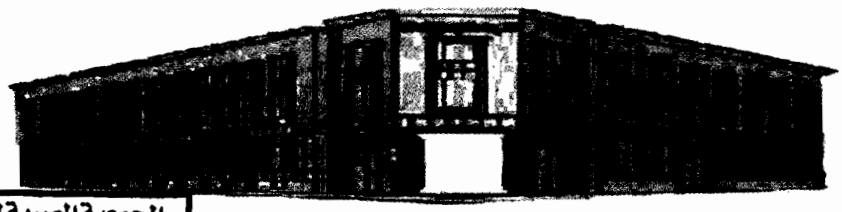
Society Egyptian d'Economie Politick
de Statistic et de Legislation
16 Rue Ramose – Le Cairo
Tel : 5743491 , 5750797
Fax : 5743491
E-mail : espesl@hotmail.com

الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي
والإحصاء والتشريع
١٦ ش رمسيس – القاهرة
ت : ٥٧٤٣٤٩١ ، ٥٧٥٠٧٩٧
فاكس : ٥٧٤٣٤٩١
بريد إلكتروني : espesl@hotmail.com

المؤتمر العلمي الثالث للقانونيين المصريين

بعض الجوانب القانونية للعمليات المصرفية



الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي
والإحصاء والتشريع
٦٦ ش رمسيس - القاهرة
المكتبة
قاعة الإطلاع الرئيسية - الدور الثانى
النـــوع : مولرا ٢
رقم الوحدة : ٣
الحرف : ١

مسؤولية " البنك " العقدية عن عدم تحصيل قيمة الأوراق التجارية

إعداد

د. غازي أبو عرابي

الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي
والإحصاء والتشريع
المكتبة - كتب
رقم التسجيل : ٢٠٠٢/٢٠٠٢
رقم التصنيف : ٣٤٦.٠٦٧
تاريخ الورود : ٢٠٠٢/١٢/١٩

القاهرة

١٩ – ٢٠ ديسمبر ٢٠٠٢

ملخص

يلتزم "البنك" أو المصرف بموجب عقد تحصيل قيمة الأوراق التجارية، بتحصيل الحقوق الثابتة في هذه الأوراق. واذا ما أخل "البنك" بما التزم به. قد يلحق ذلك ضـــرر بالعميل. وهنا تثور أهمية تحديد معالم مسؤولية "البنك" العقدية، اثناء قيامه بتنفيذ عقـــد تحصيل قيمة الاوراق التجارية. ونظرا لأن قانون التجارة الاردنـــي لـــم يعـــالج هـــذا الموضوع، لذلك لا بد من الرجوع الى قواعد القانون المدنـــي، لتحديـــد احكـــام هـــذه المسؤولية. وبما ان هذا القانون لم يتعرض بنصوص واضحة لاحكام المسؤولية العقدية في هذا الميدان، أي مجال المسؤولية العقدية للمصارف. فقد جاء هذا البحث كمحاولـــة لاستنباط ما يلي:

١- طبيعة مسؤولية "البنك" عن عدم تنفيذ تحصيل قيمة الاوراق التجارية.

٢- التكييف القانوني للعلاقة بين "البنك" وعميله اثناء عملية التحصيل.

٣- تحديد اركان المسؤولية العقدية "للبنك" عند اخلاله بالتزاماته الناشـــئة عـــن عقـــد تحصيل قيمة الاوراق التجارية.

٤- مدى صحة شرط اعفاء "البنك" من مسؤوليته العقدية عن عدم التحصيل.

Abstract

A bank's customer may suffer damages as a result of the bank's failure to collect the value of a commercial paper. Thus, it is important to determine the scope of bank's contractual liability in this issue. Since the Jordanian Commercial Code did not regulate the Scope of this liability, it is necessary to resort to the general principles of contractual liability in the Jordanian Civil Code, although, the principles of this liability is not clear. Thus, this research is devoted to discuss the following:

1. The legal grounds for bank's liability resulting from bank's failure to collect.
2- The contractual relationship between the bank and its customer.
3- The conditions of banks' liability.
4- The validity of the waiver of liability by banks.

مسؤولية "البنك" [1] العقدية عن عدم تحصيل الأوراق التجارية

مقدمـــة

يُعد عقد تحصيل "البنك" لقيمة الأوراق التجارية مـــن أكـــثر عقـــود الخدمـــات المصرفية شيوعاً، بحيث يلتزم بمقتضاه حامل الورقة التجارية بتظهيرها الـــى "البنـــك" تظهيراً توكيلياً، لتحصيل قيمة هذه الورقة لحساب المظهر ووفقـــاً لتعليماتـــه، بشـــرط التزامهما بأحكام الوكالة التي يكملها العرف المصرفي، والذي يتطلب منه الدقة والحذر، والعناية المطلوبة من الشخص المحترف المتخصص، وحسن تنفيذ المطلـــوب منـــه.. ويظل العميل مالكاً لقيمة الورقة التجارية، فاذا ما أفلس "البنك" فلا تدخل هذه الورقة في التفليسة، ويجوز للعميل أن يطالب بها طالما أنها ما تـــزال فـــي حيازتـــه ولـــم يتـــم تحصيلها[٢].

وعقد تحصيل قيمة الاوراق التجارية يكسب كلاً من طرفيه حقوقاً، وفـــي ذات الوقت يحملها التزامات معينة، بحيث يجب مراعاتها واحترامها وتنفيذها بحسن نية وفقاً لمقتضيات العقد وما هو وارد فيه.

وعليه، "فالبنك" بصفته وكيلاً للدائن العميل ملزم بتحصيل الحقوق الثابتة في هذه الاوراق، ويتم هذا التحصيل إما ودياً بإرسال اشعار الى المديـــن عنـــد اســـتحقاقها، أو جبرياً من خلال ملاحقته قضائياً والمطالبة بالتنفيذ على أمواله.

وهكذا يتضح لنا ان "البنك" يسأل كأي شخص عن أي خطأ يصدر منـــه وفقـــاً للقواعد العامة للمسؤولية، وتكون هذه المسؤولية مسؤولية عقدية فـــي حالـــة اخلالـــه بالتزاماته الناشئة عن عقد التحصيل. وقد تكون مسؤوليته تقصيرية اذا أحدث ضـــرراً

---

(١) ان كلمة "البنك" هي كلمة غير عربية، وانما هي أنكليزية الأصل "Bank" والكلمة العربية الصحيحة هي "مصرف". ورغم ذلك الا ان كلمة "البنك" اصبحت المألوفة والشائعة في جميع الدول العربية، ثم ان غالبية الكتب والمؤلفات تستعمل هذا المصطلح، لهذا نستعمل هذه الكلمة مع التحفظ عليها، ونأمل اعادة النظر فيها واستعمال الكلمة العربية الصحيحة مكانها.

(٢) محمدين (جلال)، المبادئ العامة في العقود التجارية وعمليات البنوك، الاسكندرية، طبعة ١٩٨٨، ص٩٣.

للغير الذي لا تربطه علاقة عقدية بالبنك، أثناء قيام هذا الاخير بفعل أو امتناعه عن فعل واجب.

وبما أن القانون المدني الاردني لم يعرض لأحكام المسؤولية العقدية في آثار العقد، بل اكتفى في ذلك بالاحكام العامة في التنفيذ بطريق التعويض التي تطبق في حالة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه. لأن هذه الاحكام لا تخص الالتزامات الناشئة عن العقد فحسب، بل جاءت مقتضبة غير مفصلة، كما في أحكام المسؤولية عن الفعل الضار التي جاءت أكثر تفصيلاً واسهاباً.

ونظراً لعدم وجود نصوص خاصة بعقد تحصيل قيمة الاوراق التجارية في قانون التجارة، أو في أي تشريع آخر، لذلك فإن تحديد الاحكام التي يخضع لها هذا العقد خاصة بما يتعلق بالمسؤولية العقدية "للبنك"، يتطلب الرجوع الى القواعد العامة للمسؤولية المدنية في القانون المدني، باعتباره المصدر الاساسي لما تعرفه العقود التجارية من نقص. وهكذا تبرز أهمية هذه الدراسة، التي تهدف الى محاولة استنباط معالم المسؤولية العقدية "للبنك" عند عدم تحصيله لقيمة الاوراق التجارية المسلمة له، وذلك من خلال القواعد العامة في القانون المدني. وسوف نرى أن للقضاء دوراً هاماً في ابراز معالم هذه المسؤولية نظراً لكثرة الدعاوى التي ترفع أمامه بخصوص مسؤولية "البنك" أثناء قيامه بتحصيل الاوراق التجارية لعميله.

وعليه يمكن القول ان مسؤولية "البنك" العقدية تثور عند اخلاله بأي التزام من التزاماته التي يرتبها عقد التحصيل، كما يسأل في حالة عدم التقيد بحسن تنفيذ العمل المطلوب منه.

وفي مواجهة تشدد القضاء في هذه المسؤولية باعتبار أن هذا العقد من عقود الاذعان كما سنرى، فإن "البنك" غالباً ما يلجأ الى ابرام اتفاقات مع العميل للاعفاء من المسؤولية المترتبة أثناء تنفيذه لعقد التحصيل. وبالرجوع الى القانون المدني الأردني نجد أنه لم ينص على حكم لمثل هذه الشرط، وذلك على غرار ما فعل في المسؤولية عن الفعل الضار، وعلى غرار ما ذهبت اليه غالبية التشريعات المدنية.

وبناء على ما تقدم، فإن دراسة مسؤولية "البنك" العقدية عن عدم تحصيل الاوراق التجارية، تتطلب منا تقسيم هذا البحث على النحو التالي:

المبحث الاول : طبيعة مسؤولية "البنك" عن عدم تحصيل قيمة الاوراق التجارية.

المبحث الثاني : مدى صحة الاتفاق على تعديل أحكام هذه المسؤولية.

المبحث الأول

طبيعة مسؤولية "البنك" عن عدم تحصيل قيمة الاوراق التجارية

المسؤولية العقدية "للبنك" عن عدم تحصيل قيمة الاوراق التجارية [1]، هي جزاء لعدم تنفيذ عقد التحصيل لهذه الاوراق تنفيذاً عينياً. وهذا التنفيذ واجب في ذمة المدين، وهو ما تنص عليه المادة (١/٣١٣) من القانون المدني الاردني التي جاء فيها أنه: "ينفذ الحق جبراً على المدين به عند استحقاقه متى استوفى الشرائط القانونية".

ولمعرفة طبيعة مسؤولية "البنك" العقدية في حالة اخلاله بالتزاماته الناشئة عن عقد التحصيل، فإن الامر يتطلب الوقوف على الصفة التي يتمتع بها البنك عند تحصيله للحقوق الثابتة للعميل في الورقة التجارية. وعليه يمكن القول ان "البنك" عندما يطالب مدين العميل بقيمة الورقة التجارية، فهو يقوم بذلك بموجب عقد الوكالة.

