وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الدكتور مولاي الطاهر-سعيدة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

العنوان:

الحماية الجنائية للسرية المصرفية

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر في القانون الجنائي والعلوم الجنائية

إعداد الطالبة:
بومهد هالة

لجنة المناقشة

د. تبون عبدالكريم	رئيسا
د. لريد محمد أحمد	مشرفا
د. مراح نعيمة	مناقشا

السنة الجامعية
2015/2014

اهـــــــداء

الى من علمتني ابجدية الحروف

الى من علمتني الصمود مهما تبدلت الظروف

الى من علمني ان العين التي لا ترى الحقيقة عمياء

وان الاذن التي لا تسمع الحق صماء

وان اليد التي لا تكتب الهدى شلاء

الى من :

سأنظم الشعر مدحا فيهما يجاوز البدر والافلاك والشهبا

ان غاض حبري بأرض الشعر والهفي ما غاض نبع الوفا في القلب او نضبا

اضحى فؤادي سفرا ضم قافيتي ودمع عيني على الاوراق قد سكبا

قالوا تغالي فمن تعني بشعرك ذا؟ فقلت: اعنيهما انعم بهما اما وابا

ما بحثي اليوم الا من وميضكما لولاكما ما كان هذا البحث قد كتبا

فمن أحق من تاج الرؤوس هدية تهدي حياتي قربا لوالديا

وثمار تجنى لعبد القادر ومنصورة من بستاني وتهدى لبلال ومحرز اخوايا

وزهور تفوح طيبا كله مسك لمريم سارة لينة فتيحة ربيع دنيايا

رسالة حب للروح النقية الاء حروفا قناديل تطيب ممشايا

وذكرا جميلا لأعز الاصدقاء منفذ حب وجمال ويسر محيايا

شكر وتقدير

عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللّهُ عَنْهُ مَرْفُوعًا: (لا يَشْكُرُ اللّهَ مَنْ لَا يَشْكُرُ النّاسَ) إِسْنَادٌ صَحِيحٌ رَوَاهُ أَحْمَدُ وَأَبُو دَاوُد وَالتِّرْمِذِيُّ.

فأول شكر يكون للخالق الذي له نسجد وأيدينا له نمد فأجابنا ولم يخيبنا الى الواحد الأحد الذي يقول في محكم تنزيله "لَئِنْ شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ"

صدق الله العظيم

فعرفانا بالجميل وإقرارا بالفضل لا يسعني إلا أن أقدم جزيل الشكر والتقدير لفضيلة الأستاذ الدكتور لريد محمد احمد الذي تشرفت بإشرافه على هذه الرسالة.

وقد كان ذلك حلما يراودني منذ أن تتلمذت على يده وقد عهدته غزير العلم واسع الصدر، باسم الثغر ورغم كثرة انشغالاته، وضيق وقته فقد عايش البحث كلمة كلمة ووسع صدره ترددي عليه في كل صغيرة وكبيرة خاصة بالبحث أو غيره

وهذا البحث بهذه الصورة هو ثمرة تخطيطه وتوجيهه ونصائحه الغالية التي ستظل نبراسا لي على طول الطريق

فأسال الله عز وجل أن يجزيه عني خير ما جزى معلما عن متعلم

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى اساتذتي الافاضل الذين احييهم تحية محبة وسلام واشهد انكم علمتموني ان أكون طالبة حرة تقتل الحروف احياءا وتحديثا وان اضحك للصعاب في كل ان وان ارفع بيدايا مشعل العطاء منيرا لوجه الله عز وجل

خاصة الى الاساتذة: صوار علي، شرقي احمد، ليازيد مختارية، مراح نعيمة، ولد عوالي محمد، خياط محمد، تبون عبد الكريم، درعيوي رضوان، جعفري، قوسم الحاج غوثي، ثابتي بوحانة، مولاي ملياني دلال، فليح كمال، سديري نصيرة

وكذا لجنة المناقشة املة منهم نقاشا بناءا واحتراما متبادلا.

مقدمة

مقـــــدمـــــــة

يلعب النشاط المصرفي دورا رئيسيا في الحياة الاقتصادية والاجتماعية لأي بلد فالمصرف وحدة خدمية يختص بالخدمات المالية والنقدية، ويقدم خدمات متنوعة لعملائه ويساهم في خلق الائتمان وتوزيعه من أجل دفع عملية التنمية الاقتصادية، وتمويل المشروعات التجارية والخدمية المختلفة التي تعود بالفائدة على المجتمع ككل، إذ لا تخلو عملية تجارية من تدخل المصارف ولا غنى عن هذا التدخل في إتمامها.

وفي سياق التطور الاقتصادي توسع النشاط المصرفي واحتل تدريجيا مكانا متفوقا معتمدا في ذلك على واجب كتمان السر المصرفي إلى أن أصبح هذا النشاط المصرفي يعني عددا هائلا من الأشخاص، فأضحى المصرف بذلك معتبرا كمؤتمن ضروري سواء بالنسبة للفرد العادي أو بالنسبة للتجارة الداخلية والخارجية، وقد نشأت فكرة الالتزام بحفظ السر منذ القدم حيث كان يحرم على رجال الدين البوح بالأسرار التي يطلعون عليها من الناس بحكم مركزهم ومهنتهم، ثم امتد هذا الالتزام إلى أصحاب المهن الحرة كالمحامين والأطباء وغيرهم من الأمناء بالضرورة الذين تسمح له مهنتهم الاطلاع على أسرار الحياة الخاصة للغير.

وفي مجال المصارف تعتبر قاعدة الالتزام بحفظ السر المصرفي قاعدة أساسية وحجر الزاوية في الحياة المصرفية تمتد جذورها التاريخية منذ نشأة الحضارات القديمة، وقبل أن يأخذ المصرف صيغته الحالية فقد كان هذا الالتزام منذ القدم يلعب دورا بارزا في المحافظة على عمليات المصارف سواء لمصلحة المصرف ذاته، أو لمصلحة الزبون أو لمصلحتهما معا.

وقد عرف هذا الالتزام منذ عهد السومريين والبابليين والفينيقيين ثم الإغريق والرومان من بعدهم، إلا أنه كان في بدايته مجرد واجب أخلاقي تفرضه قواعد الدين والأخلاق وتقتضيه مبادئ الشرف والأمانة، ولذا لم يكن أصحاب المصارف ملتزمين بأي موجب خاص للمحافظة على سر المهنة المصرفية، بل كان الأمر يرتكز في أساسه على العادات والأخلاق المتبعة في عمليات المصارف التي كانت تعتبر نفسها أمينة على أسرار

العمليات التجارية التي تقوم بها، على اعتبار أن إفشائها فعل ممقوت يستنكره الحياء العام لما ينطوي عليه من خيانة للثقة المفترضة في مثل هذه المهنة النبيلة، ولما يسببه من أضرار بالمصلحة العامة نتيجة لامتناع الأفراد عن عرض أمورهم المالية على المصارف خوفاً من افتضاح أسرا رهم، فضلا عن أنه يشكل اعتداء على الحرية الشخصية وحرمة الحياة الخاصة للفرد لذلك قيل بحق "إن من تدلي إليه بسرك يعتبر سيدا لحريتك".

ومن هنا تولدت روابط الثقة التي يستلزمها الائتمان، والتي لا يمكن أن تسود إلا في إطار كامل من الكتمان. فالثقة إذن هي أقوى رباط يجمع المصرف بعميله وهي أساس العلاقة بينهما، لذلك لا يمكن تصور قطاع مصرفي سليم في أي بلد إلا بأجواء من الثقة تسود حوله، وإذا كانت هذه الثقة ذات أصول نفسية واجتماعية إلا أن قواعد آداب المهنة المصرفية احترمتها فيما بعد نظرا لمتطلبات الحياة المعاصرة، وما لبثت بعد ذلك أن تحولت بدورها إلى قواعد قانونية لأن ما ينشده القانون في طياته هو حماية مصالح الأفراد، وصيانة حقوقهم إلا أن هذه الحماية تختلف بحسب طبيعة تلك الحقوق والمصالح. فمنها ما تتحقق حمايتها بتوفير العلانية له ومنها ما لا تتحقق إلا بإحاطتها بسياج من السرية.

وفي هذا الإطار فان طبيعة مهنة المصرف تتيح له الاطلاع على المعلومات السرية الخاصة بزبائنه سواء ما يتعلق منها بوضعيتهم المالية، أو الاقتصادية أو حتى العائلية فهو بحكم عمله يصبح أمين على أسرارهم، ومن أجل الحفاظ على الثقة المتبادلة بين الطرفين فرضت التشريعات في مختلف الدول على المصارف واجب الحفاظ على سرية تلك المعلومات، وفي هذا الصدد نصت المادة 117 من قانون النقد والقرض الجزائري على ما يلي: "يخضع للسر المصرفي تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات:

-كل عضو في مجلس إدارة وكل محافظ حسابات، وكل شخص يشارك أو شارك بأي طريقة كانت في تسيير مصرف أو مؤسسة مالية أو كان أحد مستخدميها.

-كل شخص يشارك أو شارك في رقابة المصارف والمؤسسات المالية....".

ويعد الالتزام بكتمان أسرار العملاء من أهم وأشد الالتزامات التي تقع على عاتق المصارف، وتتأتى أهمية هذا الالتزام استنادا إلى أن الكشف عن المركز المالي للعميل، وطريقة إدارة أمواله ومشاريعه الاقتصادية تعدّ من الأمور اللصيقة بشخصيته، والتي يسبب له اطلاع الغير عليها أضراراً جسيمة.

كما تبرز أهمية موضوع السرية المصرفية أيضا في تلك الصلة الوطيدة القائمة بينه وبين الحياة الخاصة للفرد الذي يستطيع بواسطته المحافظة على السرية التامة للأعمال التي يقوم بها، وعلاقاته المالية والشخصية المتعددة الصور والغايات، والتي لها انعكاس مباشر على حياته المهنية والشخصية أحياناً، لهذا يمثل السر المصرفي جانبا من جوانب الحرية الشخصية والحياة الخاصة للعميل خاصة ما يتعلق منها بذمته المالية انطلاقاً من فكرة حق كل فرد في الاحتفاظ بتفاصيل حياته الخاصة وذكرياته وأسراره في مكنونات ضميره.

إلا أن مقتضيات الحياة الاجتماعية وتنوع علاقاتها، وحاجة الإنسان إلى وجوب الانتفاع بالخدمات المهنية المختلفة أدى إلى إضعاف إمكانية الفرد بالاحتفاظ بأسراره لنفسه، وجعل اطلاع الغير عليها واقعاً تدعو له هذه الحاجات. فقد يضطر الفرد أحيانا للإفضاء بأسراره إلى شخص آخر بغرض الحصول على خدمة صحية من طبيب أو اجتماعية من المحامي، أو مالية من المصرف أو غيرهم من الأمناء على السر وعلى المعهود إليه السر أن يكتمها فتوجه الأفراد إلى المصارف أمر لا غنى عنه تفرضه ضرورات الحياة المعاصرة، إذ أضحت المصارف أوعية اقتصادية عن طريق جذب الودائع والمدخرات.

و بالإضافة إلى الخدمات المالية التي يقدمها المصرف لزبائنه قد يلعب هذا الأخير أحياناً دور المستشار الاقتصادي والتجاري للعميل فيقدم له النصائح والتوجيهات السليمة التي تساعده في نجاح مشاريعه، ولا تتحقق هذه الغاية إلا عن طريق توفير جوّ كامل من السرية المتبادلة، فالتزام المصرف بكتمان بعض الوقائع والمعلومات التي يدلي بها العميل بنفسه إليه أو تصل إلى علمه بحكم مهنته يقابله حق العميل في أن تبقى أسراره المالية وخصوصيات عملياته المصرفية في إطار سري بعيدة عن معرفة الغير، ويخول هذا

الالتزام للمصرف حق الاحتجاج بهذا السر اتجاه المحاولات التي تستهدف كشف مثل هذه الأسرار.

لهذا كان من الضروري أن تحرص التشريعات على تنظيم موضوع السر المصرفي وإدراجه ضمن مصاف الأسرار المهنية المتعارف عليها، وأن تفرض جزء على من يصيبون الأشخاص بأذى في سمعتهم وكرامتهم لأنهم يخونون الثقة التي يكنها الأفراد في هذه المؤسسات ويسيئون إلى المتعاملين معهم، وبهذا ينحدرون إلى مستويات سلوكية غير لائقة بهم دون أن يشعروا بما يمكن أن يترتب عن ذلك الإفشاء من أضرار مادية أو معنوية وفضائح تلحق بأصحاب تلك الأسرار وبالمجتمع ككل.

ولهذا فان تقرير مبدأ السرية المصرفية يحمل في طياته تحقيق مصالح واعتبارات عديدة فهو من جهة يهدف إلى حماية وصيانة سمعتهم وشرفهم باعتبارها من الحقوق الملازمة لشخصيتهم. بالإضافة إلى ذلك فهويساهم في تحقيق نزاهة المهنة المصرفية وتسهيل ممارستها وبهذا تتحقق المصلحة العامة للمجتمع التي تقتضي المحافظة على الثقة العامة الواجب توافرها في ممارسة بعض المهن كالمهنة المصرفية، وهذا ما يؤدي بدوره إلى ازدهار الاقتصاد الوطني عن طريق جذب الأموال والمدخرات الأجنبية واستقرار الأموال الوطنية في المصارف المحلية، فاعتماد المصارف لهذا النظام يوحي بالثقة والاطمئنان للعملاء ويحملهم على التعامل معها بشكل أوسع.

ويشكل إخلال المصرف بثقة العميل وإفشائه لأسراره خطأً جنائياً ومدنياً وتأديبياً لهذا فقد أجمعت التشريعات والاجتهادات القضائية والأعراف في معظم البلدان على أن المصرف ملزم بحفظ سرية الوقائع التي وصلت إلى علمه والمعلومات التي تربطه بالنشاط الاقتصادي لعميله، كما ألزمت القوانين الأشخاص الذين يعملون خارج المصارف والذين يطلعون على تلك الأسرار بحكم مهنتهم بالالتزام بكتمانها.

وفي الواقع إن دراسة موضوع السرية المصرفية باعتباره من أدق الالتزامات التي تقع على المصرف يعد من الموضوعات الهامة وبالغة التعقيد ذلك أنه يثير العديد من

الصعوبات والإشكالات القانونية والعملية، وهذا ما نتج عنه اختلاف الاتجاهات الفقهية والقضائية حول تحديد المفاهيم المرتبطة به نظرا لعدم وضوح النصوص القانونية المنظمة له إذ اكتفت التشريعات في أغلب الدول بفرض هذا الالتزام على المصارف.

و من هذا القبيل نص المادة 301 من قانون العقوبات الجزائري والمادة 13/226 من قانون العقوبات الفرنسي التي لم تعط بدورها حلولا للمشاكل المطروحة من حيث محل الحماية وهو السر المصرفي، وطبيعته القانونية وأساس الالتزام به ونطاقه وحدوده، وهذا ما دفعني لاختيار هذا الموضوع كونه يشكل موضوعاً حديثاً يحظى باهتمام فقهي وقضائي، كما يثير العديد من النقاشات على المستوى الدولي لذلك عقدت العديد من الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية بشأنه، وبهذا أصبح موضوع السر المصرفي يهم كل فرد لأنه يتعلق بحياته الخاصة وأسرارها المالية التي يجب أن تبقى في طي الكتمان، كما يهم كل دولة من دول العالم باعتباره عاملا أساسي يؤثر في اقتصادها ومواردها المالية.

ونظرا لقلة الأبحاث والدراسات حول هذا الموضوع تبقى الثقافة القانونية للأفراد ودرجة وعيهم بخصوص هذا الموضوع محدودة، وهذا ما يؤدي إلى ضياع حقوق المتضررين من جراء أفعال الإفشاء في معظم الحالات،فهم عادة لا يبادرون في إثارة نزاعات قضائية ضد المصارف التي يتعاملون معها بسبب جهلهم لحقهم في اللجوء إلى القضاء للدفاع عن مصالحهم إذا ما أذيعت أسرارهم، وهذا ما جعل القضاء الجزائري يخلو من الاجتهادات القضائية في هذا المجال على خلاف القضاء الفرنسي أو المصري الذي أثيرت أمامه العديد من القضايا بشأن هذا الموضوع وكان جريئا للفصل فيها، وتوضيح المفاهيم التي لم يتناولها التشريع بشكل دقيق فهذه الأمور كلها تعتبر حافزا للتوغل والبحث في هذا الموضوع.

وإذا كان التزام المصرف بكتمان أسرار عملائه يخول له حق التمسك بهذا السر والاحتجاج به اتجاه الغير إلا أن هذا الاحتجاج قد يتعارض أحيانا مع مصالح أخرى عامة أو خاصة، على اعتبار أن العملية المصرفية قد تتصل بها مصالح عامة أو خاصة فتبدو

محاولات من جانب بعض السلطات العامة، أو الأشخاص الخاصة بوسائل متعددة للكشف عن تفاصيلها من أجل المطالبة بحقوقهم.

فهذا التعارض بين مصلحة العميل في حفظ أسراره ومصلحة الآخرين في كشف السر يستلزم اعتماد قواعد ملائمة للتوفيق بين هذه المصالح المتضاربة، وهذا ما يثير إشكالية من الناحية القانونية والعملية فهل تلتزم المصارف بكتمان الأسرار الخاصة بعملائها في كل الأحوال والظروف، وهل يسري هذا الكتمان اتجاه جميع الأفراد والسلطات أم أن هناك حالات يمكن فيها خرق هذا الالتزام والتعدي على الحق في سرية المعاملات المصرفية إذا ما اقتضى القانون ذلك؟

وفي سبيل معالجتنا لهذه الإشكالية كان من المنطقي علينا أن نعتمد على المنهج التحليلي لدراسة وتحليل فحوى النصوص القانونية والتنظيمية التي تناولت تنظيم موضوع السر المصرفي وذلك بهدف الوقوف على حقيقة الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري بخصوص المفاهيم المرتبطة بهذا الموضوع، والتي اختلف الفقه والقضاء المقارن بشأنها وتحديد مضمون هذا الالتزام، والحالات التي تقوم فيها مسؤولية المصرف سواء تعلق الأمر بالمسؤولية المدنية أو الجنائية أو التأديبية.

و نظرا لأن موضوع السرية المصرفية يحظى ببعد دولي ويمثل محلا لاهتمام كل دولة من العالم تسعى إلى تطوير اقتصادها عن طريق تدعيم ثقة العملاء في مصارفها، توفير أقوى الضمانات له مكان من اللازم ألا تقتصر دراستنا لهذا الموضوع على تحليل النصوص القانونية الجزائرية فقط .لهذا سنحاول التعرض لكيفية تصدي بعض التشريعات لهذا الموضوع، ونطلع على طريقة تنظيمها لهذا الالتزام خاصة إذا علمنا أن البعض منها قد أفرد قانون اً خاصاً للسرية المصرفية، بينما اكتفى البعض الآخر بإدراج هذا الالتزام ضمن القوانين التي تناولت تنظيم السر المصرفي بصفة عامة، وهذا ما سوف يجعلنا نستند أيضا على المنهج المقارن في هذه الدراسة للوقوف على نقاط التشابه والاختلاف بين ما تضمنه قانوننا الوطني بخصوص السر المصرفي وما ذهبت إليه بعض التشريعات المقارنة.

وفي إطار معالجتنا لهذه الإشكالية قد ارتأينا ذكر بعض الصعوبات التي واجهتنا في إعداد هذه المذكرة من بينها قلة المراجع المتخصصة التي تناولت دراسة هذا الالتزام، وتركيز جلها على تحديد المسؤولية الجزائرية الناجمة عن إفشاء للسر المصرفي متناسية في ذلك أن إفشاء السر المصرفي في غير الحالات القانونية يشكل جريمة يعاقب عنها قانون العقوبات، وخطأ مدنيا يوجب المسؤولية المدنية للمصرف أو الموظف ويخول المضرور حق الحصول على تعويض الأضرار التي لحقته من جراء ذلك، كما يشكل هذا الفعل خطأ تأديبيا يخل بقواعد المهنة المصرفية ويعرض المصرف أو الموظف للعقوبة التأديبية التي يحددها القانون لهذا حاولنا التعرض لكل هذه المسؤوليات من خلال هذه المذكرة بنوع من التوفيق.

و من أهم الصعوبات التي اعترضتنا أيضا في هذه الدراسة انعدام الأحكام القضائية الجزائرية بخصوص السر المصرفي إذ يبدو أن القضاء الجزائري هادئ في هذا المجال على خلاف نظريه الفرنسي والمصري واللبناني الذي يولي اهتماما بهذا الموضوع، ويمكن مردّ ذلك إلى انتشار الأمية القانونية لأفراد المجتمع أو انخفاض مستواهم الثقافي، وهذا ما صعب علينا الوقوف على حقيقة الموقف الذي أخذ به القضاء الجزائري في المسائل القانونية المرتبطة بهذا الموضوع، والتي لم يتناولها التشريع بشكل دقيق وواضح خاصة وأن المادة 117 من قانون النقد والقرض والمادة 301 من قانون العقوبات وردت عامة من حيث الصياغة. فهي لم تحدد مدلول هذا الالتزام ولم تتعرض لأساسه الالتزام به ولا لطبيعته القانونية، لذلك سنضطر في كل مرة للاستعانة بما توصل إليه القضاء المقارن لإيجاد حلول تنطبق على الواقع الجزائري الذي أصبحت فيه الأسرار المالية للأفراد على مسمع العامة، ويبرز ذلك بغياب الوازع الأخلاقي حتى مع وجود النصوص القانونية التي تبقى مجرد حبر على ورق أمام تزايد هذه الانتهاكات.

وقد ارتأينا تقسيم هذه المذكرة إلى فصلين نتطرق في الفصل الأول لمبدأ الالتزام بالسر المصرفي الدي نتناول من خلاله لمفهوم السر المصرفي وطبيعته القانونية في المبحث الاول، بينما نحدد في المبحث الثاني أساس الالتزام بالسر المصرفي ونطاقه

القانوني.أما الفصل الثاني فخصصناه لدراسة الجزاء المترتب عن الإخلال بهذا المبدأ وحالات الإباحة الواردة عليه، الذي نتعرض في مبحثه الأول للأثار المترتبة على افشاء السر المصرفي ونعالج في مبحثه الثاني للحالات التي يباح فيها إفشاء السر المصرفي.

الفصل الأول

مبدأ الإلتزام بالسر المصرفي

من أهم سمات أعمال المصارف سرية الحسابات المصرفية وهي متوافرة منذ نشأتها إذ جرى العرف المصرفي على ذلك، وأصبح من الالتزامات الجوهرية التي يلتزم بها جميع العاملين بالمصارف، سواء لما استقر عليه العرف أو ما نصت عليه لوائح ونظم العاملين بالمصارف. [1]

والسرية المصرفية هي الواجب الملقى على عاتق المصارف في حفظ القضايا الاقتصادية والمالية والشخصية المتعلقة بالزبائن وبالأشخاص الآخرين والتي تكون قد وصلت إليهم أو إلى علمهم أثناء ممارستهم لمهنتهم أو في معرض هذه الممارسة الزبائن [2]، فإفشاء السر فيه اعتداء على الحرية الشخصية للعميل وحقه في حفظ أسراره.

المبحث الأول: مفهوم السرية المصرفية وطبيعتها القانونية

يتصل السر اتصالا وثيقا بالحياة الخاصة للفرد، إذ يمثل جانبا من جوانب الحرية الشخصية، فلكل فرد الحق في أن يحتفظ بأسراره كما أن له إن شاء أن يدلي بها لغيره، أو يفصح عن بعضها إلى شخص آخر يثق به، ويتعين على المعهود إليه بالسر أن يكتمه لأن كتمان السر واجب فرضته ابتداءً قواعد الدين، لما في حفظ الأسرار وكتمانها أمانة عظيمة يجب الوفاء بها ولذلك اهتمت الشريعة الإسلامية بالحق في السرية، يقول الله سبحانه وتعالى آمرا بحفظ العهد:(وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا)[3].

وتختلف الأسرار باختلاف الأشخاص والظروف كما تختلف من حيث طبيعتها ومن أمثلتها: الأسرار المعهودة للأطباء، للمحامين، للمصرف...إلخ.

كما إنّ الفقه قد تردد في مجال تحديد الطبيعة القانونية للسر المصرفي بين نظريتي الإطلاق والنسبية، على خلاف المشرّع الجزائري الذي حاول التوفيق بين النظريتين تماشيا

1 –الدكتور/ نعيم مغبغب: تهريب الأموال والسرية المصرفية، 1986م، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان ص: 77.

2 –الدكتورة /هيام الجرد: المد والجزر بين السرية المصرفية وتبييض الأموال، دراسة مقارنة للقوانين التي تحكم السرية المصرفية وتبييض الأموال، 2004م، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص: 17.

3 – القرآن الكريم: سورة الاسراء، الآية رقم 34.

مع المشرع الفرنسي، على أن الأساس الذي يستند إليه التزام المصرف بالسرية اندرج تحت المصلحة الخاصة للعميل وأحكام المسؤولية التقصيرية والمصلحة العامة وصولا إلى النظرية التوفيقية و بهذا نتطرق الى مختلف التعريفات التي قيلت بشان السرية المصرفية سواء كانت لغوية او فقهية او قضائية في المطلب الأول محاولين التطرق الى السر المصرفي في القوانين المقارنة في المطلب الثاني لنتناول الطبيعة القانونية للسر المصرفي في المطلب الثالث

المطلب الأول: مفهوم السرية المصرفية

بدراستنا لهذا المطلب نتطرّق إلى التعريفات اللغوية والاصطلاحية الفقهية والقضائية لمفهوم السرية المصرفية محاولين الوصول إلى مفهوم نهائي لها.

الفرع الأول: تعريف السرية المصرفية

نتناول المعنى اللغوي لمصطلحي "السر" و"المصرفية كل على حدة ثم نستنتج المفهوم اللغوي للمصطلح المركب "السرية المصرفية"

أولا: لغة

1-المعنى اللغوي للسر:

السر في اللغة العربية هو ما يكتم وما كان ولم يعرف وهو أيضا كل ما يكتمه المرء في نفسه أو يسره في نفسه [1].

والسرية مشتقة من السر، والسر هو كل ما يكتم أو هو ما أخفى وكتم أو كل ما يكتمه المرء في نفسه أو ما يسره المرء في نفسه من الأمور التي عزم عليها وهو خلاف الإعلان والجهر والجمع أسرار ومن ذلك اشتقت لفظ "السرية" وهو بمعنى عمل الشيء خفية [2].

1 – المعجم الوجيز "معجم اللغة العربية" دون سنة نشر، الهيئة العامة للمطابع الأميرية، القاهرة، ص: 364.

2 – رضا يوسف محمد: معجم العربية الكلاسيكية والمعاصرة، 2006م، مكتبة لبنان، ناشرون: بيروت، ص: 863.

2-المعنى اللغوي للمصرفية.

تشتق لفظ "المصرفية" من الصرف، ومعنى الصرف في اللغة العربية أنه شيء يصرف إلى شيء آخر، فصرف النقود أي بدلها بنوع آخر كالدينار يصرف إلى دراهم، فيقال صرف تصريفا الدراهم أي بدلها والمصرف أو المصرف هو اسم المكان ويقصد به ما يتم فيه الصرف ومن ثم يطلق على المصرف "المصرف".

مما ورد سابقا يتبين أن السرية المصرفية في اللغة العربية تعني كتمان الصيرفي لأسرار وحسابات عملاء المصرف وتعاملاتهم المصرفية عن الآخرين.

3-السرية المصرفية في اللغات الأخرى:

الأصل اللاتيني للسرية مشتق من "Sécretus" وهي صفة تحمل معنى الخفاء [1].

ا-السرية المصرفية في اللغة الإنجليزية:

تأتي كلمة "Secrecy" في اللغة الإنجليزية بمعنى السرية ويطلق مصطلح "Secrecy" كصفة تعبر عن التكتم أو الصمت أو حال ما يجري إخفاؤه، ومنه جاء مصطلح (Bank Secrecy) [2]، بمعنى السرية المصرفية أي أن تكون أسرار حسابات عميل المصرف، وكافة تعاملاته، وتصرفاته، في حالة من الكتمان عن الآخرين.

ب-السرية المصرفية في اللغة الفرنسية:

السر في اللغة الفرنسية هو كل ما يتعين إخفاؤه، هو ما يعبر عنه " Ce qui droit être tenu cachée" ويطلق مصطلح "Secret Bancaire"[3] على السرية المصرفية وهي مثل السرية الطبية (Secret médicat) أو سرية الاعتراف (Secret de la confession) والسرية المصرفية تعني الالتزام الذي يقع على العاملين في المصرف والذي يترتب عليه عدم الكشف عن

1 – منظور محمد بن أحمد بن مكرم: لسان العرب، تحقيق عامر أحمد حيدر، الطبعة 01، 2003، المكتبة العلمية. بيروت، ص: 86.

2 – Arguelles Alexander، English، French، Spanish، German، dictionary, 2006, Librairie du Liban publishers, p 489.

3 – word Reference: online dictionary, 2009, www.wordreference.com (11 يناير 2009.).

المعلومات المالية لعملاء المصرف لشخص ثالث إلا أنه يمكن الخروج عن هذا الالتزام بحكم قضائي نهائي (Certaines autorités judiciaires) [1].

ثانيا: التعاريف الفقهية [2]

حسب الفقه المصري نجد الدكتورة سميحة القليوبي تؤيد الرأي الذي يعتبر أن إيذاع السر أو إفشائه جريمة يعاقب عليها طبقا لأحكام القانون الجنائي، إذ هو كل أمر أو واقعة تصل إلى علم المصرف سواء بمناسبة نشاطه أو بسبب هذا النشاط وسواء أفضى العميل بنفسه إلى المصرف بهذا الأمر أو أفضى به أحد من الغير ويكون للعميل مصلحة في كتمانه.

بمعنى أن تكون المعلومات المعطاة من المصرف عن عميله مما يطمئن المستعلم عن مركز العميل المالي أومن شأن هذه المعلومات التخوف من التعامل معه أو الثقة فيه [3].

وقد ذهب في نفس الاتجاه الدكتور محمود نجيب حسين الذي عرف إفشاء الأسرار بأنه كشف عن واقعة لها صفة السر صادر ممن علم بها، بمقتضى مهنته ومقترن بالقصد الجنائي، كما أن الدكتورة فوزية عبد الستار فقد عرفته من جهتها بأنه تعمد الجاني اطلاع الغير على سر أؤتمن عليه بمقتضى عمله في غير الأحوال التي يجب عليه أو يجوز له فيها ذلك.

كذلك وتقتضي السرية والقول للدكتور جمال الدين العطيفي ألا يعلم بالمركز أو الخبر إلا الأشخاص الذين تحتم ظروف المركز أو الخبر وقوفهم على هذه السرية وهي تقتضي أن يتم العمل الذي يحيطه المشرع بالكتمان في غير علانية بعيدا عن كل شخص ليس طرفا فيه وهي تلزم كل من اتصل به بكتمانه لأن الإفشاء هو أول المراحل التي يمر بها السر إلى دائرة العلانية هي تفرض عدم إذاعته وعدم نشره.

---

1 – Dictionnaire des expressions de la banques 2009, on line, www.cbanque.com (11 يناير 2009).

2 – مركز الدراسات القضائية التخصصي http://www.cojoss.com، ص: 05.

3 – الدكتورة/ سميحة القليوبي: الأسس القانونية لعمليات المصارف، 1992، مكتبة عين الشمس، القاهرة، ص224

وحسب الدكتور عبد القادر العطير يقصد بسر المهنة المصرفية أنه التزام موظفي المصارف بالمحافظة على أسرار عملائهم وعدم الإفضاء بها للغير، باعتبار المصرف مؤتمنا عليها بحكم مهنته خاصة وأن علاقة المصرف مع عملائه تقوم على الثقة التي يكون عمادها كتمان المصرف لأسرار عملائه المالية [1].

كما عرفت السرية المصرفية على أنها الواجب الملقى على عاتق المصارف بحفظ القضايا الاقتصادية والمالية والشخصية المتعلقة بالزبائن، بالأشخاص الآخرين ولو بنسبة أقل والتي قد آلت إلى علمهم أثناء ممارستهم لمهنتهم أوفي معرض هذه الممارسة مع التسليم بوجود قرينة على حفظ التكتم لمصلحة الزبائن [2].

ما يلاحظ على هذه التعاريف المقدمة بشأن السر المصرفي استخلاص ثلاثة شروط أساسية:

1-أنه في الأساس التزام قانوني ينصب أساسا في تجريم فعل الإفشاء من قبل المصرف وكونه مرهون بظروف معينة مع التركيز على أن السر مقرر لمصلحة العميل في الكتمان.

2-ما دام الأمر يتعلق بالتزام فلا بد من تجريمه عند الإخلال به بالإفشاء

3-تخصيص عقاب جزائي عند توفر الشروط كالقصد الجنائي

مما يجعلنا نتساءل هل نحن بصدد النظرية العامة للسر المصرفي وبذلك يعد المصرفي أمينا بحكم الضرورة في هذه الحالة؟

ثالثا: التعاريف القضائية

كما حددت محكمة استئناف بروكسل إثر النظر في مسؤولية موزع الاعتماد، بأن هذا النشاط يشكل خدمة لتأمين المصلحة العامة، بدون أن يؤلف مرفقا عاما،ذي المفهوم الخاص الذي لا تتلاءم نتائجه مع النشاط المصرفي، كمنع رفض التعاقد.

1 – سمير فرنان بالي: السرية المصرفية، 2002، بيروت لبنان،ص11

2 – الدكتور/ نعيم مغبغب: مرجع سابق، ص21

كما اعتبرت المحكمة التجارية لـ(Courtai) في قرارها الصادر في تاريخ 2 أيلول 1951، أن النشاط المصرفي يؤمن خدمات عامة،وهو يقوم بوظيفة هامة جدا وشبه عامة.

كما يعتبر الفقيه هونريون بأن نشاط المصرف قد يستلزم حقيقة نظاما عاما لأنه من المسلم به غالبا، بأن النشاط المصرفي يعتبر بمثابة وظيفة تتعلق بها المصلحة العامة، كما أن هذا النشاط يشبه نشاط المرفق العام ولو بأقل بنية [1].

أما القضاء الفرنسي قد ذهبت بعض أحكامه إلى تطبيق المادة 378 قانون عقوبات فرنسي على المصارف، فحكمت محكمة السين في 1931/12/23 بالعقوبة الواردة في النص على أحد موظفي مصرف فرنسا الذي أفشى معلومات سرية عن محفظة لأوراق مالية الخاصة بمصرف فرنسا إلى أحد المصارف التجارية الفرنسية، وقد إنتقد جانب من الفقه هذا القضاء مؤكدا على عدم انطباق المادة 378 من قانون عقوبات فرنسي على المصارف، فالمفروض في رأيهم أن يقتصر النص على الأشخاص الذين يتلقون بحكم طبيعة وظائفهم تولية عامة.

وهو ما استند إليه القضاء في مد حكم النص إلى رجال الدين والموثقين والمحامين بينما قام التردد بشأن تطبيقه على الخبراء المحاسبين لأنهم لا يتلقون مثل هذه التولية.

ولقد تأكد هذا الالتزام حتى دون النص عليه في انجلترا أيضا بموجب القضاء الانجليزي في قضية تورنير ضد ناشيونال أند بروفنسيال في عام 1924، باعتبار أن الالتزام بالسرالمصرفي ليس واجبا أخلاقيا. فقط بل هو التزام قانوني كذلك وكان أحد مديري فروع هذا المصرف قد كشف عن رصيد أحد العملاء [2].

كما شكلت هذه الأخيرة الركيزة الأساسية للاعتراف بالسر المصرفي في انجلترا والمنبثق أساسا من العقد الذي يربط المصرفي مع الزبون.

1 – بوساعة ليلى: "السرية في المصارف"، مذكرة ماجستير، السنة 2010–2011، جامعة الجزائر، ص: 39.

2 – السرية في العمليات المصرفية مفهومها وضوابطها، ورقة مقدمة إلى ندوة البركة للاقتصاد الإسلامي، 2001، كوالامبور، ماليزيا، يوليو ص1

أما بالنسبة للأحكام القضائية في فرنسا إن وجدت فيما يتعلق بهذه المسألة فهي نادرة وغير فاصلة [1] كما ينطبق الأمر بالنسبة للقضاء الجزائري، نظرا لندرة الأحكام القضائية المعلق بها في هذا المجال.

ما يستنتج من خلال التعريفات المقدمة في شأن السر المصرفي أنه:

هو في الأساس التزام بالكتمان على وقائع ومعطيات تخص الزبون " التزام مدني" وهذا الالتزام لصيق ومتعلق بظروف ممارسة المصرفي لنشاطه كما أن هذا الالتزام مرتبط بالقصد الجنائي أي العلم مما يترتب عليه جزاء جنائي في حالة الإفشاء.

كما أن بعض هذه التعريفات تنوه إلى فكرة مصلحة الزبون في الإبقاء سرا على الوقائع المودعة لدى المصرفي كأساس أو غاية من فرض هذا الالتزام،مما يجعلنا نستنتج أن السر المصرفي مقرر للمصلحة الخاصة للزبون في الأساس باعتباره مالكا للسر وليس المصرف.

في النهاية نتوصل إلى التعريف الشخصي للسر المصرفي على أنه هو بادءا ببدء التزام بالكتمان وهو التزام مدني يرتبط بنية الإفشاء ليرتقي ويصبح التزام قانوني مقرر قانونا في قانون العقوبات وهو ما يسمى بالسر المصرفي كأي سر من الأسرار المقررة لأي مهنة من المهن، ثم تشديد هذا الالتزام في إطار ما يعرف بالسر المصرفي مع تخصيص ترسانة قانونية لنصوص ردعية صارمة في هذا المجال كما هو الحال في سويسرا، ولبنان...الخ

الفرع الثاني: أهمية السرية المصرفية

يختلف نطاق الالتزام بالسر المصرفي تبعا لاختلاف السياسة التشريعية للدولة. وغالبا ما تستند هذه السياسة إلى حماية الحرية الشخصية للفرد وحماية المصلحة العامة فضلا عن حماية الثقة العامة الواجب توافرها في ممارسة المهنة المصرفية، لذلك كان للمشرع أن يتدخل بإسباغ الحماية الجزائية للسرية المصرفية.

1 – بوساعة ليلى: المرجع السابق، ص: 40.

فأهمية السرية المصرفية تتعلق بالحرية الشخصية واحترام الحياة الخاصة للفرد، كما أنها تتعلق بكتمان أنشطة المصرف الخاصة بالعملاء، اضافة إلى المصلحة العامة.

أولا: حماية الحرية الشخصية:

كفل الدستور الجزائري في المادتين 32و 39 الحرية الشخصية وما يتبعها من احترام الحياة الخاصة للفرد وصون كرامته. وتقتضي حرمة الحياة الخاصة أن يكون للإنسان الحق في إضفاء السرية على مظاهرها وأثارها، فالحق في السرية وجها مقابلا للحق في الحياة الخاصة لا ينفصل بأي حال من الأحوال.

لذا فان السرية المصرفية مظهر من مظاهر حماية الحرية الشخصية للإفراد عند ممارستهم نشاطهم الاقتصادي، وهي حماية تقوم على أسس قانونية وتمليها اعتبارات سياسية واقتصادية واجتماعية ذلك أن للفرد مطلق الحرية في حدود القانون أن يمارس نشاطه الاقتصادي المشروع وان يحتفظ لنفسه بذمته المالية دون أن يتعرض له احد إلا وفق أحكام القانون [1].

عليه فان السرية المصرفية مقررة بالدرجة الأولى لحماية مصالح العميل وحريته الشخصية التي تعد الذمة المالية إحدى مظاهرها وحماية لروابط الثقة بين الإفراد. لذلك اوجب المشرع الجزائري على الموظفين أو المهنيين التزاما بحفظ الأسرار المعهودة إليهم من عملائهم حفاظا على هذه الثقة ومراعاة لمصالح العملاء وضمانا لحرياتهم الشخصية.

ثانيا: حماية مصلحة المصرف

تعد المصارف كمرفق عام أو مؤسسة خاصة شخصا معنويا يقوم بنشاط عام لأداء خدمة عامة تحقيقا للصالح العام، تقوم الدولة على إدارة جزء منها وتتخلى عن إدارة الجزء الأخر تساهم فيه بنصيب تاركة له كمؤسسة مالية مصرفية كيفية أداء هذه الخدمة في إطار القانون والمصلحة العامة والنظام العام.

1 – الدكتور/ زياد نديم حمادة: تبييض الأموال والسرية المصرفية، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق، بجامعة بيروت، 2002، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ص: 325.

والمصارف باعتبارها تمارس المهنة المصرفية والتجارية وتقديم الائتمان تخضع بالإضافة لنصوص القوانين المعمول بها لطائفة أخرى من القواعد يطلق عليها قواعد أخلاقيات المهنة أو آداب المهنة. وقد يرتقي المشرع بهذه القواعد فيوردها في صلب القوانين المنظمة ذاتها داعما إياها بالجزاءات القانونية المناسبة عند مخالفتها [1].

هذا وان الغرض الرئيسي من وراء تنظيم المصارف وخدمة الائتمان هو ضمان الممارسة السليمة لنشاط هذه المؤسسات وحسن أداء الخدمة للمنتفعين بها وكفالة الثقة والاحترام الواجبين لهذه المؤسسة المالية، فالالتزام بالسرية المصرفية شرط لا غنى عنه كي تسود الثقة بين العملاء ومصارفهم وكي تزدهر أعمال المصرف فضلا عما تتعرض له سمعة المصرف نفسه من جراء تقصيره في حفظ أسرار عملائه [2].

ثالثا: حماية المصلحة العامة

يقصد بالمصلحة العامة هو أن يعم النفع مجموعة من الأشخاص لا يتناهى عددهم ولا تعرف هوياتهم ولا يقتصر على فئة معينة، وقد ذهب البعض إلى تعريف المصلحة العامة تعريفا سلبيا باعتبارها ليس فقط ما يتعلق بأمن الدولة ولكن كل ما يضر السياسة الخارجية وطوائف الدولة والتحقيقات الحكومية والسياسة التجارية وكل ما يمكن أن يضر بالاتفاق بين طوائف المجتمع المختلفة والصالح العام وان كان وثيق الصلة بالنظام العام إلا أن النظام العام هو حالة في حين أن الصالح العام هو النتيجة أو الهدف التي تسعى هذه الحالة إلى تحقيقها أو الوصول إليها.

وفيما يتعلق بالسرية المصرفية يبدو لنا أن الالتزام بالسر المصرفي وتجريم إفشائه لم يتقرر فقط لحماية المصالح الخاصة لعملاء المصارف أو لتوفير الثقة والاحترام الواجبين

1 – خالد رميح تركي المطيري: المصارف وغسيل الأموال، 2007، دار النهضة العربية،دالقاهرة، ص: 55.

2 – كال أبو العيد: سر المهنة، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثامنة والاربعة، العدد الثالث والرابع، 1978م، ص: 690،

3–محي الدين إسماعيل، التزام المصارف بسر المهنة في القانون المقارن، مجلة قضايا الحكومة، 1970م، السنة 14، العدد الأول، ص: 320.

للمؤسسات المصرفية، وإنما يتقرر أيضا لحماية المصلحة الاجتماعية والاقتصادية العامة العليا في حسن أداء المصارف لدورها في الاقتصاد القومي وفي تدعيم نظام الائتمان وتوفير المناخ المناسب للاستثمار أو الاستقرار الاقتصادي وتلعب هذه المصلحة العامة العليا دورا أساسيا في تحديد معالم النظام القانوني للسر المصرفي ومدى حمايته جزائيا [1].

وتختلف هذه المصلحة ومن ثم الحماية المقررة للسرية المصرفية باختلاف النظم والاتجاهات السياسية والاقتصادية والتشريعية

الفرع الثالث: معيار تحديد الواقعة السرية والاعتبارات التي يقوم عليها:

إن تعدد الآراء الفقهية حول تحديد المقصود بالسر المصرفي العام والسر المصرفي بشكل خاص أدى إلى اختلاف المعايير التي نادى بها الفقه، واعتمدها القضاء في العديد من أحكامه كأساس لتحديد الصفة السرية للوقائع أو المعلومات الخاصة بالعميل وخضوعها للحماية القانونية المقررة لهذا السرعلى أنّ الاعتبارات التي يقوم عليها السر المصرفي هي اعتبارات اقتصادية سياسية اجتماعية وأخلاقية، إضافة إلى الاعتبارات التي تتعلق بالحرية الشخصية واحترام الحياة الشخصية للفرد، كونه اعتبارات تتعلق بكتمان أنشطة المصرف الخاصة بالعملاء حتى ينشأ جو من الثقة بين المصرف وعملائه.

أولا: معيار تحديد الواقعة السرية:

اتجه جانب من الفقه إلى الأخذ بمعيار الضرر لتحديد الوقائع السرية اعتمد جانب آخر على إرادة المودع في إبقاء الأمر سرا، وذهب جانب آخر إلى الاستناد على معيار التفرقة بين الوقائع السرية والوقائع المعروفة لتحديد سرية الأمر المراد حمايته، واستقر راي أخير على الاعتماد على معيار المصلحة وحاول بذلك الربط بينها وبين السر الذي يحميه القانون، وسنحاول فيما يلي عرض هذه النظريات لنحدد بعد ذلك الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري منها.

1 – الدكتور /أحمد كامل سلامة: الحماية الجنائية لأسرار المهنة، 1988، جامعة القاهرة، مصر، ص: 39

1-نظرية الضرر:

يرى أنصار هده النظرية على راسهم الفقيه دالوز أن فعل الإفشاء لا يشكل جريمة إلا إذا كانت الواقعة المفشاة ذات طبيعة ضارة للغير [1]، واعتبر بذلك أن السر هو ما من شأنه أن يلحق إفشاءه ضررا بالشخص [2]، نتيجة لذلك فإن إفشاء المصرف للسر المصرفي لا يعتبر إخلالا بالتزام قانوني إلا إذا ألحق ضررا بصاحبه، ويعتبر هذا الإفشاء نوعاً من القذف أو السب ذلك أن كل هذه الجرائم تسبب أذى للمجني عليه في شعوره وشرفه، وقد أخذ القضاء الفرنسي بهذه النظرية في العديد من أحكامه وجعل من الضرر ركناً أساسياً في السر.

وقد استند أنصار هذا الرأي على ما جاء في الأعمال التحضيرية لقانون العقوبات الفرنسي حيث يرى الأستاذ همار(Hamar)[3]، أن ما جاء بعبارات خطباء الحكومة الفرنسية لا يثير أي شك في ضرورة شرط الضرر،كما اعتبر "فور (Faure) مستشار الدولة أن إفشاء السر المصرفي جريمة خطرة تسئ إلى الشخص صاحب السر، ولتبرير رأيهم أكثر اتجهوا إلى القول بأن جريمة إفشاء السر وضعت بين جرائم السب والقذف فلكي يعاقب على الإفشاء يجب أن يتضمن في طياته قذفاً أو سباً، وقد أخذ بهذا الاتجاه القانون الايطالي إذ يستخلص من المادة 622 من قانون لعقوبات الإيطالي أنه لا عقاب على الإفشاء إلا إذا . ترتب عنه ضرر [4].

إلا أن هذه النظرية لم تلق رواجاً كبيراً وما يعاب عليها هو تركيزها على النتيجة أو الأثر الذي يترتب على الإفشاء ألا وهو الضرر، وعدم اهتمامها بالشيء محل البحث نفسه

---

1 – الدكتور/محمود صالح العادلي: الحماية الجنائية لالتزام المحامي بالمحافظة على أسرار موكليه، 2003، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط01، ص.72

والضرر المقصود وفقا لأنصار هذه النظرية هو ما يلحق بسمعة مودع السر وكرامته نتيجة لإفشاء أسراره، ويستوي في ذلك أن يكون الضرر الناتج ماديا أو أدبيا.

2 – بوزنون سعيدة :"الحماية الجنائية لأسرار المهنة"، رسالة ماجستير،2008/2007، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ص: 7.

3 – Hamar : Le secret médical au point de vue de la révélation des crimes et de délits, rev crit de legis et de juris, (43 (أشار إلى هذا الفقيه الدكتور أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص:

4 – الدكتور/أحمد كامل سلامة: المرجع نفسه، ص 40

أي السر ولا على مكوناته الأساسية، وبعبارة أخرى لم تركز هذه النظرية على الكتمان ولا على الصورة الايجابية الواجب توافرها لبقاء هذا الشيء في وضعه الطبيعي[1]، فقد علق ديمارل على الحجة الأولى التي استند إليها أنصار هذه النظرية مرتئيا أنه مهما تكن طبيعة الإفشاء فإنه يجب المحافظة على الثقة المفروضة في ممارسة بعض المهن، وذلك هو الهدف الأساسي من النص الجنائي الفرنسي. فالمشرع كان يهدف من خلال نص المادة 378 من قانون العقوبات الفرنسي إلى تأكيد الثقة المفروضة في ممارسة بعض المهن، وهذه الغاية لا تتحقق بصورة كاملة إذا اقتصر العقاب على الافشاءات الضارة فقط[2].

كما أن جريمة إفشاء السر لا يمكن أن تقريبها إلى جرائم السب والقذف نظرا لاختلاف عناصرها والغاية منها. فبينما الغاية من التجريم في جرائم القذف هي حماية سمعة وشرف الأفراد تتمثل الغاية من تجريم إفشاء السر في حماية الثقة المفترضة، والواجبة في ممارسة بعض المهن كالمهنة المصرفية وما فيها من مساس بالصالح العام، إضافة لذلك فإن القانون يعاقب على إفشاء السر ولو كان مشرفا لصاحبه كأن يفشي المصرف رصيد حساب أحد عملائه فليس في ذلك ما يلحق العار بالعميل، بل على العكس من ذلك هذا يكشف عن مدى ملاءته المالية لكنه مع ذلك يظل إفشاءاً معاقب عليه قانوناً[3].

كما أن نية المشرع الفرنسي لم تتجه إلى اشتراط الضرر في جريمة إفشاء السر فلو كان الأمر كذلك لنص صراحة على ذلك مثلما فعل القانون الإيطالي تأكيداً على ضرورة هذا الشرط، وقد تدارك المشرع الفرنسي هذا العيب في التعديل الجديد لقانون العقوبات الفرنسي وأدرج هذه الجريمة في فصل خاص[4]، وقد تراجع القضاء الفرنسي على الأخذ بهذه النظرية ويتضح ذلك من القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية الدائرة الجنائية بتاريخ 9 نوفمبر 1910، والذي جاء بأسبابه ما يلي: "....إذا كان الأفراد لم يضاروا من

1 – الدكتور/محمود صالح العادلي: المرجع السابق، ص 73

2 – الدكتور/أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص 41.

3 – الدكتور/عبد القادر العطير: سر المهنة المصرفي في التشريع الأردني، الطبعة الاولى، 1996 دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص 12.

4 – الدكتور/سعيد عبد اللطيف حسن: الحماية الجنائية للسرية المصرفية، 2004، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 24

إفشاء السر، فان المصلحة العامة تضار من هذا الإفشاء دائما مما يتطلب حماية قانونية للسر تقتضيها ضرورات الأمن، وحماية الصحة العامة وكسب الثقة في بعض المهن..."[1].

2-نظرية إرادة المودع في إبقاء الأمر سرا:

تلعب الإرادة دوراً هاماً في الفكر القانوني والإرادة هي قوة نفسية ذهنية لازمة لشخصية الفرد تندمج مع السلوك الإنساني فتضفي عليه الصفة الإرادية[2]، وتدور الفكرة المحورية لهذه النظرية على المزج بين فكرتي الإرادة والسر فما انصرفت إليه الإرادة لاعتباره سراً يكون كذلك والعكس صحيح، ويذهب أنصار هذه النظرية وعلى راسهم الفقيه" ليتريه (Littré) إلى القول بأن السر المصرفي يدخل فيه ركن خاص وهو إرادة المودع في إبقاء الأمر سرا، فالأمر يكون سرا إذا عهد به صاحبه إلى المصرف على أنه سر[3]، وبهذا لا يلتزم المصرف بكتمان إلا بما عهد به العميل طواعية واختيارًا منه ذاكرا له أنه سر فيكفي إيداع الثقة والائتمان أو الطلب الصريح للمودع ليكون الأمر سرا[4].

وقد أخذ القضاء الفرنسي في البداية بهذه النظرية في مجال السر المصرفي للأطباء واعتبر بأن هذا الأخير هو كل ما يعهد به المريض بمحض إرادته إلى الطبيب على أنه سر[5]، وقد استند أنصار هذا الرأي على عبارات نص المادة 378 السابقة من قانون العقوبات الفرنسي[6] التي تتضمن عبارة"... الأشخاص المودع لديهم أسرار عهد إليهم بها..."، فيستفاد من المعنى الحرفي لهذه المادة أن السر المصرفي يشمل فقط تلك الوقائع

1 – أشار إلى هذا القرار الدكتور أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص 42

2 – الدكتور/محمود صالح العادلي: المرجع السابق، ص78. فالسلوك الإنساني سلوك إرادي لذا تنطلق كثير من المفاهيم القانونية مرتكزة على دور الإرادة فيترتب على وجودها وصحتها أثرا قانونيا يتناسب مع ما يصدر من الإنسان من سلوك.

3 – الدكتور/ أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص 48

4 – الدكتور/عادل جبري محمد حبيب: مدى المسؤولية المدنية عن الإخلال بالالتزام بالسر المصرفي أو الوظيفي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط01، 2003، ص 22

5 – Cass.crim.27/11/1909,S.1910-1-329.

أشار إلى هذا القرار الدكتور عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص 22

6 – Art 378«Les médecins، chirurgiens et autres officiers de santé ainsi que les pharmaciens، les sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires par état ou profession ou par fonctions temporaires ou permanentes، des secrets qu'on leur confie……. »

المعهودة بها صراحة وبصفة سرية إلى المصرف، فالطلب الرسمي من العميل والتعبير الصريح من جانبه شرط للالتزام بالسر[1]، وإذا لم يكن قصد صاحب السر ظاهرا يجب الإعتماد على إرادته الضمنية المفترضة، ويكفي لدى أنصار هذه النظرية إيداع الثقة والائتمان ليكون الأمر سرا أي اتجاه إرادة المودع الصريحة أو الضمنية في إبقاء الأمر سرا بغض النظر عما إذا كان إفشاءه يضر بسمعته أو كرامته من عدمه.

غير أن هذه النظرية لم تلق قبولا لدى الفقه والقضاء هي الأخرى لأنها لا تحقق الغرض من تجريم إفشاء السر ذلك أن بعض الوقائع تعتبر سرا بطبيعتها أو بحكم القانون، ولا دخل لإرادة المودع في ذلك ومع هذا لا يجوز إفشاءها، وما يعاب على هذه النظرية أيضا قيامها على عوامل نفسية وذهنية لا يسهل تقصيها ولا التحقق منها، كما أن التباينفي ظروف الأشخاص يؤدي بدوره إلى تنوع الحلول واختلاف الآراء[2]، وقد اعترض الفقيه[3] (Pimienta) على هذه النظرية واعتبرها محدودة لا تفسر لنا وجوب المحافظة على ما يعرفه الأمين من أسرار أثناء ممارسته لمهنته فجأة أو بالاستنتاج، وبهذا لا يشمل السر المصرفي فقط تلك الوقائع التي أدلى بها العميل إلى المصرف بإرادته بل حتى تلك التي اكتشفها هذا الأخير خلال مهنته على أساس أن صاحب السر قد يكون على غير دراية به، وقد يدركه المصرف بذكائه أو استنتاجه حتى وإن لم تتجه إرادة العميل إلى ذلك[4].

ويذهب الفقه المصرفي إلى القول بعدم ضرورة أن يعهد العميل بالأمر إلى المصرف على أنه سر ويطلب كتمانه، وإن كان ظاهر النص الجنائي يوحي إلى ذلك فيعد في حكم السر الواجب الكتمان كل أمر وصل إلى علم المصرف ولو لم يفض به العميل إليه إفضاء،

---

1 – الحاسي مريم، التزام المصرف بالمحافظة على السر المصرفي، مذكرة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2012/2011، ص: 19.

2 – الدكتور/عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص 23

3 – Louis Pimienta : Le Secret Professionnel de L'avocat, édition Pédon, Paris1937

أشار إلى هذا الفقيه الدكتور أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص 49

4 – الدكتور/محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات القسم الخاص، 1988، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 755. وهذا ينطبق أيضا على السر الطبي فقد يكتشف الطبيب من خلال فحصه للمريض أنه يعاني من مرض كان يجهله، ومع ذلك يلتزم الطبيب بكتمانه بالرغم من عدم اتجاه إرادة المريض إلى ذلك لأنه كان يجهله أصلا.

وقد عدل القضاء الفرنسي عن إتباع حرفية النص الجنائي الفرنسي حيث قضت محكمة السين بخصوص السر الطبي بأنه"لا يجوز للطبيب أن يذكر شيئا عن نوع المرض أيا كان بغض النظر عن إرادة المريض لأنه سر بطبيعته..."[1].

وبهذا فليس من الضروري أن يودع الشخص سره بنفسه إلى المصرف بل قد يحصل هذا الأخير بطريق أو بآخر عليه، ومع ذلك يلتزم بكتمانه كما هو الحال في حالة حصول المصرف على معلومات بخصوص عميله عن طريق الاستعلام.

3-نظرية التفرقة بين الوقائع السرية والوقائع المعروفة:

تدور هذه النظرية حول التعريف بالشيء نفسه أي السر المصرفي دون اللجوء لعناصر خارجية عنه كإرادة الشخص صاحب السر أو مصلحته أو الضرر الذي ينجم عن الإفشاء، لذلك فهي تنادي بضرورة التمييز بين الوقائع التي لها طابع سري وتلك المتجردة منه [2]، يرى أنصار هذه النظرية وعلى راسهم همار (hamar) وبأن الإفشاء هو كل عمل ينقل الواقعة المفشاة من واقعة سرية إلى واقعة معروفة، فلا يعد الإفشاء جريمة إذا انصب على جناية أو جنحة عرفت من قبل أو سقطت في مجال المعلومات العامة. فمن وجهة نظرهم يجب التفرقة بين الوقائع السرية والوقائع التي كانت معروفة من قبل ومن الوقائع المعروفة ما يكون عاما بطبيعته يسمح العلم بها منذ أول وهلة ولا تأخذ صفة السرية وتدخل ضمن المعلومات التي يباح إفشاؤها [3].

وفي هذا المجال فرق أنصار هذه النظرية فيما إذا كانت الواقعة معروفة على سبيل القطع أي مؤكدة لا يؤدي إفشاؤها إلى إضافة خبر جديد إلى علم الناس، فالإفضاء بها من طرف المصرف لا يعتبر جريمة لأن مثل هذه الوقائع لا تتخذ صفة السرية أصلا. أما الوقائع المعروفة على سبيل الإشاعة فهي تقف في منطقة حدية بين الوقائع السرية اليقينية والوقائع المعروفة على وجه التأكيد، ولا يمنع من أن إفشاءها من المصرف يدفع بها من

1 –الدكتور أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص 50

2 –الدكتور /محمود صالح العادلي: المرجع السابق،ص 74

3 – الحاسي مريم: المرجع السابق، ص: 21.

دائرة التشكيك إلى دائرة التأكيد[1]، ذلك أن الإشاعات عادة لا تصدق عند جميع الناس فهي غالبا ما تكون كاذبة ومن الناس من يتردد في تصديقها فيكون إفشاء المصرف لها مظهرا للحقيقة، ولا مانع من أن تكون الواقعة السرية معروفة لدى عدد محدد من الأشخاص باعتبارهم ينتمون إلى محيط عائلي، كما لا تنتفي صفة السرية إذا كانت الواقعة معلومة من أكثر من موظف اطلعوا عليها بسبب وظيفتهم، وعلى خلاف ذلك تنتفي هذه الصفة إذا كانت الواقعة معدة للاطلاع عليها في سجل إداري يحق للعامة الاطلاع عليه. أما الوقائع السرية فهي تلك التي لا يعرفها أحد أو يعرفها عدد محدد من الأشخاص المقربين إلى صاحب السر[2] .

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها صادر في 1997/04/30 بالنسبة لشهادة طبية مسلمة من جراح توضح العلاقة بين مرض الشخص والوفاة، وقد تضمنت هذه الشهادة مجرد وقائع سجلت في سجلات المستشفى، إلا أن المحكمة اعتبرت أن تسليم هذه الشهادة افشاءا للسر المصرفي. في حين اعتبرت محكمة دويه (Douai) في أحد أحكامها بأن السر لا يتعارض مع مرض معروف من قبل ، وقد أيد الفقيه (Charmantier) هذه النظرية في كتابه عن السر المصرفي واعتبر بان إضفاء صفة السرية على الواقعة المشهورة يعد تعسفاً في مفهوم السر المصرفي فالواقعة المعروفة أو المشهورة لا تكون سرا بأي حال [3] إلا أن هذه النظرية لم تسلم من النقد ذلك أن التفرقة بين الوقائع السرية والوقائع المعروفة تفرقة غير دقيقة. فقد أخذ على هذه النظرية أن معرفة الوقائع من قبل لا تكفي لجعل الإفشاء مشروعا لأن هذا الأخير يؤكد أخبارا كانت تتردد حول هذه الواقعة التي قد تكون مجرد إشاعات، فمن شأن هذا الإفشاء أن يعطي الغير تأكداً لم يكن لديه[4].

---

1 – الدكتورعادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص 28 .و في هذا الصدد يرى الفقيه ديمارل أنه من الصعب تحديد الدرجة التي يتعين أن تكون عليها شهرة الواقعة لإعفاء المفشي من العقوبة.

2 – مبروك نصر الدين: المسؤولية الجزائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، مجلة موسوعة الفكر القانوني، ج01، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، ص 25

3 – الدكتور/أحمد كامل سلامة: المرجع السابق ، ص 44

4 – الدكتور/علي جمال الدين عوض: عمليات المصارف من الوجهة القانونية،1989،دار النهضة العربية،القاهرة، ص25

والدليل على ذلك الحكم الصادر في قضية (Watlet) حيث اتهم طبيب بإفشاء سر مريضه، وبالرغم من طعنه في الحكم استنادا إلى شهرة واقعة المرض إلا أن المحكمة رفضت الطعن وقضت بأن شهرة السر لا تزيل عنه صفة السرية[1]، كما صدر حكم عن محكمة (AIX) سنة 1902 بمناسبة دعوى طلاق زعم فيها المدعي أن زوجته أودعته في مستشفى الأمراض العقلية واتهمته بالجنون، وأثناء التحقيق أدلى الطبيب بالمعلومات التي علمها على اعتبار أن الحالة العقلية للزوج لم تكن سرا بالنسبة لأي شخص، إلا أن المحكمة رفضت ذلك واعتبرت أن التزام الطبيب بالكتمان قاعدة من النظام العام[2].

وبهذا فان شيوع الواقعة أو إفشاؤها مسبقا لا يجعل منها واقعة أكيدة بل تبقى واقعة معروفة على سبيل العموم، وأن مثل هذا التأكيد لا يكون إلا حينما يتم الإفشاء بها من مهني. نظرا لتخصصه في المهنة لاكتشافه لها أثناء ذلك [3].

وبهذا نخلص مما سبق أن الفقه والقضاء يكاد يجمع على ضرورة الاحتفاظ بسرية الوقائع المعروفة سابقا أو الشائعة بين الناس.

4-نظرية المصلحة:

تعبر المصلحة بوجه عام عن الفائدة أو المنفعة ولعل شيوع فكرة المصلحة في سائر فروع القانون هي التي قادت بالبعض إلى الاعتماد عليها لتحديد مدلول السر الذي يحميه القانون بوجه عام، أو بالأحرى يحميه أكثر فرع من فروع القانون كالقانون المدني والقانون الجنائي والقوانين الاقتصادية ولا سيما قوانين المصارف[4]، لذلك تتمحور هذه النظرية في

---

1 – حيث جاء بأسبابه".... وإن لم يثبت في حق المتهم قصد الإضرار إلا أن نص المادة 378 من قانون العقوبات عام ومطلق يعاقب على كل إفشاء للسر المهني فالمشرع قصد من فرض الالتزام بالسر على بعض الأشخاص تأكيدا على الثقة المفروضة في ممارسة بعض المهن.... ولا يحتج بما يدعيه من معرفة هذا المرض لدى البعض إذا كشف المتهم للجمهور مجموعة من الوقائع السرية بحسب طبيعتها ولم يعلم بها إلا بسبب مهنته....". أشار إلى هذا القرار أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص: 44-45.

2 – الحاسي مريم: المرجع السابق، ص: 23

3 – الدكتور/ سعيد عبد اللطيف حسن: المرجع السابق، ص233

4 – الدكتور/محمود صالح العادلي :المرجع السابق، ص83

الربط بين مصلحة العميل وسر المهنة الذي يحميه القانون إذ لا حماية لهذا الأخير إذ لم توجد مصلحة مشروعة في ذلك[1]، وعلى ذلك فإذا كان لعميل المصرف مصلحة مشروعة في أن تظل المعلومات والوقائع الخاصة به سرية لزم على المصرف كتمانها، أما إذا لم تكن له مصلحة في ذلك كما لو كانت الواقعة لا تتصل به أو كانت تلك المصلحة غير مشروعة فلا التزام على المصرف بكتمانها[2].

ويرجّح بعض الفقه هذه النظرية على النظريات السابقة باعتبارها الأقرب للصحة لأنها تغطي كافة الفروض الممكن تصورها لإضفاء وصف السر على المعلومة أو الواقعة، كما أنها تهدف إلى حماية المصالح المشروعة دون غيرها مهما كانت الطريقة التي يتحصل فيها صاحب المهنة عن الوقائع والمعلومات التي يلتزم بكتمانها [3]، فكتمان الأسرار المالية للعميل وحقه في الخصوصية أمر تقتضيه المكانة الاجتماعية له ذلك أن إفشاء مثل هذه الأسرار يضر بشرفه وباعتباره، ولعل هذا ما دفع بالمشرع لإدراج هذه الجريمة ضمن الجرائم الماسة بالشرف والاعتبار سواء في فرنسا أو الجزائر أو مصر[4].

فكتمان المصرف لهذه المعلومات يحقق في الواقع مصلحة أدبية للعميل المدين كمصلحته في سرية حساباته حفاظا على كرامته وتجنب انحطاط مركزه المالي بين دائنيه ومنافسيه، كما له مصلحة في سرية المشروعات التي لم يتم تنفيذها كما في حالة رفض طلبه بفتح اعتماد قبل المصرف، وله أيضا مصلحة في سرية الضمانات التي يقدمها للمصرف للحصول على قروض. أما بخصوص المصلحة المادية له فهي تتجلى في ضرورة سرية معاملاته إذا كانت له صفة التاجر تجنبا لزعزعة مركزه وسط منافسيه، حفاظا على الثقة التي يكنها له المتعاملين معه نظرا لملاءته المالية ويسره [5].

---

1 – الدكتور/محمود صالح العادلي :المرجع السابق ، ص85

2 –الدكتور/ سعيد عبد اللطيف حسن :المرجع السابق، ص215

3 – الدكتور/محمود صالح العادلي: المرجع السابق، ص 89

4 – الدكتور/سعيد عبد اللطيف حسن: المرجع السابق، ص 217

5 – الدكتور/الياس ناصف: الكامل في قانون التجارة وعمليات المصارف، الطبعة الاولى، 1999، عويدات للطباعة والنشر، بيروت، ج3، ص 280

وإن كان الفقه المصري قد رجح هذه النظرية إلا أن محكمة النقض المصرية اتجهت إلى القول في قرار صادر لها سنة 1942 بأن المشرع لم يبين معنى السر، وترك ذلك لتقدير القضاء فوجب الرجوع إلى العرف وإلى كل حالة على حدى [1].

5-موقف المشرع الجزائري من هذه النظريات:

لقد سار المشرع الجزائري على غرار ما سارت عليه التشريعات ولم يعرف السر المهني العام ولا السر المصرفي، بل اكتفى بفرض الالتزام بحفظه بموجب المادة 117 من قانون النقد القرض [2] على المصارف والتي جاء فيها ما يلي: "يخضع للسر المهني تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات:

-كل عضو في مجلس إدارة وكل محافظ حسابات، وكل شخص يشارك أو شارك بأي طريقة كانت في تسيير مصرف أو مؤسسة مالية أو كان أحد مستخدميها.

-كل شخص يشارك أو شارك في رقابة المصارف والمؤسسات المالية.

تلزم بالسر مع مراعاة الأحكام الصريحة للقوانين جميع السلطات ما عدا:

-السلطة العمومية المخولة بتعيين القائمين بإدارة المصارف والمؤسسات المالية.

- السلطة القضائية التي تعمل في إطار إجراء جزائي.

- السلطة العمومية الملزمة بتبليغ المعلومات إلى المؤسسات الدولية..."

أ-ارتباط الواقعة السرية بالمهنة أو الوظيفة:

ليس هناك من شك في أن اعتبار الواقعة من الأسرار المصرفية يقتضي وجود صلة مباشرة بين العلم بالواقعة محل السر وممارسة المهنة المصرفية، فلكي يلتزم المصرف بواجب السرية يجب أن يكون من طبيعة مهنته الاطلاع على تلك الأسرار [3]، وبالرجوع للمادة 301 من قانون العقوبات الجزائري لا يعاقب على إفشاء الأسرار إلا بالنسبة لتلك

1 – الدكتور/ أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص 5

2 –الأمر 11/03 المؤرخ في 2003/08/26 المتعلق بالنقد والقرض، ج ر عدد 52، المؤرخة في2003/08/27.

3 – الدكتور/عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص 18

التي أدلي بها إلى الأمين بحكم وظيفته أو مهنته، لذلك يجب أن يكون اطلاع المصرف عليها له علاقة بمهنته [1]. أما إذا كان هذا الأخير قد علم بها بصفته الشخصية فإنه لا يعد مؤتمنا عليها ولا يلتزم بكتمانها، فالمصرف الذي يعمل وكيلا لأعمال عميله أو مقاولا لرحلات سياسية لا يكون في نطاق مهنته، وبناءا علية لا تخضع للقاعدة الوقائع التي تخص العميل ويعلم بها المصرف بصفته صديقا أو قريبا للعميل دون أن تكون مرتبطة بمهنته أو بعلاقته معه [2]، أو تلك التي يعلم بها بحكم علاقة أو الجوار أو وجوده في مكان خلاف أماكن ممارسة مهنته [3].

و تكون معرفة الواقعة السرية مكتسبة أثناء ممارسة المهنة إذا تم التحقق منها خلال تلك الممارسة باعتبارها النتيجة المباشرة والضرورية لذلك[4]، ولهذا يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار الطبيعة المهنية للعلاقة التي تربط بين المصرف والعميل، وهذا ما أخذ به القضاء الفرنسي وهذا ما أخذ به القضاء الفرنسي في قرار صادر عنه بتاريخ 21 جويلية 1973 [5]، وقد وسع بعض الفقه مجال هذا الالتزام ليشمل بذلك حتى المعلومات التي علم بها المصرف أثناء التفاوض على العقد، إذ لعل هذا الالتزام هو من أهم ما تقتضيه حسن النية في التفاوض، حيث أن لهذه الأسرارأهمية كبيرة بالنسبة لصاحبها فيلتزم المتفاوض بكتمانها[6]، كذلك تمتد حماية القانون إلى كل مصالح العميل المالية والأدبية حتى بعد انتهاء

1 –الدكتور/ أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص 53

2 – الدكتور/عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص 19

3 –الدكتور /محمود صالح العادلي: المرجع السابق، ص 92

4 – Jean-Paul Céré, Le Secret Professionnel, L'Harmattan, 2005, paris, p.56

5 – Cass.Civ.21/6/1973,J.C.P.1973.J.16.

حيث رفع زوج على زوجته دعوى طلاق، لجأت الزوجة إلى إحدى صديقتها المحامية وأطلعتها على تفاصيل المشكلة، وأثناء الدعوى شهدت المحامية ضد الزوجة بما سمعته منها فحكم بطلاق الزوجة، وطعنت هذه الأخيرة في الحكم لبطلان الشهادة إلا أن محكمة النقض أيدت الحكم لانتفاء علاقة السببية بين الأسرار التي علمت بها المحامية ووظيفتها، فهي لم تعلم بها كمحامية بل كصديقة للعائلة.

6 –الدكتور/ رجب كريم عبد الله: التفاوض على العقد، بدون طبعة، 2003، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 450

علاقته بالمصرف،وبهذا تتحقق مصلحة العميل بعدم إفشاء أسراره من طرف المصرف حتى وإن لم يبرم العقد أو زال هذا الأخير[1]

ب-عدم شيوع الواقعة للكافة:

تقتضي طبيعة السر عدم شيوعه بين الناس وانحصار معرفته لدى أولئك الذين أودع لديهم، فلا يدخل ضمن الأسرار تلك الوقائع والمعلومات المشاعة بين الناس على أن.

انتشار المعلومة لا ينفي عنها صفة السرية إذا لم تكن مؤكدة وعمل المصرف على تحقيق ذلك. فلو انتشر بين الناس خبر على أن تاجرا معيناً في وضعية مالية سيئة أو أنه على وشك الإفلاس، وقام أحد موظفي المصرف الذي يتعامل معه هذا التاجر بتأكيد الخبر عن طريق إفشاء وضعية حساباته فإن ذلك يعتبر افشاءا لسر هذا التاجر[2] لأن محيط العامة لا يعتمد عليه كثيرا، ومن الناس من لا يصدق ما يدور فيه من إشاعات فإذا تقدم المصرف وأذاعه بين الناس فإنه يؤكد الرواية ويحمل المترددين على تصديقها، وبالتالي تصبح الواقعة عنوانا للحقيقة ودليل صحة لا يمكن إنكاره[3]، وهذا ما أخذ به القضاء الفرنسي حيث قضى بأن معرفة الغير بالمعلومة لا يكفي وحده لاستبعاد صفة السرية عنها، كما قضت محكمة (Rennes) الفرنسية بمسؤولية قاضي قام بإفشاء أسرار مهنته عن طريق نشره لوقائع بصفيحة يومية كانت تتداولها وسائل الإعلام على أساس أن تدخله هذا أضفى على هذه الوقائع صفة التأكيد والرسمية[4].

