتَعَهُّدِهَا مُنَاصَفَةً فَيُقْسَمُ الْخَسَارُ مُنَاصَفَةً أَيْضًا، وَإِذَا عَقَدَا الشَّرِكَةَ عَلَى تَقَبُّلِ الْأَعْمَالِ وَتَعَهُّدِهَا ثُلُثًا وَثُلُثَيْنِ فَيُقْسَمُ الْخَسَارُ حِصَّتَيْنِ وَحِصَّةً" نلاحظ أن المادة أعلاه تقضي بأنه إذا نتج ضرر فانه يكون مشتركا بين الشريكين بغض النظر أكان معتادا أم لا وهذه القاعدة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

كما نصت المادة (1730): " ذَا رَجَعَ بَعْضُ الشُّهُودِ عَلَى الْوَجْهِ الْمَذْكُورِ آنِفًا فَإِنْ كَانَ بَاقِيهِمْ بَالِغًا نِصَابَ الشَّهَادَةِ لَا يَلْزَمُ الضَّمَانُ عَلَى مَنْ رَجَعُوا وَلَكِنْ يُعَزَّرُونَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ الْبَاقِي بَالِغًا نِصَابَ الشَّهَادَةِ يَضْمَنُ الَّذِي رَجَعَ مُسْتَقِلًّا نِصْفَ الْمَحْكُومِ بِهِ إنْ كَانَ وَاحِدًا، وَإِنْ كَانَ أَزْيَدَ يَضْمَنُونَ النِّصْفَ سَوِيَّةً بِالِاشْتِرَاكِ "يلاحظ من نص المادة أعلاه أنه إذا رجع الشهود عن الشهادة وكان الباقي بالغا نصاب الشهادة فلا ضمان على من رجع لأن الباقي كاف للحكم أما إذا لم يكن

([1]) سلطان، ناصر محمد عبدالله. مرجع سابق، ص 205.

الباقي بالغا نصاب الشهادة يضمن الراجع مستقلا نصف المحكوم به اذا كان واحدا أما إذا كان أزيد يضمنون النصف بالاشتراك.

ثانياً: فعل الغير

الأصل أن تقوم المسؤولية بحق أطراف العقد وهما البنك والعميل، إلا أنه قد يرتكب الخطأ شخص ثالث أجنبي عن العقد المبرم بين البنك والعميل، فإذا وقع من الغير خطأ أو فعل ألحق ضررا بالدائن (العميل) وكان هو السبب الوحيد لإحداث الضرر دون أي خطأ من المدين (البنك)، فتقوم مسؤولية هذا الغير تجاه العميل بالكامل وتنتفي مسؤولية البنك حيث يعتبر سبباً أجنبياً يدفع به المسؤولية عن نفسه بتوافر شروط القوة القاهرة، وذلك تطبيقا للمبدأ القانوني الذي نصت عليه المادة 288 من القانون المدني الأردني بقولها "لا يسأل أحد عن فعل غيره"، أما إذا اشترك مع خطأ البنك فلا يعد سبباً أجنبياً تدفع به مسؤولية البنك.[1] أما اذا كان الخطأ صادرا من التابع فيسأل البنك وإن لم يصدر منه أي خطأ شخصي وذلك سندا لمسؤولية المتبوع عن أعمال التابع،[2] وهو ما عبر عنه قانون المخالفات المدنية بمسؤولية المخدوم عن فعل الخادم بحيث يتحمل المخدوم تبعة أي فعل يصدر من الخادم إذا ارتكبه أثناء تأديته لعمله وكان المخدوم قد أجاز هذا الفعل، فيسأل عنها مسؤولية شخصية. [3] وبالرجوع إلى مجلة الأحكام العدلية نجد أنها لم تعالج مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع مباشرة، وإنما قد أشارت إلى بعض حالاتها ضمن أحكام الأجير الخاص وفقا للمادة(422) التي نصت " الأجير على قسمين : القسم الأول هو الأجير الخاص الذي استؤجر على أن يعمل المستأجر فقط كالخادم الموظف، والقسم الثاني هو الأجير المشترك الذي ليس مقيد

---

(1) الصمادي، حازم نعيم. مرجع سابق، ص 151.

(2) مشبال، عبد اللطيف. المسؤولية المدنية للبنوك والاجتهاد القضائي المغربي. عدد71، المغرب: مجلة المحاكم المغربية، 1994، ص303.

(3) نصت المادة (12) من قانون المخالفات المدنية على أنه: (تبعة المخدوم عن أفعال خادمه)

(1) إيفاء بالغايات المقصودة من هذا القانون، يتحمل المخدوم تبعة أي فعل يأتيه خادمه:

أ- إذا كان المخدوم قد أجاز ذلك الفعل أو أقره، أو

ب- إذا كان الفعل قد ارتكبه خادمه في سياق العمل الموكول إليه:

ويشترط في ذلك ما يلي:

أولاً: لا يتحمل المخدوم تبعة أي فعل يأتيه شخص لم يكن خادمه، فوض إليه خادم من خدمه أمر القيام بالعمل الموكول إليه دون تفويض صريح أو ضمني من المخدوم.

ثانياً: أن الشخص المجبر بحكم القانون على استعمال خدمات شخص آخر لا رأي له في اختياره، لا يتحمل تبعة أية مخالفة يأتيها ذلك الشخص الآخر في سياق العمل الموكول إليه.

(2)يعتبر الخادم أنه ارتكب الفعل في سياق العمل الموكول إليه، إذا كان قد أتى ذلك الفعل بصفته خادماً وخلال تأدية واجبات عمله العادي أو الواجبات المقترعة عن عمله، حتى ولو كان الفعل عبارة عن قيامه بفعل إجازة المختوم، على غير وجهه الصحيح، أما إذا كان الخادم قد ارتكب الفعل بغية تحقيق مآربه الخاصة، لا بالنيابة عن مخدومه، فلا يعتبر أنه أتى ذلك الفعل في سياق العمل الموكول إليه.

(3)إيفاء بالغايات المقصودة من هذه المادة، يعتبر "الفعل" شاملاً "الترك."

(4)ليس في هذه المادة ما يؤثر في التبعة المترتبة على أي خادم لفعل ارتكبه ذلك الشخص.

بشرط إلا يعمل لغير المستأجر كالحمال والدلال والخياط والساعاتي والصائغ فكل من هؤلاء أجير مشترك لا يختص بشخص واحد"[1]، وقررت محكمة التمييز الاردنية " ان المادة (104) من قانون النقل على الطرق قد الزمت مالك السيارة بأن يؤمن عليها لدى شركة التأمين لتغطية اضرار الغير التي يسببها استعمال السيارة وقد رتب مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعه التي يحدثها اثناء قيادته لسيارة المتبوع"،[2] وفي فلسطين فأنه يمكن الاخذ بذات الحكم بالإشارة إلى نص المادة (137) من قانون التأمين الفلسطيني التي تلزم مالك المركبة بالتأمين الاجباري على مركبته،[3] وعليه فلا يمكن للمدين التذرع للتهرب من مسؤوليته بأن الفعل أو التصرف صادر عن أحد تابعيه.

وعليه فإن الغير هو كل شخص ليس طرفا في العقد ولا خلفا عاما ولا خاصا لأحد أطرافه كما أنه ليس تابعا لأي طرف من أطراف العقد،[4] وهو الأجنبي عن العقد المبرم بين البنك والعميل، ولا يشترط أن يكون معروفا بذاته لكن يشترط أن لا يكون من الأشخاص الذين يسأل عنهم البنك كالموظفين لأنه في هذه الحالة يسأل البنك على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع.[5]

تقوم المسؤولية العقدية إذا قام المدين باستخدام أشخاص غيره في تنفيذ التزامه العقدي أو أحل غيره في تنفيذ التزامه كأن يوكل لبنك مراسل مهمة معينة ويخطئ هذا البنك في اختيار البنك المراسل فهنا يسأل مسؤولية عقدية عن فعله الشخصي لا عن فعل الغير، ويجب أن يكون الغير قد أحدث الضرر عند تنفيذ العقد أو بسبب تنفيذه، وخطأ الغير في الالتزام بتحقيق نتيجة يكون بعدم تحقق النتيجة المتفق عليها، أما في الالتزام ببذل عناية فيكون بعدم بذل الغير المكلف بتنفيذ العقد بالعناية المطلوبة فخطأ الغير هو وخطأ الأصيل على حد سواء، ولا يسأل البنك عن أفعال تابعيه ومستخدميه المباشرين طبقا لمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه فقط بل يسأل عن كل من ينتدبه للقيام بخدمة من الخدمات،[6] ولم يرد نص مباشر عن المسؤولية عن أفعال الغير ولكن يوجد العديد من التطبيقات في القانون المدني الأردني كمسؤولية المقاول عن أعمال المقاول من

---

(1) المادة (422) من مجلة الاحكام العدلية.
(2) نقلا عن دواس ، امين، مجلة الاحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية . ط1. رام الله: المعهد القضائي الفلسطيني، 2012، ص، الطعن رقم 285 لسنة 1974، ص654
(3)المادة (137) من قانون التأمين رقم (20) لسنة 2005.
(4) سلطان، ناصر محمد عبد الله. مرجع سابق، ص 196. وانظر أيضا: أبو فروة، محمود. مرجع سابق، ص.200 وانظر أيضا: الغانمي، خضير مخيف فارس، مرجع سابق، ص 224.
(5) عماري، ابتسام. مرجع سابق، ص 48. يوس، حميدة، ساعو، كهينة، مرجع سابق، ص 53.
(6) الحضرمي، خليفة بن محمد. مسؤولية البنك في عمليات الائتمان الخارجي. طبعة 1. مصر: دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، 2015، ص 158.

الباطن بنص المادة (798)، وأيضا مسؤولية المؤجر عن الأفعال التي تصدر عن الغير ممن ليسوا من اتباعه وهذا ما نصت عليه المادة (2/684).

والأصل أن يقوم البنك بتنفيذ كافة الالتزامات بنفسه بموجب العقد المبرم بينه وبين العميل إلا أنه قد يستعين بالغير لينفذ التزاماته كنائب أو أي شخص له مصلحة في الوفاء أو أي شخص له خبرة واختصاص في مجال معين كمزودي الإنترنت أو بنك آخر أو مترجم،[1] ولكي تقوم مسؤولية البنك عن أفعال الغير يجب وجود عقد صحيح بين الدائن والمدين، ومن ثم أن يكون الغير معهودا اليه تنفيذ هذا العقد بتكليف من المدين.[2]، واذا حصل أي ضرر للعميل من الغير الذي عهد البنك اليه تنفيذ أي التزامات بموجب اتفاق بينهما على ذلك فهنا يتحمل البنك المسؤولية وفقا لمسؤولية متولي الرقابة وهي مسؤولية مفترضة عليه ولا يمكن ان يدرأ عن نفسه المسؤولية الا اذا اثبت أنه قام بواجب الرقابة وان الضرر واقع مهما بذل من عناية. [3]

بناء على ما سبق يتساوى فعل المدين وفعل المساعدين وهو نفس الحكم في حالة الغش والخطأ الجسيم الصادر عن مساعدي المدين، ومن ذلك هو أن يقوم البنك باختيار بنك مراسل للقيام بمهمة تتمثل في تبليغ أحد الاشخاص أو إجراء تحويل مالي أو غير ذلك فأن الافعال التي يرتكبها البنك المراسل وترتب مسؤولية عقدية على عاتق البنك المتعاقد هي مسؤولية عقدية عن فعل الغير وفقا للقواعد العامة التي تقضي بالمسؤولية على المدين إذا لم ينفذ التزامه ما دام أن عدم التنفيذ لا يعود لسبب أجنبي لا يد له فيه، حيث أن تقصير أو خطأ المساعدين ليس سببا أجنبيا بالنسبة للمدين وبخاصة أن الدائن على علم صراحة أو ضمنا بوجود هؤلاء المساعدين كونه هو الذي تعاقد أو كلفهم بالقيام بالتصرف لذلك فإن نشاط المساعدين هو نشاط للمدين،[4] بالرغم من إمكانية اعتباره مسؤولية شخصية للمدين لا مسؤولية عن فعل الغير كونه أنه اخطأ في اختيارهم.[5]

ولا يشترط في فعل الغير أن يكون خاطئا حتى يعتد به سببا أجنبيا كون أن هذا الفعل يقطع العلاقة السببية بين فعل المدعى عليه والضرر الذي أصاب المدعي "الدائن" طالما أصيب

---

(1) السنهوري، عبد الرازق، الوسيط في شرح القانون المدني – الجزء الأول – مصادر الإلتزام ،مرجع سابق، الجزء الأول ، ص 753-754.

(2) طليان، محمد حسين صالح، مرجع سابق، ص 541.

(3) الرحامنة، صدام. مسؤولية متولي الرقابة عمن تجب عليه رقابته وفقا لنص المادة 288 من القانون المدني الأردني. بحث منشور، الاردن: المجلة الدولية للدراسات القانونية والفقهية، 2021م، ص106.

(4) ذوابة، محمد عمر، يامللكي، اكرم، عقد التحويل المصرفي الإلكتروني. طبعة 1، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2006، ص 204 وما بعدها.

(5) الصمادي، حازم نعيم. مرجع سابق، ص80.

العميل بالضرر من الغير فأنه يتوجب تعويضه بحيث تقام المسؤولية المدنية بمجرد تحقق أركانها وشروطها بالنظر الى الفعل الضار الصادر عن المدعى عليه بصرف النظر لضرورة اشتراط كون هذا الشخص مخطئا بفعله أم لا وذلك سندا للنظرية الموضوعية التي لم تقم المسؤولية بناء على فكرة الخطأ.[1]

ومن الأمثلة على فعل الغير التي تعتبر سبباً أجنبياً تدفع به المسؤولية عن البنك وجود تذبذب للتيار الكهربائي أو اندفاعه بفولتية عالية نتيجة خطأ شركة الكهرباء ولا تستطيع التصدي لذلك اجهزة المقاومة العادية لدى البنك مما يؤدي إلى الحاق الضرر بأجهزة البنك فلا يتمكن من تنفيذ التزاماته العقدية، فلا يسأل البنك في هذه الحالة وإنما تسأل شركة الكهرباء ما دام ان البنك أثبت أنه اتخذ الاحتياطات الواجبة عليه لمواجهة تذبذب وانقطاع التيار الكهربائي الملزمة له بموجب تعليمات رقم (2) لسنة (2009) بخصوص إدارة استمرارية العمل في المصارف وتعليمات رقم (1) لسنة (2015) بشأن الأحوال الجوية.[2] وكذلك كما لو استولى أحد من الغير على بطاقات الدفع الالكتروني او قام بسرقتها او تزويرها او تزوير بياناتها او استعمال البطاقات المزورة في عمليات تحويل او سحب الأموال،[3] وإذا اشترك مع خطأ البنك خطأ هناك فرضان متصوران لخطأ الغير في ان يستغرق أحدهما فعل الآخر أو لا يستغرق أحدهما الآخر وذلك على النحو التالي:

1- إذا استغرق فعل المدين (البنك) فعل الغير كان المدين (البنك) وحده المسؤول مسؤولية كاملة عما لحق بالدائن من ضرر، أما إذا استغرق فعل الغير فعل المدين البنك فالغير وحده يتحمل المسؤولية كاملة عما يصيب الدائن من ضرر، ويستغرق أحد الفعلين الآخر عندما يفوق في جسامته الخطأ الاخر ويكون كذلك أ- اذا كان الخطأ الأشد متعمدا أما الخطأ الاخر غير عمدي أوب- هو الذي دفع الى ارتكاب الفعل الآخر -أي كان خطأ المضرور نتيجة خطأ المدين- كما في مثال اندفاع التيار الكهربائي بفولتية عالية أدت الى عطب أجهزة البنك ولم يتمكن من تنفيذ التزاماته العقدية شريطة أن لا يكون البنك قد قصر تجاه السبب الأجنبي.[4]

([1]) الخلايلة، عايد رجا. مرجع سابق، ص 159.
([2]) الغانمي، خضير مخيف فارس. مرجع سابق، ص 224.
([3]) محمد، ذكرى عبد الرازق. النظام القانوني للبنوك الإلكترونية. دون طبعة. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، 2010، ص 104.
([4]) الغانمي، خضير فارس. مرجع سابق، ص 225 وعرفة، سيد عبد الوهاب. مرجع سابق، ص 104.

2- اما إذا لم يستغرق أحد الفعلين الفعل الاخر، اعتبر أن كلاً منهما سبب في احداث الضرر وهذه هي حالة تعدد المسؤولين أي انه اشترك مع المدين شخص اخر في احداث الضرر، بالتالي أصبح المسؤول أكثر من شخص واحد فتقسم المسؤولية بين المسؤولين حسب النظرية التي تبحث في العلاقة بين السبب والنتيجة،[1] كنظرية السبب المنتج : التي تميز بين السبب الرئيسي والثانوي لحدوث الضرر فتعتد بالأول دون الثاني ويكون السبب منتجا متى كان الضرر نتيجة له وكان كافيا لإحداث الضرر[2] وهي التي أخذ فيها قانون المخالفات المدنية حيث نص على أنه: "لا يعتبر أنه سبب ضررا بإهماله إذا كان اهمال شخص آخر، وإن كان الشخص الأول مهملا هو العامل الفاصل في تسبب الضرر".[3] او نظرية تعدد الأسباب: تعتد بكل الأسباب التي لها أثر في احداث الضرر فكل هذه الأسباب تستوي وتتعادل في احداث النتيجة النهائية فيكون الضرر راجعاً الى أسباب عديدة أدت إلى وقوع الحادث فتتوزع المسؤولية بحسب جسامة كل خطأ واحد منهم، فأن لم يكن في الاستطاعة تحديد جسامة الخطأ قسمت المسؤولية بالتساوي على عدد الرؤوس، وإذا كانت المسؤولية تقصيرية كان المسؤولون المتعددون متضامنين في المسؤولية،[4] وهذا ما نصت عليه المادة 256 من القانون المدني الأردني،[5] أي تبعا لمقتضى الحال في كل حالة على حدة، فإذا لم تحكم المحكمة على المدينين بالتضامن يكون الرجوع على كل واحد ممن ساهم في إحداث الضرر بنسبة مساهمته في إحداث الضرر وكما تقرره المحكمة.[6]

والمعيار المتبع لتقدير تدخل خطأ الغير في اطار العلاقة التي تجمع البنك بالعميل هو معيار موضوعي يتخذ من الشخص الحريص وجها للمقارنة مع السلوك الذي اتخذه البنك في مدى توقعه للفعل الصادر عن الغير ومدى امكانية دفعه.[7] انظر ما سبق الحديث عنه حول ذلك ص20.

([1]) خليلي، سهام. مرجع سابق، ص92.
([2]) حميده، يوس، ساعو كهينه. مرجع سابق، ص 52.
([3])انظر المادة (3/50/ج) من قانون المخالفات المدنية.
([4]) عرفة، سيد عبد الوهاب. مرجع سابق، ص 104.
([5]) تنص المادة (265) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 على انه "إذا تعدد المسئولون عن فعل ضار، كان كل منهم مسئولا بنسبة نصيبه فيه وللمحكمة أن تقضي بالتساوي أو بالتضامن والتكافل فيما بينهم".
([6]) أبو فروة، محمود. مرجع سابق، ص199.
([7]) أبو فروة، محمود. مرجع سابق، ص200-201.

وقد اعتمدت المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني أيضا معيار الرجل الحريص حيث جاء فيها: فثمة التزام يفرض على الكافة عدم الإضرار بالغير، ومخالفة هذا النهي هي التي ينطوي فيها الإضرار، ويقتضي هذا الالتزام تبصرا في التصرف يوجب اعماله بذل عناية الرجل الحريص.[1]

كما تناول قانون المخالفات المدنية في المادة (2/50) منه مسألة اشتراك إهمال المدعي مع إهمال الغير دون أن يستغرق أحدهما الآخر حيث يحصل المدعي على تعويض من الغير بقدر مساهمة الغير في إحداث الضرر، ولم يتم الحديث عن مسألة الاستغراق في احداث الضرر بالنسبة لاشتراك المدعي والغير ومساهمتهما في احداث الضرر حيث نصت على أنه: "اهمال المدعي والمدعى عليه معا، أو المدعى عليه وشخص اخر، خلاف المدعي، أو المدعى عليه والمدعي وشخص آخر. فلا يحق للمدعي أن يستحصل من المدعى عليه، أو من كل من المدعى عليهم إذا كان المدعى عليهم أكثر من واحد، إلا نسبة من التعويض التي يستحقها فيما لو كان الضرر قد تسبب عن إهمال المدعى عليه أو المدعى عليهم، وفقاً لما ترى المحكمة وجوب دفعه من قبل المدعى عليه أو كل من المدعى عليهم، حسب مقتضى الحال، باعتبار نسبة إهمال كل شخص من الأشخاص الذين سببوا بإهمالهم الضرر للمدعي".

ولقد كانت وجهة نظر الفقه الإسلامي مختلفة بالنسبة لخطأ الغير فقد تحدث الفقه الإسلامي عن فعل الغير في مجلة الاحكام العدلية بصورة غير مباشرة مستخدما مصطلحات فقهية خاصة يتضح ذلك من خلال التقسيم الوارد في مجلة الاحكام العدلية بخصوص الأفعال وأنواعها وتقسيمها الى أفعال بالمباشرة وأفعال بالتسبب ويكون حينها الفاعل" المباشر" وأفعال بالتسبب يكون حينها الفاعل " المتسبب"[2] وما يهمنا في هذا الشأن هو قاعدة وردت في المادة (92) في مجلة الاحكام العدلية وهي "المباشر ضامن وإن لم يتعمد". أي أن العبرة تكمن في جبر الضرر والتعويض عنه وترميم آثاره بصرف النظر عن أي اعتبار آخر، وهنا نلاحظ أن الضمان الوارد في الفقه الإسلامي والذي يقابل معنى المسؤولية الواردة في التشريعات المدنية سيقوم بحق الشخص الذي أدى مباشرة

---

(1) القضاة، عمار محمد. المذكرات الايضاحية للقانون المدني الأردني. ج1. الاردن،2015، ص277.

(2) نصت في المادة (887) بأن " الاتلاف مباشرة هو اتلاف الشيء بالذات ويقال لمن فعله فاعل مباشر" أي الاتلاف الذي لا يتخلل بين فعل المباشر وبين تلف المال فعل اخر، ونصت المادة (888) على أنه:" الاتلاف تسببا هو التسبب لتلف شيء يعني احداث امر في شيء يفضي الى تلف شيء اخر على جري العادة ويقال لفاعله متسبب" كمثل الذي يقطع حبلا معلقا به قنديل فيسقط القنديل وينكسر فيضمن الحبل مباشرة ويضمن كسر القنديل تسببا، ففي المباشرة ينظر للضرر وحده، ولكن في التسبب ينظر الى السلوك والضرر سويا. انظر:1- انظر حيدر، علي. درر الحكام في شرح مجلة الاحكام العدلية. بلا ط. لبنان: دار الكتب، 2003، ص508 و2- العماوي، محمد عبد الغفور. مدى مساهمة المضرور في إحداث الضرر وأثره على تقدير التعويض. مجلة عدد2.مجلد40. الاردن: علوم الشريعة والقانون، 2013، ص550.

لوقوع الضرر دون الاعتداد بقيام خطئه أم لا، فنقول إن الشخص قد باشر في إحداث الضرر الواقع، هذا يعني أنه هو من سيتحمل المسؤولية عن التعويض ولا يستطيع ان يدفع ذلك عنه بتمسكه بفعل الغير، وهذا ما تؤكده القاعدة الفقهية الواردة في المادة (90) من مجلة الاحكام العدلية والتي تنص: "إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر" باستثناء بعض الحالات التي تضاف بها المسؤولية للمتسبب كون إن التسبب لا ينتج عنه الضرر مباشرة، بل يكون الوسيلة التي تفضي إلى حدوثه، كان يكون الشخص المباشر بيد شخص آخر كالآلة فيستطيع المباشر أن يتمسك بذلك لدفع الضمان عنه والحاقه بالغير فيصبح هو المباشر تطبيقا لأحكام الإكراه الملجئ الوراد في المادة (1007) من مجلة الأحكام العدلية بشأن المسؤولية العقدية[1]، والتي نصت على " أَنَّ الْإِكْرَاهَ الْمُلْجِئَ يَكُونُ مُعْتَبَرًا فِي التَّصَرُّفَاتِ الْقَوْلِيَّةِ عَلَى مَا ذُكِرَ فِي الْمَادَّةِ السَّابِقَةِ كَذَلِكَ فِي التَّصَرُّفَاتِ الْفِعْلِيَّةِ، وَأَمَّا الْإِكْرَاهُ غَيْرُ الْمُلْجِئِ فَيُعْتَبَرُ فِي التَّصَرُّفَاتِ الْقَوْلِيَّةِ فَقَطْ وَلَا يُعْتَبَرُ فِي التَّصَرُّفَاتِ الْفِعْلِيَّةِ. فَعَلَيْهِ لَوْ قَالَ أَحَدٌ لِآخَرَ اتْلَفْ مَالَ فُلَانٍ وَإِلَّا أَقْتُلْك أَوْ اقْطَعْ أَحَدَ أَعْضَائِك فَأَتْلَفَ ذَلِكَ يَكُونُ الْإِكْرَاهُ مُعْتَبَرًا وَيَلْزَمُ الضَّمَانُ عَلَى الْمُجْبِرِ فَقَطْ، وَأَمَّا لَوْ قَالَ اتْلَفْ مَالَ فُلَانٍ وَإِلَّا أَضْرِبْكَ أَوْ أَحْبِسُك وَأَتْلَفَ ذَلِكَ فَلَا يَكُونُ الْإِكْرَاهُ مُعْتَبَرًا وَيَلْزَمُ الضَّمَانُ عَلَى الْمُتْلِفِ فَقَطْ حَيْثُ كَانَ ذَلِكَ مِمَّا يُحْتَمَلُ عَادَةً"،[2] أي أن الاكراه الملجأ ينفي مسؤولية المباشر ويرتب المسؤولية على المتسبب.

كما ان المسؤولية تضاف للمتسبب في حالة وجود التعمد والتعدي وهو ما أكدته المادة (93) من مجلة الاحكام العدلية بقولها " المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد" وكذلك المادة (924) من المجلة التي نصت " يشترط التعدي ليكون التسبب موجبا للضمان"، والتعمد يكون من خلال قصد الفعل وقصد الحاق الضرر بالمضرور، اما التعدي يكون خارجا عن مجال الإباحة قانونيا للفاعل ولا يجوز فعله وليس للفاعل حق في القيام بالفعل، وقد تكون المسؤولية في بعض الحالات على المتسبب وليس على المباشر عندما ينص القانون على ذلك أو وجود سوء نية من المتسبب، وصور التسبب بأحداث الضرر كثيرة فقد يكوم تسبب بالقيام بفعل ايجابي أو بامتناع أو تسبب بعدم الاحتراز أو التغرير أو تسبب عمدي، وجميعها يكون المسؤولية على المتسبب.[3]

([1]) السرطاوي، علي: محاضرات في القانون المدني المقارن: جامعة النجاح الوطنية، كلية الحقوق، قسم الدراسات العليا (القانون الخاص). نابلس، فلسطين، 2016 نقلا عن: أبو بيح، حمزة كمال هشام. مرجع سابق. ص 89.

([2]) المادة (1007) من مجلة الاحكام العدلية العثمانية لسنة 1876م.

([3]) للمزيد انظر الشامي، محمد . ركن الخطأ في المسؤولية المدنية `دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري واليمني والفقه الإسلامي. بلا ط. مصر: دار النهضة العربية، 1990م، ص190_193.

المطلب الثاني: الاتفاق على مخالفة قواعد السبب الأجنبي

يبحث هذا المطلب في مدى إمكانية الاتفاق على مخالفة قواعد السبب الأجنبي، وعليه سوف نقسم هذا المطلب الى فرعين: نتناول في الفرع الأول جواز ضمان المدين القوة القاهرة وجواز تحمل المدين تبعة خطأ الدائن وخطأ الغير، ونتناول في الفرع الثاني أثر ضمان القوة القاهرة من حيث الموضوع.

الفرع الأول: جواز ضمان المدين للسبب الأجنبي

أولا: جواز ضمان المدين القوة القاهرة

إذا قامت القوة القاهرة ينقضي الالتزام الملقى على عاتق المدين بموجب العقد ويعفى المدين من المسؤولية العقدية نتيجة استحالة تنفيذ الالتزام، ولكن؛ قد يتفق الطرفان على أن يكون المدين مسؤولاً في مواجهة الدائن حتى لو كان سبب عدم التنفيذ راجع الى قوة قاهرة او حادث مفاجئ؛ ويرى الفقه الفرنسي بجواز الاتفاق على تعديل أثر القوة القاهرة بحيث لا يترتب على حدوثها براءة ذمة المدين من التزاماته،[1] واعتبر مثل هذه الاتفاقيات – الاتفاق على مخالفة أحكام القوة القاهرة- صحيحة طبقاً لقاعدة " العقد شريعة المتعاقدين"، فإذا اتجهت إرادة الأطراف للاتفاق على قواعد المسؤولية بينهم فلهم حرية تحديد نطاق المخاطر والشخص الذي يتحملها في حدود القانون والنظام والآداب العامة،[2] وعليه يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة، كما يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على تنفيذ التزامه التعاقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم،[3] وقد يتم الاتفاق بشأن ذلك في العقد أو باتفاق لاحق ؛ أي أنه يجوز للطرفين الاتفاق على أن القوة القاهرة لا تخلي التزام المدين سواء حدد صورا للقوة القاهرة كالحرب أو الاضراب أو الفيضان أو استعمل لفظ مطلق للقوة القاهرة.[4]

وفي حال وجود اتفاق بين المتعاقدين على تحمل المدين لآثار القوة القاهرة ولم يتمكن هذا الأخير من تنفيذ التزامه عينا، التزم بالتعويض في كل الأحوال سواءً كان بسبب خطئه طبقا لقواعد

([1]) نصرة، أحمد. مرجع سابق، ص 167.ويوس، حميدة، ساعو، كهينة. مرجع سابق، ص 24-25.

([2]) يوس، حميدة، ساعو، كهينة. مرجع سابق، ص 24-25. انظر أيضا: الخطيب، محمد شاهين عبد الحي. مدى كفاية القواعد العامة للمسؤولية المدنية في تحديد مسؤولية البنك الرائد والبنك الوكيل في قرض التجمع البنكي دراسة مقارنة. رسالة دكتوراة، الاردن: جامعة عمان العربية، 2015، ص 461.والحراسيس، عمر عوض ساهر. دفع المسؤولية العقدية في القانون المدني الاردني. (رسالة دكتوراه)، الأردن: جامعة عمان العربية، 2018، ص 160.

([3]) الحراسيس، عمر عوض ساهر. مرجع سابق، ص 160.

([4]) الصمادي، حازم نعيم. مرجع سابق، ص150 والسنهوري، عبد الرازق. مرجع سابق، ص 740.

المسؤولية بصفة عامة، أو بسبب القوة القاهرة التي لا يد له فيها، وفي هذا تشديد لمسؤولية المدين، وبهذا المفهوم يصبح هذا الاتفاق بمثابة تامين للدائن.[1]

وهذا الرأي أخذ به مشروع القانون المدني الفلسطيني، حيث نص في المادة (2/238) منه على أنه " يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين السبب الأجنبي"، أي أن يبقى المدين ضامنا لعدم التنفيذ بالرغم من أن القانون يعفيه من عدم التنفيذ.

ولكن هذا الرأي تعرض للنقد من حيث انه إذا كان القانون لا يجيز للأطراف الاتفاق على خلاف قواعد الظروف الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا، فمن باب أولى أن لا يسمح بالاتفاق على مخالفة قاعد القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ويعتبر أن قواعد القوة القاهرة من القواعد المتعلقة بالنظام العام. [2]

وقد سعت مجلة الأحكام العدلية من خلال المادة (19) "لا ضرر ولا ضرار"، والمادة (20):" الضرر يزال" إلى عدم الإضرار بالغير، فلم تجز الاضرار بالغير سواءً بنفسه أو بماله لأن الاضرار هو ظلم والظلم هو غدر وغير جائز ومن الواجب عدم ايقاعه بالغير؛ كما لا يجوز مقابلة الضرر بضرر؛ وسعت إلى إزالة الضرر في حالة حدوثه لأنه من الواجب عدم ايقاعه أصلا واعتبرت أن هذه قواعد عامة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ما لم يجد استثناء بنص القانون.[3] وقد نصت المادة (83) من مجلة الأحكام العدلية "يلزم مراعاة الشرط قدر الإمكان " أي بقدر المستطاع، والشروط المقترنة بالعقد تقسم إلى ثلاثة أنواع الجائز والفاسد واللغو والتي يجب مراعاتها هي الشروط الجائزة الموافقة للشرع والشروط المفيدة ممكنة الإجراء وفقا للمادة (784) من مجلة الأحكام العدلية. [4]

([1]) يوس، حميدة، ساعو، كهينة. مرجع سابق، ص 24-25.
([2]) نصرة، أحمد. مرجع سابق، ص 167.
([3]) حيدر، علي. مرجع سابق. ص 36-37.
([4]) نصت المادة (784) من مجلة الأحكام العدلية على أنه" إنْ كَانَ الشَّرْطُ الْوَارِدُ عِنْدَ عَقْدِ الْإِيدَاعِ مُفِيدًا وَمُمْكِنَ الْإِجْرَاءِ فَهُوَ مُعْتَبَرٌ وَإِلَّا فَهُوَ لَغْوٌ.مَثَلًا إذَا أُودِعَ مَالٌ بِشَرْطِ أَنْ يُحْفَظَ فِي دَارِ الْمُسْتَوْدَعِ وَحَصَلَتْ ضَرُورَةٌ فَانْتَقَلَ إلَى مَحِلٍّ آخَرَ لِوُقُوعِ الْحَرِيقِ فَلَا يُعْتَبَرُ الشَّرْطُ.فِي هَذِهِ الصُّورَةِ إذَا نُقِلَتْ الْوَدِيعَةُ إلَى مَحِلٍّ آخَرَ وَهَلَكَتْ أَوْ فُقِدَتْ بِلَا تَعَدٍّ وَلَا تَقْصِيرٍ لَا يَلْزَمُ الضَّمَانُ.وَإِذَا اشْتَرَطَ الْمُودِعُ عَلَى الْمُسْتَوْدَعِ حِفْظَ الْوَدِيعَةِ وَأَمَرَهُ بِذَلِكَ وَنَهَاهُ عَنْ إعْطَائِهَا زَوْجَتَهُ أَوْ ابْنَهُ أَوْ خَادِمَهُ أَوْ لِمَنْ اعْتَادَ حِفْظَ مَالَ نَفْسِهِ فَإِنْ كَانَ ثَمَّةَ اضْطِرَارٌ لِإِعْطَائِهَا لِذَلِكَ الشَّخْصِ فَلَا يُعْتَبَرُ النَّهْيُ وَإِذَا أَعْطَى الْمُسْتَوْدَعُ الْوَدِيعَةَ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ إلَى ذَلِكَ الشَّخْصِ وَهَلَكَتْ أَوْ فُقِدَتْ بِلَا تَعَدٍّ وَلَا تَقْصِيرٍ لَا يَلْزَمُ الضَّمَانُ.وَإِذَا أَعْطَاهَا وَلَمْ يَكُنْ اضْطِرَارٌ لِذَلِكَ يَضْمَنُ كَذَلِكَ إذَا شَرَطَ حِفْظَهَا فِي الْغُرْفَةِ الْفُلَانِيَّةِ مِنْ الدَّارِ وَحَفِظَهَا الْمُسْتَوْدَعُ فِي غُرْفَةٍ أُخْرَى فَإِنْ كَانَتْ الْغُرَفُ مُتَسَاوِيَةً فِي أَمْرِ الْمُحَافَظَةِ فَلَا يُعْتَبَرُ ذَلِكَ الشَّرْطُ.وَإِذَا هَلَكَتْ الْوَدِيعَةُ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ لَا يَلْزَمُ الضَّمَانُ أَيْضًا.وَأَمَّا إذَا كَانَ بَيْنَهُمَا تَفَاوُتٌ كَمَا لَوْ كَانَتْ إحْدَى الْغُرَفُ مِنْ الْحَجَرِ وَالْأُخْرَى مِنْ الْخَشَبِ فَيُعْتَبَرُ الشَّرْطُ لِكَوْنِهِ مُفِيدًا وَيَكُونُ الْمُسْتَوْدَعُ مَجْبُورًا عَلَى حِفْظِهَا فِي الْغُرْفَةِ الْمَشْرُوطَةِ لَهَا. وَإِذَا وَضَعَ الْوَدِيعَةَ فِي غُرْفَةٍ أَدْنَى مِنْهَا فِي الْحِفْظِ وَهَلَكَتْ يَضْمَنُ".