وهذا يعني أن دور "البنك" أثناء تنفيذه لعقد تحصيل قيمة الاوراق التجارية، هو القيام بما يقوم به أي وكيل عادي يتقاضى عمولة معينة، وعليه أن يلتزم بتعليمات العميل كموكل، ويتصرف في حدود السلطات الممنوحة له بموجب عقد الوكالة.

وعليه، فإن مسؤولية البنك تنعقد عن الاضرار التي تصيب العميل، على الاساس التعاقدي، باعتبار أن العقد هو مصدر التزامه. وهذا يقتضي بيان الأساس القانوني لمسؤولية "البنك" عن عدم تحصيل قيمة الاوراق التجارية (الفرع الاول)، ثم التكيف القانوني للعلاقة بين "البنك" والعميل (الفرع الثاني).

الفرع الأول : طبيعة مسؤولية "البنك" عن عدم تحصيل قيمة الاوراق التجارية هي مسؤولية عقدية

يسأل "البنك" عن أي خطأ يصدر منه حتى ولو كان هذا الخطأ يسيراً، لأنه محترف متخصص فيما يعهد به اليه.

---

(١) تشمل هذه الاوراق وفقاً للمادة (١٢٣) من قانون التجارة الاردني رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦، سند السحب، وسند الأمر، المعروف بالكمبيالة، والشيك والسند لحامله، ويلاحظ أن قانون الاوراق التجارية رقم (٢٣) لسنة ١٩٩٧، في المادة (٤) قد توسع في تعريفه للاوراق التجارية حيث شملت الاعتمادات المستندية، والحوالات، وبوالص التأمين.

وتقوم المسؤولية العقدية "للبنك" وفقاً لما يذهب اليه الاجتهاد القضائي المستقر على الخطأ والضرر معاً. وهذا ما ذهبت اليه محكمة التمييز الاردنية في أحد أحكامها، حيث قررت، "يعتبر البنك" وكيلاً مأجوراً لتحصيل قيمة الشيكات المودعة لديه برسم التحصيل وفقاً للمادة (٢/٨٤١) من القانون المدني، وعليه فإذا ثبت بأن فقدان الشيك كان بسبب الخطأ الذي ارتكبه البنك، فانه ملزم بتعويض المتضرر، لأن مسؤوليته هي مسؤولية عقدية" [١].

وتأسيس مسؤولية "البنك" العقدية على الخطأ والضرر معاً يعني أن البنك يستطيع أن يدرأ عن نفسه المسؤولية اذا أثبت أنه لم يخطئ أو اذا نفى علاقة السببية بين خطئه وبين الضرر الذي أصاب العميل.

والبنك باعتباره شخصاً معنوياً، يسأل مسؤولية شخصية اذا كان الخطأ قد صدر من ممثله القانوني أو من وكيل عنه [٢].

ولمساءلة "البنك"، فإنه يتعين على العميل اثبات جميع أركان المسؤولية العقدية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بكافة طرق الاثبات، الا أنه يلاحظ في الواقع العملي، أن العميل يواجه صعوبة في الاثبات، نظراً لأنه يتعامل مع شخص معنوي محترف، ومتخصص يتكون من عدد من الموظفين لديه. اضافة الى ذلك فإن البنك في كثير من الاحيان قد يستعين في تحصيل الاوراق التجارية ببنوك أو أشخاص آخرين، يكونون في مركز الوكلاء من الباطن حتى ولو كانوا أشخاصاً مستقلين عنه، سيما وأن العرف المصرفي قد استقر على أن يكون الاذن للبنك من قبل العميل في الاستعانة بغيره ضمنياً أي مفترضاً من ظروف العمل المطلوب تنفيذه [٣].

وأمام صعوبة العميل في اثبات خطأ البنك أو اخلاله بالتزامه العقدي بتحصيل قيمة الاوراق التجارية، ذهب بعض الفقهاء الى المطالبة بأن تكون مسؤولية البنك مسؤولية موضوعية، تقوم على أساس تحمل مخاطر المهنة التي يحترفها البنك،

---

(١) تمييز حقوق ٩٠/٢٣٥، مجلة نقابة المحامين ١٩٩١، ع ٩-١١، ص١٧٥٩.

(٢) د. حسني (حسن)، عقود الخدمات المصرفية، القاهرة، ١٩٨٦، ص٣٢٥.

(٣) د. عوض (علي جمال الدين)، عمليات البنوك، ١٩٨٩، ص٩٠٢.

فالغرم بالغُنم. وذلك لتوفير حماية فعالة للعميل [١]. وهذا يعني أن تقوم مسؤولية "البنك" على الضرر فقط، وافتراض خطأ "البنك" أما اذا أراد نفي مسؤوليته فيجب عليه اثبات أن الضرر الذي أصاب العميل يرجع الى سبب أجنبي لا يد له فيه.

ومما يؤيد تأسيس مسؤولية "البنك" على أساس نظرية تحمل مخاطر المهنة التي يمارسها، هو اتجاه القضاء في كل من مصر وفرنسا الى هذه النظرية.

وهكذا نجد أن محكمة النقض المصرية قد ذهبت، ومنذ ١٩٦٦ الى أن أساس مسؤولية البنك أثناء أدائه احدى الخدمات المصرفية، ومنها تحصيل قيمة أوراق العميل التجارية، لا تقوم على الخطأ والضرر معاً، وانما تقوم على أساس الضرر وحده، "فالبنك" يكون مسؤولاً حتى ولو لم يثبت أنه ارتكب خطأ، ما دام أن العميل قد أصابه ضرر، وأن هذا الضرر ليس ناتجاً بسبب خطأ العميل، وقضت بمسؤولية البنك رغم أنه لم يثبت خطأه، وألزمته بتعويض العميل عن الضرر الذي أصابه من جراء قيام البنك بصرف شيك مزور [٢]. وأكدت المحكمة في حكمها، أنّ تحمّل البنك لهذه التّبعة، يعد من مخاطر المهنة التي يمارسها البنك، وهي مخاطر مهما بلغت أعباؤها لا تتناسب البتة مع المزايا التي تعود على البنوك من تدعيم الثقة بها، وبث روح الاطمئنان لدي جمهور المتعاملين. وكانت محكمة النقض الفرنسية قد ذهبت منذ عام ١٩٣٩ الى أن البنك يكون مسؤولاً عن وفاء شيك يحمل توقيعاً مزوراً للساحب أياً كانت درجة اتقان التزوير، حتى ولو لم يثبت خطأ البنك [٣].

ونلاحظ نفس الاتجاه فيما ذهبت اليه محكمة التمييز الاردنية في بعض أحكامها، حيث قررت أنه "اعمالاً لنص المادة ١/٢٧٠ من قانون التجارة، فإن البنك المسحوب عليه يتحمل وحده الضرر المترتب على صرفه للشيك المزور أو المحرف، اذا لم يصدر عن الساحب أي اهمال او تقصير ..." [٤].

---

(١) الكيلاني (محمود)، مجلة البنوك، ع٣، عمان ١٩٩٦، ص ١٩.

(٢) نقض مدني ١١ يناير ١٩٦٦، المجموعة، س١٧، ص٩٤.

(٣) نقض مدني فرنسي، ٢٠ نيسان ١٩٣٩، سرى ١٩٣٩، ص٢٠٩.

(٤) تمييز حقوق رقم ٩٠/٥٨٩، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩١، ص٢٠٣٧.

وهكذا يبدو لنا، أن المسؤولية "للبنوك" قد تطورت، ولم يعد أساس هذه المسؤولية الخطأ والضرر معا، وانما تقوم على الضرر فقط، وهذا يعني أن مسؤولية "البنك" هي مسؤولية موضوعية مبناها فكرة تحمل المخاطر وتحمل التبعة. وهذا ما تؤكد عليه محكمة النقض المصرية في العديد من أحكامها [١].

وقد يقال في هذا الصدد، أن التزام البنك التعاقدي في عملية تحصيل قيمة الاوراق التجارية لعميله، هو مجرد التزام ببذل عناية، باعتباره وكيلا عاديا، وليس التزاما بتحقيق نتيجة معينة [٢]. مما يؤدي الى القول، أن مسؤولية البنك لا تقوم الا اذا ثبت أنه لم ينفذ التزامه الناشئ بموجب العقد، أو أنه نفذه تنفيذا معيبا، اذا لم يتخذ الحيطة والحذر في التنفيذ، أو أنه سلك مسلكا يخالف ما استقر عليه العرف المصرفي، وترتب عن ذلك ضررا للعميل. الا أن العناية المطلوبة من البنك هي عناية الشخص الحريص اليقظ المأجور، أي أن المعيار هو معيار موضوعي، وهذا ما نصت عليه المادة (١/٣٥٨) من القانون المدني الاردني بالقول: "اذا كان المطلوب من المدين هو المحافظة على الشيء أو القيام بادارته أو توخى الحيطة في تنفيذ التزامه، فإنه يكون قد وفى بالالتزام اذا 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".

وهذا ما تؤكد عليه محكمة التمييز في أحد أحكامها، حيث قررت أنه "اذا لم يبذل البنك العناية اللازمة في حفظ الشيكات المودعة من العميل برسم التحصيل، كان مسؤولا عن قيمتها" [٣].

ومما تقدم نخلص الى القول انه يوجد تعارض بين تأسيس مسؤولية البنك الوكيل اثناء قيامه بتحصيل قيمة الاوراق التجارية لعميله على أساس الضرر، وبين ان يكون التزام البنك هو التزام ببذل عناية. اذ ان هذا الالتزام يتطلب اثبات مسؤولية البنك، ويقع

---

(١) نقض مدني ٧ مارس ١٩٧٧، المجموعة، س٢٨، ص٦١٩، رقم ١١٣، الطعنان ٣٩٣، ٤١٣. نقض مدني ١٩ يناير سنة ١٩٦٧، المجموعة، س١٨، ص١٦٣.

(٢) لمزيد من التفاصيل حول التفرقة بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة. انظر
Tunc (A), La distinction des obligations de resultat et des obligations de diligence. J.C.P. 1945, 449, no. a 6..

(٣) تمييز حقوق رقم ٩٤/١٢٤٥، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٥، ع٩ و١٠، ص٢٣٦٤. انظر كذلك تمييز حقوق رقم ٩٥/٤٨٠، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٥، ع٩، ١٠، ص٢٦٠٤.

عبء الاثبات على العميل وذلك باثبات خطأ البنك والذي يتمثل في الانحراف عن مسلك الرجل العادي أي انه لم يبذل العناية المطلوبة في تحصيل الاوراق التجارية، وهذا ليس الا تطبيقا للقواعد العامة. ونتيجة لصعوبة اثبات الخطأ من العميل، فقد ذهب بعض الفقهاء كما ذكرنا الى المطالبة بأن تكون مسؤولية البنك مسؤولية موضوعية تقوم على أساس تحمل مخاطر المهنة، التي يحترفها البنك بهدف اعفاء العميل - كونه الطرف الضغيف من عقد التحصيل- من ركن الخطأ. ومع ذلك يبقى هناك تعارض واضح بين اعتبار البنك وكيلا عن العميل في تحصيل قيمة الاوراق التجارية وتكييف التزامه بانه التزام ببذل عناية، وبين اعتبار مسؤولية البنك مسؤولية موضوعية.