1 – الدكتور/عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص 24

2 – الدكتور/محي الدين إسماعيل علم الدين: المرجع السابق، ص 199. وفي هذا الصدد يجب أن نفرق فيما إذا كان الإفضاء بالمعلومة من جانبه أن يضيف شيئا لعلم الغير بها أم لا، فإذا كان إفضاء المصرف لهذا الواقعة لا يضيف جديدا على اعتبار أن علم الغير بها على سبيل اليقين فلا تتحقق مسؤوليته لأن الواقعة ليست لها هنا صفة السر، لكن إذا أعطى الإفضاء للواقعة صفة التأكيد بعد أن كان يرددها الناس فان إخلال المصرف بالتزامه يعد متحققا.

3 – الدكتور/عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص 25

4 – المرجع نفسه ، ص 26

ج-وجود مصلحة لدى العميل في كتمان السر:

يذهب الفقه إلى القول بأن الصفة السرية للواقعة أو المعلومات يجب أن ترتبط بمصلحة العميل وليس معنى ذلك أن يكون المصرف هو الحكم في تقدير هذه المصلحة، وإنما يجب أن يدرك بأن ما أفضي به عن عميله أو عرفه عنه ينبغي أن يبقى سرا مهما كانت تفاهته أو جسامته لأن للعميل مصلحة في ذلك، ولأن للإفشاء آثار ضارة لا تقتصر على مصلحة العميل المادية بل تمتد إلى المصلحة الأدبية أيضا، لا يمكن القول بوجود شخص أيا كان مركزه الاجتماعي بلا اعتبار فالناس جميعا سواء من حيث حقهم في المحافظة على اعتبارهم في الوسط الذي يعيشون فيه، ولا شك أن قواعد الأخلاق ترفض إفشاء. المصرف لأسرار عملائه لما في ذلك من إخلال بالثقة الواجب توافرها بين الطرفين[1].

و بهذا تستلزم المصلحة في كتمان السر أن يكون من شأن إفشائه إلحاق ضرر بصاحبه في السمعة أو النفس أو المال والكرامة، ويستوي في ذلك أن يكون الضرر مادياً أو معنوياً، ويشترط في هذه المصلحة أن تكون مشروعة إذ لا يلتزم المصرف بالتستر على أعمال إذا كانت غطاءاً لأعمال اجرامية يقوم بها هذا الأخير[2]، ولا يشترط أن يطلب العميل من المصرف ذلك لأن الالتزام بالسر يفترض في المعاملات التي تجرى مع المصرف، حيث لا تقوم الحاجة إلى النص عليه فهو التزام بالامتناع عن عمل يقصد منه حماية مصلحة العميل وسمعته فيما يتعلق بدقة عمله ويساره وأخلاقه التجارية[3].

نخلص مما سبق أن المعلومات التي يغطيها السر المصرفي تتمثل في تلك التي اطلع عليها المصرف بحكم مهنته أي التي لها علاقة مع ممارسته لهذه المهنة، والتي ليست معروفة لدى العامة بشرط أن تكون للعميل مصلحة مادية أو أدبية مشروعة في حمايتها

1 – الدكتور/ أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص 173

2 – الدكتور/ نصير شيوعان: أثر السرية المصرفية على تبييض الأموال، الطبعة الأولى 2009، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، ص 108

3 – الدكتور /أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص 281

باعتبارها تتعلق بتفاصيل حياته الخاصة التي يقتضي المنطق أن تبقى محصورة في نطاق سري بعيدة عن اطلاع الغير.

ثانيا: الاعتبارات التي تقوم عليها السرية المصرفية.

حيث تتضاءل أهمية السرية المصرفية في الدول الدكتاتورية نظرا لازدياد نفوذ السلطات العامة من خلال تعدد القيود التي ترد على الحرية الشخصية لاسيما إذا تعلق الأمر بالمظهر المالي لهذه الحرية، أما في الدول الديمقراطية فيعد احترام السر المصرفي تأكيدا لسياسة الحرية واحترام حقوق الأفراد، فالسر المصرفي أمران متلازمان ولذلك يتسع نطاق الاحتجاج به في مواجهة السلطات العامة [1].

وتبعا لما سبق سوف نأتي إلى عرض هذه العناصر حسب أهميتها.

1-العوامل الاقتصادية:

أن الاقتصاد عموما يرتبط بممارسة الحريات الفردية والجماعية، لذلك نجد أنظمة الاقتصاد الحر تتماشى وفكرة السرية بما يضمن الحماية لها، من خلال تجريم الاعتداء على السرية ليتعداه إلى تكريسها في الدساتير الوطنية، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال ضمان هذه الحريات بما يعود بالنفع الكبير على اقتصاديات الدول.

إن المفهوم الليبرالي للدولة له أثار جمة في المجال الاقتصادي: حرية التبادل واقتناء العملة الأجنبية، السياسة المالية المبنية على استقرار العملة، وقلة نسبة الخضوع للضرائب شجعت على دعم الثقة لجذب رؤوس الأموال الأجنبية [2].

لذلك عمدت الدول في أنظمتها المصرفية إلى تأسيس السرية من أجل تأمين مناخ اقتصادي ملائم وأمن للأعمال من قبل المهنيين، حيث أنه بمنح السرية المطلقة من قبل

1 – صلاح الدين حسن السيسي: القطاع المصرفي وغسيل الأموال، 2003، دراسات نظرية وتطبيقية، قضايا مصرفية، القاهرة، عالم الكتب ص: 155.

2 – الحاسي مريم: التزام المصرف بالمحافظة على السر المصرفي، مذكرة ماجستير، سنة: 2011–2012، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، ص: 43.

هؤلاء للحالة المالية للزبائن، تجعل من السر المصرفي يخدم اقتصاد الدولة، في حين عدم الاستفادة من الحماية شبه المطلقة للسر سوف تحول الادخار إلى أنظمة اقتصادية أكثر إغراءا بما ينجر عنه تضرر اقتصاد الدولة المعنية[1] .

وعليه مما لا شك فيه أن مسألة السر المصرفي ترتب أثار اقتصادية هامة خاصة عندما نقلل من الاستثناءات الواردة على المبدأ، وهذا ما يزيد من حجم الاستثمارات وذلك بتحفيز عملية جذب رؤوس الأموال في حالة الاحتجاج بالسر المصرفي إزاء الإدارة الضريبية الوطنية ومنه لإدارات الضريبة الأجنبية بحثا عن السرية

ومن الطبيعي أن تجد رؤوس الأموال تلك والهادفة إلى تحقيق الاستثمارات الدولية في نظام السرية المصرفية حاميا لها، ومن هنا تتضح لنا العلاقة الوثيقة بين نظام السرية المصرفية وحركة رؤوس الأموال [2].

وهذا ما أشار إليه الفقه السويسري على أنه لفعالية نشاطات مؤسسات القرض، لابد لها أن تضمن السرية المطلوبة والسر المصرفي يعد مفتاح نجاحها في ذلك، ويستحسن في هذه الحالة أن تودع الأموال الغير مصرح بها لدى المصارف السويسرية وتشغيلها ضمن الحركة الاقتصادية بدلا من إيداعها في الدول ذات امتيازات ضريبية أو في مخابئ ملاكها.

وبناءا على ما سبق فإن نظام السرية المصرفية يعمل على جذب رؤوس الأموال الأجنبية والحد من ظاهرة هروب رؤوس الأموال الوطنية إلى الخارج.

إلا أن هذا الأخير لا يتأتى إلا من خلال إيجاد سياسة ضريبية ناجعة، وعلى هذا الأساس ترتبط ارتباط وثيقا بميكانزمات وطرق ممارسة السر إزاء الإدارة الضريبية وطنيا ودوليا، خاصة أنه في السنوات الأخيرة قد تميزت بتسارع في عولمة الأسواق المالية تحت تأثير التطورات التكنولوجية الحديثة وتحرر تحركات الأموال والخدمات المالية على المستوى الدولي، مما أنجر عنه سهولة في عملية تبييض الأموال والمخالفات الضريبية.

1 – الحاسي مريم، المرجع السابق، ص: 43.

1 – الدكتور/ أنطوان جورج سركيس: السرية المصرفية في ظل العولمة، دراسة مقارنة، ط01، 2008.منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت ص: 13.

كما أن اختلاف الرؤى التشريعية للدول فيما يخص مفهوم المخالفة الضريبية أدى إلى اختلاف الحلول في مجال التعاون الدولي ضريبيا نتيجة للخسارة التي تتكبدها اقتصاديات الدول.

وعليه فإن مبدأ السر المصرفي له أثار في مادة الغش الضريبي والذي يختلف عن التهرب الضريبي بدافع التستر على الأموال وعدم الكشف عنها بضمان سريتها.

ومن الملاحظ أن السر المصرفي السويسري يجد تبرير أقوى في الاعتبارات الاقتصادية أكثر من العوامل الأخرى، وهو يشكل وحدة لا تتجزأ عن الاقتصاد.

كما أن السرية المصرفية من ناحية ارتباطها بالعولمة، فإن نظامها يعتبر ضروري في عصر تزول فيه الحواجز الجغرافية والسياسية والاقتصادية بين الدول، كما يشكل وجود السرية المصرفية عنصر أساسي لضمان المنافسة المشروعة في التجارة العالمية بين القوى غير المتكافئة [1].

كما أن للعوامل السياسية وللنظام الديمقراطي التأثير الهام في تطور النظام المصرفي، حيث أن النظام الحر شجع على تنظيم السرية المصرفية، وبالتالي فإن العلاقة بين مفهومي الليبرالية والسرية المصرفية وثيقة جدا [2]

2-الاعتبارات السياسية:

والتي تتمثل في فكرة الاستقرار السياسي والتموقع الجغرافي في الدولة والمندرجة ضمن الاعتبارات السياسية،فإن السر المصرفي يعمل على تأكيد الطابع المتحرر والديمقراطي داخل الدولة، وهو يشكل حجر الأساس في صرح النظام الحر وبإمكان الديمقراطية أن تتعايش معه .

وبناءا عليه تتبين لنا العلاقة الوطيدة ما بين مفهوم الحرية الاقتصادية والسر المصرفي،ونعني بالحرية الاقتصادية وما يقابلها باللغة الفرنسية (Libéralisme) ويقصد بها

1 – الدكتور/ أنطوان جورج سركيس: المرجع السابق، ص13

2 – الدكتور/نعيم مغبغب: تهريب الأموال والسرية المصرفية، المرجع السابق، ص: 19.

مذهب اقتصادي قد نشأ في منتصف القرن الثامن عشر وينادي بالحرية الاقتصادية وبعدم تدخل الدولة في الشئون الاقتصادية، وكل نشاط اقتصادي يجب أن يوجه لحرية مبادرة الأفراد ولا تتدخل الدولة إلا لحفظ الأمن والنظام[1] .

أما على المستوى الخارجي فهو يبين التباين الموجود ما بين الدول بإبراز وضعية كل دولة عن أخرى، خاصة عندما يتعلق الأمر بدولة محايدة مثل سويسرا وفي مستوى أدنى لبنان،وممارسة الحياد ليس بالأمر الهين في ظل الضغوطات الممارسة على السر المصرفي، مما ألزم سويسرا بالدفاع عن مؤسسة السر في مصارفها إزاء المقتضيات التي تطالب بها الدول القوية للتدخل في شؤون سويسرا من خلال رفع السر،إلا أن تمكن سويسرا من تحقيق ذلك يرجع إلى خلفيات تاريخية تعود بنا إلى حقبة ما قبل وأثناء الحرب العالمية الثانية، حيث أنه بموجب السر المصرفي قد سهل من عملية هروب رؤوس الأموال من الدول ذات الأنظمة الديكتاتورية[2].

التي بدأت بالأنظمة النازية التي أصرت على معرفة أسماء وأصحاب أرصدة الحسابات للرعايا الألمان، خاصة في فترة الثلاثينات التي شهدت هروب مبالغ طائلة من قبضة النظام النازي نحو خارج، فسارع الألمان آنذاك وعلى راسها هتلر بضرورة التصريح عن الممتلكات تحت طائلة الموت، أما سويسرا من جهتها فقد ألزمت مصارفها بعدم تلبية طلبات الزبائن المرفقين بالأجانب.

في الأخير تم التوصل إلى حل توفيقي يحمي مبدأ السر المصرفي إجمالا، حيث أبرم في سنة 1945 إتفاق واشنطن ما بين سويسرا والدول الحلفاء الرامي إلى قبول سويسرا بدفع مجموع الأموال المودعة دون كشف أصحابها والذي قدر بمائة مليون دولار أنذاك[3]. هذه الأخيرة تعد واقعة تاريخية ذات بعد سياسي إلى حد اعتبار أن مسألة الدفاع عن السر المصرفي ترمي إلى محاربة الجوسسة أيضا.

---

1 – Mamdouh HAKKI، dictionnaire des termes juridiques et commerciaux، français-arabe، librairie du Liban, 2001,p235.

2 – بوساعة ليلى: المرجع السابق، ص: 46.

3 – الدكتورة/هيام الجرد: المرجع السابق، ص: 18.

وما زال مبدأ السر المصرفي مهددا إلى يومنا هذا خاصة مع انتشار الأزمة المالية في العالم وتفشي ظاهرة تبييض الأموال، بالضغط على السلطات السويسرية لرفع السر المصرفي.

3-الاعتبارات الاجتماعية والأخلاقية:

إن الفرد حسب طبيعته يرغب في التستر وإخفاء ثرواته لحماية أفضل والتصرف فيها متى شاء، وهذا ما يعبر عنه بتصرف الانطواء الاجتماعي، خاصة إذا ما اقترن الأمر بواقعة اقتصادية ذات مدلول قانوني.

وقد عبر عنه الأستاذ جون بول كورتييفي في شرحه لهذا التصرف بأنه الوقائع الاقتصادية تلك المتعلقة بالتوزيع غالبا ما تعد وقائع سالبة، أسطورة السر وسر الأعمال تشكل حاجز أمام فضول الاقتصاديون والآخرون [1].

كما أن هذا التستر يقضي على الصراع الطبقي في المجتمع وهذا ما أشار إليه الدكتور عبد المولي علي متولي بتأجيل الصراع الطبقي بإخفاء الثروات الضخمة [2].

في حين أن الاعتبارات الأخلاقية تتمثل في حماية روابط الثقة، ذلك أن العيش في المجتمع يقتضي البوح بالكثير من الأسرار التي تتعدى العلاقات الانفرادية، لذلك نجد بعض الأنشطة المهنية لا يمكن أن تمارس بدون السر.

ويطبق هذا في حالة اللجوء الاضطراري للمهنيين سواء من أجل التمثيل، أو تقديم المساعدة أو الشفاء مما يستلزم الأمر الوثوق فيهم، وعليه فحماية روابط الثقة أصبح محتوما بالمعاقبة الشديدة عند الإخلال بها.

نظرية السر المصرفي ترتبط ارتباطا وثيقا بعنصر الثقة، لقد سبق وأشرنا إليه أن المصرفي يعد أمينا بحكم الضرورة نظرا للثقة المودعة فيه من قبل المودعين بحكم طبيعة عمله.

---

1 – بوساعة ليلى: المرجع السابق، ص: 46.

2 – الدكتور/عبد المولي علي متولي، النظام القانوني للحسابات السرية، رسالة دكتوراه الموقع الألكتروني (www. edu.ib/doc/bssaan.p3)

وقد أشار الدكتور علي جمال الدين عوض أن هذا الالتزام يقوم على أساس أن طبيعة عمليات المصارف والعلاقة بين المصرف وعميله، تقوم على ثقة من العميل في أن يكتم المصرف ما يفضي به العميل إليه من شئونه وأحواله المالية، وهي شؤون يعتبرها العميل من شئونه الخاصة التي يجب ألا يعرفها الغير سواء كان هذا العميل تاجرا أو غير تاجر،لأن من الطبيعي أن يحرص كل شخص على أخفاء مركزه المالي عن غيره،سواء كان هذا الغير منافسا أو حتى فردا من أفراد عائلته الثقة تفرض على المصرفي واجب عام بالكتمان مشدد فيه بخصوص المعلومات المستقاة .

وبناء عليه فإن المصلحة الخاصة للسر المصرفي قد تهدد المصلحة العامة من أمن في الأعمال والسير الحسن للنظام المصرفي والمؤسس في غالبيته على الثقة المتبادلة[1].

أن المصرف والزبون تربطهما ثقة متبادلة، هذه الأخيرة تضمن استمرار العلاقة في مواجهة الزبون نفسه وحتى الغير.

نحاول البحث في أساس هذه الثقة (ضمان) باعتباره واجب مهني للمصرفي على مدى تطور القانون الذي ينظم المصارف والمؤسسات المالية.

إذ أن الضرورة تستدعي منح الثقة للعملاء حتى تتمكن المصارف من أداء وظيفتها، فهما متلازمان لاكتساب الصفة الدولية لهذه الثقة.

امتياز أو ضمان الثقة الذي يعد مبدأ قانوني على أساس أنه حق للزبون في إبقاء المعلومات سرا والتزام مهني بالمحافظة على الوقائع والمعلومات التي تصل الى علمها.

لذلك يمكننا أن نتساءل إذا كانت هذه الثقة تكتسي طابعا دوليا على الأقل في الدول الأروبية إذ تشكل عرفا في العلاقات التجارية على الصعيد الدولي.وعليه فإن امتياز الثقة يعد صفة دولية ويدخل ضمن حلقة العلاقات الدولية الإقتصادية، فنجد تشريعات عديدة

1 – Thierry SAMIN: le secret bancaire, 1997, collection techniques de la banque»,AFB diffusion, Paris, p:7

تؤسس فكرة الاعتداء على الثقة في مجال المصارف مثل ألمانيا الفيدرالية لأن الزبون هو المستفيد من السرية على أساس قانون الشخصية [1].

وعليه فالسرية تعد الضامن لإبقاء وتكريس الثقة في المجال المصرفي، فالاعتداء على هذه الثقة ومنه بالسرية يجد تبريره في المصلحة العامة من أجل الاقتصاد الوطني في مهنة الصيارفة والمصارف، في مصلحة القضايا الاقتصادية على أساس أن المصارف تصرح وتقدم المعلومات،التصريح أو الإفشاء يجد تبريره في المادة الضريبية في مصلحة اقتصاديات الدول لكن ليس في جميع الحالات.

لولا الثقة لما توصلنا إلى السرية إذ لمصرفي لا يمكنه تأدية مهامه لولا هذه الأخيرة والتي تعتبر كضمان يمنحه للزبون، وعليه فإن الثقة تعتبر الدافع أو السبب من أجل التحكم في الإلتزام بالسرية إذ مصلحة الزبون تتمثل في إبقاء الأموال المودعة محل سرية في حين أن مصلحة المصرف هي في الإبقاء على هذه الثقة من خلال السرية وتدعيمها بتخصيص عقوبات في حالة تزعزع هذه الأخيرة من خلال إفشاءها.

وأخلاقيات مهنة المصرفي تفترض وجوب إبقاء الثقة لدى الزبون في المصرف بالمحافظة على السر من طرف المهنيين، ومن دواعي أو أسباب الاحتفاظ بالسرية هي المحافظة على روابط الثقة كأساس مبدئي، لذلك فقد فرض على المهنيين قواعد سلوكية تحكم نشاطاتهم ذلك أن السلوك المصرفي يعتمد في الأساس على واجب الكتمان والذي يجد مبرر في القاعدة الأخلاقية والمتمثلة في الثقة [2].

و المعاملات بين المصرف وعملائه تقوم على الثقة المطلقة فيه وفي العاملين لديه،فالمودع حينما يودع أمواله بمصرف إنما يعهد إلى هذا الأخير ببعض خصوصياته التي تعد من أسراره الخاصة،فلا يجوز للمصرف أن يذيعها وإلا انصرف عنه المودعون، وكذلك فإن من المقترضين يعتبرون حاجتهم إلى القرض سرا خاصا بهم، وإذاعته تضر

1 – Le secret bancaire en C.E.E et en suisse , 1974 presse universitaire de France, p:17

2 – الدكتور /نعيم مغبغب، المرجع السابق ص 45

بسمعتهم المالية وتزعزع الثقة فيهم[1].

بالتالي فإن الثقة الموضوعة بالمصارف نتيجة كل هذه الميزات التي يتمتع بها المصرف، بمعنى وجود احتكار لدى المصارف في المجال الاقتصادي، وجود هيكلة للبناء المصرفي من آداب مهنية ومسلكية، فضلا عن الدور الذي تقوم به المصارف على الصعيد الدولي، وفضلا عن تلبية المصرف عبر نشاطه، لخدمات عامة، واقتراب الدور الذي يقوم به من دور المرفق العام، كل هذه الأمور تؤدي إلى قيام ثقة مميزة من قبل العملاء المصرفيين تجاه القطاع المصرفي الذي يتوجب عليه المحافظة على هذه الثقة عبر التزامه بالسر المصرفي والمصرفي في كل ما يتعلق بنشاط الأشخاص الذين يتعاملون معه[2].

أن السر المصرفي يتطلب الثقة التي تتجاوز الإطار القانوني بهدف جذب رؤوس الأموال واستثمارها ليست النصوص القانونية وحدها كفيلة بضمان السر المصرفي وإنما حتى الاستقرار في البلد المراد تشغيل رؤوس الأموال فيه، وكذلك مدى احترافية واختصاص الأطر البشرية في المصارف أصحاب المهنة حتى نتوصل إلى السر المصرفي بالمفهوم المعاصر.

المطلب الثاني: السر المصرفي في التشريع الجزائري وبعض التشريعات المقارنة.

تحرص التشريعات على تحقيق سرية العمل المصرفي وعدم تقديم المعلومات الخاصة بالعملاء إلا للهيئات، والأشخاص المحددين قانونا بحكم طبيعة عملهم سواء كان ذلك بناء على قانون للعقوبات أو قانون خاص بسرية الحسابات المصرفية، لذلك تختلف طريقة الدول في تنظيمها لسرية مصارفها حسب الأهداف والغايات التي تتوخاها، فقد سعت بعض الدول إلى إصدار قانون خاص بالسر المصرفي، في حيت اتجهت دولا أخرى إلى تنظيم هذا السر بموجب الأحكام العامة التي تعاقب على إفشاء السر المصرفي العام، لهذا سنتطرق لكيفية تنظيم هذا السر في التشريع الجزائري، ثم نعرض تجارب بعض الدول في ذلك

1 – محمد عبد الفتاح الصيرفي: إدارة المصارف، الطبعة الاولى،2006، دار المناهج للنشر والتوزيع، ص27

2 – الدكتور/ أنطوان جورج سركيس: المرجع السابق ص73

الفرع الأول: السر المصرفي في التشريع الجزائري

لم يخصص المشرع الجزائري قانونا مستقلا للسر المصرفي كما فعلت بعض التشريعات المقارنة كسويسرا ولبنان ومصر التي تبنت نظام السرية المصرفية المطلقة لتدعيم اقتصادها، فلم تكتف لذلك بالنصوص القانونية الخاصة بالسر المصرفي بل أفردت قانونا مستقلا لهذا الالتزام، وعلى خلاف ذلك اكتفى المشرع الجزائري ببعض المواد الواردة ضمن الدستور وبعض النصوص التشريعية الأخرى، والتي تنظم السر المصرفي بصفة عامة وتعاقب على إفشائه، لكنه أورد مادة واحدة بخصوص السر المصرفي ضمن قانون النقد والقرض.

أولا: الدستور

لقد كفل الدستور الجزائري الحرية الشخصية وحق الفرد في الخصوصية وهذا ما يظهر من خلال المادة 32 من دستور 1996 التي نصت على ضرورة صيانة الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن، كما منعت المادة 39 من نفس الدستور انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة وحرمة شرفه وأكدت على حمايتها قانونا لذلك. فإذا ما تعرض العميل لانتهاك من حقوقه وحرياته الخاصة جاز له اللجوء إلى القضاء [1] وما دامت الذمة المالية للشخص جزء من حياته الخاصة، وما مادامت فكرة الالتزام بالسرية ترتبط ارتباطا وثيقا بفكرة الحياة الخاصة تلتزم المصارف بعدم إفشاء أسرار عملائها لكي ينأوا بها بعيدا عن معرفة الآخرين [2].

ثانيا: قانون العقوبات

لقد تأثر قانون العقوبات الجزائري بالقانون الفرنسي إذ نجد أن المادة 301 منه متطابقة مع المادة 13/226 من قانون العقوبات الفرنسي في أحكامها، فهي لم تنص صراحة على اعتبار موظفو المصارف من المهنيين، إلا أن صياغتها جاءت عامة كالتالي:

1 – المادة 139 من الدستور الجزائري، 1996.ج ر 76 المؤرخة في 8 ديسمبر1996

2 – الدكتور/محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المسؤولية الجزائية عن إفشاء السر المصرفي،1999 دار وائل للطباعة والنشر، عمان، ص 66

«يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 20000 إلى 100000 دج الأطباء والجراحون والصيادلة والقابلات،وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة، أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على اسرار أدلي بها إليهم وأفشوا بها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشاءها أو يصرح لهم بذلك».

لم تحدد هذه المادة الأشخاص الملتزمين بالسر المصرفي على سبيل الحصر بل ذكرت بعض المهنيين على سبيل المثال كالأطباء والجراحون والصيادلة والقابلات، فالنص بهذه الصياغة جاء عاما وهذا ما يبدو من عبارة "...وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة..."، ولم يرد مصطلح المصرف ضمن هذه الطائفة من المهنيين إلا أن عمومية المادة تجعلها تنطبق على كل مهني يفشي بأسرار عملائه دون سبب مشروع، وهذا ما لا يتماشى في الحقيقة مع مبدأ التفسير الضيق لقانون العقوبات، ومن ثم فان كل المعلومات المصرفية التي تتعلق بالعميل ويعلمها المصرف أو الموظف الذي يعمل فيه بمناسبة قيامه بهذه المهنة تستدعي الكتمان سواء كانت قد وصلت إليه من العميل نفسه أو من الغير.

ثالثا: القانون المدني

تنص المادة 124 من القانون المدني [1] على ما يلي: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"، لذلك يحق للعميل الذي لحقه ضرر بسبب إفشاء المصرف لمعلوماته السرية أن يرفع عليه دعوى المسؤولية ويطالبه بجبر الضرر، كما تقضي المادة 107 من نفس القانون بضرورة تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، ولا يقتصر العقد على ما هو وارد فيه بل يشمل أيضا ما هو من مستلزماته وفقا لما يقضي به العرف والعدالة حسب طبيعة الالتزام. فالالتزام بالسر يجد أساسه في الثقة المتبادلة بين المصرف والعميل فهو من مستلزمات العقد الذي يربطهما حتى وإن لم ينص عليه صراحة، وأضافت المادة 47 من نفس القانون"

1 – الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج ر عدد 78، المؤرخة في 1975/09/30.

لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر"، ولما كان الحق في حماية السر يندرج ضمن الحق في حماية الحياة الخاصة يحق للعميل الذي تم الاعتداء على حقه اللجوء إلى القضاء للمطالبة بوقف هذا الاعتداء والتعويض الذي لحقه من جزاء ذلك.

رابعا: القانون التجاري

لقد ألزم قانون النقد والقرض الجزائري أن تؤسس المصارف والمؤسسات المالية الخاضعة للقانون الجزائري في شكل شركة مساهمة [1]، وبالرجوع إلى المادة 627 من القانون التجاري [2].

نجدها تنص على أنه: "يتعين على القائمين بالإدارة ومجموع الأشخاص المدعوين لحضور اجتماعات مجلس الإدارة كتم المعلومات ذات الطابع السري أو التي تعتبر كذلك"، ويصلح تطبيق هذا النص على المصارف، على اعتبار أن العمليات المصرفية لا يجوز القيام بها إلا من طرف شركة مساهمة وهذا ما تأخذ به معظم التشريعات إذ تشترط أن تتخذ المؤسسة المالية شكل شركة مساهمة لكي يمنح لها الاعتماد لممارسة الأعمال المصرفية، لهذا يحضر على رئيس وأعضاء مجلس إدارة المصرف أو مجلس مديريه أو المدير العام أو أي موظف يعمل فيه أن يفشي أية معلومات خاصة بالعملاء اطلع عليها بحكم مهنته، ويستثنى من ذلك المعلومات المعدة للاطلاع والنشر كضرورة نشر القوانين الأساسية للشركة[3].

1 – المادة 83 من قانون النقد والقرض سابق الذكر.

2 – الأمر 75/ 59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، ج ر عدد 101، المؤرخة 1975/12/19.

3 – الدكتور/محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص 69

خامسا: قانون العمل

أوضحت المادة السابعة من قانون علاقات العمل[1] أن علاقة العمل تنشئ على عاتق العامل مجموعة الالتزامات القانونية من بينها واجب حفظ السر المهني،لذلك يلتزم العامل تنفيذاً لها بكتمان المعلومات المهنة المتعلقة بالتقنيات والتكنولوجيا وأساليب الصنع، ومضمون الوثائق الداخلية الخاصة بالهيئة إلا إذا وجد نص صريح يلزمه بعكس ذلك أو أمر من السلطة السلمية، ويعتبر هذا الحكم صالح التطبيق على العاملين في المصارف إذ يلتزم هؤلاء بكتمان اسرار زبائن المصرف الذي يعملون فيه تحت طائلة التعرض للعقوبة التأديبية المحددة قانونا[2] والتي قد تصل إلى الفصل من المهنة .

سادسا: قانون النقد والقرض

إن حماية المصالح الاقتصادية للدولة تستوجب الحماية المباشرة لمصالحها المالية والاقتصادية العامة،و يعد السر المصرفي عاملا فعالا يؤثر في مدى قوة أو فشل اقتصاد الدولة[3]، فأول نص تشريعي لتنظيم القطاع المصرفي كان بموجب القانون رقم 86/312 اعتبرت المادة 44 منه أن كل شخص له صفة عامل داخل مؤسسة مصرفية، ويتصرف لحسابها أو يتدخل في عملية من عمليات الرقابة ملزم بكتمان السر المصرفي،و كل إخلال بهذا الالتزام يعرض صاحبه إلى العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات.

فقد حددت هذه المادة النطاق الشخصي للالتزام بالسر المصرفي أي الأشخاص الملزمين به، بينما حددت الفقرة الثانية منها الجزاء المترتب عن مخالفة هذا الالتزام وذلك

1 – القانون 90/ 11، المؤرخ في 1990/04/21 المتضمن قانون علاقات العمل المعدل والمتمم، ج ر عدد 17، المؤرخة 1990/04/25.

2 – Monique Contamine-Raynaud: le secret bancaire et le contrôle de l'Etat sur les opérations de change et sur leurs effets délictuels، revue internationale de droit comparé، n° 2 , avril-juin 1994, p. 503.

3 – القانون 86/312 والمؤرخ في 1986/08/19، المتعلق بنظام المصارف والقروض، ج ر عدد 34، المؤرخة في 1986/08/20.

بالإحالة إلى قانون العقوبات[1]، كما حددت المادة 43 منه المؤسسات الخاضعة لهذا الالتزام وهي المصرف المركزي، ومؤسسات القرض نظرا لعدم وجود مصارف تجارية خاصة في تلك الفترة إذ كان القطاع المصرفي يخضع للدولة، وبعد صدور القانون رقم 10/90[2] نص في مادته 158 على الالتزام بالسرية وأحال إلى تطبيق أحكام قانون العقوبات عند قيام المخالفة، و الجديد في هذه المادة هو نصها على حالة استثنائية جديدة لرفع السرية لم يتضمنها قانون 12/86 وهي رفع السرية في حال المتابعة الجزائية، وارسال المعلومات اللازمة للسلطات المراقبة للمصارف في الدول الأجنبية مع احترام مبدأ المعاملة بالمثل.

إلا أنه سرعان ما ألغي هذا القانون وتم تعويضه بالأمر رقم 11/03 المتعلق بالنقد والقرض حيث جاء في المادة 117 منه ما يلي:" يخضع للسر المهني تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات:

-كل عضو في مجلس إدارة، وكل محافظ حسابات، وكل شخص يشارك أو شارك بأي طريقة كانت في تسيير مصرف أو مؤسسة مالية، أو كان أحد مستخدميها.

-كل شخص يشارك أو شارك في رقابة المصارف والمؤسسات المالية.

تلزم بالسر مع مراعاة الأحكام الصريحة للقوانين جميع السلطات ما عدا:

-السلطة العمومية المخولة بتعيين القائمين بإدارة المصارف والمؤسسات المالية.

- السلطة القضائية التي تعمل في إطار إجراء جزائي.

-السلطة العمومية الملزمة بتبليغ المعلومات إلى المؤسسات الدولية المؤهلة لا سيما في إطار محاربة الرشوة وتبييض الأموال وتمويل الإرهاب.

-اللجنة المصرفية أو مصرف الجزائر الذي يعمل لحساب هذه الأخيرة..."

---

1 – Taleb Fatiha: limites du secret bancaire et économie de marché، Revue Algérienne des sciences juridiques économiques et politiques، n° 3, 1995,p 515.

2 – القانون 19/90 المؤرخ في 1990/04/14، المتعلق بالنقد والقرض، المعدل والمتمم، ج ر العدد 16، المؤرخة في 1990/04/18

نستخلص مما سبق أن المشرع الجزائري لم يخص حماية السرية المصرفية بقانون خاص كما فعلت بعض التشريعات المقارنة، بل نص على هذا الالتزام بمقتضى القواعد التي تنظم السر المصرفي بصفة عامة، بالإضافة إلى بعض النصوص الخاصة بالسر المصرفي المتواجدة في قوانين متفرقة، كما أنه لم يجعل من هذا السر سرا مطلقاً تتقيد به المصارف في كل الأحوال والظروف بل أورد بعض الحالات الاستثنائية التي يتحلل فيها المصرف من هذا الالتزام مراعاة للمصلحة العامة[1].

الفرع الثاني: السر المصرفي في بعض التشريعات المقارنة

من الضروري الاطلاع على كيفية تنظيم السر المصرفي في بعض التشريعات المقارنة خاصة تلك التي خصت هذا السر بتنظيم قانوني خاص، للاستفادة من تجربتها في هذا المجال نظرا للدور المهم الذي تلعبه السرية المصرفية في جذب رؤوس الأموال وتعزيز الثقة بالاقتصاد الوطني والنظام المصرفي[2]، لهذا سنتعرض لطريقة تنظيم السر المصرفي في بعض الدول الأجنبية التي تشددت في حماية هذا السر، ثم نتعرض لتنظيم هذا الأخير في تشريعات بعض الدول العربية التي سايرت هي الأخرى هذا النهج رغبة منها في تدعيم اقتصادها عن طريق المدخرات الأجنبية

أولا: تنظيم السر المصرفي في بعض الدول الأجنبية

يختلف أسلوب تنظيم السر المصرفي في تشريعات الدول الأجنبية فبينما اتجه البعض منها إلى تخصيص الحماية القانونية للسرية المصرفية بموجب قوانين خاصة لجأ البعض الآخر إلى إدراج أحكامها ضمن القوانين الوطنية بصفة متفرقة وهذا ما سنتناوله فيما يلي.

1-سويسرا:

تعتبر سويسرا مهد النظام المصرفي ومن أبرز الدول التي حافظت على حمايته من كل دول العالم، وتتعدد الأسباب التي دفعتها إلى ذلك من أسباب طائفية ودينية وسياسية،

1 – الدكتور/محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص 64

2 – المرجع نفسه، ص 69

واقتصادية تعود إلى اندلاع الحرب الطائفية بين الكاثوليك والبروتسناست في بعض دول أوروبا. فأخذ الرعايا يهاجرون بأموالهم إلى سويسرا لتهريبها مما دفع بالمصارف إلى التشدد في واجب التكتم عن تلك الأموال لحماية أصحابها من الملاحقات، ولهذا اهتمت بتحقيق السرية الكاملة منذ العهد الإقطاعي، فإلى غاية 1934 كانت أحكام السر المصرفي متبعثرة في نصوص القانون المدني الصادر سنة 1907 الذي اعتبر هذا السر من الحقوق الفردية التي تخول صاحبه حق التعويض إذا ما وقع عليه اعتداء[1]، وكذا قانون الالتزامات الصادر سنة 1900 انطلاقا من فكرة أحقية كل شخص في حماية شخصيته وحياته الخاصة، وقد سبق للمحكمة الفيدرالية بأن صرحت بأن الحياة الخاصة يجب أن تكون محمية[2].

و قد قامت سويسرا بتنظيم السر المصرفي بموجب القانون الفدرالي لسنة 1934 الذي أخضع المصارف لهذا الالتزام بمقتضى المادة 47 منه[3] تحت طائلة العقوبات الجزائية، كما اعتبرت الاجتهادات القضائية للمحكمة الفدرالية أن المحافظة على سر زبون المصرف التزام تعاقدي ضمني، وأن كل إفشاء له يعد انتهاك مادي لمنطوق وروح المادة 41 من تقنين الالتزامات، وما زاد من قدسية هذا الالتزام إصدار قانون المصارف في نفس السنة الذي عاقب على مخالفة هذا الالتزام بالحبس والغرامة، وذلك لمنع النظام النازي من ملاحقة حسابات اليهود في مصارف سويسرا[4]، وهذا ما جعل سويسرا مركزا مصرفيا عالميا لتجميع رؤوس الأموال خاصة بعد اعتمادها نظام الحسابات السرية الرقمية الذي يجرى التعامل فيه مع الحساب على أساس رقمي دون معرفة اسم صاحبه إلا من قبل

1 – حمدي عبد العظيم: غسيل الأموال في مصر والعالم، الطبعة الأولى، 1997، أكاديمية السادسات للعلوم الإدارية، القاهرة، ص 244.

2 – Maurice Aubert et autres، le secret bancaire suisse، éditions Staempfli , 1982Cie Sa Berne، p.31.

3 – تنص هذه المادة على ما يلي:" كل شخص بصفته عضو لجهاز في مصرف أو مستخدما أو مدققا أو مساعد لمدقق أو عضو في لجنة المصارف أفشى عن قصد بموجب التكتم الملزم به عملا بهذا القانون أو سر المهنة أو حرض على ارتكاب هذه الجريمة أو حاول التحريض عليها يعاقب بغرامة لا تتجاوز 20000 فرنك أو بالحبس..."

4 – فوزي أوصديق: إشكالية المعلوماتية بين حق الخصوصية وإفشاء الأسرار المهنية، مجلة الدراسات القانونية، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعلمية، الجزائر، العدد الثاني، 2008، ص 59

المصرف، ومن أجل هذا سعت سويسرا إلى تعطيل أعمال اللجنة المالية لمنظمة التعاون والتنمية الاقتصادية(OCDE) لمحاربة الجرائم الاقتصادية، كما رفضت تطبيق الإجراءات الصادرة عنها لتحقيق الشفافية المالية العالمية[1].

إلا أن الضغوطات الأمريكية عليها من أجل ملاحقة أموال المخدرات والجرائم الاقتصادية أدت بسويسرا إلى توقيف العمل بنظام الحسابات الرقمية، لهذا أصدرت قانون بشأن تبييض الأموال بدأ العمل به في 01 أفريل 1998 يلزم المصارف بالتبليغ عن الحسابات المشكوك فيها وتجميد الأرصدة[2] إلا أنه رغم ذلك أبدت سويسرا رفضها لتطبيق مبدأ تبادل المعلومات المتبنى من طرف الاتحاد الأوربي، فأدرجت بذلك ضمن القائمة الرمادية لمنظمة التعاون والتنمية الاقتصادية، لذلك دعمت الولايات المتحدة الأمريكية الحركة الفرنسية في أفريل 2008 الرامية لمحاربة الغش الضريبي والتي وجهت إلى أكبر مصرف بسويسرا، وقد تزامن مع هذا الحدث تهديد هذه المنظمة لسويسرا بتسجيلها ضمن القائمة السوداء، أمام هذا الخطر صرحت الحكومة السويسرية بتاريخ 13 مارس 2009 بما بضرورة منح المساعدة. الإدارية خاصة في الحالات المشبوهة المتعلقة بالهروب والغش الضريبي.

2-فرنسا:

إن الالتزام بالسر المصرفي يجد أصوله التشريعية في فرنسا منذ قرار المجلس الملكي الصادر في 1939/04/03 الذي أكد على سرية المعاملات المصرفية والتحويلات المالية والمبادلات التجارية، وبهذا تم العقاب على الافشاءات الصادرة من سماسرة الأوراق التجارية الذين كانوا يقومون بالعمليات المصرفية[3]، وقد أخضع المشرع الفرنسي مديري المصارف ومراقبيها لنظام السرية المصرفية بعد تأميمه للمصارف الكبرى سنة 1945، ثم

1 – Bruno Gurtner : l'ogonie du secret bancaire suisse, revue de l'Economie politique, n° 46, avril, 2010, p 37.

2 – نادر شافي: جريمة تبييض الأموال، بدون طبعة، 2005، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، ص 599

3 – الدكتور/نعيم مغبغب: المرجع السابق، ص 21

القطاع المصرفي الفرنسي سنة 1981 حيث ألزم العاملين بعدم إفشاء الأسرار حفاظا على الثقة التي يكنها الأفراد في هذا القطاع، ومنع هروب الأموال للخارج[1]، وبعد انفصال نشاط المصارف عن عمل السماسرة خلال القرن 19 لم يعد هذا الالتزام مقررا بالنسبة لعمال المصارف فأصبح هناك فراغ قانوني بخصوص السر المصرفي[2].

نتيجة لذلك كانت تتم حماية السر المصرفي في فرنسا بمقتضى المادة 378 من قانون العقوبات التي عدلت بالمادة13/226[3]، ولعل هذا ما دفع بعض الفقه أمثال الأستاذ (Demogne)[4] إلى رفض تطبيقها على عمال المصارف على اعتبار أن التزام المصرف بالسر المصرفي هو التزام مدني لا يمنعه من الشهادة أمام المحاكم، وهو ليس بذات الأهمية التي يتمتع بها التزام الصيادلة والجراحين والأطباء الواردين ضمن النص.

إلا أن القضاء الفرنسي قضى بخلاف ذلك إذا عتبرت محكمة سين بتاريخ 31 ديسمبر 1923 بأن إعطاء عميل المصرف رصيد زبون لشخص طلبه منه عبر الهاتف متظاهرا أنه هو صاحب الحساب خطأ يستلزم مساءلة المصرف باعتباره متبوعا[5]، كما قضت محكمة استئناف باريس في 1975/02/06 بأنه لا يوجد نص قانوني يلزم مديري وموظفي المصارف بحفظ السر المصرفي إلا أن عدم وجود هذا النص لا يعف المصرف من كل التزام، لذلك لا يجوز له أن يفشي بالمعلومات التي اطلع عليها بحكم مهنته دون النظر للآثار التي تلحق بأصحابها[6].

---

1 – Raymond Farhat : le secret bancaire, 1970, Centre Français de droit Comparé, Paris, , p26

2 – الدكتور/نضير شيوعان: المرجع السابق، ص 99

3 – Art226/13 «La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession، soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire، est punie d'un an d'emprisonnement et de 15000 E d'amende».

4 – Demogne : Traité Des Obligations,1931, p.44.

أشار إلى هذا الفقيه الدكتور أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص 273

5 – Trib Seine, 31/12/1923, Gaz. Pal. 1923-1-11./ Trib Seine,19/04/1952, Gaz. Pal.1952-2-415

أشار إلى هذين الحكمين الدكتور عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص 138

6 – Paris 06/02/1975, Sirey 1975-1-318

و في 24 جانفي 1984 أصدر المشرع الفرنسي قانون المصارف حيث تم تأكيد مبدأ الالتزام بالسر المصرفي صراحة بموجب المادة 57 منه، وفي المقابل خول هذا القانون سلطة الاطلاع لإدارة الضرائب والجمارك[1]، وبعد إصدار قانون النقد والمالية الفرنسي أصبحت تتم حماية السر المصرفي بموجب المادة 33/511[2] منه، كما يعمل مصرف فرنسا على تسيير ومراقبة شفافية المصارف، إذ تلتزم هذه الأخيرة بالتصريح عن هوية الزبائن ومقدار ودائعهم.بالإضافة إلى مراقبتها لعمليات تبادل العملة الصعبة بين فرنسا والخارج، ولتجنب حالات الغش الضريبي والجرائم الاقتصادية تعمل لجنة عمليات البورصة (COB) على مراقبة المصارف وشركات البورصة، والتدقيق حول مدى صحة العمليات في الأسواق المالية[3].

3-بريطانيا:

نظم قانون الإثبات بالدفاتر المصرفية الصادر سنة 1879 السرية المصرفية في بريطانيا، وألزم المصارف بحفظ سرية حسابات العملاء وعدم الكشف عنها إلا بناء على حكم أو قرار من المحكمة، أو استدعاء للشهادة بموجب هذا الحكم أو لتقديم معلومات تحقيقا للمصلحة العامة كما هو الحال بالنسبة لملاحقة بعض الأنشطة غير المشروعة، أو إذا اقتضت مصلحة المصارف ذلك كحالة عدم تسديد عميل المصرف ما يستحق عليه من قروض أو فوائد مصرفية [4]، كما تقوم المصارف البريطانية بكشف الأسرار المصرفية للعملاء إذا ما كان لديها تفويض من العميل بذلك، وتعتبر المحاكم البريطانية السر المصرفي بمثابة شرط ضمني في العقد المبرم بين المصرف والعميل وليس مجرد واجب

1 – Dekeuwer Dekossez, Françoise : Droit bancaire, Dalloz, Paris,7em édition, novembre2001 p.35.

2 – Art 511/33 «Tout membre d'un conseil d'administration et، selon le cas d'un conseil de surveillance et toute personne qui à un titre quelconque participe à la direction ou à la gestion d'un établissement de crédit ou qui est employé par celui-ci sont tenus au secret professionnel dans les conditions et sous les peines prévues aux articles 226/13 et 226/14 du code pénal».

3 – Le Moniteur du commerce et de l'industrie: le secret bancaire en France، revue des problèmes économiques، n° 2.129,14/6/1989,p 11.

4 –الدكتور/ نصير شيوعان: المرجع السابق، ص 98

أخلاقي، وهذا ما ينجر عنه حق العميل في المطالبة بالتعويض عن الأضرار اللاحقة به من فعل الإفشاء، وبهذا فان السرية المصرفية في بريطانيا ليست مكفولة بموجب قانون خاص بل هي أساس راسخ في العمل المصرفي [1].

4-الولايات المتحدة الأمريكية:

تدخل السرية المصرفية في الولايات المتحدة الأمريكية ضمن المفهوم العام لإفشاء السر فلم تعط لهذه السرية طابعا خاصا[2]، وقد نظمت الولايات المتحدة الأمريكية السر المصرفي بموجب القانون الصادر سنة 1970 تحت عنوان "قانون الإقرار عن العملة والصفقات الأجنبية"، إلا أن هذه السرية لم تكن مطلقة لأن الغرض منه لم يكن حماية سرية العملاء بقدر ما كان محاربة حالات غسيل الأموال، إلا أن هذا الأخير سمح بالإفشاء تحقيقا للمصلحة العامة أو مصلحة المصرف، كما أنه أجاز ذلك في حالة وجود لموافقة ضمنية من العميل[3]، نتيجة لذلك كانت المصارف الأمريكية تلتزم بحفظ تقارير عن أنشطتها المصرفية وذلك تحت طائلة العقوبة[4].

ثانيا: تنظيم السر المصرفي في بعض الدول العربية

تختلف طريقة تنظيم الدول العربية للسر المصرفي فبينما اكتفت بعض الدول بفرض هذا الالتزام على المصارف بموجب النصوص الخاصة بإفشاء السر المصرفي بصفة عامة كما هو الحال بالنسبة للأردن والكويت...الخ، اتبعت دولا أخرى كلبنان ومصر النهج السويسري أملا منها في تقوية اقتصادها الوطني، فأفردت قانونا خاصا لهذا السر عملت بموجبه على تشديد الالتزام به.

1 – حمدي عبد العظيم: المرجع السابق، 241

2 – الدكتور/ نضير شيوعان: المرجع السابق، ص 97

3 – نادر عبد العزيز شافي: جريمة تبييض الأموال، 2005، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، ص 289

4 –الدكتور/ جلال وفاء محمدين: دور المصارف في مكافحة غسيل الأموال، بدون طبعة، 2001، دار الجامعة الحديثة للنشر، الإسكندرية، ص 92

1-لبنان:

لقد ظل السر المصرفي في لبنان ولفترة طويلة غير خاضع لنظام قانوني خاص لذلك كان يستند إلى للقواعد العامة الواردة في القانون المدني والجزائي والمالي، والتي كانت تطبق إلى حد كبير ما توصل إليه الفقه والقضاء في فرنسا.إلا أن رغبة لبنان في العمل على جذب رؤوس الأموال للسوق المصرفية اللبنانية دفعت بالمشرع إلى إصدار قانون خاص بتاريخ 3 سبتمبر 1956 تحت عنوان "قانون سرية المصارف" الذي فرض على المصارف التزاما مطلقا بالسرية التي لا يجوز إفشاءها إلا في حالات قليلة واردة على سبيل الحصر[1]، كما أجاز لها أن تفتح لزبائنها حسابات ودائع مرقمة لا يعرف أصحابها إلا المدير القائم بإدارة المصرف أو وكيله[2].

2-سوريا:

كان السر المصرفي في الجمهورية العربية السورية يخضع للقواعد العامة التي تعاقب على إفشاء السر المصرفي وفقا للمادة 65 من قانون البيانات السوري.إلى غاية صدور قانون السرية المصرفية السوري رقم 29/2001 بتاريخ 16 أفريل 2001 الذي ألزم المصارف بالسرية المطلقة التي لا يجوز إفشاءها إلا في حالات معينة وردت على سبيل الحصر كحالة وجود إذن خطي، أو إفلاس العميل أو وجود دعوى تتعلق بمعاملة مصرفية بين المصارف والمتعاملين معها[3]، كما أجازت المادة الثانية من نفس القانون للمصارف أن تفتح لعملائها حسابات ودائع رقمية لا يعرف أسماء أصحابها إلا المدير القائم بإدارة المصرف أو من يقوم مقامه، وأن تؤجر لهم خزائن خاصة لا تعلن هوية صاحبها إلا بإذنه

---

1 –الدكتور /أنطوان ناشف خليل هندي: العمليات المصرفية والسوق المالية:ج 1، بدون طبعة،1998،المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ص 102 . وقد نصت المادة الثانية من قانون سرية المصارف اللبناني على ما يلي إن مديري ومستخدمي: «المصارف... يلزمون بكتمان السر إطلاقا لمصلحة زبائن هذه المصارف، ولا يجوز لهم إفشاء ما يعرفونه عن أسماء الزبائن وأموالهم والأمور المتعلقة بهم لأي شخص فردا كان أو سلطة عامة إدارية أو عمومية أو قضائية إلا أذا أذن لهم بذلك خطيا صاحب الشأن أو ورثته أو الموصى لهم، أو إذا أعلن إفلاسه، أو أذا نشأت دعوى تتعلق بمعاملة مصرفية بين المصارف وزبائنها».

2 – المادة الثالثة من نفس القانون.

3 – الدكتور/نضير شيوعان: المرجع نفسه، ص 103

الخطي، وعاقبت المادة الثامنة من نفس القانون على كل مخالفة لأحكامه بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ستة، وهكذا أصبحت السرية المصرفية في سوريا أشد مما كانت عليه قبل هذا القانون[1].

3-الأردن:

لم يكن يحض السر المصرفي بتنظيم قانوني خاص في الأردن إلا أن المصارف الأردنية درجت على كتمان الأسرار المصرفية للعملاء دون الحاجة لنص قانوني خاص[2]، وقد عاقبت المادة 355 من قانون العقوبات الأردني المهنيين على إفشاء الأسرار التي اطلعوا عليها بحكم مهنتهم، ويدخل ضمن هذه الطائفة من المهنيين المصارف لعمومية النص الجنائي[3]، ومن المعروف أن المصارف تخضع لتدقيق حساباتها لرقابة موظفي المصرف الم ركزي الأردني، لذلك يحضر عليهم إفشاء أسرار العملاء بما في ذلك المعلومات التي يحصلون عليها من خلال عملهم في الرقابة والتفتيش إلا في الحالات التي يجيزها القانون[4].

4-مصر:

لقد كان السر المصرفي في مصر يخضع في بداية أمره للقواعد العامة الواردة في قانون العقوبات، حيث عاقبت المادة 310 منه على تعمد كشفه من الشخص الذي أؤتمن عليه بحكم عمله في غير الأحوال التي يوجب فيها القانون ذلك، وتندرج المصارف ضمن الأشخاص المؤتمنين على السر نظرا لعمومية النص القانوني ولقيام الحماية الجنائية لسر المهنة على أساس أن المؤتمن عليه يعتبر أمينا بالضرورة لأنه يتولى تقديم خدمة عامة

1 – نادر عبد العزيز شافي: المرجع السابق، ص 608

2 – الدكتور/نصير شيوعان: المرجع السابق، ص 104

3 – الدكتور/محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص 66. نصت المادة 355من قانون العقوبات الأردني رقم 1960/16 على ما يلي: «يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن ثلاث سنوات كل من كان بحكم مهنته على علم بسر وأفشاه دون سبب مشروع».

4 – حمدي عبد العظيم: المرجع السابق، ص 248

للجمهور الذي يلجأ إليه لهذا الغرض[1]، وبعد ذلك أصدر المشرع المصري قانون المصارف والائتمان رقم 163/57 سنة 1957 الذي نص صراحة في مادته 63 على ما يلي: "يعاقب بالحبس... كل موظف من الموظفين المكلفين بتنفيذ هذا القانون إذا أفشى أية بيانات أو معلومات حصل عليها بحكم وظيفته". فأصبح التزام المصارف بالسرية مفروضاً بهذا القانون الذي قرر السرية على جميع معاملات المصارف مع عملائها إلا ما استثني بنص صريح"[2].

و بعد اتجاه الجمهورية العربية المصرية نحو تحرير الاقتصاد، وتشجيع الاستثمارات الخاصة لجأت إلى تدعيم ثقة الأفراد في المصارف باعتبارها الوعاء الأساسي الذي تنطلق منه عمليات التمويل النقدي للمشروعات أصدرت القانون رقم 205/90 الصادر سنة 1990 بشأن سرية الحسابات المصرفية المعدل سنة [3]1992، حيث أوجبت المادة الأولى منه أن تكون جميع حسابات العملاء وودائعهم وأماناتهم وخزاناتهم في المصارف سرية، كما أجازت المادة الثانية منه فتح حسابات حرة وودائع مرقمة، واعتبرت أن شخصية صاحب الحساب من الأمور السرية التي لا يجوز الكشف عنها إلا بناءاً على طلب العميل نفسه، أو وكيله القانوني أو بناءاً على حكم قضائي [4]، وبهذا يكون المشرع المصري قد فرض السرية المصرفية شبه المطلقة، وفي سنة 1992 صدر تعديل لهذا القانون يسمح للنائب العام أو من يفوضه أن يطلع على حسابات أو ودائع أو أمانات وخزائن العملاء[5].

إن هذا النهج الذي اتبعته مصر كان يهدف إلى جذب مدخرات أبناء الخليج التي اتجهت إليها بعد الغزو العراقي للكويت [6].

1 – غسان رياح: الوجيز في المخالفات المصرفية، 2005، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، ص 31.

2 – نادر عبد العزيز شافي: المرجع السابق، ص 294

3 – الدكتور/محمود كبيش: الحماية الجنائية لسرية الحسابات المصرفية في القانون المصري، بدون طبعة، بدون سنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 7.

4 – المرجع نفسه، ص 40

5 –الدكتور /محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبوعمر: المرجع السابق، ص 74

6 – حمدي عبد العظيم: المرجع السابق، ص 249

وبهذا نكون قد تعرضنا لمختلف الآراء والنظريات التي اقترحت من الفقه وتبناها القضاء في العديد من أحكامه لتفسير المقصود بالسر المصرفي للمصارف وتوضيح المفاهيم المرتبطة به، لنتعرض في المطلب الموالي للطبيعة القانونية لهذا السر.

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للسر المصرفي

إن فكرة السر المصرفي واسعة سواء من حيث موضوعها أو قوتها الإلزامية، وذلك حسب الأساس الذي تستند إليه، فلما حاول الفقه والقضاء البحث عن الطبيعة القانونية لالتزام المصارف بالمحافظة على أسرار المهنة تردد بين نظرية السر المصرفي المطلق، ونظرية السر المصرفي النسبي لذلك سنعرض هاتين النظريتين، ونحدد موقف المشرع الجزائري منهما.

الفرع الأول: نظرية السر مصرفي المطلق

وفقا لهذه النظرية يعد شبه مستحيل رفع السرية المصرفية عن المعاملات المصرفية إلا في حالات قليلة محددة قانونا، وهي تقرر في أغلب الأحيان مراعاة للمصلحة العامة التي قد تقتضي ذلك.

أولا: مضمون نظرية السر المصرفي المطلق.

جمعت هذه النظرية العديد من الفقه أمثال (Charles Muteau) مفادها أن السر المصرفي سرا مطلقا يعد من النظام العام، ولا يخضع لأي استثناء على اعتبار أن المشرع هو الذي يحدد القواعد التي تضمن احترامه، وبهذا لا يجوز التمسك به كسبب من أسباب الإباحة في مواجهة أحكام قانونية آمرة، كما لا يمكن لأي اتفاقات ولا أية اعتبارات أن تؤثر في هذا الالتزام باستثناء القانون إذا كان يهدف إلى تحقيق مصالح أسمى [1].

وقد قدم أنصار هذه النظرية حجج ألتأييد وجهة نظرهم في التصور المطلق للسر المصرفي تمثلت أساساً فيما يلي:

1 – Pierre Lambert: Secret Professionnel, 2005, Bruylant, Bruxelles, p.34.

01-ضرورة توافر الثقة الضرورية التي لا غنى عنها في الممارسة السليمة للمهنة المصرفية باعتبارها من المهن الضرورية في المجتمع، فالالتزام المطلق بالسر المصرفي تبرره ضرورة حماية ثقة العميل في المصرف، والممارسة المنتظمة لبعض الوظائف التي تهم المجتمع بأسره نظرا للدور الاجتماعي الذي تؤديه هذه الأخيرة.

02-يعتبر التصور المطلق للسر المصرفي سياجا يحمي هذا الالتزام من الانهيار الذي يحصل نتيجة تعدد الاستثناءات التي ترد عليه،و هكذا يسمح بتغليب هذا الالتزام وترجيحه في كل مرة يحدث فيها تنازع بين المصالح الفردية والمصالح الاجتماعية الأخرى[1].

03-يؤدي قبول هذه النظرية إلى لجوء المصرف في كل الظروف إلى الدفع بالسرية دون قيد أو شرط، وبهذا تتحقق البساطة واليقين وهذا مالا يسمح به التصور النسبي للسر المصرفي، وعلى هذا الأساس لا يمكن لموظف المصرف التحلل من هذا الالتزام تحت أي ظرف من الظروف، لأن القاعدة المفروضة هي " الصمت المطلق والفم المغلق"[2].

لقد أخذت بهذه النظرية العديد من التشريعات التي يهدف نظام كتمانها المصرفي علاوة على حماية الحرية الفردية، وتدعيم الثقة إلى حماية مصالحها الاقتصادية وتدعيم الائتمان، لذلك خصصت هذه التشريعات للسر المصرفي نصوصا مستقلة وأقرت لمخالفته جزاءاً جنائياً أشد من ذلك المقرر لجريمة إفشاء الأسرار، ولم تسمح بكشفه إلا في حالات معينة قد تقتضيها مصلحة الائتمان أو في حالات استثنائية يرى فيها المشرع وجود مصلحة أجدر بالرعاية من المصلحة في كتمان السر المصرفي [3]. من بين التشريعات التي تبنت هذا النهج نجد المشرع السويسري الذي شدد من الالتزام بهذا السر وعاقب بصرامة على حالات إفشائه[4]، ولتدعيم السرية المطلقة أكثر أجاز استعمال أسلوب الحسابات الرقمية

1 – الدكتور/عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص 31

2 – المرجع نفسه، ص 32

3– أحمد محمد بدوي: جريمة إفشاء الأسرار والحماية الجنائية للكتمان المصرفي، منشورات سعد سمك، القاهرة، بدون طبعة، بدون سنة، ص 157

4 – Raymond Farhat: op.cit,p.35.

التي لا يعرف اسم عميلها، نتيجة لذلك طالبت العديد من الدول تحصيل أموالها التي تم تهريبها خارج ترابها من طرف مسؤوليها[1]، كما أقر هذا النظام صراحة المشرع اللبناني في المادة الثالثة من قانون سرية المصارف الصادر بتاريخ **1956/09/03** التي أجازت للمصارف أن تفتح لعملائها حسابات ودائع رقمية، وأن تؤجر لهم خزائن حديدية لا يعرف هوية صاحبها إلا مدير المصرف ونائبه، ولم تسمح بالكشف عنها إلا في حالات قليلة واردة على سبيل الحصر[2]، وقد سبق للمشرع المصري أيضا أن تبنى هذا النظام بمقتضى القانون سرية الحسابات الصادر سنة 1990 بموجب المادة الثانية منه[3]، وهذا ما يؤدي إلى حماية أصحاب هذه الحسابات من معرفة مصادر ثروتها فيما إذا كانت مشروعة أم لا، كما سار على هذا النهج المشرع اللكسمبورغي لما تبنى سياسة الاحتفاظ بالمراسلات، والتي بمقتضاها يحتفظ المصرف بأي كشوف حسابات أو مراسلات متعلقة بالعمليات المصرفية لعملائه إلى أن يقوم هذا الأخير باستلامها من المصرف بنفسه[4].

وقد تبنى القضاء هذه النظرية في العديد من أحكامه[5]واعتبر بذلك أن السر المصرفي مطلقي تقيد المصرف به، ولا يجوز له إفشاءه للغير إلا بناءً على إذن العميل نفسه أو متى أملى عليه واجب قانوني الإفشاء حماية لمصلحة أسمى.

ثانيا: نتائج نظرية السر المصرفي المطلق

يؤدي الأخذ بالتصور المطلق للسر المصرفي إلى ترتيب النتائج التالية:

---

1 – بوزنون سعيدة: الحماية الجنائية لأسرار المهنة، رسالة ماجستير، 2008/2007، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ص 53

2 – أحمد محمد بدوي: المرجع السابق، ص 159. تتمثل هذه الاستثناءات في وجود موافقة خطية صريحة من العميل، أونشوء نزاع بين العميل والمصرف بشرط أن يكون هذا النزاع متعلقا بعملية مصرفية بينهما معروضة على القضاء، أو في حالة إفلاس العميل.

3 – تنص المادة الثانية من قانون سرية الحسابات المصري على ما يلي: «للمصارف أن تفتح لعملائها حسابات حرة مرقمة بالنقد الأجنبي، أو ربط ودائع منها أو قبول ودائع مرقمة بالنقد المذكور، ولا يجوز أن يعرف أسماء أصحاب هذه الحسابات والودائع غير المسؤولين بالمصرف الذين يصدر بتجديدهم قرار من مجلس إدارته»

4 – الدكتور/جلال وفاء محمدين: المرجع السابق، ص 89

5 – Cass 30/10/1978.Pas.1979.1.p249.
Corr. Bruxelles.20/02/1998.Journ.trib.1998.p.361.

1-اتساع المدى الموضوعي للسر المصرفي:

إن الأخذ بهذه النظرية يجعل السر المصرفي لا يقتصر على كتمان تلك المعلومات التي يودعها العميل بنفسه لدى المصرف، بل يشمل كذلك كل مل يصل إلى علم المصرف بحكم مهنته وبغض النظر إذا كان العميل قد طلب من المصرف كتمانها أم لا[1]

2-اتساع المدى الشخصي للسر المصرفي:

وفقا لهذه النظرية تتسع دائرة الأشخاص الملتزمين بكتمان أسرار عملاء المصرف لتشمل بذلك أرباب المهنة المصرفية ومساعديهم، والموظفين والمستخدمين مهما كانت رتبتهم ووظيفتهم، وكل من اطلع على المعلومات المصرفية بحكم مهنته كالمستشارين القانونيين والماليين، أعضاء مجلس الإدارة والمراقبة...الخ [2]

***3*-اتساع النطاق الزماني للسر المصرفي:**

لتدعيم الالتزام بالسر المصرفي أكثر ذهب أنصار هذه النظرية إلى تمديد تقيد المصرف بهذا الالتزام إلى ما بعد انتهاء العلاقة التي تربطه بالعميل، وبالتالي يمنع على المصرف الاحتجاج بزوال العلاقة أو العقد الذي يربطه بالعميل ليتحلل من هذا الالتزام [3]

ثالثا: تقييم نظرية السر المصرفي المطلق

رغم الرواج الذي لقيته هذه النظرية إلا أنها تعرضت للنقد على اعتبار أنها تجاهلت أن السرالمصرفي خصص ليس فقط للمصلحة الخاصة بل للمصلحة العامة كذلك، ولقد اعترف الفقيه (Brouardel) [4] باعتباره أحد مؤيدي هذه النظرية بأن طبيعة المهنة يمكن أن تدفع بصاحبها إلى البوح ببعض الأسرار، فعلى الرغم من الحجج التي قدمها أنصار هذه

---

1 – الدكتور/على جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص 197

2 – الدكتور/انطوان ناشف خليل هندي: العليات المصرفية والسوق المالي، 1998، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ج01، ص 107

3 – نادر عبد العزيز شافي: المرجع السابق، ص 288

4 – Brouardel: Le Secret Médical, 2em édition, 1893, Librairie Baillière, Paris, , p.123. Cité par, Pierre Lambert : op.cit, p.36

النظرية لتبرير موقفهم، إلا أنها لم تسد في العمل، وقد كان من أهم عوامل ضعفها القول بأن "المطلق لا وجود له" l'absolue n'existe pas[1].

و قد أُخذ على هذه النظرية أيضا أنها تهدد العديد من المصالح تحت غطاء السريةو لا تستجيب لمشاكل الواقع، ولا تواكب التطور الحالي خاصة في مجال التعاون الدولي الجنائي والتصدي لجرائم تبييض الأموال، ولعل هذا ما دفع بالتشريعات التي تبنتها إلى التراجع نوعاً ما والتخفيف من قوة السر المصرفي بإدخال مجموعة من الاستثناءات التي تفرضها مقتضيات المصلحة العامة، فقد أوقفت سويسرا مثلا العمل بنظام الحسابات الرقمية كما أبدت رغبتها في مجال التعاون الدولي لمكافحة الجريمة، فأصدرت قانوناً بشأن تبييض الأموال بدأ العمل به في أول مارس 1998، كما أبرمت اتفاقية مع الولايات المتحدة سنة 1983 لملاحقة المداخيل غير المشروعة وكشف الحسابات في القضايا الجزائية المتعلقة بالجريمة المنظمة[2]، وبهذا بدأت هذه النظرية تفقد بريقها ودخلت عليها العديد من الاستثناءات التي تعتبر أساساً لنظرية السر المصرفي النسبي .

الفرع الثاني: نظرية السر المصرفي النسبي

تبلورت هذه النظرية خلال أواخر القرن 19 وهي أقل صرامة من سابقتها، وفقا لها ترد عدة استثناءات على مبدأ الالتزام بالسر المصرفي، وبهذا يمكن رفع الكتمان الذي تلتزم به المصارف كلما دعت إلى ذلك مصلحة عامة أو خاصة أسمى من تلك التي تقرر من أجلها الكتمان [3].

أولا: مضمون نظرية السر المصرفي النسبي

يرى أنصار هذه النظرية وعلى راسهم الفقيه (Faure) أن المصلحة الاجتماعية هي التي تطلبت وجود السر بصفة عامة وهي التي تفرض رفعه في نفس الوقت، كما أن الشروط اللازمة للممارسة الجماعية لبعض المهن تقود إلى فكرة السر النسبي، ويبرر

1 – الدكتور/عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص 35

2 – الدكتور/جلال وفاء محمدين: المرجع السابق، ص 91

3 – الدكتور/أنطوان ناشف خليل هندي: المرجع السابق، ص 109.

أنصار هذه النظرية موقفهم بالقول بأن مشرعي قانون العقوبات الفرنسي ابتداء من 1810 إلى غاية 1867 تذرعوا بوجود مصلحة أسمى من تلك التي يحميها السر المصرفي تتمثل في المصلحة الاجتماعية التي تعلو على كل مصلحة خاصة، فالطبيعة النسبية للسر المصرفي تجعل من هذه المصلحة العامة عاملا للحد من قوته، وبهذا يسمح القانون لبعض السلطات الإدارية والمالية بالاطلاع على بعض المعلومات المحمية أساساً تحت غطاء السرية[1]

فكتمان السر المصرفي وفقا لهذه النظرية يهدف إلى حماية المصالح الخاصة وتدعيم الثقة والحق في الخصوصية، وهذا الذي يحقق في الوقت ذاته حماية الائتمان بطريقة غير مباشرة باعتباره متصلا بالمصالح الاقتصادية العليا للدولة، لذلك يقتضي الأمر التضحية بهذا، الالتزام إذا وجدت مصلحة اجتماعية أو فردية أسمى من تلك التي تقرر الكتمان من أجلها[2].

ويقدم أنصار هذه النظرية حجتين لتدعيم موقفهم تتمثل فيما يلي:

1. إن التصور المطلق للالتزام بالسر المصرفي قد يضر بمصلحة صاحب السر إذا اقتضت هذه الأخيرة أن يفضي المصرف بما ائتمن عليه من وقائع، فعلى عكس النظرية السابقة تراعي هذه النظرية إرادة صاحب السر وتسمح له بالإفضاء متى اقتضت مصلحته ذلك.

2.إن هذه النظرية تسمح بالتوفيق بين الحماية القانونية للسر المصرفي والمصلحة الاجتماعية الأسمى، ولا تتحقق هذه النتيجة إلا بقبول إمكانية رفع هذا السر كلما وجدت مصلحة أعلى من تلك التي يحققها الالتزام بالكتمان [3].

---

1 – Ferjault Elodie: Secret professionnel et blanchiment de capitaux، mémoire de magistère، université panthéon Assas, mai 2002, p.12.

2 – أحمد بركات مصطفى: مسؤولية المصرف عن تقديم المعلومات والاستشارات المصرفية، رسالة دكتوراه، 1990، كلية الحقوق جامعة أسيوط، مصر، ص 225

3 – الدكتور/عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص 37

لقد أخذت بهذه النظرية معظم التشريعات التي لا تتضمن تنظيماً قانونياً مستقلا للسر المصرفي، وبهذا يبقى هذا الأخير خاضعا للنظرية العامة لسر المهنة مع استقلاله بقواعد معينة تتناسب مع الطابع المالي له، ومن بين التشريعات التي أخذت بهذا التصور كالولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا وفرنسا، وما يؤكد ذلك فحوى المادة 81 من قانون الضرائب الفرنسي التي ألزمت المصارف بضرورة تقديم معلومات عن حسابات زبائنها[1]، كما تنص المادة 511 من قانون النقد والمالية على عدم التمسك بالسر المصرفي أمام اللجنة المصرفية لمصرف فرنسا والسلطة القضائية إذا تصرفت في إطار قانون الإجراءات الجزائية، وقد سمح القانون رقم 776/08 الصادر في 2008/08/04 المتعلق بتطوير الاقتصاد للمصارف بإفشاء المعلومات الخاصة بالزبون دون مرافقته لوكالات التنقيط، أو للأشخاص المحددين الذين تتفاوض معهم حول عمليات معينة وللغير أيضا بشرط الموافقة الصريحة للزبون[2].

وهذا ما سار عليه أيضا القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه [3]، كما يمكن إلزام المصرف بإفشاء السر المصرفي إذا ارتكبت جرائم بمساعدة الحسابات المودعة لديه كجريمة تبييض الأموال [4].

ثانيا: نتائج نظرية السر المصرفي النسبي

إن اعتبار السر المصرفي سرا نسبياً أدى بأنصار هذه النظرية إلى ترتيب النتائج التالية:

1-عدم الاحتجاج بالسر المصرفي على العميل:

يحق للعميل وفقا لهذه النظرية الاطلاع على جميع عناصر المعلومات التي تخصه طالما أن الالتزام بحفظ السر المصرفي تقرر لمصلحته، فمن المنطقي أن يكون له الحق في

1 – Patrice Bouteiller et autres: L'exploitation de banque et Le droit, 4emé Edition, 2008revue banque، , p327

2 – Frédérick Lacroix : Réforme du secret bancaire, octobre 2008, revue banque, n° 706, , p.55.

3 – Cass.civ 1ère, 28/5/1991, JCP 1992,21- 845 /Cass.13/05/1987.Rev. crit.jur.b.1997.p.487. Cass.29/10/1991.Pas.1992.1.p.117

4 – Ferjault Elodie : op.cit, p.13

الاطلاع على الوثائق التي تخصه دون أن يحتج في مواجهته بالسر المصرفي كما له أن يأذن للمصرف بإفشاء السر [1].

2-رفع السر المصرفي بأمر القانون:

إن نظرية السر المصرفي النسبي تجعل من السر المصرفي قابلا الإفشاء، وذلك بإدخال جملة من الاستثناءات التي ينص عليها القانون والتي تعتبر في الوقت ذاته أسباب إباحة تنتفي بوجودها مسؤولية المصرف بالرغم من فعل الافشاء [2].