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

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

أي أن مجلة الاحكام العدلية اعتبرت أن قواعد الضمان في عقود الأمانات هي من النظام العام وكل اتفاق على مخالفة قواعد الضمان يعتبر باطلا وبذات الوقت لا يؤثر على صحة العقد فيبطل الشرط مع بقاء العقد صحيحا، ولكن يجوز الاتفاق على تشديد المسؤولية عقود الأمانات إذا كان الشرط ممكن الاجراء ومفيدا للمودع أما إذا لم يكن ممكن الإجراء ومفيدا على الوجه المذكور فهو لغو ولا يؤخذ به كما لو اشترط المودع أو المعير ضمان الوديعة فيما لو تلفت بيد المستودع أو المستعير بلا تعد وتقصير من المودع لديه كونه يخالف المادة (777)، أما وفقا لقانون التجارة والقرار بقانون بشأن البنوك فإن قواعده هي غير متعلقة بالنطام العام وبالتالي يجوز الاتفاق على مخالفتها.

وكذلك الأمر في عقود الضمان وهي عقود ترتب التزامات متبادلة بين طرفي العقد مثل الرهن، وهذه عقود تستخدمها البنوك في معاملاتها ومن تكون يده يد ضمان يتحمل تبعة الهلاك ولو كان بقوة قاهرة وعليه، إذا اشترط مثلاً في عقد الرهن عدم الضمان أي أنه إذا تلف في يد المرتهن فلا يسقط شيء من الدين، فالرهن صحيح والشرط باطل ولا يسقط من الدين بقدر قيمته، أي لا يجوز فيها التشديد من المسؤولية.

ويتخذ الاتفاق على ضمان القوة القاهرة أكثر من شكل، فقد يتم الاتفاق ان القوة القاهرة بشكل عام لا تخلي مسؤولية المدين من تنفيذ التزامه، أو أن يتم الاتفاق على أن يضمن المدين

حوادث معينه دون غيرها، ونجد أن أحكام القوة القاهرة هي قواعد متعلقة بالنظام العام ذلك أن المشرع قد فرضها لمصلحة المجتمع ككل والاخلال بهذه المصلحة هو اخلال بالنظام العام، وعليه فلا يجوز الاتفاق على خلاف قواعد القوة القاهرة حتى لو اقتصر أثرها على أطراف العلاقة التعاقدية، ذلك أن السماح بمثل هذه الاتفاقيات يخلق نوعاً من الفوضى في المجتمع ويعتبر من قبيل المخاطرة باستقرار المجتمع والمحافظة على هدوئه وكيانه متماسكا، ونجد أن مجلة الاحكام العدلية اعتبرت هذه القاعدة من المبادئ الأساسية والقواعد العامة الثابتة التي تبنى عليها الأحكام في مجلة الأحكام العدلية؛ وبالتالي فهي من قواعد النظام العام التي لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها.

ثانيا: جواز تحمل البنك المدين تبعة فعل الدائن وفعل الغير

بالرغم أن المسؤولية العقدية للبنك لا تتحقق لانعدام العلاقة السببية بقيام خطأ الدائن وخطأ الغير باعتبار كل منها سببا أجنبيا، ولكن قد يتفق الأطراف على تحمل المدين تبعة خطأ الدائن أو خطأ الغير وبالتالي توسيع دائرة المسؤولية فيتحمل البنك المدين بالاتفاق تبعة مسؤولية لا يتحملها بالأصل تتحقق، وهذا لا يخالف النظام العام والآداب[1] وهذا أيضا ما نص عليه لمشروع القانون المدني الفلسطيني كما ذكرنا سابقا، فيتم تحميل البنك الخسائر التي تلحق بالعميل جراء خطأ الغير.

الا أن تحميل البنك المدين تبعة خطأ الغير يرتب مشكلة من الناحية العملية، فالاتفاق يقتصر أثره على أطرف العملية التعاقدية وبالتالي لا ينتج أثره في مواجهة الغير ولا يمكنه الاستفادة منه أو التمسك به، وعليه فان البنك المدين لا يستطيع الرجوع على الغير بالأضرار التي لحقت بالعميل الدائن لأنها اضرار غير مباشرة له وإنما يطالب بالأضرار التي لحقت به مباشرة.[2]

ويعتبر تضمين البنك المدين خطأ العميل الدائن مخالفا لقواعد المسؤولية بشكل عام، حيث نصت المادة (239) من مشروع القانون المدني الفلسطيني:" ... ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية للالتزام إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول"، نلاحظ أن هذه المادة أوجبت على الدائن أن يبذل الجهد المعقول لدفع الضرر لا أن يتخذ موقفا سلبيا؛ وبالتالي من باب أولى أن لا يكون هو المتسبب بالضرر بخطئه، ولكن هذا النص يتعارض مع ما ورد في المادة

---

(1) يوس، حميدة، ساعو، كهينة. مرجع سابق، ص 59. وانظر ايضا الحراسيس، عمر عوض ساهر. مرجع سابق، ص157-15.

(2) نصرة، أحمد. مرجع سابق،177-179.

(2/238) من ذات القانون والتي أجازت الاتفاق على تحمل المدين السبب الأجنبي بشكل عام بما فيه خطأ الدائن.[1]

وتجد الباحثة أن مصالح الدائن والمدين غالبا ما تكون متعارضة، وبالتالي فمن الأفضل السماح بالاتفاق على مخالفة أحكام القوة القاهرة دون خطأ المدين وخطأ الغير.

وأما في مجلة الاحكام العدلية فكما تم ذكره فقد اعتبرت قواعد الضمان من النظام العام التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها سواءً ما تعلق منها بعقود الأمانة أو ما تعلق منها بعقود الضمان، وعليه فان شرط ضمان الوديعة في مجلة الاحكام العدلية عند هلاكها بلا تعد وتقصير على الوجه المذكور تجعل الشرط باطلاً ولا يلزم الضمان.[2]

كما أن قانون المخالفات المدنية لم يتضمن نصا يجيز أو يبطل التشديد من المسؤولية إلا أنه يستفاد بصورة عامة من الأحكام العامة عدم جواز ذلك لأن المادة (55 مكررة/ ب/2/ب) من قانون المخالفات المدنية لسنه نصت على أنه يجوز للمحكمة بناء على طلب أي من الطرفين تعديل الاتفاق على مقدار الضمان بحيث يكون مساويا للضرر الواقع فعلا، بمعنى عدم جواز الاعفاء أو التخفيف أو التشديد في المسؤولية.[3]

الفرع الثاني: أثر ضمان القوة القاهرة من حيث عبء الاثبات

تقضي القاعدة العامة بأن عبء إثبات تنفيذ الالتزام يقع على عاتق المدين، فلا تبرأ ذمته منه إلا إذا اثبت أن عدم التنفيذ راجع إلى سبب أجنبي لا يرجع إليه، هذا ما نصت عليه المادة (2) من قانون البينات الفلسطيني رقم (4) لسنة (2001): حيث نصت "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه"، أي انه يجب عليه أن يثبت التنفيذ أو السبب الأجنبي الذي منعه من ذلك، كما نصت المادة (215) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة (1948) على أنه إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت ان استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

---

(1) نصت المادة (2/238) على أنه: "يجوز الاتفاق على ان يتحمل المدين السبب الأجنبي".

(2) حيدر، علي. مرجع سابق، ص 242.

(3) نصت المادة (55 مكررة ب/2/ب)"...إذا كان المدعي والمدعى عليه قد سببا الضرر معاً بتقصيرهما، ولكن تقصير المدعي كان مبعثه سلوك المدعى عليه، يجوز للمحكمة أن تزيد التعويض الذي كان ينبغي على المدعى عليه دفعه لو أن هذه المادة لم توضع موضع العمل، إلى مبلغ لا يتجاوز المبلغ الذي كان ينبغي على المدعى عليه دفعه فيما لو كان المدعي لم يسبب الضرر بتقصيره."

ويتم الإثبات بكافة طرق الاثبات سندا للمادة (6/46)[1] من قرار بقانون رقم (9) لسنة (2010) بشأن المصارف وباعتبارها من المعاملات التجارية طبقا للمادة (6) من قانون التجارة، فيستطيع الطرفان الإثبات بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة الشخصية ولو زادت قيمة الإلتزام عن النصاب القانوني.[2]

فإذا كان الالتزام ببذل عناية فيجب على العميل أن يثبت قيام الالتزام بداية، ومن ثم يجوز للبنك أن يثبت أنه بذل العناية المطلوبة منه، فإذا تمكن من ذلك اعتبر منفذا للالتزام ما لم يثبت العميل أن البنك كان مقصرا باتخاذ الاحتياطات الواجبة عليه حينئذ يتحقق خطأ البنك، ولكن يستطيع البنك أن يثبت قيامه باتخاذ كافة الاحتياطات الواجبة عليه أو اثبات أن تلك التدابير والاحتياطات الذي يدعيها العميل ليست واجبا عليه.[3] وفي كل الأحوال يستطيع المدين- البنك- أن يثبت السبب الأجنبي لإخلاء مسؤوليته .[4]

أما إذا كان الالتزام بتحقيق نتيجة كعقد إيجار الخزائن الحديدية يكون الدائن -العميل- ملزما بإثبات الالتزام ويتعين على المدين -البنك- التخلص منه ويكون البنك مسؤولا عن تحقق النتيجة فإذا لم تتحقق النتيجة فإن البنك يصبح مسؤولا عن تعويض كل الاضرار المادية والمعنوية وفوات المنفعة التي لحقت بالعميل ولا يستطيع دفع المسؤولية عنه إلا بالسبب الأجنبي.[5] أي أنه يجب على العميل أن يثبت الالتزام من جهة وأن يثبت عدم تحقق النتيجة التي يفرضها الالتزام على البنك من جهة أخرى، حينئذ يكلف البنك بإثبات تنفيذه وفي حال عجزه عن ذلك عد مخطئاً ولا يجوز نفي هذا الخطأ طالما لم تتحقق النتيجة إلا في حالة السبب الاجنبي، لأن هذا الاثبات يهدم علاقة السببية وينفي الاسناد.[6] أي أنه يجب على العميل إثبات مسؤولية البنك دون الحاجة إلى اثبات القوة القاهرة لأن المسؤولية تتحقق حتى مع وجود القوة القاهرة.

إلا أن هذه الأحكام تختلف عند وجود اتفاق على تحمل المدين-البنك- القوة القاهرة، وحيث أن العميل هو المستفيد فيجب عليه إثبات القوة القاهرة كشرط لتفعيل اتفاق الضمان وهو جائز لأن

---

(1) نصت المادة (6/46): " يجوز الاثبات في القضايا المصرفية بجميع طرق الاثبات بما في ذلك البيانات الالكترونية أو الصادرة عن النظام الالي المصرفي".
(2) الرشدان، منى هلال. مرجع سابق، ص 51.
(3) بدر، أسامة أحمد. الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة بين المسؤوليتين الشخصية والموضوعية دراسة تحليلية في القانونين الفرنسي والمصري. مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية. ع2. مصر: جامعة الاسكندرية، 2009.، ص 340-342.
(4) نصرة، أحمد سليم. مرجع سابق، ص 188.
(5) أبو فروة، محمود محمد. مرجع سابق، ص 183-184.
(6) بدر، أسامة احمد. مرجع سابق. ص 344.

محله مبلغاً مالياً، فإذا كان شرط الضمان يتعلق فقط بالقوة القاهرة فإنه ينقضي التزام البنك إذا اثبت وجود سبب أجنبي آخر كخطأ الغير او خطأ الدائن، أما إذا كان الاتفاق على تحمل المدين السبب الاجنبي بشكل عام دون تحديد فلا يستطيع البنك ان يدفع المسؤولية عن نفسه إلا إذا أثبت بطلان العقد أو الشرط أو اثبات وقوع غش أو خطأ جسيم من طرف الدائن.[1]

يرى الفقه أن عبء اثبات الخطأ يقع على من يدعيه وهو المضرور أي العميل في دعوى التعويض وحيث أن الاثبات ينصب على وقائع مادية يتكون منها الخطأ فللعميل إثبات الخطأ الصادر من البنك بكافة طرق الاثبات،[2] ويكون ذلك إذا كان الواجب أو الالتزام الذي ترتب عليه الاخلال به حدوث الضرر التزاما ببذل عناية، اما إذا كان الالتزام بتحقيق نتيجة فان اثبات عدم تحقق النتيجة يكون كافيا لافتراض الخطأ ما لم يقم المدعى عليه البنك بإثبات السبب الأجنبي الذي ينسب إليه.[3]

وبالتالي فان الاتفاق على ضمان البنك القوة القاهرة يجعله مسؤولا عن دفع البدل حتى وان لم تتحقق مسؤوليته لوجود القوة القاهرة، وقد سبق الحديث في الفرع السابق أن هذا الأمر غير مقبول في التشريع الفلسطيني لأن قواعد الضمان هي من قواعد النظام العام التي لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها، وبالتالي فيبقى العقد صحيحا ولا يؤخذ بهذا الشرط.

المبحث الثاني

الشروط المشددة في تقييم مسلك المدين

تعددت التعريفات الفقهية للشرط المشدد للمسؤولية العقدية فعُرف بأنه: الشرط الوارد في العقد أو في وثيقة منفصلة الذي يقضي بقيام مسؤولية المدين في الحالات التي لا تكون فيها مسؤوليته قائمة بموجب القواعد العامة.[4] وعرف أيضا بانه: اتفاق يرمي إلى جعل المدين مسؤولا في الأحوال التي يكون فيها عدم التنفيذ راجعا الى سبب أجنبي، أو زيادة التعويض عن قيمة الضرر الواقع فعلا، أو تعديل المعيار المتطلب لتنفيذ الالتزام.[5] ونلاحظ أن هذه التعريفات مستمدة من صور الشرط المشدد وتدور حول تحميل المدين المسؤولية في الحالات التي تكون فيها مسؤوليته غير قائمة بموجب القواعد العامة ابتداء من الخطأ اليسير والتافه وصولا إلى الحادث

---

(1) نصرة، أحمد سليم. مرجع سابق، ص188-189.
(2) خوالدة، احمد مفلح عبد الله. مرجع سابق، ص148.
(3) الخرينج، ناصر متعب بنية. مرجع سابق. ص 61.
(4) نصرة، أحمد سليم. مرجع سابق، ص 36.
(5) الدواغرة، موسى عبد الكريم. الشروط المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية في القانون المدني الاردني. (رسالة ماجستير)، الاردن: جامعة اليرموك، 2017، ص10-11.

الفجائي والقوة القاهرة وذلك بحدود النظام العام والآداب العامة، وتقسم الشروط المشددة إلى قسمين شروط الاتفاق على مخالفة أحكام السبب الأجنبي والتي تم الحديث عنها في المبحث الأول والاتفاق على تشديد مسلك المدين والتي سيتم الحديث عنها في هذا المبحث وعليه سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين المطلب الأول: يتحدث عن الشروط المشددة في تقييم مسلك المدين والمطلب الثاني: يتحدث عن التعويض الاتفاقي كصورة للتشديد في مقدار التعويض.

المطلب الأول: صور خاصة من الشروط المشددة

قد يتفق الأطراف على تضمين عقودهم صورا تشدد من المسؤولية الواقعة على أحد أطراف العلاقة التعاقدية حرصا منهم على تنفيذ الالتزام بدقة أكبر، وتختلف صور هذا الاتفاق فيمكن أن يتم الإتفاق على تحويل الإلتزام من بذل عناية إلى تحقيق نتيجة، أو الاتفاق على تحميل المدين الخطأ اليسير والتافه، أو الاتفاق على تحميل المدين تعويض الأضرار غير المباشرة وغير المتوقعة بحيث يؤدي الاتفاق على أحد هذه الصور إلى أن تكون مسؤولية المدين مشددة، ونبحثها تباعاً.

الفرع الأول: الإتفاق على تحويل الإلتزام من بذل عناية إلى تحقيق نتيجة

في هذه الصورة يكون الالتزام بذل عناية ويتم تحويله إلى التزام بتحقيق نتيجة فيصبح البنك حينئذ مسؤولا عن تحقق النتيجة ولا يتخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي وإن أثبت أنه بذل عناية الرجل المعتاد، وعليه لا يكون مطلوبا من الدائن -العميل- إلا إثبات عدم تحقق النتيجة التي يتوخاها من العقد بذلك يصبح عبء الإثبات أسهل للدائن فيكفيه إثبات الإلتزام وعدم تحقق النتيجة المتفق عليها. أي يصبح مقدار العناية المطلوبة من البنك المدين في تنفيذ التزامه التعاقدي تحقيق نتيجة، فيكون مسؤولا عن الفعل العمد وعن أي خطأ جسيم أو يسير أو تافه،[1] كما يمكن أن يتفق الأطراف على تشديد معيار تنفيذ الالتزام كأن يتم تحويله من معيار الرجل المعتاد إلى معيار الرجل الحريص.[2]

ومن أمثلتها الإتفاق على تشديد المسؤولية الواجبة على البنك على خلاف نص المادة (2/30) من القرار بقانون بشأن المعاملات الإلكترونية باعتبارها قاعدة مكملة يجوز للأطراف

---

(1) يوس، حميدة، ساعو، كهينه. الاتفاقات المعدلة للمسؤولية في القانون المدني الجزائري. (رسالة ماجستير)، الجزائر: جامعة عبد الرحمان ميره -بجاية-، قسم القانون الخاص، 2014-2015. ص 24. وانظر أيضا: عبد الله، غدير جميل ميرزا. مرجع سابق. ص10. ومحيي الدين، مغلاوي. مرجع سابق، ص 14.

(2) الدواغرة، موسى عبد الكريم. مرجع سابق، ص 10.

الإتفاق على مخالفتها، كونها لم تخالف طبيعة العقد والنظام العام والآداب،[1] على عكس المادة (270) من قانون التجارة الأردني والتي تعتبر من القواعد الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها،[2] وسيتم تفصيل هذا المثال ص 66.

الفرع الثاني: الإتفاق على تحميل المدين الخطأ اليسير والتافه

قد يكون الإتفاق على تشديد مسؤولية المدين بتحميله مسؤولية الخطأ اليسير والتافه، وهو الخطأ الذي يقع من البنك دون إرادته والذي لا يقترفه الشخص العادي في حرصه وعنايته أي لا يقع من شخص متوسط العناية،[3] بالرغم من عدم مساءلته عنها في الأحوال العادية،[4] ومن الأمثلة على ذلك الإتفاق على تحمل البنك مسؤولية تعويض الأضرار الناتجة عن الأفعال التي لا تقع من الرجل شديد الحرص فيحاسب البنك عن التأخير ولو لعدة دقائق وعن أية عثرة جرت العادة على التجاوز عنها، وعن عدم الاحتراز الذي يمكن أن يقع فيه الرجل العادي.[5]

---

(1) نصت المادة (2/30) من القرار بقانون بشأن المعاملات الإلكترونية على أنه: "... يعتبر عميل المؤسسة المالية مسؤولا عن أي استعمال غير مشروع لحسابه بوساطة التحويل الإلكتروني؛ إذا ثبت أن إهماله قد ساهم في ذلك بصوره رئيسية وأن المؤسسة قد قامت بواجباتها للحيلولة دون أي استعمال غير مشروع لذلك الحساب".

(2) نصت المادة (270) من قانون التجارة الأردني الساري في الضفة الغربية (12) لسنه (1966م) المنشور في الجريدة الرسمية رقم (1910) على الصفحة (472) بتاريخ(1966/3/30م). على ذات النص مع وجود اختلاف بسيط، حيث نصت على انه:" 1- يتحمل المسحوب عليه وحده الضرر المترتب على شيك مزوراً أو محرف إذا لم يكن نسبة أي خطأ إلى الساحب المبين اسمه في الصك 2- وبوجه خاص يعتبر الساحب مخطئاً إذا لم يحافظ على دفتر الشيكات المسلم إليه بما ينبغي من عناية". ونلاحظ أن هذا النص جاء خاليا من عبارة " وكل شرط على خلاف ذلك يعتبر كأن لم يكن، وهي العبارة التي وردت في (173) من قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة (1984) المنشور بالجريدة الرسمية في العدد (2987) صفحة رقم (230) بتاريخ (1984/4/2) المتعلقة بتزوير الشيكات فقد نصت على أنه:" يتحمل المسحوب عليه وحده الضرر المترتب على وفاء شيك زور فيه توقيع الساحب أو حرفت البيانات الواردة في متنه إذا لم يمكن نسبة أي خطأ الى الساحب المبين اسمه في الشيك، وكل شرط على خلاف ذلك يعتبر كأن لم يكن. ويعتبر الساحب مخطئاً على وجه الخصوص إذا لم يبذل في المحافظة على دفتر الشيكات المسلم اليه عناية الشخص المعتاد".

(3) العيسائي، عبد العزيز مقبل. شرط الاعفاء من المسؤولية المدنية في كل من القانون المدني الاردني واليمني دراسة مقارنة. رسالة ماجستير، الاردن: الجامعة الاردنية، 1998، ص70. انظر ايضا شكري، بهاء بهيج. الخطأ الجسيم والخطأ اليسير بين التشريع والفقه والقضاء. ع2، الاردن: الاتحاد الاردني لشركات التأمين، 2008، ص1.

(4) خوالدة، احمد مفلح. مرجع سابق، 90.

(5) خوالدة، احمد مفلح عبد الله. شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية. (رسالة دكتوراه)، الأردن-عمان: جامعة عمان العربية للدراسات العليا، كلية الدراسات القانونية العليا، 2007. ص90.

الفرع الثالث: الإتفاق على تحميل المدين تعويض الأضرار غير المباشرة وغير المتوقع

قد يتم الاتفاق على تحميل المدين (البنك) المسؤولية عن تعويض الأضرار التي تحل به نتيجة الإخلال بالالتزام التعاقدي بما في ذلك الضرر غير المباشر والضرر المتوقع وغير المتوقع ولو كان الخطأ المنسوب إليه لم يصل إلى درجة الخطأ العمدي أو الجسيم.[1]

المطلب الثاني: التعويض الاتفاقي كصورة للتشديد في مقدار التعويض

لا تقتصر صور الشروط المشددة على التشديد في تقييم مسلك المدين بل قد يشترط أيضا أحد المتعاقدين على الآخر إلزامه بتعويض اتفاقي عند إخلاله بالتزاماته، بهدف حمله على تنفيذ التزاماته، فيتناول هذا المطلب موقف القوانين المقارنة من التعويض الاتفاقي وموقف القانون الفلسطيني والأساس القانوني الذي يمكن للقاضي الاستناد إليه في تعديل قيمة الشرط الجزائي.

الفرع الأول: موقف القوانين المقارنة من التعويض الاتفاقي

يعرف الشرط الجزائي بأنه: الإتفاق سلفا على تحديد قيمة التعويض المستحق للدائن عند امتناع المدين عن تنفيذ التزامه أو عندما يتأخر فيه، وهو عبارة عن تقدير مسبق لحجم الضرر وإن كان غير حقيقي والتعويض المترتب عنه والذي يستحق بمجرد الإخلال بالعقد، ولا يحتاج المدعي إلى إثبات أي ضرر وغالبا ما يدرج مثل هذا الشرط عند إبرام العقد أو في اتفاق لاحق؛ ولكن لا يجوز أن يكون بعد وقوع الاخلال بالتنفيذ ففي هذه الحالة يسمى صلحاً، فالشرط الجزائي لا يختص أصلا بالتعويض عن الضرر وهذا ما ذهب إليه الاتجاه الفرنسي من عدم ربط الشرط الجزائي بالضرر كما أن له طابعاً عقابياً.[2]

وقد نظمت القوانين المقارنة كالمصري والأردني الشرط الجزائي إلا أنها اختلفت في طريقة تنظيمه، حيث ذهب المشرع المصري إلى أن الشرط الجزائي في العقد متى تحقق يجعل الضرر واقعا في تقدير المتعاقدين، فلا يكلف الدائن بإثباته وإنما يقع على المدين (البنك) عبء إثبات انتفاء الضرر أو أن التعويض مبالغ فيه إلى درجة كبيرة، أي أنه يجب على القاضي الحكم به كما هو بدون زيادة أو نقصان؛ ولكن يمكن للقاضي أن يخفض من قيمة الشرط الجزائي في حالة قيام المدين بإثبات أن التقدير كان مفرطا فيزيل ما فيه من مبالغة، كما أنه في حال قيام المدين

---

(1) عبد الله، غدير جميل ميرزا. مرجع سابق، ص11.

(2) النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني الأردني لمنذر فضل ص73/2 مشار اليه لدى: (سعد، محمد بن عبد العزيز. الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة (رسالة ماجستير)، المملكة العربية السعودية، جامعة الملك سعود،2004، ص 13-17)

بتنفيذ جزء من التزاماته فلا يحكم القاضي بكل الشرط الجزائي.[1] وهذان الحكمان يعتبران من النظام العام ولا يجوز الإتفاق على خلافهما، كما أن للقاضي –بناء على طلب العميل-أن يزيد من الشرط الجزائي إذا ارتكب المدين غشا أو خطأ جسيما.[2]

بينما نص القانون الأردني على أن الضمان يقدر بما يساوي الضرر الواقع فعلا حين وقوعه ويتم تقديره من المحكمة؛ ولكنه أجاز للأطراف الاتفاق مقدما على تحديد قيمة الضمان بالنص عليه في العقد أو باتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون، وبذات الوقت يجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناءً على طلب الطرفين أن تعدل في الإتفاق، مما يجعل التقدير مساويا للضرر ويقع باطلا على اتفاق يخالف ذلك، بمعنى أن الشرط الجزائي يخضع للزيادة أو النقصان حسب مقدار وحجم الضرر الواقع بخلاف القانون المصري الذي أجاز تخفيض مقدار الشرط الجزائي لكن دون زيادة. [3]

الفرع الثاني: موقف القانون والفقه والقضاء الفلسطيني من التعويض الاتفاقي.

بالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أنه نص على الشرط الجزائي، ومن ذلك ما روي عن البخاري في صحيحه بسنده عن ابن سيرين أن رجلا قفال لكريه: "أدخل ركابك فان لم أرحل معك يوم كذا وكذا فلك مائة درهم فلم يخرج فقال شريح من شرط على نفسه طائعا غير مكروه فهو عليه"؛ [4]وهو ما أخذ به جانب من الفقه الإسلامي الحديث حيث أقر جواز الشرط الجزائي في الحالة التي يتأخر فيها المدين عن سداد الديون في الوقت المحدد.[5]

---

(1) نصت المادة (224) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة (1948) المنشور بالوقائع المصرية، العدد (108) مكرر (أ)، بتاريخ 1948/7/29م.
على: (1- لا يكون التعويض الاتفاق مستحقا إذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر2- ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا اثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه.3- يقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين)
(2) الشماع، فائق محمود. مرجع سابق، ص100.
(3) انظر المواد: 363- اذا لم يكن الضمان مقدراً في القانون او في العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلا حين وقوعه.
المادة (364): 1- يجوز للمتعاقدين ان يحددا مقدما قيمة الضمان بالنص عليها في العقد او في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون 2- ويجوز للمحكمة في جميع الاحوال بناء على طلب أحد الطرفين ان تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساويا للضرر ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك. انظر المواد (363و364/او2) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة (1976).
(4) عفانة، حسام الدين بن موسى محمد. يسألونك عن المعاملات المالية المعاصرة. طبعة1، أبو ديس، بيت المقدس، فلسطين: المكتبة العلمية ودار الطيب للطباعة والنشر، ص306.على الرابط:
https://al-maktaba.org/book/31677/306
(5) الزرقا، مصطفى أحمد، هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن، جامعة الملك عبد العزيز: مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، ع2، مج2، 1985، ص 107- 108.

أما بالنسبة للقضاء الفلسطيني فقد قرر أحد الاجتهادات القضائية الفلسطينية بعدم وجود أصل للشرط الجزائي في مجلة الأحكام العدلية، وأنه لا يمكن تبني الشرط الجزائي بناءً على نصوصها العامة، فقد قضت محكمة استئناف رام الله في أحد أحكامها بالقول "...وبالتالي في ظل الواقع القانوني المشار إليه أعلاه، يتعين الوقوف على نظامنا القانوني فيما إذا أخذ أو جارى القوانين المجاورة، حيث يلاحظ من واقع نصوص أحكام المجلة في المواد: (19)"لا ضرر ولا ضرار"، والمادة(20) "الضرر يزال"، والمادة (92) "المباشر ضامن وإن لم يتعمد"، وبما أن العقد يرتب آثاره فإن أي إخلال أو عدم تنفيذ له يرتب القانون عليه التعويض بشرط إثبات وقوع الاخلال بالعقد بعدم تنفيذ الالتزام مع ضرورة إثبات الضرر، بما لا يتجاوز واقع حكم المادة (11) من المجلة بإضافة الحادث إلى أقرب أوقاته، بمعنى أن كل دائن وقع عليه ضرر جراء عدم تنفيذ المدين لتعهده عليه إثبات أمرين الأول إثبات عدم تنفيذ المدين لتعهده، والثاني إثبات قيمة الضرر الواقع، مما ينفي في نظامنا القانوني التمسك بالشرط الجزائي على أساس القواعد المذكورة أعلاه في المجلة، أو على الدائن اثبات إخلال المدين بما تعهد به بحدوث الخطأ (الضرر) حيث يتعين اثباتهما معاً ليصار إلى التعويض..... وبما أن الواقع المشار إليه أعلاه أخفق من جانبي طرفي النزاع إثبات صحة الادعاء لكل طرف، فلا يجوز لمحكمة الدرجة الأولى الحكم بواقع الشرط الجزائي الذي لا يأخذ به نظامنا القانوني حتى ولو فسخت الاتفاقية من جانب الجهة المدعى عليها في الادعاء الأصلي...". [1]

إن هذا الحكم يرى بعدم جواز الشرط الجزائي في مجلة الأحكام العدلية لأن قواعد المسؤولية العقدية في المجلة توجب على الدائن إثبات الإضرار والضرر، وبالتالي لا يمكن التمسك بالشرط الجزائي باعتباره يقلب عبء الإثبات بخصوص الضرر على عاتق المدين؛ وهذا خروج عن القواعد الخاصة بالمسؤولية العقدية في المجلة والتي تلزم الدائن بإثبات الإضرار والضرر، ولكن تجد الباحثة نجد أن قلب عبء الاثبات جائز لأن قواعد الاثبات ليست من النظام العام[2]، فيجوز قلب عبء الإثبات باتفاق الأطراف، ما دام أن أركان المسؤولية العقدية متوافرة (إخلال وضرر ورابط سببية)، وإن كان الضرر مفترضا بموجب الشرط الجزائي، كما نجد إمكانية تأصيل الشرط الجزائي في المجلة وتبنيه بناءً على القواعد العامة؛ فبالرجوع إلى مجلة الأحكام العدلية نجد أنها لم تنظم الشرط الجزائي إلا أنها نصت على مجموعة من القواعد الفقهية بالإضافة

---

(1) محكمة استئناف رام الله، حقوق رقم(9/ 2018)، بتاريخ(4/24/ 2018)، منشور على موقع مقام على الرابط :https://maqam.najah.edu/judgments/276/

(2) المادة (1/68) من قانون البينات في المواد المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (4) لسنه (2001).

للقواعد الواردة في الحكم المذكور أعلاه والتي يمكن الاستناد إليها لتوضيح ملامح الشرط الجزائي في القانون الفلسطيني، وهذه القواعد هي:

ما ورد في نص المادة (19) من مجلة الأحكام العدلية وهي "لا ضرر ولا ضرار"، ونص المادة (20) "الضرر يزال" المذكورة في الحكم أعلاه، فإذا كان الدائن (العميل) الذي يتمسك بالشرط الجزائي يعتبر نفسه متضررا جراء إخلال المدين (البنك) فهذا يعني ي أن الضرر هو شرط لتمسك الدائن (العميل) بالشرط الجزائي، وحيث أن الشرط الجزائي هو اتفاق أي عقد فانه تحكمه نصوص المجلة " المتعلقة بالمسؤولية عن الفعل الضار"، وعليه يجب توافر:(اخلال، ضرر، علاقة سببية) فإذا توافرت أركان المسؤولية وجب إزالة الضرر وعليه تكون صلاحية القاضي برفع الضرر وبالتالي إذا كان الشرط فيه مصلحة للطرف الآخر-العميل- فهو جائز، ولكن يجوز للقاضي أن يخففه إلى مقدار الضرر الواقع فعلا ولا يجوز أن يزيد عليه، أي أن القاضي يزيل الضرر في تقدير قيمة الشرط الجزائي.

وكذلك نصت المادة (36) من المجلة على قاعدة " العادة محكمة"، وتعني أن العادة سواءً كانت عامة أو خاصة تجعل لإثبات حكم شرعي،[1] ونصت المادة (37) على قاعدة: "استعمال الناس حجة يجب العمل بها" وتعني أن استعمال الناس لشيء معين لا يخالف أحكام الشرع واجتهاد الفقهاء يعتبر حجة،[2] ونصت المادة (41) على قاعدة: "انما تعتبر العادة اذ اطردت أو غلبت"، وعليه وبما أن الشرط الجزائي لم يتعارض مع الشرع وقد اطرد الناس على العمل به وتضمينه في عقودهم ومعاملاتهم وأن الاطراد على التعامل بشرط لا يناقض الشرع يجعله ملزما لهم مما يلزم القاضي على الأخذ به .

وأيضا نصت المادة (83) من المجلة على قاعدة "ويلزم مراعاة الشرط قدر الإمكان"، ويقصد بهذه القاعدة أنه يجب مراعاة الشروط المتفقة مع الشرع؛[3] ويمكن الإستناد إلى هذه القاعدة لاعتبار الشرط الجزائي صحيحا.