وبناء على ما تقدم، ونتيجة لتوسع وتشابك العمليات المصرفية، ومن أجل ايجاد حماية فعالة للعميل في مواجهة المصارف، فاننا ندعو القضاء الاردني الى تطبيق المادة ٢٠٢ التي تنص على ما يلي: "١- يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ٢- ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول ايضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف وطبيعة التصرف".

وتطبيق هذا النص يمكن قاضي الموضوع تحديد درجة العناية المطلوبة من المصرف عند عدم تحصيله لقيمة الاوراق التجارية المسلمة لة. وتطبيقا لذلك فان التحصيل يجب ان يتفق مع مبدأ حسن النية الذي يقتضى من البنك باعتباره مؤسسة مهنية متخصصة في الخدمات المصرفية عدم الانحراف عن السلوك المعتاد المهني وفقا لما جرى عليه العرف المصرفي وطبيعة التعامل بالاوراق التجارية التي تتطلب الثقة والسرعة والحذر عند التعامل بها.

نخلص مما تقدم، استنادا للمادة ٢٠٢ مدنى اردني يمكن القول بان درجة العناية المطلوبة من "البنك" هي عناية المهني المعتاد وليس فقط عناية الشخص المعتاد. ولكي يكون المعيار موضوعيا فان الامر يتطلب مقارنة اخلال البنك بتحصيل قيمة الاوراق التجارية ببنك مهني متخصص في نفس الظروف والمكان والزمان.

الفرع الثاني : التكييف القانوني للعلاقة بين البنك والعميل

بعد أن انتهينا من تحديد الأساس القانوني لمسؤولية البنك أثناء قيامه بتحصيل قيمة الاوراق التجارية المسلمة له من عميله، يتعين علينا تحديد أركان المسؤولية العقدية للبنك عند اخلاله بالتزامه الناشئ عن عقد التحصيل، ولكن قبل البدء بذلك فإن الأمر يقتضي منا الوقوف على التكييف القانوني الصحيح للعلاقة العقدية بين البنك والعميل في هذا العقد.

أولا : التكييف القانوني للعلاقة العقدية بين البنك والعميل أثناء عملية تحصيل قيمة الاوراق التجارية

تنشأ العلاقة العقدية بين البنك وعميله من تاريخ ابرام عقد تحصيل قيمة الاوراق التجارية كما ذكرنا سابقا، دون رضا المدين أو علمه الذي لا تنشأ بينه وبين الوكيل علاقة عقدية. والذي بموجب هذا العقد يعتبر البنك وكيلا عن عميله في تحصيل الحقوق الثابتة في هذه الاوراق المسلمة له، وعند استحقاقها يحل البنك محل الدائن في حقوقه لدى المدين، وعندما يقوم بذلك، يقوم بتصرف قانوني لحساب عميله. وبالتالي فإنه وكيل عنه بتحصيل الحقوق الثابتة بموجب الاوراق التجارية، سواء قام هو بالتحصيل أو كلف غيره بتنفيذ ذلك.

وبناء على ذلك، فان العلاقة بين البنك والعميل عبارة عن عقد وكالة، تخضع لأحكام عقد الوكالة المنصوص عليها في القانون المدني [1]، ويكملها العرف المصرفي، والقواعد الدولية الموحدة الصادرة عن الغرفة التجارية الدولية. ومن الجدير بالذكر أن هذه الغرفة وضعت اللائحة الموحده لتحصيل الاوراق التجارية في عام ١٩٥٧. ودعت المنظمات المصرفية في الدول المختلفة الى اعتمادها والأخذ بها. ثم وضعت صياغة أخرى لهذه اللائحة في سنة ١٩٦٧، وكذلك في سنة ١٩٨٧، وأخيرا القواعد الموحدة للتحصيل في عام ١٩٩٥، والتي بدأ العمل بها اعتبارا من ١٩٩٦/١/١ من خلال النشرة رقم ٥٢٢ [2].

---

(١) الكيلاني (محمود)، عمليات البنوك، الجزء الأول، عمان، طبعة ١٩٩٢، بند ١٥٥، ص٣٠٩.

(٢) انظر حول ذلك، عثمان (عبدالقادر)، التحصيلات من المنظور التطبيقي والقواعد الدولية الموحدة للتحصيلات، الطبعة الاولى، القاهرة، ١٩٩٦، ص٢٩٣.

وتظهر فائدة تكييف الطبيعة القانونية لعلاقة البنك والعميل على أساسا الوكالة، أي أن البنك لا يضمن مخاطر عدم الوفاء بالأوراق التجارية للعميل، وله حق الرجوع الى العميل الموكل في حالة تقديم قروض له بضمان هذه الاوراق.

ويؤكد القضاء الاردني في أحكامه على أن العلاقة التي تربط البنك بالعميل والتي بموجبها ، يقوم البنك بتحصيل قيمة الاوراق التجارية لحساب العميل لا تخضع لأحكام عقد الوكالة فقط، وانما أيضا لأحكام عقد الوديعة. وهذا يعني أننا نكون من الناحية القانونية أمام عقدين متداخلين. الأول عقد وكالة والثاني عقد وديعة. والبنك يعتبر مجرد وكيل عادي عند قيامه بتحصيل قيمة الاوراق التجارية، وهذا ما ذهبت اليه محكمة التمييز الاردنية بهيئتيها العامة، حيث قضت بأن "استلام البنك الشيك من العميل برسم التحصيل، يوجب البنك كوكيل أن يقوم بكل ما يفرض على الوكيل العادي من مهام، عملا بالمادة (٨٤١) من القانون المدني" [١]. وفي حكم آخر قررت نفس المحكمة انه "تطبق أحكام الوكالة على ايداع الاوراق التجارية لدى البنك برسم التحصيل اذا أخذ البنك على مسؤوليته ادارة الاوراق التجارية المودعة لديه" [٢]

وبناء على ذلك، فإن على العميل أن يبذل في تنفيذ ما وكل به العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة، اذا كانت الوكالة بلا أجر، وعناية الرجل المعتاد، اذا كانت بأجر، سندا للمادة (٨٤١) من القانون المدني الاردني.

كما نصت المادة (٨٧٣) على أنه "يجب على المودع لديه أن يعنى بحفظ الوديعة عناية الشخص العادي بحفظ ماله، وعليه أن يضعها في حرز مثلها".

ويلاحظ على هذا النص، أن المشرع الاردني لم يميز بين الوديعة بغير أجر والوديعة بأجر، على غرار ما فعل في الوكالة في المادة (٨٤١)، وعلى غرار ما ذهب اليه المشرع المصري في المادة (٧٢٠) مدني مصري [٣].

---

(١) تمييز حقوق رقم ٩٥/١٥٨٥، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٦، ص١٣٧١.

(٢) تمييز حقوق رقم ٩٤/١٢٤٥، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٥، ع٩، ١٠، ص٢٣٦٤.

(٣) السنهوري (عبدالرزاق)، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الأول، طبعة ١٩٦٤، بيروت، بند ٣٥٦، ص٧٠٢ وما بعدها.

ويترتب على ذلك أن المودع عنده وفقا للقانون المدني الاردني لا يضمن الوديعة الا اذا هلكت بتعديه أو بتقصيره في حفظها ما لم يتفق على غير ذلك. وهذا يستند كما يبدو الى قول الرسول عليه الصلاة والسلام "لا ضمان على مؤتمن" (١).

وهذا ما تؤكد عليه محكمة التمييز في أحد أحكامها، حيث قررت أن "ايداع الاوراق التجارية لدى البنك برسم التحصيل لا ينقل ملكيتها له، فاذا هلكت في يده بغير تعد أو تقصير فلا ضمان عليه" (٢).

بناء على ما تقدم، يمكن القول ان البنك أثناء قيامه بتحصيل قيمة الاوراق التجارية لعميله، فانه يجب أن يقوم بذلك بصفته وكيلا ومودعا عنده في آن واحد. وبالتالي فإن الأمر يقتضي تحديد الالتزامات التي تقع على عاتقه، وتطبيق أحكام عقدي الوكالة والوديعة المنصوص عليهما في القانون المدني.

ثانيا : أركان مسؤولية "البنك" عن عدم تحصيل قيمة الاوراق التجارية :

المسؤولية العقدية هي جزاء مخالفة العقد، ولذلك يشترط أن يكون هناك عقد صحيح لتحصيل قيمة الاوراق التجارية، ينشئ التزامات متبادلة بين الطرفين المتعاقدين وهما البنك والعميل. أما اذا كان هذا العقد باطلا او لا وجود له، وأصاب العميل ضرر، فإنه لا يستطيع الرجوع الا طبقا لقواعد المسؤولية عن الفعل الضار (٣).

ويلزم عقد تحصيل الاوراق التجارية "البنك" بأن يقوم بتحصيل قيمة هذه الاوراق وديا أو جبريا. فاذا قام البنك بتحصل هذه الحقوق وديا من خلال ارسال اشعار الى المدين في الاوراق التجارية المسلمة له عند استحقاقها. فاذا قام بالوفاء بدفع قيمتها لم يعد هناك ما يربط هذا المدين بالدائن الموكل أو وكيله (البنك). أما اذا رفض المدين الدفع بعد تسلمه الاشعار او تراخي في ذلك، فمن واجب البنك بصفته وكيلا للدائن أن يشعر الأخير بواقعة عدم حصول الوفاء. فاذا استمر المدين بالتعنت يقوم البنك بالتنفيذ

---

(١) الزحيلي (وهبه)، العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الاماراتي والقانون المدني الاردني، الطبعة الاولى، دمشق، ١٩٨٧، ص٣٠٠.

(٢) تمييز حقوق ٩٤/١٢٤٥، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٥، ع٩، ١٠، ص٢٣٦٤.

(٣) زكي (محمود جمال الدين)، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، مطبعة جامعة فؤاد الاول، القاهرة، سنة ١٩٧٨، ص١٦٧.

الجبري على المدين من خلال دعوى ترفع أمام القضاء المختص. وهذه الدعوى اما أن تكون دعوى حلول، باعتبار أنه يحل محل عمليه الدائن في مطالبة المدين الاصلي، واما بمقتضى دعوى شخصية سندا لعقد الوكالة المبرم مع العميل [١].

يتضح مما تقدم أن لعقد تحصيل الاوراق التجارية قوة ملزمة كغيره من العقود، لذلك على البنك تنفيذ ما التزم به بموجب هذا العقد، فاذا امتنع أو قام بالتنفيذ بطريقة معيبة أو تأخر في ذلك، فإن المسؤولية العقدية للبنك تثور. وبالرجوع الى القواعد العامة للمسؤولية المدنية في القانون المدني الأردني نجد أنه لم يتناول أحكام المسؤولية العقدية في آثار العقد -كما أسلفنا- بل اكتفى في ذلك بالأحكام العامة في التنفيذ عن طريق التعويض التي تطبق على حالات عدم تنفيذ الالتزام. الا أن الفقه الحديث مستقر على أن أركان هذه المسؤولية هي ثلاثة: الاخلال بالتزام عقدي، وحصول ضرر، والعلاقة السببية بينهما. وهذا ما سوف نتناوله بشيء من التفصيل على النحو التالي:

١- اخلال "البنك" بالتزام عقدي :

تذهب معظم القوانين المدنية، كالقانون المدني المصري والقوانين المتأثرة به الى اعتبار الخطأ ركن من أركان المسؤولية المدنية عقدية كانت أم تقصيرية.