ثالثا: تقييم نظرية السر المصرفي النسبي

إن خاصية النسبية للسر المصرفي تتماشى مع مقتضيات العدالة، فعلى الرغم من أن هذا الالتزام يحقق المصلحة الخاصة للزبون، والمتمثلة في حقه بالاحتفاظ بسرية معلوماته التي ينتج عن إفشاؤها أضرار قد تمس بسمعته أو اعتباره إلا أنه إذا تعارضت هذه المصلحة الفردية مع مصلحة اجتماعية أسمى وأحق بالحماية فترجح هذه الأخيرة، ويتم التضحية بالأولى طالما أن الفرد جزء من الكل [3].

ولعل هذا ما جعل العديد من الدول تأخذ بهذا النظام نظرا لتلاؤمه مع غاية التشريع، وتحقيقه للتوازن بين المصالح العامة والخاصة الأفراد. فقد اعتنقت المصارف مبدأ تقديم المعلومات في إطار الاستعلام المصرفي تحقيقا لمصلحة العميل إذ يلتزم المصرف بإعلام العميل بمعلومات تخص الغير إذا كانت مصلحته تستلزم ذلك [4]، وخير دليل على رواج هذه النظرية تراجع سويسرا عن تطبيق نظام السرية المطلقة بعد توقفها عن العمل بنظام الحسابات الرقمية، وإبدائها عن رغبتها في الانضمام لنظام التعاون القضائي الدولي لمكافحة الجريمة.

1 – الدكتور/أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص 285

2 – الدكتور/على جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص 198

3 – الدكتور/عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص 36

4 – المرجع نفسه، ص 37

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من نظريتي النسبية والإطلاق

ليس بالأمر الهين أن نحدد موقف المشرع الجزائري من النظريتين السابقتين، أو التصور الذي اعتنقه بالنسبة للالتزام بالسر المصرفي خاصة وأنه لم يفرد قانوناً خاصاً بالسر المصرفي للمصارف كما فعلت بعض التشريعات التي سايرت النهج السويسري [1]، بل نص على أحكام هذا السر بمقتضى القواعد العامة الواردة في قانون العقوبات، وبعض القواعد الخاصة الواردة في قانون النقد والقرض، وتجدر الإشارة إلى أن تطبيق أي من النظريتين السابقتين يعتمد بالدرجة الأولى على النظام الاقتصادي المنتهج في الدولة.

فالدول الراسمالية تقرر عدة استثناءات للسر المصرفي تنتج إما بسبب مقتضيات المصارف، أو نتيجة لصفة الزبون أو بسبب تدخل السلطة العامة. غير أن الحد من السر المصرفي تحت عنوان المصلحة العامة لا يتلاءم مع نظام اقتصاد السوق إلا إذا كان ذلك يهدف إلى مكافحة التعسفات[2]، وكما نعلم أن الجزائر قد تحلت عن النظام الاشتراكي، وهي اليوم تنتهج نظام اقتصاد السوق كما هو مبين في دستور 1996، وبتتبع التعديلات التي مست قانون النقد والقرض سواء تعلق الأمر بالمواد 44،45 من قانون 12/86 السابق الخاص بنظام المصارف والقروض[3]، أو مؤخرا المادة 117 من الأمر 11/03 المتعلق بالنقد والقرض يظهر لنا أن المشرع الجزائري رغم التعديلات التي مست هذا القانون سواء في 1990، أو في 2003 حاول التوفيق بين النظريتين السابقتين وهذا ما يفهم من مضمون المادة 117 الحالية التي أقرت بمبدأ التزام المصارف بالمحافظة على أسرار المهنة والتي جاء فيها ما يلي:" يخضع للسر المهني تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات:

-كل عضو في مجلس إدارة، وكل محافظ حسابات، وكل شخص يشارك أو شارك بأي طريقة كانت في تسيير مصرف، أو مؤسسة مالية، أو كان أحد مستخدميها.

1 – كالمشرع السويسري، والمشرع اللبناني والسوري والمصري والأردني

2 – Taleb Fatiha: Limites du secret bancaire et économie de marché, op.cit.p.516.

3 – كانت تنص المادة 44 على ما يلي (يتعين على كل شخص له صفة العامل في إحدى مؤسسات المنظومة المصرفية، ويتصرف لحسابها، أو يتدخل في عملية من عمليات الرقابة أن يكتم سر المهنة...).

-كل شخص يشارك، أو شارك في رقابة المصارف والمؤسسات المالية.

تلتزم بالسر مع مراعاة الأحكام الصريحة للقوانين جميع السلطات ما عدا:

-السلطات العمومية المخولة بتعيين القائمين بإدارة المصارف والمؤسسات المالية.

-السلطات القضائية التي تعمل في إطار إجراء جزائي.

-السلطات العمومية الملزمة بتبليغ المعلومات إلى المؤسسات الدولية المؤهلة لاسيما في إطار محاربة الرشوة، وتبييض الأموال وتمويل الإرهاب.

-اللجنة المصرفية، أو مصرف الجزائر الذي يعمل لحساب هذه الأخيرة...."

باستقرائنا لهذه المادة يظهر أن المشرع الجزائري قد حاول التوفيق بين النظريتين إذ أنه من جهة أخذ ببعض نتائج نظرية السر المصرفي المطلق لما وسع من النطاق الشخصي للسر المهني للمصارف حسما ما هو وارد في الفقرة الأولى من هذه المادة والقرض"...كل شخص يشارك أو شارك بأي طريقة كانت..." التي جاءت أكثر تفصيلا من المادة 44 من قانون 12/86 الخاص بنظام المصارف والقروض الملغى،كما أنه لم يلزم موظف المصرف بالمحافظة على السر المصرفي أثناء ممارسة مهامه فقط بل ألزمه بذلك حتى بعد انتهاء الوظيفة، أو التخلي عنها أي أنه وسع من النطاق الزماني له وجعله التزاما مؤبدا يسري حتى بعد انتهاء العلاقة التي تربط المصرف بالعميل وهذا ما يفهم من عبارة "...يشارك أو شارك...".

و ما يدل على تبني المشرع الجزائري لنظرية السر المصرفي النسبي إدراجه لمجموعة من الاستثناءات التي تنتفي فيها المسؤولية، ومنعه الاحتجاج بهذا السر أمام بعض السلطات تحقيقا لمصلحة وشفافية الاقتصاد الوطني حسب ما هو وارد في الفقرة الثانية من المادة 117، وما يؤكد هذا الموقف أكثر هو عدم تقرير المشرع الجزائري عقوبة خاصة وأشد من تلك المقررة لجريمة إفشاء السر المصرفي مثلما فعلت التشريعات التي تبنت نظرية السر المصرفي المطلق، بل أحال في ذلك إلى نص المادة 301 من قانون العقوبات التي تعاقب على إفشاء السر المصرفي بشكل عام والتي جاء فيها ما يلي: " يعاقب بالحبس

من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 20000 إلى 100000 دج الأطباء والجراحون والصيادلة والقابلات، وجميع الأشخاص الملتزمين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلي بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشائها ويصرح لهم بذلك" .

نتيجة لما سبق يمكن القول أن المشرع الجزائري أكد على واجب كتمان المصارف للسر المهني، واعتبر أن إفشاءه جريمة يعاقب عليها القانون،إلا أنه نص على أن هذا الالتزام ينتفي في الحالات الاستثنائية المحددة قانونا، كما أنه خول بعض الهيئات والسلطات حق الاطلاع على المعلومات المصرفية المحمية أساسا تحت غطاء الس رية، ومنع الاحتجاج اتجاهها بالسر المصرفي تحقيقا للمصلحة العامة، ويتعلق الأمر على سبيل المثال بإدارة الضرائب والجمارك واللجنة المصرفية ومصرف الجزائر[1].

وبناءا على ما ورد سابقا يمكن القول إن المشرع الجزائري قد ساير المشرع الفرنسي في مجال حماية المعاملات المصرفية عن طريق السر المصرفي إذ لم يخصص قانونا مستقلا للسر المصرفي، ولم ينص على عقوبة أشد من تلك المقررة عند إفشاء السر المصرفي العام، وهكذا يكون قد جعل من هذا السر سر نسبي يخضع للعديد من الاستثناءات.

المبحث الثاني: أساس الالتزام بالسر المصرفي ونطاقه القانوني

لقد كان التزام المصرف بالحفاظ على السر المصرفي في بدايته مجرد واجب أخلاقي تدعو إليه مكارم الأخلاق والشرف، وتمليه الأعراف والتقاليد المصرفية المستقرة في التعامل المصرفي، ثم تطور بعد ذلك ليصبح التزاما دينيا مقدسا ليستقر في الأخير كالتزام قانوني. إلا أن الفقه اختلف حول أساس الالتزام به فبينما رجح البعض المصلحة الخاصة ذهب البعض الآخر إلى تغليب المصلحة العامة، وقد امتد هذا الاختلاف إلى تحديد نطاق

1 – هناك العديد من السلطات والهيئات التي خولها القانون الاطلاع على المعلومات السرية ومنع الاحتجاج اتجاهها بالسر المصرفي سنتناولها بالتفصيل في الفصل الثاني.

هذا الالتزام سواء من حيث أشخاصه أو موضوعه أو مكانه وزمانه [1]، ويختلف نطاق الالتزام بالسر المصرفي أيضاً تبعاً للسياسة التشريعية للدولة التي تستند إلى حماية المصلحة الفردية من جهة والمصلحة العامة من جهة أخرى.

المطلب الأول: اساس الالتزام بالسر المصرفي.

تعد مسألة تحديد أساس الالتزام بالسر المصرفي من المسائل التي اشتد الجدل الفقهي حولها فإذا كان الوضع قد استقر على تقرير مسؤولية المصرف عند إفشائه بأسرار عملائه، إلا أن الخلاف مازال قائما حول الأساس القانوني لهذا الالتزام [2]. وقد انقسم الفقه بخصوص هذه المسألة إلى اتجاهين فاستند البعض على المصلحة الخاصة في تفسير أساس الالتزام بالسر المصرفي، بينما تبنى البعض الآخر نظرية النظام العام أو المصلحة العامة ونتيجة لهذا الصراع نادى البعض بالتوفيق بينهما، لهذا سنعرض في هذا المطلب النظريتين ونتعرض بعد ذلك للنظرية التوفيقية بينهما، ونحدد في الأخير موقف المشرع الجزائري من هذه النظريات.

الفرع الاول: المصلحة الخاصة أساس الالتزام بالسر المصرفي.

يرى الجانب الأول من الفقه أن المصلحة الخاصة هي الأساس والدافع الرئيسي من وراء تكريس واجب الحفاظ على السر المصرفي، إذ ينتج عن إلزام المصارف بالمحافظة على أسرار زبائنها حماية تمس بالدرجة الأولى مصالحهم الخاصة، وقد انقسم الفقه بدوره إلى اتجاهين حيث رجح البعض فكرة العقد، واعتمد البعض الآخر على فكرة المسؤولية التقصيرية.

اولا: العقد كأساس الالتزام بالسر المصرفي.

سادت هذه النظرية خلال القرن 19 حيث بنى جانب من الفقه الفرنسي فكرة التزام المصرف بالمحافظة على أسرار زبائنه على العقد المبرم بينهما، وبهذا يظهر هذا الالتزام بمثابة التزام مدني تبعي لذلك العقد.

1 – الدكتور/محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص 39

2 – الدكتور/عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص 41

1-مضمون النظرية العقدية.

بصفة عامة قد اعتبر بعض الفقه الفرنسي [1] خلال القرن 19 أن أساس التزام المصرف بالمحافظة على أسرار زبائنه يكمن في العقد، وقد كان الفقه يهدف بهذا التصور إلى تغليب فكرة المصلحة الخاصة، وحماية الأفراد من الأضرار المعنوية التي قد تصيبهم من جراء إفشاء أسرارهم من طرف المتعاقدين معهم. وقد عرف المشرع الجزائري العقد بمقتضى المادة 54 من القانون المدني بأنه: " اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنع أو فعل أو عدم فعل شيء"، كما عرفه بعض الفقه بأنه:" توافق إرادتين على إنشاء الالتزام أو نقله"[2].

فالعميل لما يتجه إلى المصرف عارضاً عليه مصالحه كاشفاً له بعض الأسرار، ملتمساً منه مساعدته فمعنى ذلك أن هناك تبادلا للرضا،بهذا يكون العقد المبرم بين المصرف والزبون هو مصدر لالتزامات متقابلة من ضمنها أن يدلي العميل إلى المصرف ببعض أسراره، وفي المقابل متى قبل المصرف بتلقي هذه الأسرار لا يكون له الحق في التصرف خلاف ما يريده العميل[3]، فيتمثل رضا المصرف في الإيجاب المقدم منه بشكل نماذج معدة لهذا الغرض كنماذج غير ذلك من أنواع العمليات المصرفية، ويتحقق a عقد فتح الحساب أو عقد الاقتراض، إلى قبول العميل بمجرد الموافقة على النموذج المقرر من المصرف والتوقيع عليه، فالعقد إذن حسب أنصار هذه النظرية هو المصدر الرئيسي لالتزام المصرف بكتمان الأسرار إذ غالباً ما يعهد العميل بسره إلى المصرف بشأن عملية مصرفية[4].

ترتكز هذه النظرية بصفة عامة على الحرية التعاقدية وحرية اختيار الزبون فإذا ما خالف المصرف هذا الالتزام يرتكب خطأ تعاقديا، وتكريسا لهذه الحرية التعاقدية رأي

---

1 – F. GRUA: contrats bancaires, 1990, T1, économica, p.22. Cité par Anne Teissier : op.cit, p. 35.

2 – الدكتور/أحمد عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الطبعة الثالثة، 1985، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الجزء الأول، ص 139

3 – الدكتور/عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص 42

4 –الدكتور/ محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص 41

بعض الفقه[1] أنه بإمكان الزبون إبرام عقد خاص مع المصرف يتعلق بالتزامه بكتمان السر أو إدراج ذلك كشرط صريح في العقد الأساسي. غير أن الواقع أثبت أنه من النادر ما نجد ذلك على اعتبار أن مبدأ الحرية التعاقدية ضعيف في مجال العقود المصرفية نظرا لعدم التوازن الاقتصادي بين الطرفين لهذا يوصف العقد الذي يربط المصرف بالزبون بأنه عقد إذعان، وبهذا فان غياب شرط خاص في العقد يتعلق بالالتزام بالمحافظة على السر المصرفي لا يعني تحلل المصرف من هذا الالتزام، إذ أكد القضاء الفرنسي أن الأصول القانونية لهذا الالتزام تنبع من الاتفاق المبرم بين المصرف والزبون حتى ولو لم يلحظ ذلك في العقد بشكل صريح[2]، لأن مضمون العقد لا يقتصر على ما ورد فيه بل يشمل كل ما هو من مستلزماته[3].

يفسر فقه آخر الالتزام بالكتمان بمبدأ الثقة الذي يدفع بالزبون إلى التعامل مع المصرف، هذا المبدأ لا يمكن رده إلى مؤهلات وكفاءة المصرف الذي يعلم جيداً أن الالتزام بالمحافظة على السر هو حجر الزاوية لمهنته، وبفضله يلجأ الزبون إليه فحتى إن لم ينص عليه صراحة في العقد فهو ينجم عن رضاهما الضمني المتبادل [4]، لأن الثقة هي الحجر الأساسي في النشاط المصرفي وهي عامل لا ينبع فقط من إجراءات وقوانين مجردة بل كذلك من عوامل نفسية واجتماعية بيئية، فالتكتم يعتبر التزام ثانوي تعاقدي ناتج عن المبدأ المعتمد من قبل. التشريعات، والذي يفرض على كل دائن تنفيذ التزاماته بحسن نية [5]

لقد استند أنصار هذه النظرية إلى عدة أسباب لتبرير فكرتهم كان أهمها كالآتي:

-تسمح هذه النظرية بتفسير نسبية السر لأن العميل يبقى سيد سره ويستطيع أن يعف المصرف من الالتزام بحفظه في أي وقت.

1- George Capitaine: Le secret professionnel du banquier, 1936,Genève, p.139. Cité par Anne Teissier : op.cit, p.37

2- Paris 06/02/1975, D.1975, P. 318 à 322.

3 – المادة 107 من القانون المدني الجزائري.

4 – الدكتور/نعيم مغبغب: المرجع السابق، ص 38

5 – الدكتورة /هيام الجرد: المرجع السابق، ص 38

-أن هذه النظرية بارتكازها على العقد في تفسير أساس السر المصرفي تسمح بتقدير الضرر الذي يلحق بصاحب السر من جراء إفشائه، وتقدير التعويض المناسب استنادا إلى العقد.

- إن هذه النظرية تغني عن وضع تعريف قانوني للالتزام بالسر المصرفي حتى أنصارها يعرفون السر المصرفي على أنه عقد يربط بين المصرف والزبون [1].

لقد أخذت بهذه النظرية التشريعات الأنجلوساكسونية كالتشريع الانجليزي حيث لا يستند الالتزام بالكتمان إلى نص تشريعي بل إلى الرابطة العقدية بين المصرف والعميل، وهذا ما أكده القضاء الانجليزي إذ قضت محكمة لندن في حكمها الصادر في 1923/12/17 بأن الاتفاق الذي يربط المصرف مع عميله يتضمن شرطا ضمنيا يلتزم بموجبه بكتمان ما يتعلق بحساباته[2]، وإن اتفق أنصار هذه النظرية على أن العقد أساس الالتزام بالسر المصرفي إلا أنهم اختلفوا حول طبيعته، فبينما اعتبره البعض عقد وديعة رأى البعض الآخر أنه عقد وكالة، ورأى آخرون أنه عقد إيجار الخدمة، في حين ذهب البعض إلى أنه عقد غير مسمى لذلك سنورد هذه ألآراء فيما يلي:

ا-نظرية عقد الوديعة:

وفقا لهذا الاتجاه يتخذ العقد المبرم بين المصرف والزبون شكل عقد وديعة [3] على اعتبار أن السر المصرفي مودع لدى المصرف بحكم وظيفته أو مهنته، وهو كأي مودع لديه تجب عليها لمحافظة على الشيء المودع وعدم التصرف فيه إلا بإذن من المودع، واستدل أنصار هذه النظرية لتبرير موقفهم على نص المادة 378 من قانون العقوبات الفرنسي بقولها: (personne dépositaire du secret...) التي شبهت بين السر المعهود به إلى المصرف وعقد الوديعة، مما يشير إلى أن نية المشرع انصرفت إلى التسوية في الحكم بين

1 – الدكتور/أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص 75

2 – الدكتور/محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص 42

3 – وقد عرف المشرع الوديعة في المادة 590 من القانون المدني بأنها: "عقد يسلم بمقتضاه لمودع شيء منقولا إلى المودع لديه على أن يحافظ عليه لمدة وعلى أن يرده عينا".

الوديعة المدنية ووديعة السر. فالمصرف لا يلتزم بكتمان السر إلا بسبب واقعة الإيداع[1]، كما أضافوا إلى ذلك أن المشرع الفرنسي قد رتب جزاء يوقع في حالة الإخلال بالوديعة المنصوص عليها في القانون المدني الفرنسي وكذلك وديعة السر، فالمادة 408 من قانون العقوبات الفرنسي قررت عقوبة توقع على من يهمل حفظ الوديعة المدنية، والشيء نفسه قررته المادة 378 من قانون العقوبات الفرنسي عند مخالفة وديعة السر.

إلا أن هذا التصور لقي انتقادا شديدا من طرف الفقهاء من بينهم الفقيه (Pimienta) على اعتبار أن عقد الوديعة عقد تبرعي بلا مقابل ولا يمكن أن يكون محلا سوى أشياء مادية، كما أن الأشياء التي تكون محلا لعقد الوديعة يمكن استردادها لكونها أشياء مادية خلافا للسر الذي لا يكمن استرداده ممن أتمن عليه، وبالتالي لا يمكن تطبيق أحكام الوديعة على السر نظرا لاختلاف طبيعة السر عن طبيعة الأشياء ضف إلى ذلك أن المصرف قد يعلم بالسر بمناسبة ممارسة مهنته ولا يودع لديه بناءا على عقد بينه وبين عميله[2]، كما أن كلمة مودع لديه أو الأمين على السر المستعملة في بعض التشريعات العقابية ليست مستعملة في قانون العقوبات بالمعنى الذي يريده المشرع لعقد الوديعة في القانون المدني، لأن طبيعة السر تختلف عن طبيعة الأشياء ومن ثم يكون من المستحيل تطبيق أحكام عقد على السر، وإذا قبل هذا التجاوز بالنسبة للأمور التي يعهد بها العميل إلى المصرف بنفسه فلا . يمكن قبوا ذلك بالنسبة للأسرار التي تصل إلى علم المصرف عرضا بحكم مهنته[3].

ب-نظرية عقد الوكالة:

ذهب بعض الفقه[4] إلى أن أساس التزام المصرف بكتمان سر زبونه يستند إلى عقد وكالة على اعتبار أن الوكيل يتصرف لمصلحة موكله ، وأنه مما يتنافى مع الأداء

1 – الدكتور/أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص 76

2 –الدكتور/ محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص 44

3 – الدكتور/أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص 78

4– Emile Garçon: Code pénal, Annote, Paris,1956

أشار إلى هذا الفقيه الدكتور أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص 78

الصحيح للوكالة[1] أن يخل الوكيل بالتزامه بالسرية نحو موكله.فالمصرف بصفته وكيلا يلتزم بالمحافظة على ما أودع انتقد هذا الراي على Lambert لديه من أسرار، أو ما علم بها بمناسبة مهنته،إلا أن الفقيه اعتبار أن الوكالة تنتهي بانتهاء العمل أو بوفاة الموكل، فكيف يفسر استمرار صاحب المهنة أو الوظيفة ملتزما بالسرية بعد إتمام العمل المطلوب؟ أو بعد وفاة العميل؟ فالالتزام بالسرية له طابع خاص إذ يبقى قائما بصفة مستقلة على الرغم من انتهاء العلاقة التي تربط بين المصرف والعميل، كما أن أحكام الوكالة تتنافى مع استقلالية المصرف في ممارسة أعماله.

فالوكيل يخضع لإشراف موكله في انجاز الوكالة في حين أن المصرف لا يتقيد في عمله بوجهة نظر العميل [2]، لذلك فان مفهوم الوكالة لا يعطي التفسير القانوني المطلوب إذ يفسح المجال للظن بأن الوكيل يكتفي بتنفيذ الأوامر، والتعليمات الصادرة من الموكل مع أن هذا القول لا ينطبق في الحالات التي يقوم فيها المصرف بعمله خارجا عن أي صفة تقربه من الوكالة كعملية تبادل المعلومات التجارية [3]

ج-نظرية عقد إيجار الخدمة:

يؤسس هذا الرأي التزام المصرف بالمحافظة على أسرار زبائنه على عقد إيجار الخدمة [4]، فقيل أنه بمجرد قبول المصرف التعامل مع الزبون يلتزم بأن يبذل كل ما في وسعه في تنفيذ التزامه بخدمه هذا العميل، وعليه من أجل ذلك أن يحفظ الأسرار التي عهدت إليه من طرفه، أو التي علمها بمناسبة أداء مهامه[5]. إلا أن هذه النظرية لم تلق قبولا من طرف الفقه ونالت نفس الانتقادات الموجهة لسابقتها على اعتبار أن نشاط المصرف لا

1 – عرف المشرع الجزائري الوكالة بموجب المادة 571 من القانون المدني بأنها: "عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه".

2 – الدكتور/عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص 43

3 – الدكتور/نعيم مغبغب: المرجع السابق، ص 40

4 – نظم المشرع الجزائري عقد الإيجار في المواد 467 إلى 507 مكرر 1 من القانون المدني.

5 – الدكتور/محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص 46

يتفق مع عقد إيجار الخدمة، كما أن الالتزام بكتمان السر المصرفي لا ينتهي بأداء الخدمة المطلوبة بل يستمر إلى بعد ذلك [1].

د-نظرية العقد غير المسمى:

أمام هذه الاعتراضات وعدم كفاية النظريات السابقة في تفسيرها لطبيعة العقد الذي يربط المصرف بالزبون رأى جانب آخر من الفقه الفرنسي على رأسه الأستاذ (Baudouin) أن التزام المصرف بالمحافظة على السر المصرفي ناتج عن عقد غير مسمى من نوع خاص يقوم على الرضا المتبادل بين المصرف والعميل. فبمقتضاه يلتزم المصرف كما يلتزم العميل بكل ما يمكن الارتباط به بينهما صراحة أو ضمن اً، ولكل ما يترتب عن ذلك من الآثار التي يجيزها العرف وتقررها العدالة، وفي سبيل ذلك لا يمكن لأي منهما أن يتحلل من الوفاء بالتزاماته، وعلى ذلك فهذا العقد لا يخضع للتنظيم القانوني الذي تخضع له سائر العقود المدنية نظرا لطبيعته النظامية المتعلقة بالنظام العام الثانوي، وينتهي هذا الفقيه إلى أن العقد هو الذي ينظم علاقة المصرف بالعميل إلا أن المجتمع يتدخل بتدابير معينة لحمايته، ويأتي بجزاء جنائي عند الإخلال به لما يترتب عن ذلك من إخلال بالثقة التي ينبغي أن تتوافر في العمل المصرفي[2].

2-نتائج النظرية العقدية.

ذهب أنصار نظرية العقد كأساس لالتزام المصرف بالمحافظة على السر المصرفي إلى ترتيب مجموعة من النتائج تختلف عن تلك التي تترتب في حال اعتبار المصلحة العامة أساس هذا الالتزام، نذكر من هذه النتائج ما يلي :

ا-جواز إفشاء السر المصرفي بإرادة الأطراف:

باعتبار أن السر المصرفي يستند إلى رابطة عقدية بين المصرف والزبون فغنه يكون من الضروري لإمكانية إفشائه توافر رضا الطرفين، فرضا الزبون ليس له أي أثر إلا من

1 – الدكتور/أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص 79

2 – الدكتور/عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص 46

جانب واحد ولا يعد كافي ألإعفاء المصرف من هذا الالتزام لأن إرادته لم تصدر لتلتحم بإرادة الزبون، إلا إذا كان هذا الأخير هو الذي طلب الإفشاء من المصرف فيكون للمصرف هنا الحق في الإفشاء، ومتى فعل ذلك لا تقوم مسؤوليته [1] فالإرادة إذن هي سبب وجود هذا الالتزام وهي سبب رفعه متى اتجهت إلى ذلك [2].

ب-الصفة النسبية للسر المصرفي:

لقد استهدف أنصار هذه النظرية نتيجة هامة هي جعل السر المصرفي نسبي وليس مطلق، فمن الخطأ في نظرهم تأسيسه على النظام المطلق الذي يتنافى مع كل مفهوم تعاقدي، فالسر يستند إلى أساس قانوني هو وجود اتفاق بين الطرفين، كما أنه يدور مع مصلحة العميل وجوداً أو عدما، والقول بإمكان إعفاء المصرف منه والتصريح له لأداء الشهادة أمام المحكمة دليل على فكرة النسبية النابعة من المفهوم التعاقدي [3].

ج-عدم جواز الاحتجاج بالسر المصرفي أمام المحكمة:

يذهب أنصار هذه النظرية إلى أنه لا يوجد تناقض بين تجريم الإفشاء والالتزام القائم على النظام العام بالنسبة لكل مواطن بتقديم شهاداته أمام المحكمة، فهنا يجب التمييز بين حالات يستطيع فيها المصرف عدم الكلام، وحالات أخرى يستطيع أن يكسر حاجز الصمت[4]. لذلك يكاد أن يكون المبدأ إلزام المصرف الذي استدعي إلى المحكمة الجزائية بمناسبة التحقيق في دعوى جزائية بالإفصاح عن تفاصيل المعاملات المصرفية لزبائنه، ولا يقبل احتجاجه بالسر المصرفي مهما كانت المصلحة التي تربطه بهم، لأن المصلحة العامة

---

1 – الدكتور/سعيد عبد اللطيف حسن: المرجع السابق، ص 121. لقد انتقد ديمارل هذه النتيجة واعتبرها غير صحيحة على اعتبار أن الجريمة فعل يخل بالمجتمع، وبهذا يتدخل قانون العقوبات لتوقيع العقاب على من يخالف السر الذي يهم النظام الاجتماعي، فالمجتمع هنا طرف ثالث في العقد كما أنه يضار بالإفضاء رغم موافقة صاحب السر.

2– Pierre Lambert : op.cit, p.18.

3 –الدكتور/ أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص 83. وقد اعتبر الفقيه (Charmantier) باعتباره أحد أنصار هذه النظرية أن السر عقد محمي بنص جنائي ذو نظام عام نسبي يمكن رفعه دائما بواسطة الزبون، فرضا كل من العميل والمصرف يمكن من رفع سياج الصمت الذي يفرضه الالتزام بالسر المصرفي، وانتهى هذا الفقيه إلى تأييد النظرية باعتبارها تستجيب لمقتضيات العدالة والوصول إلى الحقيقة.

4 – المرجع نفسه ، ص 84

هي التي تبرر هذه المخالفة وتقتضي عدم حجب أي عنصر قابل للإفصاح يسمح بإظهار الحقيقة [1].

3-تقييم النظرية العقدية:

لقد عرفت هذه النظرية رواجا كبيرا خلال القرن 19 نظرا لتكريسها للأفكار الليبرالية ومهما يكن تكييف العقد الذي يربط المصرف بالزبون كانت تهدف هذه النظرية إلى جعل السر المصرفي، قابلا للإفشاء، إلا أنها أهملت بسرعة نظرا لارتكازها على المصلحة الخاصة لمودع السر.

فقد انتقد بعض الفقه هذه النظرية منكرا الطابع الجنائي للخطأ وفكرة تحديد الالتزامات بصراحة من قبل الأطراف في العقد المصرفي فالسر المصرفي هو في الأصل فكرة مدنية يجب ألا ترتكز على نص جنائي، كما أن الالتزام بحفظه يمكن أن يوجد حتى في غياب العلاقة التعاقدية كما هو الحال بالنسبة للمعلومات التي يتلقاها المصرف خلال المرحلة ما قبل التعاقدية، لذلك لا يتخذ هذا الالتزام شكلا تعاقديا إذا لم ينص عليه صراحة في العقد.

وقد انتقد الفقيه "ديمارل" أيضا هذه النظرية لكونها تفترض وجود عقد ضمني بين المصرف والزبون حول السر، وهذا ما لا يتفق مع الواقع اللهم إذا كانت العلاقة القائمة بينهما تجمع كل عناصر العقد[2]، ومن جهة أخرى فإنه طبقا لهذه النظرية لا يكون الإفشاء مباحا إلا بموافقة مودع السر، ولكن الأمر يختلف عندما يلحق الإفشاء آثارا سيئة بالغير، ويرى نفس الفقيه أيضا أن رضا العميل بإفشاء السر لا يمحو عن الفعل الصفة الجنائية.فالإفشاء يبقى جريمة كونه يضر بالشخص والمجتمع، ورضا الزبون إذا كان يمحو الضرر الفردي إلا أن الضرر الاجتماعي يبقى مبررا لتوقيع العقاب لأن هذا الفعل يضر

1 – الدكتور/سعيد عبد اللطيف حسن: المرجع السابق، ص 138

2 – الدكتور/أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص 84. إن العقد يتطلب لقيامه الإرادة الحرة، والأهلية والسبب والمحل بشروطهم الضرورية، لكن السر قد يتعلق بشخص غير كامل الأهلية وقد يكون موضوعه مخالف للنظام العام والآداب العامة.

بالنظام العام من أجل ذلك جرمه القانون، وليس للعميل أن يحل محل القانون[1]، وعلى عكس ذلك قد اعترف القضاء الفرنسي للعميل بالحق في إعفاء الأمين من السر[2].

فإذا كان إفشاء الأسرار يمس بمصلحة الأفراد إلا أن هذا لا يعد السبب الرئيسي من وراء تجريمه لأن هذا الفعل يمس بالمصلحة العامة المتمثلة في احترام شرف وكرامة المهنة المصرفية،و لقد ذهب الفقيه (Baudouin) إلى القول بأن فكرة العقد ليست ضرورية لتفسير مسؤولية المصرف طالما يمكن اللجوء إلى الخطأ المدني أو المسؤولية التقصيرية، ومن جهة أخرى فان هذه النظرية لا تفسر لنا حالة المصرف الذي يرفض القضاء دفعه بالسر المصرفي، ويطلب منه أداء الشهادة عن وقائع عرفها أثناء ممارسة المهنة، كما أن أنصار هذه النظرية تجاهلوا أن نتائجه تجاوز مصالح الأطراف أنفسهم فللمجتمع مصلحة في تنفيذ هذا العقد، وإذا كان الالتزام بالسر المصرفي يقوم على أساس العقد لترتب على ذلك إمكان قيام الطرفين بتعديل مضمونه وهذا غير جائز[3]، إضافة إلى ذلك إن هذا الالتزام ينشأ على عاتق المصرف منذ توليه لوظيفته بغض النظر عن إبرامه عقدا مع العميل أو لا[4].

نتيجة للانتقادات السابقة التي وجهت لهذه النظرية بسبب مناداتها بأن الالتزام بالسر المصرفي يتولد عن عقد بين المصرف والعميل اتجه جانب من الفقه إلى تأسيس هذا الالتزام على المسؤولية التقصيرية

ثانيا: المسؤولية التقصيرية أساس الالتزام بالسر المصرفي

كان من نتيجة عدم كفاية النظرية العقدية كأساس لمسؤولية المصرف عن إفشاء السر المصرفي أن اتجه بعض الفقه في فرنسا على راسهم الفقيه (Robert Henrion) إلى إيجاد

1 –الدكتور/ سعيد عبد الطيف حسن: المرجع السابق، ص 140

2– Toulouse 10/02/1898 D.P. 1899-2-257.

أشار إلى هذا الحكم الدكتورأحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص 80

3 – الدكتور/أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص 85

4 – الدكتور/عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص 19

أساس آخر، يتمثل في أن أساس التزام المصارف بكتمان أسرار زبائنها يكمن في التزام مستمد من نص القانون قوامه الامتناع عن الإضرار بالزبون عن طريق إفشاء أسراره.

1-مضمون نظرية المسؤولية التقصيرية أساس الالتزام بالسر المصرفي:

رأى جانب من الفقه أن التزام المصارف بكتمان أسرار زبائنها لا يتخذ طابعا عقديا إلا إذا تم النص على هذا الالتزام بصفة صريحة في العقد المبرم بين المصرف والزبون[1]، لذلك يرتكز هذا الالتزام على الواجب العام القاضي بعدم الإساءة للغير والمعاقب عليه بإصلاح الضرر فيحال نشوئه[2]، والسؤال الذي يثور هنا إن لم يوجد عقد بين المصرف والعميل فما أساس الالتزام بالسر المصرفي ؟هذه المشكلة تثور عندما يحصل المصرف على معلومات عن عميله بغير طريق التعامل المباشر معه[3]، كما في حالة الاستعلام المصرفي عنه فهنا يقوم المصرف بالاستعلام من المصارف الأخرى عن وضع العميل المالي وعن سمعته ويرد عليه الجواب في كشف يسمى بكشف الأخطار المصرفية. نفس الأمر يحدث لما يتقدم شخص إلى المصرف بطلب الحصول على قرض وقد أعطى المعلومات اللازمة لذلك لكن لسبب أو لآخر لم يبرم العقد،أو أن يعلم المصرف معلومات عن عميله بطريق الصدفة فهل العقد هنا هو أساس التزام المصرف بالسر المصرفي؟ يجيب أنصار هذه النظرية بالنفي لعدم وجود أي عقد، ويرون أن الأساس هنا يتمثل في الفعل الضار أو المسؤولية التقصيرية ذلك أن على المصرف واجب . عدم الإضرار بالغير استنادا إلى القواعد العامة [4].

ينتج الخطأ هنا عندما لا يتصرف المصرف كما كان مفترضا فيه سواء حصل ذلك بصورة إرادية أو بالإهمال، ذلك أن إفشاء بعض المعلومات المتعلقة بحياة الشخص يجب

1- Anne Tessier : le secrète Professional du banque 1999p.u.a.m, p.41.

2 – المادة 124 من القانون المدني وتقابلها المادة 1382 من القانون الفرنسي التي جاء فيها ما يلي: « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer»

3 – الدكتور/محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص 49

4 – المرجع نفسه ، ص 50

أن يكون بإرادته الذاتية وكذا القول بكل ما يرتبط بذمته المالية. فولوج هذه الإرادة وإفشاء أشياء مفترض أن تبقى سرية يشكل دون شك خطأ يؤدي إلى المساس بحقوقه،فإذا أفشى المصرف بأسرار زبونه فإن ذلك يفتح المجال أمام هذا الأخير لمساءلته مدنيا بغض النظر عما إذا كان بينهما عقدا أم لا، ولقد اعتبر بعض الفقه أن هذه النظرية مكملة لنظرية العقد في القصور الذي يشوب الأخيرة في تفسير بعض الأمثلة، وفي ذلك رجح الفقيه[1] (J.Vezian) النظريتين إلى أساس واحد هو الخطأ المقترف الذي يمكن تحديده كالإخلال بواجب العناية الموجود سابقا سواء كانت أصوله قانونية أو تعاقدية، ويبقى الشخص المخل بهذا الالتزام مسؤولا ويقع على عاتقه واجب التعويض عن الضرر الذي سببه للغير.

2-تقييم نظرية المسؤولية التقصيرية أساس الالتزام بالسر المصرفي:

انتقدت هذه النظرية هي الأخرى على اعتبار أن الالتزام المترتب على الفعل الضار يجد مصدره في القانون، كما أنه لو كان صحيحاً أن الالتزام بكتمان السر المصرفي التزاما بالامتناع عن عمل أساسه المسؤولية التقصيرية لكان الجزاء المترتب لا مجرد التعويض بل إزالة الضرر ذاته وهو حل قد يستحيل الأخذ به [2]، من جهة أخرى لو تم التسليم بوجود التزام يقع على عاتق المصرف بعدم الإفشاء أفلا يعني ذلك الالتزام بذلك القيد بصفة مطلقة؟ في الواقع إن أنصار هذه النظرية أنفسهم اتجهوا إلى أن السر المصرفي ليس مطلقا بل نسبي يقبل دائما الاستثناء الذي تفرضه دواعي التطبيق العملي [3].

إذن ليس هناك من شك في أن الحفاظ على السر المصرفي يحقق المصلحة الشخصية للعميل إلا أن هذا لا ينفي أنه يحقق مصلحة عامة اجتماعية لا تقل أهمية عن الأولى، وهذا ما جعل بعض الفقهاء يؤسسون هذا الالتزام على المصلحة العامة وهذا ما سنتناوله فيما يلي:

1- J.Vezian: La Responsabilité du banquier en droit privé français, 1977.

أشار إلى هذا الفقيه الدكتورنعيم مغبغب: المرجع السابق، ص 42

2 – الدكتور/عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص 52

3 – المرجع نفسه، ص 53

الفرع الثاني: المصلحة العامة أساس الالتزام بالسر المصرفي (نظرية النظام العام)

نظرا لأوجه النقد العديدة التي لقيها أنصار النظريتين السابقتين ذهب العديد من الشراح إلى أن الأساس القانوني للسر المصرفي يقوم على المصلحة الاجتماعية التي دعت بالمشرع إلى التدخل لفرض الاحترام الواجب للسر المصرفي وتجريم إفشائه ورتبوا على ذلك نتائج معينة.

اولا: مضمون نظرية المصلحة العامة أساس الالتزام بالسر المصرفي

تعبر فكرة النظام العام عن كل ما يمس بكيان الدولة، أو ما يتصل بمصلحة أساسية من مصالحها التي يتعين تحقيقها حتى تظل الدولة تؤدي الغاية من وجودها، فالنظام العام فكرة قوامها المصلحة العامة وقد اختلفت آراء الفقهاء كثيرا حول تعريفه وتحديد نطاقه، إلا أنها تدور جميعها حول المصلحة العليا للمجتمع سواء أكانت اقتصادية، أ واجتماعية أو سياسية أو أدبية [1].

تعتبر هذه النظرية معاكسة للنظريات السابقة لها في مبادئها ومن أشهر أنصارها الفقيه (CharlesMuteau) بمقتضاها يقوم الأساس القانوني للسر المصرفي على المصلحة الاجتماعية ذلك أن القانون لما جرم إفشاءه قصد بذلك حماية الشخص الذي أمن سره وجميع المواطنين، لذلك فهو يقدم لهم حماية وألفة ملائمة لإجراء عملياتهم المالية، وبهذا تكون الثقة العامة هي التي دفعت بالمشرع إلى تجريم فعل الإفشاء لأن إفشاء الأسرار دون موافقة صاحبه يؤدي إلى أزمة تزعزع ثقة المواطنين اتجاه المصارف التي اعتادوا التعامل معها، وبهذا قد يمتنعون عن اللجوء إليها فيما بعد[2]. فغاية النص الجنائي تمثلت في المحافظة على الثقة المفروضة على بعض المهنيين في المجتمع [3]، فأساس الالتزام بالسر

1 –الدكتور/ محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص 50. يعتبر من النظام العام الحريات كالحرية الشخصية وحرية التنقل وحقوق وواجبات العمال وقوانين التسعير الإجباري وغيرها، ففكرة النظام العام واسعة ولا يمكن حصرها في أمور معينة لكن يمكن وضع أطر عامة لها تجب مراعاتها وكل تصرف مخالف لها جزاءه البطلان

2– Pierre Lambert : op.cit, p.19.

3– Anne Tessier : op.cit, p.42

المصرفي هو النظام العام وليس ذلك العقد المبرم بين المصرف والعميل وذلك للاعتبارات التالية:

1-إن المصلحة العامة تقتضي أن يجد العميل مصرفاً أميناً يستطيع التعامل معه دون خوف على أسراره المالية، وذلك لما لهذه المهنة من دور مهم في المجتمع وهو دور لا يمكن الاستغناء عنه، فإذا خشي الأفراد من التوجه إلى المصرف خوفا على أسرارهم فإن ذلك يلحق أضرارا بالمجتمع [1]، فالمصلحة الاجتماعية تتحقق عندما يزدهر النشاط الاقتصادي والعمليات التجارية، والتي بدون المصارف لا مجال لإتمامها.فعلى المستوى الداخلي للدولة يؤكد السر المصرفي النظام الليبرالي والديمقراطي لها، أما على المستوى الخارجي فهو يعززمن مكانتها في المجتمع الدولي باعتباره الشرط الاستراتيجي للاقتصاد[2].

2-من أجل تدعيم الثقة في ممارسة المهنة المصرفية تحرص التشريعات على خلق جو من الثقة المتبادلة بين العميل والمصرف، وهذه الثقة لن تتحقق إلا إذا كان للفرد ضمان خلقي وقانوني في أن لا يكشف المصرف أسراره المالية، والسماح له بذلك يقلل من أهمية هذه المهنة، فالسر المصرفي ضرورة اجتماعية والمحافظة عليه لها نفس الصفة لأنها أمر لازم يمثل ذراعاً وافيا للعميل الذي عهد بأمره إلى ومصالحه للمصرف من أجل كتمانها [3].

و ما هو جدير بالذكر أن للمجتمع ككل مصلحة في مراعاة هذا الالتزام فطبيعة السر المصرفي تكشف عن أن نطاقه يتجاوز مفهوم العقد، كما أن نتائج العقد المزعوم تتجاوز مصالح المتعاقدين لتعلقها بالمجتمع بطريق مباشر أو غير مباشر، ومن ثم يرى أنصار هذه النظرية أن النظام الاجتماعي كأساس للسر المصرفي لا يثير أي شك[4]، وقد أخذت العديد من التشريعات بهذا الاتجاه كالمشرع السويسري، والمشرع البلجيكي الذي نص خلال

1 – الدكتور/محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص 51

2– Raymond Farhat : op.cit, p.59

3 – الدكتور/عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص 43

4 – الدكتور/أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص 87

الأعمال التحضيرية لقانون العقوبات البلجيكي لسنة 1867 بأنه: "يمنع على المهنيين الملزمين بالسر المصرفي أن يفشوا أسرار زبائنهم عند استدعائهم أمام المحاكم على اعتبار أن المصلحة العامة أعلى من المصلحة الخاصة، ولا يتعرضوا لأية عقوبة في هذه الحالة[1].

والتشريع في لكسمبورغ إذ أكدت الأعمال التحضيرية لقانون القطاع المالي والمصرفي الصادر في 1993/04/05 على الصفة المطلقة لهذا السر واعتبرته من النظام العام[2].

كما سار على نفس النهج أيضا القضاء الفرنسي فمنذ القرن التاسع عشر أكدت المحاكم الفرنسية على الطابع المطلق للسر المهني حفاظاً على مصلحة المهنة، وسلمت نتيجة لذلك بتعلق هذا الالتزام بالنظام،فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 1905/02/20 بأن "السر المصرفي ليس امتيازا يمنح لبعض الأشخاص .... وإن كان القانون يعاقب على إفشاء الأسرار فانه يقصد بذلك حماية المصلحة العامة القائمة على الثقة التي يجب أن يشعر بها المجتمع اتجاه بعض المهنيين...."[3]، كما قضت نفس المحكمة في قرارها الصادر في 1985/07/05 بأن التشريع أراد أن يضمن تأمين الأسرار التي يضطر الفرد للإفضاء بها للشخص الذي تجعل منه مهنته في إطار المصلحة العامة أمينا ضروريا في المجتمع [4]، وبهذا فان السر المصرفي لا يهم فقط المصرف وزبونه بل يهم المجتمع ككل.

و قد سبق للقضاء البلجيكي أن قبل فكرة اعتبار السر المصرفي من النظام العام لكن دون أن يكون سرا مطلقا [5]، واعتبر أن أسباب الإباحة العامة كحالة الضرورة يمكن أن

1- Pierre Lambert : op.cit, p.20.

2- Dean Spielmann , Le Secret Bancaire et L'entraide Judiciaire Internationale Pénale, 2007,: Larcier, Bruxelles, p.26.

3- Cité par Pierre Lambert :op.cit, p. 21

4 – أشار إلى هذا القرار الدكتور سعيد عبد الطيف حسن: المرجع السابق، ص 151

5 – Cass.B,13/05/1987, R.C.J.B,1989, p.588.

تؤدي إلى رفعه، وبهذا تعتبر نظرية السر المطلق كغيرها من النظريات غير مقنعة طالما أنكرت فكرة أن السر المصرفي تقرر لحماية المصلحة الخاصة والعامة معا، كما أكدت محكمة استئناف لكسمبورغ في أحد قراراتها على واجب احترام السر المصرفي باعتباره من النظام العام [1].

وهذا ما دفع بالفقيه (Henri De Page) [2] إلى اعتبار السر المصرفي ذلك السر الذي يمس المصلحة المهمة للدولة والجماعة، ويحدد القواعد القانونية الأساسية التي يرتكز عليها النظام الاقتصادي والأخلاقي للدولة، فهو بذلك من الأمور التي تهم الجسم الاجتماعي ككل، ويعد من قبيل النظام العام أن تمارس المهنة على النحو الذي يحقق لها أقصى فعالية

ثانيا: نتائج نظرية المصلحة العامة أساس الالتزام بالسر المصرفي

إن اعتبار المصلحة العامة أو النظام العام أساسا للسر المصرفي أدى بأنصار هذه النظرية إلى ترتيب النتائج التالية:

1-الصفة المطلقة للسر المصرفي:

أهم نتيجة توصل إليها أنصار هذه النظرية هي اعتبار السر المصرفي سرا مطلقا. فالمصرف ملزم بالصمت في كل الظروف بالنسبة للوقائع التي علمها عن عميله أثناء ممارسته لمهنته حتى ولو أذن له العميل بالإفشاء، أو أكرهه القاضي على ذلك على اعتبار أن الحماية الجنائية ليست مقررة لمصلحة العميل بقدر ما هي مقررة لمصلحة المهنة ذاتها، ففعل الإفشاء يلحق ضررا بالمصلحة العامة وهو بذلك جريمة اجتماعية [3]، وقد قضت

1- CA Luxembourg (com) .02/04/2003.J.T.2003, p315.

Le secret bancaire protégé par les sanctions de l'article 458 du code pénal et ne pouvant être levé d'après l'article 41 alinéa 2 de la loi du 5 avril 1993 que par la loi, est d'ordre public…) .

2- Henri De Page : Traité élémentaire du droit civil belge, ,1962Bruylant, Bruxelles, 3em édition, p.93. Cité par Pierre Lambert : op.cit, p.21

3 – الدكتور/سعيد عبد اللطيف حسن: المرجع السابق، ص 161

محكمة النقض الفرنسية. بأن الطبيب الذي يفشي سرا لمصلحة المريض يعاقب على هذا الإفشاء [1].

2-عدم جواز التصريح للمصرف بالإفشاء:

طالما أن السر المصرفي مقررا لمصلحة المجتمع فلا يمكن القول بأن الزبون مهما كانت مصلحته يستطيع إعفاء المصرف منه، إذ لا يجب أن تعلو إرادة هذا الأخير على إرادة القانون مهما كانت الظروف [2]، وإذا كان الفقه والقضاء قد أكدا على أن النظام العام والمصلحة العامة، وراء تكريس السر المصرفي فيكون من المنطقي أن ي منع إفشاءه مهما كانت الأسباب.

3-الحق في الصمت.

لقد ذهب الفقيه **(**Pimienta**)** أن النظام العام ليس إلا مفهوما مرنا يتماشى مع الصور المختلفة للنشاط الفردي [3]، فإذا كان رضا الزبون للإفشاء ضروريا إلا أنه لا يكفي لتبرير هذا الفعل لأن الحق في كتمان السر المصرفي لصالح الجماعة، ولذلك فإن العميل لا يملك أن يصرح للمصرف بإفشائه.

4-عدم جواز الإدلاء بالشهادة أمام المحاكم أو تبليغ السلطات عن الجرائم

من نتائج هذه النظرية إلزام المصرف بكتمان السر حتى ولو استدعي أمام القضاء لأداء الشهادة أو التبليغ عن الجرائم التي اكتشفها بمناسبة قيامه بمهامه،و لو أكرهه القاضي على الكلام، كما لا يستطيع المصرف إفشاء السر حتى ولو في معرض الدفاع عن نفسه حتى ولو ترتب على ذلك قيام مسؤوليته[4].

1- Cass.crim09/11/1901.D.P.1902-1-235

أشار إلى هذا القرار الدكتور أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص 91

2 – الدكتور/أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص 92

3 – المرجع نفسه، ص 93

4 – الدكتور/سعيد عبد اللطيف حسن: المرجع السابق، ص 156

بناءاً على ما تقدم من عرض لهذه النظرية والنتائج التي ترتبت عنها يكون من المنطقي أن تكون هي الأخرى عرضة للنقد وهذا ما سوف نتعرض له.

ثالثا:تقييم نظرية المصلحة العامة أساس الالتزام بالسر المصرفي

إذا كانت نظرية النظام العام تبدو مرضية إلى حد ما في تأكيدها لمبدأ احترام السر المصرفي إلا أنها لاقت بعض النقد نتيجة لصعوبة تطبيقها عمليا، ويمكننا إيضاح أوجه النقد الموجهة لهذه النظرية فيما يلي:

1-إن فكرة النظام العام نسبية من حيث الزمان والمكان، كما أنها تختلف من دولة إلى أخرى حسب الظروف الاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية، والفلسفية، والدينية بل وتختلف حتى في نفس الدولة بسبب اختلاف الزمان [1]، فأنصار هذه النظرية لم يحددوا بوضوح ما المقصود بالنظام العام، وهل هو مطلق لا يمكن الخروج بمقتضاه عن الالتزام بالسر مهما كانت الدوافع والأسباب ولو أضر بمصلحة اجتماعية أخرى؟ وإذا كان المقصود به هو فكرة النظام العام المطلق فإن هذا يتعارض مع بعض الاستثناءات التي توجبها دواعي التطبيق العملي أم أنه نسبي يمكن مخالفته أحياناُ والخروج عنه تحقيقا لمصالح اجتماعية أخرى، وهل هذا النظام داخلي للدولة أم دولي؟ .

2-إن هذه النظرية لم تقدم حلولا في حالة نشوء نزاع بين مبادئ عامة تعتبر جميعها من النظام العام، كما هو الحال بالنسبة للحق في الدفاع، ضرورة الوصول للحقيقة القضائية، مصلحة الدولة...الخ [2].

3-إن تأسيس الالتزام بالسر المصرفي على النظام العام يعطي الأولوية للحق في الصمت على الالتزام بالصمت مما يعطي للمصرف فرصة الاحتجاج، والاحتماء خلف

1 – الدكتور/على فيلالي: الالتزامات، النظرية العامة للعقد، بدون طبعة، 2007، مطبعة الكاهنة، الجزائر، ص 208. بشكل عام تضيق دائرة النظام العام في المجتمعات التي تتبني النزعة الفردية، وتتسع في الدول الاشتراكية التي تتدخل الدولة في مناحي الحياة فيها بشكل كبير.

2 – Pierre Lambert : op.cit, p.22

الصمت المطلق لحماية نفسه من أية دعوى قد تقام عليه تسترا على خطئه المهني ودفاعاً عن مصالحه الشخصية لا مصلحة العميل، وبهذا يتمكن من الإفلات من المسؤولية ومن ثم تؤدي هذه النظرية إلى البعد عن الهدف الذي تقررت حماية السر المصرفي لأجله والوظيفة التي يؤديها هذا الأخير في الحياة الاجتماعية [1].

4-لقد بالغ أنصار هذه النظرية في الصفة المطلقة للسر المصرفي وهذا الأمر يتعارض مع إمكان رفعه للأسباب التي يحددها القانون أو يستحدثها القضاء، فبالرغم من تعلق السر بالنظام العام إلا أنه يجب أن يبقى دائما نسبيا يخضع دائما لبعض الاستثناءات التي تفرضها دواعي المصلحة العامة الأجدر بالحماية [2].

ه-إن الأخذ بهذه النظرية يحول في بعض الأحيان دون الكشف عن الحقائق ويمنع تحقيق العدالة في المجتمع، كما في حالة الكسب غير المشروع فمصلحة المجتمع هنا كشف الفساد وليس التستر عليه فدرء المفاسد أولى من جلب المنافع، وعليه فالمهني الذي يعلم شيء أثناء وظيفته يتعين عليه أن يبلغ عما يعرفه،كما يجب عليه أن يجيب في حدود الضرورة على الأسئلة تتصل بالوقائع الواجب إيضاحها

و-إن التمسك بالنظام العام كأساس الالتزام بالسر المصرفي يحرم الزبون من حقه في إعفاء المصرف من هذا الالتزام وهذا ما يؤدي إلى تنازع بين مصلحة العميل ومصلحة المجتمع، فيصعب التوفيق بينهما حيث تغلب المصلحة العامة على الخاصة [3]، لهذا اضطر أنصار هذه النظرية بالرغم من إنكارهم لفكرة العقد كأساس للالتزام بالسر المصرفي إلى التسليم بفكرة الرخصة الممنوحة لصاحب السر بأن يزيل سريته، مع عجزهم عن تبرير هذه الرخصة دون الاستناد إلى فكرة العقد.

1 – الدكتور/محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص 53، وفي هذا الصدد قد اعتبر الأستاذ (René Savatier) بأن.السر المصرفي المطلق لا يتماشى مع الواقع العملي أو الحقيقة.

2 – الدكتور/سعيد عبد اللطيف حسن: المرجع السابق، ص 158

3 – الدكتور/محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص 54

وبهذا فالنظام العام يبدو سلاحا ذو حدين يستخدم أحيانا في تقوية سلطة السر المصرفي ولكنه يكون أحيانا أخرى ضد الهدف المرجو من قيام هذا السر، فبالرغم من مناصرة العديد من الفقه لهذه النظرية إلا أن مخالفة السر المطلق تزداد بتدخل الدولة في تنظيم شؤون المجتمع تحقيق المصلحة العامة، فلا يمكننا إنكار أن نظرية النظام العام تحقق احتراماً أكيداً للسر المصرفي، وتؤدي إلى حماية الثقة المفترضة في المهنة المصرفية. إلا أنها قد تشددت في تطبيق السرية المطلقة، ولعل هذا ما أدى بالفقه إلى البحث عن أساس جديد لهذا الالتزام عن طريق التوفيق بين النظريتين السابقتين وهذا ما سنتناوله في الفرع الثالث

الفرع الثالث: النظرية التوفيقية

نظرا للانتقادات التي وجهت إلى النظريات السابقة اتجه جانب من الفقه إلى تأسيس السر المصرفي على أساس توفيقي بين نظريتي العقد والنظام العام، وذلك عن طريق المحافظة على فكرة العقد التي يترتب عنها نسبية السر المصرفي وربطها بنظرية النظام العام، لذلك سوف نقوم بعرض النظرية.

1-أولا: مضمون النظرية التوفيقية

إن نظرية النظام العام التي تؤسس السر المصرفي على المصلحة الاجتماعية العامة تجعل من الثقة الهدف الأساسي الذي قصده المشرع من وراء تجريم فعل الإفشاء. إلا أن إضفاء الصفة المطلقة على السر المصرفي ينتج عنه أحياناً تنازع بينه وبين مصالح اجتماعية أخرى على اعتبار أن المصالح تختلف من حيث قيمتها وأهميتها [1]، فإذا كانت حماية القانون للالتزام بالسر المصرفي تستند إلى مصلحة اعترف بها القانون فانه إذا وجدت مصلحة أعلى منها، توجب الإفشاء، ويعترف بها القانون أيضا فيكون من الأولى هنا الإفشاء تحقيقا لهذه المصلحة العليا، ويعتبر ذلك سبباً من أسباب الإباحة يضفي على هذا الفعل صفة المشروعية،فاعتبار السر المصرفي سرا مطلقاً يتعارض مع إمكانية رفعه في

1 – الدكتور/سعيد عبد اللطيف حسن: المرجع السابق، ص 158

الحالات التي يتطلبها القانون [1]. لهذا الغرض تقضي هذه النظرية بوجود عقد غير مسمى بين المصرف والزبون مع إثبات تعلقه بالنظام العام كسائر العقود الواردة في القانون المدني، إلا أن المشرع رأى ضرورة حاجة المجتمع لحماية هذا العقد وما قد يترتب من أضرار عن خرق الالتزامات الناشئة عنه كإهدار الثقة التي يوليها أفراد المجتمع في المصارف، فوسيلة المشرع في ذلك هي العقوبة الجنائية عند مخالفة هذا الالتزام. بالإضافة إلى العقوبة المدنية والجزاء الجنائي[2]، وبناءاً على ذلك فإن الالتزام بالسر المصرفي يرتكز على عقد يعاقب القانون الجنائي على مخالفته بسبب طبيعته النسبية والمتعلقة بالنظام العام، إلا أن هذا الالتزام قد يزول أمام مصلحة اجتماعية أعلى منه[3]، وإذا لم يوجد نص قانوني لحل هذا التنازع فإن ذلك يترك للمحاكم[4]، فإذا اكتشف المصرف أن أموال زبونه مشبوه فيها أو أنها من مصدر غير مشروع فهل يتستر على هذه الحقيقة بحجة السر المصرفي الذي يلتزم به؟

إن أنصار السر المطلق يرون ضرورة الالتزام بسر المهنة مع التضحية بكل ما يترتب على ذلك من أخطار، إلا أن هناك من الضرورات الاجتماعية ما يستوجب الإفشاء تجنبا لهذه الأخطار، لهذا لجأت معظم التشريعات المقارنة إلى إدخال مجموعة من الاستثناءات على هذا الالتزام [5]، ومن هنا يكون النظام العام النسبي هو الأساس الحقيقي للسر المصرفي، وبذلك تكون المصلحة العامة هي أساس الالتزام بهذا السر في النهاية

1 – الدكتور/محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص 55

2 – الدكتور/سعيد عبد اللطيف حسن: المرجع السابق، ص 158

3 – بوزونون سعيدة: المرجع السابق، ص 17

4 –الدكتور أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص 98. يقول الفقيه (Charmantier) في تحدثه عن النظام العام النسبي إذا أخذنا المصلحة العامة في الاعتبار كأساس للسر المهني، فانه يجب الحد من هذه المصلحة خلال الممارسة العملية.

5 – المادة 117 من قانون النقد والقرض الجزائري، والمادة 33/511 من قانون النقد والمالية الفرنسي.

طالما أنها هي المبرر الوحيد للخروج عنه، كما أن للعميل مصلحة حقيقية في إبقاء أمره سرا فيجب أن يدور هذا الالتزام مع مصلحته وجوداً أو عدما [1]

فالراي السائد إذن هو تأسيس التزام المصارف بالمحافظة على أسرار زبائنها على العقد والقانون، فإذا أبرم العميل عقداً مع المصرف وأفضى له بسره فهنا ينشأ الالتزام بحفظ السر من العقد، أما إذا لم يكن بينهما عقد كأن يكون العميل ناقص الأهلية أو عديمها، فإن الالتزام هنا ينشأ من مبدأ احترام الحياة الخاصة للفرد والتقيد به الذي يعد من النظام العام، وقد سبق للقضاء الفرنسي أن أيد هذه النظرية وأكد في أحكامه على نسبية السر المصرفي، من ذلك الحكم الصادر عن محكمة (Douai) في 1931/10/26 والذي جاء فيه ما يلي:"...إذا كان من المحضور على المهني أن يتخذ المبادرة بالإفشاء لما يكون قد عرفه أثناء مباشرة مهنته فانه لن يحرم من حقه في الدفاع عن نفسه، فضمان حقوق الدفاع والموازنة بين ما يصلح أن تنظر فيه المحكمة يقود إلى الترخيص بإفشاء الواقعة من المهني المدعى عليه أمام . العدالة من أجل خطأ مهني..." [2].

ثانيا: نتائج النظرية التوفيقية

يترتب على الأخذ بنظرية النظام العام النسبي نتائج أقل شدة من تلك التي ترتبت عن نظرية النظام العام المطلق.

1-رفع السر المصرفي بأمر القانون:

من أهم النتائج التي تترتب على اعتبار النظام العام النسبي أساسا للالتزام بالسر المصرفي هي إمكانية رفع هذا السر بأمر القانون نتيجة للموازنة بين المصالح، فكلما وجد

1 – الدكتور/أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص 99، يرى الفقيه جارسون في هذا الصدد بأن عيب النظريات السابقة هو إرادتها لإخضاع لمبدأ واحد أسرار مهن مختلفة في طبيعتها وخصائصها، فليس هناك أسباب واحدة تبرر سرية كل هذه المهن فالمصلحة الاجتماعية موجودة كأساس لكل منها لكن منها، لكن بينما نجد المصلحة الخاصة واضحة في بعضها فإنها تختفي في البعض الآخر.

2 –الدكتور/ سعيد عبد اللطيف حسن: المرجع السابق، ص 170–171، وقد أيد الفقيه (Charmantier) هذه النظرية باعتبارها الفكرة المقبولة من الناحية الاجتماعية والقانونية لأنها تستجيب لمقتضيات العدالة، وتسمح بالوصول إلى الحقيقة والإبلاغ عن الجرائم.

تنازع بين مصالح ترجح إحداها وتعتبر هي الأجدر بالحماية يتدخل القانون لتقرير رفع السرية، فقد تواجه مصلحة الزبون أحيانا مصلحة أكبر هي المصلحة العامة للمجتمع وأمام هذه الوضعية فضل المشرع تغليب الصالح العام على المصلحة الخاصة للزبون، ومن جهة أخرى قد يحدث تنازع بين المصالح الاجتماعية المختلفة وعند الموازنة بينها نجد أنها تسمو على بعضها البعض مما يستدعي ترجيح المصلحة الأجدر بالحماية[1]،و بهذا تكون قاعدة السرية المصرفية ليست مطلقة بل تعرف العديد من الاستثناءات التي أجازتها معظم التشريعات، وأباحت فيها الكشف عن المعلومات الخاصة بالعملاء وإن كانت ذات طابع . سري لضرورة المصلحة العامة والنظام العام[2]

2-جواز إفشاء السر بإرادة العميل:

إذا كانت للعميل مصلحة حقيقية في إفشاء السر ورغب في إعفاء المصرف منه يجب احترام هذه الرغبة لأن العميل إذا كان يستطيع إفشاء سره بنفسه فيجوز له التصريح بذلك للمصرف من باب أولى[3]، ويستوي في ذلك أن يكون القبول صريحا أو ضمنيا غير أنه أذا لم يقبل العميل بالإفشاء فإن ذلك يشكل جريمة في حق المصرف[4].

ثالثا: موقف المشرع الجزائري من النظريات السابقة

لقد جرم المشرع الجزائري إفشاء السر المصرفي في المادة 301 من قانون العقوبات التي تعادل المادة 226-13 حرفيا من قانون العقوبات الفرنسي، وقد جاء فيها ما يلي:"يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر، وبغرامة مالية من 20.000 إلى 100.000 دج الأطباء، والجراحون، والصيادلة، والقابلات، وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع

1 – الدكتو/رمحمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص 55. يعتبر الإفشاء في هذه الحالة سبب من أسباب الإباحة بحيث يضفي على هذا الفعل صفة المشروعية، فلا تقوم مسؤولية المصرف في هذه الحالة طالما أن الإفشاء استهدف تحقيق مصلحة عليا أجدر بالحماية.

2 – الدكتور/عبد القادر العطير: المرجع السابق، ص 31

3 – الدكتور/أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص 99

4 – الدكتور/سعيد عبد اللطيف حسن: المرجع السابق، ص 170

أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلي بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم القانون إفشاءها ويصرح لهم بذلك".

يرى بعض الفقه الجزائري أن المشرع أخذ بفكرة النظام العام النسبي الأكثر ترجيحا حسبما ورد في هذه المادة، وغنى عن القول أن نصوص قانون العقوبات هي من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، بمعنى لا يجوز إضافة حالات جديدة لإفشاء السر لم يتضمنها القانون الجنائي، وبهذا لم يأخذ بالنظرية العقدية فالنص جاء خالياً من عبارة "المودع لديه" التي تضمنتها المادة 378 من قانون العقوبات الفرنسي لسنة 1810 بل اكتفى المشرع الجزائري بذكر عبارة "...جميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة...."، كما أن هذه المادة أكدت على الصفة النسبية للسر المهني بقولها:"....وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم القانون إفشاءها أو يصرح لهم بذلك" إن هذه العبارة تبرز أن السر المصرفي يجوز إفشاؤه بأمر من القانون تحقيقا للمصلحة العامة، ولقد أورد المشرع في المادة 117 من قانون النقد والقرض مجموعة من الاستثناءات التي لا يحتج فيها بالسر المصرفي اتجاه بعض الهيئات والسلطات وهي :

-السلطات العمومية المخولة بتعيين القائمين بإدارة المصارف والمؤسسات المالية.

-السلطات القضائية التي تعمل في أطار إجراء جزائي.

-السلطات العمومية الملزمة بتبليغ المعلومات إلى المؤسسات الدولية المؤهلة لا سيما في أطار محاربة الرشوة وتبييض الأموال وتمويل الإرهاب.

-اللجنة المصرفية أو مصرف الجزائر الذي يعمل لحساب هذه الأخيرة.

ولهذا إن الالتزام بالسر المصرفي يحمي المصالح العمومية فهو من جهة يعزز ثقة الزبون بالمصرف الذي يتعامل معه، وبهذا تتحقق مصلحة الزبون في إبقاء أموره سرية كما تتحقق مصلحة المجتمع من جهة أخرى إذ تسود الثقة والأمان لدى أفراده اتجاه هؤلاء المهنيين.إضافة لهذا يهدف هذا الالتزام إلى الحفاظ على استقرار المعاملات المالية و

التجارية [1]، وهكذا يظهر لنا أن المصلحة الاجتماعية هي أساس الالتزام بالسر المصرفي لكنه ليس سرا مطلقا بل نسبي يقوم على نظام عام نسبي، ويزول كلما استدعت المصلحة العامة ذلك لكن إلى أي مدى يمكن أن يصل هذا الالتزام؟

المطلب الثاني: نطاق تطبيق السر المصرفي

إن الإلمام بمجال السر المصرفي يقتضي منا أن نحدد أطراف العلاقة في الالتزام بواجب الكتمان والمتمثل في المجال الشخصي للسر موازاة مع المجال الموضوعي.وعليه فإن علاقة السر تشتمل على طرفين وهما المصرف والزبون، نظرا لخصوصية وطبيعة التعامل فيما بينهما يقتضي منا الأمر دراسة هذا المطلب في فرعين، الفرع الأول نتناول فيه الأشخاص الخاضعة لواجب الكتمان في المصارف والمؤسسات المالية في التشريع الجزائري مع إثراء ذلك بالتشريع المقارن [2].

ثم يليه دراسة موضوع السر المصرفي في الفرع الثاني من معلومات ووقائع مع التأكيد على الشروط الواجب توفرها حتى تكون هذه الأخيرة مشمولة بالسر وخصوصية أنظمة السرية المصرفية في اعتمادها على ميكانزمات خاصة لتكريس السرية كالحسابات الرقمية في الفرع الثالث.

الفرع الاول: المجال الذاتي للسر المصرفي

أطراف العلاقة في الالتزام بالسر المصرفي تتمثل في المصرف والزبون، ولاستساغة المسألة أكثر يتوجب علينا تحديد بعض المفاهيم كالتفرقة ما بين المصرف والمؤسسة المالية من ناحية مضمون العمليات التي تستطيع كل منهما القيام بها وفقا للمشرع الجزائري، وعليه فان النظام المصرفي الجزائري مبني على هيكلين للمؤسسات المصرفية وهي المؤسسات المالية التي يمكنها ممارسة كل العمليات المصرفية دون عمليتي تلقي الأموال من العموم ووضع وسائل الدفع تحت تصرف الجمهور، والمصرف الذي يمكنه القيام بكافة العمليات المصرفية دون استثناء بما فيها تلقي الأموال من العموم.

1 – الدكتور/محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص 29–30

2 – بوساعة ليلى المرجع السابق، اص: 53.

ومنه تكون كل المصارف مؤسسات مالية وليست كل المؤسسات المالية مصارف [1].

كما أن هذا المجال الذاتي استلهم أساسا من فحوى الفقرة الأولى من المادة 117 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض على هذه الشاكلة.

أولا: اعضاء مجلس الإدارة

لقد تضمنت الفقرة الأولى من المادة 117 من الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003 بعض الأحكام المتعلقة بالسر المصرفي نوجزها فيما يلي:

"يخضع للسر المهني تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات:

-كل عضو في مجلس الإدارة وكل محافظ حسابات وكل شخص يشارك أو شارك بأية طريقة كانت في تسيير مصرف أو مؤسسة مالية أو كان أحد مستخدميها.

-كل شخص يشارك أو شارك في رقابة المصارف والمؤسسات المالية وفقا للشروط المنصوص عليها في هذا الكتاب [2].

يفهم من هذه المادة أنها قد عددت الأشخاص الخاضعين للسر المصرفي، ونفضل استعمال الأشخاص الملزمون بالسر المصرفي بدلا من أطراف السر وذلك موازاة ووفقا لما ورد في المادة المذكورة أعلاه من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض،و هذا التعداد جاء على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر .

كما أننا نجد من خلال نظام الموظفين المطبق على مستوى مصرف الجزائر من خلال الفقرة السادسة من المادة 13 منه على أن كل عون في المصرف يلتزم خصوصا باحترام السر المصرفي. إضافة إلى القواعد المقررة والسارية المفعول في مادة السر المصرفي، يلتزم أعوان المصرف بواجب الكتمان المهني فيما يتعلق بالوقائع والمعلومات التي علموا بها أثناء أو بمناسبة تأدية مهامهم.

1 – الدكتور/مولود ديدان، أبحاث في الإصلاح المالي، 2010، دار بلقيس الجزائر، ص 146

2 – الدكتور/ أحمد بلودنين، الوجيز في القانون البنكي الجزائري.2009.دار بلقيس .الجزائر، ص 76

في غير الحالات المقررة بموجب الأحكام التشريعية والتنظيمية السارية المفعول أو المرخص بها من قبل محافظ مصرف، يمنع من تقديم أية وثيقة عمل أو جزء منها وكل معلومة للغير.

يلزم أعوان مصرف الجزائر الذين ينتمون للهياكل المكلفة بالأمن ورقابة أو صنع العلامات النقدية وملفات الأمن بحكم علمهم بالملفات أو قضايا أو تحليلات من طبيعة سرية بالسر المصرفي في جميع الحالات تركهم للمصرف لأي سبب كان [1].

ذلك أن الالتزام بالكتمان يستوجب احترامه من قبل دائرة الأمناء غير محصورين خاصة إذا ما تأسس هذا الأخير في الإعتداء على الحياة الخاصة [2].

كما أن مجال تطبيق الالتزام بالسر المصرفي طبقا للمادة المذكورة أعلاه يتمثل في المصارف والمؤسسات المالية حسب التشريع الجزائري.

ما دام أن مجال دراستنا ينصب على المصارف ومؤسسات القرض دون المؤسسات المالية الأخرى، في حين أن المشرع الجزائري قد ألزم المصارف والمؤسسات المالية بالسر المصرفي.

أما المشرع الفرنسي قد ألزم مؤسسات القرض بالسر المصرفي لكل عضو في مجلس إدارة أو مجلس رقابة حسب الحالة، كل شخص بأي صفة كانت شارك في إدارة وتسيير لمؤسسة القرض أو موظفيها.

بصفة عامة، السر المصرفي للمصرفي يبدو على أنه إلتزام مفروض على مؤسسة القرض،حيث أن هذه الأخيرة لا يجوز لها أن تعلم الغير بأية معلومة من طبيعة سرية والتي اطلعت عليها أو إكتشفتها وأنها تخص الزبون أم الغير [3].