ومن جهة أخرى لقد سبق وأن أشارت الباحثة إلى أن الشرط الجزائي قد يكون إما بنداً في العقد وإما أن يكون اتفاقاً مستقلاً يتفق فيه الأطراف على تقدير قيمة الضرر، بمعنى آخر ان الشرط الجزائي يعتبر عقداً وبالتالي تنطبق عليه قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين" طالما انعقد

---

(1) حيدر، علي، درر الاحكام. مرجع سابق، ص44.
(2) حيدر، علي، درر الأحكام. مرجع سابق، ص46.
(3) حيدر، علي. درر الأحكام. مرجع سابق، ص 84.

برضا الأطراف، وبالرجوع إلى أحكام الشروط المقترنة بالعقد نجد أنها نصت في المادة (186) بقولها: البيع بشرط يقتضيه العقد صحيح والشرط معتبر..."، ونصت المادة (187) بقولها: "البيع بشرط يؤيد العقد صحيح والشرط أيضاً معتبر..." ونصت المادة (188) بقولها: "البيع بشرط متعارف يعني الشرط المرعي في عرف البلدة صحيح والشرط معتبر ..." ونصت في المادة (189) على البيع بشرط ليس فيه نفع لأحد من المتعاقدين بقولها "البيع بشرط ليس فيه نفع لأحد العاقدين يصح والشرط لغو...".

تلاحظ الباحثة أن النصوص أعلاه تجيز البيع بشرط يقتضيه العقد أو البيع بشرط يؤيد العقد أو البيع بشرط متعارف عليه؛ ألا أنها لم تجز البيع بشرط ليس فيه نفع لأحد المتعاقدين بموجب المادة (189)، وعليه بمفهوم المخالفة فإن الشرط الذي يتضمن نفعاً لأحد المتعاقدين جائز وحيث أن الشرط الجزائي فيه نفع لعميل المشترط فنرى صحة الشرط الجزائي، أي أنه يمكننا تطبيق هذه القواعد على أحكام الشرط الجزائي باعتبار أن البيع هو من العقود الأساسية التي يمكن القياس بما لا يخالف طبيعة العقود البنكية ما دام لا يخالف القانون والنظام العام ؛ ولكن يشترط لتأصيل الشرط الجزائي بناءً على هذه القواعد والنصوص القانونية أن يهدف الشرط الجزائي إلى التعويض مع وقوع الضرر ويقتصر أثره على إلقاء عبء الاثبات على عاتق المدين الذي يتوجب عليه إثبات أن الدائن لم يتضرر جراء الإخلال أو إثبات المبالغة في قيمة الشرط الجزائي.

وترى الباحثة أن للقاضي الاستناد في تعديل قيمة الشرط الجزائي إلى نظرية التعسف في استعمال الحق، فالمبالغة في تقدير قيمة الشرط الجزائي تعتبر من قبيل التعسف في استعمال الحق من قبل المشترط، وبذلك يمكن للقاضي إزالة المبالغة فيه أي أن يجعل التعويض متناسب مع الضرر الواقع فعلا. ولا شك أن مجلة الأحكام العدلية تأخذ بهذه النظرية في العديد من القواعد ومنها قاعدة لا ضرر ولا ضرار والتي سبق شرحها، وقاعدة الأمور بمقاصدها،[1] وقاعدة " درء المفاسد أولى من جلب المنافع،[2] وقاعدة " الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف"، وقاعدة "يختار أهون الشرين"[3]، وغيرها من القواعد الموجودة في المجلة وعليه إذا استعمل الحق في نطاقه المشروع وكان هناك تعسف في استعمال الحق فيحق للطرف الآخر الذي تعرض للتعسف أن يطلب إزالة التعسف بإزالة الضرر.

([1]) المادة (2) من مجلة الاحكام العدلية.
([2]) المادة (30) من مجلة الأحكام العدلية.
([3]) المواد(27) و(29) من مجلة الأحكام العدلية.

كما تجد الباحثة أن القاضي يمكنه الاستناد إلى مبادئ العدالة والإنصاف والتي يلجأ إليها القاضي حين لا يجد نصوصا قانونية يمكن الاستناد إليها في حكم موضوع النزاع، والتي يندرج تحتها العديد من القواعد الفقهية العامة كقاعدة لا ضرر ولا ضرار والضرر يزال،[1] فلا يجوز الإضرار بالغير بنفسه أو بماله وإن حدث يجب إزالته، وعليه يجب إزالة المبالغة أو البخس في الشرط الجزائي وقاعدة الأمور بمقاصدها،[2] فالشرط الجزائي يقصد التعويض وعليه فإنه يلزم رده إلى هذه الغاية إذا خرج عنها سواء كان هناك مبالغة أو بخس في مقداره.

كما تجد الباحثة إمكانية الاستناد القاضي إلى مبدأ حسن النية في العقود باعتبار أن التمسك بالشرط الجزائي رغم التعسف فيه وعدم تناسبه مع الضرر الواقع من قبيل سوء النية التي يجوز فيها تدخل القاضي لتخفيضه.[3]

ومن تطبيقات الشرط الجزائي في القانون الفلسطيني ما ورد في نص المادة (28) من القرار بقانون رقم (6) لسنة (2014) بشأن التأجير التمويلي حيث نصت: " إذا نص عقد التأجير التمويلي على التزام الفريق الذي أخل بالعقد بدفع مبلغ محدد أو مبلغ يتم احتسابه بطريقة معينة مقابل ذلك الاخلال، فيستحق للفريق المتضرر ذلك المبلغ 2- يجوز للمحكمة تخفيض المبلغ المذكور إلى الحدود التي تراها مناسبة إذا تبين أنه يتجاوز بدرجة كبيرة الضرر الناجم عن الإخلال ". ومما لا شك فيه أن البنك قد يكون طرفا في عقد التأجير التمويلي حيث عرفت المادة (1) المؤجر: بأنه "الشخص المعنوي المسجل وفق أحكام التشريعات النافذة".

أي أن المشرع الفلسطيني في نص المادة أعلاه قد اعتبر أن الشرط الجزائي متى تحقق يجعل الضرر واقعا في تقدير المتعاقدين مما يوجب على القاضي أن يحكم به كما هو بدون زيادة أو نقصان؛ ولكن بذات الوقت منح الحق للقاضي التدخل فقط لتخفيض قيمة الشرط الجزائي إذا كان يتجاوز بدرجة كبيرة الضرر الناجم عن الإخلال وترك بشأنها سلطة تقديرية للقاضي لتقدير فيما إذا كان الشرط الجزائي يتجاوز بدرجة كبيرة الضرر الناجم عن الإخلال أم لا، ولا يملك القاضي زيادة قيمة الشرط الجزائي. وترى الباحثة أن الشرط الجزائي هو شرط منطوي على تقدير جزافي يتخذ الطابع الجزائي لا يراعي فيه الدائن مساواة التعويض بالضرر وغالبا ما يحوي

([1]) المواد (19) و (20) من مجلة الأحكام العدلية.
([2]) المادة (2) من المجلة.
([3]) جنديه، رائد هاني سلامة. مبدأ حسن النية في ابرام التصرفات القانونية- المركز الديمقراطي العربي، بحث منشور على الانترنت. https://democraticac.de/?p=68244 . وبرهم، دعاء موسى عبد الرحمن، دور القاضي في العقود المدنية والتجارية-دراسة تحليلية مقارنة، (رسالة الماجستير)، فلسطين-غزة جامعة الأزهر،2018-2019.ص 177.

مبالغة في تقدير قيمته لجعلها متناسبة مع الضرر وليس بالضرورة المساواة الفعلية بينهما ويبدو موقف القانون أعلاه موقف موفق من حيث السماح للمحكمة بالتدخل وتخفيض قيمة الشرط إلى الحدود المناسبة حيث اشتراط المساواة يعتبر كقيد لفلسفة الشرط الجزائي.

وذهب اتجاه قضائي آخر إلى: أن للقضاء سلطة تعديل قيمة الشرط زيادة ونقصانا، دون تقييد ذلك بقيود محددة، فقد ذهبت محكمة استئناف رام الله إلى ذلك حين قضت بأنه " ... أن هذا شرطا جزائيا وغالبا ما يكون مقدرا تقديرا جزافيا، ولذلك فهو قابل لإعادة النظر فيه من قبل القضاء بحيث يكون التعويض مساويا للضرر بزيادة أو إنقاص المبلغ المتفق عليه ولا يخل ذلك بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين..." [1]. وتجد الباحثة أن هذا الحكم متفقا مع نصوص مجلة الأحكام العدلية السابقة الذكر كونه يتيح للقاضي فرصة تخفيض التعويض إلى مقدار الضرر الواقع فعلا خاصة وأن الحكم تضمن عبارة "مساويا" التي تقترب من أحكام مجلة الأحكام العدلية.

وذهب اتجاه قضائي آخر إلى: منح القاضي سلطة في تعديل الشرط الجزائي فقط في حالة تنفيذ جزء من التزام أو المبالغة في تقدير قيمة الشرط الجزائي، حيث ذهبت محكمة النقض الفلسطينية إلى أنه يجوز للمحكمة تعديل قيمة الشرط الجزائي بناء على طلب المدين كون الشرط الجزائي هو دين للدائن-للعميل- في ذمة -البنك- وبالتالي يجب على المحكمة أن تحكم به كما هو بدون زيادة أو نقصان ولا يمكنها التعديل إلا إذا ادعى المدين أن قيمة الشرط مبالغ فيها وتمكن من إثبات المبالغة واقتنعت المحكمة فتخفضه. [2] فيعتبر الضرر مفترض ولكن يجوز للمحكمة تخفيضه إلى مقدار الضرر الواقع فعلا على المتضرر إذا طلب المدين ذلك.

في حين ذهب الرأي المخالف في حكم محكمة النقض الفلسطينية السابق إلى أنه " ... أن للمحكمة تخفيض الشرط الجزائي في حالتين: الأولى إذا أثبت المدين أن تقدير الشرط الجزائي مبالغ فيه إلى درجة كبيرة، والثانية إذا نفذ المدين الالتزام الأصلي في جزء منه، فالشرط الجزائي يوضع لحالة عدم قيام المدين بالتزامه أصلا، فإذا نفذ جزءا منه وجب تخفيض الشرط الجزائي بمقدار النسبة التي تم تنفيذها.... "[3].وتلاحظ الباحثة أن الرأي المخالف هنا يتيح للقضاء سلطة

---

(1) استئناف رام الله، حقوق رقم (25/ 2009)، بتاريخ (16/ 5/ 2010) منشور على موقع المقتفي، على الرابط: http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/CJFullText.aspx?CJID=83215

(2) نقض مدني فلسطيني، حقوق رقم (262/ 2010)، بتاريخ (2012/11/29)، منشور على موقع المقتفي، على الرابط :http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/CJFullText.aspx?CJID=93906

(3) انظر الرأي المخالف في حكم نقض مدني حقوق، رقم (262/ 2010)، بتاريخ (2012/11/29)، منشور على موقع المقتفي. على الرابط:

التعديل، ولكن ليس على الإطلاق، بل بتقييد ذلك في حالتين هما إثبات المدين المبالغة في قيمة الشرط، وتنفيذه جزءا كبيرا من التزامه. أي أنه لا يحق المحكمة من تلقاء نفسها تعديل الشرط إذا كان مبالغا فيه، أما إذا نفذ المدين جزءا من الالتزام الأصلي فيحق للمحكمة التدخل من تلقاء نفسها.

المبحث الثالث

استثناءات شرط التشديد من المسؤولية العقدية والآثار المترتبة عليه

يمكن للأطراف تضمين عقودهم ما يرونه من شروط وفقا لمبدأ حرية التعاقد، ولكن يرد على حرية الأطراف مجموعة من القيود تحد من هذه الإرادة منها ما يتعلق بالطبيعة الفنية لتكوين العقد، ومنها ما يتعلق بالنظام العام والآداب العامة وحسن النية في العقود،[1] فإذا نشأ الاتفاق صحيحا ملتزما بحدود القانون والنظام العام فإنه يرتب أثره على عبء الاثبات وعلى مسؤولية المدين مشددة، أما إذا كان باطلا فإنه لا يرتب أي أثر، وعليه ينبغي لنا دراسة قيود التشديد من المسؤولية العقدية في المطلب الأول، ومن ثم بيان أثر الشرط المشدد في تقييم مسلك المدين في المطلب الثاني.

المطلب الأول: استثناءات شرط التشديد من المسؤولية العقدية

يرد على شرط التشديد عدة قيود مستمدة من روح القانون، فحتى نكون أمام شرط تشديد للمسؤولية العقدية يجب أن يتصف الشرط بالوضوح وعدم الإبهام لأن شرط التشديد يعدل المسؤولية وذلك خروجا عن القواعد العامة في المسؤولية كونه يؤدي إلى تحميل المدين المسؤولية في الحالات التي لا تكون فيها مسؤوليته قائمة بموجب القواعد العامة، كما يجب أن يكون غير مخالف للنظام العام والآداب وحسن النية في العقود وأن يكون غير مجاف للعدالة أو تعسفيا وسندرسها تباعا:

---

http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/CJFullText.aspx?CJID=93906

(1) خليلي، سهام. مرجع سابق، ص 105.

الفرع الأول: الغش والخطأ الجسيم

يقيد الشرط بالغش والخطأ الجسيم سواء كانا عند التعاقد أو عند تنفيذ العقد،[1] ويقصد بالغش هو عمل أو امتناع عن عمل يعمد اليه الشخص بقصد الإضرار بحقوق شخص آخر.[2]

وأما الخطأ الجسيم فيقصد به الخطأ الذي لا يرتكبه الشخص قليل الذكاء والعناية أو الخطأ الذي ينم عن عدم فهم ما يدركه كل الناس،[3] وقد ظهرت فكرة الخطأ الجسيم في القانون الروماني وعرف بالخطأ الذي لا يرتكبه قليل الذكاء، وأخذ الخطأ الجسيم حكم الغش لصعوبة إثبات الخطأ الجسيم ولمنع مرتكبه من التظاهر بالغباء ليتخلص من جزائه، ومن ثم انتقلت الى القانون الفرنسي وعرفت بنظرية تدرج الخطأ والتي قسمت ما يرتكبه الشخص من خطأ عقدي غير عمدي إلى ثلاثة أنواع حسب خطورته، خطأ جسيم وهو الذي لا يرتكبه حتى الشخص المهمل وهو أقرب ما يكون إلى العمد ويلحق به، وخطأ يسير هو الخطأ الذي لا يرتكبه الشخص المعتاد، وخطأ تافه وهو الخطأ الذي لا يرتكبه شخص حريص وحازم.[4]

وقد يصعب التمييز بين الخطأ الجسيم والغش والفصل بينهما خصوصا فيما يتعلق بتطلب سوء النية من طرف الفاعل، ويتداخل الغش مع مفهوم التدليس والخداع ويشتركان في سوء النية،[5] إلا أنه لا يمكن استبعاد فكرة سوء النية من مجال الخطأ الجسيم، ووفقا لمفهوم حسن النية يجب أن لا يخرق المدين أي علاقة قانونية عمدا أو إهمالا وفقا لمعيار الشخص المعتاد، ولهذا فإن جسامة الخطأ قرينة على سوء النية، وما يسري على الغش يسري على الخطأ الجسيم كونهما يشتركان في سوء النية وهو أمر يخضع لتقدير القاضي، ويعتبر الغش بأنه مبطلا لكل تصرف

---

(1) الخزاعلة، محمد دخيل سلامه. الغش وأثره على التزام البنك في الاعتماد المستندي. رسالة ماجستير، الاردن: جامعة ال البيت،2017، ص51.

(2) مهنا، وليد حكم، فكرة الخطأ الجسيم واثرها في تقدير حجم التعويض في المسؤولية المدنية. رسالة ماجستير. الاردن: جامعة مؤتة، 2006، ص15. انظر ايضا الخزاعلة، محمد دخيل سلامه، مرجع سابق، ص25. انظر ايضا صالح، ازاد شكور. الغش في الاعتمادات المستندية وأثره على التزام البنك. ع4، العراق: جامعة كركوك، 2013، ص201. وانظر أيضا : الجراح، جهاد محمد. أثر الغش في العقد الاساسي على التزام البنك بوفاء قيمة الاعتماد المستندي. رسالة ماجستير، عمان: الجامعة الاردنية، 1999، ص49. انظر ايضا الخطيب، محمد شاهين. مرجع سابق، ص465. انظر ايضا الأطرم، صالح بن عبد الرحمن. الغش. ع13، السعودية: جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية، 1982، ص112.

(3) عبد الله، غدير جميل ميزرا. مرجع سابق، ص13.

(4) السنهوري، عبد الرزاق. مرجع سابق، الجزء الاول، ص662.

(5) الخزاعلة، محمد دخيل سلامه. مرجع سابق، ص24-26.

باعتباره من المبادئ السامية في المجتمع ويجب الاعتداد به ولو لم يجر به نص قانوني،[1]ويشترط أن يكون الغش ظاهراً ثابتاً مؤكدا لأن سوء النية غير مفترض.[2]

وعليه فأن مساواة الغش بالخطأ الجسيم لا يعني اتحادهما في الصفات والمعنى، وإنما يقصد فقط المساواة من حيث الآثار القانونية المترتبة عنهما والمتمثلة بانعدام أثر شروط تعديل المسؤولية لما ينجم عنهما من خطورة المراكز القانونية.[3]

وكما اختلف الفقهاء في وجه الشبه بين الغش والخطأ الجسيم اختلفوا أيضا في المعيار الذي يقاس به الخطأ الجسيم، فكان المعيار في الفقه الروماني القديم هو معيار عدم إدراك ما يدركه كل الناس ولكن هذا المعيار أصبح لا يصلح في العصر الحديث، فاتجهت أحكام القضاء الفرنسي إلى الأخذ بمعيار ذاتي يتمثل في الاعتداد بالظروف الشخصية أو الذاتية للفاعل ولكن سرعان ما تعرض هذا المعيار للنقد لأنه قد يعتبر الخطأ جسيما بالنسبة لشخص بينما يعتبر يسيرا بالنسبة لآخر، فالمدين المهمل في شؤونه قد يفلت من الخطأ الجسيم بينما الشخص الحريص قد يعامل معاملة قاسية ويحاسب على أقل هفوة منه؛ لهذا اتجه الرأي إلى اتخاذ معيار موضوعي مجرد هو معيار السلوك المألوف لأن المعايير الأخرى لا تقدم حلا حاسما للمعيار الذي يقاس به الخطأ الجسيم.[4]

تلاحظ الباحثة أن الخطأ يكون جسيما عندما يكون مرتكبه قد ابتعد كثيرا عن المسلك الذي يتوقع من الشخص المعتاد الذي يوجد في نفس ظروف الفاعل الخارجية، فكلما زاد التوقع زادت جسامة الفعل.

وبالرجوع الى أحكام القانون الفلسطيني نجد أنه استخدم مصطلح التعدي فنلاحظ عند الاطلاع على قانون المخالفات المدنية أنه اشترط لقيام المسؤولية أن يكون الفعل الضار من قبيل الخطأ أو الإهمال بحيث يتكون من عنصرين عنصر مادي وهو التعدي أو الإضرار وعنصر معنوي وهو الإدراك أو التمييز، فلا تقوم المسؤولية إلا بتوافر العنصرين معا بالإضافة إلى أركان

---

(1) الحضرمي، خليفة بن محمد. مسؤولية البنك في عمليات الائتمان الخارجي، ص55.
(2) ابو جماعة، سوزان علي محمد. استقلال التزام البنك في خطاب الضمان. رسالة ماجستير، الاردن: جامعة ال البيت، 2005، ص97.
(3) خاطر، نوري حمد. تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية. ع3. الأردن: جامعة ال البيت، 2001، ص52.
(4) العيسائي، عبد العزيز مقبل. مرجع سابق. ص 56.

المسؤولية الأخرى، ولكن مجلة الأحكام العدلية تكتفي بالعنصر المادي لوحده وهو الانحراف أو التعدي بالإضافة إلى أركان المسؤولية الأخرى.

وعرف التعدي بأنه: الانحراف عن السلوك المعتاد بين الناس عند تجاوز الحدود القانونية الواجب التزامها مما يؤدي الى الإضرار بالغير أو مصلحة مشروعة قانونا أو عرفا أو عادة، فاذا تعمد البنك الإضرار أو قصر أو أهمل وترتب على ذلك ضرر للغير فانه يكون مسؤولا عن فعله؛ ويكون الإضرار أو التعدي عمدا إذا اتجهت نية الشخص إلى إحداث الضرر ويكون إهمالا إذا أخل البنك بأحد الواجبات المفروضة عليه دون أن يقصد الحاق الضرر بالعميل أي علم بما يترتب على فعله وإن لم يقصده.

فاذا كان الفعل عمدا وجب تطبيق المعيار الشخصي، ويطبق ذات الحكم على الخطأ الجسيم لأن الشخص يعلم بما قد يترتب على فعله من ضرر ولو لم يقصده مما يجعله من الجسامة بمكان بحيث يكون وقوع الضرر عن الفعل قوي الاحتمال، وعليه لا يفترض وقوعه من أكثر الناس اهمالا أو غباء، أما إذا كان إهمالا يتم تطبيق معيار موضوعي وهو سلوك الرجل المعتاد كما سبق القول،[1] وذلك حسب نص المادة (1/50/ب) من قانون المخالفات المدنية النافذ في فلسطين.

وقد تم وضع مجموعة من الأسس لتحديد هذا الخطأ الجسيم من بينها مدى وطبيعة الضرر وتكرار الخطأ ومدى كفاءة المدين وكونه شخصا مهنيا، ووفقا لأهمية الالتزام الذي يلتزم به المدين و نظرا للظروف التي أحاطت بسلوك المدين، فالمهني يمتلك من الكفاءة ما يمكنه من تنفيذ إلتزاماته دون إحداث الضرر نظرا لقدرته على تبصر وتوقع احتمال حدوثه مما يجعل الأخطاء مهما كانت يسيرة بالنسبة لغيره تعتبر جسيمة بالنسبة له بالنظر لخبرته المهنية الخاصة، وبالتالي فالخطأ الجسيم بالنسبة له هو الذي لا يرتكبه الشخص المهني بنفس الكفاءة والظروف التي يوجد بها الفاعل، ووفقا لهذا المعيار فإن البنك بارتكابه أحد الأخطاء المهنية[2] التي قد تكون عدم القيام بالواجبات المفروضة عليه قانونا أو عرفا أو عدم التحقق من شخصية الآمر بالتحويل مثلا أو صحة التوقيع فإنه يعتبر قد ارتكب خطأ جسيما يبرر عدم الأخذ بأي أي شرط يرد في العقد يعفيه

(1) دواس، أمين. مرجع سابق، ص32-34.

(2) الخطأ المهني عرف بانه: الخطأ الذي يتصل بالأصول الفنية للمهنة. والخطأ المهني يشمل الخطأ العمدي الذي يتوافر به نية الاضرار بالإضافة الى الخطأ الناجم عن الإهمال والذي لا يشترط فيه نية الاضرار لان المسؤولية المهنية تجمع بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية. وقد نصت المادة (1/50-ب) من قانون المخالفات المدنية:" التخلف عن استعمال الحذق أو اتخاذ الحيطة في ممارسة مهنة، أو حرفة أو صنعة مما بستعمله أو يتخذه شخص معتدل الادراك ذو بصيرة من ذوي الكفاية في تلك المهنة، أو الحرفة، أو الصنعة في مثل تلك الظروف.

من المسؤولية عن الأضرار التي وقعت للعميل نتيجة لذلك، وهذا المعيار يوفر حماية كبيرة للعميل[1].

وهذا النهج سار عليه قانون المخالفات المدنية النافذ في فلسطين في الفقرة الثالثة من المادة 50 والتي نصت على أنه "إيفاء بالغايات المقصودة من هذه المادة: يتألف الإهمال من: أولاً: إتيان فعل لا يأتيه شخص معتدل الإدراك ذو بصيرة في الظروف التي وقع فيها الفعل، أو التقصير في إتيان فعل لا يقصر مثل هذا الشخص في إتيانه في الظروف التي وقع فيها التقصير ثانياً: التقصير في استعمال الحذق أو اتخاذ الحيطة في ممارسة مهنة أو حرفة أو صنعة مما يستعمله أو يتخذه الشخص المعتدل الإدراك ذو البصيرة من ذوي الكفاية في تلك المهنة أو الحرفة أو الصنعة، في الأحوال التي وقع فيها التقصير".

تلاحظ الباحثة أن المشرع فرّق بين الإهمال الصادر عن الشخص العادي والإهمال الصادر عن المهني المحترف، واعتبر أن أي تقصير مهما كانت درجته في استعمال أصول المهنة أثناء القيام بالأعمال المرتبطة بالمهنة سواءً عند تنفيذ العقود أو في مواجهة الغير تشكل خطأ تقصيريا، وبالتالي اعتبر أي تقصير يصدر عن المهني خطأ جسيم، وان قواعد الفعل الضار من النظام العام لا يجوز الاعفاء منها او تخفيضها.

الفرع الثاني: أن لا يخالف الشرط النظام العام و الآداب وحسن النية في العقود.

يختلف تعريف النظام العام باختلاف الزمان والمكان ففكرة النظام العام نسبية تختلف باختلاف الأفكار والمعتقدات والتشريعات، ويعرفه جانب من الفقه [2] بأنه: مجموعة من القواعد الآمرة التي تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية وتتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد. وتعرف الآداب العامة بأنها: مجموعة من الأُسس والقيم الأخلاقية التي وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقا لناموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية، وهذا الناموس جرى به العرف وتعرف عليه الناس وتؤدي مخالفته إلى تفكك المجتمع

---

(1) محمد، أوزيان. المراقبة القضائية للخطأ الجسيم. ع8. المغرب: مجلة الملف، 2006، ص67_70. ودواس، أمين. مرجع سابق، ص32-34.

(2) الرشدان، منى هلال. نطاق الاثبات بالشهادة في المسائل المدنية والتجارية. (رسالة ماجستير)، الأردن: جامعة اليرموك،2012، ص 170.

وانحلاله،[1] فلا يجوز أن يكون الشرط مخالف للنظام العام أو الآداب؛ لأنها مرتبطة بالمصلحة العامة.[2]

فمثلا لا يجوز الاتفاق على مخالفة تعليمات سلطة النقد ومنها تعليمات رقم (2) لسنة (2016) بشأن الإقراض المسؤول وخاصة المادة (7) التي حددت نسبة الفوائد التأخيرية بنسبة (2%) وذلك لأن المادة (3) من القرار بقانون رقم (9) لسنة (2010م) بشأن المصارف تعتبر هذه التعليمات من النظام العام، لأن القانون أعطى صلاحية لسلطة النقد لإصدار تعليمات بالاستناد إلى القانون لها قوة القانون، فقد نصت المادة (3) من القرار بقانون رقم (9) لسنة 2010م بشأن المصارف على أنه: "سلطة النقد هي الجهة الوحيدة المخولة برسم ووضع السياسة النقدية والإشراف على تنفيذها، ولها في سبيل ذلك القيام بما يلي: 1. منح التراخيص اللازمة للمصارف بأنواعها ومؤسسات الإقراض المتخصصة وفقاً لأحكام هذا القانون 2. الرقابة والإشراف على المصارف بأنواعها ومؤسسات الإقراض المتخصصة 3. إنشاء نظام مدفوعات وطني أو أية أنظمة أخرى، وتنظيم العمل فيها والرقابة عليها 4. إصدار أية أدوات دين أو أذونات أو سندات أو صكوك أو أية أدوات مالية إسلامية أخرى، ولها إصدار شهادات الإيداع والصكوك الإسلامية لتنظيم وإدارة السيولة وتحقيق الغايات التي تقع ضمن اختصاصها، وتنظم كافة إجراءات هذه الإصدارات بما في ذلك شروط إصدارها واستحقاقها وفوائدها وأرباحها وتداولها بموجب تعليمات تصدر عن سلطة النقد 5. اتخاذ كافة الإجراءات التي تكفل تحقيق الأهداف المشار إليها في المادة (2) وفقاً لأحكام هذا القانون"

وينبغي الإشارة هنا إلى أن شرط التشديد يجب أن يكون واضحا محددا بدون أي غموض فيه، لأن هذه الشروط تثقل كاهل المدين وتعتبر خروجا عن القواعد العامة، أي أن لا تكون اتفاقات مبهمة، وإلا اعتبر هذا الشرط غير صحيح حيث أنها شروط تزيد أعباء المدين ولأن الغموض في صياغة تلك الشروط يجب أن تفسر عند الشك لمصلحة المدين -الطرف المتعاقد الذي ادرج الشرط في العقد-.[3] وهذا ما ترى الباحثة لزوم نص المشرع الفلسطيني عليه لما لهذه

(1) علي، كاظم كريم، صالح، رؤى عبد الستار. شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانونين الإنكليزي والعراقي. كلية القانون، الجامعة المستنصرية، 2017. ص 256.
(2) سهام، خليلي. مرجع سابق. ص 105 ونصرة، احمد سليم. مرجع سابق، ص2010،209 وانظر أيضا: الرشدان، منى هلال، مرجع سابق. ص 170.
(3) نصرة، احمد سليم. مرجع سابق، ص 206-207. وانظر أيضا: علي، كاظم كريم ورؤى عبد الستار صالح. مرجع سابق. ص 253. غدير، جميل ميرزا. مرجع سابق، ص 10.

الشروط من أثر على مراكز الأطراف في العقود البنكية، كما وتزداد أهمية هذا الشرط إذا كان التشديد يقع على عاتق العميل.

المطلب الثاني: الأثر المترتب على الشرط المشدد

ينصرف أثر الشرط المشدد إلى عبء الإثبات وإلى مسؤولية المدين فيختلف أثر الشرط المشدد على عبء حسب الصورة التي يتخذها فاذا اتخذ الشرط المشدد صورة تحويل الإلتزام من بذل عناية إلى تحقيق نتيجة فلا يتطلب من المدين إلا إثبات عدم تحقق النتيجة التي يتوخاها من العقد، بذلك يصبح عبء الاثبات أسهل للدائن فيكفيه إثبات الإلتزام وعدم تحقق النتيجة المتفق عليها.[1] أما إذ اتخذ الشرط المشدد صورة التشديد في درجة العناية المطلوبة من المدين فان المدين يجب عليه إثبات أنه بذل العناية المطلوبة بموجب الإتفاق دون أن يؤثر ذلك على نقل عبء الإثبات.[2] أما إذا اتخذ الشرط صورة الشرط الجزائي فان أثره يقتصر على قلب عبء الاثبات على عاتق المدين الذي يتوجب عليه اثبات أن الدائن لم يتضرر جراء الاخلال أو إثبات المبالغة في قيمة الشرط الجزائي كون قواعد الإثبات ليست من النظام العام.[3]

كما يختلف أثر شرط التشديد على مسؤولية المدين بحسب الصورة التي يتخذها، ففي حالة الإتفاق على تحويل الالتزام من بذل عناية إلى تحقيق نتيجة يصبح البنك مسؤولا عن عدم تحقق النتيجة المرجوة من العقد ولا يتخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي، أي تشدد مسؤولية المدين،[4] أما إذا اتفق الأطراف على تشديد معيار تنفيذ الإلتزام،[5] تلاحظ الباحثة أن مسؤولية المدين هنا تقوم بعدم بذل العناية المتفق عليها بين الطرفين.

---

(1) محيي الدين، مغلاوي. مرجع سابق، ص 14.
(2) نصرة، أحمد. مرجع سابق، ص 194.
(3) المادة (1/68) من قانون البينات في المواد المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (4) لسنه (2001).
(4) محيي الدين، مغلاوي. مرجع سابق. ص 14.
(5) الدواغرة، موسى عبد الكريم. مرجع سابق، ص 11.

الفصل الثاني

الشرط المعفي والشرط المخفف من المسؤولية العقدية البنكية

تتحقق المسؤولية العقدية بوجود إخلال بالتزام عقدي مما يستوجب تحميل المدين كافة الأضرار الناشئة عن اخلاله، إلا أن شرط الاعفاء من المسؤولية يقوم على إلغاء احتمال تحمل المسؤولية المترتبة عن إخلالاته العقدية قبل نشوئها، وهذه الشروط على درجة بالغة من الخطورة لأنها تؤدي إلى الاعفاء من المسؤولية بالرغم من قيامها بموجب القواعد العامة كما أن شرط التخفيف من المسؤولية يعفي من جزء من المسؤولية العقدية، كونه يعطي البنك إمكانية تخفيف التزاماته مما يقود إلى التخفيف من نطاق مسؤوليته عن الأضرار التي قد تحدث للعميل نتيجة العمليات البنكية، فهو لا يمس المسؤولية بشكل مباشر وإنما تقتصر آثاره على تحوير بعض الالتزامات التي تخفف من مسؤولية البنك في مواجهة العميل، مما يعني أن مثل هذه الشروط لن تكون مطلقة بل مقيدة بمجموعة من القيود تضمن توازن المصالح بين طرفي العقد، وفي ظل عدم وجود تنظيم قانوني متخصص بتنظيم شروط الاعفاء والتخفيف من المسؤولية البنكية كان لا بد من الرجوع للقواعد العامة في القانون المدني وتحليلها لغايات التوصل إلى جواز أو عدم جواز مثل هذه الشروط والقيود الواردة عليها، وفي سبيل ذلك كان لا بد من تناول ماهية الشرط المعفي والمخفف من المسؤولية العقدية البنكية في المبحث الأول وتناول قيود شرط الاعفاء والتخفيف من المسؤولية البنكية والأثر المترتبة على الشرط في المبحث الثاني.

المبحث الأول

ماهية الشرط المعفي والمخفف من المسؤولية العقدية

قبل الخوض في الحديث عن الاعفاء من المسؤولية أو الشرط المعفي ينبغي الاشارة إلى أن هذا الاعفاء مقتصر على الاعفاء من المسؤولية العقدية، كون أن المشرع حظر الاتفاق المسبق بين الطرفين على الاعفاء في نطاق المسؤولية عن الفعل الضار أو العمل غير المشروع سواء كان هذا الفعل ناجم عن خطأ شخصي أو فعل الغير أو عن الاشياء وأيا كان جسامة الخطأ الذي ارتكب وأيا كان نوع الضرر الذي نشأ عن هذا الخطأ، وذلك لكون الأحكام المنظمة للمسؤولية التقصيرية من النظام العام،[1] ولدراسة الشرط المعفي والمخفف من المسؤولية العقدية البنكية

(1) السنهوري، عبد الرازق. الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الثاني، مصر، ص826 وما بعدها.

وبيان أحكامها يتطلب ذلك دراسة ماهية هذه الشروط وصورها بداية ومن ثم جواز أو عدم جواز شرط الإعفاء من المسؤولية الشخصية وعن أخطاء الغير التابعين.

لذلك سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين، نتناول في المطلب الأول ماهية الشرط المعفي والمخفف من المسؤولية العقدية، ونتناول في المطلب الثاني جواز أو عدم جواز الاعفاء من المسؤولية.

المطلب الأول: مفهوم وصور الشرط المعفي و الشرط المخفف من المسؤولية العقدية البنكية

يبحث هذا المطلب ماهية الشرط المعفي والمخفف من المسؤولة العقدية البنكية بحيث يتناول ماهية الشرط المعفي وصوره في الفرع الأول، ويتناول ماهية الشرط المخفف وصوره في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم وصور الشرط المعفي

أولا: مفهوم الشرط المعفي

تعددت التعريفات الفقهية لشرط الاعفاء من المسؤولية فعرف بأنه: اتفاق مسبق يهدف إلى تعديل آثار المسؤولية الناجمة عن الاخلال بالعقد،[1] بالنظر لهذا التعريف يلاحظ بأنه لا ينصب على مفهوم الاعفاء من المسؤولية العقدية وإنما يوضح غاية المتعاقدين من الشرط والمتمثلة بتعديل آثار المسؤولية الناجمة عن العقد.