ومن المعلوم أن القانون المدني الاردني يختلف عن هذه القوانين، حيث لا يأخذ بالخطأ في المسؤولية عن الفعل الضار، وانما تقوم هذه المسؤولية على مجرد حصول ضرر، وهذا يستفاد من نص المادة (٢٥٦) مدني المشار اليها سابقا. وهذا الحكم مستمد من الفقه الاسلامي [٢].

الا أن هذا الحكم لا ينسحب على المسؤولية العقدية، التي تعتبر الخطأ أو الاخلال العقدي أول وأهم أركانها، وانسجاما مع قواعد القانون المدني الاردني والفقه الاسلامي، فاننا نفضل استخدام الأخلال بالتزام عقدي.

وبناء على ذلك، فانه يشترط لقيام مسؤولية البنك عن عدم تحصيل قيمة الاوراق التجارية المسلمة له، أن يكون هناك اخلال من البنك بأحد التزاماته المترتبة عليه

---

(١) Letoux. (J). Le contrat de factoring theses, Rennes, 1977, P. 290 et suiv.

(٢) انظر حول ذلك، الشيخ الخفيف (علي)، نظرية الضمان في الفقة الاسلامي، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ١٩٧١، ص٦٧.

بموجب عقد تحصيل قيمة الاوراق التجارية. ويتمثل هذا الاخلال في عدم قيام البنك بتنفيذ ما التزم به كليا أو جزئيا، أو أنه يتأخر في التنفيذ، أو أنه يقوم بالتنفيذ بشكل معيب خلافا لما يقضي به العرف المصرفي [١].

واذا كان مضمون التزام البنك بصفته وكيلا عاديا هو التزام ببذل عناية كما أسلفنا، لتحصيل قيمة الاوراق التجارية، فإن على العميل اثبات اخلال البنك بهذا الالتزام، أي عليه اثبات أن البنك لم يبذل في تنفيذه العناية المطلوبة، واذا أثبت ذلك، انتقل عبء الاثبات الى البنك، ووجب عليه، اذا أراد نفي مسؤوليته، اقامة الدليل على وجود السبب الأجنبي وهو ما أكدت عليه المادة (٣٥٨) من القانون المدني الاردني المشار اليها سابقا[٢].

كما يستطيع البنك أن يدرأ مسؤوليته بأن يثبت أن الضرر نتج عن خطأ العميل، وهذا ما قضت به محكمة التمييز الأردنية في أحد أحكامها، حيث قررت أنه لا يسأل البنك المسحوب عليه عن الوفاء بقيمة شيك مزور، ولا يلزم الساحب بوفاء شيك لم يصدر عنه ولم يوقفه، ما لم يثبت البنك المسحوب عليه خطأ من جانب الساحب [٣]. واذا ثبت أن العميل قدم مستندات ووثائق مزورة فانه يسأل مسؤولية جزائية.

كذلك لا يسأل البنك اذا أثبت أن العميل لم يسلمه الاوراق التجارية المراد تحصيلها، أو أنه لم يستطع تنفيذ العقد بسبب عدم ذكر محل اقامة المسحوب عليه في الكمبيالات التي سلمها العميل للبنك [٤]. وبالتالي لم يستطع اخطار المدين بالحضور للوفاء بقيمة الكمبيالات المسحوبة عليه.

كما ويسأل البنك اذا قدمت اليه الورقة التجارية لتحصيلها قبل حلول أجلها بوقت كاف ولم تقدم للوفاء خلال المدة القانونية، أو أنه قدمها للمسحوب عليه بعد تاريخ الاستحقاق. وقد أوجب القانون التجاري في المادة (٤/١٨٢) أن يتم تقديم الاحتجاج لعدم

---

(١) عوض، عمليات البنوك، مرجع سابق، ص٩٠٣.

(٢) سلطان (انور)، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، عمان، الطبعة الاولى، ١٩٨٧، بند ٣٣٧، ص٢٣٤.

(٣) تمييز حقوق، رقم ٩٣/١١٢٩، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٥، ع٩ و١٠، ص٢٤٢٨.

(٤) حسني، مرجع سابق، ص٣٤٦.

الوفاء عن السند المستحق الأداء في يوم معين أو بعد مضي مدة معينة من تاريخه أو من تاريخ الاطلاع عليه في أحد يومي العمل التاليين ليوم استحقاقه.

فاذا قدم البنك سند السحب أو سند الامر (الكمبيالة) للمسحوب عليه بعد تاريخ الاستحقاق، ورفض المسحوب عليه الوفاء بقيمتها، فإن البنك عندما يحرر احتجاج عدم الوفاء، يكون قد حرره بعد الميعاد. صحيح أن حقه في مطالبة المحسوب عليه أو بقية الملتزمين لا يسقط، لكنه يكون مسؤولا عن تعويض الضرر الذي ترتب من جراء اهماله أو تخلفه عن تقديم سند السحب أو سند الامر (الكمبيالة) للوفاء.

ويعتبر البنك مخلا بالتزامه اذا أهمل في المحافظة على الاوراق التجارية التي استلمها لتحصيلها أو سرقت منه أو احترقت أو تلفت بسبب تسرب المياه أو الحشرات. وكذلك يسأل البنك اذا أهمل موظفه ولم يتأكد من استيفاء الاوراق التجارية للشروط الشكلية التي يتطلبها القانون، مثل مراجعة التظهيرات وتسلسلها.

فقد يترتب على هذا الاهمال عدم تمكن البنك من تحصيل قيمة الورقة التجارية، لا سيما وأن العرف المصرفي قد استقر على أن موظف البنك ملزم بمراجعة استيفاء الاوراق التجارية المقدمة للبنك للتحصيل بكافة الشروط الشكلية التي يتطلبها القانون لكل ورقة تجارية [١].

ويتعرض البنك للمسؤولية كذلك، اذا تجاوز حدود الوكالة الممنوحة له من ناحية التصرفات القانونية التي تتضمنها [٢]، فيما لو قام البنك برهن الكمبيالات المسلمة له للتحصيل أو يخصمها لدى البنك المركزي، ويترتب على ذلك حصول ضرر للعميل.

وبالرجوع الى القواعد العامة في الوكالة، نجد انها تقرر ان على الوكيل من تلقاء نفسه، أو اذا طلب منه الموكل ذلك، أن يخطر هذا الأخير بكل ما يطرأ على تنفيذ الوكالة متصلا بهذا التنفيذ وبالخطوات التي يتخذها لتنفيذ الوكالة، وبالصعوبات التي تعترضه، فإن لم يفعل في مدة معقولة، وتسبب عدم اخطار الموكل في وقوع ضرر به.

---

(١) د. البارودي (علي)، العقود وعمليات البنوك التجارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط ١٩٨٨، ص٤٠١ بالهامش.

(٢) د. عرفة (محمد علي)، شرح القانون المدني الجديد في التأمين والعقود الصغيرة، الطبعة الثانية، مطبعة جامعة فؤاد الاول، القاهرة، ١٩٥٠، ص٣٧٦.

فإن الوكيل يتعرض للمسؤولية [١]. وهذا ما نصت عليه المادة (٨٥٦) من القانون المدني بقولها: "يلتزم الوكيل بأن يوافي موكله بالمعلومات الضرورية عما وصل اليه تنفيذ الوكالة وبأن يقيد اليه الحساب عنها".

وتطبيقا لذلك، يسأل البنك عن تحصيل الكمبيالات المسلمة له، ولم يخطر العميل الذي يكون في حاجة الى هذه الاموال لسداد التزامات عليه، ولم يتمكن من الوفاء بهذه الالتزامات في وقت استحقاقها، وحصول ضرر للعميل من جراء ذلك. كذلك قضي بمسؤولية البنك عن اهماله في أخطار العميل بواقعة عدم قيام المدين المسحوب عليه بالوفاء، فاستمر العميل في التعامل معه ظنا منه انه وفى في دينه السابق، والذي كلف البنك بتحصيله ثم أفلس هذا المدين. وقال العميل المدعي أنه لو كان قد علم واقعة عدم الوفاء، لامتنع عن الاستمرار في التعامل مع المدين [٢].

ونلاحظ هنا أن القضاء الفرنسي يتشدد في محاسبة البنك عن كل اهمال يقع منه، باعتباره محترفا متخصصا فيما يعهد به اليه، كما يطلب اليه أن يقوم بكل ما يقضي به حسن النية على شخص محترف حريص ومأجور. لذلك قرر القضاء الفرنسي أن البنك يكون مسؤولا اذا لم ينبه العميل عن الصعوبات في تحصيل شيك للعميل، أو اذا قدم له معلومات خاطئة [٣].

ومن الالتزامات التي تقع على البنك الوكيل التزامه بتنفيذ تعليمات العميل [٤]، فاذا خالف هذه التعليمات أثناء قيامه بتحصيل قيمة الورقة التجارية، ونتج عن ذلك ضرر للعميل، فإن للأخير مساءلة البنك ومطالبته بالتعويض. والمثال على ذلك أن يتفق العميل في عقد بيع مع البائع على أن يدفع له الثمن عن طريق تحويل مبلغ له في حسابه ببنكه خلال فترة معينة، ويتفق بدوره مع النبك على القيام بتحويل قيمة الكمبيالة التي يحصلها لحساب البائع، ولكن البنك خالف تعليمات العميل، وقام بتحويل المبلغ،

---

(١) السنهوري، مرجع سابق، ص٤٩٤.

(٢) عوض، مرجع سابق، ص٨٩٧.

(٣) Rev. TR. D. Com. 1975, P. 875.

(٤) د. شفيق (محسن)، القانون التجاري الكويتي، جامعة الكويت، ١٩٧٢، ص٢٧.

ووضعه في حساب العميل. فيترتب على ذلك ان قيام البائع بفسخ عقد البيع مع العميل بسبب عدم دفع الثمن في الميعاد [١].

ويعد عدم قيام البنك بتقديم حساب لعميله عن قيمة الاوراق التجارية التي قام بتحصيلها، مما سبب ضررا للعميل، اخلالا بالتزامه المنصوص عليه في المادة (٨٥٦) من القانون المدني الاردني.

كذلك يلتزم البنك بعدم افشاء سر العميل، وهو التزام سلبي مصدره العقد، ويسأل في حالة افشاء أي بيانات تتعلق بالاوراق التجارية المطلوب منه تحصيل قيمتها لدائني العميل أو للغير.