1 –المادة 14 من نظام موظفين مصرف الجزائر الحامل رقم 226 سنة 93

2 – الدكتور/مولود ديدان، المرجع السابق، ص: 147.

3 – بوساعة ليلى، المرجع السابق، ص: 55.

كما أن المشرع الجزائري ذكر أعضاء مجلس الإدارة ولم يحدد سواء تعلق الأمر بالمصرف المركزي أم المصارف التجارية في هذه المادة، ذلك أنه قد خص أعضاء مجلس إدارة المصرف المركزي بالإلتزام بالسر المصرفي من خلال المادة 25 من نفس الأمر، على خلاف المشرع الفرنسي الذي وظف مصطلح "حسب الحالات" في المادة 57 من قانون المصارف الفرنسي فيما يخص فئة أعضاء مجلس الإدارة على عكس التشريع الجزائري الذي جاء شاملا وقد سبق تبرير ذلك سابقا.

وقد حرص المشرع الجزائري في التشديد على هذا الإلتزام بالنسبة لهذه الفئة خصوصا نظرا لأهمية المهام المنوط بها سواء في المجال الرقابي أو التسيير والإدارة، اضافة إلى إخضاع المستخدمين من طرف هذه الأخيرة لنفس الإلتزام، لذلك ارتأينا تقسيم أعضاء مجلس الإدارة بالنسبة للمصرف المركزي من جهة ثم المصارف التجارية من جهة أخرى.

1-مجلس إدارة المصرف المركزي:

المادة 9 من الأمر رقم 03-11 تنص على أن "مصرف الجزائر مؤسسة وطنية تتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي ويعد تاجرا في علاقاته مع الغير ويحكمه التشريع التجاري ما لم يخالف ذلك أحكام هذا الأمر [1].

ويتبع قواعد المحاسبة التجارية ولا يخضع لإجراءات المحاسبة العمومية ورقابة مجلس المحاسبة ".

نشير في هذا الصدد إلى أن مجلس الإدارة أنشئ بموجب الأمر 01/01 المؤرخ في 2001/02/27 المعدل والمتمم للقانون 10/90 المتعلق بالنقد والقرض،حيث أنه سابقا وحسب قانون 10/90 كانت الوظيفة النقدية والإدارية تمارس من طرف مجلس النقد والقرض، ثم عدل وأصبحت الوظيفة النقدية تمارس من طرف مجلس النقد والقرض، ثم عدل وأصبحت الوظيفة الإدارية من إختصاص مجلس الإدارة.

1 – بوساعة ليلى: المرجع السابق، ص: 56.

يعتبر مجلس الإدارة ثاني هيئة مكونة لمصرف الجزائر، خصه المشرع بنظام قانوني خاص،من حيث تشكيلته وطريقة تسييره[1].

كما أن المشرع لم يحدد الشكل التجاري له ومدى إمكانية اعتباره شركة تجارية مساهمة وفي هذا الشأن ما يستنتج من نص المادة المذكورة أنفا، فقد فضل استعمال مصطلح المؤسسة الوطنية المستقلة وهو مصطلح غريب عن القانون التجاري ويقترب بكيفية واضحة من مصطلحات القانون العام[2].

أذا أخذنا بعين الاعتبار الطابع الوطني لها نجدها رمز لسيادة الدولة تحتكر عملية إصدار العملة الوطنية وهو ما يعني تبعيتها للجهاز التنفيذي[3].

وعليه فإن تشكيلة مجلس الإدارة تتكون من: المحافظ رئيسا،نواب المحافظ الثلاثة، ثلاثة موظفين ذوي أعلى درجة معينين بموجب مرسوم رئاسي، بحكم كفاءتهم في المجالين الاقتصادي والمالي، ثلاثة أعضاء مستخلفين، يستخلفون الأعضاء الثلاثة الدائمون في حالة غيابهم أو شغور وظائفهم حسب الشروط نفسها..."

وتتمثل القواعد القانونية المشتقة من القانون العام في كيفية تعيين محافظ المصرف ونوابه أين يتم تعيينهم بموجب مرسوم رئاسي يختارون من بين الشخصيات ذات الكفاءة في المجالين النقدي والمالي.

والمشرع الجزائري قد خص أعضاء مجلس الإدارة بعدم إفشاء السر المصرفي لمعلومات أو وقائع تحصلوا عليها أثناء عهدتهم طبقا لما ورد في المادة 25 من الأمر المذكور أعلاه: "لا يجوز لأعضاء مجلس الإدارة أن يفشوا بصفة مباشرة أو غير مباشرة وقائع أو معلومات اطلعوا عليها في إطار عهدتهم، وذلك دون المساس بالالتزامات

1 – الدكتور /أحمد بلودنين: المرجع السابق، ص 26

2 – عجة الجيلالي: الأصلاحات المصرفية في القانون الجزائري في أطارالتسيير الصارم لشؤون النقد والمال، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الأقتصادية والسياسية، عدد 02، 2009، ص 91.

3 – المرجع نفسه، ص 114

المفروضة عليهم بموجب القانون، وما عدا الحالات التي يدعون فيها للإدلاء بشهادة في دعوى جزائية.

يلزم بنفس الواجب كل شخص يلجأ إليه مجلس الإدارة في سبيل تأدية مهامه" من خلال قرأتنا لفحوى المادة نجد أن المشرع الجزائري لم يفصل في الأمر إذا كان يتعلق بالسر المصرفي أم واجب الكتمان المتعلق بالوظائف السامية كون أن أعضاء مجلس الإدارة في المصرف المركزي يتواجدون في أعلى قمة الهرم، ومن الملاحظ أيضا أن المشرع في هذه المادة قد أخضع واجب السر المصرفي لكل أعضاء مجلس الإدارة بما فيها المحافظ ونوابه، إذ شملهم بنفس الحكم.

كما أن المشرع الفرنسي قد أخضع موظفي مصرف فرنسا بموجب المعلومات التي يتم تبادلها لواجب السر المصرفي تحت طائلة العقوبات المقررة في المادة 226 فقرة 13 من قانون العقوبات،كما أشارت التشريعات الفرنسية السويسرية بصفة مماثلة لأعضاء هيئات الإدارة أو الرقابة على حد سواء .

وبموجب المادة 511 فقرة 33 من القانون النقدي والمالي الفرنسي التي تنص:"كل عضو في مجلس الإدارة أو حسب الحالة مجلس الرقابة وكل شخص بأي صفة كان يشارك في إدارة أو تسيير مؤسسة القرض".

إضافة فإن أعضاء مجلس الإدارة ملزمة بإحترام واجب الكتمان بناءا على المادة 37/225 فقرة 5 من القانون التجاري إزاء المعلومات ذات الطابع السري [1].

أما القانون السويسري فالمادة 47 من القانون الفيدرالي السويسري المتعلق بالمصارف وصناديق التوفير فقد خص السر المصرفي كل الأشخاص التي تمارس نشاط ذو درجة أعلى مقارنة بالموظف سواء إنفراديا أم ضمن مجموعة.

بالنسبة للتشريع السويسري وحسب المادة 1 الفقرة 5 من قانون المصارف السويسري فإن أعضاء السلطات، موظفي وعمال المصرف الوطني السويسري ملزمون بالمحافظة

1 – بوساعة ليلى: مرجع سابق، ص: 56.

على السر المطلق لعلاقات أعمال المصرف مع زبائنه والتدابير والأحكام السرية بحسب طبيعتها.

ويستمر إلتزامهم بالسر هذا حتى وبعد إنتهاء مهامهم في المصرف المركزي [1].

فالمشرع الجزائري وسع من دائرة السر ولم يكتفي بأعضاء مجلس الإدارة فقط، ليشمل كل شخص قد يلجأ إليه هذا الأخير بغرض ممارسة مهامه، وهو ما ينوه إلى إرادة المشرع في الإحاطة التامة للسر في أعلى قمة الهرم وتوليته الأهمية التي يستحقها وما قد يترتب عنه من عواقب وخيمة عند الإخلال به.

وتشكيلة مجلس إدارة المصرف المركزي بالنسبة للتشريع المصرفي الجزائري تمثلت في:

ا-المحافظ ونوابه:

لم يعرف المشرع الجزائري المحافظ وإنما أشار إليه في المادة 16 فقرة الأولى من الأمر 03**/11** بأنه يتولى ادارة شؤون مصرف الجزائر.

كما أنه في نفس السياق ووفقا للمادة 15 من نفس الأمر فإنه لا يجوز للمحافظ ونواب المحافظ، خلال مدة سنتين بعد نهاية عهدتهم أن يسيروا أو يعملوا في مؤسسة خاضعة لسلطة أو مراقبة مصرف الجزائر أو شركة تسيطر عليها مثل المؤسسة، ولا أن يعملوا كوكلاء أو مستشارين لمثل هذه المؤسسات أو الشركات".

وعليه المادة المذكورة أعلاه تشير إلى عدم إمكانية تولي المهام في المجال المالي والمصرفي، وذلك مباشرة بعد نهاية عهدتهم حتى لا تستخدم المعلومات المستقاة أثناء العهدة وتوظيفها بما قد يؤدي في هذه الحالة إلى الاعتداء على السر المصرفي. من خلال ما تم ذكره، يتضح لنا بأن المشرع الجزائري حاول إعطاء المحافظ ونوابه مركزا قانونيا

1 – Maurice AUBERT Jean-Philippe Kernen Herbert SCHONLE ,le secret bancaire suisse , 1982, édition Staempfi &Cie SA Berne, p65.

خاصا، يجعلهم بعيدين عن كل التأثيرات سواء الداخلية منها أو الخارجية،مما يضمن لهم نوع من . الاستقلالية عند أدائهم لمختلف مهامهم [1].

وقد يرمي المشرع من وراء ذلك عدم المخاطرة بالكشف على هذه المعلومات المحمية بالسر المصرفي نظرا لفعاليتها طوال المدة المحددة بسنتين بعد انتهاء المهام وإبقائها طي الكتمان، وقد يبرر ذلك بحساسية المهام الموكلة لهذه الفئة.

كما أن لمركز محافظ المصرف الجزائر مركز مهم ضمن التنظيم القانوني المتعلق بعدة جوانب فيعتبر على سبيل المثال أحد أعضاء المجلس الوطني للاستثمار بحكم المنصب [2].

نفس الأمر ينطبق على نواب المحافظ من ناحية التشديد في الالتزام بالسر المصرفي، مما تدفعنا مسألة حساسية هذه المهام إلى اعتبار أن المحافظ ونوابه يعدون من الموظفين الساميين في الإدارة مما يجعلهم يخضعون إلى واجب الكتمان إضافة إلى السر المصرفي.

ذلك أن المادة 78 من الدستور الجزائري تنص على أنه يعين رئيس الجمهورية في الوظائف والمهام الآتية: .... محافظ مصرف الجزائر

ب-أعضاء مجلس النقد والقرض:

تركيبة مجلس النقد والقرض والذي يتشكل من ستة أعضاء ثلاثة منهم يمثلون المصرف وثلاثة أخرون يعينهم رئيس الحكومة وتركيبة هذا المجلس تتشابه مع تركيبة اللجان المتساوية الأعضاء المألوفة في قانون الوظيفة العمومية والذي هو جزء لا يتجزأ من القانون العام [3]. كما أن المشرع الجزائري أخضع أعضاء مجلس النقد والقرض لنفس التزامات أعضاء مجلس الإدارة فيما يخص الالتزام بالسر المصرفي [4].

1 – الدكتور/ أحمد بلودنين: المرجع السابق، ص 23

2 – الدكتور/ مولود ديدان: مرجع السابق، ص 160

3 – عجة الجيلالي: مرجع السابق، ص 92

4 – الدكتور/ أحمد بلودنين: المرجع السابق، ص 32

على أنه يلزم أعضاء المجلس بالواجبات المنصوص عليها في المادة 61 من الأمر 03-11 المادة 25 أعلاه، كما يلزم بها كل شخص يمكن أن يلجأ إليه المجلس لأي سبب كان

2-مجلس إدارة المصارف والمؤسسات المالية:

حسب المادة 83 من الأمر 11/03 المتعلق بالنقد والقرض تنص على أنه يجب أن تؤسس المصارف والمؤسسات المالية الخاضعة للقانون الجزائري في شكل شركات مساهمة، ويدرس المجلس جدوى اتخاذ مصرف أو مؤسسة مالية شكل تعاضدية.

ويمكن الترخيص بالمساهمات الأجنبية في المصارف أو المؤسسات المالية التي يحكمها القانون الجزائري".

وحسب المادة 610 من القانون التجاري فإن أعضاء مجلس الإدارة هم الذين يتولون إدارة شركة المساهمة علما أن المصارف والمؤسسات المالية تؤسس وفقا لهذا الشكل مثلما تقتضيه المادة 83 من قانون النقد والقرض [1].

وعليه فالمصارف تأخذ شكل شركات مساهمة وفقا للتشريع التجاري ويتعين على القائمين بالإدارة ومجموع الأشخاص المدعوين لحضور اجتماعات مجلس الإدارة كتم المعلومات ذات الطابع السري أو التي تعتبر كذلك [2].

وتشكيلة هذه الأخيرة تمثلت في:

ا-مسير مصرف أو مؤسسة مالية

بالرجوع إلى المادة 104 من الأمر 03.11 التي عرفت المسيرون بأنهم المؤسسون وأعضاء مجلس الإدارة والممثلون والأشخاص المخولة لهم سلطة التوقيع [3].

مسير المصرف وهو الذي له صلاحيات تسيير المصرف والمخولة له من قبل هياكلها الشرعية [4].

1 – سيدهم عمر: مذكرة نهاية التكوين بالمدرسة العليا للصيرفة، دفعة السادسة، 2007، ص 10

2 – الدكتور/ عمارعمورة، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، 2009، دار المعرفة، الجزائر، ص 264

3 – المادة 104 من الأمر 03-11

4 – سيدهم عمر: المرجع السابق،ص 10

وقد عرفت الفقرة الثانية من المادة 104 من الأمر 03-11 المسيرون بأنهم المؤسسون وأعضاء مجلس الإدارة والممثلون والأشخاص المخولة لهم سلطة التوقيع.

كما ورد تعريف المسير المصرفي في المادة 02 هو كل شخص طبيعي له دور مسير كالمدير العام أو أي إطار مسؤول يتمتع بسلطة إتخاذ بإسم المؤسسة إلتزامات تصل إلى صرف الأموال أو المجازفة أو الأوامر بالصرف نحو الخارج [1].

وتضمنت المادة 80 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض الشروط الواجب توفرها في مؤسسي ومسيري المصرف أو المؤسسة المالية:

"لا يجوز لأي كان أن يكون مؤسسا لمصرف أو مؤسسة مالية أو عضوا في مجلس إدارتها وأن يتولى مباشرة أو بواسطة شخص أخر، إدارة مصرف أو مؤسسة مالية أو تسييرها أو تمثيلها،بأية صفة كانت أو أن يخول حق التوقيع عنها، وذلك دون الإخلال بالشروط التي يحددها المجلس عن طريق الأنظمة، لعمال تأطير هذه المؤسسات :

إذا حكم عليه بسبب ما يأتي ...كل مخالفة مرتبطة بالمتاجرة بالمخدرات وتبييض الأموال والإرهاب ..."

وهذا ما ورد في النظام رقم 05/92 المؤرخ في 1992/02/23 المتعلق بالشروط الواجب توافرها في مؤسسي وممثلي المصارف والمؤسسات المالية، حيث إشترط المشرع الشرط الأخلاقي كأساس لإنشاء المصارف.

يتضح لنا أنه ونظرا لخصوصية المهنة المصرفية،والتي تقوم على أساس ضمان الثقة والإئتمان مع الزبائن،فإن المشرع أكد على الإعتبار الشخصي كضرورة لإنشاء المصارف والمؤسسات المالية[2].

1 – المادة 2 من النظام 05/92 الصادر في 1992/03/22 المتعلق بالشروط التي يجب أن تتوفر في مؤسسي ومسييري وممثلي المصارف والمؤسسات المالية

2 – الدكتور/أحمد بلودنين، المرجع السابق، ص 43

ولبلوغ هذه الغاية،على مؤسسي ومسيري المصرف والمؤسسة المالية أن تلتزم بواجب كتمان السر لتأدية مهامها الوظيفية .

مع الإشارة إلى أن مهام الإدارة والإشراف على المصارف والمؤسسات المالية يستوجب تطبيق الجزاء الجزائي عند الإخلال به، وهذا ما أشار إليه التشريع الفرنسي، حيث تم إقرار السر المصرفي على المصارف صراحة، وأين إفشاؤه يشكل عقوبة جزائية وفقا ما ورد في نص المادة 57 منه.

" كل عضو في مجلس الإدارة، وحسب الحالة، أو مجلس الرقابة وكل شخص بأية صفة كانت يشارك في إدارة وتسيير مؤسسة القرض أو أنه عين من قبلها، ملزم بالسر المصرفي ضمن الشروط وتحت طائلة العقوبات المقررة في المادة 571 الفقرة 04، في غير الحالات التي يرخص لهم القانون ذلك، فإن السر المصرفي لا يحتج به في مواجهة اللجنة المصرفية، أو مصرف فرنسا أو السلطة القضائية في إطار متابعة جزائية"[1].

ب-الموظفين المصرفيين وغيرهم:

في القانون المصرفي الفرنسي، نجد أن المادة المذكورة أعلاه تنص على إلزامية السر المصرفي لكل المهنيين في النظام المصرفي، وكل من يخالف ذلك تسلط عليه العقوبات المنصوص عليها في المادة 378 قانون العقوبات الفرنسي.

إذ تشمل تلك العقوبات كل من يفشي السر المصرفي من العاملين في الحقل المصرفي سواء كانوا أعضاء مجلس إدارة أو مديرين أو مسيرين في المصارف أو في مؤسسات القرض بصفة عامة[2].

بموجب هذه المادة، يتضح اهتمام المشرع الفرنسي جليا بفكرة السر المصرفي بالنسبة للعاملين في الوسط المصرفي وتخصيص جزاءات في حالة الإفشاء.

1 – بوساعة ليلى، المرجع السابق، ص: 57.

2 – الدكتور/محفوظ لعشب: الوجيز في القانون المصرفي الجزائري، 2004، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 75

وهذا ما يلاحظ في التشريع الجزائري من خلال الأمر 03-11 في فحوى المادة 117، لم يكتفي المشرع بإلزام مديري ومسيري المصرف وإنما أخضع جميع المستخدمين لهذا الإلتزام غير أنه لم يحدد هذه الفئة وهذا ما يظهر من الصيغة المستعملة "أو كان أحد مستخدميها"، حيث اعتبر أن واجب السر مفروض على كل المهنيين باختلاف وظائفهم وبأي طريقة كانت لمعلومات قد تحصلوا عليها بخصوص زبائنهم والمشمولة بالسر.

وفي الأخير نخلص إلى القول بأن هذا الإلتزام يخضع له جميع موظفي المصرف بكافة مستوياتهم كبرت أم قلت، بمعنى أن يلزم بهذا الإلتزام بدءا من رئيس مجلس إدارة المصرف وإنتهاء بأصغر موظف في المصرف [1].

إلا أن كثيرا من المؤلفين يعتبرون أن الأشخاص الذين يمارسون مهام مصرفية محضة لا تنطبق عليهم قاعدة السرية ويتعلق الأمر بحراس الأمن،التقنيون،الأشخاص الذين يتولون الرقن على الألة الراقنة وعمال النظافة .

غير أنه خلافا لما سبقت الإشارة إليه، ففي سويسرا أدين حارس ليلي بتهمة إفشاء السر المصرفي كونه قام بالإحتفاظ بوثائق مصرفية تتعلق بالفترة النازية علما أن هذه الوثائق كانت موجهة للتخريب[2].

بالنتيجة واجب الكتمان يقع على جميع الإطارات درجة، العاملين والمتربصين سواء داخل مصرف مقر،وكالة، فرع، شركة بنت أو مكتب تمثيل دون التمييز في وظائفهم بما فيهم أعوان النظافة[3].

كما أن واجب الكتمان يقع إلا على المصرفي وليس على الأشخاص الذين يقومون بصفة عرضية بأعمال في المصرف،غير أن هذا الواجب لا يخضع له المصرفي فقط أي الذي يتولى إدارة وتسيير المصرف وإنما أيضا المستخدمين الذين يقومون غالبا بخرق قاعدة السرية[4].

1 – دكتورة/ سميحة القليوبي: المرجع السابق، ص 224

2 – سيدهم عمر: المرجع السابق، ص 11

3 – Thierry SAMIN : opcit,p10

4 – Anne TEISSIER :opcit,p69

كما أنه في التشريع السويسري فقد أشار بصفة حصرية في المادة 47 من قانون المصارف السويسري الأشخاص الخاضعين للسر المصرفي فقد ميز ما بين أعضاء الجهاز والموظفين حيث أن يقصد بأعضاء الجهاز كل الأشخاص التي تمارس نشاط مصرفي في درجة أعلى مقارنة بالموظفين سواء في مجلس الإدارة أو في مجلس إستشاري أو هيئة إدارة المصرف.

في حين أن الموظفين لدى المصرف يفهم في معناه الواسع لكل شخص يمارس نشاط بما فيهم المتمرنين والمتربصين [1].

والمشرع الجزائري قد سكت عن هذه المسألة، حيث لم نجد نص خاص بهذه الفئة للأشخاص غير الممارسين لوظائف مصرفية إلا أنه من بين الإلتزامات التي حرص عليها المشرع الجزائري بالنسبة للمصرفي مهما كانت درجته سواء كان مسيرا أو مستخدما، الحفاظ على السر المصرفي [2].

كما أنه في التشريع السويسري فقد نصت على إخضاع مصفي مصرف في حالة التسوية أو التصفية القضائية للسر المصرفي، ويبدو هذا منطقيا لأن هذا الأخير يمارس نشاطا أعلى درجة مقارنة بالموظف.

في حين أن المشرع الفرنسي واللكسمبورغي لم ينصا على ذلك صراحة غير أنه من المنطقي أن يخضعناه للسر المصرفي،ما دام يتمتع بسلطات الإدارة، التوجيه وتمثيل مؤسسة القرض، وهو على هذه . الشاكلة يعد كعضو من أعضاء هيئة المصرف [3].

كذلك المشرع الجزائري فقد أشار إلى المصفي دون النص على خضوعه صراحة للسرلكن عندما يرفع السر المصرفي إزاء ه كما هو منصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة 117 من الأمر 03-11، يفهم من ذلك أنه يجب أن يحترم سرية المعلومات التي يتلقاها أثناء تأديته لمهامه في التسيير، فكان من المنطقي أن يلزم بإحترام السر المصرفي

1 – Maurice Aubert Jean-Philippe Kernen Herbert Schonle ,opcit,p67

2 – الدكتور/ أحمد بلودنين: المرجع السابق، ص 76

3 – Gérome lasserre cap de ville ,le secrète bancaire etude de droite compare 2006p.u.a.m ,p 216.

ثانيا: محافظي الحسابات

إستعمل المشرع عدة مصطلحات للدلالة على هذه الهيئة، منها ما ورد في قانون 10/90 تسمية مراجعو الحسابات، ثم أصبح مفوضو الحسابات حسب قانون 01/01، ثم إعتمد المشرع محافظو الحسابات في قانون 11/03.

كما أن التشريع المصرفي الجزائري قد نظم محافظو الحسابات في المواد من 100 إلى 102 من لأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض.

"يجب على كل مصرف أو مؤسسة مالية وعلى كل فرع من فروع المصرف الأجنبي أن يعين محافظين أثنين للحسابات على الأقل.

يتعين على محافظي حسابات المصارف والمؤسسات المالية زيادة على التزاماتهم القانونية القيام بما يأتي [1]:

-أن يعلموا فورا المحافظ بكل مخالفة ترتكبها المؤسسة الخاضعة بمراقبتهم طبقا لهذا الأمر والنصوص التنظيمية المتخذة بموجب أحكامه.

-أن يقدموا لمحافظ مصرف الجزائر تقريرا خاصا حول المراقبة التي قاموا بها، ويجب أن يسلم هذا التقرير للمحافظ في أجل أربعة أشهر إبتداءً من تاريخ قفل كل سنة مالية

-أن يقدموا للجمعية العامة تقريرا خاصا حول منح المؤسسة أية تسهيلات لأحد الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين المذكورين في المادة 104 من هذا الأمر وفيما يخص فروع المصارف والمؤسسات المالية الأجنبية فيقدم هذا التقرير لممثليها في الجزائر.

-أن يرسلوا إلى محافظ مصرف الجزائر نسخة من تقاريرهم الموجهة للجمعية العامة للمؤسسة". كما أن المادة 102 تنص على أنه يخضع محافظو حسابات المصارف والمؤسسات المالية لرقابة اللجنة المصرفية التي يمكنها أن تسلط عليهم العقوبات الأتية دون الإخلال بالملاحقات التأديبية أو الجزائية [2].

1 – دكتورة /سميحة القليوبي: المرجع السابق، ص 226.

2 – المرجع نفسه، ص 230.

1-التوبيخ

2-المنع من مواصلة عمليات مراقبة مصرف ما أو مؤسسة مالية ما

3-المنع من ممارسة مهام محافظي الحسابات لمصرف ما أو مؤسسة مالية ما لمدة 3 ثلاثة سنوات مالية.

لا يمكن منح محافظي الحسابات بصفة مباشرة أو غير مباشرة أي قرض من قبل المصرف أو المؤسسة المالية الخاضعة لمراقبتهم ".

لم نجد أحكام مستقلة للسر المهني فيما يخص محافظي الحسابات مدرجة في الأمر المذكور أعلاه ما عدا المادة 117 منه.

بالمقابل في التشريع التجاري الجزائري نجد المادة 715 مكرر 13 تنص على أنه: "...ويلتزم مندوبو الحسابات باحترام سر المهنة فيما يخص الأفعال والأعمال والمعلومات التي اطلعوا عليها بحكم ممارسة وظائفهم [1].

كما نظم المشرع الجزائري مهنة محافظي الحسابات في القانون رقم 91-08 المؤرخ في 27 أبريل سنة 1991 والمتعلق بمهنة الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد، وقد عرفته فحوى المادة27 من القانون رقم 91-08 محافظ الحسابات بأنه كل شخص يمارس بصفة عادية باسمه الخاص وتحت مسئوليته مهنة الشهادة بصحة وانتظامية حسابات الشركات التجارية بما فيها شركات الأموال وفقا لأحكام القانون التجاري وكذا لدى الجمعيات والتعاضديات الاجتماعية والنقابات [2].

ويلتزم محافظو الحسابات بالسر المصرفي حسب الشروط وتحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في المادة 301 من قانون العقوبات ولا يسمح لهم بإفشاء السر المصرفي إلا في الحالات المنصوص عليها صراحة في القانون [3].

1 – الدكتورة/عمار عمورة: المرجع السابق،ص 282

2 – المرجع نفسه.ص 283

3 – المرجع نفسه، ص 284

يمكن لمحافظي الحسابات في كل وقت أن يطلعوا على السجلات والموازنات والمراسلات والمحاضر وبصفة عامة على كل الوثائق وكل الكتابات التابعة للشركة أو الهيئة دون نقلها، ويمكنهم أن يطلبوا من القائمين بالإدارة والأعوان المأمورين في الشركة أو الهيئة كل التوضيحات والمعلومات وأن يقوموا بكل التفتيشات التي يرونها لازمة طبقا للمادة 35 كما أن المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 11-32 المؤرخ في 27 يناير سنة 2011 والمتعلق بتعيين محافظي الحسابات نصت على أنه" يلزم محافظ الحسابات ومساعدوه بالسر المصرفي عند إطلاعهم على الوثائق وعلى وضعية الكيان الذي يعتزمون إخضاعه لمهنة محافظة الحسابات ".

كما أن التشريع السويسري ألزم المحافظين والمصفيين في المصرف بالسر المصرفي بحكم حصولهم على معلومات من المصرف مما يستوجب الأمر خضوعهم للسر[1].

ثالثا: الشخص الذي يشارك في رقابة المصارف والمؤسسات المالية

استعمل المشرع الجزائري مصطلح "شخص" من خلال عبارة على كل شخص يشارك أو شارك في رقابة المصارف والمؤسسات المالية وفقا للشروط المنصوص عليها.

قد يفهم من وراء ذلك شخص طبيعي أم معنوي دون تحديد للأشخاص المشاركة في رقابة المصارف والمؤسسات المالية، مما يدفعنا إلى البحث هيئة المراقبة في مصرف الجزائر ثم اللجنة المصرفية كهيئة رقابة خارجية في المصارف ومؤسسات القرض في مرحلة أولى ثم مجلس المحاسبة والمفتشية العامة لوزارة المالية، الوزير المكلف بالمالية.

وبناءا على ما سبق نستنتج أنه يقصد به عموما الشخص الذي منحه القانون صلاحية مراقبة المصارف، أن هذه الفئة وبحكم مهامها تطلع على المعلومات والمعطيات المصرفية مهما كانت طبيعتها لذلك ألزمهم المشرع بالواجب [2]. في هذا الإطار ندرج الهيئات المكلفة بالرقابة حيث ندرس الأشخاص الخاضعون للسر المهني والمكلفون بممارسة الرقابة وذلك على مستويين من جانب الرقابة الداخلية والخارجية.

---

1 – Maurice Aubert Jean-Philippe Kernen Herbert Schonle، opcit,p69

2 – سيدهم عمر: المرجع السابق، ص 10

1-الرقابة الداخلية.

لقد عنون المشرع الجزائري الفصل الثالث من الأمر 03-11 بحراسة مصرف الجزائر ورقابته هيئة المراقبة في المواد 26 و27 فقد نصت المادة 26 منه على ما يلي:

"تتولى حراسة مصرف الجزائر هيئة مراقبة تتألف من مراقبين (2) يعينان بمرسوم من رئيس الجمهورية...."

من الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يخص هذه الفئة بالسر المصرفي صراحة رغم أن المهام الموكلة لها هي من طبيعة سامية بحكم تعينها بموجب مرسوم رئاسي وأن مهام الرقابة تفترض واجب السرية، وإقتصر على إدراجها ضمن المادة 117 من الأمر 03-11.

بالنسبة للمراقبان فيعينان أيضا بمرسوم رئاسي من بين الموظفين الساميين في السلك الإداري لوزارة المالية وبإقتراح من الوزير ذاته[1].

كما أن قانون النقد والقرض لم يعرف لنا مصطلح الرقابة والحراسة،فهل يعبران عن معنى واحد أم تعدد المصطلحات ينم عن تشتت المفاهيم؟.

ويقصد بالرقابة الداخلية، تلك التي تقوم بها المؤسسة أو الهيئة عن طريق موظفين تابعين لها ومكلفين بالرقابة على النفقات العمومية، ويقوم بها كلا من المراقب المالي،والمحاسب العمومي،وأخيرا محافظ الحسابات .

وتعتبر رقابة المراقب المالي أول درجة للرقابة الداخلية على النفقات العمومية وهي رقابة مشروعية دون أن تتجاوزها لتصبح رقابة ملائمة.

المراقب المالي عموما هو شخص تابع لوزارة المالية وفقا للمرسوم التنفيذي رقم 92-414 مؤرخ في 14 نوفمبر 1992 يتعلق بالرقابة السابقة للنفقات العمومية التي يلتزم بها.

كما نصت المادة 34 منه على أنه "يلزم المراقبون الماليون والمراقبون الماليون المساعدون بالسر المصرفي لدى دراسة الملفات والقرارات التي يطلعون عليها.

1 – عجة الجيلالي: المرجع السابق، ص 92

وتوفر لهم الحماية أثناء ممارسة مهامهم من كل ضغط أو تدخل من شأنهما أن يضرا بأداء مهمتهم."

ضف إلى ما سبق إلى أنه لا يمكن تصور هيئة رقابة لجهاز مصرفي يحتل قمة الهرم المصرفي في الدولة، تتكون من عضوين،لأن الحديث عن هيئة رقابة تدل على وجود أكثر من عضوين[1].

كما نصت المادة 27 من الأمر 03-11 في فقرتها الأولى:

"يقوم المراقبان بحراسة عامة تشمل جميع مصالح مصرف الجزائر،وجميع العمليات التي يقوم بها ويمارسان حراسة خاصة على مركزية المخاطر ومركزية المستحقات غير المدفوعة وكذا حراسة تنظيم السوق النقدية وسيره .يمكن أن يجري المراقبان معا أو كل على حدة عمليات التدقيق والمراقبة التي يريانها مجدية...".

وفي هذا الصدد نجد أن مصرف الجزائر ينظم ويسير مصلحة لمركزة المخاطر تدعى"مركزية المخاطر"ومركزية للمستحقات غير المدفوعة

2-الرقابة الخارجية.

يقصد بالرقابة الخارجية، تلك الرقابة الإدارية أو الوصاية التي تمارسها السلطة الوصية على المؤسسة العمومية أو الهيئة التي تقع تحت وصايتها، ونتناول في هذا النوع من الرقابة مجلس المحاسبة ورقابة المفتشية العامة للمالية [2].

وعليه سوف تتناول الرقابة الخارجية من خلال أعضاء مجلس المحاسبة والمفتشية العامة للمالية واللجنة المصرفية على التوالي.

ا-مجلس المحاسبة:

يعد مجلس المحاسبة الهيئة العليا للرقابة البعدية على الأموال العمومية،وقد خوله القانون كل الصلاحيات للقيام بمهامه في مجال التحريات والمعاينات التي تمكنه من التوصل إلى السير الحسن والاستغلال الأمثل للموارد العامة بما يحقق الفعالية والرشاد[3].

1 – الدكتور /أحمد بلودنين: المرجع السابق، ص 30

2 – الدكتور /مولود ديدان: المرجع السابق، ص 226

3 – المرجع نفسه، ص 228

يعتبر مجلس المحاسبة المؤسسة العليا للرقابة البعدية لأموال الدولة،وأنه بصفته هاته يتولى مراقبة المرافق العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والهيئات العمومية التي تمارس نشاطا صناعيا أو تجاريا أو ماليا، والتي تكون أموالها أو رؤوس أموالها كلها ذات طبيعة عمومية مثلما يتجلى ذلك من المادة الثامنة من الأمر20/95 المؤرخ في 1995/07/17 المتعلق بمجلس المحاسبة ويستخلص من النص المذكور أن المصارف والمؤسسات المالية التي تكون أموالها أو رؤوس أموالها ذات طبيعة عمومية تكون خاضعة لرقابة مجلس المحاسبة،وبمفهوم المخالفة فإن المصارف الخاصة والتي فيها الأموال أو رؤوس الأموال مشتركة لا تخضع لرقابة مجلس المحاسبة .

وفي إطار مباشرة مهامه يعفي المسؤولون والأعوان التابعون للمصالح والهيئات الخاضعة لرقابة المجلس من واجب السر المصرفي وذلك عملا بنص المادة 59 من الأمر المذكور أعلاه [1].

كما أنه يجب الإشارة إلى أن المصرف المركزي لا يخضع لإجراءات المحاسبة العمومية ومراقبة مجلس المحاسبة تطبيقا لنص المادة 09 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض.

وضف إلى ما سبق، فإن مصطلح "مراقبة" في الفقرة الثانية من المادة 09 من الأمر 03-11 والمذكور أنفا قد سقط سهوا من المشرع الجزائري ما دام هما مترادفان لنفس المعنى "الرقابة".

ب-المفتشية العامة للمالية:

علاوة على الرقابة التي يقوم بها مجلس المحاسبة فإن المفتشية العامة للمالية، وبمقتضى المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 78/92 المؤرخ في 1999/02/22 المحدد لاختصاصات المفتشية العامة للمالية، تقوم بمراقبة المؤسسات العمومية ذات الطابع

1 – سيدهم عمر: المرجع السابق، ص 38

الصناعي والتجاري، وكذا كل شخص معنوي يتمتع بمساعدات مالية من الدولة أو جماعة إقليمية أو هيئة عمومية،وتقوم كذلك بموجب المادة الرابعة من نفس المرسوم بإجراء مراقبة وتفتيش دوري في الإدرات والهيئات،الموضوعة تحت سلطة الوزير المكلف بالمالية أو وصايته .

ما يستنتج من النصين المذكورين أعلاه أن المفتشية العامة للمالية تقوم بمراقبة المصارف والمؤسسات العمومية فقط بمعنى أن المصارف الخاصة غير خاضعة لمراقبتها.

وفي نطاق ممارسة مهامها،لا يمكن لمسؤولي المصارف العمومية أن يحتجوا بالسر المصرفي أو بالطابع السري للوثائق المطلوب الإطلاع عليها أو العمليات التي تجري المراقبة عليها مثلما جاء ذلك في المادة 13 من المرسوم السالف الذكر[1].

كما أن المادة 11 من نفس المرسوم تنص على أنه:

"يضطلع المفتشون بمهمتهم المتمثلة في تطبيق أحكام المادة 10 منه،طبقا لأحكام هذا المرسوم ويجب عليهم ما يأتي إجتناب أي تدخل في التسير للحفاظ على السر المصرفي".

إضافة إلى المرسوم التنفيذي رقم 272/08 مؤرخ في 09 سبتمبر 2008 يحدد صلاحيات المفتشية العامة للمالية قد كرس ما جاء به سابقه على النحو التالي:

المادة 02 منه نصت على أنه تمارس رقابة المفتشية العامة للمالية على التسيير المالي والمحاسبي لمصالح الدولة والجماعات الإقليمية وكذا الهيئات والأجهزة والمؤسسات الخاضعة لقواعد المحاسبة العمومية وتمارس الرقابة أيضا على:

-المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.

-كل مؤسسة عمومية أخرى مهما كان نظامها القانوني.

1 – سيدهم عمر: المرجع السابق، ص 39

فيما يخص حق إطلاع أعوان مصالح المفتشية العامة للمالية نظمته المادة 17 من المرسوم المذكورأعلاه لتمكين الوحدات العملية للمفتشية العامة للمالية من إتمام المهام الموكلة إليها،يتعين على مسؤولي المصالح والهيئات المراقبة القيام بما يأتي :

-تقديم الأموال والقيم التي بحوزتهم،واطلاعهم على كل الدفاتر أو الوثائق أو التبريرات أو المستندات المطلوبة .

-الإجابة على طلبات المعلومات المقدمة.

-إبقاء المحادثين في المناصب طيلة هذه المهمة.

ولا يمكن لمسئولي المصالح أو الهيئات الخاضعة لرقابة المفتشية العامة للمالية، وكذا الأعوان الموضوعين تحت سلطتهم،أن يتملصوا من الواجبات المنصوص عليها أعلاه،محتجين باحترام الطريق السلمي،أو السر المصرفي،أو أيضا الطابع السري للمستندات الواجب فحصها أو العمليات اللازم رقابتها.

ج-اللجنة المصرفية:

حدد المشرع الجزائري تشكيلة اللجنة المصرفية ونص عليها بموجب أحكام المادة 106 من الأمر المذكور أعلاه والتي نصت على:

"تتكون اللجنة المصرفية من: المحافظ رئيسا.

ثلاثة (3) أعضاء يختارون بحكم كفاءتهم في المجال المصرفي والمالي والمحاسبي.

قاضيين (2) ينتدبان من المحكمة العليا، يختارهما الرئيس الأول لهذه المحكمة بعد أستشارة المجلس الأعلى للقضاء.

يعين رئيس الجمهورية أعضاء اللجنة لمدة (5) سنوات.

وتطبق المادة 25 من هذا الأمر على رئيس اللجنة وأعضائها " [1]

1 – المادة 106 من الأمر 03-11 المتعلق بقانون النقد والقرض سابق الذكر.

يتضح من خلال هذه المادة أن أعضاء اللجنة المصرفية ملزمون بالسر المصرفي صراحة وفقا لأحكام المادة 25 على غرار أعضاء مجلس الإدارة.

الفرع الثاني: المجال الموضوعي للسر المصرفي.

لا يمكن الحديث عن السر المصرفي دون معرفة مضمونه وتوضيح محتواه وذلك بتبيان المعلومات والمعطيات التي تقع تحت طائلة السرية، قصد التمييز بين لفئة وأخرى لا تشملها السرية، ومسألة التعرف على المعلومات والبيانات المشمولة بالسرية يعود للاجتهاد القضائي في تحديد مدلول ونطاق السرية المصرفية.

إذ أنه في غياب تعريف قانوني للمعلومة السرية قد ثار جدل لكلا من الفقه والقضاء في تبني معايير تحديد المعلومات السرية والشروط الواجب توافرها حتى تكون المعلومة محمية بالسري [1].

فموضوع السر المصرفي واسع المدى إذ ينتج من إرادة الزبون في الإبقاء سرا على الوقائع فيما يخص العلاقات المبرمة مع مصرفه،غير أن ليست كل المعلومات المتحصل عليها من قبل الزبون تعد سرية، لاقتناء هذه الصفة لا بد أن يتحصل عليها في الأول أثناء ممارسته لمهنته، ثانيا أن تكون ذات طبيعة محددة ومن شأنها أن تضر بسر الأعمال المؤسسة أو سرا لحياة الخاصة أو الثروات.

وثالثا بغض النظر عن أية طريقة تم الحصول بها على المعلومة أو قد علم بها أشخاص آخرون ما دامت غير موجهة للجمهور.

فالسر المصرفي يغطي المعلومات التي تخص زبونه والتي تحصل عليها أثناء ممارسته لنشاطه بشرط أن تكون ذات طابع سري ومهني [2].

ميدان السر يتعلق بموضوع المعلومة السرية، وتتعلق هذه الأخيرة بالمعلومات المكتومة فقط وهذا ما يعني أن المعلومات العامة والتقليدية لا يمكن اعتبارها معلومات

1 – الدكتور/نعيم مغبغب: المرجع السابق، ص: 107.

2 – الدكتورة/هيام الجرد: المرجع السابق، ص: 37.

سرية، وبالتالي لا تخضع لأية عقوبة ويستطيع المصرفي الإدلاء بهذا النوع من المعلومات مع محافظته على احترام قواعد الاستعمال [1].

ويكون المصرفي مدين بالمحافظة على سرية الوقائع والمتعلقة بعلاقات الأعمال مع زبونه والمتحصل عليها أثناء ممارسة نشاطاته مما يدفعنا الأمر إلى طرح السؤالين التاليين:

ما هي الوقائع التي تبقى طي الكتمان؟وما هي شروط حمايتها بالسر ؟

أولا: الوقائع المحمية

السر المصرفي يحمي الأسرار بمعنى الاعترافات،الوقائع والتصرفات التي يمكن إدراجها ضمن الأسرار الشخصية، فالسر يتضمن معرفة بعض البيانات الواجب الحفاظ عليها والتي لا تكشف إلا ضمن أطر محددة[2].

لذلك يكون العاملون في المصارف ومن بحكمهم ملزمين بكتمان سر قيود الدفاتر، السجلات والمعاملات والمراسلات وشهادات الاستثمار بشكل مطلق لا حدود له، كما يلزمون أيضا مهما كانت الأحوال ومهما كانت درجتهم الوظيفية بعدم إفشاء ما يعرفونه عن أسماء المتعاملين وأموالهم وكل ما يتعلق بايداعتهم وأمورهم المصرفية لأي شخص كان فردا أم جهة إدارية أو قضائية إلا في الأحوال المشار إليها قانونا [3].

ويتفق معظم الشراح لقانون سرية المصارف في الدول التي تأخذ بهذا النظام على أن الإستثناء من حق الإطلاع يتناول حسابات الزبائن وموجوداتهم لدى المصرف ولا يتناول حسابات المصرف نفسه بحد ذاتها [4].

1 – الدكتور/ محفوظ لعشب: المرجع السابق، ص 80

2 – الدكتور/نعيم مغبغب: المرجع السابق، ص 108

3 – الدكتورهيام الجرد: المرجع السابق، ص 38

4 – سمير فرنان بالي: المرجع السابق، ص 34

فضلا عن سويسرا ولبنان، إن مبدأ السرية المصرفية معمول به في فرنسا بحيث لا يمكن إعطاء معلومات عن الحسابات الخاصة بعميل مصرفي ما، إلا بعد الحصول على موافقته الصريحة في هذا الشأن وخاصة فيما يتعلق:

بالأرقام التي تتناول الميزانية الخاصة بالعميل المصرفي سواء كان مؤسسة أو شركة تجارية بالأرصدة الدائنة والمدينة وحركة الحساب الدائن والمدين للعميل المصرفي[1].

وبالتالي فإنه لا يحق للمصرفي في فرنسا إعطاء معلومات دقيقة عن حالة العميل المصرفي ولكنه يعود له إعطاء معلومات عامة عن الوضع المالي للعميل كالإعلان عن توافر المؤونة اللازمة في حساب العميل المصرفي لتسديد مستحقاته من سندات وغيرها[2].

وإن كان المشرع الجزائري لم يحدد قائمة المعلومات المحمية بالسر المصرفي، كما أن فحوى المادة 117 من الأمر 03-11 لم تشير إلى موضوع السر بقدر ما أشارت إلى الأشخاص الملزمون بالسر.

في حين أن مجموعة من الفقهاء الألمان وضعوا قائمة محددة وتبعهم في ذلك مؤلفون من سويسرا،بلجيكا وفرنسا[3].

فالفقه الألماني فقد باشر في تعداد حصري للوقائع محل السر، من اسم الزبون والحسابات نفسها مع وضعيتها، وظروف تحركتها، رقم أعمال الأشخاص المعنوية، قائمة الممونين، مشاريع العمليات أو القروض...ألخ

وعليه فالأمر يتعلق بالمعلومات المحددة نسبيا، وإذا كان هذا النوع من طرق تفسير أو حديد المعلومات السرية والتي تكون محمية بالسر المصرفي تتميز بنوع من الوضوح، إلا أنه ما يعاب عليها كونها تنبثق من خلال اعتمادها لمعيار غير كاف في تغطية كل الوقائع

1 – الدكتور/أنطوان جورج سركيس: المرجع السابق، ص 37

2 – المرجع نفسه، ص 39

3 – سيدهم عمر: المرجع السابق، ص 12

أو التصرفات الناجمة عن العلاقات التجارية رغم توفير الضمان بالسرية لوقائع قد تهم الزبون في ذلك [1].

فليس من الغريب أن الفقه الفرنسي والسويسري قد فضلا تبني طريقة أخرى مؤسسة على معايير عامة في تحديد المعلومات ذات الطبيعة السرية.

وعلى رأسهم الفقيه كابيتان الذي اقترح نظام التمييز بناءا على معايير موضوعية وشخصية مع ضرورة الجمع بينهما.

1-معايير من طبيعة موضوعية.

من أجل إضفاء الطبيعة السرية، فإنه يجب أن تحترم في المعلومات عدة معايير موضوعية:

تدخل ضمن موضوع السر إلا الوقائع المنبثقة من العلاقات الداخلية للأعمال التي أبرمها المصرف مع زبونه ويشترط لذلك شرطين:

-أن تكون الوقائع أو مادة السر مجهولة تماما من الجمهور.

-وأن يكون المصرفي قد تحصل عليها من جراء علاقات أعماله مع الزبون.

وبالتالي يخرج من هذا النطاق الوقائع التي علم بها المصرفي عن طريق قرابة أم صداقة وكذا المعلومات المتحصل عليها من الغير ولا تمت بأية صلة بعلاقات أعمال زبونه[2].

ا-تحديد المعلومات ذات الطابع السري:

فالسر المصرفي يشمل جميع المعلومات السرية بمعنى البيانات المحددة التي تمس خصوصية الأعمال الثروات بل وحتى الحياة الخاصة.

1 – الدكتور/نعيم مغبغب، المرجع السابق،ص 123

2 – المرجع نفسه، ص: 124.

وبناءا على ما سبق يمكن استخلاص أن هناك شروط خاصة بمعرفة المصرفي لهاته المعلومات، إذ يجب أن يتحصل عليها أثناء تأديته لمهامه، وشروط خاصة بالمعلومات نفسها والتي تكون محددة ومجهولة من الجمهور مع ضرورة الجمع فيما بينهما [1].

أما فيما يخص الشروط الخاصة لمعرفة المصرفي بالمعلومات نجدها تمس كل من المعلومات المودعة والملاحظة والمستنتجة أو التي علم بها من الغير.

وفي غياب تحديد قانوني للمشرع الفرنسي في خصوص مسألة المعلومات السرية، فقد عكف القضاء على تبيان حالات حصول المصرفي على المعلومة وعليه فالسر قد يستأمن عليه أو يستنتج أو يلاحظ كما أنه قد يكون مشكوك فيه أو يعلم به المصرفي من الغير.فالسر المستأمن عليه، المستنتج أو علم من الغيرفقدنصت المادة 378 من قانون العقوبات الفرنسي على أنه يقع تحت طائلة العقوبة الأسرار المستأمن عليها، فالتفسير الضيق لهذا النص من قبل الفقه والقضاء في أول وهلة حصر السرية إلا في هذا النطاق بمعنى الإدلاء الحر والإرادي والصريح ما بين المصرفي والزبون لوقائع محددة ودقيقة[2].

أن مثل هذا التفسير يضيق من الحماية المثلى للشخص المعني بالمعلومات السرية من إعتداءات المهني الخاضع للإلتزام بالسرية بإعتباره أمينا ضروريا.

لكن سرعان ما تنازل القضاء عن هذا الرأي موسعا بذلك نوع المعلومة التي تصل إلى المدين بالسر، كما أنه قد تم تبنيه من قبل الفقه الفرنسي والسويسري حيث أنه من المتدوال في المجال المصرفي قد يحصل المصرفي على معلومات من أشخاص خارجية مثل مصرفيين أخرين أو خدمات الإستعلام.

فالمصرفي يمكنه أن يستنتج معلومات كثيرة من تلك المودع بها صراحة من قبل زبونه. كما أن القضاء إعترف بأن الإلتزام بالسر يتواجد بالنسبة للوقائع التي تكون موضوع إعترافات إرادية مع تلك المكتشفة.

---

1 – Gérome LASSERRE CAP DE VILLE,opcit,p 257

2 – الدكتور/نعيم مغبغب: المرجع السابق، ص125.

حيث أنه في قضية واتلت فإن محكمة الجزائية قد وسعت من مجال الإلتزام بالسر لكل ما يمكن أن يشاهده الفرد أو يسمعه ويفهمه والمستنتج أثناء ممارسته لمهنته، ذلك أن وقائع القضية تعود إلى إفشاء الطبيب لمريضه عن أسباب وفاته دفاعا عن سمعته وقد عوقب على هذا الفعل [1].

هذا التفسير القضائي قد إعتمد وقد تم التأكيد عليه من قبل التشريع الفرنسي من خلال قانون العقوبات الجديد عندما إستخدم في المادة 226 فقرة 13 عبارة المعلومات ذات الطابع السري بدلا من الحفاظ على السر المودع.

في حين أن التشريع الجزائري واستنادا إلى المادة 301 المعدلة في قانون العقوبات الجزائري التي نوهت إلى أنه يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 500 إلى 5.000 دج الأطباء والجراحون والصيادلة والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشاءها ويصرح لهم بذلك.

فقد عبر عن الأسرار المستأمن عليها والمدلى بها فقط، وبقي نطاق المعلومات لموضوع السر حكرا على المستأمن عليها ولم يحدد حالات أخرى لعلم المهنيين بالمعلومات وكان من الأجدر بالمشرع الجزائري أن يوضح ويوسع أكثر بدلا من الاكتفاء بعموم اللفظ.

أما في التشريع السويسري بموجب القانون السويسري الصادر في 11 مارس 1971 والذي عدل المادة 47 من القانون الفيدرالي السويسري الصادر في 8 نوفمبر 1934 المتعلق بالمصارف وصناديق التوفير بإخضاع صراحة لحماية السرية المصرفية كل سر مودع أو الذي تحصل عليه أو علم به بمناسبة مهامه أو بسبب عمله ".

1 – بوساعة ليلى: المرجع السابق، ص: 58.

وعليه فإن مفهوم المعلومات ذات الطبيعة السرية لا بد أن يتوسع فيها في مادة السر المصرفي دون ضرورة فرض ظروف معينة في الحصول على معلومات إلا أنه يجب أن تصل إلى علم المصرفي بوصفه مهنيا [1].

ب-المعلومات المتحصل عليها بصفته كمهني:

السر المصرفي لا يغطي إلا المعلومات السرية المتحصل عليها من قبل المصرفي أثناء ممارسة مهنته وليس بصفته شخصية [2].

وهذا ما يتوافق مع فحوى المادة 301 من قانون العقوبات الجزائري من خلال ربط حماية الأسرار بممارسة المهنة ولو بصفة مؤقتة عندما إستخدام عبارة "...بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة...."

ماذا يقصد المشرع الجزائري بعبارة " بحكم الواقع"؟

بالرجوع إلى النص الأصلي إستعمل مصطلح (par état) والذي نعني به حسب الحالة بمعنى الظروف أو الشروط في حين أن "بحكم الواقع" معناه حسب حقيقتها، وفي كلتا الحالتين المغزى من ذلك أن المشرع نوه إلى طبيعة وظروف ممارسة المهنة التي فرضت الحصول على معلومات واجبة الكتمان من جراء ذلك.

والمشرع الجزائري لم يحدد موضوع السر بقدر ما أشار إلى ظروف الحصول على الأسرار بصفة المؤتمنين المهنيين.

أما المشرع الفرنسي من جهته وبموجب أحكام المادة 226 فقرة 13 من قانون العقوبات الفرنسي يعاقب على الإفشاءات الواردة من شخص كونه مودعا له بحكم حالته أو مهنته".

1 – Gérome LASSERRE CAP DE VILLE ,opcit,p 260

2 – Thierry SAMIN ,opcit,p9

وعليه لا بد من إستبعاد السر من الوقائع التي علم بها المصرفي خارج الإطار المهني مثلا كتلك التي تلقاها من صديق أو قريب، إلا أنه بالرغم من أن ذلك مؤسس عليه قانونا إلا أنه ليس من السهل إثباتها تطبيقيا، ذلك أنه يقع على المصرفي عبء الإثبات بأنه قد تحصل عليها بصفة شخصية خارج الإطار المهني الذي يربطه مع الزبون [1].

فالسر المصرفي لا يلعب دوره إلا إذا تعلق الأمر بمعلومة تحصل عليها المصرفي بحكم مهنته وليس بصفة شخصية، هذه التفرقة مؤسسة قانونا بموجب المادة المذكورة سابقا، وإذا حصل وأن علم المصرفي عن طريق الغير صاحب علاقات الأعمال مع زبون المصرف بمعلومة سرية فإن هذه الأخيرة تدخل في مجال السر المصرفي [2].

كما هو الحال في التشريع الفرنسي يعترف بالعلم لوقائع أثناء ممارسة مهام المصرفي، وعليه يأخذ بعين الإعتبار الطابع المهني للرابطة ما بين الأمين والفرد الذي يستأمن على سره.

وقد أكد ذلك القضاء الفرنسي حسب قرار الغرفة الجنائية الصادر بتاريخ 19 نوفمبر1985 على أن معاقبة السر لا يسري على المهني إلا إذا وقع الإفشاء بمناسبة ممارسة مهنته.

لكن تحديد مدى مهنية المعيار بالنسبة للسر يبدو صعبا خاصة عند التمييز مابين معلومة متحصل عليها أثناء ممارسة مهنته أو خارج الإطار المهني.

فإذا كانت في الفرضية الأولى البوح بالمعلومة حصل عند ممارسة وظيفته، وهذا الأخير لا يمكنه الحصول عليها لولا صفته كمهني وبالتالي يكون ملزم باحترام السر المصرفي.

في الفرضية الثانية قد يفهم من ذلك أن بمجرد حصول المصرفي على المعلومة خارج ممارسته لمهنته أو نشاطه يجوز له الإفشاء بها.

---

1 – Gérome LASSERRE CAP DE VILLE ,opcit,p 261

2 – François BORDAS,opcit,p7

عمليا تطبيق هذا المبدأ يبدو صعبا ذلك أن الغموض يشوب في معرفة ما إذا كان إيداع السر لدى المصرفي بوصفه مهنيا أم شخصيا عن طريق أقارب مثلا؟

باستثناء حالات خاصة، يفضل أن إيذاع السر لدى هذا الأخير بوصفه مهنيا وليس شخصا خاصا [1].

ج-الشروط الخاصة بالمعلومات موضوع السر:

إذا كانت طبيعة الوقائع المراد إخفائها لا تهم كثيرا، إذ بإمكانها أن تكون مالية أو غير مالية، إلا أنه لا بد أن تكون مجهولة من الجمهور وأن تكون محددة حتى لا يعتدى على العرف القاضي بالترخيص للمصرفيين بتبادل المعلومات التجارية التي تخص زبائنهم.

***معلومات مجهولة من الجمهور:**

المعلومة المشمولة بالسر لا بد أن تتميز بالطابع السري بمعنى التي لا يمكن الحصول عليها من الجمهور، بالمقابل لا تعد سرية المعلومات التي يمكن إقتنائها من كتاب ضباط المحاكم التجارية.

فالتشريعات الفرنسية والسويسرية تعاقب صراحة على الإفضاء بالمعلومات ذات الطابع السري، لذلك يستوجب الأمرإستبعاد من حماية السر المصرفي الوقائع الشائعة عمومًا أو الوقائع المنشورة في الجرائد، الاعتداءات الواقعة على مختلف الدفاتر المتعلقة بالتجارة والشركات أو حتى الملفات المقدمة قانونيا في فرنسا من قبل أعوان ضبط المحاكم التجارية لكل طلب قدم لها على سبيل المثال: الحسابات السنوية للشركات المغفلة والشركات ذات المسؤولية المحدودة.

كذلك ومن زمرة المعلومات الجائز إفشاؤها للجمهور ما تناوله النظام 05-09 المؤرخ في 18 أكتوبر 2009 المتعلق بإعداد ونشر الوضعية المالية للمصارف ومؤسسات المالية بموجب المادة 07 التي نصت على أنه [2]:

1 – Anne TEISSIER,opcit,p 76

2 – بوساعة ليلى: المرجع السابق، ص: 61.

"يلزم على المؤسسات الخاضعة نشر وضعيتها المالية في ظرف 6 أشهر الموالية لنهاية النشاط المحاسبي في الجريدة الرسمية للإعلانات القانونية وفقا للمادة 103 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض".

في هذه الفرضيات فإن المعلومات المرقمة ليست سرية مادامت بحوزة الجمهور.

وهذا ما أيده بعض الفقهاء بالقول إن المعلومة لا تعد سرية بمجرد إيذاعها للجمهور، إلا أن المسألة ليست بالأمر السهل خاصة عندما تكون الوقائع معروفة في مجملها دونما تفاصيل أخرى ما زالت عالقة ومحل شك، فإفشاء المصرفي لها يؤكد حقيقتها لوقائع كان مشكوك فيها بما يضر بمصالح الزبون في هذه الحالة.

وقد تساير هذا الموقف مع ما يفهم من التفسير الموسع لقانون العقوبات الفرنسي أنه لا يعاقب على البوح بالسر إذا كانت الواقعة غير معلن بها للجمهور أثناء إيداعها لدى المصرفي على أن تبقى كذلك بطبيعتها،فالوقائع ذات شهرة عامة ليست مشمولة بالسر نظرا لطبيعتها[1].

كما أن القضاء الفرنسي قد حكم بشأن قرار صادر بتاريخ 19 سبتمبر 1989 عن محكمة إستئناف أنجي على أن المصرفي الذي يصرح للصحافة وقائع لمعلومات خاصة بحالة زبونه الذي لم يسدد قرضا، فإن ذلك لا يشكل خطأ ما دامت هذه المعلومات ليست سرية كونها قد أذيعت من قبل الضحية في مقالات عديدة.

لذلك يجب الإشارة أن كلمة السر لا تأخذ بحرفيتها، فالإعتداء على السر المصرفي لا يتطلب بالضرورة إفشاء معلومات مجهولة إلى هذا الحد، بل هناك فرضيات أين المعلومات تكون معروفة إجمالا من الجمهور دون أن يتخلى المصرفي عن إلتزامه بالسر المصرفي.

1 – Anne TEISSIER ,opcit,p 82 et83

لذلك في هذه الفرضيات الخاصة، فإن السر المصرفي يجب أن يتمسك به، لذلك ليس من المنطقي أن يرفع مبدأ السر في كل مرة بدافع أن الإعلام جعله قضية عامة وهذا ما قد يشكل إستثناء للمبدأ وهو غير مقرر قانونا [1].

***معلومات محددة:**

ليس من المشكوك فيه أن المعلومات المحددة بالخصوص تلك المرقمة تكون محمية بالسر المصرفي في حين أن المعلومات ذات الطابع العام فيما يخص الوضعية المالية لمؤسسة أو الحالة المدنية للزبون يمكن إفشاؤها ولا يعد ذلك إعتداءا على السر [2].

كما أن السر يشمل الأرقام المصاحبة للحساب سواء فيما يخص وضعيته أو تحركاته، تفاصيل المحررات لمنح أو رفض قرض ما أو مضمون وثائق المحاسبة المقدمة من طرف المصرفي أو تأجير صندوق خزانة حديدية ...إلخ.

كما أنه يرتبط بالعمليات المنجزة مع المصرف عمليات الصندوق أو المحفظة (إيداع مبلغ، الدفع شيكات ...) عمليات على سندات أو القرض وإكتتاب الضمانات وكل ما يتعلق بثروات الزبون،و يغطي المعلومات الصادرة من مصرف فرنسا كإشكالات الدفع أو المنع من تحرير شيكات .....)[3].

فالتشريعات المصرفية في كل من فرنسا، سويسرا والجزائر لم تعرف لنا المعلومات المشمولة بالسر على وجه التحديد.

لكن من أجل فعالية مثلى فالسر المصرفي للمصرفي يجب أن يغطي كل النشاطات المصرفية والتي نقصد بها:

-كل العلاقات مع زبائن المصرف حتى ولو حصلت بمناسبة مع شخص تقدم لأول مرة للشباك.

-البيانات المقدمة من الزبائن بخصوص وضعيتهم الاقتصادية لا سيما علاقاتهم مع مصارف أخرى أو الغير.

---

1 – Gérome LASSERRE CAP DE VILLE ,opcit,p 263

2 – philippe NEAU-LEDUC ,droit bancaire, 4ème édition, 2010, , ,édition Dalloz,parisp122.

3 – Thierry SAMIN,opcit,p 10

-المعلومات المتلقاة فيما يخص عمليات أنجزها الغير في مصارف أخرى.

وعليه فإن الإلتزام بالكتمان لا يغطي فقط هوية الزبون وإنما حتى الغير ولو بصفة غير تعاقدية مع المصرف فإن هؤلاء يستفيدون من الحق في السر المصرفي [1].

ما يشد الإنتباه أن إسم الزبون يعد من أهم المعلومات السرية خاصة في نظام تكريس السرية المصرفية، السر المصرفي يفرض أن معرفة إسم الزبون ينحصر في عدد قليل من الموظفين مثلا القائم بتسيير الحساب الذي يتلقى وينفذ أوامر الزبون في إيداع أمواله وعضو في إدارة عامة أو مصرف خاص وشريك في حالة رصيد معتبر وعضو في مصلحة مكافحة تبييض الأموال، فالوثائق المحررة عند فتح حساب والمدون فيها إسم الزبون يحفظ في مكان أمن بحوزة المستندات ولا يرخص إلا لأشخاص معينة [2].

وعليه موازة مع ما سبق نجد أن التشريع المصرفي الجزائري في الأمر 03-11 لم ينص بالتحديد على مصطلح معلومات محددة.

كما أن الدكتورة سميحة القليوبي قد نوهت إلى أن نطاق المعلومات السرية لا يجب أن يرتبط بضرورة تعلق البيانات بأرقام محددة أو طبيعة معينة [3].

ذلك أن الصعوبة تنبثق في تحديد المعلومات المشمولة بالسر المصرفي من عدمها، وعليه فالمعلومات السرية هي الوحيدة المعنية بالحماية والتي تترتب عليها المسؤولية المصرفي نظرا لاحتوائها على درجة من الدقة مثل الإطلاع على مبلغ لرصيد في الباقي من الحساب أو إطلاع الساحب أو ورثته على ظهر الشيكات المدفوعة وعلى خلاف ذلك فإن المعلومات العامة غير مشمولة بالسر المصرفي.

وبصفة عامة يمكن اعتبار المعلومات والمعطيات التي تدخل ضمن نطاق السر المصرفي: إسم الزبون، المعطيات الخاصة بالرصيد،وضعية الرصيد:دائن أم مدين عدد وطبيعة المستندات المودعة،العمليات التي تطرأ على الرصيد عمليات إيداع المبالغ المالية

1 – Maurice Aubert ,Jean-Philippe Kernen ,Herbet Shonle ,opcit,p 80

2 – Sylvain BESSON,le secret bancaire 2004 presse polytechnique et universitaire romande ,p 49

3 – الدكتورة/سميحة القليوبي،المرجع السابق، ص 225

أو القيم المنقولة، المعلومات المقدمة من الزبون المتعلقة بوضعيته الإقتصادية عند فتح الحساب أو عند الحصول على قرض،بالبيانات الخاصة بالميزانية ورقم الأعمال،قائمة الممونين،قيمة ونوع الأوراق التجارية المودعة للخصم والمخالصة،تأجير صندوق الودائع،الأوامر التي يصدرها الزبون المتعلقة بالتحويلات، عمليات الدفع،الضمانات العينية والشخصية المقدمة،أسماء الغير الذين تعامل معهم الزبون.

وتمتد هذه الحماية إلى المعطيات المتعلقة بنشاط الزبون مثل تنظيم مؤسسته،طريقة التصنيع،العقود التي أبرمها مع مؤسسات أخرى الأفاق الإقتصادية للمؤسسة.

ومن قبيل المعلومات التي تدخل في نطاق السرية إعتبرت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر عن الغرفة التجارية بتاريخ 2003/07/08 تحت رقم07/1264، أن البيانات المتواجدة على ظهر صك مصرفي محل نزاع لها طابع السرية ولا يمكن الكشف عنها للغير وإن كان الأمر يتعلق بالمسحوب عليها.

ولقد جاء هذا القرار بناءا على الطعن المقدم ضد القرار الصادر عن محكمة الإستئناف" بنيم" الصادر بتاريخ 1999/12/09 القاضي بأن السرية المصرفية لا تكون في مواجهة المسحوب عليها.

كما استقرت على هذا الاجتهاد محكمة النقض الفرنسية وهذا ما يتجلى من قرارها المؤرخ في 2005/01/25 حين قضت بنقض القرار القاضي بالموافقة على طلب جمعية عقارية تأسست عقب إتمام الأشغال بالسكنات التي إستفاد منها أعضاؤها،والمتمثل في إفادتها بالوثائق التي هي بحوزة المصرف والمتعلقة بالفواتير وبيانات الدفع الخاصة بالمبالغ المالية المدفوعة للشركة التي كلفت بإنجاز السكنات محل النزاع .

ولقد عللت محكمة النقض قرارها بكون هذه الوثائق تتعلق بحساب مصرفي بإمكانه أن يتضمن معلومات يكون المصرف قد تحصل عليها خلال ممارسة نشاطه ومن ثمة فإنها تقع تحت طائلة السرية المصرفية.

وبذلك إعتبرت أن قرار المصرف القاضي برفض الكشف عن المعطيات المطالب بها رفض مؤسس وفي المقابل، أن المعلومات ذات الوصف العام كالدفع المستمر من قبل الزبون،صك دون رصيد أو الإحتجاج بعدم الوفاء لا يدخل ضمن نطاق السرية .

ولقد ذهب المؤلفين إلى القول إن المصرف لا يمكنه الإدلاء إلا بالمعلومات التي توصل إليها من الغير والمتداولة في الساحة العمومية [1].

كما أنه كلا من الفقه والقضاء في فرنسا وسويسرا أضافا معيار تكميلي يسمح بالتفرقة ما بين المعلومات السرية والتي يمكن إفشاؤها للغير وبناءا عليه يتم تحديد الطبيعة السرية للمعلومة.

فقد عرفها الفقه على أنها تلك التي تتضمن معطيات محددة تمس خصوصية الأعمال، الثروة أو الحياة الخاصة، وبالتالي تعتبر سرية تلك المعلومات المتضمنة الطبيعة الدقيقة للعمليات المنجزة،المعلومات الاسمية أو حتى المعلومات المرقمة إذ أن الأرقام تحدد المعلومات وتمنحها طبيعة سرية[2]فالتأكيد على وجود حساب مرفق بوصف تفصيلي عن عملياته المصرفية أو أي إشارة أخرى بخصوصه تسمح بترتيب مسؤولية المصرفي المرتكب للإفشاء من جراء الاعتداء على السر المصرفي.

تعد أيضا من قبيل المعلومات السرية تلك الخاصة بسرية أعمال الزبون أو الغير المعني بها كتلك الخاصة بتنظيم شركته وآليات الصنع والبيانات المصرفية لزبائنه وممونيه وكذا مشاريع توسيع إستثماراته ...إلخ.

أيضا تحمى بالسر المصرفي المعلومات الخاصة والمتعلقة بالثروة،الحالة الصحية أو العائلية للزبون أو الغير .

بالفعل فإن الالتزام بالسر لا يقتصر فقط في المصالح المالية، فإن المصالح المعنوية وسمعة المعني بها تحتاج هي الأخرى إلى حماية.

1 – سيدهم عمر: المرجع السابق، ص 14

2 – بوساعة ليلى: المرجع السابق، ص: 66.

وأخيرا تعد من قبيل المعلومات السرية تلك المقررة قانونا بحماية السر كما هو الحال خصوصا في القانون الفرنسي والسويسري من خلال المنع القانوني بتقديم بعض المعلومات لصالح الدول الأجنبية أو على وجه الخصوص في التشريع الفرنسي فيما يخص المعلومات المتعلقة بإجرءات التسوية الودية المقررة بموجب المادة 611 فقرة 6 من القانون التجاري أو تلك المحمية بسر التحقيق تطبيقا للمادة 11 من قانون الإجراءات الجزائية[1].

ومع ذلك بالرغم من غياب تعريف قانوني للمعلومة ذات الطبيعة السرية فإن تقدير وتقييم القاضي يصبح ضروريا إذ ترجع إليه مهمة تقدير حقيقة وطبيعة المعلومة السرية.

لكن هناك شكوك تراود مسألة تواجد حساب في مصرف أو علاقات أعمال، بالفعل فإن التواجد البسيط لهذا النوع من العلاقات ما بين المصرفي وزبونه، هل يمكن أن يعتبر من المعلومات السرية؟

إن اللجوء إلى الخدمات المصرفية باعتبارها شيء مألوف في أيامنا هذه، بل وحتى أمرا ضروريا، وبالتالي يعد حسب منظورنا معفي من الالتزام بالكتمان، نظرًا لعدم الوضوح التشريعي حول هذه المسألة، فإن القضاء الفرنسي قد تبنى هذا الحل، من خلال المحكمة الجنح في باريس والتي صرحت بأن: عبارة اسم المصرف الذي حرر بموجبه دفتر الشيكات والذي يظهر كعنوان لكل نموذج شيك، لا يشكل سرا فًي حد ذاته فإن تواجد المصرف المؤسسة لا يكون خفيا، يظهر بالتالي أن المصرفي لا يكون معتديا على السر المصرفي إذا ما أكد أو نفى للغير الذي يطلبه فيما إذا كان شخص طبيعي أو معنوي هو زبونا له[2].

ونفس الأمر ما إذا كان بإمكان تصور أن شخص من أصل أجنبي يفتح حسابا لدى مصرف في سويسرا أو اللوكسمبورغ رغبة منه في الاستفادة من السرية الكاملة على أعماله مع المصرف وذلك بغرض تمويه إداراته الضريبية.

1 – Gérome LASSERRE CAP DE VILLE,opcit,p 274

2 – الدكتورة/ سميحة قليوبي: المرجع السابق، ص: 235.

فإن هذه المعلومة في حد ذاتها نظرًا لعدم دقتها، ليست سرية وغير محمية بالسر لكن هذا النوع من غياب السرية في المعلومات يعرف حدودًا:

-أن السر يفرض إذا كان المعني بها قد صرح عن رغبته من جعل الواقعة سرية ولو بصفة ضمنية كفتح حساب رقمي أو مستعار في سويسرا أو لوكسمبورغ والتي يكون فيها الالتزام بالكتمان ضروريا للعقد، أيضا أن طبيعة هذه العلاقات أو المعلومات المحددة بخصوص الحساب يجب أن تبقى طي الكتمان [1].

القضاء قد حكم في هذا الشأن بالتصريح أن المحمية بالسر المصرفي اسم الشخص الذي يستفيد من وكالة على حساب المؤمن له المتوفى أو هوية الشخص الذي قام بعمليات سحب على رصيد بعد وفاة صاحبه.

وأخيرا، إذا كان المصرفي يؤكد أو ينفي للغير الذي يقدم له طلبًا فيما إذا كان شخص طبيعي أو معنوي زبونا له من عدمه، ليس من شأنه أن يرتب اعتداءا على السر المصرفي مادامت المعلومة في حد ذاتها تعوزها الدقة، فإن الأمر يختلف إذا ما قدم المصرفي للغير قائمة بجميع زبائنه فالمعلومة في هذه الحالة يصبح نظرًا لطابعها الاسمي أكثر تحديدًا من مجرد تأكيد عليها وبالتالي لابد من معارضة القضاء المتقبل لهذا النوع من الإطلاع. كما أن التفرقة ما بين المعلومة السرية من عدمها تبقى مسألة غامضة خاصة عندما يتعلق الأمر برفض المصرف بتسليم شيكا للساحب والذي حرره هذا الأخير أو نسخة منه، إن مثل هذا الإطلاع شأنه أن يعرف الساحب إسم المصرف المستفيد وكذلك المظهرين، حتى وإن كان هذا التسليم ضروريا للساحب لممارسة طعونه سواء ضد مظهر أخر أو الغير المحتال بل ضد المصرف المحصل للشيك رغم عيبه.