وهناك من يعرفه على أنه:" هو ذلك الشرط الذي يرد في العقد أو في اتفاق منفصل يعفي بموجبه المدين مسبقا تجاه دائنه من المسؤولية التي قد تترتب في ذمة المدين اعفاء تام جراء عدم تنفيذه لالتزامه، فلا تتحقق المسؤولية بموجب هذا الاتفاق، رغم تحققها بموجب القواعد العامة"،[2] وتجد الباحثة ان هذ التعريف يعطي المفهوم الصحيح لشرط الاعفاء. ولتطبيق هذا الاعفاء يشترط قيام المسؤولية العقدية بكامل عناصرها، كما أن هذا الشرط لا يعدم المسؤولية وإنما يعفي المسؤول من تبعتها أي لا يدفع تعويضا عن الضرر المتحقق،[3] أي لا يجبر الضرر، كما ويشترط لنفاذ

([1]) محمد، دمانه. مرجع سابق، ص 241. وانظر أيضا: الغانمي، خضير مخيف فارس. مرجع سابق، ص231.
([2]) نصرة، احمد سليم. مرجع سابق، ص35.
([3]) خوالدة، احمد مفلح. مرجع سابق، ص98-99. وابتسام، عماري. مرجع سابق، ص 55.

شرط الاعفاء من المسؤولية أن يثبت البنك قبول العميل صراحة لهذا الشرط عند انعقاد العقد أو في وقت لاحق.[1]

ويمكن للباحثه تعريف شرط الإعفاء من المسؤولية بأنه: شرط اتفاقي يعفي بموجبه المدين دائنه من المسؤولية التي قد تنشأ بذمته جراء عدم تنفيذ التزامه فلا تقوم المسؤولية بالرغم من قيامها بموجب القواعد العامة.

ويختلف شرط الاعفاء من المسؤولية عن التأمين من المسؤولية، حيث يكون هدف شرط الاعفاء من المسؤولية رفع المسؤولية عن المتسبب بالضرر ومنع مطالبته بالتعويض، فإن التأمين من المسؤولية هو عقد يلتزم بمقتضاه المؤمن ان يضمن لشخص يسمى المؤمن له مسؤوليته عن الأضرار التي يسببها للغير مقابل أقساط معينة يدفعها المؤمن له.[2]

ومن الأمثلة على الإعفاء من المسؤولية في حالة القوة القاهرة ما ورد في البند 15 في الشروط العامة للبنك الإسلامي العربي، والتي نصت على انه: " انه لا يترتب على البنك أي التزامات أو مسؤولية مهما كان نوعها تجاه العميل بسبب أي نقص في الرصيد نتيجة لانخفاض قيمة المبالغ التي تم قيدها بالحساب أو عدم توفر هذه المبالغ بسبب قيود على تحويل العملة أو نقلها أو المصادرات او التحويلات الجبرية أو الحجوزات أيا كان نوعها والتي تتم بقوة القانون أو الاضطرابات الأهلية أو ممارسات السلطات/ العسكرية الحكومية المختصة مهما كان نوعها طالما هي خارجة عن إرادة البنك ولا يعتبر البنك مسؤولا عن إبلاغ العميل عن عدم وجود أرصدة كافية في حسابه حال ورود أي التزام عليه وعلى العميل واجب تغطية حسابه في نفس اليوم".[3]

تلاحظ الباحثة أن البنك في هذا النص قد أعفى نفسه من عدة أحداث قد تمنعه من رد الوديعة البنكية أي تنفيذ أمر العميل بالرد سواء كان عن طريق الوفاء بالشيكات أو البطاقات البنكية مثلا التي تعتبر بمثابة تحويل، منها ما يتوافر فيها شروط القوة القاهرة المعفية من المسؤولية ومنها ما لا يعتبر كذلك، ومن هذه الاحداث: انخفاض قيمة المبالغ بسبب القيود على تحويل العملة كالقيود الواردة على التحويل بموجب المادة (15) والمادة (6) وغيرها من قرار بقانون رقم (20) لسنة (2015) بشأن مكافحة غسيل الأموال وتمويل الإرهاب[4]، و ما هو متعلق بالاضطرابات الاهلية ...الخ، ولكن قد يُثار تساؤل لماذا ذهب البنك الى اعفاء نفسه من حالات

---

(1) عوض، علي جمال الدين. عمليات البنوك من الوجهة القانونية. طبعة 1، القاهرة: دار النهضة العربية،2008، ص 1103.

(2) العيسائي، عبد العزيز مقبل. مرجع سابق، ص41.

(3) البند الخامس عشر في الشروط العامة لفتح الحسابات في البنك الإسلامي العربي فرع فلسطين، ص 3.

(4) المادة (6) قرار بقانون رقم (20) لسنة (2015) بشأن مكافحة غسيل الأموال وتمويل الإرهاب.

يعتبر معفى منها قانونا بموجب قواعد القوة القاهرة؟ للإجابة على هذا التساؤل لا بد من البحث في طبيعة التزام البنك برد الوديعة البنكية.

وبالرجوع الى قرار بقانون رقم (9) لسنة (2010) بشأن المصارف نجد انه عرف في المادة الأولى منه الوديعة بأنها:" المبالغ النقدية السائلة أو القيمة المحصلة بموجب أي وسيلة من وسائل الدفع والتي يتم ايداعها لدى المصرف من قبل أي شخص، ويكون للبنك حرية التصرف بها مع التزامه برد مثلها للمودع ما لم يتفق على خلافه، على أن يكون ذلك بموجب اتفاق خطي بين المصرف وبين الشخص يحدد طبيعة الوديعة ومقدار العائد ان وجد"، وبالرجوع الى قانون التجارة الاردني رقم (12) لسنة (1966) الساري في الضفة الغربية نجد أنه نص في المادة (115) " إن المصرف الذي يتلقى على سبيل الوديعة مبلغاً من النقود يصبح مالكاً له ويجب عليه أن يرده بقيمة تعادله دفعة واحدة أو عدة دفعات عند أول طلب من المودع أو بحسب شروط المواعيد أو الأخبار المسبق المعينة في العقد، 2- يجب أن يقام الدليل بوثائق خطية على جميع العمليات المختصة بالوديعة أو بإرجاعها، 3- وتجب الفائدة عند الاقتضاء ابتداء من اليوم الذي يلي كل إيداع ان لم يكن يوم عطلة ولغاية النهار الذي يسبق إعادة كل مبلغ ما لم يكن هناك اتفاق مخالف".

وبالرجوع الى نصوص المواد أعلاه نلاحظ أن الوديعة البنكية تختلف قليلا عن الوديعة العادية التي تمت معالجتها في مجلة الأحكام العدلية، فالبنك وفقا للقرار بقانون بشأن المصارف غير ملزم برد ذات النقود المودعة، وانما يتملكها بمجرد تسليمها له وتكون له الحرية في التصرف فيها ويلتزم برد المقابل النقدي الذي تسلمه من العميل عند طلب العميل أو في الأجل المتفق عليه[1] للمودع، أي يلتزم البنك برد مبلغ عددي مماثل للنقود المودعة دون الالتفات للتغيير على قيمة النقود في الفترة الزمنية بين الإيداع والرد،[2] حيث ألزمت المادة الأولى من قرار بقانون بشأن المصارف البنك برد مثلها، بينما ألزمت المادة (115) البنك برد قيمة معادلة –أي بذات القيمة المعادلة ليوم الإيداع-، وتلاحظ الباحثة أن خصوصية الوديعة البنكية تتمثل بعدم إلزام البنوك برد ذات الوديعة البنكية كما في مجلة الأحكام العدلية.

ونصت المادة (116) من قانون التجارة على انه" 1- إذا كان ما أودع في المصرف أوراقا مالية فملكية هذه الأوراق تبقى للمودع ما لم يثبت أن القصد خلاف ذلك2- ويقدر وجود

---

(1) الحضرمي، خليفة بن محمد. المسؤولية المدنية للبنك في الحساب البنكي- مسؤولية البنك عند فتح وإدارة الحساب البنكي. طبعة 1. مصر: دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، 2015، ص80-83.

(2) الشماع، فائق محمود محمد. الإيداع المصرفي –الجزء الأول- الإيداع النقدي- دراسة قانونية مقارنه-، ص112.

القصد إذا كان المودع قد منح المصرف خطيا بدون قيد حق التصرف في تلك الأوراق واعترف له بحق إرجاع أوراق من نوعها. 3- وتطبق قواعد الوكالة على الودائع المصرفية إذا أخذ المصرف على نفسه إدارة الأوراق المالية المودعة مقابل عمولة"

وهذا ما استقرت عليه محكمة استئناف رام الله وبقولها: "... فان كانت نقودا فيرد مثلها و ان كان ورقة تجارية فيرد قيمتها ان تم تحصيلها او يردها عينا إن أعيدت دون صرف"[1]

ولقد نصت المادة (122) من قانون التجارة على: " ان العمليات المصرفية غير المذكورة في هذا الباب تخضع لأحكام القانون المدني المختصة بالعقود المختلفة (الناجمة عن العمليات المذكورة أو العقود التي تتصف بها هذه العمليات)". تلاحظ الباحثة أن هذه المادة أحالت العديد من العمليات البنكية التي لم يتم معالجتها في قانون البنوك إلى القواعد العامة في مجلة الأحكام العدلية، وبالتالي اعتبر عقد الوديعة البنكية سواء أدرج في حساب توفير أو حساب جارٍ عقد إيداع وتطبق عليها أحكام الوديعة في مجلة الأحكام العدلية فيما لم يرد فيه حكم في قرار بقانون بشأن البنوك أو القوانين ذات العلاقة، وقد ورد في المادة (777) من مجلة الاحكام العدلية:" الوديعة أمانه بيد المستودع، بناء عليه إذا هلكت أو فقدت بدون صنع المستودع وتعديه وتقصيره في الحفظ لا يلزم الضمان، فقط إذا اودعت بأجرة لأجل الحفظ وهلكت بسبب ممكن التحرز كالسرقة تكون مضمونة".

تلاحظ الباحثة من نص المادة أعلاه أنه إذا هلكت الوديعة أو جزء منها، أو فقدت بدون صنع المستودع وتعديه وتقصيره في الحفاظ عليها كما لو سرقت الوديعة أو جزء منها لا يلزم الضمان، أي أن خسائرها تعود على المودع سواء أهلكت أو فقدت الوديعة بسبب ممكن التحرز منه أو غير ممكن التحرز فلا يلزم الضمان. ولكن الوديعة بأجر إذا هلكت لسبب ممكن التحرز منه كالسرقة يكون مضمونا على المستودع أما إذا هلكت لسبب غير ممكن التحرز منه كالحريق الغالب فلا يلزم الضمان لأن الحفظ مقصود وواجب مقابل بدل، لذلك إذا هلكت الوديعة بيد المستودع بالأجرة بسبب ممكن التحرز منه يكون ضامنا لها بالاتفاق، ما يعني ان المودع لديه مسؤول عن الوديعة إذا وقع من جانبه تعدي او تقصير، فنلاحظ ان التزام المودع لديه هنا هو التزام ببذل عناية، اما الالتزام الذي فرضه المشرع بخصوص ارجاع القيمة للوديعة البنكية النقدية هو التزام بتحقيق نتيجة وفق القرار بقانون بشأن المصارف وقانون التجارة، وهذا ما يخالف مجلة

([1]) محكمة استئناف رام الله، حقوق رقم (2018/1076) بتاريخ (2018/9/30) منشور على موقع مقام على على الرابط: https://maqam.najah.edu/judgments/56/?h=%D8%B1

الاحكام العدلية التي لم تلزم برد قيمة الوديعة كان هلاكها لسبب لا يمكن التحرز منه "قوة قاهرة" الا إذا كانت وديعة بأجر.

كما أن البنك يعتبر مودعا لديه وبذات الوقت وكيلا يخدم خزنة عميله، فاذا أودع العميل مبلغا من المال لدى البنك أو تلقى البنك وديعة لحساب العميل، فالبنك يلتزم برد قيمتها للمودع او من يمثله خاصة ان الالتزام برد الوديعة فهو التزام بتحقيق نتيجة لا يتحرر منه البنك المودع لديه الا بإثبات السبب الأجنبي او فعل المودع فهو التزام بتحقيق نتيجة ولو لم يثبت عليه خطأ سندا للمجلة، بل لا يبرأ إلا أن ينسب الضرر الى العميل نفسه أو إلى قوة قاهرة، أما إذا كان الخلاف حول سلوك البنك بخدمة محفظة العميل فانه يكون التزام ببذل عناية.

وحيث أن علاقة العميل بالبنك علاقة مودع بمودع لديه، فان البنك إذا قدم له شيك مستوفٍ لكافة بيانته الأساسية وكان يتوفر الرصيد الكافي في حساب العميل دون وجود اية معارضة قانونية وجب على البنك القيام بتنفيذ امر العميل والوفاء بالشيك، أي ان البنك ملزم بصرف الشيكات متى توافر الرصيد بدون وجود مانع قانوني يحول دون الوفاء، وقد نصت المادة (279) من قانون التجارة الأردني على انه "كل مصرف رفض بسوء نية وفاء شيك له مقابل وفاء ومسحوب سحبا صحيحا على خزانته ولم يقدم اعتراض على صرفه يكون مسؤولا تجاه الساحب عما أصابه من ضرر بسبب عدم الوفاء وعما لحق اعتباره المالي من أذى". وهذا ما قضت به محكمة التمييز الأردنية:" إعادة البنك المسحوب عليه الشيك المسحوب من المميز بداعي عدم وجود رصيد بالرغم من وجود رصيد للمميز يغطي قيمة الشيك يجعل من الحكم للمميز ببدل الضرر المعنوي الذي قدره الخبراء بمبلغ (300) دينار وبدل الضرر المادي المتمثل بمبلغ خمسة دنانير التي قيدها على حساب المميز نتيجة إعادة الشيك دون صرف، موافقا للقانون...."،[1] ويرى الفقه ان عناصر التعويض التي يلتزم البنك بدفعها للعميل هي1- ما أصاب الساحب من اضرار ناتجة عن رفض الوفاء ويجب ان يكون التعويض مساوياً للضرر من جهة كما يجب على العميل اثبات مقدار الضرر الذي أصابه من جهة اخرى.2- ما لحق اعتباره المالي من اذى وفي هذه الحالة تملك المحكمة سلطة تقديرية واسعة مراعية لعدة أمور مثل وضع العميل الاقتصادي والإجتماعي وكيفية صدور الرفض ومدى تأثيره على العميل وعدم قيام البنك بالاعتذار من العميل مما يؤثر على سمعة العميل وثقة المتعاملين معه. فالبنك ملزم بتنفيذ أمر العميل طالما أن الحساب مغطى بالإيداعات النقدية الكافية وليس هناك مانع قانوني يمنعه من تنفيذ أمر العميل والا تحمل

---

(1) قرارها الصادر بتاريخ :(1999/2/28) نقلا عن الشماع فائق محمود محمد.الإيداع المصرفي- الجزء الأول- الإيداع النقدي- دراسة قانونية مقارنه،329.

البنك المسحوب عليه المسؤولية عن رفض الأداء،[1] لأن مسؤوليته في رد الوديعة هي تحقيق نتيجة فلا يجوز له الاعتراض فاذا رفض البنك أداء قيمة الشبك يعتبر مسؤولا عن الضرر الحاصل للعميل والناتج عن عدم الأداء سواء تعلق بعدم تنفيذ الامر أو ما أصاب ائتمانه من ضرر.[2]

كذلك الأمر إذا قام البنك بصرف شيك مزور أو محرف فيتحمل مسؤولية صرفه حتى لو كان هذا التزوير متقناً، وقد نصت المادة (270) من قانون التجارة على انه:"1- يتحمل المسحوب عليه وحده الضرر المترتب على التزوير او التحريف إذا لم يمكن نسبة أي خطأ للساحب المبين اسمه في الصك 2- وبوجه خاص يعتبر الساحب مخطئا إذا لم يحافظ على الشيك بما ينبغي من عناية". تلاحظ الباحثة أن المادة حملت البنك مسؤولية صرف الشيك إذا كان هناك تحريف في البيانات خاصة فيما يتعلق بالمبلغ أو تزوير لتوقيع العميل والذي يمكن اكتشافه بالفحص الظاهري بالإجراءات المتعارف عليها، وبالتالي يعتبر البنك مخطئا في التزامه برد الوديعة النقدية حيث يجب عليه رد الوديعة الى العميل أو من يمثله (المستفيد من الشيك) لأن الالتزام برد الوديعة هو التزام بتحقيق نتيجة لا يتخلص منه البنك الا بإثبات السبب الأجنبي او فعل المودع، فيعتبر البنك مخطئا وبالتالي لا يتحمل العميل المسؤولية الا اذا اثبت البنك الخطأ الصادر من العميل. بالتالي فان التسديد للشيك المزور هو تسديد خاطئ من قبل البنك وبالتالي لا يتحمل العميل المودع المسؤولية إلا بصدور خطأ منه، وسواءً كان صرف الشيك المزور من الأصل يعد اخلالا بعقد الوديعة النقدية أو اخلالا بقواعد الوفاء بالالتزام العقدي، فان المحصلة النهائية لا تنفي مسؤولية البنك عن خطئه العقدي تجاه العميل سيما أن هذا التصور يترتب عليه نتائج هامة تتعلق بعبء الاثبات، فبدلا من أن يتحمل العميل اثبات خطأ البنك طبقا للقواعد العامة للمسؤولية يكون على البنك اثبات التسديد الصحيح للعميل المودع أو من يمثله والا تحمل البنك المسؤولية عن أي صرف خلافا لأحكام الوديعة النقدية وقواعد الوفاء بالالتزامات.[3]

ويختلف عقد الايداع فيما إذا كان ايداع للنقود أو عقد ايداع للأوراق المالية، ففي وديعة الأوراق المالية تبقى ملكية هذه الأوراق للمودع ما لم يتم الاتفاق على عكس ذلك، وهو ما نصت عليه المادة (116) من قانون التجارة وتطبق قواعد الوكالة على الودائع البنكية إذا أخذ البنك على

---

(1) امساعف يسين. المسؤولية المدنية للبنك عن استخلاص الشيك. ع9، المغرب: مجلة القضاء التجاري، 2017، 69-77. و زايد، أحمد سليمان حسن. مسؤولية البنك في حال صرف الشيك المزور أو المحرف. ع1، الأردن: دراسات علوم الشريعة القانون،2018، 393-411.

(2) الحكماوي، عبد الحكيم. مرجع سابق.

(3)الشماع، فائق محمود محمد. مرجع سابق، الإيداع المصرفي –الجزء الأول- الإيداع النقدي- دراسة مقارنة، ص 390.

نفسه إدارة الأوراق المالية المودعة مقابل عمولة، وعليه فإن التزام الوكيل هو التزام ببذل عناية. فالقانون اعتبر ان وديعة الأوراق النقدية هو عقد مركب بين الوكالة والوديعة بل وقد يمتد الى تفويض البنك تفويضاً كاملاً ليصل الى إمكانية التصرف بها ورد أوراق من نوعها وهذا ما يمنحها بعض الخصوصية عن غيرها؛ فنلاحظ ان التزامه كمودع بحفظ الأوراق المالية الخاصة بالعميل وردها عند الطلب والتزامه بذلك هو تحقيق نتيجة فيسأل في حال عدم تحقق هذه النتيجة، كما ان التزامه كوكيل عن العميل في إدارة الأوراق المودعة لديه هو التزام ببذل عناية فيسأل اذا لم يبذل العناية اللازمة وعليه فان التزام البنك في إدارة الأوراق المالية المودعة لديه هو التزام ببذل عناية، ونلاحظ ان العناية المطلوبة من البنك هي عناية الرجل الحريص أي إدارة هذه الأموال بذات الطريقة التي يتصرف بها في إدارة أمواله الخاصة كمستثمر يحترف القيام بمثل هذه العمليات ويملك من الوسائل والامكانيات ما لا يملكه الشخص العادي، فيجب على البنك المحافظة على هذه الأوراق المالية والسعي لجلب المنافع للمودع وتجنيبه الضرر والخسائر،[1] واذا هلكت هذه الأوراق لديه فانه يتحمل المسؤولية تجاه العميل المودع ما لم يثبت أن الهلاك بقوة قاهرة، ولكن إذا طالب العميل البنك بالأوراق المودعة لديه وتأخر في ردها للعميل وهلكت هذه الأوراق فان مسؤولية البنك تكون قائمة في مواجهة العميل.[2]

وبالنظر إلى ما سبق تجد الباحثة أن البنك قد يلجأ إلى اشتراط الاعفاء من المسؤولية بالرغم من أنه معفى في بعض الحالات من المسؤولية قانونا في الحالات التي لا تتوافر فيها شروط القوة القاهرة أو في الحالات التي يعجز فيها عن إثبات القوة القاهرة، فمثلا في الشرط (15) من الشروط العامة للبنك الاسلامي العربي أعفى البنك نفسه من المسؤولية تجاه العميل أي نقص في الرصيد نتيجة لانخفاض قيمة المبالغ التي تم ايداعها أو عدم توافر هذه المبالغ بسبب نقص الرصيد المتوفر بالحساب بسبب أحداث تمنع من تنفيذ أمر العميل بالرد كالاضطرابات الأهلية وغيرها من الأسباب، ولم حدد الشرط المعفي من المسؤولية ما هي هذه الاضطرابات التي تعفي البنك من المسؤولية مما يعفي البنك في حالات واسعة دون تحديد، بالرغم انه وفق ظروف معينة قد لا يعتبر الاضطراب الاهلي أو الحرب أو المظاهرات ضمن القوة القاهرة التي تعفي البنك من المسؤولية كما لو كان متوقعا، كما أنه يجب على البنك تنفيذ الالتزام برد الوديعة وبالتالي يتحمل مسؤولية أي أداء لشخص آخر غير المودع أو من يخوله، ما لم يثبت أن هذا الأداء

---

(1) الشماع، فائق محمود محمد، التزام البنك بإدارة الأوراق المالية المودعة لديه، مجلة القضاء التجاري 87-53 بحوث ومقالات / مجلد 1 عدد1.ص79، 62.

(2) الحضرمي، خليفة بن محمد. المسؤولية المدنية للبنك في الحساب البنكي- مسؤولية البنك عند فتح وإدارة الحساب البنكي، ص 98.

كان بخطأ من المودع نفسه فقد يعجز البنك عن اثبات الخطأ الصادر من المودع فوجود شرط الاعفاء المذكور يخفف على البنك عبء الاثبات.

ثانيا: صور الشرط المعفي

لشرط الاعفاء من المسؤولية عدة أشكال فإما أ ن يكون بندا في العقد أو أن يكون اتفاقاً مستقلاً أو أن يكون كبند وضع في لافتة داخل البنك، وفي جميع الأحوال يشترط علم العميل اليقيني به فهذا العلم غير مفترض.[1]

الفرع الثاني: مفهوم وصور الشرط المخفف

أولا: مفهوم الشرط المخفف

عرف شرط التخفيف بأنه: "رفع جزء من مسؤولية المدين وقصر مساءلته عن الجزء الباقي"،[2] تلاحظ الباحثة ان هذا التعريف بالرغم من معالجته للجزئية التي يتضمنها بشكل جيد إلا أنه غير شامل.

وعرف بأنه: الشرط الذي يرد في العقد أو في اتفاق منفصل يخفف بموجبه المدين مسبقا تجاه دائنه من المسؤولية التي قد تترتب في ذمة المدين تخفيفا جزئيا جراء عدم تنفيذه لالتزامه من المسؤولية،[3] أي أنها شروط ترمي إلى التخفيف من أحكام المسؤولية العقدية، وتلاحظ الباحثة أن هذا التعريف يشمل شرط التخفيف من جميع النواحي ويؤيده، كونه يشمل كافة صور التخفيف من المسؤولية، ولا يخلط بين الشرط الجزائي والتخفيف من المسؤولية [4].

---

(1) الخرينج، ناصر متعب بنيه. الاتفاق على الاعفاء من التعويض في القانون المدني الكويتي - دراسة مقارنة مع القانون الأردني. (رسالة ماجستير)، عمان: جامعة الشرق الأوسط، 2010.، ص 555 وما بعدها.

(2) الدواغرة، موسى عبد الكريم. مرجع سابق، ص 9.

(3) نصرة، احمد سليم. المرجع السابق، ص36.

(4) عرف أيضا شرط التخفيف من المسؤولية بأنه: الاتفاق على تخفيف المسؤولية العقدية هو اتفاق على تخفيض التعويض أقل من الضرر الواقع فعلا، وهو يعتبر شرط إعفاء جزئي من المسؤولية، وهو اتفاق ملزم لطرفيه حتى لو كان الضرر أكبر من التعويض المتفق عليه ما عدا حالتي الغش والخطأ الجسيم. انظر كاطم، كريم، مرجع سابق. ص 246.والخطيب، محمد شاهين، مرجع سابق، ص462، وعرف بانه: هو الشرط الذي يخفض بمقتضاه التعويض عن القدر الواقع فعلا أو ينقص المدة التي يجوز خلالها رفع دعوى المسؤولية مرقس، سليمان. الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية-الاحكام العامة. ج1 طبعة5، القاهرة: دار النهضة العربية ،1987، ص644، كما عرف أيضا بأنه: اتفاق يهدف إلى تخفيض التعويض فيقصره على جزء دون الجزء الآخر، أو إلى وضع حد أقصى بحيث يعوض الضرر حتى هذا الحد دون زيادة، ولا يعوض ما يزيد عنه أو تقصير مدة التقادم. انظر أبو شنب، أحمد عبد الكريم، أحكام التعديل الاتفاقي للمسؤولية العقدية، مؤته للبحوث والدراسات، مؤته، الأردن، المجلد 21، العدد الثاني، 2006، ص 129. تلاحظ الباحثة أن هذه التعريفات لا تغطي مفهوم الشرط المخفف، كما أنها تخلط بين الشرط الجزائي وبين التخفيف من المسؤولية حيث يختلف شرط تخفيف المسؤولية عن التقدير الجزافي للتعويض أو التعويض الاتفاقي والذي له أحكام قانونية خاصة به كما ورد في الفصل الأول من هذه الدراسة.

ثانياً: صور الشروط المخففة

1- الإتفاق على تحويل الالتزام من تحقيق نتيجة إلى بذل عناية

ما يميز الالتزامات عن بعضها ويجعلها التزامات ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة هو إرادة الأطراف بدرجة أولى، وإذا كان هناك غموض في تفسير إرادة الأطراف فإن تحديد طبيعة الالتزام تكون بالرجوع إلى النتيجة التي يسعى لها المتعاقدان لتحقيقها، وذلك من حيث طابع الاحتمال في مدى تحقق تلك النتيجة، ولكن قد يتضمن الاتفاق الذي يبرم بين الطرفين شرطا يقلب به مضمون الإلتزام من تحقيق نتيجة إلى بذل عناية، كأن يقتصر البنك على مجرد التزامه بتقديم أفضل خدمة ممكنة فيُعفي البنك من المسؤولية إلا إذا اثبت العميل أنه لم يبذل العناية المطلوبة مع أن التزامه تحقيق نتيجة، وهناك من يرى بعدم جواز شرط التخفيف الذي يتخذ صورة قلب الإلتزام من تحقيق نتيجة إلى بذل عناية كونه يناقض مقتضى العقد ويهدر قيمة آثاره ويتعارض مع الالتزامات الجوهرية في العقد،[1] وهناك رأي آخر يرى جواز الإتفاق وتعديل أحكام المسؤولية العقدية، ومن ضمنها الإتفاق على تحويل الإلتزام من تحقيق نتيجة إلى بذل عناية والعكس،[2] وذلك لكون شرط التخفيف أقل خطورة من شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية لأنه لا يسقط المسؤولية بشكل كامل وإنما يقوم على التخفيف منها، [3] ومن أبرز الأمثلة على هذه الصورة من صور التخفيف شرط الاتفاق على اعفاء البنك من واجب الحفظ في عقد إيجار الخزائن البنكية، فيكون أثره تحويل الالتزام من التزام بتحقيق نتيجة الى التزام ببذل عناية وسيتم تفصيل هذا المثال في عند الحديث حول جواز أو عدم جواز شروط الاعفاء والتخفيف من المسؤولية العقدية ص 80.

وتجد الباحثة عدم إجازة هذه الصورة من صور التخفيف لأن الإتفاق على تحويل الإلتزام من تحقيق نتيجة إلى بذل عناية يهدر مقتضى العقد والغاية منه. ومقتضى العقد كما يعرفه الفقه القانوني: هو الأثر الذي يترتب على العقد والذي يحدد طبيعة العقد وخصائصه ويميزه عن غيره من العقود،[4] فإذا كان الإعفاء من التزام جوهري يؤدي إلى عدم تحقق النتيجة المرجوة من العقد فلا يجوز الشرط في هذه الحالة.[5]

---

(1) نصرة، احمد، مرجع سابق، ص134 ومحمد، ذكري عبد الرازق ، مرجع سابق، ص 102.
(2) ذوابة، محمد عمر، ياملكي، اكرم، مرجع سابق، ص258.
(3) الدواغرة، موسى، مرجع سابق، ص52.
(4) علي، كاظم كريم، رؤى عبد الستار صالح. مرجع سابق، ص 257.
(5) العتيبي، صالح ناصر. مرجع سابق، ص 285.

2- التخفيف في درجة العناية المطلوبة في تنفيذ الإلتزام

كما قد يتضمن الإتفاق بين الطرفين شروطاً يتم بمقتضاها اشتراط بذل المدين لعناية أقل من تلك التي يحددها القانون، فقد يتم في شروط التخفيف من درجة العناية المطلوبة لتنفيذ الإلتزام ويتم الإتفاق على الخروج عن الأصل العام الذي يحدد درجة العناية التي يبذلها الرجل المعتاد، وتقرير عناية أقل كأن يبذل عنايته هو ذاته في شؤون نفسه على سبيل المثال،[1] والحقيقة أن لتحديد طبيعة الالتزام في العقد أهمية كبيرة لتحديد معيار الخطأ البنكي، إلا أن الإشكالية التي تثار بخصوص هذه الشروط هو تفسير إرادة الأطراف وتحديد درجة العناية المتفق عليها بشكل دقيق، فلا شك أنه من الصعب على الأطراف تحديد ذلك في الإتفاق المبرم بينهم،[2] ونجد أنه يجب على البنك بذل عناية الرجل المعتاد وهو الشخص المعتاد من أواسط المهنة، فاذا أخل بدرجة العناية المطلوبة منه قانونا تقوم مسؤوليته -إذا تحققت أركان المسؤولية -أي يتحقق الخطأ العقدي فلا يجوز الإتفاق على تخفيض مسؤولية البنك وإن كان برضى العميل كونه الطرف الأضعف في العلاقة التعاقدية.[3]

وفي القانون المدني الأردني فقد نصت المادة 1/358 من على انه " إذا كان المطلوب من المدين هو المحافظة على الشيء أو القيام بإدارته أو توخى الحيطة في تنفيذ التزامه فإنه يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود. هذا ما لم ينص القانون أو الإتفاق على غير ذلك"، يتضح بأنه يمكن حسب الفقرة الأخيرة أن يتفق المتعاقدان على غير معيار الرجل المعتاد بحيث تكون أقل أو أكثر من هذا المعيار تشديداً أو تخفيفاً.

3- إنقاص التعويض

ان القاعدة العامة في المسؤولية العقدية تقضي بأن الخطأ وإن كان يسيرا يؤدي إلى التزام المدين بالتعويض عن كافة الأضرار التي تقع نتيجة لهذا الخطأ ما دامت أضرارا مباشرة ومتوقعة بما فيها ذلك الضرر المادي والأدبي،[4] ويمكن أن يتم الإتفاق على التخفيف من المسؤولية العقدية بأن لا يسأل المتعاقد عن الخطأ اليسير، أو الاتفاق بين الطرفين على شرط يحدد بموجبه البنك

([1]) ذكرى، عبد الرازق محمد. مرجع سابق، ص102.
([2]) ابو فروة، محمود محمد، مرجع سابق،168. ونصرة، أحمد. مرجع سابق، ص 137-138.
علي، كاظم كريم، صالح، رؤى عبد الستار. مرجع سابق، ص 246.
([3]) دواس، أمين. مرجع سابق، ص 32-35.
([4]) خوالدة، احمد مفلح. مرجع سابق، ص92.

التعويض بنسبة محددة من الضرر الذي وقع للعميل كالنصف والربع ويبقي جزءاً أو أن يقصر التعويض على أنواع معينة من الضرر بصرف النظر عن الضرر الحقيقي الواقع للعميل.[1]

وترى الباحثة صحة تضمين العقد شرطا ينقص به من أحكام التعويض باعتباره أحد الشروط المقترنة بالعقد[2] بشرط ألا يخفف المسؤولية الناتجة عن العمد والإهمال، لأنها متعلقة بقواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها. كما لا يجوز الاتفاق على التخفيف من المسؤولية المترتبة على الفعل الضار لأنه يقترب بشكل كبير من المسؤولية الناجمة عن العمل الاجرامي فيكون الشرط مخالفا للنظام العام ويحكم ببطلانه بحيث يناقض القاعدة التي توجب تنفيذ العقود بحسن نية.[3]

4- الإتفاق على حد أعلى للتعويض ينقص عن قيمة الضرر.

كأن يتفق الطرفان على قيمة التعويض الذي يستحق على أحدهما نتيجة إخلاله بالالتزام العقدي مهما بلغ الضرر،[4] كأن يحدد 10 الآف دينار الحد الأعلى للتعويض، فمثلا لو كانت تقدر الخسارة الفعلية المتحققه 60 ألف دينار يتم التعويض فقط عن 10الاف دينار ، لذلك قد تكون الأضرار التي حدثت للدائن أقل من 10 الآف دينار ويتم التعويض عنها، ولكن يشترط أن لا تزيد عن 10 الاف دينار بحيث يجب على الطرف المتضرر أن يثبت الأضرار التي حصلت له بما لا يتجاوز الحد الأعلى المتفق عليه.[5] وهذا بدوره يختلف عن الحد الأعلى للتعويض عن الشرط الجزائي الذي تم تفصيله في الفصل الأول من هذه الدراسة، وبالرغم من صعوبة التمييز بين الشرط الجزائي والاتفاق على حد أعلى للتعويض إلا أنه يجب الرجوع إلى إرادة الطرفين للتفريق بينهما.[6]

وفي الحقيقة لا يوجد نص عام أو خاص يجيز هذا الشرط ولكننا نرى بصحة هذا الشرط كونه من صور الإعفاء الجزئي كما أنه لا يمس المسؤولية، وهذا ما استقرت عليه محكمة بداية عمان بصفتها الاستئنافية بقولها: "... شرط الحد الأعلى للمسؤولية جائز قانونا في المسؤولية العقدية باعتباره اتفاق على تخفيف المسؤولية العقدية ويرمي إلى وضع حد أقصى لها، بحيث

---

(1) دواغرة، موسى عبد الكريم. مرجع سابق، ص 53. وخوالدة، احمد مفلح. مرجع سابق92-93.
(2) انظر ما سبق الحديث عنه حول أحام الشروط المقترنة بالعقد في الصفحات :50، 81،79.
(3) عامر، حسين، عامر، عبد الرحيم. مرجع سابق، ص 568.
(4) حميدة، يوس، ساعو كهينة. مرجع سابق، ص57.
(5) دواغرة، موسى عبد الكريم. مرجع سابق، ص 55.
(6) انظر ما سبق الحديث عنه حول الشرط الجزائي(التعويض الإتفاقي) ص 50 وما بعدها.