وأخيرا يسأل البنك اذا لم يتقيد بتعليمات العميل، فهو وكيله، والوكيل ملزم بتنفيذ تعليمات موكله. وفي هذا الصدد قررت محكمة التمييز انه "ليس للبنك المودع لديه الشيك لقيد بحساب العميل حق المطالبة بقيمته طالما لم يجير للبنك بأي نوع من التجييرات ولا يكون البنك خصما للساحب" [٢].

ونخلص مما تقدم، ان القضاء لا يتساهل بأي اخلال من طرف البنك بالتزاماته التعاقدية باعتباره شخصا محترفا في الخدمات المصرفية، ويعتبر كل اهمال أو تقصير من جانب البنك يشكل اخلالا بهذه الالتزامات.

٢- حصول ضرر للعميل :

يشترط لكي تتحقق المسؤولية العقدية أن يكون هناك ضرر أصاب العميل جراء اخلال البنك بالتزامه التعاقدي، فاذا لم يوجد الضرر فلا محل للمسؤولية، اذ انها تدور مع الضرر وجودا وعدما فلا مسؤولية حيث لا ضرر، وبتالي لا يكفي مجرد اخلال "البنك" بالتزامه التعاقدي لقيام مسؤوليته [٣].

---

(١) حسني (حسن)، مرجع سابق، ص٣٤٧.

(٢) تمييز حقوق رقم ٩٣/١٥١٥، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٥، ص٢٤٤٧.

(٣) غانم (اسماعيل)، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، مكتبة عبدالله وهبة، ١٩٦٧، بند ٣١، ص٥٨ وما بعدها.

وقد عرف معظم الفقه الضرر بأنه "الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له، سواء كانت المصلحة ذات قيمة مالية أو معنوية"[١].

واذا كان الغالب هو أن يصيب العميل ضرر من تقصير البنك أو اهماله، الا أن هناك أحوالا قد يتحقق فيها هذا التقصير، ومع ذلك لا يصيب العميل من جرائه ضرر ما. فإذا لم ينتج عن اخلال البنك بالتزامه التعاقدي خسارة للعميل ولم يفوت عليه ربحا أو فرصة حقيقية للربح لا تقوم مسؤولية البنك، لأن المسؤولية ليست الا التزاما بالتعويض، وهذا التعويض يقدر بمقدار الضرر [٢].

فقد يمتنع البنك عن تنفيذ التزامه العقدي، ورغم ذلك لا ينجم عن ذلك ضرر لعميله، فمثلا قد يلتزم البنك في نطاق الوكالة الممنوحة، ولا يجوز له الخروج عنها، ومع ذلك قد يخرج البنك عن نطاق الوكالة.

ولا يترتب من جراء ذلك ضرر للعميل، فقد يطلب العميل من البنك تحصيل دين له على أقساط، فيقوم البنك بتحصيله دفعة واحدة.

وقد ينفذ "البنك" العقد تنفيذا معيبا أو مخالفا لما استقر عليه العرف المصرفي، ولا يترتب عن ذلك ضرر للعميل، كما لو طلب الأخير الذي أبرم عقد بيع من البنك تحصيل قيمة كمبيالة وتحويلها لحساب البائع، الا أن البنك لم يقم بالتحويل لحساب البائع، وتبين فيما بعد أن العميل كان قد فسخ عقد البيع.

ويشمل الضرر القابل للتعويض، الضرر المادي والأدبي، والضرر المادي هو كل مساس يسبب للعميل خسارة مالية، وهذا الضرر الأكثر وقوعا في الحياة العملية. أما الضرر الأدبي فهو ما يصيب الدائن من أذى في شرفه أو سمعته او كرامته او اعتباره المالي، فيصيبه في غير الحقوق المالية، وهذا الضرر قابل للتعويض المالي. وفي هذا الصدد نلاحظ ان القانون المدني الاردني لم ينص على الضرر الأدبي في اطار المسؤولية العقدية، وامام سكوت المشرع الاردني، فاننا نعتقد انه لا يوجد ما يمنع من

---

(١) انظر حول ذلك: الشامي (محمد حسين)، ركن الخطأ من المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٠، بند ٢٤٥، ص٤٩٩.

(٢) مرقص (سليمان)، الوافي في شرح القانون المدني، نظرية العقد والارادة المنفردة، المجلد الأول، الطبعة الرابعة ١٩٨٧، بند ٢٨٦، ص٥٥٣.

تطبيق نص المادة (٢٦٧) مدني اردني الذي يتعلق بالمسؤولية عن الفعل الضار في نطاق العقد لاتحاد العلة. وهذا ما أخذت به محكمة التمييز الأردنية[١] .

وبناء على ما تقدم، يمكن أن يتحقق الضرر الأدبي في عقد تحصيل قيمة الاوراق التجارية، كما لو تنحى البنك عن عدم تحصيلها دون عذر مقبول، مما أدى الى تشويه سمعة العميل في السوق التجارية وذلك عملا بالمادة (١/٨٦٦) من القانون المدني الاردني.

ويجب تحقق الضرر الذي يطالب العميل بالتعويض عنه، سواء أكان ماديا أو أدبيا، أي يجب أن يكون الضرر محققا، ويكون الضرر كذلك اذا كان حالا أي وقع فعلا، أما اذا كان الضرر مستقبلا، فقد يكون محقق الوقوع أو ضررا محتملا. فاذا كان الضرر محقق الوقوع فيجب التعويض عنه، ولا يتعين في هذه الحالة انتظار وقوعه لرفع دعوى التعويض [٢]. أما الضرر المحتمل الوقوع في المستقبل فلا محل لطلب التعويض عنه في الحال، بل يجب الانتظار حتى يتحقق، اذ لا تتحقق المسؤولية حتى يتحقق الضرر [٣]. ويجب التفرقة بين الضرر المحتمل بهذا المفهوم، وبين تفويت الفرصة الذي يعوض عنه، لأن الفرصة هي أمر احتمالي قد يتحقق وقد لا يتحقق، لكن الحرمان من الفرصة يعتبر ضررا محققا يعتد به كل من الفقه والقضاء المقارن كضرر موجب للتعويض، وهكذا نجد ان القضاء في كل من فرنسا ومصر استقر ومنذ زمن طويل على مبدأ التعويض عن تفويت الفرصة. [٤]

---

(١) تمييز حقوق ٩٠/٢٩٣ مجلة نقابة المحاميين ١٩٩١، ص ١٣٥١.

(٢) المنجي (محمد)، دعوى التعويض، الاسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٩٠، الطبعة الاولى، ص١٥٦. انظر حول ذلك: تمييز حقوق، رقم ٨٢/٩٥، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٣، س٣١، ص٢٤٢.

(٣) الصده (عبدالمنعم فرج)، مصادر الالتزام، بيروت، طبعة ١٩٧٩، بند ٤٦٧، ص٥٨٩.

(٤) من فرنسا انظر على سبيل المثال الاحكام التالية:

Civ. Ire, 18 novembre. 1975. D. 1976. I.R. P. 38.

وحول موقف الفقه في فرنسا من هذا الموضوع انظر

G. VINEY . Traite de droit civil, Les obligations, La responsabilite: conditions. L.G.D.J. Paris. 1982. No. 279. P. 343.

اما في مصر انظر الاحكام التالية على سبيل المثال استئناف مصر ١٧/٤/١٩٤٩، المحاماة ٣١-٧٦٩-٢٣٤. نقض مدني ٢٧ مارس ١٩٨٠، مجموعة احكام النقض ٣١-١-٩٣٧-١٨٤. وانظر الى العديد من الأحكام التي اشار اليها د. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الثاني في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، الطبعة الخامسة ١٩٨٨، الهوامش من ٣٧-٤٣، ص ١٤٦-١٤٧.

اما المشرع الأردني فقد التزم الصمت عن ذلك، ولكن لا نعتقد بوجود ما يمنع من التعويض عن الحرمان من الفرصة، لأن ذلك يتفق مع مباديء العدالة. ولهذا استقر القضاء الأردني على مبدأ التعويض عن تفويت الفرصة كلما كانت مؤكدة، وهذا ما تؤكد عليه محكمة التميز الاردنية في العديد من احكامها، من ذلك ما قررته بقولها "من المتفق عليه فقها وقضاء ان المدعي الذي يقصر في واجباته المهنية ويفوت على موكليه مدد الطعن القانونية مسؤول بتفويت الفرصة عما يكسبونه من الطعن. ان الفرصة وان كانت امرا محتملا الا ان تفويتها امر محقق يوجب التعويض" (١).

وبناء على ما تقدم، يمكن للعميل المطالبة بالتعويض عن تفويت البنك عليه فرصة حقيقية وجدية اذا أهمل ولم يقم بتحصيل قيمة الاوراق التجارية المودعة لديه خلال المدة القانونية، وكان العميل قد أعتمد على ذلك في الدخول في مناقصة او في شراء صفقة تجارية مؤكد حصوله على الربح.

والأصل أن يكون التعويض في المسؤولية العقدية عن الضرر المباشر المتوقع، ولا يمتد الى الضرر غير المتوقع الا اذا كان الاخلال في تنفيذ عقد تحصيل الاوراق التجارية راجعا الى غش البنك أو خطئه الجسيم. كما لو تواطأ البنك مع أحد المظهرين للورقة التجارية، فلا يحرر بروتستو (احتجاج) عدم الدفع حتى لا يستطيع أن يرجع العميل الى الضامنين والمظهرين للورقة.

وعلة قصر التعويض على الضرر المتوقع في المسؤولية العقدية. هي أن هذه المسؤولية تقوم على العقد، وأن ارادة المتعاقدين هي التي تحدد مدى الضرر الواجب التعويض عنه. وقد افترض المشرع أن هذه الارادة قد اتجهت الى جعل المسؤولية عن الضرر مقصورة على المقدار الذي يتوقعه الطرفان وقت التعاقد (٢).

---

(١) تمييز حقوق مجلة نقابة المحامين سنة ١٩٨٩، ص ١٩٨٠. وكذلك انظر تمييز حقوق ٨٨/١٤٨، مجلة النقابة ١٩٩٠، ص ١٣٥٥. وتمييز حقوق رقم ٨٢/٧٦٨ مجلة النقابة ١٩٨٣.

(٢) Y. Buffelan-Lanore, Droit, Civil, 3e edition. Masson, 1986, P. 251.

وتوقع البنك للضرر يقاس بمعيار موضوعي لا بمعيار ذاتي، وهو معيار ما يتوقعه الشخص المعتاد في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها البنك [1]. فإذا أهمل في أخذ الظروف الملابسة التي كانت تحيط بتحصيل بعض الاوراق التجارية، فإن الضرر يعتبر متوقعا لأن الشخص المعتاد لا يهمل الاعتداد بمثل هذه الظروف.

ولا يكفي لتوقع الضرر أن يكون سببه هو المتوقع، بل يجب أن يتناول التوقع مقداره أيضا. ويقع عبء اثبات الضرر على عاتق العميل، وذلك وفقا للقاعدة العامة في تحميل المدعي عبء اثبات ما يدعيه، فلا يفترض وقوع الضرر لمجرد اخلال البنك بالتزاماته، لأن وقوع الضرر عبارة عن واقعة مادية يجوز اثباتها بجميع طرق الاثبات، ومنها البينة والقرائن، وهي مسألة موضوعية يختص بها قاضي الموضوع ولا رقابة عليه فيها من محكمة التمييز.