كما إشكالات الدفع تندرج ضمن المعلومات السرية مبدئيا ما دام المشرع قد نظم جمعها وإفشاؤها، فمؤسسات القرض ملزمة بالمشاركة في إحصاء المعلومات الخاصة بعوارض الدفع المنبثقة من تسديد القروض الممنوحة للأشخاص الطبيعية من خلال تسليم

1 – – الدكتورة/ سميحة قليوبي: المرجع السابق، ص 237.

هذه المعلومات لمصرف فرنسا في بطاقية وطنية يرخص لمؤسسات القرض بالإطلاع عليها [1]

2-معايير من طبيعة شخصية.

بناءا على التعريف المعطى أعلاه للمعلومة المحمية بالسر المصرفي وإستنادا إلى المعايير الموضوعية غير الكافية، هناك معيار أخر لا يخلو من أهمية والذي يرتبط بالعنصر القصدي للزبون في إضفاء طابع سري لمعلومة ما والتي تتطور حسب إرادة المعني بها، وهو معيار جد شخصي [2].

لذلك أن بعض المعلومات المرقمة يمكن تفحصها من قبل الجمهور كتلك المدونة لدى كتاب ضبط المحاكم التجارية ليست من طبيعة سرية وبالتالي لا تحمى بالسر المصرفي.

ا-تعريف مغاير للمعلومة السرية حسب إرادة المعني بها:

إن إرادة الإبقاء سريا على عملية أو معلومة من طرف الزبون تكون مفترضة على نحو أن طبيعة الوقائع الخاصة بالسر تتعلق بعناصر مالية مثل مبلغ الأرصدة في الحساب أو غير مالية كالوكالة الممنوحة لشخص ما.

لكي تكون الوقائع مشمولة بالسر المصرفي فإن إرادة الزبون في الإبقاء عليها سريا لابد أن تقرر أو تجسد من خلال إرادة مصرح بها أو ضمنية [3].

ب-الإرادة الضمنية للزبون في الإبقاء على المعلومات سرية:

إعتبر الفقهاء الفرنسيون عموما أنه في غياب إرادة صريحة في إخفاء الوقائع المستأمن عليها سريا لا بد أن نفترض السر في العملية أو الواقعة حتى ولو غاب عقد بشأنها، لأنه بمجرد ما يدخل الزبون في علاقات مع مصرف فالسر يستمر حتى ولو لم تصل العلاقات إلى نهايتها.

1 – François GRUA ,responsabilité civile d'ordre général,juris classeur Banque-Crédit-2001, Bourse, p4 et5

2 – G. LASSERRE CAP DE VILLE ,opcit,p 276

3 – بوساعة ليلى، المرجع السابق، ص: 67.

إلا أنه بالإعتماد على معايير شخصية في تحديد الوقائع المشمولة بالسر يترتب عنه من جهة ضرورة الأخذ بعين الإعتبار المصالح المالية ولكن أيضا المصالح المعنوية والخاصة بالزبون ومن جهة أخرى الوقائع غير شرعية للزبون أيضا.

فيما يخص المصالح المعنوية والمالية، فإن طبيعة الوقائع المعنية بالسر لا تهم قد تكون مالية وهي الغالبة في مجال النشاط المصرفي أو من طبيعة خاصة أو معنوية مثل سمعة الزبون وسر العائلات والثروات وهذا ما يجعل دائرة السر المصرفي تقترب من دائرة السر في الحياة الخاصة.

أما فيما يخص الوقائع غير شرعية، يجب التفرقة ما بين فرضيتين:

إذا كانت الواقعة لا تشكل موضوع مخالفة جزائية، معظم الفقهاء يرون فيها شرعية السر قانونا رغم عدم شرعية الواقعة مما يستوجب حمايتها بالإبقاء عليها سرا.

في حين إذا كانت تشكل مخالفة جزائية فإن بعض الفقهاء إعتبروا أن الوقائع السرية لا تستفيد من حماية السر المصرفي ويقع لزاما على المصرفي بالتصريح بهذه المخالفات ضمن شروط معينة مثل ودائع نتيجة سرقة أو نصب والعمليات المشبوهة وكذا الغش الضريبي والجمركي، وبناءا على مبدأ عدم التدخل في أعمال الزبون على المصرفي أن يتأكد من شرعية المعلومة من عدمها لتبرير الإفشاء [1].

ج-الإرادة الصريحة من قبل الزبون في الإبقاء على المعلومات سرا:

قد يفهم من فحوى النص العقابي أن السر المستأمن يكون صريحا بمعنى التصريح على إلزامية إبقاء المعلومات سريا من قبل الزبون لدى المصرفي،و قد أضحى أمرا ضروريا سواء في كل من فرنسا أودول أخرى، وعليه في هذا المضمار يمكن للزبون أن يوسع من مجال السر فيما يخص الحياة الخاصة.

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن إرادة الزبون يعد شرط ضروري ولا بد أن يكون هذا الأخير صريحا وشكليا، إن كان هذا الحل يمكن تصوره قانونيا إلا أنه صعب تطبيقه عمليا

1 – Anne TIESSIER, opcit,p 79

ويرجع ذلك إلى وسيلة الإثبات كما أن الإيداع الصريح للسر ليس شرطا ضروريا مما يستوجب أن نرجح مسألة إرادة الزبون في الحفاظ على السر مفترضة.

كما أنه يمكن للزبون أن يمدد أو يقيد من قرينة السر لتشمل بعض الأشخاص أو الوقائع بشرط أن يتعلق الأمر ببيانات محددة تتعلق بخصوصية الأعمال أو الثروات والحياة الخاصة، وإرادة الزبون أم الشخص المعني بالسر في ذلك يتخذ شكلا معينا [1].

فالزبون بإمكانه في كل من فرنسا، سويسرا ولوكسمبورغ كما هو الحال في مجال الحياة الخاصة أن يوسع إراديًا من نطاق السر، إذ هو حر في إضفاء الطابع السري لمعلومات ليست كذلك بحكم العادة، نظرًا لعموميتها، وعليه في هذه الحالة، مصلحة الزبون في الحفاظ سرًا على هذه الوقائع ليس ضروريًا، مادامت إرادته هي الغالبة فيمكنه أن يطلب من مصرفه، إخفاء وقائع بدون مصلحة، فمؤسسة القرض ليس لها أن تقدر في رغبات الزبون.

سرية المعلومات يمكن أن يتوسع فيها المعني بها بمجرد تواجد علاقات العمل، حيث أنه بالفعل فقد تم الإشارة إليه سابقا أن اللجوء إلى المصالح المصرفية والتي أصبح التعامل معها أمرا مشهودا له، وكذلك مجرد التأكيد من قبل المصرفي على هذا النوع من العلاقات مع الزبون ليس بمعلومة سرية.

وعليه من الممكن أن الزبون إذا رغب في جعل مجرد تواجد حساب مصرفي لدى المصرف كمعلومة سرية أن يطلب منه ذلك.

حتى وإن كان في الواقع هذا النوع من الإفشاء قد تكمن فيه مخاطر حتى على الزبون في محاولة تقليد توقيعه مثلا [2].

كما أنه في حالة كون زبون أجنبي عند الإفشاء قد يضر بمصالحه عندما تفرض حكومته بعض الأعباء الضريبية [3].

---

1 – Thierry SAMIN, opcit,p 9

2 – Anne TIESSIER, opcit,p 84 et Gérome LASSERRE CAP DE VILLE ,opcit p278.

3 – Thierry SAMIN, opcit, p10.

وعليه نتيجة للأثار الوخيمة من جراء معرفة تواجد علاقات أعمال مع المصرف، فإن الممارسة السويسرية بل وحتى اللكسمبورغية أو اللبنانية تفضل التوسيع من السرية بشأن ذلك.

وهذا ما تتفق عليه المصارف في سويسرا على حد إعتبار أن المصارف ملزمة بالامتناع عن تقديم أية إشارة من شأنه أن يعتدى على الإلتزام بالكتمان إزاء مجمل زبائنها[1].

ثانيا: حدود المعلومات المحمية بالسر المصرفي

غير أن إرادة الزبون يمكن أن ترتب انعكاسات على حدود المعلومات المحمية بالسر المصرفي،إذ إعتقد الفقهاء طويلا أن رضاء الزبون برفع السرية لا يمكنه أن يحرر المصرفي من التزامه بضرورة المحافظة سريًا على المعلومات السرية التي تخص هذا الأخير.

إن مثل هذا الحل يتلاءم مع رجال الدين أو الأطباء بمعنى المهنيين المرتبطين بالسر لغايات المصلحة العامة، إلا أنه من الملاحظ سابقًا، فيما يخص المصرفي أنه ليست المصلحة العامة المنبثقة من شرف وسمعة الوظيفة هي أساس الالتزام بالسر وإنما قبل كل شيء المصلحة الخاصة للزبون، فالسر المصرفي للمصرفي هو من خاصية نسبية ويمكنه أن يتوافق مع ضرورات عالم الأعمال أو حتى أيضا مع حماية المصلحة العامة[2].

وعليه كونه صاحب السر فإن دائن بالسر المصرفي وغالبًا ما يكون زبون المصرف يتمتع بسلطة الترخيص للمصرفي بإفشاء بعض المعلومات ذات الطبيعة السرية بخصوصه[3].

فالمخالفة لا تؤسس في هذه الحالة نظرًا للترخيص المسبق بالإفشاء، لكن الأمر على خلاف ذلك إذا ما كان الرضا قد منح بعد إرتكاب المخالفة، بالفعل ولا يعتبر في هذه الحالة بمثابة عفوًا موقفًا لممارسة الدعوى العمومية.

---

1 – Anne TIESSIER, opcit,p 85.

2 – بوساعة ليلى: المرجع السابق، ص: 58.

3 –الدكتور/ نعيم مغبغب: المرجع السابق، ص: 102.

إلا أنه من الضروري أن يكون هذا التخلي أو رفض التمسك بالسرية حرًا وواضحًا من طرف الزبون.

ثالثا: الحسابات الرقمية

وفي هذا المجال بحكم الممارسة المصرفية في سويسرا نجدها تتبنى تقنية الحسابات الرقمية أو الخزائن الحديدية تحت أرقام، كحماية إضافية مقررة تشريعيا في العديد من الدول مثل اللكسمبورغ أو باناما أو سنغافورة، حيث تعد السرية التي تحيط علاقات الأعمال مقرر بها صراحة.

على خلاف التشريع المصرفي في الجزائر حيث جاء خاليا من هذا النوع من الحسابات، وخير ما فعل المشرع الجزائري مما قد يكون مرتعا خصبا للغش الضريبي، إذ لا بد من رقابة صارمة من أجل شفافية أكثر.

بالنسبة للحسابات الرقمية فإن مجال الحماية بالسر المصرفي يكون أنجع فيما يخص المعلومات السرية، فما هي حقيقة هذه الحسابات وكيف تمارس السرية في هذا النوع من الحسابات؟

هو حساب مرقم لا يعلم بهوية صاحبه إلا إدارة المصرف الممثلة في مديرها أو المدير المساعد أو أي شخص يعين لهذا الغرض، في حين باقي الموظفين لا يحوزون إلا على رقم أو شفرة خاصة بالحساب [1].

بالفعل، عدد محدد من العمال يعلمون بهوية الزبون، ولذلك حتى ولو درجة السرية غير موسع فيها في حالة حسابات مصرفية من هذا النوع، إلا أن الموظف عاجز على التأكيد من أن زبون لديه حساب مفتوح لدى مصرف الذي يعمل فيه.

بل وحتى من غير المشكوك فيه أن الزبون الذي يفتح حساب رقمي يكون محميا أكثر من الحسابات التقليدية طالما أنه يرغب في إخفاء ثرواته للجمهور، فإن الرضاء الضمني للتوسيع من السرية يمكن أن يستشف في هذه الحالة.

1 – Raymond FARHAT,opcit,p 88

إلا أنه بالرغم من ذلك، ينصح من باب الوقاية للزبون أن يحدد لمدير المصرف، أو على الأقل للأشخاص العاملون بالحساب عند فتحه في عدم رغبة الزبون في أن يعرف بتواجد الحساب إزاء الغير [1].

وعليه فالحساب الرقمي يفتح كأي حساب مع فارق بسيط أن عدد الموظفين العارفين بصاحب الحساب الرقمي قليلون.

الحسابات الرقمية لا تخضع لنظام خاص للسر المصرفي فتطبق عليه قواعد القانون العام والخاص، ذلك أن الأمر لا يعدو إلا تقنيا لمنع أي إعتداء على السر المصرفي.

عمليا يمكن للزبون أن يطلب من المصرف بالاحتفاظ على كل الوثائق ولا تسلم إلا لهذا الأخير أو لممثله المرخص له، كما أنه قد يمنع من إتمام أي عملية دفع بدون حضوره الشخصي أو بوجود رمز بجانب توقيعه.

.

1 – G.LASSERRE CAP DE VILLE,opcit,p 279.

الفصل الثاني

جزاء الإخلال بمبدأ الالتزام بالسر المصرفي

تتوقف القوة الإلزامية للالتزام بحفظ السر المصرفي الملقى على عاتق المصارف والمؤسسات المالية على الحماية القانونية التي يقررها المشرع بموجب النصوص القانونية، والتي بدونها يصبح هذا الالتزام شعارا زائفا لا قيمة له وخالي من كل مضمون، وتتمثل هذه الحماية في تلك الجزاءات التي تترتب على فعل الإفشاء سواء كانت جزاءات مدنية أو جناية أو تأديبية، ذلك أن هذا الفعل يشكل جريمة تعاقب عليها القوانين الجنائية للدول التي تفرض على مصارفها كتمان أسرار عملائها، كما ينتج عنه ضررا موجباً للتعويض يؤدي إلى قيام المسؤولية المدنية للمصرف، وفي نفس الوقت أيضا يعتبر هذا الفعل تقصيرا من المصرف وخطأً تأديبياً يؤدي إلى المساس بشرف وواجبات المهنة.

ولهذا سنتطرق في هذا الفصل إلى دراسة الاثار المترتبة على افشاء السر المصرفي في المبحث الاول والمتمثلة في الجزاء الجنائي في المطلب الأول، ثم الجزاء المدني المترتب عن هذا الإخلال في المطلب الثاني وأخيرا الجزاء التأديبي في المطلب الثالث.كما نتطرق لأسباب إباحة السر المصرفي والأشخاص المعنيون بذلك في المبحث الثاني.

المبحث الأول: الاثار المترتبة على افشاء السر المصرفي.

لقد سبق وان أشرنا الى ان السر المصرفي تميز في بدايته بالطبيعة العقدية قبل ان يعترف به قانونا وتخصيص جزاءات ردعية له ذلك ان أي تشريع او تنظيم لا يكون نافذا وذا مصداقية الا إذا اقترن بجزاءات ردعية تتخذ حالة خرق احكامه ونظرا لما لقاعدة السرية المصرفية من أهمية كبرى في النظام المصرفي باعتبارها من اهم قواعد العمل المصرفي التي تفرضها القوانين والأعراف فان الاخلال بها تترتب عنه عقوبات جزائية وأخرى تأديبية ومدنية.

المطلب الأول: المسؤولية الجزائية للمصرف عن الإخلال بمبدأ الالتزام بالسر المصرفي.

تجرم التشريعات في كثير من الدول إفشاء الاسرار وتقرر بذلك عقوبة جنائية على مرتكب الجريمة[1]، ويعد إفشاء السر من جرائم الاعتداء على الأشخاص التي تصيبهم في شرفهم واعتبارهم بحسب الأصل[2]، ويرى البعض أن هذه الجريمة هي الأكثر إساءة للشخص من كل صور الاعتداءات على الحياة الخاصة الأخرى، لأنها تفترض توافر ثقة متبادلة بين الأمين والعميل[3]، وقد يتبادر إلى الذهن لأول وهلة أن علة التجريم تتمثل في رغبة المشرع في حماية إرادة المجني عليه في أن تظل بعض وقائعه سرية، ويرى الأستاذ نجيب حسني أن الأصوب القول بأن القانون يحمي مصلحة المجني عليه في أن تبقى الواقعة سرا، لأن هذا ما تقتضيه صيانة المكانة الاجتماعية لصاحب السر، وفي إفشائه إساءة لمكانته ومساس بشرفه واعتباره وهذا ما يبرر إدراج هذه الجريمة ضمن الجرائم الماسة بالشرف والاعتبار

غير أن الأمر لا يتوقف عند هذا الحد فقط لأن المشرع أراد بهذا التجريم أن يكفل المباشرة السليمة والمنتظمة لبعض المهن التي يضطلع أصحابها بدور اقتصادي هام في المجتمع، كالمهنة المصرفية التي تفترض أن يودع العملاء بأسرارهم لدى المصارف، إذ أن هذه الاسرار هي موضوع نشاطهم المهني [4]. فالإفشاء بها قد لا يضر فقط بهؤلاء العملاء بل يمس أيضا بالصورة الحسنة والسير الحسن للمهن التي يدان ممارسوها بهذه الجريمة [5].

1 – من بين هذه التشريعات القانون الجزائري بموجب المادة 301 من ق ع، والقانون الفرنسي بموجب المادة 226–13 من ق ع، والقانون السويسري بموجب المادة 321 من ق ع، والقانون البلجيكي بموجب المادة 458 من ق ع، والقانون المصري بموجب المادة 310 من ق ع، والقانون السوري بموجب المادة 535 من ق ع.

2 – الدكتور/معوض عبد التواب: القذف والسب والبلاغ الكاذب وإفشاء الأسرار والشهادة زور، دار الفكر القانوني، طنطا، الطبعة الرابعة، 2007، ص 513 .

3 – Jean Pradel et autres: Droit pénal spécial، CUJAS، Paris, 4em édition, 2007/2008, p.256.

4 – الدكتور/محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص 110

5 – Jean Pradel et autres: op.cit, p.256.

تبعا لما سبق يمكن القول بأن السرية المصرفية تدعم ثقة الجمهور بالمصارف، وتعطي ضمانات جدية للكتمان لذلك أصبغ المشرع الحماية الجنائية لها حتى يضمن تأمين المصلحة الاقتصادية في المجتمع، وتقتضي منا الدراسة التطرق لأركان لجريمة إفشاء السر المصرفي ثم العقوبة المقررة لها.

الفرع الأول: أركان جريمة إفشاء السر المصرفي

تعرف الجريمة بأنها كل فعل أو امتناع عن فعل يصدر عن شخص مسؤول رتب له القانون عقابا [1]، وجريمة إفشاء السر المصرفي تستلزم لقيامها بالإضافة إلى الركن المعنوي توافر صفة خاصة في الجاني يكتمل بها الركن المادي، وهي أن يكون الشخص أميناً ضرورياً على السر المصرفي وتستمد هذه الصفة من طبيعة المهنة التي تمارسها المصارف، فأركان الجريمة هي العناصر التي لا وجود للجريمة بدونها.

اولا: الركن المادي لجريمة إفشاء السر المصرفي

لا يعاقب قانون العقوبات على الأفكار ولا على النوايا السيئة ما لم تظهر إلى الوجود الخارجي بفعل أو عمل، إذ يعبر هذا الأخير عن النية الإجرامية أو الخطأ الجزائي وهذا ما يسمى بالركن المادي للجريمة [2]، الذي يقوم بتوافر عنصرين هما فعل الإفشاء وصفة من أتمن على السر، ويكتمل الركن المادي لهذه الجريمة بتوافر هذين العنصرين معا [3].

1-فعل الإفشاء:

تجدر الإشارة إلى أن القانون لا يجرم إفشاء أي سر إنما يقتصر التجريم على إفشاء أسرار تودع لدى من يمارسون مهنا معينة تفترض في عملائهم اضطرارهم إلى إيداعها

1 – صالح نائل عبد الرحمان: محاضرات في قانون العقوبات، القسم العام، دار الفكر، عمان، الطبعة الأولى، 1995 ص 31.

2 – الدكتور/أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجنائي العام، دار الهومة، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2014، ص 85

3 – فخري عبد الرزاق الحديثي وخالد الزغبي: شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، 2009، ص 199

لديهم، ويشترط أن تقوم الصلة بين السر وممارسة المهنة [1]، وتبعا لذلك لا تعاقب المادة 301 من قانون العقوبات الجزائري إلا على إفشاء السر الذي تلقاه المفشي أو استودع إياه نظرا لحالته أو لمهنته، فالسر إذن يجب أن يكون محلا لإيداع فيسمى بذلك بالسر المصرفي

ا-تعريف الإفشاء:

لقد تعرض الكثير من الفقهاء إلى تعريف إفشاء [2] السر المصرفي بصفة عامة فعرفه البعض بأنه البوح والإفضاء بالسر واطلاع الغير عليه سواء بالقول أو الكتابة أو الإشارة[3]، بينما اعتبره البعض الآخر كشف السر واطلاع الغير عليه مع تحديد الشخص صاحب، المصلحة في كتمانه، أو كشف عن بعض معالم شخصيته التي من خلالها يمكن تحديده[4].

وقيل أيضا أن إفشاء السر يعني إفضاء من أوتمن على السر بحكم وظيفته أو مهنته عمداً في غير الأحوال المصرح بها وبدون رضا صاحبه

أما بالنسبة للقضاء فقد عرفته محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها بأنه: "أي فعل إرادي تكون نتيجته أن يعرف الغير جزئياً أو كلياً الواقعة السرية، ويستوي أن يتم ذلك شفاهة أو كتابة أو أن يكون الإفشاء لشخص واحد أو لجمهور غير محدد"[5]، كما قضت محكمة استئناف لبنان في قرارها الصادر في 1996/07/12 بأن المقصود بكشف السر المصرفي أن تكون إرادة الفاعل متجهة لإعطاء العلم للغير حول مكونات الحساب ليلحق

1 – بن شيخ: جنحة إفشاء الأسرار، مجلة الشرطة الجزائرية، العدد 52، جويلية 1995، ص 17

2 – الإفشاء لغة من فشا يفشو فشوا أي ظهر وانتشر ومنه إفشاء السر أي نشره وأذاعه فيقال أفشى سره وخيره مجمع. اللغة العربية: المعجم الوسيط، القاهرة، الطبعة الثالثة، 1985، ص 715

3 – الدكتورمحمد صبحي نجم: شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر الطبعة الرابعة، 2003، ص 111

4 – عبد الحميد الشواربي: مسؤولية الأطباء والصيادلة المدنية والجزائية والتأديبية، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون طبعة، 1998، ص 293. فالإفشاء في جوهره نقل معلومات أي أنه نوع من الإخبار تتحدد عناصره بأمرين موضوعه أي السر والشخص الذي يتعلق به، فمجرد الكشف عن السر لا يعتبر افشاءاً بل يجب تحديد الشخص المعني به، فبدون ذلك التحديد لا ينتج الإفشاء أثره القانوني، ولا تتحقق علة التجريم في حماية المصلحة المشروعة لهذا الشخص.

5 – الدكتور/محمود كبيش: المرجع السابق، ص 20

الضرر بصاحبه، أما إذا كان الإنذار للمطالبة باستيفاء دين فهو يعتبر ممارسة لحق ولا يعد خرقا للسرية المصرفية [1].

ويحصل الإفشاء عندما يتعرف شخص ثالث على الأسرار بدون وجه حق سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، ولا فرق على اقتصار المعرفة بعدد صغير ومحدد من الأشخاص[2]، ولا يشترط أن يكون الإفشاء بالسر كاملا بل يكفي إفشاء جزء منه، كما لا يشترط أن يكون الإفشاء علنياً بل يكفي أن يكون إلى شخص واحد[3]، ويرى بعض الفقه أنه لاعتبار الإفشاء ركناً في هذه الجريمة يجب أن ينتج عنه إعطاء حد أدنى من الدقة والوضوح حول المعلومات الخاصة بالزبون، فلا يكفى لقيام الجريمة إعطاء المصرف بعض الأجوبة العامة لسؤال فضولي، إذ يشترط أن يمس الإفشاء مباشرة بالمعلومات محل السرية.

و تطبيقا لذلك فان المصرف الذي ينشر أخبارا عن مجموع ودائعه دون تعيين أسماء عملائه لا يتعد مرتكبا لهذه الجريمة، لكن يجب ألا يفهم من ذلك أن عدم تحديد اسم العميل لا يعتبر افشاءا للسر بل يكفي تحديد بعض معالم شخصيته على نحو يكفي للتعرف عليه أي تعيينه نسبيا[4]، وقد اعتبر القضاء الفرنسي أن جريمة إفشاء السر تقع ولو انصب الإفشاء على واقعة معروفة لم تكن ذات شهرة عامة لأن هذا الإفشاء يضفي على الواقعة تأكيدا لم يكن لها من قبل[5]، كما أن تكرار الإفضاء بالسر لا ينزع عنه صفة السرية بل يظل الإفضاء معاقبا عليه مهما تكرر إلا إذا كان في استطاعة كل من يهمه الأمر الاطلاع

1 – سمير فرنال بالي: المرجع السابق، ص 179

2 – الدكتور/نعيم مغبغب: المرجع السابق، ص 150

3 – الدكتور/أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال ج 1، 2014، دار هومة، الجزائر، ص 244

4 – الدكتور/محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص 116

5 – Cass 19/12/1885.S.1886-1-86

أشار إلى هذين القرارين الدكتور أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص Cass 17/06/1931.S.1932-1-37396

عليه[1]، ولا يشترط لقيام هذه الجريمة أن يكون من شأن إفشاء السر تسبيب ضرر لصاحبه أو لأي شخص آخر[2].

ويفترض الإفشاء وفقا لما سبق ذكره أن يتم إلى الغير ويراد بالغير هنا أي شخص لا ينتمي إلى هذه الفئة من الناس الذين ينحصر فيهم نطاق العلم بالواقعة التي توصف بالسرية، ومهما زاد عدد الأفراد الذين يحيطون علما بالسر فان ذلك لا يزيل عنه صفة السرية شريطة أن يكونوا جميعا ممن لهم الشأن في حفظه [3]، وتطبيقاً لذلك فان قيام المصرف بتزويد موظفي مصرف الجزائر بمعلومات عن عمليات مصرفية تتعلق بعميل ما لا يعد افشاءاً للسر، لأن موظفي مصرف الجزائر ممن لهم صفة الاطلاع على السر وعليهم واجب الكتمان أيضا [4].

لذلك لا تتحقق جريمة الإفشاء إذا تم الإفضاء بالمعلومات من قبل أحد موظفي المصرف إلى موظف آخر في نفس المصرف تقتضي طبيعة عمله العلم بهذه المعلومات إذ يعد هؤلاء أمناء على نفس السر ولا يعدون من الغير[5]، ولا يعد من الغير أيضا الشخص المعني بالسر إذ لا وجود لسر المصرفي اتجاهه، ويلتزم المصرف بذلك بأن يطلعه عن كل المعلومات المتعلقة بحياته الخاصة التي كان يجهلها والتي اكتشفها المصرف أثناء مهامه، فالغير إذن يقصد به الشخص الأجنبي عن العلاقة المهنية الذي ليست له صفة في حيازة السر.

---

1 –وقد قضت محكمة أمن الدولة المصرية العليا بأن إفشاء السر مرة لا يمنع من العقاب على إفشائه مرة أخرى لأن تكرار الإفشاء يزيد الإلمام به، كما أن سبق إفشاء السر لا يرفع عنه صفته ذلك أن إفشاء السر مرة لا يحول دون تبليغه مرة أخرى لغير من أفشى إليهم حتى ولو فقد السر أهميته فلا يؤثر ذلك على مسؤولية من يفشيه.

2 – Cass.civ 12/06/1958,J.C.P.1959, 2, n° 10940.

. أشار إلى هذا الحكم الدكتور محمود كبيش: المرجع السابق، ص 22

3 – الدكتور/أحمد فتحي سرور: الوسيط في شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، 1985، ص 882

4 – المادة 2/117 من قانون النقد والقرض سابق الذكر.

5 – غادة عماد الشربيني: المسؤولية الجنائية عن الأعمال المصرفية، دار أبو المجد للطباعة والنشر، مصر، بدون طبعة، 1993، ص 199 .

أو العلم به ولو كان هذا الشخص وطيد الصلة بصاحب السر أو الأمين عليه[1].

على خلاف ذلك فإن الإفشاء لا يعد جريمة إذا أفضى موظف المصرف بمعلومات متعلقة بالحساب إلى النائب القانوني للعميل، أو إلى وكيله بشرط أن تتضمن الوكالة سلطة الاطلاع على المعلومات[2]، وفي التشريع السويس ري إذا منح العميل توكيلا رسمياً لحسابه يحق للطرف المفوض الحصول من المصرف على المعلومات الخاصة بتلك الحسابات،، كما يحق للحائزين على حساب مشترك الحصول بصفة فردية على معلومات كاملة عن كل المعاملات المتعلقة بالحساب دون أن يجوز لهم الاطلاع على المعاملات الخاصة بكل شريك في الحساب، وإذا كان العميل شخصاً اعتبارياً فلا يخفى السر عن ممثله القانوني أو القضائي[3]، وفيما عدا ذلك يعد الإفشاء بالسر إلى الغير مكونا للنشاط الإجرامي مهما كان هذا الغير وأيا كانت علاقته بالعميل ما لم يكن هناك سبباً يبيح الإفشاء بالسر

ب-وسائل الإفشاء:

لم يحدد المشرع في المادة 301 من قانون العقوبات ولا المادة 117 من قانون النقد والقرض وسيلة معينة من شأنها أن تحقق الإفشاء. فيتحقق هذا الأخير إذا أعلن السر بأية طريقة كانت سواء تم ذلك بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، شفوياً أو كتابياً أو عن طريق إعلام الغير بموقف حسابات العميل أو الموقف الائتماني له أو ببيان أرصدته، وبصفة عامة يتحقق الإفشاء بفعل ايجابي أو سلبي، وقد يقع الإفشاء بفعل ايجابي عن طريق الكتابة كالنشر في الصحف والمجلات، أو عن طريق مكتوب خاص يوجه إلى شخص غير الزبون، كما يتحقق الإفشاء بالبوح شفاهة بالسر أثناء حديث داخل مؤسسة مصرفية أو عبر الهاتف، ولا يهم في ذلك إذا كان الكلام موجهاً للجمهور أو لشخص معين إذ يشترط فقط

1 – الدكتور/أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص 400. وقد أخذ القضاء الإنجليزي بذلك بخصوص السر المصرفي للأطباء حيث استدعي طبيب شهير في انجلترا للكشف عن زوجة أخيه فوجدها في حالة إجهاض بينما كان أخوه غائبا لمدة طويلة، وكان الطبيب قد أفشى إلى زوجته بذلك فقامت بإشاعة الخبر لأفراد العائلة، فرفعت الزوجة صاحبة السر دعوى ضد الطبيب تطالبه بالتعويض وسايرها القضاء الانجليزي في ذلك وحكم عليه بالتعويض.

2 – الدكتور/محمود كبيش: المرجع السابق، ص 21

3 –الدكتور/ سعيد عبد اللطيف حسن: المرجع السابق، ص 310–311

أن يتضمن الإفشاء إعطاء إيضاحات تجعل السر معروفا[1].

كما يعد افشاءاً للسر تسجيله على شريط أو إذاعته في محطات إذاعة أو تلفزيون، وقد يحصل الإفشاء في مجلس خاص أو في محل عام، وقد يتخذ الإفشاء صورة الامتناع كأن يشاهد الملتزم بالكتمان شخصا يحاول الاطلاع على الأوراق التي دون فيها أسرار العملاء ولا يحاول منعه من ذلك بالرغم من استطاعته[2]، فإذا علم المصرف باطلاع شخص غير ذي صفة على دفاتره ولم يمنعه من ذلك يعد مرتكباً للجريمة، أو أن يسمح موظف المصرف لشخص بالاطلاع على المعلومات التي يحتويها الحاسوب الآلي[3]، أو أن يعطي كلمة السر لشخص غير ذي صفة تمكنه من الدخول إلى برنامج الحاسوب[4].

2-الصفة الخاصة للفاعل.

لا تطبق المادة 301 من قانون العقوبات إلا على طائفة معينة من الأمناء على الأسرار وهم الأمناء بحكم الضرورة[5]، أو بحكم ممارسة المهنة أي من تقضي وظيفته أو مهنته بتلقي الأسرار إذا كانت هذه أو تلك عامة لخدمة الجمهور[6]، ولم يشأ المشرع حصرهم بل اكتفى بذكر البعض منهم كالأطباء والجراحون والقابلات ثم رادف بقوله: "...و جميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلي بها إليهم..."تاركاً بذلك للقضاء مهمة تعيينهم، وبهذا يظهر لنا أن المشرع الجزائري أخذ بالمعنى الواسع للأمين على السر.

---

1 – غادة عماد الشربيني: المرجع السابق، ص: 200.

2 – الدكتور/أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص 401

3 – كامل السعيد: الجرائم الواقعة على الشرف والحرية، الطبعة الأولى، 1996 دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص 221

4 – الدكتور/محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص 117

5 – الدكتور/محمود كبيش: المرجع السابق، ص 12. وقد عرفت محكمة النقض الفرنسية الأمين بالضرورة في أحد قراراتها بأنه:

"الشخص الذي تصل المعلومات إلى علمه أثناء مباشرته لوظيفته، أو أنه المباشر لمهنة تتعلق بأمور أعطاها القانون صفة السرية أو أن تكون هذه الوقائع قد أفضي بها إليه تحت ستار السرية بسبب وظيفته ".

6 – الدكتور/أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجنائي الخاص، المرجع السابق، ص 241

وهكذا تعد جريمة إفشاء السر المصرفي من جرائم ذوي الصفة الخاصة التي لا يرتكبها إلا شخص ذوي صفة معينة مستمدة من نوع المهنة التي يمارسها، والسبب في تطلب هذا الركن هو أن جوهر الجريمة هو الإخلال بالتزام ناشئ عن المهنة وما يتفرع عنها من واجبات، وهذه الصفة متطلبة في مرتكب الجريمة وقت إيداع السر دون وقت إفشائه لأن الالتزام بعدم الإفشاء يستمر حتى لو زالت عنه هذه الصفة[1]، ولقد خص بعض الفقه هذا الضابط في أربعة عناصر بالقول بأن المهن التي يلتزم أصحابها بحفظ السر هي ممن تفترض الثقة والدراية، ولا تمارس إلا بعلم الأسرار ويكون الالتجاء إلى أصحابها اضطراري لأنها هامة في المجتمع، ولا شك في أن مهنة المصارف تعد من المهن التي تفترض الثقة العامة والتي يضطر الأشخاص إلى اللجوء إليها، فالتعامل مع المصارف أصبح . أمرا لا غنى عنه هذا فضلا عن أن هذه المهنة تهدف إلى تحقيق المصلحة العام[2].

نتيجة لما سبق حتى يجرم إفشاء السر المصرفي يجب أن يصدر فعل الإفشاء من الأمناء الضروريين على الأسرار أي ممن تتوافر فيهم الصفة لذلك، أما إذا وقع الإفشاء من شخص لا يمارس هذه المهن ولم يحصل على السر بحكمها فلا التزام عليه قانونا، وبهذا يكتمل الركن المادي لهذه الجريمة غير أن التساؤل يطرح حول حكم الشروع والاشتراك في هذه الجريمة.

فبالنسبة للشروع في هذه الجريمة فإنه غير معاقب عليه في القانون الجزائري والفرنسي والمصري والأردني، ذلك أن هذه الجريمة جنحة ولا يعاقب على الشروع في الجنح إلا بنص قانوني صريح [3]، لذلك يشترط أن تقع الجريمة تامة لتطبيق العقوبة على الجاني[4].

---

1 – الدكتور/محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص 119

2 – الدكتور/محمود كبيش: المرجع السابق، ص 13

3 – المادة 31 من قانون العقوبات الجزائري.

4 – على خلاف التشريعين اللبناني والسوري اللذين نصا صراحة على معاقبة الشروع في هذه الجريمة، فقد نصت المادة الثامنة من قانون سرية المصارف اللبناني على أنه: "كل مخالفة عن قصد لأحكام هذا القانون يعاقب مرتكبها بالحبس من ثلاثة أشهر حتى سنة، والشروع في الجريمة معاقب عليه بنفس العقوبة"، كما نصت المادة الثامنة من قانون سرية

أما بخصوص الاشتراك في الجريمة الذي يعد شكل من أشكال المساهمة الجنائية [1] فإنه متصور في هذه الجريمة [2]، واستناداً إلى نص المادة 44 من قانون العقوبات الجزائري فإن الشريك في جناية أو جنحة يعاقب بنفس العقوبة المقررة للجناية والجنحة، فالشخص الذي يساعد عن وعي وإرادة على ارتكاب هذه الجريمة يتعرض لعقوبة الفاعل الأصلي[3]، وتشترط صفة الأمين على السر في الفاعل أما إذا وجد شخص آخر شارك أو تدخل في ارتكاب الجريمة فيعاقب أيضا دون اشتراط توافر صفة التزامه قانوناً بموجب كتمان السر [4].

ثانيا: الركن المعنوي لجريمة إفشاء السر المصرفي

لا يكفي لقيام الجريمة ارتكاب عمل مادي ينص ويعاقب القانون عليه بل لا بد أن يصدر هذا الفعل المادي عن إرادة ووعي من الجاني، وتشكل هذه العلاقة التي تربط العمل المادي بإرادة الفاعل ما يسمى بالركن المعنوي للجريمة، ويتمثل هذا الأخير في نية داخلية يضمرها الجاني في نفسه، وقد يتمثل أيضا في الخطأ أو الإهمال أو عدم الاحتياط لهذا يتخذ الركن المعنوي للجريمة صورتين صورة الخطأ العمدي أي القصد الجنائي أو صورةالخطأ غير العمدي [5].

ولما كانت هذه الجريمة من الجرائم العمدية فلا يكفي لقيامها انتشار السر بل يجب أن يكون ذلك الإفشاء عمدياً، ومن ثم يتخذ الركن المعنوي لهذه الجريمة صورة القصد الجنائي والنتيجة المترتبة على ذلك أنه لا قيام لهذه الجريمة بدونه، بيد أن المشرع الجزائري لم

المصارف السوري على أنه: " كل مخالفة لأحكام هذا القانون يعاقب مرتكبها بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة، ويعاقب على الشروع بذات عقوبة الجريمة."

1 – الدكتور/أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجنائي العام، المرجع السابق، ص 144

2 – الدكتور/محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص 123

3 – والملاحظ أن المادة 2/47 من قانون الصرافة السويسري عاقبت حتى على التحريض على الإفشاء الذي يصدر من شخص خاضع لقانون الصيارفة.

4 – الدكتور/نضير شيوعان: المرجع السابق، ص 11

5 – قديدر إسماعيل: المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء الأسرار الطبية، 2011–2010، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، ص 117

ينص صراحة في المادة 301 على تطلب القصد الجنائي كشرط لقيام المسؤولية الجنائية. إلا أن القصد الجنائي هو ركن أساسي في أية جريمة وفقاً للقواعد العامة لأن الأصل في الجرائم أن تكون عمدية والاستثناء أن تكون غير عمدية، ومن ثم كانت القاعدة إذاصمت المشرع عن بيان صورة الركن المعنوي في جريمة من الجرائم كان معنى ذلك أنه يتطلب القصد الجنائي فيها، أما إذا قدر الاكتفاء بالخطأ غير العمدي كان عليه واجب الإفصاح بذلك [1].

وقد يعتبر الفقه[2] والقضاء[3] على أن القصد الجنائي في جريمة إفشاء الأسرار هو القصد العام لذلك هجر الراي الذي كان يتطلب في هذه الجريمة قصداً خاصاً قوامه نية الأضرار بالعميل، لأن علة التجريم ليست الحماية من الضرر بقدر ما هي ضمان السير السليم والمنتظم لبعض المهن وهو ما لا يرتبط بضرر أو نية إضرار، وقد عرفت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بأن القصد الجنائي في جريمة إفشاء السر المصرفي هو اتجاه إرادة المهني بإفشاء السر مع علمه بذلك ومهما كانت الوسيلة[4].

ويقضي هذا العنصر ضرورة علم الموظف الذي اطلع على بيان الأوراق من أن لها صفة السرية، وأن لهذا السر الطابع المهني وأنه يمارس مهنة تجعل منه مستودعاً للأسرار، كما يجب أن يعلم بأن العميل غير راض عن إفشاء السر. أما إذا اعتقد الفاعل أن الواقعة ليست سرا أو ليست لها صلة بمهنته أو اعتقد أن العميل قد صرح له بالإفشاء فإن القصد الجنائي ينتفي [5]. ويشترط القانون للعقاب على الجريمة بالإضافة إلى العلم عنصر الإرادة لذلك يجب إفشاء السر، وما يترتب على ذلك من مساس بسلامة الحقوق التي أن تتجه إرادة الجاني الحظر القانون الاعتداء عليها، فلا تقوم المسؤولية الجنائية في حالة غياب القصد

1 – محمد صبحي نحم: المرجع السابق، ص 112

2 – الدكتور/ أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص 335

3 – Crim 19/12/1885,DP,1886-1-347 «…Le délit existé dés que la révélation a été faite avec connaissance indépendamment de toute intention spéciale de nuire.. ». Crim 08/05/1947, J.C.P, 1948-2-4141

4 – Crim 17/06/1991, DP, 1991,n° 316. Cité par Anne Teissier : op.cit, p158.

5 –الدكتور/ أحمد فتحي سرور: المرجع السابق، ص 773

الجنائي [1]، وبعد استعراضنا لعناصر القصد الجنائي يثور التساؤل حول إمكانية قيام هذه الجريمة بالإهمال؟

تقرر بعض التشريعات وجود جريمة إفشاء السر المصرفي حتى في حالات لا يتوافر فيها القصد الجنائي أي في حالات تقع فيها الجريمة بالإهمال [2]، من هذا القبيل نجد القانون السويسري حيث تنص المادة 47 من القانون الفدرالي على قيام المسؤولية الجزائية لموظف المصرف عن إفشائه لأسرار العملاء ولو وقع منه ذلك خطأً، وفي نفس السياق لم تشترط المادة السابعة من قانون سرية الحسابات المصري القصد الجنائي، الأمر الذي دفع بعض الفقه إلى اعتبار أن هذا الجريمة تقوم حتى في حالة الإهمال.

يختلف الأمر في القانون الفرنسي فبالرجوع لنص المادة 13/226 من قانون العقوبات تعتبر جريمة إفشاء السر المصرفي جريمة عمدية يشترط لقيامها القصد الجنائي، وقد ساير القضاء الفرنسي هذا الموقف[3]، ونفس النهج سار عليه المشرع الجزائري الذي لم ينص على قيام الجريمة في حالة الخطأ أو الإهمال، فإذا أخطا موظف المصرف أثناء اطلاع العميل على حسابه بطريقة مكنت الغير من معرفة الرصيد، أو ذكر بصوت مرتفع رصيد العميل أو كتبه على ورقة واطلع عليها الغير دون قصد منه [4] أو وقع في لبس بين الشخص الذي يطلب معلومات وصاحب الحساب المصرفي فلا قيام للجريمة[5]، أو أنه أرسل كشف حساب العميل في مغلف مفتوح مما أدى إلى الاطلاع عليه من قبل الغير، ففي

1 – Jean Larguier et autres: Droit pénal spécial، Dalloz, Paris, 14em édition, 2008, 120.

2 – الدكتور/أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص 408. الإهمال صورة من صور الخطأ المقترف بموقف سلبي أو بالترك أو الغفلة أو الامتناع، أما قلة الاحتراز فتكون بسبب الطيش أو عن عدم التبصر ومثال ذلك أن يضع موظف المصرف وثائق

3 – Crim 07/03/1989, B.C, n° 109

«L'intention frauduleuse de celui qui commet une violation du secret professionnel consiste dans la conscience qu'il a de révéler un secret dont il a connaissance…… ».

4 – الدكتور/محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص 122

5 – Cass.crim 23/01/2001,n° 00-83-2

كل هذه الأحوال ينتفي الركن المعنوي[1] وبالتالي لا يساءل الفاعل جنائياً إلا أن المسؤولية التأديبية والمدنية تبقى قائمة[2].

سرية على مكتبه بدلا من أن يضعها في حرز مغلق فيطلع عليها الغير، أما الرعونة في خطأ أصحاب الاختصاص في عدم مراعاة أصول مهنتهم، أما عدم مراعاة القوانين والأنظمة فهي كل مخالفة لأي حكم يقضي به القانون.

بناءا على ما سبق ذكره تتحقق جريمة إفشاء السر المصرفي بمجرد توافر إرادة القيام بفعل الإفشاء من قبل الأمين على السر مع علمه بأركان الجريمة لكن السؤال الذي يطرح هل يؤخذ بالباعث في هذه الجريمة؟

إن القاعدة المستقر عليها فقها هي أنه لا أثر للباعث على توافر قصد الإفشاء[3]. فيستوي لدى القانون أن يكون الباعث من إفشاء السر نبيلا أو شريرا، وتطبيقاً لذلك فإن موظف المصرف يرتكب جريمة إفشاء السر المصرفي ولو قصد من ذلك تحقيق مصلحة العميل كما لو أراد تدعيم موقفه أمام الدائنين أو إثبات أنه ملئ لتمكينه من عقد الصفقة[4].

وبهذا نكون قد حددنا أركان جريمة إفشاء السر المصرفي بدءاً بالركن المادي والركن المعنوي بمقوماته فمتى قامت الجريمة استحق مرتكبها العقوبة المقرر لهذه الجريمة، وهذا ما سوف نتناوله في الفرع الثاني

الفرع الثاني: العقوبة المقررة لجريمة إفشاء السر المصرفي

الأصل أن المجتمع يستنكر الجريمة بوصفها عملا ضارا تصيبه في أمنه وتعرض مصالحه الحيوية للخطر، لهذا يعبر عن غضبه إزاء هذا العمل الضار بإزالة العقوبة على

1 – الدكتور/أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص 461

2 – Pierre Lambert: op.cit, p.154.

3 – الدكتور/أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص 463، ويعرف الباعث في الجريمة بأنه الدافع النفسي الذي حرك الجاني لارتكاب الجريمة لذلك فهو يختلف عن القصد الجنائي الذي يعد مجرد إرادة ارتكاب الجريمة مع العلم بأركانها، كما يختلف عن الهدف الذي يرمي إليه الجاني بفعله أي النتيجة التي يريد حدوثه.

4 – الدكتور/سعيد عبد اللطيف حسن: المرجع السابق، ص 344

الجاني [1]، ولما كانت جريمة إفشاء السر المصرفي جنحة فإن العقوبات الأصلية في مواد الجنح الجنح بحسب المادة 5 من قانون العقوبات هي العقوبة السالبة للحرية والغرامة. إلا أن الجزاء الذي يقرره المشرع قد يوقع على شخص طبيعي أو معنوي وهذا ما سوف نوضحه كالتالي.

أولا: العقوبة المقررة للشخص الطبيعي

نعني بالشخص الطبيعي هنا كل موظف لدى المصرف وقد حدد المشرع الجزائري عقوبة خاصة لجريمة إفشاء السر المصرفي بمقتضى المادة 301 من قانون العقوبات التي جاء فيها ما يلي:

"يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 20000 إلى 100000 دج الأطباء..." [2]، بالمقابل قد حدد المشرع الفرنسي عقوبة هذه الجريمة بمقتضى المادة 226-13 بالحبس مدة سنة وغرامة قدرها 15000 أورو، وانطلاقا من ذلك يمكننا إبداء الملاحظات التالية حول العقوبة المقررة لهذه الجريمة:

-لم ينص المشرع الجزائري على عقوبة خاصة بجريمة إفشاء السر المصرفي على خلاف ما فعلت بعض التشريعات [3]، بل أحال في ذلك إلى نص المادة 301 من قانون العقوبات وهذا ما يتضح من عبارة " يخضع للسر المهني تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات...." الواردة في المادة 117 من قانون النقد والقرض.

-أقرن المشرع الجزائري العقوبة السالبة للحرية بعقوبة الغرامة لكن لم يجعلها اختيارية، بل أوجب على القاضي أن يحكم بكليهما ولم يعط له التفريد القضائي وحق الاختيار بينهما.

---

1 – الدكتور/عبد الله سليمان: شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، بدون طبعة، 1998، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر. ص 417

2 – لقد كان مقدار الغرامة المقررة لهذه الجريمة يتراوح بين 500 و5000 دج لكن تم رفعها بموجب القانون رقم 23/06 المؤرخ في 2006/12/20 المعدل والمتمم لقانون العقوبات لتصبح مابين 20000 و100000.

3 – كالتشريع السويسري الذي حدد العقوبة بموجب المادة 47 من القانون الفدرالي للمصارف بالحبس من ستة أشهر فأكثر والغرامة التي قد تصل إلى 50000 فرنك، والمشرع المصري الذي حدد ها بموجب المادة السابعة من قانون سرية

-يبدو لنا أن عقوبة الحبس المحددة من شهر إلى ستة أشهر قصيرة المدة نوعاً ما مع الأضرار الناتجة عن الجريمة لذلك نأمل أن يعيد المشرع النظر في العقوبة السالبة للحرية مثلما فعل بالنسبة للغرامة.

بعد إبدائنا لهذه الملاحظات بجدر بنا التذكير بأن القواعد العامة للمسؤولية الجزائية تقوم على مبدأ أساسي هو شخصية العقوبة [1]، ويتضح من نص المادة 301 الخاصة بجريمة إفشاء الأسرار أنها تعاقب من يفشي سرا وصل إلى علمه بحكم مهنته، فالعقوبة شخصية تلحق بالشخص الذي قام بالإفشاء طالما أنه قد أقدم على ذلك عن إرادة ووعي. غير أن الإشكال يثور عندما تقع جريمة إفشاء السر ولا يمكن تحديد المسؤول بصفة شخصية فهل يجوز أن تسند المسؤولية الجزائية إلى المصرف كشخص معنوي

ثانيا: مسؤولية المصرف كشخص معنوي عن جريمة إفشاء السر المصرفي

تعد المسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية[2] من المسائل التي أثارت الكثير من الجدل في الفقه والقضاء المقارن، ولم يستقر وضعها القانوني في شكل حاسم في كثير من القوانين العقابية المعاصرة باستثناء التشريعات الأنجلوأمريكية وغيرها من التشريعات التي أخذت عنها، والتي أقرت هذا النمط من المسؤولية على نطاق واسع، فقد كانت الفكرة السائدة في الفقه والقضاء والتشريع أن الشخص الطبيعي هو الوحيد الذي يمكنه ارتكاب الجريمة وتحمل نتائجها، أما الشخص المعنوي فلا يمكنه ذلك لأن المسؤولية الجزائية تبنى على الإرادة والإدراك، غير أن الفقه الجنائي والتشريعات فيما بعد أصبحت تعترف بتحمل الشخص المعنوي هذه المسؤولية على اعتبار أنه حقيقة قانونية ليست بحاجة إلى إثبات، كما أوضحت أن إمكانية ارتكابه للجرائم حقيقة مؤكدة في مجال علم الإجرام، ومن جهة أخرى فإن تنوع العقوبات التي يمكن أن يتعرض لها الشخص المعنوي من غرامة ومصادرة و

1 – المواد من 52 إلى 60 مكرر 1 من قانون15/04المتضمن قانون العقوبات الجزائري

2 – يعرف الشخص المعنوي بأنه:" مجموعة من الأشخاص أو الأموال تتخذ من أجل تحقيق غرض معين ويعترف لها القانون بالشخصية القانونية". عمار بوضياف: الوجيز في القانون الإداري، بدون طبعة، 1999، دار الريحان، الجزائر، ص 52

إغلاق وحل لا تشكل عائقا أمام معاقبته[1].

و مسايرة لهذا التطور أقر القانون رقم 15/04[2] المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي وكرسها في المادة 51 مكرر التي جاء فيها ما يلي: "باستثناء الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزائيا عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته، أو ممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك .

إن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تمنع مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو كشريك في نفس الأفعال".

ولما كانت المصارف تؤسس في شكل شركة مساهمة فهي بالنتيجة تتمتع بالشخصية المعنوية فهل تتحمل هذه الأخيرة المسؤولية الجزائية عن إفشاء السر المصرفي بحكم أنها الأمين الضروري عليه، أم يتحملها الموظف لوحده؟ وهل يمكن إخضاعهما معا للمسؤولية لما لا يمكن تحديد المسؤول بصفة فردية؟

يجب التنويه أولا إلى أن المادة 51 مكرر من قانون العقوبات اشترطت لمساءلة الشخص المعنوي جزائيا أن ترتكب الجريمة من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين لحسابه، كما نصت صراحة على ضرورة وجود نص قانوني يقضي بالعقاب على الجريمة المرتكبة، وبتطبيق هذه الأحكام على المصرف بمناسبة إفشاء أحد أعضائه للسر المصرفي فلم يكن المصرف يسأل عنها إلى غاية 2006 وذلك بموجب القانون رقم 23/06 المعدل لقانون العقوبات حيث نصت المادة 303 مكرر 3 منه على ما يلي: "يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزائياً عن الجرائم المحددة في الأقسام 3،4،5 من هذا الفصل وذلك وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 51 مكرر"، وقد بينا أن هذه الأخيرة قد نصت صراحة على أن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تمنع مساءلة الشخص الطبيعي إذا ثبت

1 – الدكتور/سعيد عبد اللطيف حسن: المرجع السابق، ص 339–340

2 – القانون رقم 15/04 المؤرخ في 2004/11/10 المتضمن تعديل قانون العقوبات، ج ر عدد 71، المؤرخة في2004/11/10.

وجود اشتراك بينهما في الجريمة، وبهذا فقد كرس المشرع الجزائري صراحة المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في القسم الخامس المتضمن جرائم الاعتداءات على شرفو اعتبار الأشخاص وعلى حياتهم الخاصة وإفشاء أسرارهم[1].

أما بخصوص العقوبة المقررة للمصرف باعتباره شخصا معنويا عن جريمة إفشاء السر المصرفي، فهي الغرامة وفقا لما جاء في الفقرة الثانية من المادة 303 مكرر 3من قانون، العقوبات حسب الكيفيات المنصوص عليها في المادة 18 مكرر والمادة 18 مكرر2 بالإضافة إلى أحد العقوبات التكميلية كحل الشخص المعنوي، غلق المؤسسة، المنع من مزاولة نشاط أو أكثر...الخ [2].

بعد تحديدنا للعقوبة الجزائية التي يتعرض لها المصرف باعتباره شخصاً معنوياً بمناسبة إفشائه لأسرار عملائه يمكننا إبداء الملاحظات التالية:

-أنها عقوبة حديثة تم تكريسها مؤخرا على اعتبار أن المصارف كيان مستقل بذاته له ذمة مالية ومصالح ذاتية مستقلة عن مصالح الأفراد والموظفون الذين يعملون فيه، وهذا ما دفع بالمصرف إلى فرض المزيد من الرقابة والتوجيه على تصرفات مستخدميه.

-إضافة للعقوبات الأصلية التي يتعرض لها الشخص الطبيعي عند ارتكابه لهذه الجريمة نص المشرع صراحة على تعرض الشخص المعنوي للعقوبة التكميلية.

و بهذا نكون قد حددنا للجزاء الجنائي الذي يتعرض له المصرف ومستخدميه في حال إفشائهم لأسرار العملاء،و اكتشفنا أن المشرع الجزائري قد واكب التطورات التشريعية خاصة الغربية منها في إقرارها للمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي بصفة عامة، والمصارف بصفة خاصة لضمان الثقة في نشاطها لننتقل إلى دراسة الجزاء المدني في المطلب الثاني .

1 – الدكتور/سعيد عبد اللطيف حسن: المرجع السابق، ص 340

2 – المادة 18 مكرر/ 2 من قانون العقوبات الجزائري سابق الذكر.

المطلب الثاني: المسؤولية المدنية للمصرف عن الإخلال بمبدأ الالتزام بالسر المصرفي.

فضلا عن الجزاء الجنائي يؤدي انتهاك السرية المصرفية إلى قيام المسؤولية المدنية للشخص الذي أفشى بأسرار المعاملات المصرفية، وبهذا يلتزم بتعويض الأضرار الناتجة عن هذا الإفشاء [1]، وعلى العموم التعويض الذي يتحمله المسؤول هو نتيجة إخلال بالتزام رتبه العقد أو القانون، لذلك تنشأ المسؤولية المدنية عن امتناع المسؤول عن تنفيذ ما تعهد به من التزامات عقدية أو القيام بالتزام قانوني مقتضاه عدم الإضرار بالغير [2].

و تطبيقاً للقواعد العامة فإن إفشاء السر المصرفي يعتبر خطأ موجب للمسؤولية يقتضي تعويض الأضرار اللاحقة بالزبون من هذا الإفشاء سواء كانت المسؤولية عقدية أو تقصيرية بحسب الأحوال[3]، وسواء كان الخطأ صادرا من المصرف أو من أحد موظفيه فإن الآثارالمدنية لإفشاء السر المصرفي لا تتخذ شكلا موحداً كما هو الحال بالنسبة للمسؤولية الجزائية بل تختلف بحسب الأساس الذي تستند إليه فإذا كان هناك عقد بين المصرف والعميل يكون إفشاء المصرف للسر خطأ عقديا، أما بالنسبة للمسؤولية التقصيرية فإنها تقوم في حالة عدم وجود عقد بينهما لذلك فهي تنشأ مباشرة من نص القانون[4].

و لما كان المصرف شخصاً معنوياً يباشر نشاطه بواسطة موظفيه فإنه يسأل مدنياً عن الافشاءات الصادرة منهم طبقاً لقواعد مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه [5]، لذلك ينبغي إثبات الخطأ في حق من أفشى بالسر سواء كان هو المصرف أو موظفيه لأن الالتزام بحفظ السر المصرفي التزام بامتناع عن عمل ويجب على الدائن أن يثبت حصول الإخلال به، لذلك سنبحث عن المسؤولية العقدية الناتجة عن إفشاء السر المصرفي (الفرع الأول)،

1 – الدكتور/نعيم مغبغب: المرجع السابق، ص 157

2 – الدكتور/علي فيلالي: الالتزامات (الفعل المستحق للتعويض)، الطبعة الثانية، 2007، موفم للنشر، الجزائر، ص 18

3 – الدكتورعلي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام، الطبعة السابعة، 2007، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 114 وما بعدها.يفرق الفقه بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية في العديد من المجالات من حيث الأهلية ودرجة الخطأ،

4 – الدكتور/عبد القادر العطير: المرجع السابق، ص 82

5 – الدكتور/محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص 127

ثم المسؤولية التقصيرية (الفرع الثالث) ونتعرض لمسؤولية المصرف عن أعمال تابعيه (الفرع الثالث) .

الفرع الأول: المسؤولية العقدية عن إفشاء السر المصرفي

مبدئيا تطبق شروط العقد على العلاقات التجارية بين المصرف وزبونه لأن العمليات المصرفية تدخل ضمن الأعمال التجارية [1]، وفي هذا الصدد إذا كان كل تشريع قد اختص، بإعطاء مفهوم تعاقدي للعمليات المصرفية فإنه يبقى لها معالم مشتركة بين التشريعات [2].

فالمصدر الأول لالتزام المصرف بالمحافظة على أسرار زبائنه هو العقد الذي يجمعهما، فمتى أخل المصرف بالالتزامات الناشئة عنه قامت مسؤوليته العقدية [3] وسنبحث في هذا الفرع عن أركان المسؤولية العقدية للمصرف والجزاء المترتب عنها.

أولا: أركان المسؤولية العقدية

من حيث الإعذار والإثبات، من حيث مدى التعويض والتضامن، من حيث الإعفاء ومدة التقادم ورقابة المحكمة العليا...الخ.

تقوم المسؤولية العقدية للمصرف عن إفشائه لأسرار عملائه بتوافر ثلاثة أركان هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما.

1-الخطأ العقدي:

يعرف الخطأ العقدي بأنه عدم تنفيذ المدين لالتزامه سواء كان ذلك عن عمد أو بإهمال[4]، ويتحقق إذا امتنع المصرف عن تنفيذ التزامه العقدي أو نفذه بشكل معيب يخل بالعقد المبرم بينه وبين العميل لأن هذا الأخير يتضمن شرطا صريحا أو ضمنيا بأن لا

1 – المادة الثانية من القانون التجاري رقم 75–59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1976.

2 – الدكتور/محفوظ لعشب: المرجع السابق، ص 116

3 – المادة 172 من القانون المدني الجزائري.

4 – محمد حسنين: الوجيز في نظرية الالتزام، بدون طبعة، 1983، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ص 116

يفشي المصرف بأسرار العميل[1]، والخطأ العقدي قد يكون عمدياً بأن يتعمد أحد موظفي المصرف أن يفشي سرية حسابات وودائع العميل للغير، وقد يكون الخطأ العقدي غير عمدي عن طريق الإهمال كأن يطلب أحد الأشخاص من المصرف بيان حساب أحد العملاء ويعطيه له موظف المصرف دون التحقق من شخصيته، ثم يتضح أنه ليس العميل صاحب الحساب، ويقع على العميل هنا عبء إثبات الخطأ والعقد الذي يربطه بالمصرف على اعتبار أن الالتزام بحفظ السر المصرفي التزام تبعي للعقد، ولا يستطيع المصرف إعفاء نفسه من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي المتمثل في القوة القاهرة أو فعل الغير.

2-الضرر:

يتمثل الركن الثاني لقيام المسؤولية العقدية للمصرف عن إفشائه لأسرار زبائنه هو حصول ضرر مادي أو معنوي للعميل من جراء عدم تنفيذ العقد أو تنفيذه بشكل معيب [2]. فالضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه الشخصية أو المالية أو بمصلحة مشروعة [3]، فلا يكف أن يقع من المصرف خطأ عقدي عن طريق إفشائه لأسرار عميله بل يشترط أن يرتب هذا الخطأ ضررا له [4].

ومما لا شك فيه أن إخلال المصرف بالتزامه بالمحافظة على أسرار زبائنه يرتب ضررا للعميل، وقد يكون الضرر مادياً إذا أفشى المصرف سرية حسابات عميله وكان الغير سوف يقرضه مالا ويتعامل معه، ولما علم بما أفشاه المصرف امتنع عن ذلك ورفض التعامل معه.

فالضرر المادي هو كل ما يصيب الفرد من ضرر في جسمه أو في ماله أو يؤدي إلى إنقاص في حقوقه المالية أو إلى تفويت فرصة مشروعة تسبب له خسارة مالية، فلا يتصور

1 – الدكتور/عبد القادر العطير: المرجع السابق، ص 83

2 – الدكتور/محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص. 130

3 – الدكتور/بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الرابعة، ص 143

4 – يجب التنويه إلى أنه ليس كل ضرر حاصل يكون موجب للتعويض بل لا بد من توافر مجموعة من الشروط للاعتداد به فيجب أن يمس الضرر بحق أو بمصلحة مشروعة

هنا وقوع ضرر جسماني له بل إن الضرر هنا يؤثر على وضعيته المالية كهبوط أسهم الشركة العميلة للمصرف بعدما أذاع هذا الأخير معلومات تخص سوء حالتها المالية

و قد يترتب على إفشاء السر ضررا معنوياً للعميل كأن يؤدي فعل الإفشاءإلى التقليل من مركزه المالي وإصابته في شخصه، واعتباره بازدرائه في محيطه الذي يعمل فيه أو التقليل من منافسته في مجال تجارته فالضرر المعنوي هو ما لا يصيب الشخص في ماله بل هو ما يمس كرامته أو شعوره أو مركزه الاجتماعي كانصراف زبائنه عنه من جراء معلومة نشرها مصرفه، واستغلال منافسيه لتلك المعلومات للدعاية ضده، فيحق للعميل أن يطالب بالتعويض عن هذا الضرر الناتج عن فعل الإفشاء ولو لم يصبه ضرر مادي [1].

3-علاقة السببية.

لا يكف الخطأ العقدي والضرر لقيام المسؤولية العقدية للمصرف عن إفشائه لأسرار زبائنه بل لا بد من أن يكون خطأ المصرف هو السبب المباشر للضرر الذي لحق بالعميل وهو ما يعبر عنه بعلاقة السببية، أي أن يك ون الضرر ناتجا مباشرة عن إخلال المصرف بالالتزامات التي رتبها العقد[2]، أما إذا كان الضرر ناتجا عن خطأ العميل نفسه أو من الغير فلا يتحمل المصرف مسؤولية ذلك، وطبقا للقواعد العامة يقع على المضرور عبء إثبات علاقة السببية بين الضرر الذل لحقه والإخلال بالالتزام العقدي، إلا أن هذه القرينة تبقى بسيطة قابلة لإثبات العكس إذ يستطيع المصرف إثبات عكسها[3]، بإثبات السبب الأجنبي كأن يشب حريق في المصرف فيفقد الموظفون بعض الأوراق إلى الخارج ويستطيع المارة الاطلاع عليها، ويعلموا بأسرار من تخصهم فهذه القوة القاهرة تقطع علاقة السببية بين فعل الإفشاء والضرر الحاصل للعملاء[4].

1 – المادة 182 مكرر من القانون المدني الجزائري.

2 – الدكتور/سعيد عبد اللطيف حسن المرجع السابق، ص 361

3 –المرجع نفسه، ص 361

4 – الدكتور/ بلحاج العربي: المرجع السابق، ص 199 وما بعدها.

ثانيا: جزاء المسؤولية العقدية عن إفشاء السر المصرفي

تقتضي القوة الملزمة للعقد وجوب تنفيذ ما التزم به كل طرف من أطرافه والأصل أن يقوم كل طرف متعاقد بكل ما التزم به بموجب العقد وما هو من مقتضياته، فإذا أخل أي طرفيه بذلك جاز للطرف الثاني أن يجبره على تنفيذ الالتزام عينا فإذا كان ذلك مستحيلا جاز التنفيذ بطريق التعويض [1]، وينطبق ذلك على العقود المصرفية في حالة إخلال المصرف بالمحافظة على سرية حسابات العملاء. غير أنه ليس بإمكان المصرف تنفيذ التزامه عينا بعد حدوث ضرر للعميل من جراء إفشائه لأسراره، بل أن المتصور هو أن يرجع على المصرف أو الموظف بالتعويض متضامنين أو أن يرجع على أي منهما، وإذا رجع على المصرف يمكن لهذا الأخير أن يرجع على الموظف المخطئ بالتعويض المدفوع للعميل [2].

ويشمل التعويض في المسؤولية العقدية الأضرار المتوقعة يوم إبرام العقد ما لم يرتكب المدين خطأً جسيماً أو غشاً [3]، لأنه إذا حصل ذلك يتحمل المدين كل الأضرار المباشرة وغير المباشرة التي لحقت بالعميل من جراء إفشاء أسراره. إضافة لذلك يجوز للعميل أن يفسخ العقد الذي يربطه بالمصرف نتيجة عدم تنفيذ هذا الأخير لالتزامه التعاقدي، فإفشاء المصرف اسرار عميله يمكن أن يضع حدا للعقد المبرم بينهما [4]. أما بالنسبة لإمكانية تحديد المصرف لمسؤوليته أو وضع شروط الإعفاء منها فإنه غالباً ما تلجأ المصارف إلى إدراج شروط في العقود المبرمة مع عملائها لتحديد مسؤوليتها أو للإعفاء منها، وفي هذه الحالة ونظرا لعدم وجود نصوص خاصة تسري على هذه الحالات يتم تطبيق القواعد العامة للقانون المدني [5].

1 – المادة 176 من القانون المدني الجزائري.

2 – الدكتورة/بلحاج العربي: المرجع السابق، ص 201

3 – المادة 2/182 من القانون المدني الجزائري.

4 – المادة 119 وما بعدها من نفس القانون.

5 – المادة 2/178 من نفس القانون.

و يذهب بعض الفقه إلى إمكانية تطبيق قواعد تحديد مسؤولية المصرف أو الإعفاء منها احتراما للحرية التعاقدية بشرط قبولها صراحة من العميل، وقد يطرح التساؤل عن إمكانية تطبيق قواعد المسؤولية العقدية للمصرف عن إفشائه لأسرار عملائه طالما أن القانون هو الذي فرض هذا الالتزام على المصرف بصفة صريحة، يجيب البعض عن ذلك بأنه لتطبيق قواعد المسؤولية العقدية في هذه الحالة يشترط وجود شرط صريح في العقد الأساسي المبرم بين العميل والمصرف يفرض على هذا الأخير الالتزام بحفظ السر المصرفي، أو أن هذا الالتزام تفرضه طبيعة العلاقات العقدية دون الحاجة لوجود شرط صريح يقضي بذلك.

أما بالنسبة للفقه السويسري فإنه ينفي وجود مسؤولية عقدية للمصرف عن إفشائه لأسرار عملائه إلا في حالة وجود شرط صريح في العقد يقضي بفرض هذا الالتزام على المصرف، ولا وجود لهذه المسؤولية في الحالات الأخرى حتى وإن كان هناك عقد بين المصرف والزبون. بينما ذهب الفقيه (Markus) إلى القول بأن الالتزام بحفظ السر هو التزام تعاقدي تبعي ينتج من العلاقات التي تقوم على مبدأ الثقة المتبادلة بين المصرف والعميل، فسواء تم النص عليه صراحة في العقد أم لا فإنه يحق للزبون أن يطالب بالتعويض نتيجة الإخلال بهذا الالتزام التعاقدي [1]. وبهذا نكون قد انتهينا من دراسة أحكام المسؤولية العقدية للمصرف عن إفشائه لأسرار زبائنه لننتقل إلى دراسة أحكام المسؤولية التقصيرية في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: المسؤولية التقصيرية عن إفشاء السر المصرفي

تقوم المسؤولية التقصيرية للمصرف في حالة عدم وجود عقد بينه وبين العميل ويخل المصرف بما فرضه القانون من واجب عدم الإضرار بالغير[2]، فيعود للعميل وفقا للقواعد

1 – Markus Lusser : Le Secret Bancaire En Procédure Pénale, 1964, Zurich, p.5085. Cité par, Raymond Farhat :op.cit, p.144.

2 – المادة 124 من القانون المدني الجزائري والتي تقابلها 1382 من القانون المدني الفرنسي، والمادة 163 من القانون المدني المصري.

العامة حق مطالبة مسبب الضرر بإصلاحه على اعتبار أن الإفشاء يشكل اعتداء على حياته الخاصة[1]، لهذا تقتضي منا الدراسة تحديد أساس المسؤولية التقصيرية عن إفشاء السر المصرفي والجزاء المترتب عنها ثم نحدد مجال تطبيقها في المعاملات المصرفية.

أولا: أساس المسؤولية التقصيرية للمصرف عن الإخلال بالالتزام المصرفي

إن المسؤولية التقصيرية شأنها شأن المسؤولية العقدية تقوم بتوافر ثلاثة أركان الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، وحتى لا نكرر ما سبق الحديث عنه في مجال المسؤولية العقدية عن ركني الضرر وعلاقة السببية، سوف نقتصر على تحديد الأساس القانوني لهذه المسؤولية ونبين في الأخير إلى الجزاء المترتب عنها.

1.الخطأ:

يعتبر الخطأ الأساس القديم والأول للمسؤولية المدنية وقد اقترح الفقيه Levy تعريفا له انطلاقا من مشروعية الثقة التي يتوقعها الفرد في إطار تعامله مع الغير فيرى بأن الخطأ هو إخلال بهذه الثقة المشروعة [2]، كما عرفه الفقيه بلانيول بأنه إخلال الشخص بالتزام قانوني أي الانحراف في السلوك المألوف للشخص العادي، ويتمثل هذا الالتزام في وجوب أن يصطنع الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير [3].

وبهذا يتضح لنا أن الخطأ في المسؤولية التقصيرية يقوم بتوافر عنصرين أساسيين أولهما مادي وهو التعدي والثاني معنوي وهو الإدراك والتمييز. فالتعدي مؤداه أن يسلك المرء مسلكا لم يكن ينبغي أن يسلكه الرجل العادي أي هو الإخلال بالالتزام القانوني العام بعدم الإضرار بالغير [4]، لذلك يؤخذ بالمعيار المجرد وهو موظف المصرف العادي المجرد من كل ظروفه الشخصية والذي يمثل عامة الموظفين العاميين، أما العنصر الثاني

1 – Maurice Aubert et autres: op.cit, p.33.

2 – الدكتور/على فيلالي: الالتزامات (الفعل المستحق للتعويض)، المرجع السابق، ص 55

3 – الدكتور/بلحاج العربي: المرجع السابق، ص 63

4 – الدكتور/علي علي سليمان: المرجع السابق، ص 147

فهو العنصر المعنوي أي الإدراك والتمييز فيجب أن يكون من وقع منه عمل التعدي مدركا له [1].

وفي هذا المقام فإن موظف المصرف في الغالب كامل الإدراك ومسؤول عن تصرفاته الشخصية لما له من مؤهلات علمية وشخصية تكون الأساس في اختياره عند التعيين، لذلك فعنصر الإدراك والتمييز متوفر لدى الموظف القائم بالعمل المصرفي فإذا قام بعملية الإفشاء فانه يكون مدركا لتصرفه وما يترتب عليه من نتائج، ويرى الاتجاه الفقهي الحديث وعلى رأسه الفقيه (Mazeaud) أن الخطأ هو كل انحراف في السلوك، أو إخلال بواجب تفرضه القواعد القانونية يكون كافيا لوجود خطأ مدني بغض النظر عن الحالة النفسية للفاعل أي بغض النظر عن العنصر الذاتي، والاكتفاء بالعنصر الموضوعي مما يسمح بمساءلة الأشخاص الاعتبارية وعديمي الأهلية أو ناقصيها [2].

2-الأسس الحديثة للمسؤولية.