يعوض الضرر حتى هذا الحد ولا يعوض منه ما جاوزه، وهو شرط صحيح لا يخالف النظام العام...".[1]

المطلب الثاني: جواز أو عدم جواز شروط الاعفاء والتخفيف من المسؤولية العقدية

يبحث هذا المطلب في مدى إمكانية الاتفاق على الاعفاء أو التخفيف من المسؤولية عن الأخطاء الشخصية أو أخطاء التابعين، وعليه تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين الأول يبحث في جواز أو عدم جواز شروط الاعفاء أو التخفيف من المسؤولية الشخصية، والثاني يبحث في جواز أو عدم جواز شروط الاعفاء أو التخفيف من المسؤولية عن أخطاء التابعين.

الفرع الأول: جواز أو عدم جواز شروط الاعفاء أو التخفيف من المسؤولية الشخصية

ينادي بعض الفقه الحديث بصحة شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية،[2] لأن التزامات طرفي العقد منشؤها العقد ذاته فيحق للطرفين تضمين شروط الاعفاء من المسؤولية في العقد،[3] لذا يجوز لهما استبعاد بعض الالتزامات أو استبدال التزامات بالتزامات أخرى أو الاعفاء منها أو التخفيف منها استنادا للمادة (213) من القانون المدني الأردني،[4] وبالتالي فقد انحاز المشرع إلى مبدأ سلطان الارادة كونها أساس التعاقد، وللمتعاقدين الحرية في تحديد مضمون العقد من شروط أو التزامات انطلاقا من مبدأ الحرية العقدية والالزامية للعقد،[5] إلا أن مبدأ سلطان الارادة ليس مطلقا، فلا يجوز تضمين العقد شرطا مخالفا للقانون أو النظام العام،[6] وهو ما نصت عليه المادة 164 من القانون المدني الأردني بقولها " يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو جرى به العرف والعادة، كما يجوز أن يقترن بشرط فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير ما لم يمنعه الشارع أو يخالف النظام العام أو الآداب والإ لغا الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع

---

(1) حكم محكمة بداية عمان بصفتها الاستئنافية رقم (2021/550)، بتاريخ (28-02-2021) منشور على موقع قسطاس على الانترنت على الرابط: https://qistas.com.

(2) بلقاسم، أعرب. شرط الاعفاء من المسؤولية المدنية. (رسالة ماجستير)، الجزائر: جامعة الجزائر، معهد العلوم الادارية والسياسية، 2009، ص 2.

(3) طليان، محمد حسين صالح. مرجع سابق، ص564.

(4) نصت المادة (231) من القانون المدني الأردني على:" الأصل في العقد رضا المتعاقدين وما التزماه في التعاقد".

(5) ادريس عبد الله محمد. مرجع سابق، ص20.

(6) العيسائي، عبد العزيز مقبل. مرجع سابق، ص48.

إلى التعاقد فيبطل العقد أيضا".[1] وأخذت بهذا الرأي محكمة التمييز الأردنية حيث قضت بصحة الشرط الذي أجاز للبنك في أي وقت اغلاق الحساب كونه غير مخالف للنظام العام...الخ.[2]

كما يمكن الاستناد إلى نص المادة (358)[3] من القانون المدني الأردني التي أكدت على حق الأطراف في تعديل الالتزامات الواردة في العقد، كما أن الأصل في الأشياء الإباحة ما لم يرد نص بعكس ذلك، كما نجد أن المشرع الأردني قد نص في بعض المواد صراحة على عدم جواز شرط الاعفاء في بعض العقود ومنها ما ورد في المادة (790) بقولها "يقع باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المقاول أو المهندس من الضمان أو الحد منه"، وكذلك ما ورد في المادة (506)عندما نصت على أنه لا يصح اشتراط عدم ضمان البائع للثمن عند استحقاق المبيع ويفسد البيع بهذا الشرط، وبالتالي يفهم أنه إذا كان المشرع الاردني قد نص على عدم جواز الاعفاء في بعض العقود، بالتالي ان القاعدة العامة بجواز الاعفاء بالنسبة لجميع العقود لأنه لو كان الاصل العام عدم جواز شرط الاعفاء لما خصص المشرع هذه العقود بالمنع.[4]

بينما يعارض البعض(5) فكرة إيراد شرط الاعفاء من المسؤولية، فيعتبر أن الاستناد للحرية التعاقدية لتبرير صحة هذا الشرط إن كان يصلح بالنسبة لبعض العقود إلا انه لا يصلح بالنسبة لغالبية العقود، لأن الطرفين لا يقفان على قدم المساواة لمناقشة شروط العقد بالتالي فان هذه الشروط تجعل تنفيذ الالتزام معلقا على شرط إرادي محض بيد المدين وحده، وهذا ما يظهر في العقود البنكية حيث لا يقف العميل مع البنك على قدم المساواة بل ولا يستطع مناقشة هذه الشروط التعاقدية، وغالبا ما تعد البنوك لغايات التعاقد نماذج مسبقة لا يملك العميل إلّا القبول بها أو عدم التعاقد مطلقا مما يضطره لقبول التعاقد، مما قد يؤدي إلى إهمال البنك في التنفيذ مرتكزا ومطمئنا على عدم مسؤوليته بالرغم من وجود الالتزام.(6)

كما أن المركز القانوني والاقتصادي للبنك باعتباره الممول الرئيس للمعاملات الاقتصادية يجعله في مركز متميز ويجعل العميل باعتباره مستهلكا بحاجة إلى حماية قانونية، مما

---

(1) المادة (164) من القانون المدني الاردني رقم (43) لسنة 1976.
(2) محكمة التمييز الأردنية في الحكم رقم (2001/1856) بتاريخ (2001/9/18) منشور على موقع قسطاس على الانترنت على الرابط: https://qistas.com
(3) نصت المادة (358) من القانون المدني على أنه: "إذا كان المطلوب من المدين هو المحافظة على الشيء أو القيام بإدارته أو توخى الحيطة في تنفيذ التزامه فانه يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود. هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك 2- وفي كل حال يبقى المدين مسؤولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم".
(4) الحراسيس، عمر عوض ساهر. مرجع سابق، ص157.
(5) الصمادي، حازم نعيم. مرجع سابق، ص208.
(6) الغانمي، خضير مخيف فارس. مرجع سابق، ص231-232.

قد يتعرض له من مخاطر ناتجة عن العمليات البنكية، لذلك لا بد من رفض الاعتراف بصحة الشروط المعفية اضافة إلى إيجاد قواعد قانونية خاصة يتم إيرادها في قوانين حماية المستهلك نظرا لما تمثله هذه الشروط من خطورة بحق العميل بمثابة المستهلك. [1]

وبالرجوع الى مشروع القانون المدني نجد أن المادة (238) نصت على: "1- يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من تعويض الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ التزامه التعاقدي كلياً أو جزئياً أو بسبب تنفيذه على وجه معيب، أو تأخره فيه، إلا ما يكون عن غش أو خطأ جسيم منه، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه، 2- يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة السبب الأجنبي"،[2] نلاحظ أن هذه المادة السابقة قد أجازت الاتفاق على الإعفاء من الضرر الناتج عن عدم الاخلال في التنفيذ إلا ما ينشأ عن غشه أو خطأه الجسيم الجسيم الصادر ولكنها أجازت الاتفاق على الاعفاء من الغش والخطأ الجسيم الصادر من التابعين. [3]

ترى الباحثة عند الرجوع إلى القانون الفلسطيني أنه لم يرد أي نص في قانون المخالفات المدنية يتعلق بالإعفاء من المسؤولية التقصيرية، ومع ذلك فلا يفهم منه إجازة شروط الاعفاء من المسؤولية التقصيرية لأن أحكام المسؤولية التقصيرية كما هو مستقر متعلقة بالنظام العام فتعتبر شروط الاعفاء من المسؤولية باطلة، كما أنه لم يرد أي نص يتعلق بالإعفاء من المسؤولية العقدية فيه لأن هذا القانون يعنى بمواضيع المسؤولية الناتجة عن الفعل الضار، وبالرغم من أن المشرع الفلسطيني لم ينص صراحة على جواز الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية العقدية ولكن القاعدة العامة تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، وهذا ما يفهم من نصوص المواد(103) من مجلة الأحكام العدلية "العقد التزام المتعاقدين وتعهدهما أمرا وهو عبارة عن ارتباط الايجاب بالقبول"، والمادة (448): "يشترط في صحة الاجارة رضا العاقدين" والمادة (83) من مجلة الأحكام العدلية "يلزم مراعاة الشرط قدر الإمكان"، ونجد أن أساس هذه النصوص مبدأ حرية التعاقد حيث يجوز للمتعاقدين تضمين العقد ما يناسبهم وما يرونه من شروط وما يلزمون أنفسهم به، وما يؤكد هذا الامر ما ورد في المادة (342) من مجلة الأحكام العدلية حيث نصت على: " إذا باع مالا

([1]) الضفيري، خالد عطشان. "المسؤولية المدنية للبنك عن عمليات القروض الاستهلاكية تجاه العميل المقترض". بحث منشور في العدد 49، الكويت: جامعة الكويت، 2012، ص412 وما بعدها. وقد سار المشرع الفرنسي نحو هذا الاتجاه في القانون رقم(737)لسنة (2010) استنادا لحاجة المستهلك في الوقت الحالي للحماية واللجوء للعمليات البنكية والائتمان.

([2]) المادة (238) من مشروع القانون المدني الفلسطيني لعام (2012).

([3]) الحراسيس، عمر عوض ساهر. مرجع سابق، ص 160.

على أنه بريء من كل عيب ظهر فيه لا يبقى للمشتري خيار عيب" [1]، أي أنه يحق للمدين أن يشترط اعفاؤه من الضمان عن كل عيب اتجاه الدائن، بالتالي يجوز الاتفاق على الاعفاء من الضمان.

كما أن مجلة الأحكام العدلية قسمت الشروط المقترنة بالعقد إلى ثلاثة أنواع الجائز والفاسد واللغو، واعتبرت أن الشروط التي يجب مراعاتها هي الشروط الجائزة الموافقة للشرع فإذا كان الشرط المعفي من المسؤولية هو غير مخالف للشرع أو القانون فلا يوجد ما يمنع وجوده والحكم به.[2] وأجازت الشروط المقترنة بالعقد بشرط النفع لأحد المتعاقدين، فانه يجوز لطرفي العقد وهما البنك والعميل تنظيم علاقاتهم القانونية كما يريدان بشرط مراعاة النظام العام والآداب والأحكام القانونية الإلزامية كحسن النية في تنفيذ الالتزامات،[3] واعتبرت أن تعارف الناس على شرط سائغ شرعا يصح لأن الشرط إذا كان متعارفاً عليه لا يكون محلا للنزاع،[4] وبالتالي لا يوجد ما يمنع من إدراج شرط يعفي كليا أو جزئيا من المسؤولية العقدية البنكية عن أحد الطرفين إذا اخل بالتزامه، حيث أن الأصل في الأشياء الاباحة إلا ما ينص على عدم جوازه،[5] ولكن يشترط أن لا يكون الشرط المعفي من المسؤولية مخالفا لمقتضى العقد والهدف منه،[6] وأن لا يخفف المسؤولية الناتجة عن العمد والإهمال، لأنها متعلقة بقواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها وتخالف مقتضى العقد.

وبناءً على ما سبق للتوصل الى حقيقة مدى جواز اشتراط الاعفاء من المسؤولية العقدية يجب الرجوع الى طبيعة العقد الذي يجمع بين الطرفين، والغاية التي أرادها الطرفين من هذا الاتفاق، فمثلا من أمثلة شرط الاعفاء من المسؤولية: الشرط الذي ينص على أنه: "البنك غير مسؤول عن أية أضرار قد تلحق بالعميل نتيجة شبكات الاتصال وسوء الارسال و/او سوء الاستقبال."[7]

---

(1) المادة (342) من مجلة الاحكام العدلية العثمانية لسنة (1876م)
(2) حيدر، علي. مرجع سابق، ص 84-85.
(3) انظر المواد (130) و(448) و(186) و(187) و(189) من مجلة الاحكام العدلية.
(4) حيدر، علي. مرجع سابق، ص 159-160.
(5) العوجي، مصطفى. القانون المدني والمسؤولية المدنية. طبعة 3، لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية، 2007، ص95. وانظر ايضا هشام، بو عياد. "المسؤولية العقدية للمهني". ع10. المغرب: مجلة القصر، 2005، ص114.
(6) حيدر، علي. مرجع سابق، ص 86+160+161.
(7) البند الأول من الشروط والتعليمات الخاصة بالاشتراك في الخدمات الالكترونية في البنك الأهلي فرع فلسطين.

والشرط الذي ينص على انه: "لا يتحمل البنك اية مسؤولية في حالة حدوث أي تغيير على الشيكات المسحوبة من قبل العميل على الحساب والمملوءة فراغاتها بواسطة الالة الكاتبة أو الكهربائية أو أية وسيلة أخرى".[1]

والشرط الذي ينص على أنه: "يخلي العميل طرف البنك من أية مسؤولية تنتج عن: أ. أي عطل أو هدر قد يلحق به أو بالغير بسبب تنفيذ أي معاملة مصرفية باستخدام الخدمات الالكترونية التي يقدمها البنك، ب. حظر أو إيقاف أو تعديل أو تغيير الخدمة البنكية الالكترونية التي يقدمها البنك دون الحاجة إلى إشعاره بذلك.[2] والشرط الذي ينص:" بأنه يقر العميل على أن كافة سجلات البنك بما فيها السجلات الالكترونية صحيحة وبينة قاطعة وملزمة ولا يحق له الاعتراض عليها أو الطعن بها. ".[3]

ويجب أن لا يكون الشرط مخالفا لمقتضى العقد، ومقتضى العقد كما يعرفه الفقه القانوني: هو الأثر الأساسي المترتب على العقد بحيث يحدد طبيعة العقد وخصائصه ويميزه عن غيره من العقود،[4] فإذا كان الاعفاء من التزام جوهري يؤدي إلى عدم تحقق النتيجة المرجوة من العقد فلا يجوز الشرط في هذه الحالة كحالة إعفاء المصرف من التزامه بالحفظ في عقد ايجار الخزائن المصرفية، [5] فالشرط المعدل للمسؤولية يجب أن لا يفرغ العقد والالتزام من مضمونه الأساسي؛ أي يجب ان لا يؤدي الشرط إلى إعفاء البنك من التزامه الأساسي ببذل عناية الرجل الحريص وإلا يكون من شانه إهدار التزام جوهري على البنك.

وتبرز هذه الحالة في حالة اشتراط البنك أن لا يتحمل أي مسؤولية على محتويات الخزائن البنكية استنادا إلى أن العقد شريعة المتعاقدين فيصبح البنك غير مسؤول عن محتويات الخزانة بسبب تلف الخزانة لأي سبب كان وذلك بموجب الشرط المتفق عليه في عقد الاجارة للخزانة.[6]

ومن أمثلة هذا الشرط ما ورد في المادة (18) من عقد إجارة صندوق أمانات حديدي لدى البنك الإسلامي العربي في فلسطين، حيث نصت على أنه: "لا يترتب على البنك أية مسؤولية تجاه المستأجر نتيجة أية أضرار قد تنشا بسبب ضياع و/أو سرقة مفتاح الصندوق و/أو تلف جزئي أو كلي لمحتوياته و/أو عن أي خلل فيه و/أو في قفله، يؤدي إلى استحالة استخدامه من

---

(1) البند (9) من الشروط العامة التي تخضع لها جميع الحسابات المفتوحة لدى البنك الأهلي فرع فلسطين.
(2) البند (13) الأحكام المتعلقة بالخدمات الالكترونية والرسائل القصيرة في بنك فلسطين.
(3) البند (19) من بنود عقد فتح الحساب في بنك فلسطين.
(4) علي، كاظم كريم، رؤى عبد الستار صالح. مرجع سابق، ص 257.
(5) العتيبي، صالح ناصر. مرجع سابق، ص 285.
(6) الشماع، فائق محمود محمد. الإيداع المصرفي- الجزء الثاني – الإيداع غير النقدي – دراسة قانونية مقارنة، ص 86. وخليلي، سهام. مرجع سابق ص 47.

مستأجر آخر أو ناتجة عن عوامل طبيعية كالفيضانات والهزات الأرضية أو أية حوادث و/أو كوارث طبيعية أخرى أو إضرابات أو شغب بسبب إجراءات أو قرارات تتخذها السلطات السياسية و/أو الادارية و/أو القضائية و/أو العسكرية."[1] فالأصل ان المادة (2/117) من قانون التجارة نصت على أنه: "ويكون المصرف مسؤولا عن سلامة الصناديق المأجورة."[2]

فهذه المادة جعلت البنك مسؤولا عن سلامة هذه الصناديق المؤجرة فيسأل البنك إذا ثبت عليه خطأ ويسأل أيضا وإن لم يثبت عليه أي خطأ لأن التزامه التزام بتحقيق نتيجة، وبالتالي فإذا أصاب الخزانة أو ما بها ضرر يكون البنك مسؤولا حتى يثبت هو السبب الأجنبي.[3] إلا أن البنوك تذهب الى ايراد مثل هذا الشرط حتى لا تفتح المجال للقاضي بالحكم بمسؤولية البنك عن الهلاك أو التعيب الذي قد يصيب الوديعة نتيجة القوة القاهرة.

فإذا اشترط البنك اعفائه من المسؤولية في عقد اجارة الخزائن الحديدية صح هذا الشرط بالنسبة لأي التزام من الالتزامات الناشئة عن العقد أو العرف باستثناء التزامه بالحفظ، لأن تلك الشروط لا تتنافى مع الغاية الأساسية من العقد وتخل بالالتزام بالحفظ الذي هو أساس العقد، وكون البنك هو وحده الذي يستطيع حماية الخزانة ومحتوياتها فمن العدل أن يتحمل هو عبء حمايتها ويؤيد ذلك نص المادة (763) التي جعلت الغاية الأساسية من الوديعة هي الحفظ،[4] و(186) من مجلة الأحكام العدلية الذي أجازت الشروط المقترنة بالعقد بشرط أن لا يخالف مقتضى العقد.[5] فمثلا يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية في حالة فقدان مفتاح الخزانة الحديدية وعدم إبلاغ البنك عن هذا الفقد بالرغم من مرور(48) ساعة على فقدانه، وهذا الشرط لا يخالف مقتضى العقد وحسن النية ولا يخالف القواعد العامة أو النظام العام والآداب.

أما اشترط البنك اعفائه من المسؤولية عما يصيب الخزانة أو محتوياتها باطل لأن الغاية الأساسية من العقد هي توفير الأمان للعميل المستأجر، فإذا استبعدت هذه الغاية لم يكن للعقد معنى، كما ان البنك هو وحده الذي يستطيع حماية الصندوق ومحتوياته فمن العدل أن يتحمل هو عبء

---

(1) المادة (18) من عقد اجارة صندوق أمانات حديدي لدى البنك الإسلامي العربي فرع فلسطين.
(2) قانون التجارة رقم (12) لسنه (1966) والمعمول به في الضفة الغربية.
(3) سلوم، حسين، الخدمات المصرفية- إجارة الخزائن الحديدية، مرجع سابق، بحث منشور على الموقع الإلكتروني:https://qawaneen.blogspot.com/2018/03/blog-post_287.html تاريخ الزيارة : 2020/3/22، الساعة3.54.
(4) نصت المادة (763) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: " الوديعة هي المال الذي يودع عند شخص لأجل الحفظ".
(5) نصت المادة (186) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: "الْبَيْعُ بِشَرْطٍ يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ صَحِيحٌ وَالشَّرْطُ مُعْتَبَرٌ. مَثَلًا لَوْ بَاعَ بِشَرْطِ أَنْ يَحْبِسَ الْمَبِيعَ إلَى أَنْ يَقْبِضَ الثَّمَنَ فَهَذَا الشَّرْطُ لَا يَضُرُّ فِي الْبَيْعِ بَلْ هُوَ بَيَانٌ لِمُقْتَضَى الْعَقْدِ."

حمايته ولا يعقل ان ينقل هذا العبء إلى المستأجر الذي يستحيل عليه القيام بذلك.[1]كما أنه استنادا لمبدأ حسن النية في العقود يجب أن لا يحرم المتعاقد من الهدف الأساسي الذي دفعه لإبرام العقد.[2]

والرأي الراجح أن شرط الإعفاء من المسؤولية صحيح ولكنه لا يؤدي أثره الكامل في الاعفاء من المسؤولية وانما يقتصر أثره على تحويل الإلتزام من التزام بتحقيق نتيجة إلى التزام ببذل عناية فلا يعفي البنك من واجب الحفظ وانما يجعل التزام البنك التزاما ببذل عناية بعد أن كان بتحقيق نتيجة، فبدلاً من أن يُسأل بمجرد حدوث الضرر يجب عليه إثبات بذل ما في وسعه لتحقيق الأمان.[3]

كذلك الأمر في حالة مسؤولية البنك عن الأوراق المالية المودعة لديه فإذا أثبت البنك أنه بذل كل ما في وسعه لدفع الضرر فيخفف الشرط من تحقيق نتيجة إلى بذل عناية، لأن التزامه بالحفظ هو التزام أساسي وجوهري ولا يعقل أن يخلص منه دون هدم العقد.[4]

وفي جميع الاحوال يجب تفسير الاتفاقات المعدلة للمسؤولية العقدية بكل دقة وعدم التوسع في تفسير الشروط التي تعدل من أحكام المسؤولية، أي يجب تفسيرها تفسيرا ضيقا وذلك لأن هذه الاتفاقات هي استثناء من الاصل العام.[5]

الفرع الثاني: جواز أو عدم جواز شروط الاعفاء أو التخفيف من المسؤولية عن أخطاء التابعين

يُثار تساؤل حول أخطاء التابعين فهل يغطيها جميعا هذا الشرط؟ أم أنه يقتصر على تغطية الأخطاء اليسيرة؟

بدايةً تتحقق مسؤولية المدين عن فعل الغير بوجود عقد صحيح بين المدين والدائن، وأن يكون المدين قد عهد الى الغير تنفيذ العقد أو أن يكون الغير مكلفا بوجب الاتفاق أو القانون تنفيذ العقد، أما إذا كان العقد المبرم بين الطرفين باطلا فتطبق قواعد المسؤولية التقصيرية.[6]

ويذهب الفقه والقضاء الفرنسيين إلى إجازة شرط الاعفاء من المسؤولية عن خطأ الغير في حدود الخطأ اليسير دون الخطأ الجسيم، ولكن معظم الفقه العربي يذهب إلى جواز الاعفاء من

([1]) سلوم، حسين. مرجع سابق، ص 17.
([2]) عماري، ابتسام. مرجع سابق، ص 64-65.
([3]) سلوم، حسين. مرجع سابق. ص 17.
([4]) عوض، علي جمال الدين. مرجع سابق، ص 1103.
([5]) الحراسيس، عمر عوض ساهر. مرجع سابق، ص160.
([6]) الفرجاني ـ د. سامي مصطفى عمار، "المسؤولية العقدية عن فعل الغير"، مجلة العلوم القانونية والشرعية- كلية القانون – جامعة الجبل الغربي.2015 ص 44-45.

المسؤولية عن خطأ الغير في حالتي الغش والخطأ الجسيم الصادر من التابع، فيمكن الإعفاء من المسؤولية العقدية إذا كان الغش أو الخطأ الجسيم قد وقع من غير المتعاقد نفسه، أي ممن يستخدمهم المدين في تنفيذ العقد بشرط أن يحصل الاتفاق بين المدين المسؤول والدائن المتضرر أو من ينوب عنهم إذا توفر في ذلك الاتفاق في الاتفاق جميع الشروط الموضوعية المتمثلة في الرضا والمحل والسبب.[1]

ولا يوجد نص في التشريع الفلسطيني يسمح بإجازة شرط الإعفاء من المسؤولية في حال وقع خطأ جسيم أو غش من تابعي المدين، وترى الباحثة عدم إجازة إعفاء المدين من المسؤولية المترتبة عن سائر أخطاء من يستخدمهم في تنفيذ التزاماته إذا كانت صادرة عن غش أو خطأ جسيم من جانبهم، ذلك طالما أن البنك لا يستطيع اشتراط اعفاء نفسه في حالتي الغش والخطأ الجسيم، ولما كان الخطأ الصادر من الغير يعد صادرا عن البنك نفسه فلا بد من منع اشتراط هذا الشرط فيما يتعلق بالغير أيضا؛ بالإضافة لكون مثل هذا الشرط قد يؤدي إلى إهمال البنك في اختيار من يستخدمهم في تنفيذ التزاماته مما يخالف حسن النية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية، كما أنه قد يمنح البنك مجالا للتهرب من التزاماته التعاقدية.

المبحث الثاني

قيود شروط الاعفاء والتخفيف من المسؤولية البنكية وأثارها

إذا كانت القواعد المكملة في مجلة الأحكام العدلية تجيز للأطراف الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية إلا أن موضوع الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية لم يترك على إطلاقه دون قيود تحمي المتعاقدين على أساس توازن المصالح بين الطرفين؛ وانما يبقى مقيدا بقيود كثيرة نذكر منها: أن لا يكون مخالفا للنظام العام والآداب أو تتعارض مع نص قانوني آمر، وأن لا يكون عدم التنفيذ راجعا إلى غش المتعاقد أو خطئه الجسيم، وأن لا يكون تعسفيا، وبتوافر القيود أعلاه يصح شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية ويرتب آثاره وعليه تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين تحدثنا

---

(1) دمانه، محمد. مرجع سابق، ص 242. وانظر ايضا الخطيب، محمد شاهين. مرجع سابق، ص463.
ولقد نصت المادة (1/238) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على أنه: "يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من تعويض الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ التزامه التعاقدي كلياً أو جزئياً أو بسبب تنفيذه على وجه معيب، أو تأخره فيه، إلا ما يكون عن غش أو خطأ جسيم منه، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه"، نلاحظ من نص المادة أعلاه أن البنك يمكنه دفع المسؤولية الناجمة عنه إذا ما كان الخطأ ناجماً عن الغش أو الخطأ الجسيم الصادر عن موظفيه لأن عمد الغير لا ينزل منزلة الشرط الارادي. انظر في هذا: السنهوري، عبد الرازق، مرجع سابق، الجزء الأول 674.

في المطلب الأول عن قيود شروط الإعفاء والتخفيف من المسؤولية وتحدثنا في المطلب الثاني عن آثار شرط الاعفاء والتخفيف من المسؤولية.

المطلب الأول: قيود شروط الاعفاء والتخفيف من المسؤولية البنكية

إذا كانت شروط الاعفاء صحيحة فلا بد لترتيب لآثارها أن تتوافر قيود أخرى، فهناك قيود على شروط الاعفاء، وأخرى على شروط التخفيف من المسؤولية، وعليه يبحث هذا المطلب في قيود الاعفاء من المسؤولية في الفرع الأول وفي قيود الشروط المخففة في الفرع الثاني.

الفرع الأول: قيود الاعفاء من المسؤولية

أولا: الخطأ الجسيم والغش الصادر من البنك

تعد مسؤولية البنك إذا اخل بالتزاماته العقدية مسؤولية عقدية، وإذا اشترط اعفاءه منها فإنه يعفى منها إلا إذا ارتكب غشا أو خطا جسيما،[1] وفي هذا قررت محكمة بداية اربد بصفتها الاستئنافية "... أنه وبموجب هذا الشرط قد تم الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية عن أي ضرر يلحق بالمدعي نتيجة هذا العقد وحيث أن شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية هو شرط صحيح حيث يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من أي مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا ما ينشأ عن الغش أو عن الخطأ الجسيم من قبل المدين...".[2]

وقضت أيضاً "أن الاتفاق المعقود بين البنك وبين طالب التحويل المتضمن اعفاء البنك من مسؤولية الخطأ الناجم عن تسليم المبلغ المحول لشخص آخر غير المودع هو اتفاق قانوني ملزم يترتب عليه اعفاء البنك من مسؤولية الخطأ في التسليم ما لم يمكن هذا الخطأ فادحاً أو مقصوداً، والمسؤولية الناشئة عن هذا الاتفاق هي مسؤولية عقدية لا تقصيرية، فاعتبر الشرط هو شرط صحيحاً واجب اعماله".[3] وعليه فلا يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي في حالة غش المدين أو خطئه الجسيم فيحكم وهذه الحالة هذه ببطلانه ويبقى مسؤولا عنهما، وانطباق هذا الحكم على الخطأ الجسيم يأتي كونهما يشتركان في سوء النية،[4]

([1]) عماري، ابتسام. مرجع سابق، ص 56-59.

([2]) حكم محكمة بداية اربد بصفتها الاستئنافية رقم: (2019/6990) بتاريخ: (2019/5/8) منشور على موقع قسطاس على الانترنت على الرابط: https://qistas.com.

([3]) حكم محكمة استئناف عمان في الحكم رقم (2019/16168) بتاريخ (2019/10/23) منشور على موقع قسطاس على الانترنت على الرابط: https://qistas.com.

([4]) قدادة، خليل احمد. الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري مصادر الالتزام. طبعة 1، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1994، ص 150. والحضرمي، خليفة بن محمد. مسؤولية البنك في عمليات الائتمان الخارجي، ص55.

وتدخل في نطاق المسؤولية التقصيرية وتتعلق بالنظام العام فلا يجوز الاعفاء منه، وبما ان البنك هو مهني محترف مما يفترض به الحرص أكثر من غيره أثناء تأدية عمله نظرا لتخصصه في عمله وعليه فان الخطأ المهني البسيط يعتبر خطأ جسيماً بالنسبة له.[1]

كما أنه في حالة امتناع البنك عمدا عن تنفيذ التزامه أو تأخره فيه بقصد الإضرار بالعميل فلا يجوز للبنك التمسك بشرط الاعفاء من المسؤولية وإلا أصبح الالتزام إراديا يتوقف على ارادة المدين وحده وهو أمر يتعارض مع طبيعة الالتزام نفسه،[2] وإذا وقع شرط الاعفاء باطلا فإن الشرط هو الذي يبطل وحده ويبقى العقد قائما إلا إذا كان هذا الشرط هو الدافع للتعاقد فيبطل العقد بين الطرفين برمته.[3]

ويرفض الفقه اعتبار كل خطأ مهني خطأ جسيما، وبالتالي كل اتفاق يهدف إلى الاعفاء منه باطلا، ويرى بانه مهما كانت غاية المشرع في حماية من يتعامل مع المهني فيجب الاعتراف بأن هناك درجات للخطأ المهني كسائر الأخطاء الأخرى، فبعضها جسيمة والبعض الآخر يسيرة فلا يجب أن نبطله لمجرد أنه يعفي من المسؤولية المهنية، ولكن هذا الرأي غير عادل لأنه وإن كان المهني بحاجة إلى الطمأنينة والثقة اثناء أداء عمله إلا أن من يتعامل مع المهني أيضا بحاجة إلى الطمأنينة والثقة لدى تعامله مع البنك، كما أن الأخذ بهذا الرأي يشجع المهنيين على أخطائهم اليسيرة وهذا يتنافى مع مبدأ حسن النية في العقود، وقد أخذ الفقه الفرنسي والمصري بهذا الاتجاه.[4]

ومن الأهمية بمكان القول أن مسألة عبء الإثبات قد تؤدي إلى إعفاء البنك من المسؤولية في حال عجز العميل عن إثبات الغش أو الخطأ الجسيم الصادر من البنك، سيما أن إثبات غش البنك أو خطئه الجسيم أمرا ليس بهين على العميل بل قد يبدو مستحيلا،[5] وعليه فان نطاق الاتفاق على اعفاء البنك من المسؤولية لا يمتد إلى حد الاعفاء دائما بحيث يمكن الرجوع عليه في حالة اثبات ان الضرر الذي يلحق بالعميل كان جراء غش أو خطأ جسيم صادر عن البنك وليس بسبب اجنبي.[6]

---

(1) الخطأ المهني عرف بانه: الخطأ الذي يتصل بالأصول الفنية للمهنة.
(2) العتيبي، صالح ناصر. فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية دراسة مقارنة. دون طبعة، دون دار نشر، 2009 ص 270.
(3) قدادة، خليل احمد. مرجع سابق، ص 159.
(4) العيسائي، عبد العزيز مقبل. مرجع سابق، ص 57.
(5) الشماع، فائق محمود محمد. التزام المصرف بإدارة الأوراق المالية المودعة لديه، ص85.
(6) خليلي، سهام. مرجع سابق، ص 105.

ولو افترضنا أن عناية البنك هي عناية عادية أو عناية رجل حريص فإن الخطأ الجسيم لا يمكن أن يصدر عن شخص معتاد أو حريص، فاشتراط المدين اعفاؤه من هذا الالتزام يعد شرطا مناقضا لالتزام رئيسي في العقد ويتعارض مع مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، وقد سبق الحديث عنها في المطلب الأول.

ثانيا: بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية في حالة الأضرار الجسدية

يعتبر جسم الإنسان وحياته ومقوماته في غاية الأهمية بمكان مما يجعلها بعيدة عن أي اتفاق من شأنه أن يمس بها ونص القانون الأساسي الفلسطيني على الحق بالحياة واحترام حقوق الإنسان الأساسية وعدم الاعتداء على الجسد، فهذه الحقوق تولد لصيقة بالإنسان وترتبط به حتى وفاته وأي اتفاق يمس بها يعتبر باطلا، لأن جسم الإنسان يخرج عن دائرة التعامل المالي وهو غير قابل للتصرف،[1] فلا يجوز لأي شخص أن يتصرف في نفسه وحياته وجسمه وشرفه وشعوره وعواطفه ولو كان طرفا فيه، وان الاتفاق على الاعفاء من لا يعطيه حق الاعتداء على سلامته المادية أو المعنوية وإنما يعفيه من المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به سواء المادي او المعنوي،[2] فمثلا لو تم الاتفاق على إعفاء البنك من المسؤولية عن انفجار الصراف الآلي لعيب راجع إلى البنك فإن الإعفاء باطل كون الجسد يخرج عن دائرة التعامل المادي،[3] بالإضافة لكون البنك يسأل عن فعل الآلات سندا لمسؤولية حارس الأشياء كون خطأ البنك مفترض في هذه الحالة باعتبار أن هذه الآلات بحاجة إلى عناية خاصة ووسائل وقاية وأمان متطورة،[4] ولا بد من الإشارة إلى أن الالتزام بحراسة الشيء هو التزام بتحقيق نتيجة حيث يجب على الحارس أن يسيطر على الشيء سيطرة تامة، وأن يمنعه من الافلات من رقابته والاضرار بالغير، فاذا أفلت الشيء وسبب ضررا للغير فإنه يعتبر الحارس مخلا بالتزامه بالحراسة بمجرد حصول هذا الإفلات ولا يعفيه من المسؤولية أن يثبت أنه قام ببذل كل جهده لمنع الشيء من الاضرار بالغير أو أنه قام بسلوك متفق مع سلوك الشخص المعتاد.[5] وبالرجوع إلى مجلة الأحكام العدلية نجد أنها تقيم هذا النوع من المسؤولية على أساس نظرية تحمل التبعة أي قاعدة "الغرم بالغنم"[6]، وعليه فإن ما يحدث من هذه الأشياء والآلآت من ضرر يضاف إلى من هي تحت تصرفه فضلا

---

(1) خوالدة، احمد مفلح. مرجع سابق، ص125. وانظر أيضا: خالد، وليد. مرجع سابق، ص 47.
(2) الخرينج، ناصر متعب. مرجع سابق ص 79.
(3) الخطيب، محمد شاهين. مرجع سابق، ص468
(4) العدوان، صلاح. مرجع سابق، ص31.
(5) شنب، محمد لبيب. المسؤولية عن الاشياء دراسة مقارنة. ط2.الاسكندرية: مكتبة الوفاء القانونية، 2008 ، ص302 . انظر أيضا: ابو سعيدة، رياض السيد حسين. ضمان ضرر العميل في التعامل المصرفي الالكتروني. ع12. العراق : جامعة الكوفة، 2011، ص22
6 مجلة الاحكام العدلية

عن قاعدة الغرم بالغنم ونحوها"[1] وأيضا يعتبر من قبيل الأحكام الخاصة ما جاء في قانون التأمين في المادة (144) بأنه يسأل كل من يستعمل مركبة آلية أو يأذن باستعمالها عن تعويض المصاب عن كل ضرر جسماني أو مادي أو معنوي ناتج عن حادث طرق كان للمركبة دخل فيه، وتكون مسؤولية من يستعمل المركبة أو من يأذن باستعمالها مسؤولية كاملة ومطلقة عن تعويض المصاب بغض النظر عما إذا كان هناك خطأ من جانبه أو من جانب المصاب أم لم يكن،[2] وترى الباحثة أن الشيء الذي يستخدمه البنك لا يعتبر أمرا خارجا عنه طالما أنه يقع تحت حراسته وعنايته فيكون مسؤولا عن مسؤوليته عن فعله الشخصي دون الحاجة لإثبات خطأ، فالتزامه في الحفاظ على ودائع العميل هو التزام بتحقيق نتيجة وإلا تملص البنك المهمل من واجباته بذريعة وقوع خلل في الأجهزة أو عطل فيها.