٣- علاقة السببية بين اخلال "البنك" بالتزامه وبين الضرر الحاصل للعميل :

علاقة السببية هي العلاقة المباشرة التي تقوم بين اخلال البنك بالتزامه، وبين الضرر الذي أصاب العميل. فلا يكفي أن يكون هناك اخلال للبنك بالتزاماته الناشئة من عقد تحصيل قيمة الاوراق التجارية، وأن يقع ضرر للعميل، بل يجب أن يكون اخلال البنك هو السبب في هذا الضرر.

فاذا انتفت رابطة السببية المباشرة تنتفي المسؤولية. فالسببية ركن جوهري في كافة صور المسؤولية المدنية. وهذه السببية تنتفي باثبات أن الضرر قد نتج عن سبب أجنبي لا يد للبنك فيه.

ومفاد ذلك أن مجرد عدم تنفيذ البنك لما التزم به كليا أو جزئيا، يعد إخلالا بالتزامه ولكن لمساءلة (البنك) فانه يشترط ان يلحق ضرر بالعميل، وان يكون هذا الضرر ناجم عن اخلال المصرف بالتزامه، أي أن تكون هناك علاقة سببية بين عدم التنفيذ والضرر الحاصل للعميل.

---

(١) عابدين (محمد أحمد)، التعويض بين الضرر المادي والأدبي والموروث، الاسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٩٥، ص١٤٧.

والأصل أن العميل الذي يطالب مدينه بالتعويض، هو المكلف باثبات رابطة السببية بين اخلال البنك بالتزامه وبين الضرر الذي اصابه. الا أن الاخذ بنظرية تحمل مخاطر المهنة التي سبق وأشرنا اليها، يجعل عبء الاثبات ميسور في غالب الاحوال، اذ بمجرد أن يقوم العميل باثبات الضرر، ويقدم من القرائن ما يرجح قيام رابطة السببية طبقا لمبدأ الاحتمال الكافي، أو مبدأ الترجيح، وهو الاساس في القرائن القضائية [1]. ثم ينتقل عبء الاثبات الى البنك الذي يتعين عليه اثبات انها غير قائمة، وأن الضرر الذي أصاب العميل ليس نتيجه لاخلاله بالتزاماته.

ويكون ذلك اما بطريق مباشرة، بأن يثبت أن الضرر الذي أصاب العميل كان سيصيبه ولو لم يقم البنك بالوفاء بالتزامه، ويتحقق ذلك اذا أثبت أن الضرر مرجعه تقصير العميل في تقديم البيانات. وإما بطريق غير مباشر باقامة الدليل على أن الضرر يرجع لسبب أجنبي عنه. وقد نصت المادة (٢٦١) من القانون المدني الاردني على أنه "اذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير، أو فعل المتضرر، كان غير ملزم بالضمان، ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك". كما أكدت القواعد الموحدة للتحصيل الصادرة عن الغرفة الدولية للتجارة على السبب الاجنبي، فقد نصت المادة (١٥) من هذه القواعد على أن "لا تتحمل البنوك أي التزام او مسؤولية عن النتائج الناجمة عن انقطاع أعمالها بسبب القضاء والقدر أو أعمال الشغب أو الاضطرابات المدنية أو التمرد أو الحروب أو أي أسباب أخرى خارجة عن سيطرتها بسبب أي اضراب أو اغلاق تعجيزي LOCKOUTS".

يتضح مما سبق، ان السبب الاجنبي هو كل أمر لا يد للبنك فيه، ويكون السبب في احداث الضرر للعميل، فيترتب عليه انتفاء مسؤولية البنك كلها أو بعضها. حيث أن قيام السبب الاجنبي يعني انعدام رابطة السببية بين اخلال البنك بالتزامه وبين هذا الضرر. ولما كانت علاقة السببية تستقل عن بقية اركان المسؤولية العقدية الاخرى، فانها لا تتدخل في تقدير التعويض الذي قد يزيد أو ينقص تبعا لما اذا كان الضرر قد

---

(١) غانم، مرجع سابق، فقرة ٥٦، ص٧٤. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة ١٩٦٤، فقرة ٥٦، ص ٧٤.

ترتب عن اخلال البنك بالتزامه وحده، أو أن عوامل اخرى قد شاركت في حدوثـــه [1]. وعليه قد يشترك اهمال البنك بتحصيل قيمة الاوراق التجارية المسلمة له، مع تقصـــير صدر من جانب العميل، كما لو ثبت أنه لم يستدل على موطن المدين الذي قدمـــه لـــه العميل، وهذا يسمى بالخطأ المشترك. فاذا ثبت ذلك لا يسأل البنك عن تعويض الضـرر كله، بل ينقص منه ما يقابل تقصير العميل، ويراعي القضاء في تحديد مقدار ما ينتقص من التعويض، درجة جسامة الاهمال من الجانبين. ولقاضي الموضوع سلطة تقديريـــة في هذا الصدد عملا بالمادة (٢٦٤) من القانون المدني الاردني التي تنص علـــى أنـــه "يجوز للمحكمة أن تنقض مقدار الضمان أو أن لا تحكم بضمان ما اذا كان المتضرر قد اشترك بفعله في احداث الضرر أو زاد فيه".

---

(١) انظر حول ذلك، عامر (حسين)، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، الطبعة الأول، القاهرة ١٩٥٦ بند ٣٤٨، ص٣٣٢.

المبحث الثاني

الاتفاق على تعديل أحكام مسؤولية البنك العقدية عن عدم تحصيل قيمة الأوراق التجارية

تبين لنا فيما سبق الى أن القضاء المقارن يتجه الى أن مسؤولية (البنك) العقدية هي مسؤولية موضوعية، تستند الى نظرية تحمل مخاطر المهنة وتحمل التبعة، أي يسأل (البنك) بمجرد حصول ضرر للعميل من جراء عدم تحصيل قيمة الاوراق التجارية، مما يعني تشديد مسؤولية (البنوك) التجارية، لذلك تلجأ البنوك في كثير من الاحيان الى ابرام اتفاق مع العميل لتعديل أحكام المسؤولية العقدية عن التأخير في تحصيل قيمة الاوراق التجارية المسلمة لها، أو عن تلفها أو فقدانها اثناء ارسالها بالبريد، أو بسبب التأخير في تحرير البروتستو الامتناع عن الوفاء لتحريك الضمانات التي تضمن للعميل حقه، خاصة وأن عقد التحصيل قد يتضمن عدة شروط وضعت مسبقا من طرف الوكيل (البنك) في نموذج خاص يقدم لكل طالب للتعاقد، ولا يمكن للعميل مناقشة هذه الشروط الا ما يتعلق بسعر العمولة والفوائد ومدة العقد [١].

لم يعالج القانون المدني الاردني صراحة الاتفاق على تعديل احكام المسؤولية العقدية على غرار ما فعل بالنسبة للمسؤولية عن الفعل الضار، حيث نصت المادة (٢٧٠) صراحة على أنه "يقع باطلا كل شرط يقضي بالاعفاء من المسؤولية المترتبة على الفعل الضار" [٢].

ازاء ذلك يثور التساؤل عن مدى صحة اتفاق البنك مع عميله على تعديل أحكام مسؤوليته عن عدم تحصيل قيمة الاوراق التجارية المسلمة له في ظل نصوص القانون المدني الأردني. وهذا ما سوف نتطرق اليه في (الفرع الاول).

---

(١) توفيق (تورية)، وكالة تحصيل وضمان الحقوق التجارية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ١٩٨٧، ص٥٥.

(٢) السرحان (عدنان)، خاطر (نوري)، شرح القانون المدني الاردني، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، دراسة مقارنة، طبعة ١٩٩٧، فقرة ٣٧٢، ص٣٣٢.

وحيث ان حكم الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية، يأخذ حكم الاعفاء من المسؤولية المنصوص عليه صراحة في كثير من التشريعات المدنية، والذي غالبا ما يرد في الحياة العملية. لذلك فإن الامر يتطلب منا تخصيص (الفرع الثاني) لشرط اعفاء البنك من مسؤوليته العقدية ومدى صحته.

الفرع الأول : مدى صحة الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية "للبنك" عن عدم تحصيل قيمة الاوراق التجارية

الأصل كما أشرنا سابقا أن مسؤولية البنك في حالة عدم تحصيل قيمة الاوراق التجارية هي مسؤولية عقدية، وبما أن العقد هو وليد الارادة، فلها الحرية في تعديل قواعد المسؤولية العقدية [1]، سواء كان ذلك تخفيفا او تشديدا في حدود القانون، وبما لا يتعارض مع النظام العام. كما أن للعقد قوة ملزمة، تلزم المدين (البنك) بما نص عليه من التزامات، فان قصر أو تعدى، تثور مسؤوليته العقدية، ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يتفق المتعاقدان عند التعاقد على تخفيف مسؤولية البنك أو على تحديدها، في حالة اخلاله بالتزامه التعاقدي، اذا ما أهمل في ذلك دون أن يكون ناشئا عن تعمد أو عن خطأ جسيم، وبالتالي يتنازل العميل عن جزء من التعويض أو يستبدله بشيء آخر.

وهذا يعني أنه يلزم لعدم الاخذ بالاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية، أن يقع على عاتق العميل عبء اثبات غش البنك.

والاتفاق على تعديل احكام هذه المسؤولية قد يكون بتشديدها وهو ما نص عليه القانون المدني المصري (١/٢١٧) بقولها "يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة"، وهكذا قد يتفق على تعديل طبيعة الالتزام المفروض على البنك، بأن يكون التزامه التزاما بتحقيق نتيجة بدلا من أن يكون التزما ببذل عناية.

وعلى العكس من ذلك، قد يكون الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية بتخفيفها، وذلك بانقاص مقدار الضمان، أو أن يقتصر على جزء من الضرر، أو وضع حد أقصى لمقدار الضمان، ولا يعوض منه ما يجاوز ذلك [2].

---

(١) السنهوري، الوسيط، نظرية الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٦٤، ص٦٧٣.

(٢) مرقص (سليمان)، الوافي في شرح القانون المدني، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، المجلد الثاني، الطبعة الخامسة ١٩٨٨، فقرة ٢٢٢، ص٦٣٦ وما بعدها.

وغالبا ما يتم الاتفاق على اعفاء البنك من المسؤولية العقدية، مما يؤدي الى اعفائه من التزامه بالتعويض، وسلب العميل المتضرر حقه المقابل لذلك.

وبالرجوع الى نصوص القانون المدني الاردني، نجد أنه لم يتضمن نصا صريحا يجيز الاتفاق على تعديل احكام المسؤولية العقدية، كما أنه لم يرد فيه نصا يقرر بطلان مثل هذا الاتفاق.