استنتجنا فيما سبق بأن المسؤولية المدنية للمصرف عن إفشائه لأسرار عملائه تخضع للقواعد العامة الواردة في القانون المدني فهل يمكن إخضاع هذه الأخيرة للأسس الحديثة للمسؤولية المدنية التي أصبح ينادي بها الفقه ثم القضاء مراعاة لمصلحة العميل الذي أودع أسراره لدى المصرف، وأمنه عليها ونظرا للدور الفعال والهام الذي أصبحت تمارسه المصارف باعتبارها صاحبة الاحتراف والتخصص في مجال الأموال والعمليات المصرفية،و سنتعرض في دراستنا لأساسين هما الخطأ المهني وفكرة المخاطر.

أ-الخطأ المهني:

يقصد بالخطأ المهني الخطأ الذي يرتكبه شخص أثناء تأديته لمهنته [3] فلكل مهنة أصولها وأخلاقياتها وبالتالي فأي إخلال بها يولد المسؤولية على عاتق من أخل بها[4]، ولما

1 – وفي هذا الصدد نصت المادة 125 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطته إلا إذا كان مميزا".

2 – الدكتورعلي فيلالي: الالتزامات (الفعل المستحق للتعويض)، المرجع السابق، ص 55

3 – Léon Mazeaud et autres: Leçons de droit civil.2000، Delta، Paris، p.484.

4 – سعيد سيف النصر: دور المصارف التجارية في استثمار أموال العملاء، بدون طبعة، 2000، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندريةص 355

كانت المصارف تقوم بالنشاطات المصرفية والمالية وتؤدي دورا فعالا لا يمكن إنكاره في دعم النشاطات، والمشاريع الاقتصادية، فإنها تخضع لمسؤولية أشق نظرا لتخصصها في هذا المجال[1].

ويشمل الخطأ المهني الخطأ العمدي وغير العمدي لذلك يقع على المضرور إثبات إهمال وعدم حيطته المهني بينما يلتزم هذا الأخير بإثبات أنه نفذ التزامه جيدا [2].

لهذا يعد إفشاء المصرف لأسرار عملائه خطأ مهني على اعتبار أن أصول المهنة والقوانين التي تنظمها هي التي أملت هذا الالتزام على المصرف لذلك يفترض في هذا الأمين الحيطة والحذر أكثر نظرا لاحترافه وتخصصه في المهنة.

ب-فكرة المخاطر:

يرى أنصار نظرية المخاطر وعلى راسهم الفقيهان جوسران وسالي أنه يجب عدم

الاهتمام يسلوك الفاعل لقيام المسؤولية المدنية بل يجب التركيز على جبر الضرر، فكلما تضرر شخص من جراء شخص آخر يلتزم هذا الأخير بالتعويض لأن نشاطه استحدث مخاطر وعليه أن يتحمل نتائجها[3]، وقد أخذ القضاء المصري بهذه النظرية واتجه إلى القول بأن مسؤولية المصرف لا تقوم على الخطأ والضرر بل تقوم على الضرر وحده، فالمصرف يكون مسؤولا وان لم يرتكب خطأ[4]، وبهذا فقد اتجه القضاء المصري إلى تشديد مسؤولية المصرف وهذا ما دفع بالمصارف فيما بعد إلى ابرام اتفاقيات مع العملاء

1 – غسان رياح: المرجع السابق، ص 22

2 – Léon Mazeaud et autres: op.cit, p.486

3 – الدكتور/على فيلالي: الالتزامات (الفعل المستحق للتعويض)، المرجع السابق، ص 150

4 – وقد جاء في هذا الحكم بأن "...لا تبرا ذمة المصرف قبل العميل الذي عهد إليه بأمواله، والذي وفى بقيمة شيك خالي من التوقيع الحقيقي للعميل... وتعتبر هذه التبعة من المخاطر المهنية التي يمارسها المصرف...". أشار إليهالدكتور/ جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص 738

للتخفيف من مسؤوليتها بشرط قبول العميل لذلك وعدم صدور غش أو خطأ جسيم من المصرف[1].

و يؤيد بعض الفقه فكرة تأسيس المسؤولية المدنية للمصرف على فكرة المخاطر لما في ذلك من فائدة للمضرور ذلك لأن المصارف ونظرا لأنها تحقق أرباحا كبيرة، فهي أقدر على تحمل مخاطر نشاطها وجبر الأضرار التي تصيب الأفراد من جراء ذلك، كما أن الأخذ بهذه الفكرة يجنب المضرور صعوبة إثبات الخطأ وعلاقة السببية ويكتفي بذلك بإثبات الضرر [2]، وبالرغم من أن فكرة المخاطر كأساس للمسؤولية المدنية للمصرف تحقق كل هذه المزايا يتجه القضاء إلى تأسيسها على فكرة الخطأ خاصة في مجال إفشاء السر المصرفي [3].

و في القانون السويسري فإن خرق واجب حفظ السر المصرفي يعتبر إضرارا بالشخصية ويشكل فعلا غير مشروع تقوم على أساسه المسؤولية، غير أنه يجب أن يكون في وسع المضرور إثبات جميع عناصرها[4]، ويعتبر بعض الفقه أن فكرة الخطأ الأساس السليم للمسؤولية الذي يمكن أن ينبني عليه المسؤولية المدنية عن الإخلال بالالتزام بالسر المصرفي[5].

ثانيا: جزاء المسؤولية التقصيرية عن إفشاء السر المصرفي

إذا توافرت أركان المسؤولية التقصيرية من خطأ وضرر وعلاقة السببية تحققت المسؤولية وترتبت آثارها، فوجب على المسؤول تعويض الضرر الذي أحدثه بخطئه فإذا ثبت ذلك في حق المصرف التزم بتعويض العميل عن الضرر الذي لحقه، ويشمل التعويض في هذه الحالة الأضرار المباشرة وغير المباشرة وهو ما يلحق العميل من ضرر وما فاته

1 – عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص 513

2 – المرجع نفسه، 514

3 – Cass 10/04/1970, Pas.1970,1, p.682

Cass 25/10/1990.Rev. crit.jur.b.1992.p.493. Cités par Pierre Lambert : op.cit,p. 155

4 – الدكتور/محفوظ لعشب: المرجع السابق، ص 114

5 – الدكتور/عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص 57

من كسب[1]، ويستطيع المصرف دفع مسؤوليته بإثبات السبب الأجنبي كالقوة القاهرة كحدوث زلزال أدى إلى تهدم المبنى وكشف المستندات، أو خطأ المضرور فإذا أثبت المصرف أن المضرور قد تسبب بخطئه في حدوث الضرر فلا مسؤولية عليه كأن يرسل العميل مندوبا له لاستلام كشف الحساب، وسلمه المصرف للمندوب في ظرف مغلق وفتحه المندوب وعلم بمحتواه، كما يمكن للمصرف أن يدفع مسؤوليته بإثبات خطأ الغير كأن يكون الضرر الذي لحق بالعميل راجع إلى خطأ شخص أجنبي عن المصرف أفشى بالسر[2].

ثالثا: مجال المسؤولية التقصيرية عن إفشاء السر المصرفي

تقوم المسؤولية التقصيرية عن إفشاء السر المصرفي في حالة عدم وجود عقد بين المصرف والمضرور الذي لا يكون في أغلب الحالات زبوناً، وإذا كان من السهل تحديد مجال المسؤولية العقدية الناتجة عن إفشاء السر المصرفي نظرا لوجود عقد يربط الطرفين، فإن الأمر يختلف بالنسبة للمسؤولية التقصيرية خاصة إذا ارتكب الخطأ في المرحلة ما قبل التعاقدية أو بعد زوال العقد.

1-المسؤولية التقصيرية في المرحلة السابقة للتعاقد.

يرى الفقيه سالي بأن المسؤولية في المرحلة ما قبل التعاقدية هي تلك المسؤولية الناشئة عن وقائع مرتبطة بالعقد بمناسبة مفاوضات أو مناقشات سابقة لعملية إبرامه، إذ بإمكان موظف المصرف في هذه المرحلة الاطلاع على بعض المعلومات المالية والاقتصادية المتعلقة بالحياة الخاصة للزبون المستقبلي، وما دام أن الالتزام بالمحافظة على السر هو التزام بتحقيق نتيجة فإن المتفاوض لا يكتفي بأن يبذل قصار جهده ليمتنع عن إفشاء الأسرار بل يجب عليه أن يمتنع عن ذلك بالفعل وإلا قامت مسؤوليته[3].

لذلك فللمرحلة ما قبل التعاقدية أهمية خاصة في العلاقة بين الزبون المستقبلي والمصرف فإذا اتجه شخص إلى المصرف بغرض الحصول على قرض، وتمت بينهما

1 – المادة 1/182 من القانون المدني الجزائري

2 – الدكتور/ محفوظ لعشب: المرجع السابق، ص 115

3 – الدكتور/نعيم مغبعب: المرجع السابق، ص 160

مناقشات شفوية تمكن من خلالها المصرف من الاطلاع على الوثائق التي تبين حقيقة الوضعية المالية للزبون المستقبلي، ونظرا لعدم كفاية الضمانات التي قدمها هذا الأخير لم يوافق المصرف على منحه القرض فلم يبرم العقد بينهما، وحدث وأن قام المصرف بإفشاء المعلومات التي اطلع عليها في هذه المرحلة وتضرر الطرف الثاني من ذلك. فليس هناك من شك في قيام المسؤولية المدنية للمصرف في هذه الحالة وتوصف المسؤولية بأنها تقصيرية ناتجة عن نص القانون.

فعلاقات الثقة تأخذ مجراها منذ أول محادثات تجرى بين المصرف والزبون المستقبلي، مما يستتبع وجود الالتزام بحفظ السر ملقى على عاتق المصرف يرتكز على مبدأ حسن النية تنشأ عنه مسؤولية المصرف حتى لو لم يعقد العقد أو إذا قضي ببطلانه فيما بعد [1]، وقد أخذ القضاء الفرنسي بمبدأ المسؤولية التقصيرية للمصرف في المرحلة ما قبل التعاقدية، واستند في ذلك إلى نص المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي [2].

2-المسؤولية التقصيرية في المرحلة اللاحقة لانتهاء العقد:

إن حياة العقد تنتهي بتنفيذه أو انحلاله إلا أن العقد يبقى منتجا لآثاره أحياناً حتى بعد انتهائه.

فقد استقر العرف المصرفي على استمرارية الالتزام بحفظ السر المصرفي بعد انتهاء العقد الذي يربط المصرف بالعميل [3]، فمصلحة الزبون وحدها يمكن أن تحدد مدى هذا الالتزام الذي يأخذ أساساً له قواعد حسن النية فبعد انتهاء العقد تتوقف العلاقات الرئيسية إلا أن الالتزام بحفظ السر المصرفي يبقى قائما [4].

و يرى بعض الفقه بأن الالتزام بحفظ السر المصرفي إذا ورد ضمن شرط صريح في العقد الأساسي أو عقد خاص يجب تطبيق قواعد المسؤولية العقدية،لأن الأمر يتعلق بما

1 – الدكتور/نعيم مغبغب: المرجع السابق، ص 160

2 – Cass.Com.20/03/1972, J.C.P, 1973-2-17543. Cité par Anne Teissier : op.cit, p.142.

3 – المادة 117 من قانون النقد والقرض.

4 – الدكتور/نعيم مغبغب: المرجع السابق، ص 161

يسمى بتبعات العقد (suites de contrat)[1] وهذا ما أخذ به القضاء الفرنسي في أحد أحكامه بخصوص مسؤولية مصرف باريس للقرض والتجارة عن تعويض الأضرار التي أصابت أحد زبائنه بمناسبة إفشائه لبعض المعلومات الخاصة به للغير بالرغم من زوال صفة الزبون عنه، ونفس الموقف أخذت به محكمة تولوز لما قضت بأن الالتزام بحفظ السر المصرفي يرتكز في هذه الحالة على العلاقة التعاقدية[2].

يجب التنويه في الأخير إلى أنه ينبغي التفرقة بين مصدر المسؤولية من جهة وأساسها من جهة أخرى. فيقصد بمصدر المسؤولية السبب الذي يلزم تعويض الضرر الحاصل في ذمة الغير، أما أساس المسؤولية فهو السبب الذي من أجله يضع القانون عبء تعويض الضرر لشخص معين، ومن ثم فإن العقد أو النص القانوني يصلحان لأن يكونا مصدرا للمسؤولية أما أساسها فهو أمر مختلف عن ذلك إذ يقصد به التأصيل الفني للمسؤولية،و محاولة ردها نظام من الأنظمة القانونية المعروفة التي من أجله يتم التعويض مثل الخطأ وتحمل التبعة والمخاطر.

تبعا لذلك فإن أساس المسؤولية أمر يختلف عن مصدرها وإذا كان التزام المصرف بالسرية في بادئ أمره واجباً أخلاقياً، فإن الأساس الذي قام عليه في ذلك الوقت نبع من الدين والأخلاق، ولما أدرك المشرع ضرورة تدخله لما ينطوي عليه الإخلال بهذا الالتزام من مخاطر فنص على ضرورة المسؤولية[3]، وإذا كان مصدر الالتزام بالسر المصرفي يتمثل في نص المادة 301 من قانون العقوبات والمادة 117 من قانون النقد والقرض، فإن أساس المسؤولية عن إفشائه هو الخطأ، ويرى بعض الفقه بأن المسؤولية التقصيرية الناتجة عن القانون تضاف في هذه الحالة إلى المسؤولية العقدية ويبقى للمضرور الخيار بينهما.

3-حالة الاستعلام عن العميل.

تطبق أحكام المسؤولية التقصيرية أيضا في حالة الاستعلام عن العميل أي لما يحصل المصرف على معلومات تخص العميل من المصارف الأخرى في إطار العمل المصرفي.

1 – Anne Teissier: op.cit, p.143.

2 – Toulouse(2em), 06/02/1980, D, 1981, IR, 18/19 . Cité par Anne Teissier :op.cit, p.143.

3 – الدكتور/عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص 561

فبالرغم من عدم وجود أي عقد بينهما إلا أن هذا الأخير يتحمل المسؤولية التقصيرية في حالة إفشائه لتلك المعلومات التي حصل عليها بطريق غير مباشر، ونظرا لخطورة هذا الإجراء وما قد ينجر عنه من عواقب سلبية أخضعته التشريعات لمجموعة من الضوابط، واشترطت أن تكون الإجابة على الأسئلة عامة أي دون تفصيل عن العمليات التي يجريها العميل أو وضعية الحساب، والأهم من ذلك أن يكون تبادل هذه المعلومات بسرية تامة فعلى المصرف أن يتصرف بحذر للقيام بذلك [1].

تبعا لما سبق يعتبر الخطأ أساس المسؤولية المدنية للمصرف عن إفشائه لأسرار عملائه سواء كانت تقصيرية أو عقدية، ويستوي في ذلك أن يكون من قام بإفشاء السر أحد ممثلي المصرف القانونيين كالمدير فتقوم المسؤولية المدنية في هذه الحالة على عاتق المصرف كشخص معنوي، وقد يكون الإفشاء صادرا من أحد موظفيه فيسأل في هذه الحالة بصفته متبوعاً عن أعمال تابعيه وهذا ما سوف نتعرض له تبعا [2].

الفرع الثالث: مسؤولية المصرف عن أعمال تابعيه

تتحقق مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه إذا كانت هناك علاقة تبعية بين شخصين أحدهما متبوع والآخر تابع، وارتكب التابع خطأ أثناء الوظيفة أو بسببها أو بمناسبتها أحدث ضررا للغير، وعليه نصت المادة 136 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حال تأديته وظيفته أو بسببها أو بسببها.

و تتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع"[3].

1 – الدكتور/عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق ، ص 562

2 – الدكتور/محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر المرجع السابق ص 126

3 – تقابلها المادة 288 من القانون المدني الأردني، والمادة 184 من القانون المدني المصري، والمادة 128 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، والمادة 1384 من القانون المدني الفرنسي.

و لما كان المصرف شخصاً معنوياً فإنه يباشر نشاطه بواسطة موظفيه وبالنتيجة فهو يسأل عن إفشاء السر الصادر منهم على اعتبار أن المصرف رخص لهم الاطلاع على أسرار الحياة الخاصة للزبائن [1]، والغالب في مجال المصارف ألا يقع الإفشاء من المديرين أو المسيرين بل يحدث ذلك من الموظفين المستخدمين، فإذا تم إعفاء المصرف في كل مرة من المسؤولية لا يصبح للالتزام بحفظ السر المصرفي أي دور، وسنتعرض لشروط مسؤولية المصرف عن أعمال تابعيه، ثم نحدد الآثار الناجمة عنها

أولا: شروط مسؤولية المصرف عن أعمال تابعيه

لكي تتحقق مسؤولية المصرف المدنية عن أعمال موظفيه بصفتهم تابعين له يجب أن تتوافر عدة شروط هي:

1-وجود علاقة تبعية.

حتى تقوم المسؤولية المدنية للمصرف عن أعمال موظفيه لابد من وجود رابطة تبعية بين التابع والمتبوع [2]، وهي إن كانت تقوم في أكثر حالاتها على عقد الخدمة إلا أنها لا تقتضي حتما وجود هذا العقد بل هي لا تقتضي أن يكون التابع مأجورا من المتبوع على نحو دائم أو لا يكون مأجورا على الإطلاق، كما أن للمصرف حرية في اختيار موظفيه فمن الطبيعي أن يتحمل مسؤولية اختياره هذا إذا أساء ذلك وطالما أن الموظف يتقاضى أجرا من المصرف لقاء عمله فإنه يدين له بالالتزام بحفظ السر المصرفي [3].

ومما لا شك فيه أن موظفي المصرف يعملون لحسابه ولا تكون للمصرف سلطة الرقابة والتوجيه عليهم إلا لكونهم يعملون لحسابه، ومن باب المخالفة لا يكون للمصرف سلطة توجيه ورقابة التابع إذا لم يكن هذا الأخير يعمل لحسابه، ومن ثم فإن قوام رابطة

1 – محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص 127

2 – لم يعرف المشرع الجزائري علاقة التبعية سواء في النص الأصلي للمادة 136 سنة والتي كانت تنص على ما يلي: "...ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كانت له سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه"، ولا في الصياغة الحالية لهذه المادة التي جاء فيها: "...ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع".

3 – الدكتور/محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص 128

التبعية هو عمل، التابع لحساب المتبوع بغض النظر عما إذا كانت له سلطة توجيه ورقابة فعلية عليه أم لا [1].

كما أنه ليس من الضروري لقيام علاقة التبعية بين المصرف والزبون أن تكون سلطة المصرف على الموظف عقدية تقوم على حرية الاختيار، ولا سلطة شرعية فهي تقوم ولو لم للمتبوع الحق في هذه السلطة بأن يكون استمدها من عقد باطل أو غير مشروع

2-اتصال الفعل الضار للموظف بالوظيفة.

يشترط لقيام مسؤولية المصرف بصفته متبوعاً أن يقع الفعل الضار من قبل الموظف أثناء قيامه بعمله أو بسبب ذلك أو بمناسبته [2]، ويفيد هذا القيد وجود صلة بين فعل التابع الضار ووظيفته لذلك لا يسأل عن السلوك العام للتابع وإنما عن ذلك الذي يأتيه في إطار

الوظيفة التي أسندت له، ويستوي في ذلك أن يكون الفعل قد وقع بناءاً على تنفيذ أمر صادر من المصرف أو أنه تصرف من تلقاء نفسه، وسواء ارتكبه الموظف لباعث شخصي أو لخدمة المتبوع [3].

و لا شك في قيام مسؤولية المصرف الأفعال الضارة التي يتسبب فيها الموظف وقت قيامه بالوظيفة لأن هذا الأخير يكون في هذه الحالة تحت رقابته وتوجيهه [4]. أما بالنسبة للفعل الضار بسبب الوظيفة فيكون إذا وقع من الموظف تحقيقا مصلحة المتبوع، وكانت الوظيفة هي السبب الرئيسي والمباشر في إحداث الضرر [5]. أما بالنسبة لوقوع الفعل الضار من الموظف بمناسبة الوظيفة فإن ذلك يعني أن الوظيفة قد سهلت ارتكابه أو ساعدت عليه أو هيأت الفرصة له، أي أن يكون الفعل الضار كنتيجة عرضية فقط وليس كنتيجة

1 – الدكتور/على فيلالي: الالتزامات (الفعل المستحق للتعويض)، المرجع السابق، ص 147

2 – لقد كان النص القديم للمادة 136 يشير إلى الأضرار التي يحدثها التابع أثناء الوظيفة أو بسببها، إلا أن المشرع أضاف عبارة " أو بمناسبتها" في التعديل الحالي بموجب القانون 10/05 المؤرخ في 2005/07/20، ج ر عدد 44، المؤرخة في 2005/07/26 مسايرة لنص المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي

3 – الدكتور/محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص 129

4 – الدكتور/بلحاج العربي: المرجع السابق، ص 327

5 – الدكتور/على فيلالي: الالتزامات (الفعل المستحق للتعويض)، المرجع السابق، ص 157

حتمية طالما أن الوظيفة ليست أمرا ضرورياً لحدوثه ورغم ذلك يتحمل المصرف المسؤولية.

و يجب التنويه إلى أنه لا مجال لمسؤولية المصرف عن أعمال تابعيه إذا وقع الإفشاء من الموظف بعد توقفه عن ممارسة وظيفته، لأن قيام مثل هذه المسؤولية يشترط توافر علاقة سببية وظيفية بين الضرر والوظيفة، فبالرغم من استمرار التزام الموظف بكتمان السر إلا أن مسؤولية المصرف لا تقوم في مثل هذه الحالة نظرا لعدم وجود أي علاقة بين المصرف والموظف السابق، كما لا يعفى المصرف من المسؤولية ولو أن اكتشاف الموظف للوقائع السرية كان بتجاوز حدود اختصاصه أو بالتصرف خلاف للتعليمات المقدمة له من رئيسه[1].

ثانيا: آثار مسؤولية المصرف عن أعمال تابعيه

تقوم المسؤولية المدنية للمصرف عن أعمال تابعيه بتوافر الشروط السالفة الذكر، ويكفي لذلك إثبات المضرور إفشاء السر ووجود علاقة تبعية بين الموظف والمصرف، وأن الضرر الذي لحقه كان من فعل الإفشاء الصادر من الموظف وأن ذلك قد حصل أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبتها، فيلتزم المصرف بالتعويض على أساس مسؤوليته عن أعمال تابعيه وله أن يرجع بما دفعه على الموظف الذي قام بالإفشاء[2]،و هذا ما قضت به محكمة لكسمبورغ في حكمها الصادر في 2005/05/11 حين اعتبرت بأن المصرف يباشر نشاطه بواسطة أشخاص طبيعيين تابعين له، لذلك فإن الأفعال التي يقومون بها تعتبر أفعالا مرتكبة من المصرف نفسه ولا يعتبر الموظفون التابعين من الغير[3]، كما يمكن للموظف أن يدفع هذا الرجوع إذا اثبت أن المصرف قد ارتكب خطأ بعدم تنبيهه بضرورة الالتزام

1 – الدكتور/نعيم مغبغب: المرجع السابق، ص 162

2 – هذا ما تضمنته المادة 137 من القانون المدني بقولها: "للمتبوع حق الرجوع على تابعه في حال ارتكابه خطأ جسيم".

3 – Cité par Dean Spielmann : op.cit, p.84.

بالكتمان، وتداركاً لهذا الوضع فإن المصارف أصبحت تدرج بنداً خاصاً في عقود التوظيف أو في النظام الداخلي للعمل تفرض بموجبه السرية على الموظفين[1].

أما إذا صدر الإفشاء من رؤساء وأعضاء مجلس إدارة الشخص المعنوي أو مديريه، فللعميل المضرور في هذه الحالة الرجوع على المصرف الذي يتحمل المسؤولية لوحده لأن سلطة مجلس الإدارة هي المعبرة عن المصرف كشخص معنوي، ولا يستطيع المصرف أن يدفع مسؤوليته بإثبات أنه لم يرتكب خطأ في اختيار موظفيه، ولا في ممارسة سلطته في الرقابة أو أن فعل تابعه كان غير متوقع لكن يستطيع فعل ذلك بإثبات السبب الأجنبي.

تبعا لما سبق يمكن القول بأن المسؤولية للمصرف سواء التقصيرية أو العقدية تخضع للقواعد العامة أما بالنسبة لمسؤوليته عن أعمال تابعيه فلا تقوم إلا إذا كان مرتكب فعل الإفشاء موظف لدى المصرف، وأن هذا الفعل صدر أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبتها.

المطلب الثالث: المسؤولية التأديبية عن الإخلال بالالتزام بالسر المصرفي

من غير المتعارض عليه أن يشكل كل من القانون المدني والجزائي مصادر أساسية للحفاظ على السر المصرفي إلى جانب العقوبات التأديبية التي شددت من الطابع الجبري المفروض على المصرفي.

وبالتالي المسؤولية التأديبية تعد دعامة أساسية للحماية القانونية للسرية المصرفية بما قد يوقع من عقاب تأديبي على الأمين على السر نتيجة تقصيره في المحافظة على السر المصرفي، بإعتباره تصرفا من شأنه الإخلال بواجبات الوظيفة أو المهنة.

ممالا شك فيه، أن الإعتداء على السر المصرفي باستثناء الحالات المعفاة يشكل إعتداء خطير لمؤسسة القرض نظرا لضرورة ثقة الجمهور لممارسة مهامهم.

إن المصرفي الذي يخل بواجب السر المصرفي وذلك بإفشاء المعلومات والمعطيات ذات الطابع السري سواء تعلقت بالزبون أو بالمصرف،لا يكون مخالفا للنصوص التشريعية

1 – الدكتور/الياس ناصف: المرجع السابق، ص 359

فحسب بل وأيضا للأنظمة الداخلية التي تضعها المصارف والمؤسسات المالية، وعليه فإن مصدر العقوبات التأديبية هي الأنظمة الداخلية للمصارف أو الأنظمة التي تضعها جمعيات المصارف[1].

وفي هذا الصدد فقد أشار المشرع الجزائري عند تنظيم المهنة المصرفية في فحوى المادة 96 من الأمر 11/03 على أن مصرف الجزائر يؤسس جمعية مصرفيين جزائريين والتي يمكنها أن تقترح على محافظ مصرف الجزائر أو على اللجنة المصرفية،في إطار أخلاقيات المهنة وحسب الحالة، إنزال عقوبات ضد عضو أو أكثر من أعضائها[2].

والسؤال الذي يتبادر إلى الذهن، هل يعد الاعتداء على السر المصرفي مخالفة تأديبية في هذه الحالة؟

للإجابة على هذا السؤال،يجب أن نبحث عن مصادر القانونية والتنظيمية الموقعة للجزاء التأديبي .

الفرع الأول: المصادر القانونية لتوقيع العقوبة تأديبيا

إن المسؤولية المترتبة على عاتق المصرفي المخل بواجب احترام السر تستلهم من عدة مصادر:

أولا: التشريع المصرفي

العديد من الدول من بينها لبنان أدرجت الجزاءات التأديبية في القانون، وهذا ما نصت عليه المادة 208 من قانون النقد والقرض من خلال فرض عقوبات تتمثل في الانذار، المنع من القيام ببعض النشاطات المصرفية أو تقليصها،تعيين مراقب مؤقت أو الشطب من قائمة المصارف وبالتالي تصفية المصرف[3].

كما أنه في القانون الجزائري نجد العقوبات التأديبية تستمد مصدرها من المادة 114 من الأمر 11/03 والتي تنص:

1 – سيدهم عمر: المرجع السابق، ص 19

2 – المادة 96 من الأمر 11/03 المتعلق بقانون النقد والقرض.

3 – سيدهم عمر: المرجع السابق، ص 21.

"على أنه إدا أخل مصرف أو مؤسسة مالية بأحد الأحكام التشريعية أو التنظيمية المتعلقة بنشاطه أو لم يذعن لأمر أو لم يأخذ في الحسبان التحذير،يمكن اللجنة أن تقضي بإحدى العقوبات الآتية : الإنذار، التوبيخ، المنع من ممارسة بعض العمليات وغيرها من أنواع الحد من ممارسة النشاط، التوقيف المؤقت لمسير أو أكثر مع تعيين قائم بالإدارة مؤقتا أو عدم تعيينه، إنهاء مهام شخص أو أكثر من هؤلاء الأشخاص أنفسهم مع تعيين قائم الإدارة مؤقتا أو عدم تعيينه، سحب الاعتماد[1].

وزيادة على ذلك، يمكن اللجنة، أن تقضي إما بدلا عن هذه العقوبات المذكورة أعلاه، وإما إضافة إليها، بعقوبة مالية تكون مساوية على الأكثر للرأسمال الأدنى الذي يلزم المصرف أو المؤسسة المالية بتوفيره وتقوم الخزينة بتحصيل المبالغ الموافقة.

كما نص المشرع الجزائري على نفس العقوبات التأديبية إجمالا في ظل قانون النقد والقرض من خلال المادة 156والتي وضعت سلما للعقوبات التي تتراوح مابين الإنذار إلى سحب الترخيص يليه التوبيخ والمنع من ممارسة بعض العمليات وغيرها من أنواع الحد من ممارسة النشاط، والتوقيف المؤقت لشخص أو عدة أشخاص التي تضمن التوجه الفعلي لمؤسسات القرض مع تعيين قائم بالإدارة مؤقتا أو عدم تعيينه.

وللإشارة تكون هذه الأخيرة غير متراكمة، وإنما حسب درجة الخطورة المرتكبة من قبل المصرف أو المؤسسة المالية توقع اللجنة المصرفية العقوبة المناسبة.

ليس في جميع الحالات تنحصر السلطة التأديبية للجنة المصرفية في فرض العقوبات بل حتى في الحالات الخطيرة تهتم هذه الأخيرة في إيجاد حلول من أجل تسوية وضعية مؤسسة القرض بدلا من العقاب.

والسلطة التأديبية للجنة لا تمارس إلا إزاء أعضاء المهنة المسجلين في قائمة المصارف والمؤسسات المالية المعتمدة،أما في مواجهة المؤسسات أو الأفراد الغير معتمدة فإن محافظ مصرف الجزائر يمكن أن يباشر جزائيا شكوى أويتأسس كطرف مدني.

1 – الدكتور/الياس ناصف: المرجع السابق، ص 362.

والمحكمة لها أن تطلب من اللجنة المصرفية كل رأي ومعلومات ضرورية [1].

كما خول القانون اللجنة المصرفية برقابة محافظي الحسابات من خلال توقيع الجزاءات التأديبية عليهم، وذلك بموجب المادة 102 والمتمثلة فيما يلي:

1.التوبيخ،

2.المنع من مواصلة عمليات مراقبة مصرف ما أو مؤسسة مالية ما،

3.المنع من ممارسة مهام محافظي الحسابات لمصرف ما أو مؤسسة مالية لمدة ثلاث 3 سنوات مالية.... [2].

كما نصت المادة 111 من الأمر 11/03 في نفس المضمار على رقابة اللجنة المصرفية للمصارف.

والمؤسسات وتوقيع الجزاء عند ما تخل إحدى المؤسسات الخاضعة لرقابة اللجنة بقواعد حسن سير المهنة، يمكن اللجنة أن توجه لها تحذيرا، بعد إتاحة الفرصة لمسيري هذه المؤسسة لتقديم تفسيراتهم [3].

كما أنه في إطار احترام قواعد السير الحسن من قبل المصارف والمؤسسات المالية فإنها تلزم هذه الأخيرة، في إطار تحقيق هدفها الاجتماعي باحترام قواعد السير الحسن.

يحرص مسيرو أي مصرف أو مؤسسة مالية على مطابقة نشاط مؤسستهم مع أخلاقيات المهنة وقواعدها، وذلك تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في المادة 114 أعلاه [4]. كذلك في سويسرا يمكن للجنة الفيدرالية للمصارف سحب الاعتماد من ممارسة النشاطات المصرفية لكل مصرف أخل بواجب السرية مما يؤدي إلى تصفيته وشطبه من السجل التجاري.

---

1 – DIB Said, Media BANK, n°49,2000,p12

2 – المادة 102 من الأمر 11/03المتعلق بقانون النقد والقرض

3 – المادة 111 من الأمر 11/03من نفس القانون

4 – المادة 120 من الأمر 11/03من نفس القانون

ثانيا: في ظل الأنظمة المصرفية

بالنسبة للجزائر فإن الأنظمة الداخلية للمصارف والمؤسسات المالية هي التي تحدد الالتزامات التي تقع على مستخدميها والذين عليهم التقيد بها.

وفي هذا الصدد نص النظام الداخلي رقم 93/226 الصادر عن مصرف الجزائر والذي حدد قواعد تنظيم المهنة وسلوكها وكذا تدابير النظافة والأمن.

كما نصت المادة 43 من نفس النظام على أنه كل فعل من شأنه خلق اختلال في النظام والسلوك في أماكن العمل يعتبر خطأ مهني، والذي يكون مقترنا بتدابير وعقوبات مناسبة حسب درجة خطورة الخطأ.

وعندما تنسب الأخطاء المهنية لأعوان المصرف،فإن المسؤول الأعلى في التدرج تترتب مسؤوليته أيضا إذا كان هذا الأخير على علم بها دون تصريحها أو اتخاذ التدابير التأديبية ضد مرتكبها[1].

الفرع الثاني: تحديد عناصر المسؤولية التأديبية

على شاكلة التجريم الجزائي فإن المخالفة التأديبية لا تتحدد إلا بتوافر عنصرين المادي أي الموضوعي والمعنوي [2].

أولا: الركن المادي

يتمثل في أن محل الواقعة يشكل إخلال بواجب السرية، ومنه فإن الخطأ يتحدد في تصرف بالإفشاء غير مشروع بمعنى غير مبرر بموجب استثناء قانوني أو اتفاقي.

وقد حددت الأنظمة الداخلية هذا الخطأ مع تصنيفاته، وفي هذا المجال نجد النظام الداخلي لمصرف الجزائر بموجب المادة 45 منه نصت على أن الأخطاء المهنية تصنف إلى ثلاثة وهي:

1 – المادة 44 من النظام الداخلي رقم 226، سنة 1993 الصادر عن مصرف الجزائر.

2 –الدكتور/ الياس ناصف: المرجع السابق، ص 366

أخطاء رتبة أولى وأخطاء رتبة ثانية وثالثة.

وقد صنف فعل الافشاء أو محاولة الإفشاء من قبل عون المصرف ضمن أخطار الرتبة الثالثة،وهذا ما يبين مدى صرامة هذا الالتزام من قبل الإدارة المصرفية[1].

كما أن النظام الداخلي للصندوق الوطني للتوفير والاحتياط نص على الأفعال والتصرفات التي يمنع على مستخدمي هذه المؤسسة المصرفية القيام بها بصفة قطعية، ومن بين هذه الأفعال والتصرفات المحظورة ما يلي:

-إفشاء أية معلومات ذات طابع سري أو تحمل عبارة سري، والإدلاء بها لأشخاص سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين.

-إرسال أية وثيقة ذات طابع سري أو تحمل عبارة سري للغير سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين [2].

ان اقتراف هذه الأفعال تعتبر أخطاء مهنية ولقد صنفت حسب المادة 82 من النظام المذكور سابقا أخطاء من الدرجة الثالثة [3]

ثانيا: العنصر المعنوي

المسؤولية التأديبية تقع على عاتق العون بغض النظر إن كان الخطأ عمدي أو غير عمدي والأخطاء غير عمدية غالبا ما تكون نتيجة عدم الحذر والإهمال، لكن يأخذ بعين الإعتبار بمعيار النية الحسنة من عدمها في تقدير درجة الخطورة للخطأ المرتكب.

إلا أنه يجب الإشارة أن هناك أسباب إعفاء تلغى بموجبها طابع الخطأ لإفشاء السرمن قبل عون المصرف كما في حالة القوة القاهرة أو تنفيذ أوامر المسؤول الأعلى تدرجيا.

---

1 – المادة 48 من النظام الداخلي لمصرف الجزائر

2 – المادة 10 من النظام الداخلي رقم 23/99 للصندوق الوطني للتوفير والاحتياط المودع لدى أمانة ضبط محكمة سيدي محمد بتاريخ 1999.10.20

3 – المادة 82 من النظام الداخلي رقم 99.23 للصندوق الوطني للتوفير والاحتياط المودع لدى أمانة ضبط محكمة سيدي محمد بتاريخ 1999.10.20

باجتماع هذه العناصر تترتب المسؤولية التأديبية على المصرفي ويوقع العقاب التأديبي.

الفرع الثالث: العقوبة المقررة

لقد سبق وأن أشرنا إلى أن إفشاء السر يعد مخالفة من الدرجة الثالثة تأديبيا وفقا للنظام الداخلي لمصرف الجزائر، لذلك بتعدد الأخطاء تتعدد معه العقوبات.

وقد نصت المادة 49 من نفس النظام على أن عقوبات المتعلقة بأخطاء الدرجة الثالثة تتمثل في القهقرة في الرتبة إلى الطرد بدون تعويض أو إشعار مسبق،وتكون محل طعن وفقا للشروط المقررة في هذا النظام.

كما أن هذه الأخيرة تصدر بعد رأي اللجنة التأديبية، والتي تتمثل مهامها في العمل على وضع قواعد عمل جيدة مع احترام قواعد السلوك في أماكن العمل، كما أنها تتفحص كل حالات المخالفة من خطأ درجة ثانية وثالثة، تقترح العقوبات الملائمة للأخطاء المرتكبة[1].

كل خطأ من درجة ثالثة فإن مصرف الجزائر مرتبط برأي اللجنة التأديبية بأغلبية أصوات الأعضاء، وفي حالة تساوي الأصوات فإن مصرف الجزائر يأخذ بالعقوبة المناسبة للخطأ [2].

وكل عون معاقب عليه عن خطأ درجة ثالثة يمكنه أن يطعن أمام لجنة الطعن في أجل ثمانية أيام ابتداء من تاريخ تبليغ العقوبة، وحق الطعن معترف به لمديرية المصرف ضمن نفس الشروط.

كما أن الجزاء المترتب على مخالفة قواعد السرية المصرفية فيتمثل حسب نص المادة 85 من النظام الصادر عن الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط في العقوبات التالية:

-القهقرة في الرتبة.

1 – المادة 56 من النظام الداخلي لمصرف الجزائر

2 – المادة 69 من النظام الداخلي لمصرف راجع المادة 70 من النظام الداخلي لمصرف الجزائر الجزائر

-الإحالة على العطلة دون تعويضات.

-العزل.

وهذا الجزاء التأديبي –العزل-معمول به أيضا في التشريع الفرنسي مثلما يتجلى من قرار الغرفة الاجتماعية بمحكمة النقض الفرنسية رقم 434485/98 المؤرخ في 2000/07/02 القاضي برفض الطعن المقدم من السيد (GUYNNET) الذي تم عزله من الصندوق الجهوي لمصرف المسمى (crédit agricole) نتيجة لإخلاله بواجب السر المصرفي[1].

المبحث الثاني: أسباب إباحة إفشاء السر المصرفي

إذا كان السر المصرفي مقررا أصلا لحماية مصلحة العميل في أن تبقى معاملاته سرية وهي القاعدة العامة فإن الالتزام به ليس مطلقا لأن لكل قاعدة استثناء لذلك يجوز الخروج عنه كلما توافر سببا مشروعا[2] ، وعلى ذلك فان الاستثناءات الواردة على تطبيق مبدأ الالتزام بالسر المصرفي هي بمثابة حدود لهذه السرية فرضت لحماية المصلحة العامة من جهة والمصالح الخاصة من جهة أخرى[3]،و لذلك تنقسم أسباب إباحة إفشاء السر المصرفي إلى أسباب مقررة للمصلحة العامة وأخرى مقررة للمصلحة الخاصة.

نتيجة لذلك نصت المادة 301 من قانون العقوبات الجزائري على أنه: "يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 20000 إلى 100000 دج الأطباء... وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلي بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشاءها أو يصرح لهم بذلك"، كما حددت المادة 117 من قانون النقد والقرض السلطات التي لا يحتج أمامها بالسر المصرفي كالتالي:

1 – سيدهم عمر: المرجع السابق، ص 21

2 – الدكتور/محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص 75.

3 – الدكتور/أنطوان جورج سركيس: المرجع السابق،ص 54.

-السلطات العمومية المخولة بتعيين القائمين بإدارة المصارف والمؤسسات المالية.

-السلطة القضائية التي تعمل في إطار إجراء جزائي.

-السلطات العمومية الملزمة بتبليغ المعلومات إلى المؤسسات الدولية لا سيما في إطار محاربة الرشوة وتبييض الأموال وتمويل الإرهاب.

-اللجنة المصرفية أو مصرف الجزائر الذي يعمل لحساب هذه الأخيرة.

وبهذا سنطرق في هذا المبحث لأسباب إباحة إفشاء السر المصرفي الواردة في القانون الجزائري وبعض القوانين المقارنة، وسنتعرض للأسباب المقررة لتحقيق المصلحة الخاصة للعميل أو للمصرف أو لبعض الأشخاص الذين لا يجوز للمصرف أن يحتج اتجاههم بالسر المصرفي، ثم نتعرض لأسباب الإباحة المقررة لتحقيق للمصلحة العامة.

المطلب الأول: أسباب إباحة إفشاء السر المصرفي المقررة للمصلحة الخاصة.

من بين الاعتبارات التي يقوم عليها السر المصرفي حماية المصلحة الخاصة للعميل وحقه في سرية معاملاته المالية، ومراعاة لهذه المصلحة أجازت بعض التشريعات إفشاء سرية هذه المعاملات انطلاقاً من فكرة حرية العميل في التنازل عن حقه في السرية، كما منعت الاحتجاج بهذا السر اتجاه بعض الأشخاص إما لمشاركتهم للعميل في هذه المصلحة أو لوجودهم في مركز قانوني خاص، وقد تقتضي أحياناً المصلحة الخاصة للمصرف وحقه في الدفاع عن نفسه الكشف عن المعلومات الخاصة بزبونه إذا ما وقع نزاع بين الطرفين، لهذا سنتناول في هذا المطلب حالة إفشاء السر المصرفي بناءاً على رضا العميل (الفرع الأول)، ثم نحدد بعد ذلك الأشخاص الذين لا يحتج عليهم بهذا السر (الفرع الثاني)، ونتعرض في الأخير إلى حالة إفشاء السر المصرفي لمصلحة المصرف(الفرع الثالث).

الفرع الأول: الإفشاء بناءا على رضا العميل

إن تقرير مبدأ السرية المصرفية كان مراعاة لمصلحة الزبون ولذلك لا يستطيع المصرف الاحتجاج بها في مواجهته. فالزبون هو سيد سره وهو الذي يملك أن يفشيه

بإرادته ولذلك فمن باب أولى أن يملك أن يصرح للمصرف بإفشائه[1] ، وإذا كان الأمر كذلك بالنسبة للعميل فانه ليس كذلك بالنسبة للغير وللمصرف أن يحتج اتجاه أي شخص يطلب الاطلاع على المعلومات السرية الخاصة بالعميل[2] ، لهذا سنتعرض في هذا الفرع لمختلف الآراء الفقهية.

التي قيلت بشأن اعتبار رضا العميل سببا لإباحة إفشاء السر المصرفي، ثم نحدد بعد ذلك الشكل الذي ينبغي أن يتخذه هذا الرضا والشروط الواجب أن يتوافر عليها لاعتباره كذلك

أولا: موقف الفقه من اعتبار رضا العميل كسبب من أسباب إباحة إفشاء السر المصرفي

الأصل أن رضا المضرور ليس سبباً للإباحة فيما يؤدي إلى المساس بالصالح العام إلا أنه استثناءاً من ذلك قد يكون للرضا أثره كسبب للإباحة إذا تعلق الأمر بحق من الحقوق الشخصية للف رد طالما أن ذلك لا يؤدي إلى المساس بالنظام العام والآداب العامة[3] ، لذلك يطرح التساؤل فيما إذا كانت موافقة الزبون على إفشاء أسراره تؤدي إلى تحلل المصرف من الالتزام بالكتمان وتمحو بذلك صفة الجرم عن الفعل؟

لما كانت قواعد القانون الجنائي تتعلق بالنظام العام، كما أن السلطة في العقاب من حق المجتمع فإن رضا المجني عليه لا يمحو عن الفعل الصفة غير المشروعة، ومن ثم لا يكون للفرد أن يعفي الشخص من عقاب الجريمة التي ارتكبها. أما الجرائم التي يكون فيها الحق المعتدى عليه هو حق الفرد فلا عقاب عليها إذا رضي صاحبه بذلك الاعتداء، وعلى، هذا فقد اختلف الفقه والقضاء المقارن حول حجية الرضا في إباحة إفشاء السر المصرفي[4] فهناك من رفض إفشاء السر المصرفي في حالة رضا العميل وهناك من راى بأن هذا الرضا يبيح الإفشاء.

1 – الدكتور/محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص 75

2 – الدكتور/عبد القادر العطير: المرجع السابق، ص 108

3 – الدكتور/عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص 234

4 – مبروك نصر الدين: المسؤولية الجزائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، المرجع السابق، ص 21

1-الرأي القائل بعدم اعتبار رضا العميل كسبب من أسباب إباحة إفشاء السر المصرفي:

ذهب أنصار هذا الراي وعلى راسهم الفقيه (Charles Muteau) إلى أن تجريم الإفشاء يعد من المسائل المتعلقة بالنظام العام، فالجريمة تقع على المجتمع لا على صاحب السر وحده ومن ثم لا يملك هذا الأخير أن يبيح إفشاءه بإعطاء إذن للمصرف بذلك[1]، كما أن أساس الالتزام بكتمان السر هو نص القانون لا العقد فهو بذلك قاعدة تنظيمية مقررة للصالح العام، فليس للمصرف أن يتذرع بأن صاحب السر أحله من قيد الكتمان فالإفشاء يضر بالشخص والمجتمع ورضا العميل وإن كان يمحو الضرر الفردي إلا أن الضرر الاجتماعي يبقى مبررا لتوقيع العقاب، وليس من حق صاحب السر أن يحل محل القانون فحتى وإن صدر منه تصريح بالإفشاء يجب على المصرف أن يظل ملتزماً بالكتمان[2].

و قد أخذ القضاء الفرنسي بهذا الراي في مجال السر المصرفي للأطباء حين اعتبر بأن الالتزام بحفظ السر المصرفي المفروض بمقتضى المادة 378 من قانون العقوبات الفرنسي يهدف إلى ضمان الثقة الضرورية لممارسة بعض المهن أو الوظائف لا يجوز خرقه[3] ، كما قضت الغرفة الجنائية على مستوى محكمة النقض الفرنسية بأن الالتزام بالسر المصرفي التزام مطلق لا يرد عليه أي استثناء على اعتبار أنه تقرر لحماية الصالح العام، وليس لمصلحة الخواص الذين لا يمكنهم إعفاء الأمناء منه[4] .

وقد انتقد هذا الراي الفقهي نظرا لإهماله لمصلحة صاحب السر في الإفشاء إذا لا يمكن إنكار أن السر المصرفي تقرر لحماية المصلحة الخاصة للعميل والمصلحة العامة معا.

2-الرأي المؤيد لاعتبار رضا العميل سبب من أسباب إباحة إفشاء السر المصرفي:

يرى أنصار هذا الاتجاه وعلى راسهم الفقيه (Boudouin) أن جريمة إفشاء السر

1 – الدكتور/أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص 564

2 – المرجع نفسه، ص 565

3 – Crim. 22/12/1966, J.C.P, 1967,2, 15126. Cité par Anne Teissier : op.cit, p.189

4 – Crim.15/09/1987 ; Crim, 1887, n° 311. Cités par Anne Teissier, op.cit, p.189

المصرفي لا تتحقق إلا إذا وقع الإفشاء بغير رضا صاحب السر، فان صرح هذا الأخير للمصرف بالإفشاء فإن المصرف لا يرتكب الجريمة طالما التزم بالحدود التي يسمح فيها صاحب الشأن بالإفشاء[1]، فالعميل هو سيد السر ويستطيع بذلك إعفاء المصرف من التزامه متى قرر ذلك ولا يستطيع المصرف الاعتراض على هذا القرار.

و يرى بعض الفقه أنه لاعتبار رضا العميل سبباً من أسباب إباحة إفشاء السر المصرفي يقتضي الأمر اعتبار الالتزام بحفظه التزاما نسبيا، وقد اعتبر أنصار هذا الراي أن هذا الالتزام يجد مصدره في العقد الذي يربط المصرف بالعميل، ونتيجة لذلك يجوز لهذا الأخير أن يصرح للمصرف بالإفشاء، وأن مثل هذا الترخيص يرفع عن الفعل وصف الخطأ ويجعله مشروعاً ولا يحق للعميل أن يطالب بالتعويض مادام قد رضي بذلك، كما أن اعتبار رضا العميل سببا لإباحة إفشاء السر المصرفي ما هو إلا تطبيقاً للقواعد العامة بخصوص اعتبار الرضا سبباً للإباحة، فصاحب السر له أن يفشيه ولا جريمة في فعله إذ يعتبر نوعاً من تصرفه في حقه، ومن ثم لا يجوز أن تقوم الجريمة إذا تصرف في ذلك الحق بأن رخص للمصرف بإفشاء السر، وقام موظف المصرف بذلك بناءا على هذا الرضا[2].و قد أخذ القضاء الفرنسي بهذا الراي في العديد من أحكامه واعتبر أن رضا العميل يبيح للمصرف إفشاء الأسرار المودعة لديه[3]، كما أجاز مجلس الدولة المصري في قراره الصادر في 1960/11/08 للموظفين العموميين أو المكلفين بخدمة عامة إفشاء أسرار الأفراد متى قبلوا بذلك، واعتبر بأن هذا الرضا سببا للإباحة[4]، وفي نفس السياق أيضا أصدرت محكمة استئناف تونس قرارا في 1956/07/09 اعتبرت بموجبه أن المصرف أمين ضروري يخضع للالتزام بحفظ السر المصرفي خاصة بالنسبة للرسائل التي يتلقاها، ولما كان هذا السر يهدف إلى حماية المصلحة الخاصة للزبون فهو سر مهني

1 – الدكتور/محمود كبيش: الرجع السابق، ص 24

2 – المرجع نفسه، ص 25

3 – الدكتور/ عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص 238.

4 – CE.11/02/1972, J.C.P.1973,17363.
Nancy.14/02/1952.J.C.P.1952, n° 7030

يمكن رفعه برضا صاحبه[1]

من هنا يظهر لنا أن بعض الفقه والقضاء قد ذهب إلى اعتبار رضا العميل سبباً لإباحة الإفشاء يرفع عن كاهل الأمين الالتزام بالسر ويبيح له إفشاءه، وبالنسبة لموقف المشرع الجزائري حول اعتبار رضا العميل سبباً لإفشاء السر المصرفي فهو لم ينص على هذه الحالة ضمن الاستثناءات التي أوردها في الفقرة الثانية من المادة 117 من قانون النقد والقرض، ولم يشر إلى ذلك أيضا في المادة 301 من قانون العقوبات. بهذا يظهر لنا أن المشرع الجزائري يحصر أسباب إباحة إفشاء السر المصرفي في تلك الحالات التي يحددها القانون، غير أنه يمكن للأنظمة الداخلية للمصارف أن تجيز إمكانية الاطلاع على المعلومات الخاصة بالعميل متى صدرت منه موافقة كتابية لذلك.

على خلاف ذلك نجد أن بعض التشريعات العربية نصت صراحة في قوانينها على اعتبار رضا العميل سبباً من أسباب إباحة إفشاء السر المصرفي، ومن هذا القبيل نجد قانون سرية الحسابات المصري الذي أجاز اطلاع الغير على حسابات العملاء وودائعهم وخزائنهم بعد صدور إذن كتابي من صاحب الحساب، أو الموصى لهم بكل أو بعض الأموال أو من النائب القانوني أو الوكيل المفوض في ذلك[2]، كما أجاز نفس القانون الكشف عن شخصية صاحب الحساب الرقمي بموجب هذا الإذن[3]، وفي نفس السياق أيضا يجيز قانون سرية المصارف اللبناني للمصرف الكشف عن أسماء الزبائن وأموالهم والأجور المتعلقة بهم إذا أذن بذلك خطياً صاحب الحساب أو أحد ورثته أو الموصى له، كما يجوز للمصرف لإعلان عن هوية صاحب الحساب المرقم بعد تلقيه هذا الإذن[4].

كما يجيز قانون سرية المصارف السوري للمصارف أن تعلن عن هوية صاحب الحساب الرقمي أو الخزانة الحديدية، وقيمة حساباته وموجوداته بإذن خطي من المودع أو

1 – Tunis,09/07/1956. Cité par Anne Teissier: op.cit, p.186.

2 – المادة الأولى من قانون سرية الحسابات المصري لسنة 1990

3 – المادة الثانية من نفس القانون.

4 – المادة الأولى والثانية من قانون سرية المصارف اللبناني لسنة 1956

من ورثته الشرعيين أو الموصى لهم [1]، كما يسمح القانون السويسري الاطلاع على حسابات العميل وإفشاء المعلومات المصرفية بإذن صريح منه يتخذ شكل الوكالة العامة أو الخاصة [2].

وبهذا يظهر لنا أن العديد من التشريعات استقرت على اعتبار رضا العميل سبباً لإباحة إفشاء السر المصرفي. إلا أنه إذا كان الأمر كذلك فهل يلتزم المصرف بترخيص العميل ويلجأ إلى إفشاء أسراره احتراماً لهذه الرغبة أم يجوز له أن يظل متقيداً بالتزامه رغم هذا الإذن؟

يرى بعض الفقه بأن المصرف يلتزم بكشف المعلومات السرية الخاصة بالعميل بعد إذن منه لأنه صاحب السلطة في الترخيص. بينما يذهب الفقيه ديمارل إلى القول بأن تصريح صاحب السر بإفشائه لا يكفي لإعفاء المصرف من التزامه بالكتمان بل تشترط لذلك موافقة المصرف على ذلك، وقد استند في ذلك على أن أساس الالتزام بالسر هو العقد لذلك يجب أن يكون هناك رضا من جانب المودع والمودع لديه حتى يمكن التصريح بالإفشاء[3]، كما أن المصرف يمكنه رفض الإفشاء استناداً إلى عدم صحة رضا لوجود عيب من عيوب الإرادة طرأ عليه، ويؤيد الفقيه (Pimienta)هذه الفكرة ويرى بأن رضا صاحب السر بالإفشاء يجيز للمصرف الإفشاء دون أن يلزمه بذلك، فيجوز له أن يفشيه وله أن يمتنع عن ذلك على اعتبار أن المصرف هو خير من يقدر مصلحة صاحب السر، فقد يرى بأنه قد أساء تقدير مصلحته وأن الواجب المهني يفرض عليه أن يمتنع عن الإفشاء[4].

إلا أن بعض الفقه يرفض إعطاء رخصة التقدير للمؤتمنين على الأسرار بتقدير نظرا لأن صاحب السر هو خير من أن يقدر مصلحته في الإفشاء، وإعطاء مثل هذه السلطة

---

1 – المادة الثانية من قانون سرية المصارف السوري لسنة 2001

2 – الدكتور/إلياس ناصف: المرجع السابق، ص 299

3 – الدكتور/ أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص 567. وقد قرر مجلس نقابة المحامين باريس ذلك في قراره الصادر بتاريخ 1887/09/07 بخصوص السر المصرفي للمحامي بقوله: ".... إن المحامي المعفى من السر المصرفي بواسطة عميله يمكنه أداء الشهادة عن وقائع عرفها كمحام ولكنه يبقى الحكم الوحيد طبقا لما يمليه عليه ضميره...".

4 – الدكتور/عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص 236

التقديرية للأمين يشكل اعتداء على الحرية الفردية [1]، فالعميل يجب أن يبقى هو الحكم فيما إذا كان للمصرف أن يفشي بأسراره أم لا باعتباره سيد السر والقاضي الوحيد لمصلحته [2].

وبهذا نصل إلى القول بأن الآثار القانونية المترتبة على اعتبار رضا العميل سبباً لإعفاء المصرف من التزامه بحفظ السر المصرفي هي عدم إخلال المصرف بهذا الالتزام متى أفشى بالسر بناءا على هذه الرغبة. غير أن السؤال الذي يطرح هو ما الشكل الذي يجب أن يتخذه هذا الرضا، وما هي الشروط الواجب توافرها فيه لاعتباره سببا لإباحة إفشاء السر؟

ثانيا: شكل رضا العميل والشروط الواجب توافرها فيه

1-شكل رضا العميل.

لا يشترط شكل خاص في الرضا المبيح لإفشاء السر فقد يكون كتابة أو شفاهة، كما قد يكون صريحاً أو ضمناً [3]، وهذا ناتج عن عدم اشتراط المشرع شكل معين للتعبير عن

الإرادة [4]، ويكون الرضا صريحاً إذا كان لا يحمل أي شك في دلالته على العميل كأن يصدر منه في شكل مكتوب، ويرى بعض الفقه بأنه لا مانع من أن يتم النص على هذا الرضا كشرط أساسي في العقد الذي يجمعهما، كما يدخل ضمن الإذن الكتابي وفقاً لبعض الفقه الفاكس والرسائل الالكترونية مثل البريد الالكتروني، والرسائل العادية متى اقترنت بتوقيع العميل المطابق للنموذج المودع لدى المصرف لأن لها أصل مكتوب.

و قد يكون الرضا ضمنياً يستنتجه المصرف من مجموع الظروف والوقائع والملابسات حتى ولو لم تدل عليه صراحة عبارات العميل[5]، وتطبيقا لذلك فإذا طلب صاحب الحساب من موظف المصرف أن يفشي إليه شفاهة بمعلومات متعلقة بحسابه، وكان

1 – الدكتور/عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق ، ص 237

2 – الدكتور/أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص 574

3 – الدكتور/محمود كبيش: المرجع السابق، ص 130

4 – المادة 60 من القانون المدني الجزائري.

5 – الدكتور/أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص 580

ذلك بحضور زوجته أو أحد أصدقائه فلا تقع الجريمة إذا أدلى موظف المصرف بهذه المعلومات بصوت مسموع مما أدى إلى معرفة المرافقين لها[1]، فاصطحاب العميل لهؤلاء الأفراد إلى المصرف واستفساره أمامهم عن حساباته يعد تنازلا ضمنياً عن واجب عدم الإفشاء المفروض على المصرف[2]، ويرى بعض الفقه بأن لجوء التجار إلى إدراج معلوماتهم المصرفية وبياناتهم ضمن الفواتير والوثائق التي يقدمونها لزبائنهم يعد بمثابة رضا ضمني يسمح للمصرف بالإجابة على استفساراتهم عن تلك البيانات[3]، إلا أن البعض يرفض هذه الفكرة على اعتبار أن إدراج اسم المصرف ورقم الحساب في الفواتير يتم بهدف احترام انتظام هذه الوثائق.

و في انجلترا تعد سابقة ساندرلاند ضد مصرف باركليز Sunderland V.Barclays Banck Lid من أهم السوابق القضائية التي أقرها فيها القضاء الانجليزي بسلطة المهني التقديرية في الإفضاء بالسر اعتماداً على الموافقة الضمنية الصادرة من العميل، وتتلخص وقائع القضية في أن المدعية سحبت شيكا لصلاح مطعم على مصرفها ورفض هذا الأخير صرفه نظرا لتورطها في مقامرة، فاتصلت بالمصرف وأثناء المحادثة التلفونية تخلت الزوجة لزوجها عن الهاتف، فأفضى مدير المصرف له بأن معظم الشيكات التي قيدت في حسابها كانت مسحوبة لصالح وكلاء مراهنات سباق الخيل. فرفعت الزوجة دعوى ضد المصرف على أساس إخلاله بالحفاظ على سرية تصرفاتها، غير أنه حكم لصالح المصرف على اعتبار أن المحادثة التلفونية مع الزوج تفرعت عن محادثة الزوجة وكانت استمرارا لها،و بناءاً على ذلك كان المصرف مخولا ضمنياً بأن يفضي بطبيعة العمليات التي يمر بها الحساب[4].

1 – الدكتور/محمود كبيش: المرجع السابق، ص 26

2 – الدكتور/محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص 78

3 – Chabert: Le Secret Bancaire, Revue Huissiers, 1980, p.106. Cité par Anne Teissier : op.cit, p.187.

4 –الدكتور/عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص 240

على خلاف بعض التشريعات التي اشترطت صراحة أن يكون الإذن بالإفشاء مكتوبا ومن ذلك المشرع المصري[1] واللبناني[2] والسوري[3]، وينبني على ذلك أن الاتصال التلفوني أو الإذن الشفوي للمصرف لا يصلح لإباحة إفشاء أسرار العميل إلى الغير بل لا بد من أن يحصل المصرف على إذن كتابي صريح منه، ويؤيد بعض الفقه هذه الفكرة على اعتبار أن التحديد الكتابي يحمي المصرف من الخلافات حول نطاق الإذن سواء من حيث نوعه أو أشخاصه خاصة وأن الجزاء على إفشاء السر يعد جزاءً رادعاً، وأن مسؤولية المصرف أشد من مسؤولية الأشخاص العاديين لاعتباره من المهنيين المتخصصين. فالإذن المكتوب يرفع عن المصرف الغموض واللبس في حسن نيته.

2-شروط رضا العميل:

تتمثل الشروط الواجب توافرها في رضا العميل حتى يعتبر سببا لإباحة إفشاء السر المصرفي فيما يلي:

أ-صدور الرضا من العميل نفسه:

حتى ينتج الرضا أثره القانوني يجب أن يصدر ممن يملك الحق في إعطائه أي العميل التي تكون جميع المعاملات المصرفية باسمه والأسرار تتعلق بشخصه لذلك لا عبرة بالرضا الصادر من غيره، ويمكن للعميل أن يقدم إذنا عاما للمصرف لإفشاء كل أسرار معاملاته لمن يطلب ذلك ويكون هذا الإذن العام صحيحا، وإذا كان العميل شخص معنوي يشترط أن يصدر الرضا من الهيئة التي تمثله حسب الشكل الذي تتخذه الشركة[4].

1 – المادتين الأولى والثانية من قانون سرية الحسابات المصري.

2 – المادتين الأولى والثانية من قانون سرية المصارف اللبناني.

3 – المادة الثانية من قانون سرية المصارف السوري.

4 – إذا اتخذت الشركة شكل شركة مساهمة فيجب أن يصدر الرضا من رئيس مجلس إدارتها أو من مجلس مديريها، أما إذا كانت الشركة شركة توصية بالأسهم أو مسؤولية محدودة فيصدر الرضا من المدير متى أجاز له القانون الأساسي ذلك،

ب-صدور الرضا من شخص مميز وبإرادة حرة:

طبقاً للشروط العامة للرضا يجب أن يصر رضا العميل بالإفشاء من شخص يتمتع بالأهلية القانونية مدرك لما يصدر عنه من أفعال وما يترتب عنها من آثار [1]. فلا قيمة للرضا الصادر عن إرادة يشوبها عيب من العيوب كالتدليس والإكراه[2]، كما أنه لا عبرة بالرضا الصادر عن إرادة مغلوطة أو من شخص غير مميز أو مصاب بعاهة في العقل.

ج-صدور الرضا قبل الإفشاء:

حتى ينتج الرضا أثره فضلا عن الشروط السابقة يجب أن يكون صادرا قبل وقوع الفعل أو على الأقل وقت وقوعه، أما إذا وقع الإفشاء من المصرف بغير رضا العميل ثم حصل الرضا بعد ذلك فلا يعتد به كسبب للإباحة[3]، ويعتبر بعض الفقه أن مثل هذا الرضا اللاحق هو نوع من التصالح أو التسامح لا يحول دون وقوع الجريمة ولا يرفع عن الفعل صفة الخطأ، وصدور الرضا من العميل بإفشاء السر لا يعني حرية المصرف المطلقة إذ يرى بعض الفقه أن نطاق الرضا مختلف فقد يكون واسعا يشمل كل علاقات العميل بالمصرف، كما قد يكون محدد يشمل فقط بعض العمليات التي يرى العميل ضرورة إفشاءها لذلك يجب على المصرف أن يلتزم بنطاق الوقائع التي كانت محلا للرضا[4].

نتيجة لما سبق يمكن القول أنه متى صدر الإذن من العميل بالشروط السابقة واتخذ شكلا صريحاً أو ضمنياً، وتوافر عند قيام الإفشاء فإن هذا الفعل يصبح مشروعاً، ترفع عنه صفة الخطأ، وبالتالي لا يستطيع العميل الذي رضي بالإفشاء مطالبة المصرف بتعويض الضرر، كما أن المصرف في هذه الحالة لا يعد مرتكباً لفعل يعاقب عليه جنائياً، و بالإضافة إلى وإذا اتخذت الشركة شكل شركة تضامن أو توصية بسيطة فيجب أن يصدر الرضا من المدير ما لم ينص القانون الأساسي على خلاف ذلك.

1 – الدكتور/محمود كبيش: المرجع السابق، ص 26

2 – الدكتور/عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص 241

3 – الدكتور/أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص 586

4 – الدكتور/محمود كبيش: المرجع السابق، ص 29

الرضا الصادر من العميل بإفشاء السر المصرفي قد يلتزم المصرف بإفشاء المعلومات الخاصة بالعميل سواء أثناء حياته أو بعد مماته لبعض الأشخاص لأن المصلحة الخاصة للغير هي التي تقتضي ذلك أو أن مركزهم القانوني يسمح لهم بالاطلاع على تلك المعلومات.

الفرع الثاني: الأشخاص الذين لا يجوز للمصرف الاحتجاج اتجاههم بالسر المصرفي

توسع استثناءات التزام المصارف بكتمان السر المصرفي حماية للمصلحة الخاصة لبعض الأشخاص الذين قد تكون لهم مصلحة في معرفة الوقائع والمعلومات السرية للعميل لذلك تقتضي القاعدة عدم الاحتجاج اتجاههم بهذا السر [1].

أولا: السر المصرفي والورثة والموصى لهم

يعتبر الورثة من الخلف العام لأنهم يخلفون مورثهم في ذمته المالية وفي كل ما يثقلها من حقوق والتزامات، وعلى ذلك فهم ليسوا من الغير [2]، ويصبحون بعد وفاة مورثهم المستفيدون من الالتزام بالسر ويتمتعون بكل الحقوق التي كان يتمتع بها مورثهم فيستطيعون بذلك أن يأذنوا للمصرف بإفشاء السر كالبوح به للخبير.

لذلك يترتب على المصرف فور علمه بوفاة عميله إخطار الورثة بمركزه المالي، ولا يستطيع الاحتجاج بالسر في مواجهة لأنهم أصبحوا أصحاب المصلحة المباشرة بشرط إثبات، صفتهم الشرعية، فيحق لهم الاستعلام عن التصرفات الصادرة من مورثهم والسابقة لوفاته [3] وقد أقر القضاء الفرنسي بذلك في العديد من أحكامه [4].

ومن أهم القضايا في هذا الصدد قضية السيد (Fernand) ضد المصرف الفرنسي (BNP) حيث تتلخص وقائعها في أن السيد (Fernand) قدم كفالة لهذا المصرف لتنفيذ تعهدات

1 – الدكتور/أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص 590.

2 – الدكتور/محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص 79

3 – الدكتور/عبد القادر العطير: المرجع السابق، ص 112

4 – Trib.ge.inst.Marseille,26/02/1973,gaz.pal.1973-1-348.
Trib.civ.Monaco 03/05/1973.R.T.D.com1973.610

الشركة x غير انه توفي في 1999/03/18 تاركاً ابنا وزوجة شركاء هذه الشركة، ونظرا لإفلاسها في 2002/07/08 طالب المصرف من الورثة تنفيذ الكفالة وتم ذلك. إلا أنه بعد ذلك لجأ هؤلاء إلى المصرف باعتبارهم ورثة الكفيل المتوفى والشركاء في الشركة المفلسة، وطلبوا منه اطلاعهم على الوثائق التي تثبت تعهدات الشركة وقت وفاة مورثهم غير أن المصرف رفض ذلك، فرفعوا دعوى ضده وقضت محكمة الاستئناف لصالح المصرف.إلا أن محكمة النقض نقضت الحكم واعتبرت بأن المصرف إذا كان يحق له المطالبة بتسديد الديون من طرف الكفيل أو ذوي الحقوق بعده فإنه يحق لهؤلاء الاطلاع على الوثائق الضرورية والخاصة بالمدين الأصلي دون أن يحتج عليهم بالسر المصرفي[1]، وهذا ما سار عليه القضاء اللبناني أيضا في حكمه الصادر بتاريخ 1967/07/24[2]، أما تلك المعلومات المتعلقة بالحياة الخاصة لمورثهم فمن الأحسن عدم اطلاعهم عليها[3].

كما قد يشترط العميل بنفسه على المصرف عدم اطلاع الورثة على أمور معينة فيكون على المصرف أن يثبت هذا المنع الصادر العميل قبل وفاته، ولا يمتد المنع هنا إلا للمعلومات التفصيلية [4]. فلو أمر العميل المصرف قبل وفاته إعطاء خليلته أو ولده غير الشرعي مرتباً مدى الحياة أو قسطاً من الأموال المودعة بالمصرف فيلتزم المصرف بعد وفاة العميل بكتمان هذه الرغبة، ولا يكشف بذلك عن هذا التصرف للورثة الشرعيين وإلا يعد مرتكباً لخطأ يوجب المسؤولية وهذا ما هو معمول به خاصة في سويسرا [5] غير أن القضاء الفرنسي قضى في هذا الشأن بمسؤولية مصرف لعدم رفعه السر المصرفي

1 – Cass.com 16/12/2008, n° 19-77

« …..Des lors qu'il appartient au banquier d'établir l'existence et le montant de la créance dont il réclame le paiement à la caution ou à ses ayants droit, ceux-ci sont en droit d'obtenir la communication par lui des documents concernant le débiteur principal….sans que puisse leur être opposé le secret bancaire »

2 – محكمة بيروت، حكم رقم 1827، الصادر في 1967/04/24 حيث خاء فيه بأنه: "…..لا يمكن الإدلاء بالسرية ضد الورثة لأنهم يحلون محل المودع أي المورث صاحب الحساب الأصلي….".

3 – Moniteur du commerce et de l'industrie : op.cit, p.8.

4 – الدكتور/عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص 190

5 – الدكتور/الياس ناصف: المرجع السابق، ص 306

وإعلامه للخبير عن عناصر النزاع القائم بين أولاد المتوفى من المراة الأولى والزوجة الثانية [1].

ويجب التنويه إلى أن الموصى له لا يحق له الاطلاع على الأسرار الخاصة بالعميل نظرا لعدم امتلاكه لحق مباشر في مواجهته فكل ما له الرجوع على الورثة لتنفيذ الوصية. أما بالنسبة لمنفذ الوصية المعين من طرف العميل قبل وفاته فلا يحتج بالسر في مواجهته حتى يتسنى له القيام بمهمته على أحسن وجه [2].

و بخصوص حق الورثة في منح الإذن للمصرف بإفشاء المعلومات السرية الخاصة بمورثهم المتوفى فيجوز لهم ذلك طالما قد أصبحوا في نفس مرتبة العميل المتوفى، وقد أجاز قانون سرية الحسابات المصري لأحد الورثة دون الجميع منح الإذن للمصرف بالإفشاء إلا أن الفقه انتقد هذا الموقف إذ لا يعد أحد الورثة صاحب الحساب، ولا يملك وحده التصرف في الحق محل الحماية ومن ثم لا يكون رضاه كافياً لإباحة الإفشاء وإنما الرضا الذي يعد كذلك هو ذلك الرضا الصادر من الورثة جميعهم، وبالنسبة للموصى له فإن إذنه بالإفشاء يقتصر على تلك الأموال الموصى عليها ولا يمتد إلى غيرها[3].

و يتمثل أساس هذا الاستثناء في أن الورثة أو الموصى لهم يعتبرون من المالكين لهذه الأموال وبالتالي هم أصحاب الحق في منح الإذن باطلاع الغير على المعلومات السرية، و. يكون الإذن الصادر منهم في حدود ما ورث وه أو تلق وه بطريق الايصاء[4].

ثانيا: السر المصرفي والزوجة والأولاد

تأخذ الشريعة الإسلامية بمبدأ انفصال الذمة المالية للزوجين لذلك ليس للزوج أو زوجة العميل أن يطلب الاطلاع على أسرار الطرف الآخر [5]، ذلك لأن علاقة المصرف

1 – Trib. Gr.inst.Nice 02/07/1981, D.1982-1-R.124.

2 – الدكتور/محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص 80

3 – الدكتور/ عادل جبري محمدحبيب: المرجع السابق، ص 194

4 – المرجع انفسه، ص 195

5 – المرجع انفسه، ص 196

بعميله تعتبر شخصية غير مرتبطة بزوجه أو أولاده إلا إذا تصرفوا بموجب وكالة، أو تفويض من العميل ذاته لأن الالتزام بالسرية تقرر لمصلحته ويعتبر حقا من حقوقه يجوز له التنازل عنه، غير أنه لا يحق للزوجة والأولاد أن يطلبوا من المصرف الاطلاع على المعلومات المتعلقة بعلاقات خاصة بينه وبين الزوج الزبون، وفي حال عدم حصولهم على إذن منه يحق للمصرف أن يرفض اطلاعهم على البيانات السرية[1].

و في سويسرا لكي يستطيع أحد الزوجين الحصول على المعلومات الخاصة بالذمة المالية للزوج الآخر يشترط اللجوء إلى القاضي الذي يحق له إرغام المصرف على ذلك، غير أنه إذا كان الزوجين شريكين في نفس الشركة وكان الحساب مقيداً في سجلات المصرف، فيلتزم هذا الأخير باطلاع الزوج وحده على المعلومات المصرفية الخاصة بذلك الحساب على اعتبار أن المادة 216 من قانون الموجبات السويسري تعتبر أن الزوج هو صاحب الحق في إدارة الأموال المشتركة، لكن لا يجوز له أن يصدر أوامر للتصرف في الحساب بمفرده لأن إصدارها يعود للزوجين معا طبقا للمادة 217 من نفس القانون.