وإن الإلتزام بالسلامة هو واجب قانوني طالما ولا يمكن الاتفاق على مخالفته وإن لم ينص عليه العقد صراحة، لأن مصدره القانون الذي حرم الاعتداء على جسد أي انسان وسلامته كونه التزاما قانونيا ينشئ مسؤولية غير عقدية.[3]

ومما نشير إليه أننا نجد سندا لهذه القاعدة ما ورد في القانون المدني الأردني بالمادة 48 حيث نصت " لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر"،[4] وما نصت عليه المادة 270 من ذات القانون عندما نصت بأنه يقع باطلا كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على الفعل الضار،[5] وهذا ما استقرت عليه محكمة استئناف عمان "... صحة شرط الاعفاء من المسؤولية ما لم : يخالف النظام العام أو يتعلق بحياة الانسان أو سلامته في جسمه أو في اعتباره الادبي، أو كان الهدف منه حماية المدين من الغش والخطأ الجسيم الصادرين عنه، أو يفضي الى افراغ العقد من محتواه".[6]

---

[1] المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني ، ص326

(2) المادة (144) من قانون التأمين رقم (20) لسنة 2005.

(3) خاطر، نوري حمد. الضرر الناشئ بفعل الشيء بين المسؤولية العقدية وغير العقدية. ع1. الكويت: جامعة الكويت، 2006104، ص305. وانظر ايضا ابو سعيدة، رياض السيد حسين، مرجع سابق، ص23.

(4) المادة (48) من القانون المدني الاردني رقم (43) لسنة 1976.

(5) وما ورد ايضا في قانون المخالفات المدنية رقم (36) لسنة 1944 الذي نصت عليه المادة 50 بقولها "كل من سبب، بإهماله، ضرراً لشخص آخر هو مدين له بواجب يقضي عليه بأن لا يكون مهملاً تجاهه في الظروف التي وقع فيها الإهمال، يعتبر أنه ارتكب مخالفة مدنية، ويكون الشخص مديناً بهذا الواجب لجميع الأشخاص الذين ينتظر من شخص عاقل أن يتوقع تضررهم من جراء الإهمال، وإلى صاحب أي مال يتوقع في مثل تلك الظروف" ويخضع قواعده للفعل الضار في حال لم ينص العقد البنكي عليه.

(6) حكم محكمة استئناف عمان في الحكم رقم (2020/10600) بتاريخ (2020/10/28) منشور على موقع قسطاس على الإنترنت على الرباط: https://qistas.com.

ثالثا: بطلان الاتفاق على الشروط التعسفية

تتنافس البنوك والمؤسسات المالية في تقديم تسهيلات مالية من شأنها تحريض المستهلك لشراء حاجات مصطنعة لا حاجة لها دون أن يتوافر لديه ما يكفي لسداد قيمة مشترياته؛ لذلك كانت حماية المستهلك في عصرنا الحالي محور اهتمام القضاء الذي حاول قدر الإمكان بتفسيره للنصوص التقليدية أن يوفر حماية للمستهلك عن طريق إبطال الشروط التعسفية التي تفرضها البنوك، والمستهلك في مجال العمليات البنكية هو العميل الذي يتعاقد مع البنك، ويعتبر العميل الطرف الضعيف الذي يحتاج إلى حماية من جانب المشرع، لذلك تخضع البنوك والمؤسسات المالية للالتزامات التي فرضها قانون حماية المستهلك في بعض الدول.

ويعرف الشرط التعسفي بأنه: الشرط الذي يؤدي إلى المساس بالتوازن العقدي بين الطرفين المتعاقدين وما يقتضيه في الحقوق والواجبات من خلال التعسف في استعمال النفوذ الاقتصادي والتفاوت الظاهري بين التزامات الطرفين واستغلال ضعف مركز العميل الاقتصادي[1] وعرف بأنه: الشرط المعد مسبقا من قبل المتعاقد القوي والذي يمكنه من الحصول على منفعة فاحشة ويأخذ حكمه شرط الاعفاء والتخفيف من المسؤولية والشرط الجزائي وشرط الاختصاص.[2]

وقد نصت المادة (1) من تعليمات سلطة النقد الفلسطينية رقم (2) لسنة (2016) على أنه: "قروض التجزئة (أفراد) تشمل محفظة قروض التجزئة على ما يأتي:1- القروض الاستهلاكية كافة الممنوحة للأفراد لغاية تمويل احتياجات استهلاكية أو غايات شخصية وبما يشمل قروض السيارات وقروض الطلاب وقروض التعليم والقروض الاستهلاكية الأخرى 2. خطوط الائتمان المتجددة (revolving credit) بما فيها بطاقات الائتمان وسقف الجاري مدين دوار والقروض الممنوحة لأهداف استهلاكية أو شخصية بحته وغير مرتبطة بأهداف مهنية أو تجارية ... الخ "

والمستهلك كما عرفه قانون حماية المستهلك الفلسطيني بأنه "كل من يشتري أو يستفيد من سلعة أو خدمة"[3] نلاحظ أن القانون في تعريفه للمستهلك يعتمد على معيار الهدف من الاستهلاك، وعليه فلا يعد الشخص مستهلكا إلا إذا كان هو المستهدف النهائي من عملية

([1]) طليان، محمد حسين صالح، مرجع سابق، ص575. انظر ايضا بلحاج، الحبيب. حماية الطرف الضعيف في القانون المدني. ع11. تونس: جمعية الحقوقيين، 2015، ص23.

([2]) أبو فروة، محمود محمد. مرجع سابق، ص204.

([3]) المادة (1) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005م.

الاستهلاك، بحيث يتعاقد فقط بهدف تلبية احتياجاته الشخصية والعائلية من السلع والخدمات، ولكن إذا أجرى التصرف لغايات مهنية فلا يعد مستهلكا بل يعتبر مهنيا لا يستوجب الحماية، ويفهم ذلك من جملة "كل من يشتري أو يستفيد من سلعة أو خدمة" مما يعني أنه يشير إلى المستهلك النهائي للمنتج أو الخدمة.[1]

وقد نص قانون حماية المستهلك الفلسطيني في المادة (23) بأنه "يجوز للمجلس أن يراجع مدى معقولية وعدالة الشروط الواردة في عقود الاستهلاك والعقود النموذجية، وأن يوصى إلى الوزير أو الجهة التي تصدر عنها هذه العقود إزالة الشروط التي ترى أنها مجحفة بحق المستهلك أو يطلب إعادة النظر بها، على أن يصدر مجلس الوزراء نظاماً يحدد معايير لتقدير البنود التي يمكن اعتبارها تعسفية في عقود الاستهلاك"[2]، أي أن القانون اعطى صلاحية للمجلس الوطني لحماية المستهلك أن يوصي إلى الوزير كي يقوم بازالة الشروط المجحفة بحق المستهلك، ولم تمنح صلاحية للقاضي لإزالة الشروط التعسفية، ويجدر الاشارة إلى أنه لم يصدر لغاية الآن نظاما عن مجلس الوزراء الفلسطيني يحدد معايير لتقدير وجود بنود تعسفية في عقود الإستهلاك.

وقد كان المشرع الفرنسي السباق في هذا الأمر مراعاة لمستجدات العصر وتدخل لحماية المستهلك، وهو العميل، ضد الشروط التعسفية عندما أصدر قانون حماية واخبار مستهلكي المنتجات والخدمات الفرنسي رقم 23 بتاريخ 10 يناير 1978، والذي اصبح بمقتضاه يمكن تحريم الشروط التي ترد في العقود المبرمة بين المهنين والمستهلكين وتحديدها وتنظيمها عن طريق ما يصدره مجلس الدولة من قرارات، وعرف الشرط التعسفي في المادة (35) منه بأنه:" الشرط المفروض من طرف المهني على المستهلك والتي يخول الأول بسبب ما له من قوة اقتصادية تجاه الطرف الأخير ميزة فاحشة"، ولكن هذا التعريف تعرض للعديد من الانتقادات مما دعا المشرع الفرنسي الى تعديله في المادة (321) من قانون الاستهلاك الصادر عام (1995) والتي جاء فيها:" في العقود المبرمة بين المنتجين والمستهلكين تعتبر تعسفية الشروط التي يكون موضوعها أو أثرها هو خلق اختلال كبير ما حقوق والتزامات أطراف العقد على حساب الطرف المستهلك".[3] ونجد أن عقد الإذعان بموجب القانون المدني الفرنسي المعدل هو أي عقد يتمتع أحد أطرافه بميزة اقتصادية يستطيع أن يفرض شروط تحقق مصلحة في مواجهة الطرف الآخر

---

(1) شندي، يوسف. المفهوم القانوني للمستهلك: دراسة تحليلية نقدية، عدد3، مجلة القضاء التجاري، مج2، 2014، ص 20-21.

(2) المادة (23) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة (2005م) المنشور في العدد (63) من مجلة الوقائع الفلسطينية صفحة (29) بتاريخ 2006/4/27م.

(3) أبو فروة، محمود محمد، مرجع سابق، ص 204. وانظر ايضا قريمس، عبد الحق، مرجع سابق، ص157.

فيحق للطرف الضعيف أن يراجع القضاء لأجل اعتبار الشرط كان لم يكن، ويرجع لمحكمة الموضوع مسألة تقدير ما إذا كان الشرط تعسفيا أم لا.[1]

وقد وضع المشرع الفرنسي وسائل لمكافحة الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك ومنها تحديد الشروط التعسفية لكي يكون للقاضي سلطة تقدير اتجاهها، واستبعاد الشروط التعسفية عن طريق اللوائح والقضاء حيث نصت المادة (1/132) من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم (949) لسنة (1993) على أنه: " الشروط التعسفية هي الشروط التي يكون هدفها أو يترتب عليها:

أ- استبعاد أو تحديد مسؤولية المزود في حالة وفاة المستهلك أو اصابته بأضرار جسدية، بسبب فعل أو اهمال المزود

ب- استبعاد أو تحديد الحقوق القانونية للمستهلك بطريقة غير مقبولة لصالح المزود أو لصالح طرف آخر، في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ المعيب من جانب المزود لأحد التزاماته التعاقدية ويشمل ذلك المقاصة بين دين المزود ودين نشأ في مواجهته

ت- النص على التزام قاس على عاتق المستهلك في حين أن واجبات المزود يتوقف تنفيذها على الإرادة المنفردة للمزود.

ث- السماح للمزود بالاحتفاظ بالمبالغ التي دفعها للمستهلك الذي عدل عن ابرام أو تنفيذ العقد دون النص على حق المستهلك في الحصول على تعويض من المزود يعادل المبلغ الذي دفعه المستهلك، فاذا كان المزود هو الذي عدل عن التعاقد." [2]

وقد درجت البنوك في تعاقداتها على إدراج بنودا نموذجة توصف بأنها تعسفية تعفي أو تخفف بموجبها من مسؤوليتها مما يثير تساؤل عن مدى اعتبار العقود البنكية من عقود الإذعان؟ ولقد انقسم الفقه إلى قسمين:

الرأي الأول يجد بأن: العقود البنكية هي عقود رضائية ولا تنتمي إلى عقود الإذعان والنماذج التي تعدها البنوك تحتوي جميع الشروط التي بموجبها سيتم التعاقد مع العملاء فالعقد شريعة المتعاقدين طالما أن العميل قد وافق عليها بإرادته،[3] وفي الحقيقة لم تعتبر محكمة التمييز الأردنية الشروط الواردة في العقود البنكية بأنها تعسفية حيث قضت في أحد أحكامها:" أما عن

---

(1) الفقيري، بلال. بحث منشور على الإنترنت على الرابط: https://www.maroclaw.com .
(2) محمود، عبد الله ذيب عبد الله حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني-دراسة مقارنة (رسالة ماجستير)، فلسطين- نابلس: جامعة النجاح الوطنية، 2009.
(3) المصري، هبة محمد كمال عبد الكريم، النظام القانوني لإعادة النظر في الحساب الجاري وتصحيحه. (رسالة ماجستير)، جامعة القدس، فلسطين-القدس، 2009، ص 27.

قوله بأن الشروط الواردة في الدليل شروطاً تعسفية فتشير المحكمة بأن الشروط الواردة في عقود التسهيلات المصرفية لا تعتبر من قبيل الشروط التعسفية كونها تخضع لمبدأ سلطان الإرادة العقدية ذلك أن العقد حتى يسبغ عليه هذه الصفة يجب أن تتوافر فيه جملة من الشروط أهمها أن تكون السلعة أو الخدمة محتكرة لدى جهة معينة وأن لا يكون للشخص الحق في مناقشة الشروط ضمن عقود تلقي الخدمة وبإسقاط تلك الشروط على وقائع الدعوى، تجد المحكمة بأن التسهيلات التي تمنحها البنوك لا تعتبر حكراً على جهة معينة ذلك أن من حق العميل اختيار البنك الذي يرغب بالتعامل منه فضلاً أن التسهيلات التي تمنحها البنوك لا تعد من قبيل الضروريات التي لا قبل للمجتمع للعيش بدونها كما أن الشروط الواردة ضمن عقود التسهيلات يملك العميل الحق في مناقشتها ومراجعتها والتفاوض حولها وبالتالي فإن كافة عقود التسهيلات التي تمنحها البنوك لا تعتبر من قبيل عقود الإذعان".[1]

وقضت محكمة التمييز الأردنية أيضا: أن العقود المصرفية هي عقود رضائية ولا يغير من هذه الطبيعة اشتراط المصرف في العقد المبرم مع العميل صحة بياناته وقيوده واعتبارها حجة قاطعة على العميل.[2] وقضت أيضا: "أن عقد القرض الشخصي الموقع بين المميز والمميز ضده لا يعتبر من عقود الإذعان ذلك أن المميز وقع على العقد بإرادته واختباره دون إجبار من البنك المميز ضده، وأن شروط العقد واضحة وكان بإمكان المميز مراجعة شروط العقد إن لم تكن مناسبة له الامتناع عن التوقيع كما وأن المميز طلب فتح حساب لدى فرع المدعي في الشميساني باختياره مما يتعين معه رد هذا السبب".[3]

الرأي الثاني يرى: أن العقود البنكية هي عقود إذعان، ويعود السبب في ذلك إلى طبيعة العقود النموذجية التي تعتمدها البنوك في تعاملاتها، وأن أهم خصائص عقود الإذعان هي أنها تتعلق بسلعة أو مرفق أساسي للمستهلكين لا تستقيم مصالحهم بدونها، ويكون فيها احتكارا قانونيا أو فعليا للسلعة أو المرفق أو يكون مسيطرا مما يجعل المنافسة عليها محدودة ويطرح خدماته للجميع ويعرض شروطه دون إمكانية المناقشة فيها، فلا يسع المتعاقد إلا الموافقة عليها، وهكذا تطورت الفكرة بحيث أصبح كل عقد ينفرد أحد أطرافه بتنظيم شروطه يعتبر عقد إذعان؛ فتطور الحياة الاقتصادية وتنوع السلع والخدمات أدى الى ظهور آلية جديدة للتعاقد متمثلة بعقود الإذعان

---

(1) حكم محكمة التمييز الأردنية رقم :(1543/2019) بتاريخ: (2019/9/11) منشور على موقع قسطاس على الإنترنت على الرابط: https://qistas.com.

(2) حكم محكمة التمييز الأردنية رقم: (2004/352) بتاريخ (2005/5/20) منشورات مركز عدالة.

(3) حكم محكمة التمييز الأردنية رقم :(2018/7687) بتاريخ : (2019/1/27) منشور على موقع قسطاس على الإنترنت على الرابط: https://qistas.com.

والعقود النموذجية التي تستبعد إمكانية التفاوض، فينفرد المهني بصياغة هذه العقود النموذجية وفقا لمصالحه ومن ثم يقوم بعرضها على المستهلك الذي لا يسعه إلا قبولها أو رفضها برمتها، وغالبية هذه الشروط تتسم بسعيها لتحسين وضع المهني وتحقيق مصالحه على حساب الطرف الآخر، أي أصبحت العقود النموذجية أرضا خصبة للشروط التعسفية بحكم الموقع المتميز الذي يتمتع به البنك والذي يرغم العميل على التسليم بهذه الشروط دون مناقشتها.[1] مما يستدعي تدخل القاضي لحماية الطرف الضعيف بما يحقق التوازن بين الطرفين سندا لضرورات العدالة الاجتماعية حيث أن للعقد وظيفة اجتماعية توازي عن المصالح الفردية.[2] وعليه فإن للقاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية بما يتفق مع العدالة والقانون، وكل اتفاق يسلب هذا السلطة لا يجوز، لأن هذا الاتفاق مخالف للنظام العام.[3] وترى الباحثة بصحة هذا الرأي كون هذه الشروط هي شروط لها الطابع التعسفي باعتبار أن المصرف وحده ينفرد بصياغتها باعتباره الطرف القوي بحيث لا يمنح العميل فرصة مناقشتها.

وقد ورد في القانون المدني الاردني بالمادة (204) أنه: " إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك" حيث نص هنا المشرع على بطلان كل اتفاق يوضع لسلب صلاحية المحكمة بتعديل الشروط التعسفية.

وهذا الاتجاه يرى أن إدراج البنوك شروطا تقضي بإعفائها من المسؤولية كليا أو جزئيا عن أي مسؤولية تنشأ عن سرقة بطاقة الائتمان أو فقدانها يمثل شرطا تعسفيا باطلا؛ فاذا أعفى البنك نفسه من المسؤولية الناتجة عن استخدام البطاقة بالرغم من ابلاغ البنك بفقدانها يعتبر تعسفيا.[4] لأنها تؤدي إلى اخلال فادح بالتوازن العقدي بين العميل والبنك من حيث الحقوق والالتزامات.[5]

ومن أمثلتها ما ورد في البند ال (24) من شروط وأحكام إصدار بطاقة فيزا لدى البنك العربي فرع فلسطين حيث نص على أنه:" في حال فقدان (البطاقة) و/ أو سرقتها يلتزم حامل البطاقة بإبلاغ دائرة الفيزا في البنك أو أقرب مكتب فيزا بالخارج فورا بموجب كتاب خطي

---

(1) أبو فروة، محمود محمد. مرجع سابق، ص 203.
(2) المصري، هبة محمد كمال عبد الكريم. مرجع سابق، ص 28-29. قريمس، عبد الحق. المسؤولية المدنية للبنوك في مجال الحسابات. (رسالة دكتوراه)، الجزائر: جامعة منتوري، 2010.ص157.
(3) قريمس، عبد الحق، مرجع سابق.ص157.
(4) طارش، مريم عبد. المسؤولية العقدية الناشئة عن استخدام بطاقات الائتمان. ع21. الجزائر: مجلة جيل الأبحاث، 2018، ص38.
(5) المهدي، معتز نزيه محمد الصادق. مرجع سابق، ص 144.

واطلاعه على الظروف المحيطة بفقدانها و/أو سرقتها ويظل حامل البطاقة مسؤولا عن كافة المبالغ المترتبة على استعمال البطاقة حتى نهاية يوم العمل التالي من تاريخ إبلاغه البنك خطيا بفقدانها و/أو سرقتها ويتعهد في حال العثور على البطاقة المفقودة / المسروقة أن لا يستغلها إذا تم اصدار بطاقة جديدة له بدلا منها أو يعيدها إلى البنك فورا ليقوم البنك بإتلافها بمعرفته كما يسقط حق العميل بالاعتراض على هذه الحركات أو المالية بإعفائه من الالتزامات التي يرتبها عليه كليا أو جزئيا ". وما ورد في شروط وأحكام إصدار بطاقة فيزا لدى بنك الأردن حيث نص البند (7) على أنه: " ... كما يلتزم باتخاذ كافة الإجراءات والاحتياطات اللازمة من أجل المحافظة على البطاقة ورقمها وعدم الكشف عنه للغير والمحافظة على الرقم السري الخاص بها ويعتبر مسؤولا مسؤولية مطلقة عن كافة النتائج المترتبة عن فقدانها أو سرقتها أو استعمالها بما يخالف هذه الأحكام". **ونص البند (8) من ذات التعليمات:" ...** في حال فقدان (البطاقة) أو سرقتها فان العميل / حاملها يلتزم بإبلاغ البنك بأسرع وسيلة ممكنه ثم تعزيز ذلك خطيا وفورا بموجب كتاب خطي موضحا به ظروف فقدانها أو سرقتها ويبقى العميل مسؤولا عن كافة المبالغ المترتبة على استعمال البطاقة الضائعة أو المسروقة حتى نهاية يوم العمل التالي من تاريخ تبليغ البنك خطيا بفقدانها و/ واو سرقتها ويتعهد في حال العثور على البطاقة المفقودة / المسروقة أن لا يستعلها إذا تم اصدار بطاقة جديدة له بدلا مها أو يعيدها إلى البنك فورا ليقوم البنك بإتلافها بمعرفته..." ونص البند (9) من ذات التعليمات: "... وأن العميل يسقط حقه مسبقا بالاعتراض عليه أو المطالبة بإعفائه من الالتزامات التي يرتبها عليه كليا أو جزئيا ".

تلاحظ الباحثة أن البنوك بموجب البنود أعلاه أعفت أنفسها من المسؤولية عن استعمال البطاقة البنكي حتى نهاية يوم العمل التالي، كما اشترطت على العميل تبليغ البنك بموجب كتاب خطي عن فقدان أو سرقة البطاقة البنكية، وهذه النصوص بدورها تخالف ما جاء في المادة (30) من قانون المعاملات التي لم تشترط التبليغ الخطي وأعفت العميل من المسؤولية عن الاستخدام غير المشروع للبطاقة البنكية والذي تم بعد قيامه بإبلاغ البنك عن فقدان البطاقة، حيث نصت المادة أعلاه "1. لا يعتبر عميل المؤسسة المالية مسؤولا عن أي قيد مشروع على حسابه بواسطة التحويل الالكتروني تم بعد قيامه بتبليغ المؤسسة المالية عن إمكانية دخول غيره إلى حسابه، أو فقدان بطاقته، أو احتمال معرفة غيره لرمز التعريف المتعلق به، والطلب منها وقف العمل بوسيلة التحويل الالكترونية.2 استثناء لما ورد في الفقرة (1) من هذه المادة، يعتبر عميل المؤسسة المالية مسؤولا عن أي استعمال غير مشروع لحسابه بوساطة التحويل الإلكتروني؛ إذا ثبت أن

إهماله قد ساهم في ذلك بصوره رئيسية وأن المؤسسة قد قامت بواجباتها للحيلولة دون أي استعمال غير مشروع لذلك الحساب".

والأصل أنه يجب على الدائن-العميل- إثبات الخطأ الصادر من المدين-البنك- لمحاسبته، ولكن لطبيعة عمل البنك بصفته محترفا باعتباره يملك من الخبرة والإمكانيات ما لا يملكه المتعاقد العادي من جهة، ويصعب على العميل إثبات الخطأ الصادر من البنك من جهة أخرى سيما إذا كان الخطأ متعلقا بأمر تقني حول عمليات السحب والإيداع بواسطة البطاقة؛ نجد أن المادة أعلاه جعلت المسؤولية عن عمليات السحب والوفاء بواسطة البطاقة هي مسؤولية مفترضة على البنك ولا يستطيع دفعها إلا بإثبات السبب الأجنبي طالما قام العميل بإبلاغ البنك بتفاصيل البطاقة على وجه دقيق حتى يتمكن البنك من اتخاذ الإجراءات اللازمة لوقف العمل بها، وعليه فان المسؤولية المدنية عن الوفاء غير المشروع تقع على البنك ويتحمل وحده الضرر المترتب على الوفاء بواسطة البطاقة؛ ويلزم برد المبالغ الناتجة عن الوفاء غير المشروع إلى حساب الحامل.[1]

وهذا ما استقرت عليه محكمة استئناف باريس حيث قضت " أن قيام الحامل بترك البطاقة الائتمانية في سيارته المغلقة مما ترتب عليه سرقتها واستخدامها في عمليات سحب ووفاء لا يعد اهمالا من جانبه بحيث يظل مستفيدا بالتحديد القانوني لمسؤوليته بشرط القيام بمعارضة والابلاغ بأسرع وقت ممكن".[2] الا أن البنوك تقوم بإعفاء نفسها من المسؤولية المفترضة على عاتقها بموجب النصوص أعلاه مما تؤدي الى قلب عبء الاثبات على العميل فيصبح على العميل اثبات الخطأ الصادر من البنك. فوفقاً لهذا الرأي فإن البنود أعلاه التي تعفي بموجبها البنوك أنفسها من المسؤولية عن استعمال البطاقة البنكية حتى نهاية يوم العمل التالي، أو التي تقلب بموجبها عبء الاثبات تعد شروطا تعسفية باطلة؛ لأنها تؤدي إلى اخلال بالتوازن العقدي بين العميل والبنك كون البنك ينفرد في وضع بنودها ولا يملك العميل فرصة مناقشتها وباعتبار أن البنك هو مدين محترف مما يقتضي تحميله المسؤولية عن مخاطر مهنته، مما يستدعي تدخل القاضي ليحقق التوازن بين أطراف العلاقة التعاقدية.

ومع أن مسؤولية البنك تقوم فور الإبلاغ، إلا أن نص المادة 30 من قانون المعاملات الالكترونية الفلسطيني لم تحدد طريقة الإبلاغ التي يجب على العميل إبلاغ البنك بها عن ضياع أو فقدان أو سرقة البطاقة، وعليه فان المعارضة عن طريق رقم الهاتف تكفي لإحداث أثرها القانوني بالتزام البنك بإيقاف عمل البطاقة، إلا أن التبليغ الشفهي وإن كان له أثر قانوني إلا أنه

([1]) المهدي، معتز نزيه محمد الصادق. مرجع سابق، ص 131-143.
([2]) المهدي، معتز نزيه محمد الصادق. مرجع سابق، ص 138.

يصعب إثباته من الناحية العملية مما يثير جدلا وادعاءات لا تتناسب مع سرعة المعاملات التجارية، ولكن بذات الوقت له أهمية كبيرة تتمثل في إمكانية الحامل الإبلاغ عن فقدان بطاقته أو سرقتها خارج أوقات الدوام، وعليه فمن الأفضل أن يعزز بتبليغ خطي وفي هذا اشترطت محكمة النقض الفرنسية تأكيد التبليغ الشفوي بتبليغ خطي حتى يكون ذا أثر في الحكم.[1]

وفي جميع الأحوال تقوم مسؤولية العميل عن عمليات السحب والوفاء إذا صدر منه إهمال أو خطأ جسيم من جانبه، كما لو أعار البطاقة أو أخل بالمحافظة على الرقم السري أو أطلع الغير على البطاقة مما نتج عنه عمليات سحب ووفاء غير مشروعة.[2]

ومن أمثلة الشروط التي درجت البنوك على تضمينها في عقودها النموذجية أيضا: ما ورد في البند ال (12) من شروط وأحكام عقد أو فتح "اعتماد جاري مدين" لدى البنك العقاري المصري العربي حيث نص على أنه: " لا يكون البنك ملزما بإرسال إشعار أو كشف بالحساب شهريا أو من حين إلى آخر، وإن كان يفعل ذلك عادة. ويقر المقترض بأنه إذا لم يصل إلى البنك اعتراض على كشف الحساب المرسل إليه سواء بالبريد المسجل أو باليد أو أية طريقة أخرى يراها البنك مناسبة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إرسال الكشف إليه و/أو اطلاعه عليه فان هذا الحساب يكون موافقا عليه نهائيا من قبل المقترض ولا يحق له الاعتراض عليه إذ يعتبر عدم اعتراضه خلال المدة المذكورة بمثابة إقرار لا رجوع عنه وموافقة منه على صحة الحساب ويقع عبء إثبات وقوع مثل هذا الاعتراض على عاتق المقترض في جميع الأحوال".

تجد الباحثة أن البنك العقاري المصري في البند أعلاه قد حدد مدة الاعتراض على كشوفات الحساب من قبل العميل بمدة (15) يوما واعتبر أن عدم اعتراض العميل خلالها بمثابة موافقة ضمنية على ما جاء فيها، ولم يبين كيف يثبت العميل موافقته الصريحة على تلك الكشوفات، كما أنه اشترط أن يكون الاعتراض من قبل العميل بالبريد المسجل أو باليد أو بأي طريقة مناسبة ولم يحدد ما هي الطريقة المناسبة وترك الأمر مفتوحا أمام البنك لاعتبار طريقة الإبلاغ مقبولة أم لا، وفي ذات الوقت ألقى عبء إثبات وقوع الاعتراض على العميل، ونجد أن هذا الشرط شرط تعسفي بحق العميل سيما أن العميل لا تتاح له فرصة مناقشة هذه الشروط حيث ينفرد البنك وحده بوضع هذه الشروط بما يضمن مصالحه.

---

(1) الجهني، أمجد حمدان. المسؤولية المدنية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقات الدفع الالكتروني. ط1. عمان: دار المسيرة للنشر والتوزيع، 2010 ص272-275.
(2) الجهني، أمجد حمدان. مرجع سابق، ص 280.

وهناك جانب من الفقه يرى" أن هذا الشرط يعتبر موجودا ولو لم يرد ذكره في الكشف المرسل للعميل، وذلك على أساس أنه أصبحت له صفة العادة والتقليد"، وفي الحقيقة ينطوي هذا الشرط على قدر من الخطورة سيما أن كشوفات البنك يعدها الموظفون الذين قد يصدر من طرفهم غشا أو تلاعباً بحسابات قد لا تكتشف الا بعد مدة طويلة مما يستدعي تدخل القضاء لحسم النزاعات مع مراعاة انفراد البنك بإعداد مثل هذه العقود.[1]

وهنا يثار تساؤل هل يمكن للبنك التمسك بهذا الشرط إذا اكتشف العميل خطأ مادياً في الحساب بعد انتهاء مدة (15) يوما؟

1- إذا كان هناك اتفاق في العقد البنكي على إدراج مثل هذا الشرط في كشف الحساب فيعتبر صحيحا لأن العقد يؤيد وجوده، وهذا الرأي أخذت به محكمة التمييز الأردنية حيث قررت:" ان الاتفاق في عقد الاعتماد الجاري مدين على أن دفاتر البنك وحساباته تعتبر بينه قاطعة لإثبات المبالغ المستحقة أو التي تستحق للبنك وأن قيود البنك وحساباته هي نهائية وصحيحة، وأنه إذا لم يصل من العميل إلى البنك اعتراض على كشف الحساب المرسل اليه من البنك خلال مدة معينة من تاريخ إرساله يكون هذا الحساب موافقا عليه ونهائيا وهو اتفاق غير ممنوع بالقانون أو مخالف للنظام العام والآداب وهو عقد صحيح فهو مشروع بأصله ووصفه وصادر عن أهله مضاف إلى محل قابل لحكمه وأوصافه صحيحة ولم يقترن بشرط مفسد وبالتالي يستوجب تنفيذه طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ".[2] ولكننا نجد أن المشرع بموجب المادة (13) من قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة (1966) سمح للعميل بالاعتراض على الكشوفات لمدة(6) أشهر من تاريخ قفل الحساب، لرفع الدعوى المتعلقة بتصحيح الحساب وهذه المدة هي مدة سقوط لا يجوز الاتفاق على مخالفتها وذلك بهدف الحفاظ على استقرار المعاملات التجارية وعليه فلا يمكن الاتفاق على مخالفتها ويعتبر الشرط كأن لم يكن.[3]

2- أما إذا كان العقد البنكي يخلو من هذا الاتفاق فلا يحق للبنك تقييد العميل بمدة هو يحددها للاعتراض ويعتبر الشرط كأن لم يكن، فيستطيع العميل الطعن والاعتراض

([1]) المصري، هبة محمد كمال عبد الكريم. مرجع سابق، ص77-78.
([2]) تمييز حقوق رقم (91/764) مجلة نقابة المحاميين ، لسنة 1991 نقلا عن : المصري، هبة محمد كمال عبد الكريم. مرجع سابق، ص77-78.
([3]) الرشدان، منى هلال. مرجع سابق، ص170.

على كافة مفردات الحساب دون التقيد بمدة 15 يوما لأن الشرط باطل.[1] ويتمكن من الاعتراض حتى مدة (6) أشهر حيث أنه بالرجوع إلى نص المادة (13) من قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة (1966): نجد أنها سمحت للعميل بالاعتراض على الكشوفات لمدة (6) أشهر حيث نصت على أنه: " 1- يوقف الحساب ويصفى في آجال الاستحقاق المعينة بمقتضى العقد أو بحسب العرف المحلي وإلا في نهاية كل سته أشهر 2- ويؤلف الرصيد الباقي دينا صافيا مستحق الأداء ينتج ابتداء من يوم التصفية فائدة بالمعدل المعين في الحساب الجاري إذا نقل هذا الرصيد إلى حساب جديد وإلا فبالمعدل القانوني 3- إن الدعاوى المختصة بتصحيح الحساب من جراء خطأ أو إغفال أو تكرار أو غير ذلك من التصحيحات يجب أن تقام في مهلة ستة أشهر".

ومن أمثلة الشروط التي درجت البنوك على تضمينها في عقودهم أيضا: ما ورد في البند السابع من الشروط العامة لفتح الحسابات في البنك الاسلامي العربي التي نصت على انه يحق للعميل تفويض شخص بموجب وكالة لدى كاتب العدل أو تفويض ضمن النموذج المعتمد لدى البنك للسحب من الحساب، ولكن يحق للبنك رفض أي تفويض دون الحاجة لإبداء أسباب ودون تحمل أية مسؤولية مهما كانت نتيجة الرفض،[2] ونجد أن البنك قد تعسف في وضع هذا الشرط مستخدما مركزه التعاقدي كون هذا النص يمنح البنك صلاحية رفض التفويض للسحب من الحساب دون سبب مبرر وإعفاء البنك من المسؤولية عن الاضرار التي قد تلحق بالعميل جراء هذا الرفض فهو مجاف للعدالة أيضا.