ومع ذلك يمكن استخلاص ذلك ضمنيا من بعض نصوص هذا القانون. فالمشرع الاردني أقر بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين "من باشر عقدا من العقود بنفسه لنفسه فهو الملزم دون غيره بما يترتب عليه من أحكام". وكذلك المادة (١٩٩) من نفس القانون التي تنص على أنه "١- يثبت حكم العقد في المعقود عليه وبدله بمجرد انعقاده دون توقف على القبض أو أي شيء آخر ما لم ينص القانون على غير ذلك ٢- أما حقوق العقد فيجب على كل من الطرفين الوفاء بما أوجبه العقد بينهما".

وهذه النصوص تدل بشكل واضح على وجوب الالتزام بالعقد، فلا يجوز لأحد المتعاقدين أن يستقل بنقضه أو تعديله الا بالاتفاق مع المتعاقد الآخر. وهذا يعني انه اذا كانت ارادة المتعاقدين عند انشاء العقد اتجهت الى تعديل قواعده بما لا يتعارض مع النظام العام والآداب فهذا يتطلب التقيد بذلك، في حالة أخلال المدين بالتزامه العقدي وترتبت مسؤوليته العقدية.

كما يستفاد من نص المادة (٣٥٨) ان القانون المدني الاردني يجيز الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية، فهذه المادة تنص في فقرتها الاولى انه "اذا كان المطلوب من المدين هو المحافظة على الشيء أو القيام بادارته أو توخي الحيطة في تنفيذ التزامه، فانه يكون قد وفى بالالتزام اذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون او الاتفاق على غير ذلك". وتؤكد الفقرة الثانية من نفس المادة على انه "وفي كل حال يبقى المدين مسؤولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم". وهذا يفيد ضمنا جواز الاتفاق على تعديل احكام المسؤولية العقدية، اذا نص الاتفاق على ذلك، الا اذا كان اخلال المدين بالتزامه العقدي ناشئا عن غش أو خطأ جسيم. ويطبق نص المادة (٣٥٨) عند اخلال البنك

بالتزامه العقدي بالمحافظة على الاوراق التجارية المسلمة له من عميله، وعند عدم تحصيل قيمتها باعتبار أن التزامه هو التزام ببذل عناية كما ذكرنا سابقا.

ومما يؤكد ذلك، ان المشرع الاردني في المادة (٨٧٢) من القانون المدني أجاز للمودع لديه الاتفاق مع المودع على عدم ضمان الوديعة اذا هلكت بتعديه او تقصيره اثناء قيامه بحفظها. والاوراق التجارية المسلمة للبنك تعتبر وديعة وعليه المحافظة عليها، فاذا اتفق مع العميل على التخفيف من مسؤوليته في حالة فقدانها أو تلفها، فهذا جائز وفقا لهذا النص.

كذلك تنص المادة (٤/٥١٤) مدني اردني على انه "لا يكون البائع مسؤولا عن العيب القديم في الحالات التالية، منها اذا باع البائع المبيع بشرط عدم مسؤوليته عن كل عيب فيه أو عن عيب معين الا اذا تعمد البائع اخفاء العيب، او كان المشتري بحالة تمنعه من الاطلاع على العيب". فهذا النص يجيز الاتفاق بين البائع والمشتري على اعفاء البائع من ضمان العيوب الخفية في عقد البيع.

نخلص مما تقدم إلى أن نصوص القانون المدني الاردني تجيز للبنك الاتفاق مع عميله على تعديل أحكام مسؤوليته التي يمكن أن تترتب عند قيام البنك بتنفيذ عقد تحصيل قيمة الاوراق التجارية، اذا كان هذا الاتفاق لا يتعارض مع النظام العام والآداب. ولا يؤخذ بهذا الاتفاق اذا ثبت ان اخلال البنك بالتزامه العقدي ناتج عن غشه أو خطئه الجسيم. ويقع على عاتق البنك عبء اثبات قبول العميل للاتفاق على تعديل أحكام مسؤوليته العقدية.

الفرع الثاني : شرط اعفاء "البنك" من مسؤوليته العقدية

يقصد بشرط الاعفاء من المسؤولية عن الفعل الضار رفع المسؤولية كلية عن مرتكب الفعل الضار، ومنع مطالبته بالتعويض وفقا لقواعد هذه المسؤولية. أما شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية، فهو أن يتفق المدين مع الدائن على اعفائه من أية مسؤولية قد تترتب على اخلاله بالتزامه التعاقدي.

وبالرجوع الى نصوص القانون المدني الاردني، نلاحظ أنه لم يتضمن نصا يجيز الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية العقدية، كما فعل المشرع المصري في المادة

(٢/٢١٧) التي تنص على أنه "وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي الا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم".

وقد ذهب المشرع المصري الى أكثر من ذلك، حيث أجاز للمدين ان يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم، الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه.

وبالرغم من سكوت المشرع الاردني في القانون المدني عن شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية، الا أن بعض الفقهاء [1] ذهبوا الى عدم جواز الاتفاق على شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية في القانون المدني الاردني استنادا للمادة (٣٦٤) مدني اردني، والتي تنص على انه "١- يجوز للمتعاقدين ان يحددا مقدما قيمة الضمان بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون.

٢- ويجوز للمحكمة في جميع الاحوال بنا على طلب احد الطرفين أن تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساويا للضرر، ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك.

ويعلل هذا البعض من الفقهاء ما ذهبوا اليه، بأنه اذا كان يجوز للمحكمة وفقا لهذا النص وفي جميع الحالات، بناء على طلب أي من الطرفين المتعاقدين تعديل الاتفاق على مقدار الضمان، بحيث يكون مساويا للضرر الواقع فعلا، فمعني ذلك عدم جواز الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية.

الا أننا نلاحظ أن ما ذهب اليه هذا الجانب من الفقه يجانبه الصواب، ذلك أنه وعلى الرغم من أن القانون المدني الاردني لم ينص صراحة على جواز صحة شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية، فهذا لا يعني على الاطلاق عدم جواز ذلك.

صحيح انه لا يوجد قاعدة عامة للاعفاء من المسؤولية العقدية في القانون المدني الاردني، الا أنه يستنتج وبوضوح تام من العديد من نصوصه، ان هذا القانون يجيز شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية. وهذه النصوص تؤكد ما نذهب اليه، وأهم هذه النصوص ما يلي:

---

(١) سلطان، مرجع سابق، ص٣٥٩.

١- ان المادة (٣٥٨) من القانون المدني الاردني، المشار اليها سابقا، تجيز الاتفاق على اعتبار أن المدين قد وفى بما التزم به، حتى لو لم يبذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ما لم يكن ذلك ناتجا عن غشه أو خطئه الجسيم. وهذا يؤدي الى القول أنه اذا كان من الجائز الاتفاق على تعديل مسؤولية المدين ببذل عناية أقل مما يبذله الشخص العادي، فإن شرط الاعفاء من المسؤولية ما هو الا اتفاق على تعديل احكامها.

٢- كذلك المادة (٨٧٢) من القانون المدني الاردني التي تنص على أن "الوديعة أمانة في يد المودع لديه، وعليه ضمانها اذا هلكت بتعديه او تقصيره في حفظها ما لم يتفق على غير ذلك". ويستفاد من هذا النص أنه يجوز الاتفاق على اعتبار المودع لديه غير ضامن للوديعة اذا هلكت بتعديه أو بتقصيره.

٣- نص المشرع الاردني في القانون المدني، على عدم جواز الاعفاء من المسؤولية العقدية في حالات معينة :

أ -ما نصت عليه المادة (٦٨٩) من هذا القانون بقولها "كل اتفاق يقضي بالاعفاء من ضمان التعرض أو العيب يقع باطلا اذا كان المؤجر قد اخفى عن غش سبب هذا الضمان".

ب-وكذلك في عقد التأمين نصت على ذلك المادة (٢/٩٣٤) مدني على أنه "لا يكون المؤمن مسؤولا عن الاضرار التي يحدثها المؤمن له أو المستفيد عمدا أو غشا ولو اتفق على غير ذلك".

ج-عدم جواز شرط اعفاء المقاول والمهندس المعماري من المسؤولية عن تهدم وتصدع البناء استنادا للمادة (٧٩٠) من القانون المدني التي تنص على أنه "يقع باطلا كل شرط يقصد به اعفاء المقاول او المهندس من الضمان او الحد منه" [١].

د- أبطل المشرع الشروط التي ترد في عقد التأمين، والتي تؤدي الى اعفائه من ضمان الخطر المؤمن منه، اذا تحقق هذا الخطر بسبب لا يرجع للمؤمن له، واعتبر مثل هذه الشروط تنطوي على تعسف من جانب شركة التأمين بهدف

---

(١) السرحان وخاطر، مرجع سابق، ص٣٣٦.

هضم حقوق المؤمن له، وهو الطرف الضعيف في عقد التأمين. وهذا ما نصت عليه المادة (٩٢٤) مدني، حيث جاء فيها "يقع باطلا كل ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط التالية ...." [١].

وتطبيقا لذلك، فان القضاء الاردني مستقر على بطلان كل شرط يؤدي الى اعفاء شركة التأمين من التزاماتها، اذا ثبت ان مخالفة هذا الشرط لا صلة له بوقوع الحادث المؤمن منه [٢].

٤- ان المادة (٣٦٤) من القانون المدني الاردني، والتي استند اليها بعض الفقهاء في قولهم بعدم جواز الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية، لا صلة لها البتة باتفاقيات هذه المسؤولية، وانما هي تتعلق بالشرط الجزائي وهو عبارة عن ضمان اتفاقي يتم الاتفاق عليه بين المتعاقدين عن التعاقد مقدما، يحددان فيه مقدار الضمان الذي يستحقه الدائن اذا ما أخل المدين بالتزامه.

والاتفاق على شرط جزائي لا يعني انه التزام أصلي، وانما هو التزام تابع للالتزام الاصلي، ألا وهو التنفيذ العيني. ثم ان الاتفاق على شرط جزائي لا يؤدي الى تعديل شروط استحقاق الضمان، بل يجب توافر شروط استحقاق الضمان جميعها، والتي تتطلب أن يكون هناك ضرر يساوي فعلا مقدار الضمان المتفق عليه، والا بامكان الطرفين اللجوء الى القضاء لتعديل مقدار الشرط الجزائي كما جاء في نص المادة (٣٦٤) مدني [٣]، بينما شرط الاعفاء من المسؤولية هو اعفاء المدين من التزامه بالتعويض عن الضرر الذي يمكن أن يقع، مما يؤدي الى منع الدائن المتضرر من المطالبة بالضمان، ويبقى الضرر دون جبر.

---

(١) العطير (عبدالقادر)، التأمين البري في التشريع الاردني، عمان، طبعة ١٩٩٥، بند ٨٨، ص١٥٠.

(٢) تمييز حقوق رقم ٨٩/١١٧١، مجلة نقابة المحامين سنة ١٩٩١، ص١٣٤٤. وكذلك تمييز حقوق ٨٦/٥٢٧، نفس المجلة سنة ١٩٨٨، ص٢١٠٠. تمييز حقوق ٩٠/٣٠٨، نفس المجلة لسنة ١٩٩١، ص١٩٠٠.