ويأخذ المشرع الفرنسي أيضا بمبدأ انفصال الذمة المالية للزوجين حيث يحق لكل منهما أن يفتح حساب وديعة دون موافقة الطرف الثاني، ويستطيع بذلك إدارة أمواله بمفرده لهذا يمنع على المصرف إفشاء المعلومات المصرفية، والعمليات الواردة على الحساب من أحد الزوجين للزوج الآخر إلا إذا وجد توكيل أو تفويض يأذن بذلك، وإذا اختار الزوجين نظام وحدة الذمة المالية يحق لكل زوج الاطلاع على المعلومات الخاصة بحساب الزوج الآخر، كما يحق لأحدهما أن يؤمن الطرف الثاني على تسيير حسابه وأملاكه بواسطة توكيل. ففي هذه الحالة للزوج الوكيل الاطلاع على وضعية الحساب والعمليات الواردة عليه، وإذا وقع طلاق أو انفصال جسماني بينهما يجب على الزوج إعلام المصرف بذلك ليمتنع هذا الأخير عن اطلاعه على أسرار الثاني. ولما كان المشرع الجزائري يأخذ بنظام انفصال الذمة المالية للزوجين عملا بقانون الأسرة وأحكام الشريعة الإسلامية، فيجب على

1 – الدكتور/إلياس ناصف: المرجع السابق، ص 304

المصارف أن تمتنع على كشف الأسرار المصرفية الخاصة بالزوج الثاني إلا في حالة وجود توكيل أو تفويض.

ثالثا: السر المصرفي والنائب القانوني والوكيل المفوض

إن الاعتبارات التي يقوم عليها سر المهنة المصرفي تتضمن علاوة على الجانب الشخصي جانباً مالياً، لذلك كان من المنطقي أن يشارك العميل ممن لهم سلطة تمثيلية في إدارة أمواله، أو التصرف فيها فلا محل لإخفاء السر على من عهد القانون أو العميل إدارة أمواله [1].

فالنائب القانوني هو الشخص المعين بقوة القانون لإدارة أموال غيره[2]، سواء لصغر سنه أو لعاهة عقلية أو جنون أو لوجود عجز، وقد يكون هو الولي الطبيعي كالأب أو الأم على القاصر أو الوصي الذي يعين على العميل القاصر من المحكمة، وفي هذه الحالة لا يجوز أن يكشف عن أي بيان بحساب القاصر أو ودائعه إلا بناءا على إذن كتابي من الوصي، وذلك بالنسبة للحسابات التي تخضع للولاية أو الوصاية ولا يمتد ذلك إلى حسابات القاصر المفتوحة باسمه لتصرفاته الشخصية،و التي يكون إيداعها من تجارته أو أعماله فيكون الإذن بكشفها من القاصر نفسه ولا يجدي إذن الوصي[3].

أما القيم فهو النائب القانوني الذي تعينه المحكمة على المحجور عليه الذي أصابه جنون أو عاهة عقلية أو سفه أو عته بعد بلوغه سن الرشد أو حكمت المحكمة باعتباره كذلك، وفي هذه الحالة يكون إذن القيم هو السبب في إفشاء المصرف لأسرار العميل المحجور عليه، ويعتبر الوصي أو القيم في هذه الحالة ممثلا للعميل ولا يستطيع المصرف أن يحتج في مواجهته بالسر المصرفي بخصوص الأموال التي تقع في دائرة الاستثمار الشرعي للوصي أو القيم، ويستطيع هؤلاء أن يطالبوا المصرف باطلاعهم على البيانات الخاصة بحساب القاصر أو المحجور عليه ولو كانت سابقة على قرار تعيينهم، ويستمر حق

1 – الدكتور/محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص 76

2 – الدكتور /عبد القادر العطير: المرجع السابق، ص 111

3 – المرجع نفسه ، ص 112

الوصي أو القيم في الاطلاع على الحسابات حتى يبلغ القاصر السن القانوني أو يرفع عنه الحجر[1].

أما الوكيل المفوض فهو الشخص الذي فوضه صاحب الحساب للاطلاع على حسابه ويشترط في هذا التوكيل أن يكون مكتوباً، وأن يتضمن عبارات واضحة في حق الاطلاع وأخذ المعلومات عن العميل من المصرف، ومتى كان التوكيل كذلك لا يجوز للمصرف الاحتجاج بالسر المصرفي على الوكيل، غير أن حق الاطلاع المخول له يقتصر على تلك المعلومات اللازمة لتنفيذ الوكالة[2]، كذلك لا يسري أثر الالتزام بالسر المصرفي في مواجهة موظفي العميل ومستخدميه المفوضين بالعمل باسمه ولحسابه[3]، وهذا ما أكده القضاء اللبناني بخصوص الوكيل الذي وكل للسحب والإيداع[4]، ويرجع الأساس القانوني الذي يخول الممثل القانوني والوكيل للاطلاع على حسابات الموكل هو نص القانون بالنسبة للوكيل القانوني، وإرادة العميل نفسها بالنسبة للوكيل المفوض[5].

ويشترط من أجل إفشاء سرية الحسابات وكالة خاصة للوكيل من العميل بأن يأذن للمصرف باطلاع الغير على حسابات الموكل، ويجب أن تتضمن الوكالة الخاصة هذه السلطات فالوكالة العامة لا تخول للوكيل صفة إلا في أعمال الإدارة دون التصرف، ويجب أن تكون الوكالة الخاصة صريحة ومحددة في منح الوكيل الحق في أن يأذن للمصرف بالكشف عن سرية الحسابات.

و إذا كان العميل شخصاً اعتبارياً فلا يخفى السر على ممثله القانوني أو القضائي أو المقرر بنظام هذا الشخص، ونفس الأمر بالنسبة لأعضاء مجلس إدارته أو مديريه أو،

---

1 – الدكتور /عبد القادر العطير: المرجع السابق ، ص 113

2–Monique Cantamine-Raynaud : op.cit, p.492

3 – الدكتور/محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص 75

4 – محكمة بيروت، حكم رقم 245، الصادر في 1972/05/17 حيث جاء فيه "...حيث أن السرية المصرفية أقرها المشرع لمصلحة المودع ولا يمكن بأي شكل من الأشكال أن يجاب بها هو، أو من يكون قد وكله لتحريك حسابه إيداعا أو سحبا....".

5 –الدكتور/ محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع نفسه، ص 77

مراقبته [1] لأنه لا يتصور قيام هذا الشخص بإدارة أعماله المالية إلا عن طريق ممثل قانوني [2] لذلك يعتبر الممثل القانوني الشرعي لشركات الأشخاص زبوناً له حق الاستعلام عن حسابات هذه الشركة. أما بالنسبة لشركات الأموال يعود فقط للشخص الذي يمثل الشركة بصورة قانونية حق الاستعلام عن حساباتها لدى المصارف، ويتخذ هذه الصفة الرئيس المدير العام نظرا لأنه مكلف للقيام بالعمليات الجارية اليومية، وفي سويسرا يمكن أن يمنح هذا الإذن بصورة ضمنية فالمدير المالي يستطيع أن يطلع على المعلومات المتعلقة بأوضاع الشركة من المصارف نظرا لواجباته ومسؤوليته[3].

رابعا: السر المصرفي والشركاء في الشركة والوكيل المتصرف القضائي

تعرف الشركة بأنها عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة كما يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك [4]، وتقسم الشركات إلى شركات أموال كشركة المساهمة وشركة التوصية بالأسهم وشركة المسؤولية المحدودة، أما شركات الأشخاص فهي شركة التوصية البسيطة وشركة التضامن.

ففي شركات الأشخاص تكون لشخصية الشريك اعتبار أثناء حياة الشركة كما أن الشركاء المتضامنين يتحملون مسؤولية غير محدودة عن ديون الشركة، لذلك منح القانون سلطة الإدارة والتصرف بما يحقق الغرض الذي أنشأت من أجله للشريك المتضامن ما لم يكن هناك نص أو اتفاق يقضي بخلاف ذلك[5]، وعلى ذلك يحق للشركاء المتضامنين الاطلاع على حسابات الشركة دون أن يحتج عليهم بالسر المصرفي، نظرا للاعتبار الشخصي الذي تقوم عليه الثقة بين الشركاء في هذا النوع من الشركات.أما في شركات

1 – الدكتور/عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص 194

2 –الدكتور/ محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص 77

3 – الدكتور/نعيم مغبغب: المرجع السابق، ص 227

4 – المادة 416 من القانون التجاري الجزائري.

5 – المادة 563 مكرر 5 من نفس القانون.

الأموال فلا يحق للشركاء الاتصال بالمصرف للحصول على معلومات تتعلق بالشركة وللمصرف أن يتمسك اتجاههم بالسر المصرفي[1].

و بالنسبة للوكيل المتصرف القضائي فكل تاجر يتوقف عن الدفع يتم شهر إفلاسه،و يعين حكم الإفلاس اسم الوكيل المتصرف القضائي الذي يتولى إدارة أموال المدين الذي تغل يده عنها ويمنع عليه التصرف فيها، فهذا الشخص يمثل المدين المفلس وجماعة الدائنين في نفس الوقت[2]. فالوكيل المتصرف القضائي يعد وكيلا قانونياً عن المفلس لذلك يلتزم المصرف بتمكنه من الاطلاع على المعاملات المصرفية الخاصة به لكي يستطيع في الأخير تحرير ميزانية موجوداته وتحديد وضعيته المالية، والوقوف على تصرفاته خلال فترة الريبة [3].

وأحكام شهر الإفلاس المطبقة على الشخص الطبيعي هي نفسها التي تطبق على الشخص المعنوي كالشركات التجارية، كما أن إفلاس الشركة قد يؤدي إلى إفلاس الشركاء لا سيما في شركات الأشخاص بالنسبة للشركاء المتضامنين لأنهم يكتسبون صفة التاجر ويتحملون مسؤولية غير محدودة عن ديون الشرك. فالسرية المصرفية لا ينحصر كشفها في حالة إفلاس هذه الشركة على علاقاتها بالمصرف بل تمتد لتشمل الأسرار المصرفية للشركاء الخاضعين للإفلاس أيضا [4].

ولم يتطرق المشرع الجزائري إلى حالة الإفلاس كسبب من أسباب إباحة إفشاء السر المصرفي في المادة 117 من قانون النقد والقرض إلا أنه بالرجوع إلى المادة 241 من القانون التجاري يحق للوكيل المتصرف القضائي الاطلاع على دفاتر التاجر المفلس، وبهذا يلتزم المصرف بتمكينه من ذلك. غير أنه إذا أصبح المصرف في أوضاع مالية صعبة لا يمكن التغلب عليها فإن إعلان إفلاسه يكون النتيجة الطبيعية ويستتبع ذلك سحب الترخيص

1 – الدكتور/محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص 82

2 – نص المشرع الجزائري على أحكام الإفلاس في المواد من 215 إلى 388 من القانون التجاري.

3 – الدكتور/عبد القادر العطير: المرجع السابق، ص 115

4 – الدكتور/محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص 81

الممنوح له، ويعين له وكيل متصرف قضائي من طرف لجنة المصارف من أجل تسيير أمواله، وفي هذا الصدد قد أصدرت المحكمة الفدرالية السويسرية قرارا في 1960/10/21 خصوص إفلاس أحد المصارف السويسرية، وقضت بموجبه بأنه في حالة إفلاس مصرف تتوقف مصلحة أي شخص في حفظ السر أمام مصلحة الدائنين، وبهذا يحق للدائنين الاطلاع على المعلومات الخاصة بالمدين المفلس ولا يجوز لمديرية التفلسة أن تحتج اتجاههم بالسر كما أصدرت محكمة التجارة ببيروت قرارا في 1967/01/04 يقضي بوقف السر المصرفي[1]، المصرفي بعد إفلاس المصرف وبجواز الكشف عن الحسابات الرقمية لأعضاء مجلس الإدارة[2].

و قد نصت بعض التشريعات صراحة على ضرورة إفشاء السر في حالة إفلاس العميل [3]أما في حالة الإفلاس الفعلي أو الواقعي فان السرية المصرفية تبقى قائمة خلاف الصلح الواقي الذي يبقى شأنه شأن إفلاس العميل، لأن معاملات هذا الصلح لا يمكن أن تتم بصورة أصولية إذا لم يتمكن القاضي المنتدب والدائنون من الاطلاع على وضعية طالب الصلح[4]، وفي حال الصلح مع التخلي عن الموجودات فان السر يبقى ويشمل كل الموجودات التي لا تقع في الأموال الدائنة المتخلى عنها[5].

و يجب التنويه إلى أن مصفي الشركة يدخل في معنى المديرين الدين يحق لهم الاطلاع على السر[6]، وقد اعترف القضاء بذلك في قضية تتلخص وقائعها في صدور حكم قضائي يقضي بحل شركة واقعية، فلجأ المصفون إلى المصرف الذي تتعامل معه هذه الأخيرة للحصول على بعض المستندات، غير أن طلبهم رفض فرفعوا دعوى ضد

1 – الدكتور/نعيم مغبغب: المرجع السابق، ص 218

2 – Cité par Raymond Farhat : op.cit, p.212.

3 – كالمشرع السوري بموجب المادة الثانية والثالثة من قانون سرية المصارف السوري، والمشرع اللبناني بموجب المادة الثانية والثالثة من قانون سرية المصارف اللبناني، على خلاف المشرع المصري الذي لم يذكر حالة الإفلاس كسبب لإباحة إفشاء السر المصرفي.

4 – سمير فرنال: المرجع السابق، ص 31

5 – الدكتور/نعيم مغبغب: المرجع السابق، ص 221

6 – الدكتور/عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص 194

المصرف وقضت محكمة أول درجة بأن الحق في سرية الدفاتر والأوراق الخاصة بهذه الشركة يخص مالكها أساساً أي العميل، ولا يحتج به على ممثليه المكلفين بمهمة تستلزم الرجوع إلى الأوراق لدى المصارف،كما أيدت محكمة استئناف تونس هذه الحكم وقضت بأن سر المهنة ليس مطلقا بل يمكن إفشاءه بموافقة ذوي الشأن، ولما كان المصرف أمينا بالضرورة، ولما كان السر المصرفي قائما على مصلحة العملاء. فيمكن رفعه بموافقة ذوي الشأن ولما كان المصفون ممثلين للشركة فلهم الحق في إعفاء المصرف منه [1]، كما لا يجوز للمصرف الاحتجاج بهذا السر عند استجوابه من طرف خبير معين من طرف القضاء في دعوى مرفوعة من دائني شركة في حالة تصفي

خامسا: السر المصرفي والكفيل

بالنسبة لكفيل العميل [2] فقد كان القضاء الفرنسي يرفض الاعتراف له بحق الاطلاع على المعلومات السرية الخاصة بالمدين الذي كفله[3]، غير أن المادة 48 من قانون المصارف لسنة 1984 ألزمت المصارف بإعلام الشخص الذي قدم كفالة لشركة على الأقل مرة كل سنة عن ديون المدين الأصلي، لهذا يعتبر المصرف الذي يخفي بعض المعلومات المتعلقة بالحالة المالية للمدين ومديونيته سيء النية وهذا قد يؤدي إلى إلغاء الكفالة بسبب هذا التدليس.

ويرى بعض الفقه بأنه ليس للكفيل حق الاطلاع إلا إذا كان الدين غير محدد المقدار، فيكون من حقه في هذه الحالة أن يطلب من المصرف أن يبين له المبلغ المستحق على المدين المكفول مع تبريره بالمستندات [4]، وإذا كان صاحب الحساب عدة أشخاص والحساب جماعيا جماعيا مع تضامنهم تضامنا ايجابيا كان لكل منهم أن يطلع على جميع ما

1 – أشار إلى هذه القضية أحمد محمد بدوي: المرجع السابق، ص 108

2 – عرف المشرع الجزائري الكفالة في المادة 644 من القانون المدني بأنها:" عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه".

3 – Trib. Gr. inst Paris 20/11/1990.réf.D.1992.

4 – الدكتور/علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص 718

يتعلق به لأن كل واحد منهم له علاقة مباشرة مع المصرف، لكن ليس لأحدهم أن يطلع على المعاملات الخاصة بشركائه في الحساب [1]

سادسا: السر المصرفي وحامل الشيك

تنص المادة 374 من قانون العقوبات الجزائري على احدى حالات جريمة إصدار شيك بدون رصيد ألا يكون للشيك مقابل أو أن يكون مقابله غير كاف، فإذا قدم شيك للمصرف موقع من العميل ولم يوجد رصيد كاف لصرفه فإن المصرف يكون مضطرا لإفشاء السر بأن يصرح بأن رصيد العميل غير كاف أو لا رصيد له [2] لذلك لا يعد إعطاء المصرف شهادة للمستفيد بأن الرصيد غير كاف لصرف الشيك افشاءً لسر العميل لكن تقتصر إفادة المصرف على هذا البيان دون أن تمتد إلى معلومات أخرى عن الحساب أو بأن للعميل ودائع أو حسابات أخرى، كما أنه لا يجوز للعميل مقاضاة المصرف لأنه أفشى سر حساباته لأن ذلك يستند إلى سبب من أسباب الإباحة مادام أن المصرف التزم بحدود الإباحة، وهي منح شهادة للمستفيد بناءً على طلبه بسبب عدم صرف الشيك خاصة وأنه لا يجوز لموظف المصرف أن يرفض صرف الشيك الصحيح دون سبب مشروع أو يمتنع عن تسليم بيان بالامتناع عن الدفع.

كما أن العميل الذي يسحب شيكا لا رصيد له أو كان مقابل الوفاء أقل من قيمة الشيك يعد مرتكبا لجرم إصدار شيك، ولا عبرة من حمايته بعدم إفشاء سره المصرفي وذلك حتى يعاقب على الجرم الذي ارتكبه فسحب العميل شيكا على مصرف يؤدي عمليا إلى رفع السرية في حدود قيمة الشيك لأنه من المفترض أن يكون قد أعلم الحامل بأن لديه حساب في المصرف [3].

1 – الدكتور/عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص 195

2 – الدكتور/محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص 105

3 – المرجع نفسه ، ص 106

الفرع الثالث: إفشاء السر المصرفي لمصلحة المصرف

من المستقر عليه فقهاً وقضاءاً أن حق الدفاع من الحقوق الأساسية المقررة للمتهم التي لا يغطيها الالتزام بالمحافظة على السر[1]، وبالتالي ففي حالة قيام دعوى بين المصرف وعميله متعلقة بمعاملة مصرفية بينهما يجوز للمصرف التحلل من الالتزام بحفظ السر بناءاً على طلب الجهة القضائية الناظرة في النزاع إلا أن مجرد الخلاف بين المصرف والعميل لا يكفي لخرق هذا الالتزام بل يجب أن يصل الأمر إلى القضاء[2]، فالمصرف الذي يفشي أسرار عميله في هذه الحالة يرتكب فعلا مباحاً استناداً إلى القانون الذي يضمن للمتقاضيين حقوق الدفاع.

و يرى بعض الفقه أن حق المصرف في إفشاء السر يمتد إلى كل نزاع يستدعي الدفاع عن مصالحه المشروعة كضرورة المحافظة على وجوده الاقتصادي، لذلك نصت العديد من التشريعات على وجوب رفع السر المصرفي في حالة نشوب نزاع بين المصرف وعميله [3]، غير أن هذا الاستثناء مقيد بالشروط التالية:

أولا: أن يكون النزاع بين المصرف والعميل جدياً فلا يكفي مجرد الخلاف لتحرر المصرف من التزامه بل لا بد من أن يصل النزاع إلى القضاء أو الهيئة التحكيمية إذا اتفق الطرفان على عرض نزاعاتهم عليها [4].

ثانيا: يجب أن تكون البيانات التي تم إفشاءها ذات صلة بالنزاع المثار بينهما دون التطرق إلى غيرها، وبالقدر اللازم لإثبات المصرف حقه والدفاع عن مصالحه حسب طبيعة النزاع، وإذا خرج المصرف عن هذه الحدود يعد مفشياً لسر المهنة مما يستوجب مسؤوليته.

---

1 – سمير فرنال بالي: المرجع السابق، ص 36

2 – المرجع نفسه، ص 37

3 – كالمشرع السويسري بموجب المادة 47 من قانون المصارف السويسري، والمشرع السوري بموجب المادة الثانية من قانون سرية المصارف السوري، والمشرع اللبناني بموجب المادة الثانية من قانون سرية المصارف اللبناني، والمشرع المصري بموجب المادة السادسة من قانون سرية الحسابات المصري.

4 – الدكتور/إلياس ناصف: المرجع السابق، ص 340

ثالثا: أن يكون الإفشاء مقصورا على العميل المثار معه النزاع فقط فإذا كشف المصرف دون ضرورة تقتضيها حقه في الدفاع عن حسابات أو معاملات عميل آخر يعد مرتكبا لجريمة إفشاء سر المهنة، ولو كان هذا العميل الآخر طرفاً مع العميل المثار معه النزاع في حساب مشترك أو ائتمان.

رابعا: يشترط أيضا أن يكون إفشاء المصرف لتلك المعلومات والبيانات السرية الخاصة بالعميل ضرورياً للدفاع عن مصالحه وتنوير القضاء للوصول إلى حل عادل[1]و قد اخذ القضاء اللبناني بذلك في قرا ره الصادر بتاريخ 1964/12/18[2]، وقد يؤدي النزاع القائم بين الطرفين إلى رفع دعوى من العميل ضد المصرف فيحق لهذا الأخير أن يقدم ما يحوزه من مستندات إلى القضاء، أو العكس قد تكون الدعوى مرفوعة من المصرف ضد الزبون إذا لم ينفذ التزاماته[3] كعدم تسديده كمبيالات مستحقة عليه، أو فوائد قرض منحه إياه ففي كل هذه الحالت يضطر المصرف للكشف عن سر عميله حفاظا على حقوقه من الضياع[4].

وبهذا نكون قد انتهينا من دراسة حالات إباحة إفشاء السر المصرفي المقررة لتحقيق المصلحة الخاصة للعميل أو الغير أو المصرف، لنتعرض في المطلب الموالي إلى دراسة حالات إباحة إفشاء السر المصرفي المقررة لتحقيق المصلحة العامة.

المطلب الثاني: حالات إباحة إفشاء السر المصرفي للمصلحة العامة

تلزم التشريعات التي تبنت مبدأ السر المصرفي المصارف بالإفضاء عن بعض الأسرار تحقيقاً للمصلحة العامة التي تسمو على مصلحة صاحب السر. فالالتزام بالكتمان الذي تقرر تحقيقاً للمصلحة الخاصة يجب التضحية به إذا كانت هناك مصلحة اجتماعية

1 – CA. Paris.25/03/1998, Juris- Datan° 021020. Cité par Jean Paul Céré : op.cit, p.119.

2 – محكمة استئناف بيروت، قرار رقم 1610، الصادر في 1964/12/18 حيث جاء فيه "...إذا نشأ نزاع بين المودع والمصرف بسبب معاملة مصرفية تمت بينهما فان موجب السرية يسقط ويصبح بإمكان المصرف حجز المبلغ المودع...".

3 – الدكتور/نعيم مغبغب: المرجع السابق، ص 223

4 – الدكتور/محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص 103

تقتضي الإفشاء، لهذا يمنع القانون الاحتجاج بالسر المصرفي اتجاه السلطات القضائية تحقيقاً العدالة، كما يسمح لبعض السلطات المالية والإدارية والرقابية بالاطلاع على المعلومات المصرفية لضمان السير الحسن للجهاز المصرفي والتأكد من مصداقية مداخيله، لهذا سنتناول دراسة مدى الاحتجاج بالسر المصرفي اتجاه السلطات القضائية (الفرع الأول)، وبعض الهيئات المالية والإدارية (الفرع الثاني)، لنتطرق في الأخير لحجية هذا السر أمام بعض الهيئات الرقابية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: السر المصرفي أمام السلطات القضائية

يعمل الجهاز القضائي على تطبيق القانون وتحقيق العدالة التي تقتضي اكتشاف الحقيقة، ويشمل العمل القضائي عمليات البحث والاستقصاء عن الأفعال غير المشروعة لمعاقبة مرتكبيها،أو لمعرفة العلاقة التي تحكم تصرفات الأشخاص من أجل إسناد المسؤولية. فسواء تعلق الأمر بالقضاء المدني أو الجزائي فلا بد من تمكينه من الاطلاع على جميع المعلومات والوثائق الضرورية لحل النزاع والوصول إلى حكم عادل [1]، تحقيقاً لهذه الغاية السامية هل يجوز للمصارف أن تحتج بالسر المصرفي وتمتنع بذلك عن تزويد هذا الجهاز بالمعلومات السرية الخاصة بزبائنها إذا ما طلب منها ذلك؟

أولا: السر المصرفي أمام القضاء المدني

لقد اختلفت تشريعات الدول في إمكانية رفع السر المصرفي أمام القضاء المدني فبينما اتجه البعض منها إلى إلزام المصرف الذي استدعي لأداء الشهادة أمام القضاء المدني بالإفضاء بالمعلومات السرية الخاصة بعملائه، منع البعض منها ذلك وغلب الالتزام بالكتمان على واجب الوصول إلى الحقيقة، على أن جل التشريعات أجازت للمصرف التحلل من واجب الالتزام بالسر المصرفي في حالة إجراء الحجز على أموال العميل المودعة لديه وفاءا لديونه.

1 – الدكتور/إلياس ناصف: المرجع السابق، ص 288

1-أداء المصرف الشهادة أمام القضاء المدني.

يقصد بالشهادة التعبير عن مضمون الإدراك الحسي للشاهد بما رآه أو سمعه بنفسه من معلومات عن الغير مطابقة لحقيقة الواقع التي يشهد عليها في مجلس القضاء بعد أداء اليمين ممن تقبل شهادتهم [1] فهل تؤدي الضرورة الحالة لإبراز الحقيقة الشرعية لإرضاء العدالة إلى التضحية بالسر وإلزام المصارف بأداء الشهادة أمام المحاكم المدنية؟

لقد اختلفت مواقف التشريعات حول إمكانية المصرف الاحتجاج بالسر المصرفي أمام القضاء المدني فبينما رفض التشريع الهولندي ذلك واتجه إلى إمكانية ملاحقة المصرف الذي أفشى بمعلومات مالية تضر بعميله أمام المحاكم المدنية [2]، أجاز قانون الإجراءات المدنية السويسري الفدرالي الصادر في 1947/12/04 إفشاء المصرف للمعلومات التي اكتشفها خلال مهنته بطلب مسبب من القاضي المدني في الجلسة.

وفي فرنسا يرفض بعض الفقه والقضاء [3] واجب أداء المصرف للشهادة أمام القضاء المدني، وينظر إلى هذا الالتزام ليس كالتزام ملقى على عاتق المصرف بل كحق له. فإذا ما، استعان القضاء به للحصول على معلومات تجارية فليس من حقه أن يلحظ هوية الزبون[4] كما قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الحفاظ على سر المهنة يعتبر سبباً لعدم أهلية الشاهد لأداء الشهادة أمام القضاء لهذا يمنع على المصرف الإفشاء بالمعلومات السرية للعميل أمام القضاء المدني والتجاري دون موافقته، ويرى بعض الفقه أن الأمين الذي يدعى أمام المحاكم المدنية يعاقب إذا أفشى بالسر أمامها لأنه يؤدي بشهادته إلى تحقيق مصلحة خاصة لأحد الطرفين[5] على خلاف ذلك ففي القانون الانجليزي تحتل الشهادة الشفوية أمام القضاء أهمية كبيرة في الدعاوي المدنية. فالقاضي الانجليزي لا يكون اقتناعه الشخصي إلا

---

1 –الدكتور/ عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص 201

2 –الدكتور/ أنطوان جورج سركيس: المرجع السابق، ص 24

3 – Cass.com.08/07/2003 n° 00-11-993.

« ….le secret professionnel auquel est tenu un établissement de crédit constitue un empêchement légitime au juge civil….. »

4 – الدكتور/نعيم مغبغب: المرجع السابق، ص 197

5 –الدكتور/ أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص 340

من خلالها لذلك يعاقب على رفض الإدلاء بها إذا يستدعى لأدائها، ولا يستثنى من ذلك الأمناء بالضرورة لذلك يجوز للمصارف أن تفضي ببعض أسرار العميل وإلا كان ذلك اعتداء على قدسية المبدأ الذي ينادي بضرورة الوصول إلى العدالة[1]. أما في الجزائر ولما كانت اعتبارات المصلحة العامة التي تستدعي التحقيق في القضايا الجزائية للوصول إلى الحقيقة التي تهم المجتمع ليس لها وجود أمام السلطات القضائية المدنية، إذ توجد مصالح شخصية خاصة بالعملاء فإنه يجوز للمصرف فيما عدا الحالة الخاصة بالحجز أن يستند إلى السر المصرفي للامتناع عن الإدلاء بشهادته حول الأسرار التي اكتشفها خلال ممارسته لمهنته [2].

وفي التشريع المصري فقد حضرت المادة 66 من قانون الإثبات المصري على أصحاب المهن أداء الشهادة أمام القضاء إذا كانت مطلوبة عن وقائع علموا بها أثناء ممارستهم لمهنتهم في حالة عدم رضا صاحب السر، لذلك فإن الأصل في القانون المصري أن موظفي المصارف يلتزمون بعدم إفشاء سرية حسابات العملاء حتى ولو استدعوا لأداء الشهادة أمام القضاء[3]، وبالنسبة للمشرع اللبناني فقد نص صراحة في المادة الثانية من قانون سرية المصارف اللبناني على ضرورة منع المصارف من إفشاء الأسرار الخاصة بعملائها لأي شخص سلطة لذلك لا يجوز للمصرف أداء الشهادة أمام المحاكم المدنية[4]. أما بالنسبة للقانون الأردني فقد منعت المادة 37 من قانون البيانات الأردني الملتزمين بحفظ السر من أداء الشهادة أمام القضاء، وحددت الفئات الخاضعة لذلك على سبيل الحصر ولم يشمل الحضر المصارف [5]، إلا أن بعض الفقه الأردني يرى بأن الشاهد يمكنه الاحتجاج بالسر المصرفي أمام القضاء المدني عند استدعائه لأداء الشهادة لأن مصلحة العميل أجدر

1 – الدكتور/عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص 203

2 – Fatiha Taleb: La responsabilité civile encourue du fait de leur activité par les organismes du système bancaireen droit privé Algérien, 1998,Mémoire de magistère, Faculté de droit,Université d'Oran, p.462

3 – الدكتور/محمود كبيش: المرجع السابق، ص 36

4 –الدكتور/ إلياس ناصف: المرجع السابق، ص 334

5 – الدكتور/محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص 94

بالرعاية من مصلحة الطرف الآخر،و يترك تقدير ذلك للقضاء فإذا رأى هذا الأخير أن التمسك بهذا السر له ما يبرره وأن إفشاءه يحقق ضرارا لصاحبه يستطيع منع المصرف من أداء الشهادة [1].

2-حجز ما للمدين لدى الغير:

القاعدة العامة أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه [2] وللدائن الحق في حجز أموال مدينه، والتنفيذ عليها سواء كانت في يده أو في يد شخص آخر ويسمى ذلك بحجز ما للمدين لدى الغير [3]. فالدائن الذي يرغب في اقتضاء حقه يبحث بنفسه عن الأموال أو الديون التي يريد توقيع الحجز عليها، وإذا توصل بناءاً على التحريات التي قام بها إلى أن المدين يملك منقولات لدى شخص آخر كالمصرف يستطيع أن يكلف هذا الأخير بالتقرير بما في ذمته من منقولات وديون [4].

أما في التشريع السويسري ونظرا لعدم وجود أحكام خاصة في هذا المجال انقسم الفقه إلى اتجاهين، اتجاه يتزعمه الفقيه (Capitaine) يمنح للمصرف عند تلقيه طلب الحجز حق الرفض والاعتراض على كل تحقيق يقوم به مكتب الملاحقات. بينما ذهب اتجاه آخر وهو الاتجاه السائد في سويسرا إلى القول بإلزام المصرف بإعطاء معلومات لمجلس الملاحقات لأنه يكون في وضع المدين نفسه، لذلك يجب عليه اطلاع هذا المكتب بالمعلومات الضرورية،و لا يجوز له الاحتجاج بالسرية من أجل مساعدة السلطات العامة لإرغام المدينين على الإعلان عن الموجودات المودعة لديهم في المصارف[5].

و في التشريع المصري تنص المادة 399 من قانون المرافعات على أن يلتزم المحجوز لديه بأن يقر بما في ذمته،فإذا كان تحت يد المحجوز لديه منقولات وجب عليه أن

---

1 – الدكتور/عبد القادر العطير: المرجع السابق، ص 137

2 – الدكتور/عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص 187

3 – المادة 1/188 من القانون المدني الجزائري

4 – الدكتور/محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص 97. يعرف حجز ما لمدين بأنه الحجز الذي يوقعه الدائن على ما يكون لمدينه من حقوق نقدية أو منقولات مادية لدى الغير بغرض حبسها عن المدين.

5 – نعيم مغبغب: المرجع السابق، ص 199

يرفق بالتقرير بياناً مفصلا عنها، كما نصت المادة 340 من نفس القانون على أنه إذا كان المصرف شركة من شركات القطاع العام وجب عليه أن يعطي الحاجز بناءاً على طلبه شهادة تقوم مقام التقرير[1]، ومن المعلوم أن حجز ما للمدين لدى الغير يوقع إما بسند تنفيذي كاف لتبرير الحجز، والتقرير بما في الذمة دون اشتراط أمر يسمح بهذا التقرير من محكمة استئناف القاهرة[2].

أما في التشريع الأردني فإن حجز ما للمدين لدى المصرف لا يكون إلا بناءاً على أمر قضائي، ويقوم المصرف حال استلامه لقرار الحجز بإقرار ما للعميل من أموال ويلتزم بتجميدها حتى لا يتصرف فيها العميل ويجب إشعار المحكمة بذلك، وإذا امتنع المصرف عن الإجابة على الإخطار بإقرار ما للمدين من أموال يحق للدائن مراجعة المحكمة المختصة لإثبات ذلك وتنفيذ الحجز[3]، وبالنسبة لقانون سرية المصارف اللبناني فقد نص صراحة في المادة الرابعة منه على عدم إجراء أي حجز على أموال المدين لدى المصرف إلا بناءاً على إذن خطي صادر من المدين نفسه، فلو صدر أمر قضائي بالحجز فان المصرف لا يستطيع تنفيذه إلا إذا أذن له العميل بذلك[4].

و قد سايره القضاء بهذا الموقف في دعوى ضد مصرف البحر المتوسط[5]، لكن إذا كان العميل تاجرا ولتجنب رفض توقيع الحجز على أموال المدين يستطيع الدائنون إقامة دعوى إفلاس لأنه في هذه الحالة يلتزم المصرف بإعطاء كل المعلومات عن المدين المفلس وبالنسبة للتشريع الجزائري فإن أحكام حجز ما للمدين لدى الغير تقضي بإعطاء الحق لكل دائن حامل لسند تنفيذي أو عرفي أن يحجز حجزا تنفيذياً ما يكون لمدينه لدى الغير من المبالغ المستحقة الأداء، وما يكون له من الأموال المنقولة أو الأسهم في يد الغير وذلك

1 – الدكتور/محمود كبيش: المرجع السابق، ص 37

2 – الدكتور/أحمد محمد بدوي: المرجع السابق، ص 96

3 – الدكتور/عبد القادر العطير: المرجع السابق، ص 165–166.

4 – المرجع نفسه، ص 166.

5 – حيث قضت محكمة بيروت بتاريخ 1986/05/07 بأنه: "...طالما أنه لا يوجد إذن صادر من أصحاب الحساب أشار إلى هذا الحكم سمير فرنال بالي: الم رجع السابق، ص 126

المشترك موضوع الدعوى جميعا كما توجب ذلك المادة السابعة من قانون سرية المصارف اللبناني، فإن موجب السرية يبقى قائما وحيث باعتبار أن الحساب المشترك موضوع الدعوى يبقى خاضعا للسر المصرفي، فإنه لا مجال لخضوعه للحجز عملا بالمادة الرابعة من قانون سرية المصارف لأن المنع يرتبط بموجب السر المصرفي وجودا أو عدما...".

بموجب أمر من رئيس المحكمة التي توجد فيها الأموال[1] وإذا لم يكن للدائن سند تنفيذي لكن له مصوغات ظاهرة جاز له أن يحجز حجزا تحفظياً على تلك الأموال[2]، ويجب على المحجوز لديه أن يقدم تصريحاً مكتوباً عن الأموال المحجوزة لديه يسلمه إلى المحضر القضائي أو إلى الدائن الحاجز مرفقا بالمستندات المؤيدة له، وإذا كان الحجز متعلقا بمبلغ مالي مودع في حساب جاري أو مصرفي أو وديعة يجب أن يبين التصريح مقدار المبلغ المالي الموجود أو انعدامه[3]، لهذا يظهر لنا أن المشرع الجزائري قد ألزم المصارف بالتقرير بما في ذمة المدين لتوقيع الحجز كما منعها من الاحتجاج بالسر المصرفي اتجاه المحضر القضائي.

وأما بالنسبة للتشريع الفرنسي فقد نصت المادة 47 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على إلزامية المصارف والمؤسسات المالية المرخصة قانونا لتلقي الودائع والحسابات بالتصريح عن مقدار حساب المدين يوم إجراء الحجز [4]، وسواء كان الحجز تحفظي أو تنفيذي يلتزم المصرف بتمكين المحضر القضائي من الإطلاع على الوثائق السرية وبهذا تكون مصلحة الدائن الحاجز أجدر بالحماية من مصلحة الزبون المدين، وفي هذا الصدد فقد، قضى القضاء الفرنسي بمسؤولية مصرف تأخر عن تقديم مقدار حساب

1 – المادة 667 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، المؤرخة في 2008/04/13.

2 – المادة 668 من نفس القانون.

3 – المادة 677 من القانون الإجراءات المدنبة والادارية

4 – Art 47 «Lorsque la saisie est pratiquée entre les mains d'un établissement habilité par la loi à tenir des comptes de dépôt, l'établissement est tenu de déclarer le solde du compte ou des comptes du débiteur au jour de la saisie ».

المدين للدائن الحاجز [1].

كما ذهب إلى القول في أحد أحكامه بأن تقديم الوثائق المؤيدة لبيان المصرف مطلوباً لمنع التواطؤ بينه وبين المحجوز عليه، ويختص قاضي الأمور المستعجلة بتقدير ما إذا هذه الوثائق كافية بالنظر إلى ظروف القضية، ولما كان هذا السلوك المفروض على المصرف مخالفا لمبدأ الالتزام بالسر المصرفي فقد وجب الاكتفاء بأقل قدر من هذه الوثائق متى كان احتمال التواطؤ منعدما [2].

وبخصوص الخزائن الحديدية فقد يتساءل البعض عن مدى إمكانية توقيع الحجز عليها. فالمصرف يضع تحت تصرف عملائه خزائن حديدية وللعميل وحده حق الاحتفاظ بمفاتيحها وسحب وإيداع الأشياء الموجودة فيها، ولما كان عقد إيجار هذه الخزائن عقد إيجار أشياء فلا مجال للقول بحجز موجودات الخزانة من قبل المصرف تحت باب حجز ما للمدين لدى الغير لأن حيازتها تحت تصرف العميل [3]. غير أن القضاء الفرنسي أجاز توقيع حجز تحفظي عليها،و اعتبر بأن العقد المبرم بين المصرف والعميل بخصوصها ليس مجرد عقد إيجار طالما يلتزم المصرف بحراسة وضمان هذه الخزائن، كما اعتبر أن رفض إجراء الحجز عليها يسمح للدائن إخفاء أمواله داخلها[4].

ثانيا: السر المصرفي أمام القضاء الجزائي

لقد نص القانون على بعض الاستثناءات التي لا يحتج فيها بالسر المصرفي حماية للمصلحة العامة وللنظام العام ذلك أن هذا السر قد يكون غطاءاً لبعض التصرفات،و المداخيل غير المشروعة التي أجاز القانون التبليغ عنها لذلك تتحدد إمكانية الاحتجاج به أمام السلطات القضائية الجزائية تبعا للأحكام القانونية الواردة في تشريعات الدول.

1 – TGI Cherbourg 08/12/1993,D,1994,JP,291.

2 – الدكتور/عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص 186

3 – الدكتور/محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص 99–100

4 – Paris 1er 19/04/1984,D.1985,IR,345-346. Cité par Anne Teissier : op.cit, p.207

1-أداء المصرف الشهادة أمام القضاء الجزائي:

ترجيحاً للمصلحة العامة للمجتمع على مصلحة الخاصة للفرد وحقه في توقيع العقاب، ومكافحة الجريمة لا يقف السر المصرفي حاجزا أمام حق المحاكم بدعوة المتهم إلى الاستجواب أو الشهود إلى استماع شهادتهم، لذلك يجب على كل شاهد يستدعى من طرف السلطة القضائية الجزائية أن يدلي بشهادته ويصرح بالمعلومات الواجب توضيحها [1]، نتيجة لذلك نص المشرع الجزائري صراحة في المادة 117 من قانون النقد والقرض على عدم الاحتجاج بالسر المصرفي اتجاه السلطات القضائية التي تعمل في إطار إجراء جزائي.

وفي سبيل البحث والتحري عن الجرائم يباشر وكيل الجمهورية ويأمر باتخاذ جميع الإجراءات والتدابير اللازمة لذلك لا يجوز الاحتجاج اتجاهه بالسر المصرفي[2]، وبخصوص التحقيق في الجرائم يقوم قاضي التحقيق باتخاذ جميع إجراءات التحقيق التي يراها ضرورية للكشف عن الحقيقة[3]، وتشمل إجراءات التحقيق الانتقال والتفتيش والقبض وكذا سماع الشهود والاستجواب، لذلك يمنع على المصرف الاحتجاج بالسر المصرفي لرفض الامتثال لأوامر السلطة الجزائية وأداء الشهادة، وتأكيداً على ذلك ألزم المشرع الجزائري الشخص المدعو للشهادة لأدائها، وإذا لم يحضر جاز لقاضي التحقيق بناءاً على طلب وكيل الجمهورية إحضاره جبرا بواسطة القوة العمومية، والحكم عليه بغرامة تتراوح من 200 إلى 2000 دج إلا إذا كان امتناعه عن الحضور لأسباب مبررة[4].

وإذا تعذر على قاضي التحقيق مباشرة إجراءات التحقيق والبحث عن المستندات بنفسه ينتدب ضابط الشرطة القضائية للقيام بها. إلا أن حق الاطلاع عليها يبقى مقتصرا على قاضي التحقيق أو ضابط الشرطة القضائية المنتدب [5]، كما لا يحتج بالسر المصرفي على قاضي الحكم الجزائي إذ تنص المادة 222 من قانون الإجراءات الجزائية أن كل شخص

1 – الدكتور/عبد القادر العطير: المرجع السابق، ص 178

2 – المادة 2/36 من الأمر 155/66 المؤرخ في 1966/07/08 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم ج ر 48 لسنة 1966.

3 – المادة 68 من قانون الإجراءات الجزائية سابق الذكر

4 – المادة 97 من نفس قانون

5 – المادة 84 من نفس قانون.

مكلف بالحضور أمام المحكمة لسماع أقواله كشاهد ملزم بأداء الشهادة، فإذا استدعي المصرف أمام المحكمة عليه أن يلبي ذلك ويدلي بكل المعلومات دون الاحتجاج بالسر المصرفي.

وهذا ما تؤكده العديد من التشريعات التي تسعى إلى المحافظة على نظامها العام ومكافحة الجرائم، والوصول إلى الحقيقة، ففي فرنسا يلتزم المصرف بالإجابة على جميع الأسئلة وتوضيح كل المعلومات أمام القضاء الجزائي دون الاحتجاج بالسر المصرفي، وقد نصت المادة 33/511 من قانون النقد والمالية الفرنسي صراحة على عدم الاحتجاج بهذا السر اتجاه السلطة القضائية التي تعمل في إطار إجراء جزائي.

كما تنص المادة 109 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي بإلزامية الشخص المستدعى لأداء الشهادة بالحضور لأدائها، لذلك يلتزم المصرف بالتصريح بالمعلومات السرية أمام القضاء الجزائي، كما يلتزم بتقديم المستندات الضرورية لإجراء التحقيقات اللازمة،و يمكن لقاضي التحقيق أن ينتقل إلى المصرف لإجراء التحقيق فيعين المكان وله أن يأمر بالاطلاع على جميع الأوراق والمستندات[1]، ولا يجوز للمصرف أن يقوم بإخطار العميل بالإجراءات التي اتخذها القضاء ضده[2]، وفي هذا السياق قضى القضاء الفرنسي بإدانة مستشار مالي للمصرف بجريمة إفشاء السر المصرفي لأنه قام بإخطار الزبون بإجراء تفتيش على حسابه من طرف الشرطة[3]، كما ذهب القضاء في لكسمبورغ إلى أن المصرف الذي يستدعى لأداء شهادته أمام قاضي التحقيق ويدلي بالوقائع السرية لا يرتكب أي جرم غير أن ذلك ليس إلزامي بل يبقى متوقفا على ضميره وتقديره[4]، كما أحالت المادة 41 من القانون الخاص بالقطاع المالي الصادر في 1993/04/05 إلى نص المادة 458 من

1 − Monique Cantamine-Raynaud: op.cit, p.498 -499.

2 − Moniteur du commerce et de l'industrie: op.cit, p.11

3 − Cass.crim 30/01/2001 n° 00-80-367.

4 − CA Luxembourg (corr.), 30/03/ 2004, bull, droit et banque, n° 35, juin 2004. p.57.

« …Un banquier appelé à témoigner devant un juge d'instruction ne commet aucun délit s'il relève aussi au juge des faits couvertes par le secret professionnel.
Le banquier peut décider en âme et conscience de divulguer ou non des renseignements lorsqu'il est appelé à témoigner en justice

قانون العقوبات والتي تقضي باعتبار الشهادة سبب من أسباب رفع السر أمام القضاء الجزائي سواء تعلق الأمر بقضاء التحقيق أو قضاء الحكم.

وفي سويسرا فلا يحتج أيضا بالسر المصرفي أمام القضاء الجزائي بمناسبة فتح تحقيق في جريمة، ويستطيع القاضي وحده دون ضباط الشرطة القضائية والموظفون الآخرون إجبار المصرف على اطلاعه على المعلومات المحمية تحت غطاء السر المصرفي، كما يمكن استدعاء المصرف لأداء الشهادة ولتقديم الوثائق الضرورية في الدعوى بطلب من القاضي[1]، وبخصوص المشرع اللبناني فقد نص صراحة في المادة الثانية من قانون سرية المصارف على منع المصارف من إفشاء السر المصرفي اتجاه أي شخص وأي سلطة إلا بإذن خطي من صاحب السر إلا أن المادة السابعة من نفس القانون منعت التذرع بهذا السر اتجاه السلطة القضائية الجزائية في الدعاوي المتعلقة بالإثراء غير المشروع من أجل إجبار الموظفين بالتصريح عن أملاكهم[2].

كما يلتزم الشاهد للحضور لأداء الشهادة وفقا للتشريع الأردني وإذا امتنع عن ذلك دون مبرر مشروع يعاقب قانوناً، لذلك لا يستطيع المصرف الاحتجاج بالسر المصرفي أمام القضاء الجزائي لأن ذلك يعرقل سير العدالة. إضافة لذلك يحق لقاضي التحقيق إجراء أي تفتيش في أي مؤسسة واستجواب الموظفين دون أن يحتج عليه بهذا السر[3]، على خلاف المشرع المصري الذي غلب الالتزام بالكتمان على واجب الشهادة إذ نصت المادة 284 من قانون الإجراءات الجزائية المصري على عدم معاقبة الشاهد الممتنع عن أداء الشهادة متى أجاز له القانون ذلك، كما حضرت المادة 66 من قانون الواثبات على أصحاب المهن أداء الشهادة أمام القضاء إذا كانت مطلوبة عن وقائع علموا بها خلال مهامهم[4]، غير أن المادة الثالثة من قانون سرية الحسابات المصري أجازت للنائب العام أو من يفوضه من المحامين

1 – Sylvain Besson : op.cit, p.20

2 – الدكتور/نعيم مغبغب: المرجع السابق، ص 187

3 – الدكتور/عبد القادر العطير: المرجع السابق، ص 130 –131

4 – الدكتور/عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص 204

الاطلاع على أية بيانات تتعلق بالحسابات أو الودائع أو الخزائن دون اللجوء إلى محكمة استئناف القاهرة إذا استدعى الأمر التحقيق في جناية أو جنحة.

2-السر المصرفي والتبليغ عن الجرائم.

إن الإبلاغ عن الجرائم واجب قانوني ذلك أن كل من يعلم بوقوع جناية أو جنحة عليه أن يبادر إلى إبلاغ السلطات العامة، لذلك يجب تغليب اعتبارات المصلحة العامة على المصلحة في الحفاظ على الأسرار للحفاظ على كيان المجتمع من أخطار الجرائم [1]

وفي هذا الصدد نصت المادة 32 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري على أنه:

"يتعين على كل سلطة نظامية وكل ضابط أو موظف عمومي تصل إلى علمه أثناء مباشرته وظيفته خبرجناية أو جنحة إبلاغ النيابة العامة، وأن يوفيها بكل المعلومات ويرسل إليها المحاضر والمستندات المتعلقة بها"، كما نصت المادة 301 من قانون العقوبات صراحة على أن جريمة إفشاء السر لا تقع في الحالات التي يوجب القانون فيها الإفشاء لذلك تلتزم المصارف بإبلاغ السلطات عن الجرائم التي تكتشفها، وفي نفس السياق أيضا ألزمت المادة 11/434 من قانون العقوبات الفرنسي المصارف التبليغ عن مداخيلها والعمليات غير المشروعة التي تكتشفها[2]، كما نصت المادة 40 من نفس القانون على ضرورة تبليغ وكيل الجمهورية بالجنح والجنايات التي يعلم بها الموظفون[3]، وقد سبق للقضاء الفرنسي أن اعتبر في أحد أحكامه بأن السر المصرفي الذي يلتزم به أعضاء مرفق التربية بخصوص حالة قاصر لا يحتج به أمام قاضي الأحداث[4].

غير أن الفقيه ديمارل ذهب إلى القول بضرورة امتناع الأشخاص المودع لديهم السر عن التبليغ عن الجرائم التي يكتشفونها خلال ممارستهم لمهنتهم.أما الفقيه همار فقد اعتبر بأن المشرع الفرنسي نتيجة لعدم إقراره عقوبة توقع عند عدم التبليغ عن الجرائم يكون قد

1 –الدكتور/ محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق،ص 104

2 – Jean Pradel et autres: op.cit, p.271

3 – Monique Cantamine-Raynaud: op.cit, p.499

4 – Crim 08/10/1997.B.C.n° 329.R.S.C,1998, p.320

ترك الأمر لتقدير الأمين على السر [1]. وقد اختلفت أحكام القضاء الفرنسي في هذا المجال.

أ-مفهوم تبييض الأموال وجريمة تمويل الإرهاب في التشريع:

إن أهم ما أثر في مبدأ السرية المصرفية هي القوانين المتعلقة بمكافحة جريمة تبييض الأموال، علما أن هذه القوانين سنت كرد فعل لانتشار ظاهرة المتاجرة في المخدرات ثم شملت جرائم أخرى على رأسها تمويل الإرهاب.

وهذا ما أكده المشرع الجزائري حينما أصدر القانون المذكور أعلاه، والذي تضمن تعريف تبييض الأموال على أنه [2]:

-تحويل الممتلكات أو نقلها مع علم الفاعل بأنها عائدات إجرامية،بغرض إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع لتلك الممتلكات أو مساعدة أي شخص متورط في إرتكاب الجريمة الأصلية التي تحصلت منها هذه الممتلكات،على الإفلات من الآثار القانونية لأفعاله.

-إخفاء أو تمويه الطبيعة الحقيقية للممتلكات أو مصدرها أو مكانها أو كيفية التصرف فيها أو حركتها أو الحقوق المتعلقة بها، مع علم الفاعل أنها عائدات إجرامية.

-اكتساب الممتلكات أو حيازتها أو استخدامها مع علم الشخص القائم بذلك وقت تلقيها أنها تشكل عائدات إجرامية.

-المشاركة في ارتكاب أي من الجرائم المقررة وفقا لهذه المادة أو التواطؤ أو التأمر على ارتكابها أو محاولة ارتكابها والمساعدة أو التحريض على ذلك وتسهيله وإسداء المشورة بشأنه."[3].

ما يشد انتباهنا أن المشرع الجزائري قد اعتمد على معيار التعداد في حصر حالات تبييض الأموال والتي تتفق جميعها أنها ناتجة من مصادر إجرامية، ومن ثمة اعتبارها جرما معاقب عليه قانونا.

---

1 – الدكتور/أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص 549

2 – المرجع نفسه، ص 590

3 – المادة 2 من القانون رقم 05-01 المتعلق بتبييض الاموال وتمويل الإرهاب و مكافحتهما الصادر في 06 فبراير 2005

كما أن هذا القانون قد شمل على جرائم تمويل الإرهاب وتبييض الأموال في نفس القانون، مما يجعلنا نستنبط أن للجرمين علاقة وطيدة تربطهما معا، وهذا الأمر وليد النصوص الصادرة في هذا المجال على الصعيد الدولي وتصاعد وتيرة ظاهرة الإرهاب في العالم ومكافحتها بشتى الوسائل، خاصة أن الجزائر كان البلد الأكثر تضررا والذي كثيرا ما عانى من ويلات الإرهاب وأساليبه المضرة بالإقتصاد الوطني.

وعليه فقد عرفت جريمة تمويل الإرهاب بأنها كل فعل يقوم به كل شخص بأية وسيلة كانت، مباشرة أو غير مباشرة، وبشكل غير مشروع وبإرادة الفاعل، من خلال تقديم أو جمع الأموال بنية استخدامها كليا أو جزئيا،من أجل ارتكاب الجرائم الموصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية،المنصوص والمعاقب عليها بالمواد من 87 مكرر إلى 87 مكرر 10 من قانون العقوبات .

وبناءا عليه فإن العنصر المشترك في الجريمتين هي الأموال والتي يقصد بها أي نوع من الأموال المادية أو غير المادية، لاسيما المنقولة أو غير المنقولة التي يحصل عليها بأية وسيلة كانت،والوثائق أو الصكوك القانونية أيا كان شكلها،بما في ذلك الشكل الإلكتروني أو الرقمي، والتي تدل على ملكية تلك الأموال أو مصلحة فيها، بما في ذلك الائتمانات المصرفية، وشيكات السفر والشيكات المصرفية والحوالات والأسهم والأوراق المالية والسندات والكمبيالات وخطابات الاعتماد[1].

وقد جرمت الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية تمويل الإرهاب بحيث عاقبت على الأعمال الرامية إلى تمويل الأعمال الإرهابية كما دعت إلى التحفظ على الأموال غير المشروعة الناجمة عن جرائم الإرهاب.

هذا فضلا عن الإجماع الدولي حول رفض تخفي رؤوس الأموال غيرالمشروعة ذات العلاقة بالأعمال الإرهابية وتجارة الأسلحة والمخدرات،خلف ستار السرية المصرفية،بحيث يتوجب على الدول، وضمن إطار التعاون القضائي والقانوني فيما بينها،إلى تقديم كافة

1 – المادة 4 من القانون رقم 05-01 الصادر في 6 فبراير سنة 2005، يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما.

المعلومات المصرفية والمالية حول الأشخاص المشتبه بهم أو الملاحقين قضائيا والذين لهم علاقة بأنشطة غير مشروعة، وعليه لا يجوز لهذه الدول الامتناع عن تقديم المعلومات بحجة سرية العمليات المصرفية[1].

أما علاقة الإرهاب بالسرية المصرفية فهذا ما أكده القرار رقم 1373 الصادر عن هيئة الأمم المتحدةومجلس الأمن،بالإجماع،والذي يقضي بتجميد مصادر تمويل الإرهابيين المشتبه فيهم ويهدد باللجوء إلى الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة الذي ينص على فر عقوبات على الدول التي ترفض التعاون في حملة مكافحة الإرهاب التي أعلنتها الولايات المتحدة الأمريكية بعد الهجمات التي تعرضت لها نيويورك وواشنطن في 11 سبتمبر2001 . وبالتالي فقد دعا القرار المذكور إلى منع تمويل الأعمال الإرهابية، فضلا عن تجريم تمويلها وتجميد الموارد الاقتصادية لأشخاص أو مؤسسات يرتكبون أو يحاولون ارتكاب أعمال إرهابية.

كما دعا القرار الدولي إلى تبادل المعلومات وفقا للقانون الدولي والمحلي،والتعاون في أمور إدارية وقضائية لمنع ارتكاب أعمال إرهابية، وبالتالي إن هذه الشبكات الإجرامية تستعين من ضمن وسائلها للتخفي، بأنظمة السرية المصرفية لإخفاء أموالها ذات المصدر غير المشروع،وتداركا لجعل السرية المصرفية ملجأ للأموال غير المشروعة نص القانون النموذجي الصادر عن هيئة الأمم المتحدة والمتعلق بمكافحة تبييض الأموال،على ضرورة تقديم التقارير عن الأموال المشتبه فيها، وحدد الأشخاص والمؤسسات التي يطلب منها تقديم التقارير، من ضمنها المؤسسات المالية[2].

ب-جريمة تبييض الأموال في إطار المواثيق الدولية المصادق عليها في الجزائر:

إن عولمة القوانين الاقتصادية بشكل عام تتم عبر الاتفاقيات والتوصيات الدولية الصادرة عن منظمات دولية مختلفة، والتي بالرغم من عدم الزاميتها إلا بعد التوقيع عليها،فإنها تشكل مصدرا هاما للتشريعات المختلفة بحيث يعمد المشرع الوطني إلى الأخذ

1 – الدكتور/ أنطوان جورج سركيس، المرجع السابق،ص 182

2 – المرجع نفسه، ص 74

بها في القوانين الداخلية .

ومن ناحية أخرى،لم تعد الجرائم،وخاصة المالية منها أو التي لها تشعبات مالية،تقتصر على نطاق جغرافي معين،بل أصبحت منظمة ولها بعد دولي،خاصة مع انتشار وسائل الاتصال الدولية واستفادة القطاع المصرفي من تقنية الاتصالات وتطبيقه في نظام التعامل المصرفي،بحيث أصبح تمويل رؤوس الأموال التي لها علاقة بالجريمة بشكل عام،يمكن أن يتم دون أن يترك وراءه أثرا يستدل منه على مصدر الجريمة أو على فاعليها.وبالتالي فإنه مع تدويل الجريمة،واستفادتها من عولمة النظام الاقتصادي، كان لا بد من القيام بخطوات تشريعية على الصعيد الدولي تحمي النظام الاقتصادي الدولي من عولمة الجريمة[1].

إن أفة تبييض الأموال وما تشكله من خطر على الأنظمة الاقتصادية، الاجتماعية والسياسية وكذا ارتباطها بجرائم أخرى خطيرة كالمتاجرة في المخدرات وتمويل الإرهاب وكذا الفساد جعل المجتمع الدولي من خلال الأمم المتحدة والمنظمات الإقليمية يسهر على بلورة اتفاقيات الهدف منها مكافحة هذه الظواهر [2].

وفي هذا المضمار نجد عدة اتفاقيات أبرمت وصادقت عليها العديد من الدول من بينها الجزائر:

-اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية والتي اعتمدها مؤتمر الأمم المتحدة في جلسته العامة التي انعقدت في فيينا في تاريخ 19 ديسمبر 1977 أوردت أول تعريف لجريمة تبييض الأموال قانونا، والجزائر قد صادقت عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-41 الصادر بتاريخ 28 يناير سنة 1995.

تعتبر تتويجا لمجهود متواصل قامت به الأمم المتحدة وتمثل ذلك في ضرورة مكافحة عوائد هذا النشاط ومتحصلاته من أموال وأصول بعد أن استفحل خطرها، وإتخذ شكل

1 – الدكتور/ أنطوان جورج سركيس المرجع السابق،ص 75

2 – سيدهم عمر: المرجع السابق، ص 27

الجريمة المنظمة بكل أثارها على المستويين الوطني والدولي،وبكل تعقدها وإرتباطها بأنشطة جرمية أخرى[1].

فقد دعت هذه الأخيرة إلى تخطي موجب السرية المصرفية إذا كانت الأموال المطلوب معلومات بشأنها،ذات مصدر غير مشروع، ونصت على ضرورة قيام الأطراف الموقعة عليها أو سلطاتها المختصة،بأن تأمر بتقديم السجلات المصرفية أو المالية أو التجارية أو بالتحفظ عليها،كما أنه لا يجوز للدول الأطراف في هذه الاتفاقية رفض العمل بموجب أحكامها بحجة السرية المصرفية، أما بموجب المادة السابعة يجوز أن تطلب المساعدة القانونية المتبادلة بين الدول الأطراف،بهدف توفير النسخ الأصلية أو صور المستندات والسجلات المالية والمصرفية للحصول على معلومات تتعلق بأموال ذات مصدر غير مشروع، كما أنه بموجب هذه المادة،لا يجوز لأي طرف في اتفاقية الأمم المتحدة المذكورة الامتناع عن تقديم المساعدة القانونية المتبادلة بحجة سرية العمليات المصرفية[2].

ولكن هناك حالات يمكن فيها لأي دولة طرف في الاتفاقية رفض تقديم المساعدة القانونية مع تعليل ذلك ونذكر في هذه الحالات:

-إذا اتضح للدولة متلقية الطلب أن تنفيذه سوف يخل بسيادة الدولة أو أمنها أو نظامها العام أو مصالحها الأساسية.

-إذا كانت إجابة الطلب منافية للنظام القانوني للطرف متلقي الطلب فيما يتعلق بالمساعدة القانونية المتبادلة.

كما يجوز للطرف متلقي الطلب تأجيل المساعدة القانونية المتبادلة على أساس أنها تتعارض مع تحقيقات أو ملاحقات أوإجراءات قضائية جارية [3].

1 – الدكتور سليمان عبد المنعم، مسؤولية المصرف الجنائية عن الأموال غير النظيفة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر 1999، ص 92

2 – الدكتور/أنطوان جورج سركيس: المرجع السابق، ص 80

3 – المرجع نغسه،ص 195

-كما دعت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة "عبر الوطنية" المعتمدة من قبل الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة بتاريخ 15 نوفمبرسنة 2000، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 55/02 الصادر في 5 فبراير سنة 2002، إلى إنشاء نظام داخلي شامل للرقابة والإشراف على المصارف والمؤسسات المالية غير المصرفية فضلا عن سائر الهيئات المعرضة بشكل خاص لتبييض الأموال،كما دعت الاتفاقية المذكورة،المؤسسات المصرفية إلى الإبلاغ عن تحويل الكميات الكبيرة من النقد من دولة إلى أخرى.

بالإضافة إلى هذه التدابير التي نصت عليها الاتفاقية،فقد دعت إلى إرساء مسؤولية الهيئات الاعتبارية عن المشاركة في الجرائم الخطيرة بحيث تكون المسؤولية المترتبة على هذه الهيئات إما جنائية أو مدنية أو إدارية، مما يؤدي إلى تطبيق عقوبات فعالة،متناسبة ورادعة.

-أما اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد،فقد دعت القطاعات المصرفية إلى العمل على وضع معايير وإجراءات تستهدف صيانة القطاع المصرفي من أجل القيام بمهامه على وجه صحيح وإلى تعزيز الشفافية عبر اتخاذ تدابير فعالة بشأن هوية العملاء المصرفيين من شخصيات اعتبارية وطبيعية، كما دعت القطاع المصرفي والتجاري إلى الامتناع عن القيام بالأفعال التالية بغرض ارتكاب الجرائم:

-إنشاء حسابات خارج الدفاتر

-إجراء معاملات دون تدوينها في الدفاتر أو تدوينها بصورة غير وافية.

-تسجيل نفقات وهمية

-استخدام مستندات مزورة

-الإتلاف المتعمد لمستندات المحاسبة قبل الموعد الذي يفرضه القانون.

كما نصت الاتفاقية المذكورة،على مسؤولية الشخصيات الاعتبارية عن الأفعال المجرمة التي تأتيها بحيث لا تحجب هذه المسؤولية،تلك المتعلقة بالأشخاص الطبيعيين[1].

والمشرع الجزائري وفي إطار الجهود المبذولة لمكافحة الجريمة وبموجب المادة 17 من القانون رقم 01-06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته استحدث هيئة وطنية مكلفة بالوقاية من الفساد ومكافحته،والتي أنشأت بموجب المرسوم الرئاسي رقم 06- 413 المؤرخ في 22 نوفمبر 2006.

إن من بين مهام هذه الهيئة وفق ما تقتضيه المادة 20 من القانون السالف الذكر هو جمع ومركزة واستغلال كل المعلومات التي يمكن أن تساهم في الكشف عن أعمال الفساد والوقاية منها.

-الإستعانة بالنيابة العامة لجمع الأدلة والتحري في وقائع ذات علاقة بالفساد.

-ضمان تنسيق ومتابعة النشاطات والأعمال المباشرة ميدانيا، على أساس التقارير الدورية والمنتظمة المدعمة بإحصائيات وتحاليل متصلة بمجال الوقاية من الفساد ومكافحته، التي ترد إليها من القطاعات والمتدخلين المعنيين.

وتنفيذا لمهامها يمكن لهذه الهيئة أن تطلب من الإدارات والمؤسسات والهيئات التابعة للقطاع العام أو الخاص أو من كل شخص طبيعي أو معنوي أخر أية وثائق أو معلومات تراها مفيدة في الكشف عن أفعال الفساد وذلك وفق ما تقتضيه المادة 21 من نفس القانون.

وتبعا لذلك فإن المصارف والمؤسسات المالية لا يمكنها أن تتذرع بالسرية المصرفية اتجاه هذه الهيئة،إذ كل رفض متعمد وغير مبرر لتزويدها بالمعلومات والوثائق المطلوبة يشكل جريمة إعاقة السير الحسن للعدالة مثلما أشارت إلى ذلك المادة 21 من القانون المذكور سلفا[2].

1 – الدكتور/أنطوان جورج سركيس: المرجع السابق، ص 216

2 – المادة 21 من القانون رقم 06–01 الصادر في 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

-أما على الصعيد الأمني فقد نصت التوصية 31 الصادرة عن مجموعة العمل الدولي المالي على أنه يتوجب على الهيئات الدولية كالإنتربول أن تتحمل المسؤولية لجمع ونشر المعلومات للسلطات المختصة والتي تتعلق بالتطورات الأخيرة حول تبييض الأموال والأساليب الفنية المتعلقة بها.

كما أنه من الممكن أن تقوم بهذه المهمة المصارف المركزية ومنظمي المصارف في نطاق عملهم.هذا فضلا عن الدور الذي تقوم به السلطات الرسمية الوطنية في مجالاتها المختلفة بنشر المعلومات حول جرائم تبييض الأموال أو الجرائم "عبر الوطنية" الأخرى، وتوزيعها على المؤسسات المالية في كل دولة على حدة.

كما أن الكثير من الدول التي تبنت قوانين لمكافحة تبييض الأموال،تترك جمع المعلومات حول هذه الجرائم للسلطات الأمنية المختصة،لتحلل هذه المعلومات وما تشير إليه من عمليات أو تحويلات مصرفية أو توظيف أموال من شأنها إقامة الدليل على وجود إحدى صور تبييض الأموال وفي هذا الإتجاه نصت التوصية 36 من توصيات الـ"40 " الأربعين،على وجوب تشجيع التعاون الأمني الدولي لمكافحة تبييض الأموال.

وبالتالي فإنه من العوامل المؤذية إلى نجاح أي نظام في مكافحة تبييض الأموال يتطلب التعاون الدولي على كافة المستويات لمكافحة نشاط جرائم تبييض الأموال حيث أن هذه الجريمة هي ذات طبيعة دولية بامتياز.

كما نجد مجموعة العمل المالي الدولية من خلال ما يعرف بالتوصيات الأربعين وكذا التوصيات التسع الأخرى التي أعقبتها، ولقد حثت هذه المجموعة من خلال توصيتها الخامسة عشر المؤسسات المالية إلى وضع آليات وبرامج لمكافحة تبييض الأموال وتمويل الإرهاب [1].

وقد نصت التوصية 34 أنه يجب أن يتم التعاون الدولي بين هذه الدول عبر شبكة متبادلة من الاتفاقيات والتنظيمات المناسبة على قاعدة عامة تشارك بها كل دولة

1 – سيدهم عمر: المرجع السابق، ص 27

بتصورقانوني يتماشى مع الهدف من وضع قواعد عملية لتكون مؤثرة في الاحتمالات الواسعة لنطاق المساعدات المتبادلة وكدلك تسليط الضوء على تحسين المساعدات المتبادلة في مكافحة عمليات غسل الأموال.

كما يتوجب على الدول هذه التعاون فيما بينها في مجال التحقيقات وتطوير الأعمال الادارية وتشجيعها والسيطرة على تداول المعلومات للمساعدة على معرفة ما هو متوقع لمنع حصول جريمة غسيل الأموال [1].

كما تأسست إدارة في فرنسا سنة 1990 تدعى تراكفان والمؤلفة من ثمانية عشر شخصا يقومون بتلقي المعلومات من المؤسسات المالية عن العمليات المشبوهة ويعكفون على جمعها وتحليلها في جو من السرية المطلقة بغية الإحاطة بظروفها ومصادرها.

لكن فيما بعد أصبحت المؤسسات المالية قادرة على القيام بمهمة الإبلاغ عن العمليات المشبوهة بصورة شفهية، الأمر الذي وفر لها السرية الكاملة في أداء هذا الموجب القانوني من جهة وأبعد عنها من جهة أخرى الإحراج الذي لا بد أن تشعر به عند إبلاغها عن زبائنها المشتبه فيهم وتدوين أسمائهم في قيودها والسجلات [2].

إضافة لما سبق هناك الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب المعتمدة من طرف الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة بتاريخ 9 ديسمبر سنة 1999، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 2000-445 المؤرخ في 23 ديسمبر سنة 2000.

أما على الصعيد القاري من خلال المصادقة على الاتفاقية منظمة الوحدة الإفريقية للوقاية ومكافحة الإرهاب المعتمدة خلال الدورة العادية الخامسة والثلاثين المنعقدة في الجزائر من 12 إلى 14 يوليو سنة1999، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 2000 -79 المؤرخ في 4 محرم عام 1421 الموافق 9 أبريل سنة 2000 والاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب الموقعة في القاهرة بتاريخ 22 أبريل سنة 1998، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 98-413 المؤرخ في 7 ديسمبر سنة 1998.

1 – الدكتورة/هيام الجرد: المرجع السابق،ص 250

2 – المرجع نفسه، ص 251

ج-الالتزامات المفروضة على المصرفي في إطار تبييض الأموال:

وفي هذا الإطار فرض القانون رقم 01.05 المؤرخ في 06-02-2005 المذكور أنفا التزامات على بعض الفئات وبعض الهيئات منها المصارف والمؤسسات المالية، والتي تتمثل في التحقق من هوية الزبون سواء كان شخص طبيعي أم معنوي من جهة وواجب الإخطار من جهة أخرى.

وفي هذا النطاق فقد نصت المادة 07 من القانون المذكور أعلاه أنه يجب على المصارف والمؤسسات المالية والمؤسسات المالية المشابهة الأخرى أن تتأكد من هوية وعنوان زبائنها قبل فتح حساب أو دفتر أو حفظ سندات أو قيم أو إيصالات أو تأجير صندوق أو ربط أية علاقة عمل أخرى.

ويتم التأكد من هوية الشخص الطبيعي بتقديم وثيقة رسمية أصلية،سارية الصلاحية متضمنة للصورة، ومن عنوانه بتقديم وثيقة رسمية تثبت ذلك .

ويتعين الاحتفاظ بنسخة من كل وثيقة.

ويتم التأكد من هوية الشخص المعنوي بتقديم قانونه الأساسي وأية وثيقة تثبت تسجيله أو إعتماده وبأن له وجودا فعليا أثناء إثبات شخصيته.

ويتعين الاحتفاظ بنسخة من كل وثيقة، ويجب تحيين المعلومات المذكورة في الفقرتين الثانية والثالثة سنويا وعند كل تغيير لها.

ويتعين على الوكلاء والمستخدمين الدين يعملون لحساب الغير أن يقدموا،فضلا عن الوثائق المذكورة أعلاه،التفويض بالسلطات المخولة لهم بالإضافة إلى الوثائق التي تثبت شخصية وعنوان أصحاب الأموال الحقيقيين[1].

وفي حالة عدم التأكد من هوية الزبون من قبل المصارف والمؤسسات المالية تضطر هذه الأخيرة إلى الاستعلام، وهذا ما أقره المشرع الجزائري في فحوى المادة 9 من القانون

1 – المادة 07 من القانون رقم 05–01 المؤرخ في 6فبراير سنة 2005 يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما، ج ر1. رقم 11 الصادرة بتاريخ 9 فبراير 2005.

المذكور على أنه في حالة عدم تأكد المصارف والمؤسسات المالية المشابهة الأخرى، من أن الزبون يتصرف لحسابه الخاص،يتعين عليها أن تستعلم بكل الطرق القانونية من هوية الأمر بالعملية الحقيقي أو الذي يتم التصرف لحسابه.