ومن أمثلة الشروط التي درجت البنوك على تضمينها في عقودهم أيضا: ما ورد في عقد فتح الحسابات في البنك الإسلامي العربي أنه يحق للبنك تعديل أي من الشروط العامة والخاصة لفتح الحسابات في أي وقت من الاوقات وتعتبر هذه التعديلات سارية على الحساب بمجرد الاشعار بذلك بالطريقة التي يراها البنك مناسبة لذلك، وعدم اطلاع العميل عليها لا يعني عدم تبلغه بها،[3]

([1]) المصري، هبة محمد كمال عبد الكريم. مرجع سابق، ص77-78.

([2]) البند السابع في الشروط العامة لفتح الحسابات في البنك الاسلامي العربي، ص2. كما ورد في البند (6) من عقد فتح الحساب لبنك فلسطين بأنه يحق للبنك ان يمتنع عن تنفيذ أوامر الدفع او التحويل التي ترد اليه بطريقة غير مباشرة إذا تبادر اليه الشك بصحتها وللبنك ان يطلب تعزيز صدورها من العميل صاحب الحساب بالوسائل التي يراها مناسبة دون اية مسؤولية على البنك عن التأخير او عدم التنفيذ.

([3]) كما ورد ذات الشرط في البند (26) في عقد فتح الحساب لبنك فلسطين بأنه يحق للبنك في أي وقت ان يغير او يعدل في الشروط الخاصة باي حساب ويكون هذا التغيير أو التعدي ساري المفعول خلال خمسة عشر يوما من ارسال البنك اشعارا بذلك للعميل على عنوانه المعتمد لدى البنك، كما نص بالبند (27) بأن جميع النشرات

ونجد أن هذا الشرط يتناقض مع مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" بحيث لا يجوز تعديل العقد بالإرادة المنفردة بل يجب التوافق على هذا التعديل وهنا أعفى البنك نفسه من المسؤولية المترتبة على التعديل وما قد ينشأ من ضرر للعميل جراء هذا التعديل، أي أنه تعسف في استعمال حقه مستغلا مركزه الاقتصادي ؛ وتؤيد الباحثة هذا الاتجاه الفقهي لاعتبار أن البنك متعاقد محترف لذلك ينبغي تشديد المسؤولية عليه وابطال الشروط التعسفية بحق العميل.

ولا بد من الإشارة هنا الى أن شروط الاعفاء من المسؤولية العقدية يجب أن لا تهدف إلى حرمان العميل مسبقا وقبل وقوع الخطأ من حقه في اللجوء إلى القضاء وتحريك دعوى المسؤولية، لأنها وفضلا عن كون مثل هذه الشروط المسبقة لتحقق الخطأ تنزل منزلة شرط الإذعان التعسفي الذي يملك القاضي الحق في ابطاله، كما تهدف الى مصادرة حق دستوري للعميل في اللجوء الى القضاء لحسم النزاعات الناشئة عن علاقته بالغير هذا من جهة، ومن جهة أخرى فان المصادرة تنصب على أمر وهو أن النزاع غير موجود حين ابرام العقد البنكي وبالتالي يمثل تنازلا عن شيء مجهول وغير محدد لا يصلح محلا للاتفاق عليه بين أطراف العقد،[1] وفي ذلك قررت محكمة النقض الفلسطينية ان حق التقاضي من الحقوق التي لا يجوز التنازل عنها وإن تنازل العميل في العقد الموقع بينه وبين البنك عن حقه بالطعن في صحة الشهادات أو مراجعة الحسابات يكون مخالفا للنظام العام.[2]

رابعا: أن لا يخالف الشرط النظام العام أو الآداب ومبدأ حسن النية في العقود.

يجب أن لا يكون الشرط مخالفا للنظام العام والآداب العامة لكونها الأسس التي يقوم عليها المجتمع وبالتالي فهي متعلقة بالمصلحة العامة، وعليه يبطل شرط الاعفاء من المسؤولية المخالف للنظام العام والآداب، وفي هذا أجازت محكمة التمييز الأردنية الشرط المعفي الذي لا يخالف النظام العام والآداب، فقضت بصحة الشرط الذي أجاز للبنك في أي وقت إغلاق الحساب كونه غير مخالف للنظام العام والآداب...،[3] ومن أمثلة هذا الشرط ما ورد في البند (17) من الشروط العامة التي تخضع لها جميع الحسابات المفتوحة لدى البنك الأهلي فرع فلسطين "يحتفظ البنك

الصادرة عن البنك والمتعلقة باي نوع من الحسابات والنشرات المتعلقة بالخدمات تعتبر جزء لا يتجزأ من الشروط والأحكام وتقرأ معها.

([1]) الشماع، فائق محمود محمد. التزام المصرف بإدارة الأوراق المالية المودعة لديه. ص 85. وانظر أيضا: المادة (30) من القانون الأساسي الفلسطيني لسنة (2003) نشر في العدد الممتاز صفحة (5) من مجلة الوقائع الفلسطينية بتاريخ 2003/4/19م، وتعديلاته.

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

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

بحق إقفال أو رفض فتح أي حساب ودون ابداء أي سبب" فيصح هذا الشرط كونه غير مخالف للنظام العام والآداب، وترى الباحثة أن اعتبار العقد البنكي عقد تعسفي يبطل الشرط كونه تعسفيا.

كما يتوجب على البنك أن لا يقوم بموقف يجعل مركز العميل سيئاً بالمقارنة مع وضعه الذي كان وقت ابرام العقد، كون حسن النية في العقود من المبادئ الأساسية التي تقوم عليها القوانين والتي تفرض على جميع أطراف العلاقة التعاقدية، حيث حرمت القوانين كل فعل أو ترك يتعارض مع حسن النية وإن لم ينص عليه صراحة كما في مجلة الأحكام العدلية، الا أنه يستقى من خلال مظاهر الالتزامات فيها كالالتزام بحدود القانون وعدم اللجوء في تنفيذ العقود الى ما يخالف القانون كالغش والتواطؤ باعتبارهما من مظاهر سوء النية؛ كما أن مبدأ حسن النية يعتبر عنصرا أساسيا من عناصر قاعدة العقد شريعة المتعاقدين فهو تعبير واضح عن المحافظة على الثقة والأمانة والإخلاص والنزاهة في تنفيذ الالتزامات المترتبة على كل طرف من أطراف العقد، وأن اللجوء الى مثل هذا المبدأ قد يخفف الكثير من حدة بعض النصوص القانونية والتي قد يؤدي تطبيقها بحرفيتها الى ما يخالف روح العدالة وجوهره، كما أنها تضمنت تطبيقات لمبدأ حسن النية في العقود، منها عدم جواز استخدام وسائل تضليلية او احتيالية كالتغرير، وهو ما عبرت عنه المادة (164) من مجلة الأحكام العدلية بأنه: " التغرير توصيف المبيع للمشتري بغير صفته الحقيقية " بحيث يعتبر شرطا لإعمال خيار الغبن حيث نصت المادة (357) من مجلة الأحكام العدلية " إذا غر أحد المتبايعين الاخر وتحقق أن في البيع غبنا فاحشا فللمغبون أن يفسخ البيع حينئذ"، وعليه فان حسن النية مفترضاً على الطرفين باعتباره المبدأ الذي تقوم عليه كافة التصرفات والعقود القانونية، وحسن النية هو من العدالة والشمول والفاعلية بحيث لا حاجة للنص عليه بل يطبق من خلال ظاهره.

ولعل أهم تطبيقات حسن النية في العمليات البنكية هو واجب المتعاقد الإفصاح عن إرادته في المراحل التمهيدية السابقة على التعاقد، والتزام العميل بالإعلام والمعاونة والإفصاح عن جوانب المشروع أو الصفقة بحقيقتها حتى يتمكن البنك من القيام بالتزامه على أكمل وجه، والإدلاء بالمعلومات والبيانات الصحيحة، مع الإشارة إلى واجب البنك بالاستعلام بما فيها طرح نماذج معينة وأسئلة لإجابة العميل عليها دون افتراض أن الجمهور على علم بأهمية هذه المعلومات. وعليه فاذا أعفى البنك نفسه من المسؤولية في هذه الحالات فانه يكون سيء نية وبالتالي لا يصح

شرط الاعفاء من المسؤولية في هذه الحالة،[1] ولأهمية هذه الالتزامات وخطورتها فإن المشرع جعلها التزامات قانونية بموجب تعليمات رقم (2) لسنة (2016) بحيث أصبحت توجب على البنك التصرف بحسن نية. [2]

الفرع الثاني: قيود الشروط المخففة

إذا صحت شروط التخفيف من المسؤولية كقاعدة عامة إلا أنها لكي ترتب آثارها القانونية لا بد من توافر قيود أخرى واردة عليها، تختلف القيود المترتبة على تخفيف المسؤولية بحسب الصورة التي تتخذها فهناك قيود مترتبة على تخفيف درجة العناية وأخرى على تخفيف نوع الإلتزام.

أولا: القيود المترتبة على تحويل نوع الالتزام

هناك من يرى بعدم جواز شرط التخفيف الذي يتخذ صورة قلب الإلتزام من تحقيق نتيجة إلى بذل عناية كونه يناقض مقتضى العقد وعليه فان الشرط يعتبر باطلا، أما إذا أخذنا بجواز هذا الشرط فانه يقيد بالغش والخطأ الجسيم الصادر من المتعاقد باعتبارها تفسد التصرفات وتدخل في نطاق المسؤولية التقصيرية ويقابلها العمد أو الإهمال الصادر من المتعاقد في القانون الفلسطيني.

ثانيا: القيود المترتبة على تخفيف درجة العناية

قد يتضمن الإتفاق بين الطرفين على شرط يتم بموجبه التخفيف من درجة العناية المطلوبة في تنفيذ الإلتزام إلى الحد الذي لا يكون فيه البنك مسؤولا عن خطئه اليسير، فيشترط أن لا يصل إلى الإعفاء من الغش أو الخطأ الجسيم.[3]

ونلاحظ أن صعوبة تحديد مقدار العناية اللازمة تؤدي بالقاضي إلى الاستناد إلى معيار شخصي كون البنك مهنياً متخصصاً مما يوجب عليه عناية أكبر من تلك التي يقصدها من خلال الشروط، ويشترط في هذا الشرط أن لا يخالف قاعدة آمرة في القانون فمثلا التزام البنك برد الوديعة هو التزام بتحقيق نتيجة فلا يجوز أن يتم الإتفاق بما يخالف هذه القاعدة وإن ورد مثل هذا الشرط فيعتبر باطلا إذ لا يجوز تحويله لبذل عناية، كما يشترط في التخفيف من الالتزام أن لا

([1]) الياسين، ذكرى. الاحكام القانونية للتدقيق المصرفي. ع4، العراق: مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، 2016، ص 353 وجنديه، رائد هاني سلامة. مبدأ حسن النية في ابرام التصرفات القانونية- المركز الديمقراطي العربي، بحث منشور على الانترنت على الرابط: https://democraticac.de/?p=68244 .

([2]) انظر المواد (4) و(5) و(6) من تعليمات سلطة النقد الفلسطينية رقم (2) لسنة (2016) المتعلقة بالإقراض المسؤول الصادرة عن سلطة النقد الفلسطينية بتاريخ 2016/3/20م.

([3]) السنهوري، عبد الرازق، شرح القانون المدني، الجزء الأول، ص 828.

يصل إلى حد إعفاء البنك من القيام بأحد الالتزامات الأساسية في العقد لأنه يفقد صفاته وتسميته ويتحول إلى عقد آخر أي يؤدي إلى اختلاف تكييفه.[1]

ونجد أنه يجب على البنك بذل عناية الرجل المعتاد وهو الشخص المعتاد من أواسط المهنة، فاذا أخل بدرجة العناية المطلوبة منه قانونا تقوم مسؤوليته -إذا تحققت أركان المسؤولية -أي يتحقق الخطأ العقدي ولا يجوز الإتفاق على تخفيض مسؤولية البنك أقل من العناية اللازمة.

وفي القانون المدني الأردني نصت المادة (2/358) "...وفي كل حال يبقى المدين مسؤولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم"، وبالتالي نجد المادة بأنها قد أخذت بعدم جواز شرط التخفيف الذي يتخذ صورة المعيار المتطلب في تنفيذ الإلتزام في حالة الغش والخطأ الجسيم.

المطلب الثاني: أثر شروط الاعفاء والتخفيف من المسؤولية

بتوافر قيود شروط الاعفاء أو التخفيف من المسؤولية لا بد أن ترتب الأثر والغاية التي قصدها المتعاقدان من هذه الشروط، وهذ ما تتناوله الباحثة في هذا المطلب، وعليه تم تقسيم هذا المطلب الى فرعين: الفرع الأول تحدثت فيه عن أثر الشرط المعفي من والفرع الثاني تحدثت فيه عن أثر شرط التخفيف من المسؤولية.

الفرع الأول: أثر الشرط المعفي

إذا كان شرط الاعفاء من المسؤولية صحيحا فانه يرتب أثره ويحقق الهدف منه وهو اعفاء المدين من المسؤولية عن خطئه اليسير، وعليه فإذا وجد شرط الاعفاء من المسؤولية وتحققت فيه الشروط والقيود دون أن يكون هناك غش أو خطأ جسيم صادر من البنك فان الشرط يعتبر صحيحا منتجا لآثاره القانونية بإنشاء حقوق والتزامات بين أطراف العلاقة التعاقدية.

أولا: آثار صحة شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية من حيث الموضوع

1- أثر اتفاقات الاعفاء من المسؤولية على عبء الاثبات

يمكن للمدين-البنك- أن يضيف شرطا في العقد المبرم بينه وبين العميل يعفي بموجبه نفسه من المسؤولية الناجمة عن اخلال البنك بتنفيذ التزاماته التعاقدية.[2]

---

(1) عماري ابتسام، مرجع سابق، ص 64-65.
(2)عماري، ابتسام. مرجع سابق، ص 56-59.

ففي حالة وجود اتفاق صحيح على الاعفاء من المسؤولية تتوافر فيه القيود والشروط القانونية السالف ذكرها ينتقل عبء الاثبات من المدين الى الدائن، وبالتالي فان أثر شرط الاعفاء الصحيح هو نقل عبء الاثبات الى عاتق الدائن، فلا يكون للشرط الأثر الكامل في اعفاء المدين من كامل مسؤوليته العقدية بحيث يقتصر على نقل عبء الاثبات على العميل، فحتى يستطيع العميل الحصول على التعويض جبرا للضرر الذي لحق بع يجب عليه اثبات الخطأ الذي ارتكبه البنك حتى تثبت مسؤولية البنك.

أي أن البنك يستطيع دفع المسؤولية عنه بطريقين:

- بإثبات أن عدم التنفيذ يعود إلى السبب الأجنبي وهو ما يسمى بالإعفاء القانوني والذي سبق تناوله في الفصل الأول من هذه الدراسة.
- أو أن يثبت أن الخطأ متفق على الاعفاء منه، وهو ما يعرف بالإعفاء الاتفاقي فيثبت البنك شرط الاعفاء من المسؤولية وقبول العميل به، كما يجب عليه إثبات أن إخلال البنك بالتزامه يعود إلى الخطأ المتفق على رفعه للمسؤولية عنه.

فمثلا قد ورد في البند (12) في الشروط العامة لفتح الحسابات في البنك الإسلامي العربي بأنه لا يتحمل البنك مسؤولية فقدان أي من الشيكات المودعة في حسابات العملاء باستثناء حالات التعدي أو التقصير[1] ففي هذا النص نجد أن البنك قد أعفى نفسه من المسؤولية في حال ضياع الشيكات المودعة في الحساب فيقتصر أثر هذا الشرط على نقل عبء الاثبات إلى العميل مما يثقل كاهل العميل بإثبات التقصير أو التعدي.

فنلاحظ أن قلب عبء الإثبات على العميل وإن كان ينصب على وقائع مادية للعميل إثباتها بكافة طرق الاثبات إلا أنه يشكل إرهاقا للعميل، حيث يصعب على العميل إثبات الخطأ الصادر من البنك وكأن القانون الفلسطيني حينما قضى بنقل عبء الاثبات الى العميل أراد مساعدة البنك في التخلص من مسؤوليته بتعويض العميل عن الضرر الذي لحق به.[2]

كما وقد ورد في البند (5) من الشروط العامة للبنك الأهلي حيث نص على أنه:" تعتبر جميع دفاتر البنك أو أية شهادة صادرة عن البنك مستقاة منها مصدقة وحجة قاطعة على العميل ولا يجوز الطعن في صحتها أو الاعتراض عليها"، كما قد ورد في البند (29) في عقد فتح

([1]) البند الثاني عشر في الشروط العامة لفتح الحسابات في البنك الاسلامي العربي، ص3.
([2]) عبد الله، غدير جميل ميرزا عبد الله. مرجع سابق. ص 85.

الحسابات في البنك الإسلامي العربي بأن: "سجلات البنك هي البينة الوحيدة القاطعة لإثبات الرصيد وحركة الحساب" مما يعني استبعاد قدرة العميل على الاثبات الوارد على الرصيد وحركة الحساب في حال الخطأ في النظام البنكي أو الخلل الفني وغيرها. تلاحظ الباحثة أن هذه الشروط شروطاً غير مباشرة للإعفاء من المسؤولية بحيث تصادر به حق العميل بالإثبات، وبالرغم من عدم تعارضها مع قانون البينات الفلسطيني وشروط الاعفاء من المسؤولية إلا انها تخالف روح العدالة وتتخذ الطابع التعسفي.

وفي ذلك تقول محكمة النقض الفلسطينية :"... 4- ولما كان تنازل العميل مقدما في العقد عن الطعن في صحة الشهادة الصادرة عن البنك أو طلب مراجعة الحسابات هو في حقيقته حرمان للعميل من حق التقاضي الذي كفله له القانون الأساسي المعدل في المادة (30/1) منه، فان هذا الشرط مخالف للنظام العام ؛ لأن حق التقاضي من الحقوق التي لا يجوز التنازل عنها مقدما، لذلك فإن هذا الشرط باطل ولا يحرم الطاعنين من اللجوء للقضاء، أما بالنسبة مسالة اعتبار دفاتر البنك وقيود حساباته صحيحة ونهائية ولما كانت العمليات التي تجري في الحساب الجاري مدين تتم بمستندات خطية هي مستندات (فيش) الإيداع وشيكات السحب فان مقتضى هذا الشرط أن يكون كشف حساب الصادر عن البنك مفصلا جميع عمليات الإيداع والسحب ومؤيدا بالمستندات التي تمت بموجبها كل عملية من هذه العمليات، وان دفاتر وقيود ومستندات البنك كوحدة متكاملة صحيحة ونهائية، وهو بهذا المعنى شرط صحيح وموافق للقانون ولكنه لا يسلب العميل حقه في الطلب من المحكمة تعيين خبير محاسبي لتدقيق قيود البنك ومطابقتها بمستندات الإيداع والسحب لان تلك القيود ليست محصنة من الخطأ أو السهو أو تكرار القيد وليس في طلب تدقيقها أي مخالفة لأحكام القانون وإنما هي وسيلة تمكن المحكمة من التأكيد من صحة هذه القيود وتبين لها ما اذا كانت المبالغ المطالب بها تتفق وواقع حساب الطاعنين... الخ"،[1] مما يعني ان الاتفاق على اعتبار دفاتر وقيود البنك صحيحة جائز أما حق التقاضي فهو من الحقوق التي لا يجوز التنازل عنها وان تنازل العميل في العقد الموقع بينه وبين البنك عن حقه بالطعن في صحة الشهادات أو مراجعة الحسابات يكون مخالفا للنظام العام لأنها تخالف حقاً دستورياً وهو الحق في الاثبات.

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

ج- عدم مسؤولية المدين

ان شرط الاعفاء من المسؤولية البنكية الصحيح ينتج كامل أثره ويحقق الغرض المنشود المتمثل بإعفاء المدين من المسؤولية عن خطئه اليسير لا الجسيم، وقد سبق الحديث عن الشرط المعفي الصحيح في المطلب الأول من هذا المبحث.

ثانيا: آثار صحة شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية الصحيح من حيث الأشخاص

عد أن تحدثنا عن أثر شرط الاعفاء من المسؤولية من حيث الموضوع قد يثار تساؤل حول الأشخاص الذي يحتج بمواجهتهم بشروط الإعفاء من المسؤولية؟ أي هل يقتصر أثر شرط الاعفاء من المسؤولية على المتعاقدين فقط؟ أم أنه نافذ في مواجهة الكافة؟[1]

بالرغم من أن شرط الاعفاء من المسؤولية كأي اتفاق يمكن الاحتجاج به على الكافة إلا أنه من ناحية آثاره هو ذو طبيعة نسبية يقتصر أثره على أطراف العقد فتنحصر آثاره في نطاق المتعاقدين وخلفهما العام،[2] فمثلا في حالة تحصيل الأوراق التجارية الأصل أن البنك إذا ما ظهرت له ورقة تجارية توكيليا أن يقوم بتاريخ الاستحقاق بمطالبة المسحوب عليه أو المحرر بالوفاء، فإذا تم الوفاء يقيد المبلغ في الجانب الدائن من حساب عميله فإذا لم يتم الوفاء فيجب على البنك تحرير الاحتجاج أو إثبات عدم الدفع، ويُسأل البنك إذا لم يقدم الورقة أو لم يطالب بمبلغها عند الاستحقاق أولم يعمل الاحتجاج اللازم، فإذا ورد اتفاق اعفاء من المسؤولية عن التأخر او الإهمال فيعتبر الشرط صحيحا مرتبا لآثاره القانونية ما لم يكن هناك غش أو خطأ جسيم من جانب البنك، إلا أن هذا الشرط لا يسري إلا على أطرافه فلا يمتد مثلا إلى بقية المظهرين على الورقة التجارية.[3]

بالرغم من أن آثار شرط الاعفاء أو الحد من المسؤولية تقتصر على اطراف العلاقة التعاقدية، لا يمكن للأطراف فرضها على شخص آخر هو ليس طرفا في العقد المبرم بينهما بحيث لا يستطيع الغير عن العقد الاستفادة من هذه الشروط الواردة في عقد هو ليس طرفا فيه وذلك لنسبية آثار التعاقد،[4] إلا أنه ووفقا لشروط محددة يمكنه الاستفادة منها بشرط ذكر اسم المستفيد صراحة في العقد أو تحديد صفته بالنسبة لطرفي العقد دون اشتراط وجوده عند ابرام

([1]) علي، كاظم كريم. مرجع سابق، ص258.
([2]) عثمان، عبد الحكم محمد. أصول قانون المعاملات التجارية رقم 18 لسنة 1993- الجزء الأول: العقود وعمليات المصارف التجارية. دون طبعة، دبي: اكاديمية شرطة دبي، 1994، ص 307.
([3]) عثمان، عبد الحكم محمد. مرجع سابق، ص 307.
([4]) الخرينج، ناصر متعب بنيه. مرجع سابق، ص 64.

العقد المبرم بين الطرفين[1] فالمنتفع من هذا الشرط على الرغم أنه من الغير، إلا أنه يحتج عليه بشرط الاعفاء من المسؤولية ذلك ان كون المنتفع يكتسب حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الشرط، ويستطيع ان يطالبه بوفائه والمنتفع يكسب هذا الحق بجميع صفاته وشروطه وعيوبه أيضا، وعلى ذلك يستطيع المتعهد ان يتمسك بشرط الاعفاء من المسؤولية العقدية المدرج في العقد المبرم بينه وبين المشترط.[2]

أما إذا كان الخطأ مشتركا بين البنك-المدين- والغير ينتج عن هذه الحالة تعدد المدينين فان العميل يمكنه أن يطالب أيا منهم بكامل التعويض عن الضرر ويكون لمن دفع التعويض الحق في الرجوع على باقي المدينين المشتركين معه في ارتكاب الخطأ، ولكن اذا كان البنك-المدين- قد وضع شرط الاعفاء فان العميل في هذه الحالة له خياران:

- الرجوع على البنك بجزء من التعويض يتناسب مع مساهمة الغير في الضرر الحاصل للعميل وهنا يمكن للبنك الرجوع على الغير بما دفعه من تعويض للعميل.
- أن يختار الرجوع إلى الغير مباشرة بالجزء من التعويض الذي يتناسب مع حجم مساهمته في احداث الضرر.[3]

هذا بدوره يثير تساؤل حول إمكانية استفادة البنك من شرط الاعفاء من المسؤولية الوارد في العقد تجاه شركائه -الغير-؟

يذهب جزء من الفقه الى إمكانية تمسك البنك بشرط الاعفاء من المسؤولية نظرا لتشابك العلاقات.[4] بينما يذهب غالبية الفقه[5] إلى أن البنك يلتزم بان يدفع للغير حصته من التعويض وليس له أن يحتج تجاهه باتفاق الاعفاء من المسؤولية العقدية لنسبية آثار التعاقد، ويستند هذا الرأي إلى أنه يجوز للبنك في هذه الحالة أن يرجع بحصته من التعويض التي دفعها للغير على العميل المضرور وذلك سندا لفكرة الاثراء بلا سبب، وهذا بدوره يجعل لشرط الاعفاء من المسؤولية أثرا ايجابيا فمن غير المقبول حرمان البنك من الاستفادة من اتفاق الاعفاء من المسؤولية العقدية لمجرد اشتراك الغير في ارتكاب خطأ معه لسببين: أولهما ان هذا الاشتراك إذا لم يخفف العبء عنه فيجب من باب أولى ألا يزيد من هذا العبء، وثانيهما: إن العميل المضرور

---

(1) علي، كاظم كريم، مرجع سابق ،ص 259.
(2) الدواغرة، موسى عبد الكريم. مرجع سابق، ص 127-130.
(3) علي، كاظم كريم. مرجع سابق، ص 259.
(4) الخرينج، ناصر متعب بنيه. مرجع سابق، ص 66-67.
(5) الخرينج، ناصر متعب بنيه. مرجع سابق، ص 66-67.

الذي يطالب شريك مدينه -الغير- بالتعويض الكامل عن الضرر على الرغم من موافقته على شرط الاعفاء من المسؤولية في العقد المبرم بينه وبين مدينه، يجب ان يتحمل حصة مدينه من هذا التعويض سندا لفكرة الاثراء بلا سبب.

أما اذا بطل شرط الإعفاء فإن القاعدة العامة انه لا يترتب على بطلان شروط الاعفاء من المسؤولية بطلان العقود التي تتضمن هذه الشروط لأن تصحيح العقد واجب ما أمكن وأولى من ابطاله،[1] فإذا صح العقد وبطل الشرط فان الشرط وحده هو الذي يبطل مع بقاء العقد منتجا لآثاره القانونية وذلك في سبيل المحافظة على الرابطة العقدية قدر الإمكان عملا بفكرة انقاذ العقد،[2] وهذا ما يسمى بمبدأ انتقاص العقد، مع مراعاة الحالة التي يثبت فيها العميل ان هذا الشرط هو الباعث الدافع للتعاقد بين الطرفين فيبطل العقد والشرط معا،[3] أي انه إذا كان الشرط هو الدافع للتعاقد فإنه سوف يؤدي إلى بطلان العقد كاملا؛[4] وفي حال كان الشرط ذاته صحيحا في شق وباطلا في الشق الأخر فهنا يقتصر البطلان على الشق الباطل ويبقى الشق الاخر كما العقد صحيحا منتجا لآثاره القانونية ولكن ذلك مقيد بأن لا يكون الشق الباطل هو ما دفع المتعاقدين للتعاقد.[5]

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على الشروط المخففة من حيث الموضوع

1_ الآثار المترتبة على تخفيف درجة العناية

ان اشتراط بذل المدين عناية أقل من تلك التي يحددها القانون-عناية الرجل المعتاد-يترتب على هذا الشرط ان لا يكون المدين مسؤولا إن بذل هو العناية المتفق عليها وإن كانت أقل من عناية الرجل المعتاد، وهذه الشروط لا تثير مشكلة في توزيع عبء الإثبات لأن الدائن-العميل- أصلا هو الذي يقوم بإثبات عدم بذل المدين-البنك- للعناية المطلوبة في تنفيذ الالتزام المطلوب منه، أي اثبات المسؤولية العقدية المخففة على الدائن.[6]

---

(1) دلال، أسامة شوكت. السعد، أحمد. تطبيقات قاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله في عقود المداينات، مجلة الجامعة الاسلامية للدراسات الشرعية والقانونية، منشور على الموقع:
file:///C:/Users/MIDITECH/Downloads/9591-47645-1-PB.pd

(2) علي، كاظم كريم، رؤى عبد الستار صالح. مرجع سابق. ص 260 وانظر أيضا: الخرينج، ناصر متعب، مرجع سابق، ص 69.

(3)الخرينج ناصر متعب بنيه. مرجع سابق، ص 69 وانظر أيضا: العيسائي ص 80-81.

(4) العيسائي، عبد العزيز مقبل. مرجع سابق، ص80.

(5) علي، كاظم كريم ورؤى عبد الستار صالح. مرجع سابق. ص 260.

(6) السنهوري، عبد الرازق، مرجع سابق الجزء الاول، ص675.

ولا يفقد الدائن بالتالي قرينة الإثبات المقررة له في الإلتزام بتحقيق نتيجة ولكن تأثيرها على مدى الاثبات يجعل من الصعوبة على الدائن –العميل- أن يثبت إثبات مقدار العناية الواجبة على المدين-البنك-من جهة، ومن ثم مدى التزام المدين ببذل تلك العناية من جهة أخرى، فغياب الضابط الموضوعي لتقدير تلك العناية قد يقود القاضي إلى الاستناد إلى المعيار الشخصي لتحديد مدى التزام المدين ببذل العناية المتفق عليها، ولا تخفى صعوبة هذا الأمر بالنظر لضرورة البحث في شخصية المدين.[1]

ولا تقتصر الشروط المخففة لمسؤولية البنك على الشروط في تلك المتعلقة بتحديد مضمون العقد وحسب، وإنما هناك العديد من البنود التي يقوم البنك بإيرادها في العقد وتؤدي الى تخفيف مسؤوليته وتعتبر من قبيل الشروط المشددة في مسؤولية العميل، فيعد من قبيل التشديد في المسؤولية اعتبار بعض الأعمال التافهة أو البسيطة نوعاً من الخطأ يوجب المسؤولية بالرغم أنه لا يوجب المسؤولية في الأحوال العادية، ومن قبيل التشديد كذلك الإتفاق على تحويل الإلتزام من بذل عناية إلى تحقيق نتيجة كما في الحالة السابقة، كما يعتبر من قبيل التشديد من المسؤولية الاتفاق على أن يضمن الشخص بعض الأضرار غير المباشرة.[2]

ومن الأمثلة على تشديد درجة العناية المطلوبة من العميل ما ورد في البند الثاني من الشروط والأحكام الخاصة بحملة بطاقة الفيزا الصادرة عن بنك القاهرة عمان حيث نصت على أنه: "يلتزم حامل البطاقة باتخاذ كافة الإجراءات والاحتياطات اللازمة للمحافظة على البطاقة ويكون مسؤولا مسؤولية مطلقة عن استعمالها واستعمال الرقم السري الخاص بها وعن كافة النتائج المترتبة على فقدانها أو سرقتها او استعمالها بما يخالف هذه الأحكام والشروط ويلتزم حامل البطاقة بتعويض البنك عن أي ضرر أو خسائر ناشئة عن ذلك مهما بلغت قيمتها"، نلاحظ في هذا النص أن البنك شدد بمقدار العناية المطلوبة من العميل وجعلها التزاما بتحقيق نتيجة بعد أن كان التزاما ببذل عناية الرجل المعتاد في الحفاظ على البطاقة والرقم السري فهو بدوره أعفى نفسه جزئيا من المسؤولية الواقعة على عاتقه فيما يتعلق بالمسؤولية إذا كان الخطأ صادراً من قبله.

([1]) عماري، ابتسام، مرجع سابق، ص 63.
([2]) عبد الله، غدير جميل ميرزا. مرجع سابق، ص 9-12.

2_ الآثار المترتبة على تخفيف نوع الإلتزام

ان قلب الالتزامات من تحقيق نتيجة إلى بذل عناية يرتب آثاراً خطيرة في نطاق مسؤولية المدين وحقوق الدائن، ومن ضمن هذه الآثار:

أ- أنه بموجبها لا يعفى المدين(البنك) من المسؤولية عن فعله المجرد من الخطأ الذي يكون في الأصل مسؤولا عنه بموجب الالتزام بتحقيق نتيجة، ففي الإلتزام بتحقيق نتيجة يتحقق الخطأ بعدم تحقق النتيجة بغض النظر عن وجود خطأ من عدمه ولا يستطيع نفي الخطأ إلا بنفي العلاقة السببية من خلال الوسائل القانونية للإعفاء من المسؤولية، وفي إطار الشرط الذي يجعل الالتزام ببذل عناية فإنه يستطيع التمسك بأن فعله ليس خطأ فيعفي نفسه من المسؤولية ما دام أنه بذل العناية المطلوبة وهي عناية الشخص العادي في نفس الظروف المحيطة بالمدين[1] فلا يسأل عن عدم تحقق النتيجة إذا أثبت أنه بذل العناية المطلوبة منه.

ب- أنه يجعل العميل يتخلى عن قرينة الإثبات المقررة لصالحه في الإلتزام بتحقيق نتيجة، وعليه فلا يكفي منه إثبات وجود الإلتزام ليصبح عبء إثبات تنفيذه على البنك، وإنما يتوجب عليه إثبات عدم قيام البنك بالعناية المطلوبة، ونلاحظ أن هذا الشرط قد يرد في صورة اشتراط البنك عدم مسؤوليته عن فعله المجرد من الخطأ، أو قد يرد بصورة شرط يحد من قرينة الإثبات المقررة لمصلحة العميل ويلقي عبء الإثبات على عاتق العميل، ويرى الفقه أن هذه الصورة من صور تخفيف المسؤولية جائزة كون المتعاقد له حرية الزام نفسه بأي تصرف قانوني كما أنه له حرية رسم حدود التزاماته التي تنشأ عن هذا العقد[2].

([1]) عبد الله، غدير جميل ميزرا، مرجع سابق، ص12

([2]) عماري، ابتسام، مرجع سابق، ص62.

الخاتمة

توصلت هذه الدراسة إلى نقطتين أساسيتين أولهما النتائج المتوصل إليها من خلال ما تم التطرق إليه، لاسيما تحديد مدى مشروعية شروط الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية المدنية في العقود البنكية، وثانيهما، التوصيات التي نتقدم بها لتدارك القصور الذي يشوب تشريعاتنا السارية، والتي تحتاج إلى تشريعات متخصصة في مجال العمليات البنكية، خاصة فيما يتعلق بمسؤولية البنك المدنية، حيث أن المشرع يطبق عليها القواعد العامة المستقرة في المسؤولية المدنية ولم يخصها ببعض الاحكام الخاصة.