(٣) انظر حول ذلك ما ذهبت اليه محكمة التمييز الاردنية في حكمها رقم ٩٨/٥٧١ هـ.ع. مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٨، ص٣٠٧٥.

لكل ما تقدم، يمكن القول انه يجوز في القانون المدني الاردني الاتفاق على الاعفاء من احكام المسؤولية العقدية، باستثناء ما ينشأ عن غش المدين أو خطئه الجسيم، وهو ما نصت عليه صراحة المادة (٢/٣٥٨) بقولها "وفي كل حال يبقى المدين مسؤولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم".

وتطبيقا لذلك، فان الاتفاق على اعفاء البنك من المسؤولية العقدية يكون جائزا وصحيحا. ومما يؤيد ذلك ما ذهبت اليه محكمة التمييز الاردنية في حكم لها صادر عن هيئتها العامة، فقد جاء في قرارها ما يلي "ان تحفظ البنك المودع لديه الشيك برسم التحصيل واشتراطه اعفاءه من المسؤولية عن أي ضرر أو فقدان للشيك عند ارساله الشيك الى البنك المسحوب عليه في الخارج يعفيه من المسؤولية عن فقدان الشيك اثناء المراسلات، وبالرجوع الى حيثيات هذا الحكم نجد كذلك ان محكمة التمييز قد ذهبت الى أبعد من ذلك، حيث ذكرت بأن هذه الشروط التي تكون مبينة على ظهر الفيشة التي وقع عليها العميل، قد استقر الفقه على تطبيق مثل هذه الشروط، والأخذ بها بين البنك والعميل.." [١].

أما عقد تحصيل قيمة الاوراق التجارية ان كان مكتوبا، أو كان العقد غير مكتوب، فإن الامر يتطلب أن نميز بين ما اذا كان العقد تجاريا بالنسبة للعميل، وفي هذه الحالة يحق للبنك أن يثبت الشرط بكافة طرق الاثبات، وأما ان كان العقد مدنيا بالنسبة للعميل فيجب على البنك الالتزام بقواعد الاثبات المدنية [٢].

وأخيرا، يلاحظ ان شرط الاعفاء من المسؤولية قد يؤدي الى الاضرار بالبنك، لعدم ثقة العملاء به، وبالتالي الامتناع عن التعامل معه، مما سيؤدي الى قلة الايداعات، وانكماش نشاط البنك ينتج عنه قلة أرباحه.

لذلك فمن الافضل للبنك اللجوء الى التأمين من مسؤوليته ضد بعض المخاطر بدلا من اشتراط الاعفاء من المسؤولية في عقد تحصيل قيمة الاوراق التجارية.

---

(١) تمييز حقوق ٩٥/١٥٨٥، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٦، ع٦، ص١٣٧١.

(٢) حسني، مرجع سابق، ص٣٣٢.

خاتمـــة

بعد عرض أحكام المسؤولية العقدية للبنك عن عـــدم تحصيـــل قيمـــة الأوراق التجارية، نستطيع أن نوجز ما انتهينا اليه في هذا البحث في النقاط التالية :

١- لم ينظم المشرع الاردني عقد تحصيل الاوراق التجارية في قانون التجارة أو فـــي أي تشريع آخر، وبالتالي فهو عقد غير مسمى، وللوقـــوف علـــى أحكـــام هـــذه المسؤولية، فإن الأمر يتطلب الرجوع الى قواعد المسؤولية المدنية فـــي القـــانون المدني باعتباره المصدر الاساسي لما تعرفه العقود التجارية من نقص. ورغـــم أن المشرع الاردني في هذا القانون لم يتعرض لأحكام المسؤولية العقدية بشكل عـــام ولا لأحكام المسؤولية العقدية (للبنوك)، الا أننا مع ذلـــك حاولنـــا تحديـــد معـــالم مسؤولية البنك العقدية عن عدم تحصيل قيمة الاوراق التجارية.

٢- لقد تبين لنا أن البنك عندما يقوم بتحصيل قيمة الاوراق التجارية لحساب عميلـــه، فاننا نكون من الناحية القانونية امام عقدين متداخلين، هما عقد وكالة وعقد وديعـــة. وبناء على ذلك، فان البنك أثناء عملية التحصيل يقوم بذلك بصفته وكيلا عاديـــا، وفي نفس الوقت تطبق أحكام الوديعة من تاريخ استلامه للأوراق التجاريـــة مـــن عميله.

٣- أوضحت هذه الدراسة أن التزام البنك أثناء قيامه بتحصيل قيمة الأوراق التجاريـــة هو التزام ببذل عناية وليس التزام بتحقيق نتيجة. ولكن العناية المطلوبة منه هـــي عناية شخص محترف مأجور. وتمتاز بالدقة والحذر وحسن تنفيذ المطلوب منه.

٤- ان مسؤولية البنك عند تنفيذه عقد تحصيل قيمة أوراق تجارية لعميله، هي مسؤولية عقدية حيث يوجد بينهما عقد يرتب حقوقا والتزامات في ذمة كل من طرفيه. وهذا لا يمنع من أن يتعرض البنك للمسؤولية التقصيرية اذا أحدث ضررا للغير الذي لا توجد بينه وبين البنك علاقة تعاقدية.

٥- تبين لنا ان العناية المطلوبة من "البنك" عند قيامه بتحصيل قيمة الاوراق التجارية هي ليست عناية الشخص المعتاد، وانما هي عناية المهني المعتاد باعتبار ان "البنك" مؤسسة متخصصة في الخدمات المصرفية.

٦- توصلنا في هذه الدراسة الى أنه وبالرغم من عدم وجود نص في القانون المدني الاردني يعالج اتفاقيات المسؤولية العقدية وتحديد شرط الاعفاء من هذه المسؤولية، الا أنه يجوز للبنك أن يشترط في عقد تحصيل قيمة الاوراق التجارية اعفاءه من مسؤوليته العقدية، شريطة اثبات قبول العميل لهذا الشرط. وهذا ما يؤيده القضاء الاردني في العديد من أحكامه كما أشرنا سابقا.

المراجع

أولا: الكتب الفقهية العربية:

ملاحظة: نعتذر عن عدم ادراج احكام القضاء التي تم الرجوع اليها، وبامكان القاريء الرجوع اليها على صفحات هذا البحث.

١- الدكتور اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، ١٩٦٧.

٢- الدكتور انور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، الطبعة الاولى ١٩٨٧.

٣- توريه توفيق، وكالة تحصيل وضمان الحقوق التجارية، رسالة دكتوراة، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ١٩٨٧.

٤- حسن حسني، عقود الخدمات المصرفية، القاهرة، ١٩٨٦.

٥- حسين عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، الطبعة الاولى، القاهرة، ١٩٥٦.

٦- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الاول، طبعة ١٩٦٤، بيروت.

٧- عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، بيروت، ١٩٧٩.

٨- عبد القادر عثمان، التحصيلات من المنظور التطبيقي والقواعد الدولية الموحدة للتحصيلات، الطبعة الاولى، القاهرة، ١٩٩٦.

٩- عبد القادر العطير، التأمين البري في التشريع الاردني، عمان، دار الثقافة، طبعة ١٩٩٥.

١٠- عدنان السرحان ونوري خاطر، شرح القانون المدني الاردني، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، دراسة مقارنة، أربد - الأردن، طبعة ١٩٩٧.

١١- علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية، منشأة المعارف،الاسكندرية، طبعة ١٩٨٨.

١٢- علي الخفيف، نظرية الضمان في الفقه الاسلامي، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ١٩٧١.

١٣- علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩.

١٤- سليمان مرقص، ١- الوافي في شرح القانون المدني، نظرية العقد والارادة المنفردة، المجلد الأول، الطبعة الرابعة، ١٩٨٧. ٢- الفعل الضار والمسؤولية المدنية، المجلد الثاني، الطبعة الخامسة ١٩٨٨.

١٥- محسن شفيق، القانون التجاري الكويتي، جامعة الكويت، طبعة ١٩٧٢.

١٦- محمد علي عرفه، شرح القانون المدني، الجديد في التأمين والعقود الصغيرة، مطبعة جامعة فؤاد الاول، الطبعة الثانية، القاهرة، ١٩٥٠.

١٧- محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، مطبعة جامعة فؤاد الاول، القاهرة، ١٩٧٨.

١٨- محمود الكيلاني، عمليات البنوك، عمان، دار الجيب للنشر، ١٩٩٢.

١٩- محمد أحمد عابدين، التعويض بين الضرر المادي والأدبي والموروث، الاسكندرية، منشأة المعارف ١٩٩٥.

٢٠- محمد المنجي، دعوى التعويض، الاسكندرية، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، ١٩٩٠.

٢١- محمد حسين الشامي، ركن الخطأ من المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠.

٢٢- محمدين جلال، المبادىء العامة في العقود التجارية وعمليات البنوك، الاسكندرية، طبعة ١٩٨٨.

٢٣- وهبة الزحيلي، العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الاماراتي والقانون المدني الاردني، الطبعة الأولى، دمشق، ١٩٨٧.

ثانيا: المراجع الاجنبية

1- Tunc (A) – La distinction des obligation de resultat et des obligations de diligence. J.C.P. 1945.

2- Buffelan – Lanore. Droit civil 3e edition. Masson, Paris, 1986.

3- Letoux (J) Le contrat de fectoring these Rennes, 1977.

4- Viney (G) Traite de droit civil, Les obligations, La responsabilite. Conditions. L.G.D.J. Paris. 1982.

فهرست الموضوعات

الموضوع	الصفحة
مقدمة	٢
المبحث الأول: طبيعة مسؤولية البنك عن عدم تحصيل قيمة الاوراق التجارية	٤
الفرع الأول: طبيعة مسؤولية البنك عن عدم تحصيل قيمة الأوراق التجارية هي مسؤولية عقدية	٤
الفرع الثاني: التكييف القانوني للعلاقة بين البنك والعميل	٩
أولا: التكييف القانوني للعلاقة العقدية بين البنك والعميل اثناء تحصيل قيمة الاوراق التجارية	٩
ثانيا: اركان مسؤولية البنك عن عدم تحصيل قيمة الاوراق التجارية	١١
١- اخلال البنك بالتزام عقدي	١٢
٢- حصول ضرر للعميل	١٦
٣- علاقة السببية بين اخلال البنك بالتزامه وبين الضرر الحاصل للعميل	٢٠
المبحث الثاني: الاتفاق على تعديل أحكام مسؤولية البنك العقدية عن عدم تحصيل قيمة الاوراق التجارية	٢٣
الفرع الأول: مدى صحة الاتفاق على تعديل احكام المسؤولية العقدية للبنك عن عدم تحصيل قيمة الاوراق التجارية	٢٤
الفرع الثاني: شرط اعفاء البنك من مسؤوليته العقدية	٢٦
خاتمة	٣١
المراجع	٣٣
فهرست الموضوعات	٣٦