وإذا تمت عملية ما في ظروف من التعقيد غير عادية أو غير مبررة أو تبدو أنها لا تستند إلى مبرر اقتصادي أو إلى محل مشروع،يتعين على المصارف أو المؤسسات المالية أو المؤسسات المالية المشابهة الأخرى الاستعلام حول مصدر الأموال ووجهتها وكذا محل العملية وهوية المتعاملين الاقتصاديين.

ويحرر تقرير سري بذلك فيما يخص الالتزام بإخطار الشبهة تلتزم اللجنة المصرفية بإرسال مفتشو مصرف الجزائر المفوضون من قبل هذه الأخيرة في إطار المراقبة في عين المكان لدى المصارف والمؤسسات المالية وفروعها والمساهمات أوفي إطار مراقبة الوثائق،بصفة استعجالية، تقريرا سريا إلى الهيئة المتخصصة بمجرد اكتشافهم لعملية تكتسي المميزات المذكورة في المادة 10 أعلاه.

أما بالنسبة للتشريع السويسري،فقد بذل المصرف المركزي السويسري جهده لحمل المصارف السويسرية على إبرام اتفاقية الحيطة والحذر التي تلتزم بموجبها المصارف السويسرية بالتحقق من هوية أصحاب الودائع المصرفية،عن طريق التمييز بين صاحب الحق القانوني وصاحب الحق الاقتصادي للوديعة المصرفية وعدم التمسك بالسر المصرفي،إذا ثبت عدم سلامة مصدر الأموال المودعة،وبالامتناع عن بذل أي مساعدة لتهريب الأموال نحو سويسرا، كما أنشأت هيئة قضائية خاصة لمراقبة حسن تطبيق هده الاتفاقية من قبل المصارف السويسرية،فضلا عن فرض غرامة على المصرف المخالف،وإعلام لجنة الرقابة على المصارف بالتجاوزات المرتكبة[1]. كذلك المشرع الجزائري فقد أناط المصارف والمؤسسات المالية بإبلاغ الهيئة المتخصصة بكل عملية تتعلق بأموال يشتبه أنها متحصلة من جناية أو جنحة لاسيما الجريمة المنظمة أو المتاجرة بالمخدرات والمؤثرات

1 – الدكتور/أنطوان جورج سركيس: المرجع السابق، ص 70

العقلية أو يبد وأنها موجهة لتمويل الإرهاب،ويتعين القيام بهذا الإخطار بمجرد وجود الشبهة حتى ولو تعذر تأجيل تنفيذ تلك العمليات أو بعد إنجازها.

ويجب إبلاغ كل المعلومات التي ترمي إلى تأكيد الشبهة أو نفيها دون تأخير إلى الهيئة المتخصصة [1].

وقد جاء في التقرير السنوي لمصرف الجزائر سنة 2009 أن الهيئة المتخصصة في هذا المجال هي خلية معالجة المعلومات المالية التي أنشأت بموجب المرسوم التنفيذي رقم 127/02 المؤرخ في2002/04/07 والذي حددت بموجبه نظامها، مهامها وطريقة عملها، وبموجب قانون المالية لسنة 2003 رفع الاحتجاج بالسر المصرفي في مواجهة الخلية في سبيل اتخاذ بعض التدابير التحفظية ذات العلاقة بالعمليات المالية المقترنة بدلائل وقرائن لتبييض الأموال [2].

تقوم الخلية حسب نص المادة 16 من القانون المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها باستلام وصل الإخطار بالشبهة وبجمع كل المعلومات والبيانات التي تسمح باكتشاف مصدر الأموال أو الطبيعة الحقيقية للعمليات موضوع الإخطار [3].

ويأخذ الإخطار بالشبهة الموجه إلى الخلية شكل تصريح بالاشتباه يحتوي على 7 صفحات ويتضمن المعلومات الأتية:

*المصرح-المصرف اوالمؤسسة المصرفية-

*معلومات حول الحساب موضوع الاشتباه، صاحبه أو الموقع عليه.

*هوية وصفة الموقعين والمؤهلين بتفويض السلطات حول الحساب.

---

1 – المادة 2 من القانون رقم 01/05 الصادر في 6فبرايرسنة 2005 يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما

2 – www.banque d’algérie.dz

3 – الدكتور/ أنطوان جورج سركيس: المرجع السابق،ص 73.

*نوع الأموال المشتبه فيها.

*تفاصيل العملية المرتبطة بالمشتبه فيهم.

*موضوع الاشتباه.

*سوابق المشتبه فيه.

وفي سياق القيام بمهامها لايمكن الاعتداد بالسر المصرفي اتجاهها، كما لا يمكن اتخاذ انتهاك السر المصرفي ضد الأشخاص أو المسيرين والأعوان الخاضعين للاخطار بالشبهة الذين أرسلوا بحسن نية المعلومات أو قاموا بالإخطارات المنصوص عليها في هذا القانون مثلما تقتضيه المادة 23 من القانون السالف الذكر.

تجدر الإشارة أن هذه المقتضيات أكدها مصرف الجزائر في النظام الذي يحمل رقم 05/05 المؤرخ في 2005/12/15 في المواد من 11 إلى 15 إذ تنص المادة 11 على أن المصارف والمؤسسات المالية والمصالح المالية للبريد ملزمون بواجب الإخطار بالشبهة وفقا للأشكال التنظيمية [1].

لكن التساؤل يبقى مطروحا بشأن المعايير التي يعتمدها المصرف في تقدير الشبهة للإخطار عنها وبالتالي الكشف والإبلاغ عن المعطيات المصرفية وإن كانت ذات طبيعة سرية، فلا القانون والنظام مصرف الجزائر قد وضعا مقاييس ومعايير محددة لتقدير الشبهة في هذا الإتجاه، فهل يؤخد بمعيار المقدار أي قيمة المعاملة مثلما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية التي تلزم الخاضعين لواجب الإخطار بإبلاغ عن كل معاملة تفوق عشرة ألاف دولار أو يؤخد بنوع المعاملات [2].

فنظام مصرف الجزائر في الفقرة الرابعة من المادة 11 أوجب إبلاغ خلية معالجة المعلومات المالية بكل عنصرا من شأنه أن يعزز الشبهة. إلا أنه بالرجوع إلى المادة 10 من قانون 01/05 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحته، يتضح

1 – الدكتور/ أنطوان جورج سركيس: المرجع السابق،ص 74

2 – الدكتور/أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص 488

أن المشرع يميل إلى الأخذ بنوع المعاملات المصرفية ويتضح ذلك من خلال: إذا تمت عملية في ظروف من التعقيد غير عادية أو غير مبررة أو تبدو أنها لا تستند إلى مبرر إقتصادي أو محل مشروع، يتعين على المصارف أو المؤسسات المالية أو المؤسسات المالية المشابهة الأخرى الإستعلام حول مصدر الأموال ووجهتها وكذا محل العملية وهوية المتعاملين الاقتصاديين.

ولقد وضع مجلس الدولة الفرنسي في قراره المؤرخ في 2004/03/31 بعض المعايير وذلك بقوله إنه يتعين على المؤسسات الإخطار بكل المبالغ التي يمكن أن تكون نتاج المتاجرة في المخدرات أو أعمال المنظمات الإجرامية وهذا عندما تتم في ظروف غير عادية ومعقدة وغير مبررة إقتصاديا ودون أن يتمكن المصرف من معرفة مصدرها [1].

وفي إطار الحد من إنتشار الجرائم المالية نصت التوصيات الأربعين للغافي على أنه يتوجب على المؤسسات المصرفية أن تولي إهتماما خاصا في مراقبة الصفقات الكبيرة والمركبة وغير العادية وكذلك الصفقات المصرفية التي ليس لها مبرر اقتصادي.كما أكدت هذه التوصيات على ضرورة قيام المؤسسات المالية بالتبليغ عن العمليات المالية المشتبه بها،إلى السلطات المختصة.

كما أن أحداث 11 سبتمبر 2011 أضافت بعدا جديدا لمكافحة الجريمة المنظمة بالنص على تدابير ضد تمويل الإرهاب، فقد تبنى الغافي ثمانية توصيات أخرى التي تمتد إلى الصفقات المشتبه فيها إرتباطها بالإرهاب مع التدابير المتخذة للوقاية من تبييض الأموال.

وفضلا عن ذلك دعت التوصيات الصادرة عن منظمة العمل الدولية إلى تدريب المصرفيين على التقنيات الحديثة الخاصة بتحويل الأموال، ويضاف إلى هذه التوصيات الإعلان الأوروبي الصادر في 1991 الذي أكد على هذه الإلتزامات التي تقع على عاتق المصرف ويمكن تلخيصها في ثلاث نقاط:

1 – سيدهم عمر: المرجع السابق، ص 46

الالتزام الأول: يقضي بقيام المصارف بالكشف عن شخصية العميل المصرفي الجديد لحظة فتح الحساب المصرفي أو في أي عملية مصرفية تصل إلى مدى معين.

الالتزام الثاني: يقضي بقيام المصرف بتحليل العمليات غير عادية والمعقدة والتي يمكن أن تكون مرتبطة بنشاط تبييض الأموال.

الالتزام الثالث: ويقضي بقيام المصرف بالإخطار عن كافة العمليات المالية المشكوك فيها وذلك إلى السلطات الإدارية والقضائية [1].

في هذا المجال فقد نص النظام رقم 05-05 الصادر في تاريخ 15 ديسمبر سنة 2005، يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما.

على أنه يجب على المصارف والمؤسسات المالية الوسيطة المعتمدة، إقامة علاقات مراسل مع المؤسسات المصرفية الأجنبية بشرط:

-أن تتوفر على حسابات مصدقة،

-أن تخضع لمراقبة السلطات المختصة،

-وأن تتعاون في إطار نظام وطني لمكافحة تبييض الأموال وتمويل الإرهاب".

إذ تعتبر جريمة تبييض الأموال من الجرائم المنظمة ذات البعد الدولي التي تؤثر في اقتصاديات الدول.

الفرع الثاني: السر المصرفي أمام السلطات الإدارية والمالية والرقابية.

لقد خطى المشرع الجزائري خطوة ايجابية وسار على نفس المنحى الذي سارت عليه معظم التشريعات، حيث خول لبعض السلطات الإدارية والمالية حق للاطلاع على ال وثائق والمستندات المصرفية السرية ومنع الاحتجاج أمامها بالسر المصرفي، ولحماية النظام المصرفي والسهر على حسن سيره أخضع المشرع المصارف للرقابة التي تتولاها هيئات متخصصة تتمتع بصلاحيات واسعة، لهذا سنتعرض لدراسة سلطات بعض الهيئات الإدارية اتجاه السر المصرفي، وبعض الهيئات الرقابية.

1 – الدكتور/أنطوان جورج سركيس: المرجع السابق، ص 322

أولا: سلطات الهيئات الإدارية والمالية.

تحقيقا للمصلحة المالية العامة للدولة وبهدف معاينة الجرائم الجمركية، وتمويل وعاء الضريبة خول المشرع الجزائري لإدارتي الضرائب والجمارك سلطات واسعة تمكنها من الاطلاع على والبيانات والوثائق المصرفية التي يشملها السر المصرفي، كما ألزمها بالاستجابة لطلباتها لتسهيل مهامها.

1-سلطات إدارة الضرائب.

ترتبط المصلحة المالية للدولة بالمسائل المالية والاقتصادية لإدارة الضرائب وهي تسمو على المصلحة الخاصة للزبون [1]. فالمسائل الضريبية تشكل أحد الأسباب التي تدفع المصارف للإفشاء عن مدخرات العملاء تمهيداً لفرض الضريبة عليهم [2]، ويعرف بعض

الفقهاء حق الاطلاع المخول لإدارة الضرائب بأنه سلطة منحها المشرع من أجل التحقق من تطبيق القانون الضريبي لمنع حالات التهرب منه [3]. فالالتزام بالتبليغ في المجال الضريبي يكتسب أهمية قصوى لتعلقه بمصالح الدولة والخزينة العامة[4]، لذلك تلتزم المصارف بالتصريح لإدارة الضرائب عن مداخيلها دون الاحتجاج عليها بالسر المصرفي[5]، وفي هذا السياق نصت الفقرة الأولى من المادة 46 من قانون الإجراءات الجبائية[6] على ما يلي : "لا يمكن بأي حال من الأحوال لإدارات الدولة والولايات كذلك المؤسسات أو الهيئات أيا كان نوعها، الخاضعة لمراقبة السلطة الإدارية أن تحتج بالسر المصرفي أمام أعوان الإدارة المالية الذين يطلبون منها الاطلاع على وثائق المصلحة التي توجد في حوزتها...".

1 – Taleb Fatiha: Limites du secret bancaire et économie de marché، op.cit, p.518

2 – الدكتور/محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص 100

3 – الدكتور/أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص 490

4 – الدكتور/عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص 178

5 – الدكتور/نعيم مغبغب: المرجع السابق، ص 210

6 – القانون رقم 21/01 المؤرخ في 2001/12/22 المتضمن قانون الإجراءات الجبائية المعدل والمتمم، ج ر عدد 79 المؤرخة في 2001/12/23.

و تؤكد الفقرة الخامسة من نفس المادة على وجوب قيام مسؤولية الهيئات المنصوص عليها في الفقرة الأولى في حالة رفضهم تقديم الوثائق التي بحوزتهم، كما تسري عليهم العقوبات الواردة في المادتين 62، 63 من نفس القانون[1]،إلا أن حق الاطلاع الممنوح لإدارة الضرائب مقيد ببعض الشروط المتعلقة بمكان وزمان المراقبة إذ يجب أن تتم هذه الأخيرة على مستوى المؤسسات والمنشآت المعنية خلال ساعات عملها[2]، كما يمكن لأعوان هذه الإدارة إجراء تحقيق في محاسبة الكلفين بالضريبة، وإجراء التحريات اللازمة بشرط أن تكون لهم رتبة مراقب على الأقل، ويحق لهذه الإدارة ممارسة الرقابة مهما كان السند المستعمل[3]، وتضيف المادة 51 من القانون رقم 16/05[4] ما يلي :

"يجب على المؤسسات والشركات والقائمين بأعمال الصرف والمصرفيين وأصحاب العمولات وأن يرسلوا إشعارا خاصاً لإدارة الضرائب بفتح، وإقفال كل حساب إيداع السندات، أو القيم، أو الأموال أو حساب التسليفات، أو الحسابات الجارية، أو حسابات العملة الصعبة، أو أي حسابات أخرى تسيرها مؤسسات بالجزائر.

كما يمس هذا الالتزام خصوصا المصارف، وشركة البورصة والدواوين العمومية..."و تتمثل المعلومات المقدمة لإدارة الضرائب أساساً في تحديد الوكالة المصرفية، أو المؤسسة المالية المسيرة للحساب وعنوانها، تعيين الحساب ورقمه ونوعه وخاصيته، تاريخ وطبيعة العملية المصرح بها، وتحديد المعلومات الخاصة بالأشخاص الطبيعيين والمعنويين[5]، وإذا كانت سلطات إدارة الضرائب في الاطلاع والمراقبة تمس

1 – تقضي المادة 62 بتطبيق عقوبة تتمثل في غرامة جبائية في حالة رفض منح حق الاطلاع أو إتلاف الوثائق قبل الآجال المحددة قانونا، كما تقضي المادة 63 بتطبيق عقوبة تلجئة قدرها 100 دج عن كل يوم تأخير، ويرجع الاختصاص في الغرامة والتلجئة للمحكمة الإدارية المختصة إقليميا.

2 – المادة 18 من قانون الإجراءات الجبائية

3 – المادة 20 من نفس القانون.

4 – قانون 16/05المؤرخ في 2005/12/31 المتضمن قانون المالية لسنة 2006، ج ر عدد 85، المؤرخة في2005/12/31.

5 – المادة 51 مكرر 2 من نفس القانون التي ألزمت على المصارف ضرورة تقديم المعلومات السابقة والمتعلقة بمفوضي الشخص المعنوي الذين يستعملون الحساب.

بحق الخاضع للضريبة في الاحتفاظ بسرية معلوماته، ووثائقه إلا أن حرص القانون على تحقيق المصلحة العامة يجعل هذا الحق لا يتنافى مع مبدأ الالتزام بالسر المصرفي، ومن أجل هذا ألزم القانون أعوان هذه الإدارة بضرورة كتمان السر المصرفي تحت طائلة التعرض للعقوبة الواردة في المادة 301 من قانون العقوبات[1].

وهذا ما هو معمول به في بعض التشريعات المقارنة ففي فرنسا تلتزم المصارف بالتصريح لإدارة الضرائب عن مداخيلها دون الاحتجاج بالسر المصرفي لضمان التطبيق السليم للقانون الضريبي، كما تلتزم بالتبليغ عن حالات صرف الشيكات العالية القيمة [2]، ويسري حق الاطلاع المخول لإدارة الضرائب على كل الوثائق الضرورية لإجراء الرقابة دون أن يكون لهذه السلطة حق الاستجواب الذي يعود أصلا للقضاء [3]، وبالإضافة إلى حق الاطلاع المخول لهذه الإدارة يحق لها إجراء حجوز على المستندات لمعاينة الجرائم الاقتصادية [4].

و في نفس السياق أيضا تنص المادة 140 من القانون المتعلق بالضريبة على الدخل المصري الصادر سنة 1981 على واجب المصارف بتقديم إقرار إلى مصلحة الضرائب حول أسماء وعنوان ووظائف أصحاب الحسابات المصرفية، كما ألزمت المادة 144 من نفس القانون مديري المصارف تقديم الوثائق اللازمة لإجراء الرقابة[5]، إلا أنه بعد صدور قانون سرية الحسابات سنة 1990 نصت المادة الأولى والثانية منه صراحة على أن تكون حسابات العملاء وودائعهم سرية ولا يجوز الاطلاع عليها إلا بإذن من صاحبها، ويسري الحضر اتجاه جميع الأشخاص والسلطات بما في ذلك إدارة الضرائب[6]، وقد ورد في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون أنه لا يجوز لإدارة الضرائب أن تطلب أمرا بإعطاء

1 – المادة 65 من قانون الإجراءات الجبائية.

2 – Monique Cantamine-Raynaud: op.cit, p.504

3 – CE 27/04/1987.J.C.P.1988.E.2.15243

4 – Anne Teissier: op.cit, p.455

5 – الدكتور/محمود كبيش: المرجع السابق، ص 28

6 – الدكتور/عبد القادر العطير: المرجع السابق، ص 173

معلومات أو بيانات من محكمة استئناف القاهرة عن العقود التي تستحق عليها ضرائب إلا إذا وجدت دلائل على ارتكاب جناية أو جنحة.

كما لا يعترف القانون السويسري لهذه الإدارة بحق الاطلاع على المعلومات المصرفية لذلك لا تلتزم المصارف السويسرية بالإجابة على طلباتها، ولا الخضوع لأي تفتيش مهما كان نوع الضريبة [1]، كما حضرت المادة الثانية من قانون سرية المصارف اللبناني صراحة على المصارف اطلاع أعوان هذه الإدارة على أسرار زبائنها،و يلتزم المصرف بمنع هذه الإدارة من الحصول على أية تصريحات أو إجراء أي تفتيش على الحسابات والودائع[2]. إلا أن المصارف اللبنانية درجت على تقديم تصريحات للدوائر المالية عن طريق أرقام وحروف دون ذكر أسماء العملاء مما يسمح لهذه الإدارة بفرض الضريبة

2-سلطات إدارة الجمارك.

يخول لأعوان إدارة الجمارك نفس السلطات المخولة قانوناً لأعوان إدارة الضرائب، لهذا يمكنها الاطلاع على جميع وثائق المؤسسات والهيئات الخاضعة لرقابتها[3]، ويتمثل الدور الرئيسي للسلطة الجمركية في ضمان أمن عمليات الاستيراد والتصدير، وحسن تطبيق واحترام النصوص القانونية المتعلقة بالتجارة الخارجية لتقوية العلاقات المالية مع الخارج[4]، وفي هذا الصدد تنص المادة 48 من قانون الجمارك[5] على حق أعوان الجمارك الذين لهم رتبة ضابط مراقبة على الأقل، والأعوان الكلفين بمهام القابض أن يطلبوا في أي وقت الاطلاع على كل أنواع الوثائق المتعلقة بالعمليات التي تهم مصلحتهم كالفواتير، وسندات التسليم، وجداول الإرسال، وعقود النقل والدفاتر والسجلات ..الخ.

1 – الدكتور/نعيم مغبغب: المرجع السابق، ص 213، وإلياس ناصف: المرجع السابق، ص 312.

2 – الدكتور/إلياس ناصف: المرجع نفسه، ص 335

3 – Monique Cantamine-Raynaud: op.cit, p.505

4 – Taleb Fatiha: Limites du secret bancaire et économie de marché، op.cit, p.519.

5 – القانون رقم 07/79 المؤرخ في 1979/07/21 المتضمن قانون الجمارك المعدل والمتمم، ج ر عدد 30، المؤرخة في 1979/07/24.

كما يتمتع بالسلطات المذكورة سابقاً أعوان الجمارك الذين لهم رتبة ضابط فرقة إذا تصرفوا وفق أمر مكتوب من عون جمركي له رتبة ضابط مراقبة، كما يجوز لهذه السلطة أيضا إجراء حجز على جميع أنواع الوثائق التي تسهل مهمتها مقابل سند إبراء، وبهذا يظهر لنا جلياً أن حق الاطلاع المخول قانونا لإدارة الجمارك ليس محدداً من حيث الوثائق إذ نصت المادة السابقة على أن هذا الحق يمارس على "...كل الوثائق..."، أما بالنسبة للأعوان المخولين قانوناً بحق ممارسة هذه الرقابة اشترطت المادة أن تكون لهم رتبة ضابط مراقبة على الأقل، وفي نفس السياق أيضا تخول المادة 1/65 من قانون الجمارك الفرنسي.

لهذه الإدارة سلطات واسعة اتجاه المصارف والمؤسسات المالية للاطلاع على مختلف الوثائق المصرفية، كما لها أن تفتح الخزائن الحديدية بحضور المحضر القضائي [1] بشرط احترام الإجراءات القانونية فإذا تعسفت هذه الإدارة في ممارستها لسلطاتها تبطل إجراءاتها[2].

لذلك تلتزم المصارف بتمكين أعوان هذه الإدارة من الاطلاع على كافة المعلومات المتعلقة بعمليات هذه المصلحة دون الاحتجاج بالسر المصرفي، غير أن هذا الحق لا يبرر كل حالات التفتيش إذ يشترط أن يكون الحصول على تلك المعلومات قد تم بشكل قانوني مع احترام الإجراءات اللازمة، ومراعاة لمصلحة الأفراد ألزم القانون أعوان هذه الإدارة بكتمان السر المصرفي حسب ما هو وارد في المادة 36 من القانون السابق ذكره.

ثانيا: سلطات الهيئات الرقابية

حماية للنظام المصرفي والسهر على حسن سيره وضمان التطبيق السليم لأحكامه أخضع المشرع الجزائري المصارف للرقابة التي تتولاها هيئات متخصصة، أنشأها المشرع بغرض القيام بهذه المهمة فمنع المصارف التذرع أمامها بالسر المصرفي، ويتعلق الأمر أساساً باللجنة المصرفية ومصرف الجزائر ومحافظو الحسابات.

1 − Moniteur du commerce et de l'industrie: op.cit, p.10.

2 − Paris 26/04/1990.J.C.P.1991-E -2.15935

Crim 19/06/1989, Bull, crim 1989.n° 262

1-اللجنة المصرفية.

تنص المادة 105 من قانون النقد والقرض على ضرورة إنشاء لجنة مصرفية تتكلف بمراقبة مدى احترام المصارف والمؤسسات المالية للأحكام التشريعية والتنظيمية، ومعاقبة الإخلالات التي تتم معاينتها والسّهر على احترام قواعد سير المهنة، وتقوم اللجنة بمراقبة المصارف والمؤسسات المالية بناءاً على الوثائق في عين المكان. فلا يمكنها إلزام المصرف بتقديم وثائقه وسجلاته ودفاتره خارج مقره، ويجوز لها أن تكلف أي شخص يقع عليه اختيارها بهذه المهمة[1]، وللقيام بهذه المهمة يحق ل لّجنة أن تطلب الإطلاع على جميع الوثائق وكذا الإيضاحات والإثباتات اللازمة، وكل المستندات الضرورية دون الاحتجاج اتجاهها بالسر المصرفي[2]،و بالرجوع للمادة 12 من القانون رقم 01/05 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما تعمل هذه اللجنة على السهر بتوافر المصارف، والمؤسسات المالية على برامج مناسبة للكشف على عمليات تبييض الأموال والإرهاب .

وفي فرنسا أنشأت هذه اللجنة بموجب قانون المصارف لسنة 1984 حيث منعت المادة الثانية منه الاحتجاج اتجاهها بالسر المصرفي، وأجازت لأعضائها القيام بمراقبة جميع المستندات [3]، وقد سبق لمحكمة جنح باريس أن أدانت مسير أحد المصارف الفرنسية بجنحة إعطاء معلومات خاطئة لهذه اللجنة وعرقلة نشاطها [4].

2-مصرف الجزائر:

يعتبر مصرف الجزائر مؤسسة وطنية يتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، ويعد تاجرا في علاقاته مع الغير وهو يمثل الهيئة العليا للمصارف في الجزائر، لهذا يتمتع بصلاحيات واسعة في ميادين النقد والقرض عن طريق توفير الشروط اللازمة لتحقيق

1 – المادة 108 من قانون النقد والقرض

2 – المادة 109 من نفس القانون

3 – Anne Teissier: op.cit, p.427- 426.

4 – TG Paris 11em, 04/07/1991, D.1992, som.359-360.

النمو الاقتصادي والاستقرار الداخلي والخارجي، ولهذا الغرض يكلف بتنظيم الحركة النقدية ويوجه ويراقب توزيع القرض بكل الوسائل، ويسهر على حسن تسيير التعهدات المالية اتجاه الخارج وضبط سوق الصرف[1]، ولتحقيق ذلك له أن يطلب من المصارف والمؤسسات المالية أن تزوده بكل الإحصائيات والمعلومات اللازمة لذلك[2]،و بمقتضى المادة 108 من قانون النقد والقرض يكلف هذا الأخير بتنظيم المراقبة لحساب اللجنة المصرفية بواسطة أعوانه أو أي شخص يقع عليه اختيارها، وعلى هذا الأساس لا يطبق السر المصرفي في حق مصرف الجزائر حسبما تقضي به المادة 117 من نفس القانون.

وفي نفس السياق أيضا تلتزم المصارف الفرنسية بتقديم تصريحات إلى مصرف فرنسا بخصوص حجم ودائعها وشخصية المستفيدين منها، ويمنع على المصرف استعمالها لأغراض خارجة عن الرقابة [3]، ويعتبر مصرف فرنسا الجهة المؤهلة لاستلام إخطارات الشيكات الصادرة بدون رصيد، كما يختص بتقدم الترخيصات لعمليات التفتيش بالخارج ومراقبة عمليات تبادل العملة [4]، وفي مصر يحق للمصرف المركزي الإطلاع في أي وقت على دفاتر وسجلات المصارف بما يكفل الحصول على البيانات والإيضاحات التي يرى أنها ضرورية لتحقيق أغراضه، ويكون ذلك في مقر المصارف [5].

3-محافظ الحسابات.

يلزم قانون النقد والقرض على كل المصارف تعيين محافظين إثنين للحسابات على الأقل[6]، وتتمثل مهمة محافظ الحسابات في التّحقيق حول الدفاتر والأوراق المالية للشركة ومراقبة انتظام وصحة حساباتها لذلك يجوز له إجراء الرقابة التي يراها ضرورية طيلة

1 – المادة 35 من قانون النقد والقرض

2 – المادة 36 من نفس القانون.

3 – Monique Cantamine-Raynaud: op.cit, p.496.

4 – Moniteur du commerce et de l’industrie: op.cit, p.11

5 – الدكتور/محمود كبيش: المرجع السابق، ص 29

6 – المادة 100 من قانون النقد والقرض.

السنة[1]، وقد نظم المشرع الجزائري هذه المهنة بموجب القانون رقم 08/91[2]، إذ يلتزم هؤلاء بالإخطار عن كل مخالفة ترتكبها المصارف فور اكتشافهم لها بالإضافة إلى تقديمهم تقرير إلى محافظ مصرف الجزائر[3]،و لضمان حسن أدائهم لمهمتهم أخضعهم المشرع لرقابة اللجنة المصرفية[4]، وفي نفس السياق أيضا نصت المادة السادسة من قانون سرية الحسابات المصري على عدم إخلال هذا القانون بالواجبات المنوط أداؤها قانونا لمراقبي حسابات المصارف، لذلك تلتزم المصارف بتقديم المعلومات الخاصة بحسابات العملاء إلى محافظي الحسابات، د ون الاحتجاج بالسر المصرفي[5]، كما خولت المادة 14/832 من القانون التجاري الفرنسي لمندوبي الحسابات صلاحية الإطلاع على كافة الوثائق والبيانات اللازمة لأداء رقابتهم دون أن يحتج عليهم بالسر المصرفي[6].

1 – المادة 715 مكرر 4 من القانون التجاري.

2 – قانون 08/91 المؤرخ في 1991/4/27 المتعلق بمهنة الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد، ج ر عدد 20 المؤرخة في 1991/05/01.

3 – المادة 101 من نفس القانون.

4 – المادة 102 من نفس القانون.

5 – أسامة عبد الله قايد: المرجع السابق، ص 1713–1714.

6 – Patrice Bouteiller et autres : op.cit, p.329.

خاتمة

خاتمة

إن ما نبتغيه في خاتمة هذا البحث المعنون بالحماية الجنائية للسرية المصرفية ليس تلخيص لتلك الدراسة المتشعبة النواحي، والتي كانت ترمي إلى استعراض مدى تقيد المصارف بواجب كتمان السر المصرفي لعملائها اتجاه الأفراد والسلطات، وتوضيح المفاهيم القانونية المرتبطة بهذا الالتزام بل إن ما نوده في الحقيقة هو بلورة النتائج التي استخلصناها من هذا البحث بصفة عامة وما توصلنا إليه من خلال هذه الدراسة.

فقد تبين لنا بداية أن التزام المصارف بالحفاظ على أسرار عملائها قديم النشأة. فقد أَولت المجتمعات القديمة أهمية بالغة لهذا الموضوع نتيجة لوعيها بأن هذا الالتزام يمثل أهم الدعائم التي تضمن الممارسة السليمة لهذه المهنة التي تستقطب الجزء الأكبر من الاقتصاد الوطني، كما اتضح لنا أن هذا الموضوع يعد من الموضوعات البالغة التعقيد التي أثارت العديد من المناقشات والصعوبات على مستوى الفكر القانوني. فقد اختلف الفقه والقضاء المقارن حول تحديد المقصود منه خاصة وأن التشريعات قد أحجمت عن تحديد ذلك، واكتفت بفرضه على مصارفها نتيجة لذلك لم يكن تعريفه بالأمر الهين.

وفي محاولة الوصول إلى ذلك اقترحت عدة تعاريف من الفقه بالإستناد إلى عدة معايير ولم يسلم أي منها من النقد. فقد ذهب الراي الأول إلى النظر بما يترتب عن إفشاء السر من ضرر يصيب سمعة صاحب السر وكرامته، واستند الرأي الثاني على إرادة العميل في إبقاء أموره الخاصة في إطار سري، بينما اعتمد الراي الثالث على معيار موضوعي يقتضي التفرقة بين الوقائع السرية وتلك المعروفة .في حين استقر الراي الأخير على تعريف السر المصرفي استنادا إلى معيار مصلحة صاحب السر في الكتمان،و هو الراي المرجّح باعتباره الأقرب إلى الصّواب لأن تقرير مبدأ السرية المصرفية يتماشى في الأصل ومصلحة العميل وجودا أو عدما، لهذا انتهينا إلى القول بأن هذه السرية تستمد وجودها من ارتباطها الوثيق بهذه المصلحة وصلتها بمهنة المصرف.

ولاحظنا أن جل التشريعات المقارنة ومنها التشريع الجزائري قد تبنت مبدأ الالتزام بالسر المصرفي، وأحاطته بسياج من الحماية لذلك ألزمت مصارفها بضرورة كتمان أسرار عملائها حفاظا على حريتهم الشخصية، ولما لهذا المبدأ من تأثير إيجابي على الإقتصاد

الوطني. إلا أن تبني الدول لهذا المبدأ كان بنسب متفاوتة لذلك اختلفت فيما بينها في طريقة حمايتها القانونية له. فبينما اكتفت بعض الدول بتقرير الحماية القانونية للسر المصرفي ضمن النص العام الوارد في قانون العقوبات، لجأت دول أخرى إلى تخصيص قانون مستقل لذلك شددت بموجبه من قوة هذا الالتزام، وفرضت من خلال أحكامه عقوبة جزائية أشد من تلك التي تقررها نصوص قانون العقوبات، وقد كان هدفها من وراء ذلك تدعيم اقتصادها الوطني عن طريق توفير أكبر ضمانات لهذا الواجب.

و من خلال بحثنا عن الطبيعة القانونية للسر المصرفي لاحظنا أن الفقه قد تردد في هذا المجال بين نظريتي الإطلاق و النسبية،و قد أدى هذا الاختلاف إلى ترتيب نتائج بالغة الأهمية لكل تصور، وقد انعكس ذلك على الأحكام القانونية المنظمة لهذا السر في التشريعات المقارنة. إذ اعتنقت كل دولة من العالم التصور الذي يتماشى ومصالحها المالية والإقتصادية، فبينما تبنت بعض الدول نظرية السر المصرفي المطلق وعملت على التضييق من دائرة الإستثناءات الواردة عليه، اعتمدت دولا أخرى نظرية السر المصرفي النسبي، ووسعت بذلك من حالات إباحة إفشائه تحقيقا لشفافية عمل الجهاز المصرفي، وانتهينا في الأخير إلى القول بأن المشرع الجزائري قد حاول التوفيق بين النظريتين، ولم يكن من اليسير استخلاص هذا الموقف لما يشوب النصوص القانونية من لبس، وعدم الدقة وقد ساير بهذا الموقف منحى المشرع الفرنسي.

وإذا كان الوضع قد استقر حول تقرير إلتزام المصرف بالحفاظ على أسرار زبائنه إلا أن الخلاف حول الأساس الذي يستند إليه هذا الالتزام، وقد توصلنا إلى أن الفقه قد انقسم في ذلك إلى مذهبين، فمن غلب المصلحة الخاصة للعميل اتّجه إلى أن أساس التزام المصارف بالحفاظ على أسرار عملائها يكمن في فكرة العقد الذي يربط المصرف والعميل وإن لم يتفق الفقه والقضاء حول تكييفه. أما في الحالات التي لا توجد فيها علاقة عقدية بين الطرفين فقد رآى الفقه بأن أحكام المسؤولية التقصيرية هي التي يجب أن تطبق على مثل هذه الحالات، ويكمن أساس التزام المصرف بالكتمان هنا في إلتزام عام قوامه عدم الإضرار بالغير.

خاتمة

أما من رجح المصلحة العامة كأساس لالتزام المصرف بحفظ السر المصرفي اتجه إلى أساس آخر يكمن في فكرة النظام العام مرتئيا فيه السبب الباعث إلى فرض هذا الالتزام على المصارف، على اعتبار أن الثقة العامة التي يكنها أفراد المجتمع في مثل هذه المؤسسات أمر يقتضيه السير المنتظم لهذه المهنة على أن كل من الأساسين لم يسلم من النقد، وعلى ضوء هذا الصّراع تطرقنا في الأخير إلى النظرية التوفيقية التي تجمع بين الفكرتين، والتي تزعم بوجود عقد غير مسمى بين المصرف والعميل يتعلق بال نظام العام، وفي تحديدنا لموقف المشرع الجزائري قد استنتجنا بأنه قد تبنى هذه النظرية في نصوصه القانونية المتبعثرة.

وفي إطار بحثنا عن النطاق القانوني للسر المصرفي توصلنا إلى أن المصرف هو المدين بهذا الالتزام، ولما كان هذا الأخير شخص معنوي فإن هذا الالتزام يقع على عاتق كل موظف يعمل داخله مهما كانت رتبته وكيفما كانت وظيفته. أما بالنسبة للمستفيد منه فهو العميل، كما استنتجنا بأن هذا السر يحمي في الأصل المصلحة الخاصة للعميل، وهو يشمل جميع المعلومات التي تصل إلى علم المصرف بحكم مهنته، وتبين لنا أيضا أن هذا الالتزام غير محدد زمانيا إذ يظل المصرف ملتزما به ول وانتهت العلاقة التي تربطهما. وبعدما تناولنا مبدأ الالتزام بالسر المصرفي في الفصل الأول بشكل مفصل كان من اللازم علينا أن نتعرض للجزاءات المترتبة عند إخلال المصرف بهذا المبدأ، وأن نبين مدى وجود استثناءات يباح فيها إفشاء هذا السر دون قيام أية مسؤولية على عاتق المصرف.

وفي إطار دراستنا للجزاءات التي يقررها القانون عند إخلال المصرف بهذا الالتزام استنتجنا بأن إفشاء السر المصرفي يشكل جريمة تعاقب عليها غالب التشريعات بالعقوبة السالبة للحرية والغرامة، ويختلف مقدار هذه العقوبة باختلاف درجة قوة هذا الالتزام من دولة لأخرى.

وبالإضافة إلى الآثار الجزائية فإن إخلال المصرف بهذا الواجب ينجم عنه آثار مدنية تقتضي تعويض الأضرار المادية والمعنوية التي تلحق بصاحب السر، وسواء أكانت المسؤولية عقدية أو تقصيرية فإن الآثار المدنية تسري في كلتا الحالتين، ولا يهم فيما إذا

كان الإخلال صادرا من المصرف أو من أحد موظفيه لأنه حتى في مثل هذه الحالة يسأل المصرف بصفته متبوعا عن أعمال موظفيه وفقا لأحكام مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه

كما يجب أن لا ننسى بأن إفشاء السر المصرفي يعتبر أيضا خطأ تأديبيا لأنه فعلا يخل بقواعد وأخلاقيات المهنة المصرفية، ولهذا يتعرض المصرف أو الموظف الذي صدر منه الإفشاء إلى العقوبة التأديبية التي يحددها القانون، والتي قد تصل إلى طرد الموظف من المهنة دون أي تعويض أو سحب الاعتماد من المصرف ومنعه من مزاولة المهنة المصرفية.

وما يجب الإشارة إليه هو أن عدم وجود أحكام قضائية في الجزائر بخصوص إفشاء السر المصرفي لا يعني عدم وقوع انتهاكات من المصارف لسرية الزبائن، بل أن مثل هذه الاعتداءات تحدث في الواقع بصورة مستمرة إلا أن عدم إثارة نزاعات قضائية بشأنها من قبل الأفراد جعل القضاء الجزائري يخلو من الاجتهادات في هذا المجال، ويرجع هذا الفراغ في غالب الأحيان إلى جهل المتعاملين مع المصارف للنصوص القانونية التي تحمي سرية ذمتهم المالية، وتعاقب على الاعتداءات التي تقع عليها، وهذا الجهل بالقانون يجعلهم لا يدركون خطورة تلك الانتهاكات ويتنازلون عن الحماية القانونية لحقهم في السرية.

وإذا كان القانون يفرض على المصارف إلتزاما بحفظ أسرار زبائنها إلا أن ذلك لا يشكل قاعدة مطلقة تلتزم المصارف بالتقيد بها في كل الظروف بل إنها قاعدة نسبية تخضع لبعض الاستثناءات ففي الواقع يعترف الفقه والقضاء كما تنص التشريعات على وجود حالات محددة يعفى فيها المصرف من هذا الالتزام مراعاة لمصالح أجدر بالحماية من المصلحة التي تقرر الكتمان من أجلها، ويترتب على وقوع الإفشاء مثل هذه الحالات نفي الخطأ عن الفعل ليصبح بذلك مشروعا.

فالسر المصرفي لم يعد ذلك المبدأ المقدس الذي يكسو المعاملات المصرفية،بل أصبحت تعتريه العديد من الاستثناءات التي تفرضها أحيانا المصلحة الخاصة للعميل وحريته في التنازل عن حقه في كتمان أسراره، كما أن هناك بعض الأشخاص يشاركون العميل في هذه المصلحة ولهذا لا يعاقب القانون على إفشاء السر إليهم نظرا للمركز

القانوني الذي يتواجدون فيه، ومن ناحية أخرى كان من الضروري مراعاة المصلحة الخاصة للمصرف الذي قد يجد نفسه أحيانا مضطرا للدفاع عن نفسه إذا ما نشب نزاع بينه وبين العميل، واقتضى الأمر إفشاء الأسرار المالية لهذا الأخير .

كما أن مقتضيات المصلحة العامة التي تسمو على كل المصالح الأخرى تقتضي أحيانا التضحية بالمصلحة الخاصة للعميل والكشف عن تفاصيل معاملاته المالية، وفي هذا الصدد قد منعت معظم التشريعات التي تبنت مبدأ الالتزام بالسر المصرفي الاحتجاج بهذا السر اتجاه السلطات القضائية خاصة الجزائية منها، وألزمت المصارف بضرورة أداء واجب الشهادة والتبليغ عن الجرائم لتحقيق العدالة التي تمثل المحور الأساسي لعمل الجهاز القضائي.

بالإضافة إلى ذلك يمنح القانون لبعض الإدارات المالية كإدارة الضرائب والجمارك سلطة الاطلاع على المعلومات المصرفية بغرض تأمين وعاء الضريبة، ومن أجل الحفاظ على مصداقية المهنة المصرفية تخضع جل التشريعات المصارف لنوع من الرقابة التي يمارسها هيئات مختصة بذلك فمن غير المنطقي أن يكون السر المصرفي ذريعة لتشجيع الجرائم، كما يجب ألا يقف هذا الواجب عائقا أمام تحقيق العدالة القضائية والمصلحة المالية للدولة.

ولهذا قد سعت الدول لإقامة نوع من التوازن بين مكافحة الجريمة ونظام السرية

المصرفية، ولكي لا تصبح المصارف مستودعا وملجأ آمنا للمدخرات غير النظيفة عملت العديد من الدول التي كانت تعتنق في السابق نظام السرية المطلقة على التخفيف من حدة سرية مصارفها،نتيجة الضغوطات الدولية التي تعرضت من الدول الكبرى في العالم وإدراكها للآثار السلبية لهذا النظام، وفي هذا السياق تلتزم المصارف بالتصريح عن مدخراتها والتبليغ عن الحسابات المشبوه فيها، ولهذا نتوصل إلى أن السرية المصرفية تحتاج إلى دولة قانون في تطبيقها واعتمادها سياسة اقتصادية وضرائبية ورقابية فعالة، وإغفال هذه الأمور يجعل منها عاملا محفزا لعمليات الفساد والأفعال غير المشروعة.

خاتمة

ونشير في نهاية هذه الخاتمة إلى بعض المقترحات التي نأمل أن يراعيها المشرع الجزائري نوردها كالتالي:

ضرورة إصدار قانون خاص بالسرية المصرفية يجنبنا سلبياتها ويأخذ بالايجابيات تراعى فيه العلاقة الخاصة التي تربط المصرف بالعميل تلك العلاقة التي ينبغي أن تسودها الثقة، ويحوطها سياج الكتمان كما ذهبت إليه بعض التشريعات المقارنة، وهذا بهدف جمع كل أحكامها وتفادي الاختلافات حول المفاهيم المرتبطة بها، وتحديد الحالات التي تقوم فيها مسؤولية المصرف عن إفشاء أسرار عملائها، والحالات التي يباح فيها هذا الفعل بدقة، والوقوف على حقيقة ما أخذ به المشرع الجزائري في المسائل التي اختلف بشأنها الفقه و القضاء المقارن.

من الضروري أيضا خلق توازن بين المحافظة على سرية المعاملات المصرفية من جهة والمصلحة العامة من جهة أخرى. فلا ينبغي الإسراف في الاستثناءات الواردة على مبدأ الالتزام بالسر المصرفي حتى تفوق الأصل لأن ذلك يؤدي إلى آثار سلبية تنعكس على الأفراد وعلى الأداء الوظيفي لعناصر البناء الاقتصادي، ومن جهة أخرى ينبغي أن تكون هذه الحالات محددة بدقة حتى لا يتم المساس بقاعدة السر المصرفي التي تعتبر الركيزة الأساسية في التعاملات المصرفية، وإلا أدى ذلك إلى فقدان الثقة بين المصرف والعميل وهذا ما ينتج عنه هروب رؤوس الأموال نحو المصارف الأجنبية وتدهور الاقتصاد الوطني للبلد.

ونوحي في الأخير بضرورة زيادة الوعي والثقافة القانونية للأفراد بإعطاء هذا الموضوع أهمية خاصة ذلك أن النصوص القانونية التي تحمي السر المصرفي من أرقى النصوص إلا أن الممارسة العملية يشوبها القصور والانتهاك المستمر لهذا السر المصرفي.

.

.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

اولا: القران الكريم

ثانيا: المراجع باللغة العربية

1-المراجع العامة باللغة العربية

1-أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال، دار الطبعة الثانية، 2014 دار هومة، الجزائر.

2-أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجنائي العام، الطبعة الثانية، 2014، دار هومة، الجزائر،

3-أحمد عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الطبعة الثالثة، 1985، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان.

4-أحمد فتحي سرور: الوسيط في شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الثالثة، 1985أ دار النهضة العربية، القاهرة،

5 -أحمد كامل سلامة: الحماية الجنائية لأسرار المهنة، 1988، جامعة القاهرة، مصر

6-أنطوان ناشف خليل هندي: العليات المصرفية والسوق المالي، 1998، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان.

7-بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون الجزائري، الطبعة الرابعة، 2007، ديوان المطبوعات الجامعية.الجزائر.

8-سعيد سيف النصر: دور المصارف التجارية في استثمار أموال العملاء، بدون طبعة، 2000، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية

9-عبد الحميد الشواربي: مسؤولية الأطباء والصيادلة المدنية والجزائية والتأديبية، 1998.منشأة المعارف، الإسكندرية،

10 -عبد القادر العطير: سر المهنة المصرفي في التشريع الأردني، ط1. 1996.دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

11-عبد الله سليمان: شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، 1998، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

12-علي جمال الدين عوض: عمليات المصارف من الوجهة القانونية، 1989م، دار النهضة العربية، القاهرة.

13-علي فيلالي: الالتزامات (الفعل المستحق للتعويض)، الطبعة الثانية، 2007، موقع للنشر الجزائر

قائمة المصادر والمراجع

14علي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام، الطبعة السابعة، 2007، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر

15-علي فيلالي:الالتزامات، النظرية العامة للعقد، بدون طبعة، 1997، مطبعة الكاهنة، الجزائر

16-عمار بوضياف: الوجيز في القانون الإداري، بدون طبعة، 1999، دار الريحان، الجزائر

17-عمارعمورة، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، 2009، دار المعرفة، الجزائر

18-غادة عماد الشربيني: المسؤولية الجنائية عن الأعمال المصرفية،1993 دار أبو المجد للطباعة والنشر، مصر.

19-غسان رياح: الوجيز في المخالفات المصرفية، 2005، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت.

20-فخري عبد الرزاق الحديثي وخالد الزغبي: شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ط1 .2009.دار الثقافة، عمان.

21-كامل السعيد: الجرائم الواقعة على الشرف والحرية، الطبعة الأولى، 1996 دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان

22-محفوظ لعشب: الوجيز في القانون المصرفي الجزائري، 2004، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر .

23-صلاح الدين حسن السيسي: القطاع المصرفي وغسيل الأموال، 2003، دراسات نظرية وتطبيقية، قضايا مصرفية، القاهرة، عالم الكتب

24-محمد صبحي نجم: شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص،الطبعة الرابعة.2003. ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر

25-محمد عبد الفتاح الصيرفي: إدارة المصارف، ط1 2006، دار المناهج للنشر والتوزيع. مصر

26-محمد حسنين: الوجيز في نظرية الالتزام، 1983، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر

27-محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات القسم الخاص، 1988، دار النهضة العربية، القاهرة

28-معوض عبد التواب: القذف والسب والبلاغ الكاذب وإفشاء الأسرار والشهادة زور، ط4 2007.دار الفكر القانوني، طنطا،

29- نادر شافي: جريمة تبييض الأموال، بدون طبعة، 2005، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس

30-مولود ديدان، أبحاث في الإصلاح المالي، 2010، دار بلقيس الجزائر

31-الياس ناصف: الكامل في قانون التجارة وعمليات المصارف، ط1، 1999، عويدات للطباعة والنشر، بيروت،

32-سميحة القليوبي: الأسس القانونية لعمليات المصارف، 1992، مكتبة عين الشمس القاهرة

33-حمدي عبد العظيم: غسيل الأموال في مصر والعالم، الطبعة الأولى، 1997، أكاديمية السادسات للعلوم الإدارية، القاهرة.

34-خالد رميح تركي المطيري: المصارف وغسيل الأموال، القاهرة، 2007، دار النهضة العربية.

35-رجب كريم عبد الله: التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، 2003

2-المراجع الخاصة باللغة العربية

36-أحمد محمد بدوي: جريمة إفشاء الأسرار والحماية الجنائية للكتمان المصرفي، منشورات سعد سمك، القاهرة، بدون طبعة، بدون سنة

37-أنطوان جورج سركيس: السرية المصرفية في ظل العولمة، الطبعة الأولى، 2008 منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،

38-سعيد عبد اللطيف حسن: الحماية الجنائية للسرية المصرفية،2004. دار النهضة العربية، القاهرة،

39-سليمان عبد المنعم، مسؤولية المصرف الجنائية عن الأموال غير النظيفة، 1999.دار الجامعة الجديدة للنشر،مصر

40-عادل جبري محمد حبيب: مدى المسؤولية المدنية عن الإخلال بالالتزام بالسر المصرفي أو الوظيفي، ط2003.01.دار الفكر الجامعي، الاسكندرية

41-محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المسؤولية الجزائية عن إفشاء السر المصرفي، 1999.دار وائل للطباعة والنشر، عمان.

42-محمود صالح العادلي: الحماية الجنائية لالتزام المحامي بالمحافظة على أسرار موكليه،ط1 2003، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.

43-محمود كبيش: الحماية الجنائية لسرية الحسابات المصرفية في القانون المصري، بدون سنة، دار النهضة العربية، القاهرة.

44-نصير شيوعان: أثر السرية المصرفية على تبييض الأموال، ط1. 2009، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، ا

45-نعيم مغبغب: تهريب الأموال والسرية المصرفية،1986م، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.

46-هيام الجرد: المد والجزر بين السرية المصرفية وتبييض الأموال، دراسة مقارنة للقوانين التي تحكم السرية المصرفية وتبييض الأموال، 2004م، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

47-جلال وفاء محمدين: دور المصارف في مكافحة غسيل الأموال، بدون طبعة، 2001، دار الجامعة الحديثة للنشر، الإسكندرية

ثالثا المراجع باللغة الفرنسية

1-المراجع العامة باللغة الفرنسية

48-Brouardel: Le Secret Médical, 2em édition, 1893, Librairie Baillière, Paris, , p.123. Cité par, Pierre Lambert

49-Bruno Gurtner : l'ogonie du secret bancaire suisse, revue de l'Economie politique, n° 46, avril, 2010.

50-Dekeuwer Dekossez, Françoise : Droit bancaire, Dalloz, Paris,7em édition, novembre2001.

51-François GRUA, responsabilité civile d'ordre général,juris classeur Banque-Crédit-2001, Bourse

52-Hamar : Le secret médical au point de vue de la révélation des crimes et de délits, rev crit de legis et de juris

53-Henri De Page : Traité élémentaire du droit civil belge, ,1962Bruylant, Bruxelles, 3em édition, p.93. Cité par Pierre Lambert : op.cit,

54-Jean Larguier et autres : Droit pénal spécial, Dalloz, Paris, 14em édition, 2008.

55-Jean Pradel et autres : Droit pénal spécial, CUJAS, Paris, 4em édition, 2007/2008.

56- Léon Mazeaud et autres : Leçons de droit civil, Delta, Paris, 2000.

57-Louis Pimienta : Le Secret Professionnel de L'avocat, édition Pédon, Paris1937

58-Maurice AUBERT Jean-Philippe Kernen Herbert SCHONLE, le secret bancaire suisse, 1982, édition Staempfi &Cie SA Berne.

59−Patrice Bouteiller et autres : L'exploitation de banque et Le droit, 4emé Edition, 2008revue banque،

60−Philippe NEAU-LEDUC, droit bancaire, 4ème édition, 2010, édition Dalloz, paris.

61−Taleb Fatiha : limites du secret bancaire et économie de marché, Revue Algérienne des sciences

62-Sylvain BESSON,le secret bancaire 2004 presse polytechnique et universitaire romande

2- المراجع الخاصة باللغة الفرنسية

63-Chabert : Le Secret Bancaire, Revue Huissiers, 1980.

64-Dean Spielmann , Le Secret Bancaire et L'entraide Judiciaire Internationale Pénale, 2007,: Larcier, Bruxelles.

65-Le Moniteur du commerce et de l'industrie : le secret bancaire en France, revue des problèmes économiques, n°2.129,14/6/1989

66-Thierry SAMIN: le secret bancaire, 1997, collection techniques de la banque»,AFB diffusion, Paris

67-Raymond Ferhat : le secret bancaire, 1970, Centre Français de droit Comparé, Paris

68-Markus Lusser : Le Secret Bancaire En Procédure Pénale, 1964, Zurich.

69-Maurice Aubert et autres, le secret bancaire suisse, éditions Staempfli, Cie Sa Berne، ,1982

70-Frédérick Lacroix : Réforme du secret bancaire, octobre 2008, revue banque, n° 706,.

71-Jean-Paul Céré, Le Secret Professionnel, L'Harmattan, Paris, 2005

72-Anne Tessier : le secrète Professional du banque 1999 p.u.a.m

73-Gérome lasserre cap de ville ,le secrète bancaire etude de droite compare 2006 p.u.a.m

رابعا :الرسائل الجامعية

74-أحمد بركات مصطفى: مسؤولية المصرف عن تقديم المعلومات والاستشارات المصرفية، رسالة دكتوراه، 1990، كلية الحقوق جامعة أسيوط، مصر

75-بوزنون سعيدة :"الحماية الجنائية لأسرار المهنة"، رسالة ماجستير، 2008/2007، كلية الحقوق، جامعة الجزائر.

76-بوساعة ليلى، السرية في المصارف، مذكرة ماجستير، لسنة 2010-2011، جامعة الجزائر01.

77-قديدر إسماعيل: المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء الأسرارالطبية،2011-2010، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان

78-الحاسي مريم، التزام المصرف بالمحافظة على السر المصرفي، مذكرة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2012/2011

79-سيدهم عمر: مذكرة نهاية التكوين بالمدرسة العليا للصيرفة، دفعة السادسة، 2007

80-Fatiha Taleb : La responsabilité civile encourue du fait de leur activité par les organismes du système bancaire en droit privé Algérien, 1998,Mémoire de magistère, Faculté de droit,Université d'Oran,

81-Ferjault Elodie : Secret professionnel et blanchiment de capitaux, mémoire de magistère, université panthéon Assas, mai 2002.

82-Le secret bancaire en C.E.E et en suisse , 1974 presse universitaire de France.

خامسا :القوانين و التنظيمات

83-الدستورالجزائري لسنة 1996 ج ر رقم 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996

84- القانون رقم 07/79 المؤرخ في 1979/07/21 المتضمن قانون الجمارك المعدل والمتمم، ج ر عدد 30، المؤرخة في 1979/07/24.

85-القانون 86/312 والمؤرخ في 1986/08/19، المتعلق بنظام المصارف والقروض، ج ر عدد 34، المؤرخة في 1986/08/20.

86-القانون 19/90 المؤرخ في 1990/04/14، المتعلق بالنقد والقرض، المعدل والمتمم، ج ر العدد 16، المؤرخة في 1990/04/18

87-القانون 90/ 11، المؤرخ في 1990/04/21 المتضمن قانون علاقات العمل المعدل والمتمم، ج ر عدد 17، المؤرخة 1990/04/25.

88-القانون رقم 08/91 المؤرخ في 1991/4/27 المتعلق بمهنة الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد، ج ر عدد 20 المؤرخة في 1991/05/01

89-القانون رقم 21/01 المؤرخ في 2001/12/22 المتضمن قانون الإجراءات الجبائية المعدل والمتمم، ج ر عدد 79 المؤرخة في 2001/12/23.
90-القانون رقم 15/04 المؤرخ في 2004/11/10 المتضمن تعديل قانون العقوبات، ج ر عدد 71، المؤرخة في2004/11/10.
91-قانون 16/05المؤرخ في 2005/12/31 المتضمن قانون المالية لسنة 2006، ج ر عدد 85، المؤرخة في2005/12/31.
92-القانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج
93-القانون رقم 01/05 الصادر في 6فبرايرسنة 2005 يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما
94-القانون رقم 06-01 الصادر في 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.
95-الأمر 155/66 المؤرخ في 1966/07/08 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم ج ر 48 لسنة 1966.
96-الأمر 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، ج ر عدد 101، المؤرخة 1975/12/19.
97-لأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج ر عدد 78، المؤرخة في 1975/09/30.
98-الأمر 11/03 المؤرخ في 2003/08/26 المتعلق بالنقد والقرض، ج ر عدد 52، المؤرخة في2003/08/27.
99-النظام 05/92 الصادر في 1992/03/22 المتعلق بالشروط التي يجب أن تتوفر في مؤسسي ومسييري وممثلي المصارف والمؤسسات المالية
100-النظام الداخلي رقم 226، سنة 1993 الصادر عن مصرف الجزائر
101-النظام الداخلي رقم 23/99 للصندوق الوطني للتوفير والاحتياط المودع لدى أمانة ضبط محكمة سيدي محمد بتاريخ 1999.10.20
102-النظام 05/05 الصادر بتاريخ 2005 و المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال و تمويل الإرهاب و مكافحتهما
103-النظام 01/08 الصادر في 20 يناير 2008 و المتعلق بترتيبات الوقاية من اصدار شيكات بدون رصيد

سادسا: الندوات والمؤتمرات:

104-السرية في العمليات المصرفية مفهومها وضوابطها، ورقة مقدمة إلى ندوة البركة للاقتصاد الإسلامي، يوليو 2001، كوالامبور، ماليزيا.
105-فوزي أوصديق: إشكالية المعلوماتية بين حق الخصوصية وإفشاء الأسرار المهنية، مجلة الدراسات القانونية، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعلمية، الجزائر، العدد الثاني، 2008
106-أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق، بجامعة بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002. زياد نديم حمادة: تبييض الأموال والسرية المصرفية، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين

القانونية والاقتصادية اعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت لبنان منشورات الحلبي الحقوقية 2002.

سابعا: المجلات

107-المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الأقتصادية والسياسية، عدد 02، 2009.
108-مجلة الشرطة الجزائرية، العدد 52، جويلية 1995
109- كال ابوالعيد مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثامنة والاربعة، العدد الثالث والرابع، 1978م.
110-مجلة قضايا الحكومة، 1970م، السنة 14، العدد الأول.
111-مجلة موسوعة الفكر القانوني، ج01، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر

ثامنا :القواميس

112-المعجم الوجيز "معجم اللغة العربية" دون سنة نشر، الهيئة العامة للمطابع الأميرية، القاهرة.

113-منظور محمد بن أحمد بن مكرم: لسان العرب، تحقيق عامر أحمد حيدر، المكتبة العلمية، الطبعة 01، 2003، بيروت.

114-رضا يوسف محمد: معجم العربية الكلاسيكية والمعاصرة، 2006م، مكتبة لبنان، ناشرون: بيروت.

115-Arguelles ºAlexander، English، French، Spanish، German، dictionary, 2006, Librairie du Liban publishers.

تاسعا: المواقع الالكترونية

116-الموقع الرسمي لبنك الجزائرwww.**bank-of-algeria**.dz

117-مركز الدراسات القضائية التخصصي www.cojoss.com

الفهرس

الفهرس

اهـــــــداء .....
شكر وتقدير .....
مقدمة .....
الفصل الأول : مبدأ الإلتزام بالسر المصرفي..... 1
المبحث الأول: مفهوم السرية المصرفية وطبيعتها القانونية..... 2
المطلب الأول: مفهوم السرية المصرفية..... 3
الفرع الأول: تعريف السرية المصرفية..... 3
أولا: لغة..... 3
1-المعنى اللغوي للسر:..... 3
2-المعنى اللغوي للمصرفية:..... 4
3-السرية المصرفية في اللغات الأخرى:..... 4
ا-السرية المصرفية في اللغة الإنجليزية:..... 4
ب-السرية المصرفية في اللغة الفرنسية:..... 4
ثانيا: التعاريف الفقهية..... 5
ثالثا: التعاريف القضائية..... 6
الفرع الثاني: أهمية السرية المصرفية..... 8
أولا: حماية الحرية الشخصية:..... 9
ثانيا: حماية مصلحة المصرف..... 9
ثالثا: حماية المصلحة العامة 10
الفرع الثالث: معيار تحديد الواقعة السرية والاعتبارات التي يقوم عليها:..... 11
أولا: معيار تحديد الواقعة السرية:..... 11
1-نظرية الضرر:..... 12

2-نظرية إرادة المودع في إبقاء الأمر سرا: 14
3-نظرية التفرقة بين الوقائع السرية والوقائع المعروفة:..... 16
4-نظرية المصلحة: 18
5-موقف المشرع الجزائري من هذه النظريات: 20
أ-ارتباط الواقعة السرية بالمهنة أو الوظيفة: 20
ب-عدم شيوع الواقعة للكافة: 22
ج-وجود مصلحة لدى العميل في كتمان السر:..... 23
ثانيا: الاعتبارات التي تقوم عليها السرية المصرفية..... 24
1-العوامل الاقتصادية: 24
2-الاعتبارات السياسية: 26
3-الاعتبارات الاجتماعية والأخلاقية:..... 28
المطلب الثاني: السر المصرفي في التشريع الجزائري وبعض التشريعات المقارنة..... 31
الفرع الأول: السر المصرفي في التشريع الجزائري..... 32
أولا: الدستور 32
ثانيا: قانون العقوبات 32
ثالثا: القانون المدني 33
رابعا: القانون التجاري 34
خامسا: قانون العمل..... 35
سادسا: قانون النقد والقرض 35
الفرع الثاني: السر المصرفي في بعض التشريعات المقارنة..... 37
أولا: تنظيم السر المصرفي في بعض الدول الأجنبية 37
1-سويسرا: 37
2-فرنسا: 39
3-بريطانيا: 41

4-الولايات المتحدة الأمريكية:..... 42
ثانيا: تنظيم السر المصرفي في بعض الدول العربية..... 42
1-لبنان: 43
2-سوريا:..... 43
3-الأردن: 44
4-مصر: 44
المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للسر المصرفي 46
الفرع الأول: نظرية السر مصرفي المطلق..... 46
أولا: مضمون نظرية السر المصرفي المطلق. 46
ثانيا: نتائج نظرية السر المصرفي المطلق..... 48
1-اتساع المدى الموضوعي للسر المصرفي:..... 49
2-اتساع المدى الشخصي للسر المصرفي: 49
3-اتساع النطاق الزماني للسر المصرفي:..... 49
ثالثا: تقييم نظرية السر المصرفي المطلق 49
الفرع الثاني: نظرية السر المصرفي النسبي..... 50
أولا: مضمون نظرية السر المصرفي النسبي..... 50
ثانيا: نتائج نظرية السر المصرفي النسبي 52
1-عدم الاحتجاج بالسر المصرفي على العميل:..... 52
2-رفع السر المصرفي بأمر القانون:..... 53
ثالثا: تقييم نظرية السر المصرفي النسبي..... 53
الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من نظريتي النسبية والإطلاق 54
المبحث الثاني: أساس الالتزام بالسر المصرفي ونطاقه القانوني..... 56
المطلب الأول: اساس الالتزام بالسر المصرفي: 57
الفرع الاول: المصلحة الخاصة أساس الالتزام بالسر المصرفي..... 57

اولا: العقد كأساس الالتزام بالسر المصرفي. 57
1-مضمون النظرية العقدية: 58
ا-نظرية عقد الوديعة:..... 60
ب-نظرية عقد الوكالة: 61
ج-نظرية عقد إيجار الخدمة:..... 62
د-نظرية العقد غير المسمى:..... 63
2-نتائج النظرية العقدية:..... 63
ا-جواز إفشاء السر المصرفي بإرادة الأطراف:..... 63
ب-الصفة النسبية للسر المصرفي: 64
ج-عدم جواز الاحتجاج بالسر المصرفي أمام المحكمة:..... 64
3-تقييم النظرية العقدية: 65
ثانيا: المسؤولية التقصيرية أساس الالتزام بالسر المصرفي..... 66
1-مضمون نظرية المسؤولية التقصيرية أساس الالتزام بالسر المصرفي:..... 67
2-تقييم نظرية المسؤولية التقصيرية أساس الالتزام بالسر المصرفي:..... 68
الفرع الثاني: المصلحة العامة أساس الالتزام بالسر المصرفي (نظرية النظام العام)..... 69
اولا: مضمون نظرية المصلحة العامة أساس الالتزام بالسر المصرفي..... 69
ثانيا:نتائج نظرية المصلحة العامة أساس الالتزام بالسر المصرفي..... 72
1-الصفة المطلقة للسر المصرفي: 72
2-عدم جواز التصريح للمصرف بالإفشاء:..... 73
3-الحق في الصمت: 73
4-عدم جواز الإدلاء بالشهادة أمام المحاكم أو تبليغ السلطات عن الجرائم..... 73
ثالثا:تقييم نظرية المصلحة العامة أساس الالتزام بالسر المصرفي..... 74
الفرع الثالث: النظرية التوفيقية..... 76
أولا: مضمون النظرية التوفيقية..... 76

ثانيا: نتائج النظرية التوفيقية 78
1-رفع السر المصرفي بأمر القانون:..... 78
2-جواز إفشاء السر بإرادة العميل:..... 79
ثالثا: موقف المشرع الجزائري من النظريات السابقة..... 79
المطلب الثاني: نطاق تطبيق السر المصرفي 81
الفرع الاول: المجال الذاتي للسر المصرفي 81
أولا: اعضاء مجلس الإدارة..... 82
1-مجلس إدارة المصرف المركزي: 84
ا-المحافظ ونوابه: 87
ب-أعضاء مجلس النقد والقرض:..... 88
2-مجلس إدارة المصارف والمؤسسات المالية:..... 89
ا-مسير مصرف أو مؤسسة مالية 89
ب-الموظفين المصرفيين وغيرهم:..... 91
ثانيا: محافظي الحسابات..... 94
ثالثا: الشخص الذي يشارك في رقابة المصارف والمؤسسات المالية..... 96
1-الرقابة الداخلية: 97
2-الرقابة الخارجية:..... 98
ا-مجلس المحاسبة: 98
ب-المفتشية العامة للمالية: 99
ج-اللجنة المصرفية:..... 101
الفرع الثاني: المجال الموضوعي للسر المصرفي..... 102
أولا: الوقائع المحمية 103
1-معايير من طبيعة موضوعية:..... 105
ا-تحديد المعلومات ذات الطابع السري: 105

ب-المعلومات المتحصل عليها بصفته كمهني:..... 108
ج-الشروط الخاصة بالمعلومات موضوع السر: 110
2-معايير من طبيعة شخصية: 118
ا-تعريف مغاير للمعلومة السرية حسب إرادة المعني بها: 118
ب-الإرادة الضمنية للزبون في الإبقاء على المعلومات سرية:..... 118
ج-الإرادة الصريحة من قبل الزبون في الإبقاء على المعلومات سرا:..... 119
ثانيا: حدود المعلومات المحمية بالسر المصرفي..... 121
ثالثا: الحسابات الرقمية 122
الفصل الثاني :جزاء الإخلال بمبدأ الالتزام بالسر المصرفي 124
المبحث الأول: الاثار المترتبة على افشاء السر المصرفي..... 125
المطلب الأول: المسؤولية الجزائية للمصرف عن الإخلال بمبدأ الالتزام بالسر المصرفي. 126
الفرع الأول: أركان جريمة إفشاء السر المصرفي 127
اولا: الركن المادي لجريمة إفشاء السر المصرفي 127
1-فعل الإفشاء: 127
ا-تعريف الإفشاء: 128
ب-وسائل الإفشاء: 131
2-الصفة الخاصة للفاعل:..... 132
ثانيا: الركن المعنوي لجريمة إفشاء السر المصرفي..... 134
الفرع الثاني: العقوبة المقررة لجريمة إفشاء السر المصرفي 137
أولا: العقوبة المقررة للشخص الطبيعي 138
ثانيا: مسؤولية المصرف كشخص معنوي عن جريمة إفشاء السر المصرفي..... 139
المطلب الثاني: المسؤولية المدنية للمصرف عن الإخلال بمبدأ الالتزام بالسر المصرفي:..... 142
الفرع الأول: المسؤولية العقدية عن إفشاء السر المصرفي 143
أولا: أركان المسؤولية العقدية 143

1-الخطأ العقدي: 143
2-الضرر: 144
3-علاقة السببية: 145
ثانيا: جزاء المسؤولية العقدية عن إفشاء السر المصرفي 146
الفرع الثاني: المسؤولية التقصيرية عن إفشاء السر المصرفي 147
أولا: أساس المسؤولية التقصيرية للمصرف عن الإخلال بالالتزام المصرفي 148
1.الخطأ: 148
2-الأسس الحديثة للمسؤولية: 149
أ-الخطأ المهني: 149
ب-فكرة المخاطر: 150
ثانيا: جزاء المسؤولية التقصيرية عن إفشاء السر المصرفي 151
ثالثا: مجال المسؤولية التقصيرية عن إفشاء السر المصرفي 152
1-المسؤولية التقصيرية في المرحلة السابقة للتعاقد: 152
2-المسؤولية التقصيرية في المرحلة اللاحقة لانتهاء العقد: 153
3-حالة الاستعلام عن العميل: 154
الفرع الثالث: مسؤولية المصرف عن أعمال تابعيه 155
أولا: شروط مسؤولية المصرف عن أعمال تابعيه 156
1-وجود علاقة تبعية: 156
2-اتصال الفعل الضار للموظف بالوظيفة: 157
ثانيا: آثار مسؤولية المصرف عن أعمال تابعيه 158
المطلب الثالث: المسؤولية التأديبية عن الإخلال بالالتزام بالسر المصرفي 159
الفرع الأول: المصادر القانونية لتوقيع العقوبة تأديبيا 160
أولا: التشريع المصرفي 160
ثانيا: في ظل الأنظمة المصرفية 163

الفرع الثاني: تحديد عناصر المسؤولية التأديبية..... 163
أولا: الركن المادي..... 163
ثانيا: العنصر المعنوي..... 164
الفرع الثالث: العقوبة المقررة..... 165
المبحث الثاني: أسباب إباحة إفشاء السر المصرفي 166
المطلب الأول: أسباب إباحة إفشاء السر المصرفي المقررة للمصلحة الخاصة. 167
الفرع الأول: الإفشاء بناءا على رضا العميل 167
أولا: موقف الفقه من اعتبار رضا العميل كسبب من أسباب إباحة إفشاء السر المصرفي 168
1-الرأي القائل بعدم اعتبار رضا العميل كسبب من أسباب إباحة إفشاء السر المصرفي: 169
2-الرأي المؤيد لاعتبار رضا العميل سبب من أسباب إباحة إفشاء السر المصرفي:..... 169
ثانيا: شكل رضا العميل والشروط الواجب توافرها فيه..... 173
1-شكل رضا العميل:..... 173
2-شروط رضا العميل:..... 175
أ-صدور الرضا من العميل نفسه:..... 175
ب-صدور الرضا من شخص مميز وبإرادة حرة:..... 176
ج-صدور الرضا قبل الإفشاء:..... 176
الفرع الثاني: الأشخاص الذين لا يجوز للمصرف الاحتجاج اتجاههم بالسر المصرفي..... 177
أولا: السر المصرفي والورثة والموصى لهم..... 177
ثانيا: السر المصرفي والزوجة والأولاد..... 179
ثالثا: السر المصرفي والنائب القانوني والوكيل المفوض..... 181
رابعا: السر المصرفي والشركاء في الشركة والوكيل المتصرف القضائي..... 183
خامسا: السر المصرفي والكفيل..... 186
سادسا: السر المصرفي وحامل الشيك..... 187
الفرع الثالث: إفشاء السر المصرفي لمصلحة المصرف..... 188

المطلب الثاني: حالات إباحة إفشاء السر المصرفي للمصلحة العامة..... 189
الفرع الأول: السر المصرفي أمام السلطات القضائية..... 190
أولا: السر المصرفي أمام القضاء المدني..... 190
1-أداء المصرف الشهادة أمام القضاء المدني:..... 191
2-حجز ما للمدين لدى الغير:..... 193
ثانيا: السر المصرفي أمام القضاء الجزائي..... 196
1-أداء المصرف الشهادة أمام القضاء الجزائي:..... 197
2-السر المصرفي والتبليغ عن الجرائم:..... 200
أ-مفهوم تبييض الأموال وجريمة تمويل الإرهاب في التشريع:..... 201
ب-جريمة تبييض الأموال في إطار المواثيق الدولية المصادق عليها في الجزائر:..... 203
ج-الالتزامات المفروضة على المصرفي في إطار تبييض الأموال:..... 210
الفرع الثاني: السر المصرفي أمام السلطات الإدارية والمالية والرقابية..... 215
أولا: سلطات الهيئات الإدارية والمالية..... 216
1-سلطات إدارة الضرائب:..... 216
2-سلطات إدارة الجمارك:..... 219
ثانيا: سلطات الهيئات الرقابية..... 220
1-اللجنة المصرفية:..... 221
2-مصرف الجزائر:..... 221
3-محافظ الحسابات:..... 222
خاتمة..... 224
قائمة المصادر والمراجع..... 231
الفهرس..... 240