أولا: النتائج

المسؤولية المدنية للبنك مسؤولية عقدية تقوم إذا أخل البنك بأحد التزاماته العقدية في أحد العقود البنكية، ونتج عن هذا الإخلال ضرر بالعميل أو نفذ العقد تنفيذا معيبا أو مخالفا لما استقر عليه العرف البنكي، ومسؤولية تقصيرية تنتج عن الاخلال بأحد الالتزامات القانونية المفروضة على الكافة وهو عدم الاضرار بالغير. وان التزام البنك بشكل عام هو التزام ببذل عناية، إلا في حالات محددة يكون التزاماً بتحقيق نتيجة وهذا يؤدي إلى عدم مسؤولية البنك في أغلب الحالات، ويسعى البنك دائما إلى التهرب من المسؤولية بإدراجه للشروط المعفية من المسؤولية بالتذرع أنه قام بكل ما يلزم من بذل العناية، وقد يحصل أن يتم الاتفاق على العكس بأن يتم التشديد، ومن خلال البحث توصلت الباحثة إلى مجموعة من النتائج أهمها:

1. خضوع العقد المبرم بين البنك والعميل للقواعد العامة في القانون المدني مما يؤكد القصور التشريعي في مجال أنشطة البنوك.
2. تتخذ الشروط المعدلة للمسؤولية البنكية ثلاثة صور: شرط التشديد من المسؤولية وشرط التخفيف وشرط الاعفاء من المسؤولية.
3. تسقط المسؤولية المدنية بالسبب الأجنبي المتمثل بالقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ وخطأ المدين وخطأ الغير.
4. لا يجوز الاتفاق على تشديد المسؤولية خلافاً لأحكام السبب الأجنبي في مجلة الأحكام العدلية وفقا للفقه الحنفي الذي تستقي منه أحكامها نظرا لتعلق قواعد الضمان بالنظام العام، ولأن التعويض يكون عن الضرر الواقع فعلا لحظة وقوع الضرر، ولكن يجوز الاتفاق على تشديد المسؤولية عقود الأمانات اذا كان الشرط ممكن الاجراء ومفيدا للمودع أما اذا لم يكن

ممكن الإجراء ومفيدا على الوجه المذكور فهو لغو ولا يؤخذ به كما لو اشترط المودع أو المعير ضمان الوديعة فيما لو تلفت بيد المستودع أو المستعير بلا تعد وتقصير من المودع لديه كونه يخالف المادة (777)، أما وفقا لقانون التجارة والقرار بقانون بشأن البنوك فإن قواعده هي غير متعلقة بالنطام العام وبالتالي يجوز الاتفاق على مخالفتها.

5. لم تعالج مجلة الأحكام العدلية أحكام الشرط الجزائي، ولكنها تضمنت العديد من القواعد الفقهية التي يمكن الاستناد اليها لاعتبار الشرط الجزائي صحيحا ومنها قاعدة "لا ضرر ولا ضرار" و "يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان" و"إنما تعتبر العادة إذا اطردت" و "المعروف عرفا كالمشروط شرطا". بإضافة إلى إمكانية الاستناد إلى أحكام الشروط المقترنة بالعقد وفق المجلة، إذ كان الشرط الجزائي مؤيدا لمقتضى العقد
6. اختلفت أحكام القضاء الفلسطيني في تعاملها مع الشرط الجزائي، فمنها رفض الاعتراف بالشرط الجزائي في نطاق مجلة الأحكام العدلية، ومنها أقر بوجود الشرط الجزائي ومنح المحكمة إمكانية التعديل في حالة المبالغة في الشرط الجزائي بناء على طلب المدين فقط، ومنها ما أقر بوجود الشرط الجزائي ومنح المحكمة إمكانية التعديل في حالة المبالغة في قيمة الشرط بناء على طلب المدين، وحالة تنفيذ المدين جزءا من التزامه ويحق للمحكمة التصدي لهذه الحالة من تلقاء نفسها، واعتبر أن دور القضاء تحقيق التناسب لا المساواة بين قيمة الشرط والضرر. وأخير منها ما اتجه إلى حق القضاء مطلقا تعديل الشرط، دون قيود، سواء بالزيادة أو الإنقاص من قيمة الشرط، وبما يحقق المساواة بين قيمته والضرر الواقع فعلا.
7. توصل البحث إلى أن شروط الشرط الجزائي وفق مجلة الأحكام العدلية هي تحقق فعل الإضرار من جانب المدين الذي يجعل الضرر مفترضا لا جدال في تحققه. ويتمثل دور المحكمة في تعديل الشرط الجزائي في جعل قيمة الشرط مساوية للضرر الواقع فعلا، سواء التعديل بالزيادة أو النقصان، استنادا على أن المجلة تعتبر التعويض جبرا للضرر الواقع فعلا، وأنه لا مجال لزيادة أو نقصان مبلغ التعويض عن الضرر الواقع فعلا.
8. لم تجز القوانين السارية بنصوص واضحة وصريحة شروط الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية العقدية، وانما نستنتج ذلك من القواعد العامة في القانون، أما المسؤولية التقصيرية فهي متعلقة بالنظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.
9. ان إجازة اتفاقات الاعفاء من المسؤولية ليست مطلقة فالتعمد في عدم تنفيذ عقود الامانات يبطل الشرط المعفي من المسؤولية.

10. يترتب على شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية الصحيح أثره القانوني الكامل، وذلك بإعفاء البنك اعفاءً تاماً من المسؤولية عن إخلاله بالتزامه التعاقدي، وعليه فلا يلتزم بتعويض العميل عن الضرر بالرغم من كونه مسؤولا بموجب القواعد العامة، وان الأصل في هذا الاتفاق أنه نسبي في آثاره، فلا يسري إلا على الأطراف المتعاقدة.
11. ان شروط الاعفاء من المسؤولية تكون باطلة إذا كانت مخالفة لنصوص قانونية آمرة أو مخالفة لمقتضى العقد أي أن مقتضى العقد يشكل قيدا على حرية الإرادة، فاذا كان للأطراف تضمين العقد ما يرونه من شروط إلا أن هذه الحرية مقيدة بأن لا تخالف جوهر العقد ومضمونه حتى تتحقق منفعة العقد الأساسية.
12. إذا كان شرط الاعفاء من المسؤولية باطلا فيجب أن نميّز فيما إذا كان الشرط هو الباعث الدافع للتعاقد، فيبطل العقد برمته ويعاد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا فيها قبل التعاقد أما إذا لم يكن هو الباعث الدافع للتعاقد فيبطل الشرط مع بقاء العقد صحيحا منتجا لآثاره القانونية.
13. ان الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية يكون قبل انعقاد العقد أو كشرط في العقد بينما الاتفاق اللاحق لحدوث الضرر فيسمى صلحا أو ابراءً.
14. ان شروط التخفيف من المسؤولية غير جائزة في حالة تقصير مدة التقادم لتعلقها بالنظام العام.
15. ان شروط التخفيف التي تقضي بقلب مضمون الالتزام من التزام بتحقيق نتيجة إلى التزام ببذل عناية لا يوجد بشأنها نص صريح، ولكن نجد أنها لا تجوز كونها تخالف مقتضى العقد.
16. ان إجازة الاتفاقات المخففة التي تعفي جزئيا من الالتزام تأخذ حكم شرط الاعفاء الكلي لاتحادهما في العلة، فهي جائزة لأن فيها نفع لأحد المتعاقدين لكنها ليست مطلقة فالتعمد في عدم تنفيذ عقود الأمانات يبطل الشرط المعفي من المسؤولية.

ثانيا: التوصيات

1- نقترح على المشرع الفلسطيني إزالة الغموض حول المسؤولية البنكية عن طريق إيجاد تنظيم قانوني متخصص في مجال العمليات البنكية وخاصة فيما يتعلق بمسؤولية البنك المدنية يراعي فيه خصوصية المهنة، وبذات الوقت يضمن مصلحة العميل باعتباره الطرف الأضعف في العلاقة التعاقدية، وأن تتضمن هذه النصوص:

- نصوصا مباشرة وصريحة يجيز من خلالها الاعفاء من المسؤولية العقدية البنكية، تراعي خصوصيات المهنة البنكية وما تتطلبه من تقنيات وأدوات يصعب على القواعد العامة الإلمام بها وذلك بما يضمن حماية العميل كونه هو الطرف الأضعف في العلاقة التعاقدية مع البنك مع تقييدها في حالتي الغش والخطأ الجسيم حتى لا تهدر الغاية من هذه الشروط وتستغل للإضرار بالغير.
- النص على عدم جواز الاتفاق على شروط الاعفاء من المسؤولية في حالتي الغش والخطأ الجسيم الصادرين عن التابعين.
- أن يتم النص صراحة على عدم جواز تحويل الالتزام من التزام بتحقيق نتيجة إلى بذل لأنه يخالف مضمون أو مقتضى العقد.
- النص على جواز التشديد من المسؤولية البنكية في حال الاتفاق على مخالفة أحكام القوة القاهرة لكون الهدف منها هو حماية المضرور بموجب الاتفاق، بالإضافة إلى الحماية التي أقرها القانون فهي تؤيد مقتضى العقد، دون السماح بالتشديد في حالة خطأ المدين وخطأ الغير لأن السماح بالتشديد فيهما يؤدي الى نتائج غير منطقية.
- إيجاد قاعدة قانونية خاصة للحفاظ على سرية المعلومات المدلاة من قبل العميل ما قبل إبرام العقد البنكي في مرحلة المفاوضات لعدم كفاية القواعد العامة في هذا المجال.

2- تفعيل دور سلطة النقد في الرقابة على أعمال البنوك من خلال الرقابة على مضمون الشروط المعفية للبنوك من المسؤولية، وعدم السماح للبنوك باستخدام هذه الشروط كوسيلة للتهرب من المسؤولية العقدية.

3- عملية توعية العميل بحقوقه بالإضافة لتوعية العاملين في البنوك بالحماية القانونية للعميل والمسؤولية المدنية للبنك لتدعيم الثقة في البنوك بهدف توفير مناخ جيد للاستثمار والاستقرار الاقتصادي.

4- تشجيع الأبحاث والمؤلفات التي تشمل كافة الجوانب القانونية والفنية المتعلقة بشرط الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية المدنية في العقود البنكية لطبيعة هذه العقود وخصوصيتها.

قائمة المصادر والمراجع

المصادر

القرآن الكريم.

مجلة الأحكام العدلية صدرت عن مجلس شورى الدولة العثمانية ورسمت بمرسوم السلطان العثماني عبد العزيز بن محمود ود الثاني في عام 1869م، وتوطد نفاذها 1876م.

القانون الاساسي الفلسطيني لسنة (2003) نشر في العدد الممتاز صفحة (5) من مجلة الوقائع الفلسطينية بتاريخ 2003/4/19م.

قانون المخالفات المدنية (36) لسنة (1944) المنشور على الصفحة (149) من الملحق (1) عدد الوقائع الفلسطينية (الإنتداب البريطاني) (1380) م، بتاريخ 1944/12/28م.

قانون البينات الفلسطيني في المواد المدنية والتجارية رقم (4) لسنة (2001) المنشور في العدد (38) على الصفحة (226) بتاريخ 2001/9/5م.

قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة (1984) المنشور بالجريدة الرسمية في العدد (2987) صفحة رقم (230) بتاريخ 1984/4/2

القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة (1976) المنشور بالجريدة الرسمية الأردنية, العدد (2645، صفحة (2))، بتاريخ 1976/8/1م.

القانون المدني المصري رقم (131) لسنة (1948) المنشور بالوقائع المصرية، العدد (108) مكرر (أ)، بتاريخ 1948/7/29م.

قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنه (1966م) المنشور في الجريدة الرسمية رقم (1910) على الصفحة (472) بتاريخ 1966/3/30م.

قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة (2005م) المنشور في العدد (63) من مجلة الوقائع الفلسطينية صفحة (29) بتاريخ 2006/4/27م.

قانون التأمين الفلسطيني رقم (20) لسنة (2005) المنشور في العدد(26) من مجلة الوقائع الفلسطينية الصادرة بتاريخ2005/10/13.

قانون العمل الفلسطيني رقم (7) لسنه(2000) المنشور في العدد(39) من مجلة الوقائع الفلسطينية الصادرة بتاريخ2001/11/25.

القرارات بقانون

القرار بقانون رقم (9) لسنة (2010م) بشأن المصارف المنشور في العدد الممتاز رقم (4) صفحة (5) بتاريخ 2010/11/27م.

قرار بقانون رقم (20) لسنة (2015) بشأن مكافحة غسيل الأموال وتمويل الإرهاب المنشور في العدد الممتاز رقم (10) صفحة (2) بتاريخ 2015/12/30م.

القرار بقانون رقم (15) لسنة (2017) بشأن المعاملات الالكترونية المنشور في العدد الممتاز رقم (14) صفحة (2) بتاريخ 2017/7/9م.

التعليمات

تعليمات سلطة النقد الفلسطينية رقم (2015/1) بشأن الأحوال الجوية الصادرة عن سلطة النقد الفلسطينية بتاريخ 2015/1/4م.

تعليمات سلطة النقد الفلسطينية رقم (2016/2) المتعلقة بالإقراض المسؤول الصادرة عن سلطة النقد الفلسطينية بتاريخ 2016/3/20م.

تعليمات سلطة النقد الفلسطينية رقم (2009/8) المتعلقة بفتح الحسابات واغلاقها والحسابات الجامدة والسرية المصرفية والحوالات وصناديق الأمانات الصادرة عن سلطة النقد الفلسطينية بتاريخ 2009/12/24م.

تعليمات سلطة النقد الفلسطينية رقم (2009/2) بخصوص ادارة استمرارية العمل في المصارف الصادرة عن سلطة النقد الفلسطينية بتاريخ 2009/2/4م.

المراجع

أولا: الكتب

ابو فروة، محمود. **الخدمات الالكترونية عبر الانترنت**. طبعة 1، عمان: دار الثقافة، 2009.

البغدادي، غياث الدين. **مجمع الضمانات في مذهب الامام العظم ابي حنيفة النعمان**. ط1، القاهرة، دار السلام. 1999، ص 148،149.

حبيب، عادل جبري. **المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسؤولية المدنية/ دراسة مقارنة في أحكام الفقه الإسلامي**. ط1، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي.2003، ص 497، 498. والمادة (93):"المباشر لا يضمن الا بالتعمد"

الحضرمي، خليفة بن محمد. **المسؤولية المدنية للبنك في الحساب البنكي- مسؤولية البنك عند فتح وإدارة الحساب البنكي**. طبعة 1. مصر: دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، 2015.

الحضرمي، خليفة بن محمد. **مسؤولية البنك في عمليات الائتمان الخارجي**. طبعة 1. مصر: دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، 2015.

الحضرمي، خليفة بن محمد. **مسؤولية البنك في عمليات الائتمان الداخلي**، القرض- الاعتماد البسيط. طبعة 1، مصر: دار الفكر والقانون، 2015.

حماد، طارق عبد العال. **التطورات العالمية وانعكاساتها على اعمال البنوك**. مصر: الدار الجامعية، 2003.

حيدر، علي. **درر الحكام في شرح مجلة الاحكام العدلية**- ج1، بلا ط. لبنان: دار الكتب، 2003.

حيدر، علي. **درر الحكام في شرح مجلة الاحكام العدلية**. ج2، بلا ط. لبنان: دار الكتب، 2003.

الخلايلة، عايد رجا. **المسؤولية التقصيرية الالكترونية المسؤولية الناشئة عن اساءة استخدام اجهزة الحاسوب والانترنت**: دراسة مقارنة. ط2، عمان: دار الثقافة، 2009.

خوالدة، احمد مفلح. **شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية**. ط1، الاردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011.

دواس، أمين، **مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية**. طبعة 1، رام الله: المعهد القضائي الفلسطيني، 2012.

ذوابة، محمد عمر، ياملكي، أكرم، **عقد التحويل المصرفي الإلكتروني**. طبعة 1، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2006.

الزليغي، عثمان بن علي. **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي**. ط1، القاهرة المطبعة الكبرى الأميرية.1313ه.

شنب، محمد لبيب. **المسؤولية عن الاشياء دراسة مقارنة**. ط2. الاسكندرية: مكتبة الوفاء القانونية، 2008.

سلطان، ناصر محمد عبد الله. **المسؤولية عن فعل الأشياء التي تتطلب عناية خاصة والآلات الميكانيكية**. طبعة 1، لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية، 2005.

السنهوري، عبد الرازق. **الوسيط في شرح القانون المدني -** الجزء الأول- **نظرية الالتزام بوجه عام-** مصادر الالتزام، بلا طبعة، بيروت: دار احياء التراث العربي، دون تاريخ.

السنهوري، عبد الرازق. **مصادر الحق**. الجزء الاول، بيروت: المجمع العربي الإسلامي، دون تاريخ.

الشماع، فائق محمود. **الإيداع المصرفي –الجزء الأول- الإيداع النقدي- دراسة قانونية مقارنه-** طبعة1، الأردن-عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع،.2011.

الشماع، فائق محمود. **الإيداع المصرفي- الجزء الثاني – الإيداع غير النقدي – دراسة قانونية مقارنه**. طبعة 1، عمان: دار الثقافة، 2011.

الشواربي، عبد الحميد. **عمليات البنوك في ضوء- لفقه- القضاء- التشريع وصيغ العقود والدعاوى التجارية وفقا لقانون التجارة رقم 17 لسنة 1999**. دون طبعة، دبي: دون ناشر، دون تاريخ.

الصمادي، حازم نعيم. **المسؤولية في العمليات المصرفية الإلكترونية**. ط1، عمان: دار وائل للنشر، 2003.

طليان، محمد حسين صالح. **التحويل المصرفي الإلكتروني**. دون طبعة، القاهرة: دار النهضة العربية، 2017.

عامر، حسين، عامر. وعبد الرحيم عام، **المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية**. طبعة 2، القاهرة: دار المعارف، 1979.

العتيبي، صالح ناصر. **فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية- دراسة مقارنة**. دون طبعة، دون ناشر، 2009.

عثمان، عبد الحكم محمد. **أصول قانون المعاملات التجارية رقم 18 لسنة 1993-الجزء الأول: العقود وعمليات المصارف التجارية**. دون طبعة، دبي: كلية شرطة دبي- 1994.

العوجي، مصطفى. **القانون المدني والمسؤولية المدنية**. ط3، لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية، 2007.

عوض، علي جمال الدين. **عمليات البنوك من الوجهة القانونية**. طبعة 1، القاهرة: دار النهضة العربية،2008.

الغانمي، خضير مخيف فارس. **النظام القانوني للتحويل الإلكتروني للنقود: دراسة مقارنة: مفهوم التحويل الإلكتروني للنقود، أنواع التحويل الإلكتروني للنقود الطبيعة القانونية...أحكام مسؤولية المصرف المدنية، الإعفاء من المسؤولية**. دون طبعة، القاهرة، المركز القومي للإصدارات القانونية.

قدادة، خليل احمد. **الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري مصادر الالتزام**. طبعة 1، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1994.

القضاة، عمار محمد. **المذكرات الايضاحية للقانون المدني الأردني**. ج1. الاردن،2015.

محمد، ذكرى عبد الرازق. **النظام القانوني للبنوك الإلكترونية**. دون طبعة. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، 2010.

مرقس، سليمان. **الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية-الاحكام العامة**. ج1 طبعة5، القاهرة: دار النهضة العربية ،1987

المهدي، معتز نزيه محمد الصادق. **الطبيعة القانونية لبطاقات الائتمان الالكترونية. دون طبعة**. القاهرة: دار النهضة العربية، 2006.

نصرة، أحمد. **"قانون العمل الفلسطيني"**. ط 2. فلسطين: بدون دار نشر، 2012م.

ثانيا: رسائل الماجستير والدكتوراه

أبو بيح، حمزة هشام كمال. **السبب الأجنبي وأثره على أحكام المسؤولية المدنية- دراسة مقارنة.** (رسالة ماجستير)، فلسطين- نابلس: جامعة النجاح الوطنية، 2018.

ابو جماعة، سوزان علي محمد. **استقلال التزام البنك في خطاب الضمان.** (رسالة ماجستير)، الاردن: جامعة ال البيت، 2005.

أبو حسن، ربيع ناجح راجح. **مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه في مشروع القانون المدني الفلسطيني- دراسة مقارنة.** (رسالة ماجستير)، فلسطين- نابلس: جامعة النجاح الوطنية، 2008.

برهم، دعاء موسى عبد الرحمن، **دور القاضي في العقود المدنية والتجارية-دراسة تحليلية مقارنة،** (رسالة الماجستير)، فلسطين-غزة: جامعة الأزهر، 2018-2019.

بلقاسم، أعرب. **شرط الاعفاء من المسؤولية المدنية.** (رسالة ماجستير)، الجزائر: جامعة الجزائر، معهد العلوم الادارية والسياسية 2009.

الجراح، جهاد محمد. **أثر الغش في العقد الاساسي على التزام البنك بوفاء قيمة الاعتماد المستندي.** (رسالة ماجستير)، عمان: الجامعة الاردنية، 1999.

الحراسيس، عمر عوض ساهر. **دفع المسؤولية العقدية في القانون المدني الاردني.** (رسالة دكتوراه)، الأردن: جامعة عمان العربية، 2018.

الخرينج، ناصر متعب بنيه. **الاتفاق على الاعفاء من التعويض في القانون المدني الكويتي - دراسة مقارنه مع القانون الأردني.** (رسالة ماجستير)، عمان: جامعة الشرق الأوسط، 2010.

الخزاعلة، محمد دخيل سلامه. **الغش وأثره على التزام البنك في الاعتماد المستندي.** (رسالة ماجستير)، الاردن: جامعة ال البيت،2017.

خليلي، سهام. **المسؤولية المدنية للبنك.** (رسالة ماجستير)، الجزائر: جامعة محمد خيضر- بسكرة، 2008.

خوالدة، احمد مفلح عبد الله. **شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية.** (رسالة دكتوراه)، الأردن- عمان: جامعة عمان العربية للدراسات العليا، كلية الدراسات القانونية العليا، 2007.

الدواغرة، موسى عبد الكريم. **الشروط المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية في القانون المدني الاردني**. (رسالة ماجستير)، الاردن: جامعة اليرموك، 2017.

الرشدان، منى هلال. **نطاق الاثبات بالشهادة في المسائل المدنية والتجارية**. (رسالة ماجستير)، الأردن: جامعة اليرموك،2012.

سعد اليمني، محمد بن عبد العزيز. **الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة**. (رسالة ماجستير)، المملكة العربية السعودية: جامعة الملك سعود،2004.

الشيخ، ادريس عبد الله محمد. **الاعفاء والتخفيف غير الارادي من المسؤولية العقدية**. (رسالة دكتوراه)، السودان: جامعة النيلين، 2014.

عبد الله، غدير جميل ميزرا. **مدى مشروعية اتفاقات الاعفاء من المسؤولية العقدية**. (رسالة ماجستير). الأردن: جامعة ال البيت، 2017.

العدوان، صلاح. **المسؤولية المدنية عن الاشياء والآلات الخطرة**. (رسالة ماجستير)، الاردن: جامعة الشرق الاوسط، 2019.

عماري، ابتسام. **مسؤولية البنك المدنية عن عملية التحويل البنك الالكتروني**. (رسالة ماجستير)، الجزائر: جامعة قاصدي مرباح، 2017.

العيسائي، عبد العزيز مقبل. **شرط الاعفاء من المسؤولية المدنية في كل من القانون المدني الاردني واليمني** دراسة مقارنة. (رسالة ماجستير)، الاردن: الجامعة الاردنية، 1998.

قريمس، عبد الحق. **المسؤولية المدنية للبنوك في مجال الحسابات**. (رسالة دكتوراه)، الجزائر: جامعة منتوري، 2010.

محمود، عبد الله ذيب عبد الله **حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني-دراسة مقارنة** (رسالة ماجستير)، فلسطين-نابلس: جامعة النجاح الوطنية، 2009.

المصري، هبة محمد كمال عبد الكريم، **النظام القانوني لإعادة النظر في الحساب الجاري وتصحيحه**. (رسالة ماجستير)، جامعة القدس، فلسطين-القدس، 2009.

مغلاوي، محيي الدين. **المسؤولية المدنية والجزائية للبنك في القانون الجزائري**. (رسالة ماجستير)، الجزائر: جامعة العربي بن مهيدي-أم البواقي-، 2014.

مهنا، وليد حكم، **فكرة الخطأ الجسيم وأثرها في تقدير حجم التعويض في المسؤولية المدنية**. (رسالة ماجستير). الاردن: جامعة مؤتة، 2006.

نصرة، أحمد. **الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري**. (رسالة ماجستير)، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين- نابلس، 2006.

يوس، حميدة، ساعو، كهينة. **الاتفاقات المعدلة للمسؤولية في القانون المدني الجزائري**. (رسالة ماجستير) بجاية: جامعة عبد الرحمن ميرة-، 2015.

رابعا: الأبحاث والمجلات

أبو سعيدة، رياض السيد حسين. **ضمان ضرر العميل في التعامل المصرفي الإلكتروني**. ع12، العراق: جامعة الكوفة، 2011.

الناجي: محمد. **قرائة في قواع المسؤولية المدنية عن إفشاء السر المهني**، مجلة الحقوق، عدد6، 2008، ص 146.

أبو شنب، أحمد عبد الكريم، **أحكام التعديل الاتفاقي للمسؤولية العقدية**، مؤته للبحوث والدراسات، مؤته، الأردن، المجل د21، العدد الثاني، 2006.

الاحمد، أشرف. **المسؤولية المدنية عن الخطأ المهني للمحامي**. رسالة ماجستير، الأردن: جامعة الشرق الاوسط، 2001م.

الأطرم، صالح بن عبد الرحمن. **الغش**. ع13، السعودية: جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية، 1982.

امساعف يسين. **المسؤولية المدنية للبنك عن استخلاص الشيك**. ع9، المغرب: مجلة القضاء التجاري، 2017، 69-77.

بدر، أسامة أحمد. **الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة بين المسؤوليتين الشخصية والموضوعية دراسة تحليلية في القانونين الفرنسي والمصري**. مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية. ع2. مصر: جامعة الاسكندرية، 2009

بلحاج، الحبيب. **حماية الطرف الضعيف في القانون المدني**. ع11. تونس: جمعية الحقوقيين، 2015.

بهاء بهيج. **الخطأ الجسيم والخطأ اليسير بين التشريع والفقه والقضاء**. ع2، الاردن: الاتحاد الاردني لشركات التأمين، 2008.

خاطر، نوري حمد. **الضرر الناشئ بفعل الشيء بين المسؤولية العقدية وغير العقدية**. ع1. الكويت: جامعة الكويت، 2006.

خاطر، نوري حمد. **تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية**. ع3. الاردن: جامعة ال البيت، 2001.

الرحامنة، صدام. **مسؤولية متولي الرقابة عمن تجب عليه رقابته وفقا لنص المادة 288 من القانون المدني الاردني**. بحث منشور، الاردن: المجلة الدولية للدراسات القانونية والفقهية، 2021.

زايد، أحمد سليمان حسن. **مسؤولية البنك في حال صرف الشيك المزور أو المحرف**. ع1، الأردن: دراسات علوم الشريعة القانون،2018، 393-411.

زايد، احمد سليمان حسين. **مسؤولية البنك في حال صرف الشيك المزور او المحرف في خصوص المادة 270 تجارة أردني والتطبيق القضائي**. ع 1، الأردن: الجامعة الاردنية، 2018.

الزرقا، مصطفى أحمد، **هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن.**، عدد2، جامعة الملك عبد العزيز: مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، مج2، 1985، 103-112.

الشامي، محمد **ركن الخطأ في المسؤولية المدنية `دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري واليمني والفقه الإسلامي**. بلا ط. مصر: دار النهضة العربية، 1990م.

شكري، بهاء بهيج. **الخطأ الجسيم والخطأ اليسير بين التشريع والفقه والقضاء**. ع2، الاردن: الاتحاد الاردني لشركات التأمين، 2008.

الشماع، فائق محمود محمد. **التزام البنك بإدارة الأوراق المالية المودعة لديه**. مج 1، ع 1، المغرب: مجلة القضاء التجاري، 2013.صالح بن عبد الرحمن. **الغش**. ع13، السعودية: جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية، 1982.

شندي، يوسف. **المفهوم القانوني للمستهلك: دراسة تحليلية نقدية**، عدد3، مجلة القضاء التجاري، مج2، 2014، 13-48.

ابو سعيدة، رياض السيد حسين. **ضمان ضرر العميل في التعامل المصرفي الالكتروني**. ع12. العراق: جامعة الكوفة، 2011.

صالح، ازاد شكور. **الغش في الاعتمادات المستندية وأثره على التزام البنك**. ع4، العراق: جامعة كركوك، 2013.

الضفيري، خالد عطشان. **المسؤولية المدنية للبنك عن عمليات القروض الاستهلاكية تجاه العميل المقترض**. بحث منشور في العدد 49، الكويت: جامعة الكويت، 2012.

طارش، مريم عبد. **المسؤولية العقدية الناشئة عن استخدام بطاقات الائتمان**. ع21. الجزائر: مجلة جيل الابحاث، 2018.

عرفة، سيد الوهاب. **مرجع القاضي والمحامي المتقاضي في التعويض عن المسئولية المدنية في ضوء الفقه وقضاء النقض**. مج 2، دون طبعة، الإسكندرية: المكتب الفني للموسوعات القانونية، دون تاريخ.

علي، كاظم كريم، صالح، رؤى عبد الستار. **شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية في القانونين الإنكليزي والعراقي**. كلية القانون، الجامعة المستنصرية، 2017.

العماوي، محمد عبد الغفور. مدى **مساهمة المضرور في إحداث الضرر وأثره على تقدير التعويض**. مجلة علوم الشريعة والقانون عدد2.مجلد40. الاردن: علوم الشريعة والقانون، 2013.

الفرجاني ـ د. سامي مصطفى عمار، **المسؤولية العقدية عن فعل الغير**. مجلة العلوم القانونية والشرعية- كلية القانون – جامعة الجبل الغربي.2015.

في خصوص المادة (270) تجارة أردني والتطبيق القضائي رؤية جديدة، مج45، عدد1، 393-411

كريم، ايمان. **الاساس القانوني للمسؤولية المدنية عن افشاء السر البنكي**. مجلة جامعة البعث، ع 33، دمشق: جامعة دمشق، 2017.

محمد، أوزيان. **المراقبة القضائية للخطأ الجسيم**. ع8. المغرب: مجلة الملف، 2006.

محمد، دمانه. **"شرط الاعفاء من المسؤولية بين مقتضيات سلطان الإرادة وسلطان القانون "**. دفاتر السياسة والقانون- الجزائر- جامعة قاصدي مرباح ورقلة. ع2011،5.

مشبال، **عبد اللطيف. المسؤولية المدنية للبنوك والاجتهاد القضائي المغربي**. عدد71، المغرب: مجلة المحاكم المغربية، 1994، ص303.

هشام، بو عياد. **"المسؤولية العقدية للمهني"**. ع10. المغرب: مجلة القصر، 2005.

الياسين، ذكرى. **الاحكام القانونية للتدقيق المصرفي**. ع4، العراق: مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، 2016.

خامسا: مواقع الانترنت

نسيغة، فيصل، دنش، رياض. **النظام العام**، مجلة منتدى القانون، عدد5، البحث في المجلة 165-181 منشور على الموقع:

https://www.univ-biskra.dz/sites/fdsp/images/revues/mntda/r5/mk5a12.pdf?fbclid=IwAR1iEcZ-nNwLD7gBgEpgp0HdNOg1S8RyB9y0cvDYGTYsrluC_LzLZuOvheM

دلال، أسامة شوكت. السعد، أحمد. تطبيقات قاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله في عقود المداينات، مجلة الجامعة الاسلامية للدراسات الشرعية والقانونية، منشور على الموقع: file:///C:/Users/MIDITECH/Downloads/9591-47645-1-PB.pdf

عفانة، حسام الدين بن موسى محمد. **يسألونك عن المعاملات المالية المعاصرة**. طبعة1، أبو ديس، بيت المقدس، فلسطين: المكتبة العلمية ودار الطيب للطباعة والنشر،2009. موجود على الرابط:https://al-maktaba.org/book/31677/306

الحكماوي، عبد الحكيم. **المسؤولية المدنية للمؤسسات المصرفية**. بحث منشور على الموقع الإلكتروني: https://alhoriyatmaroc.yoo7.com/t281-topic، تاريخ الزيارة: 2020/3/19، الساعة: 10:37.

سلوم، حسين، **الخدمات المصرفية- اجارة الخزائن الحديدية**، مرجع سابق بحث منشور على الموقع الإلكتروني: https://qawaneen.blogspot.com/2018/03/blog-post_287.html تاريخ الزيارة: 2020/3/22، الساعة 3.54.

جنديه، رائد هاني سلامة. **مبدأ حسن النية في ابرام التصرفات القانونية- المركز الديمقراطي العربي**، بحث منشور على الموقع. https://democraticac.de/?p=68244

القوة القاهرة في القانون المدني، بحث منشور على الموقع الالكتروني : https://qawaneen.blogspot.com/2018/03/blog-post_34.html

https://maqam.najah.edu/judgments/276/

http://muqtafi.birzeit.edu/

الفقيري، بلال. بحث منشور على الإنترنت على الرابط:
https://www.maroclaw.com

مشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة (2012).

Abstract

This study discussed the amended conventions for civil liability in banking contracts so that the research was initially conducted on the condition that the debtor bears the foreign cause in banking contracts where the topic is and then the condition that is exempted and mitigated from banking contractual liability was discussed. It talked about the validity of condition exempted from banking contractual liability, the restrictions and the effects contained therein. Also, it talked about the condition mitigating contractual liability in terms of what it is, the exceptions and restrictions contained on it and the implications for it.

The Palestinian law did not include clear and explicit texts dealing with the amended conditions for the provisions of civil liability in banking contracts. In light of this legislative shortcoming, this study tried to resort to the general rules of civil law and analyze them in order to reach the permissibility or inadmissibility of such conditions and restrictions contained therein.

Through research and analysis of the texts of the Palestinian law. The findings showed a set of results, the most important of which are: the approval of conditions of exemption from banking contractual liability without tort due to the letter's attachment to the public order, provided that there is no fraud or serious error issued by the bank in addition to some

other restrictions, the approval of mitigating agreements that partially exempt from obligation as it takes the rule of the condition of total exception for their union in the cause , it is permissible because it benefits one of the contracting parties but it is not absolute , the failure to allow the mitigating conditions that require reversing the content of the obligation from an obligation to exercise care as contravenes the requirement of the contract and not to allow agreement to aggravate the responsibility in contrast to the provisions of the foreign cause in the Code of Judicial Judgments in accordance with the Hanfi jurisprudence from which its rulings derive, given that the rules of guarantee are related to public order and because compensation is about the actual damage at the moment the damage occurred.

Based on what has been found, it is recommended that the creation of a specialized legal organization in the field of civil liability in banking contracts that includes direct texts that allow exemption from banking contractual liability and on the condition that it be restricted in cases of fraud and serious error issued by affiliates, it is expressly stipulated that the content of the obligation may not be reversed because it violates the requirements of the contract and that the emphasis on banking liability other than the provisions of force majeure is permitted without the fault of the debtor and the fault of others.

Arab American University of Jenin

Graduate Studies

Thesis title

Banking Contracts' Clause on Modification of the Rules of Civil Liability

Prepared by

Ayat Mohammad Ghannam

Supervised by

Dr. Anas Abu Oun

This thesis submitted in partial fulfillment of the requirements for the degree of Master in Commercial Law from the faculty of Graduate Studies, Arab American University- Jenin

2022