الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان

كلية الحقوق والعلوم السياسية

إلتزام البنك بالمحافظة على السر المهني

مذكرة لنيل درجة الماجستير

تخصص مسؤولية المهنيين

من إعداد الطالبة:

الحاسي مريم

تحت إشراف الأستاذ الدكتور:

رايس محمد

أعضاء لجنة المناقشة

أ.د قادة شهيدة	أستاذ التعليم العالي	جامعة تلمسان	رئيسا
د. رايس محمّد	أستاذ محاضر قسم (أ)	جامعة تلمسان	مشرفا و مقرّرا
د. بن مرزوق عبد القادر	أستاذ محاضر قسم (أ)	جامعة تلمسان	مناقشا
د. واعلي جمال	أستاذ محاضر قسم (ب)	جامعة تلمسان	مناقشا

السنة الجامعية

2012-2011

مقدمـــــــــة:

يلعب النشاط المصرفي دورا رئيسيا في الحياة الاقتصادية و الاجتماعية لأي بلد فالبنك وحدة خدمية يختّص بالخدمات المالية و النقدية، و يقدم خدمات متنوعة لعملائه و يساهم في خلق الائتمان و توزيعه من أجل دفع عملية التّنمية الاقتصادية، و تمويل المشروعات التجارية و الخدمية المختلفة التي تعود بالفائدة على المجتمع ككل، إذ لا تخلو عملية تجارية من تدخل البنوك و لا غنى عن هذا التدخل في إتمامها.

و في سياق التطور الاقتصادي توسع النشاط المصرفي و احتل تدريجيا مكاناً متفوقاُ معتمداً في ذلك على واجب كتمان السر المهني إلى أن أصبح هذا النشاط يعني عددا هائلا من الأشخاص.فأضحى البنك بذلك معتبراُ كمؤتمن ضروري سواء بالنسبة للفرد العادي أو بالنسبة للتجارة الداخلية و الخارجية، و قد نشأت فكرة الالتزام بحفظ السر منذ القدم حيث كان يحرم على رجال الدين البوح بالأسرار التي يطلعون عليها من الناس بحكم مركزهم و مهنتهم، ثم امتد هذا الالتزام إلى أصحاب المهن الحرة كالمحامين و الأطباء و غيرهم من الأمناء بالضرورة الذين تسمح لهم مهنتهم الاطلاع على أسرارالحياة الخاصة للغير.

و في مجال البنوك تعتبر قاعدة الالتزام بحفظ السر البنكي قاعدة أساسية وحجر الزاوية في الحياة المصرفية تمتد جذورها التاريخية منذ نشأة الحضارات القديمة، و قبل أن يأخذ البنك صيغته الحالية فقد كان هذا الالتزام منذ القدم يلعب دوراُ بارزاُ في المحافظة على عمليات البنوك سواء لمصلحة المصرف ذاته، أو لمصلحة الزبون أو لمصلحتهما معا.

و قد عرف هذا الالتزام منذ عهد السومريين و البابليين و الفينيقيين ثم الإغريق و الرومان من بعدهم. إلا أنه كان في بدايته مجرد واجب أخلاقي تفرضه قواعد الدين و الأخلاقو تقتضيه مبادئ الشرف و الأمانة، و لهذا لم يكن أصحاب المصارف ملتزمين بأي موجب خاص للمحافظة على سر المهنة المصرفية، بل كان الأمر يرتكز فيأساسهعلى العادات و الأخلاق المتبعة في عمليات المصارف التي كانت تعتبر نفسها أمينة على أسرار العمليات التجارية التي تقوم بها، على اعتبار أن إفشاءها فعلٌ ممقوتٌ يستنكره الحياء العام

لما ينطوي عليه من خيانة للثقة المفترضة في مثل هذه المهنة النبيلة، و لما يسببه من أضرار بالمصلحة العامة نتيجة لامتناع الأفراد عن عرض أمورهم المالية على البنوك خوفاً من افتضاح أسرارهم، فضلا عن أنه يشكل اعتداء على الحرية الشخصية و حرمة الحياة الخاصة للفرد لذلك قيل بحق " إن من تدلي إليه بسرك يعتبر سيدا لحريتك".

و من هنا تولدت روابط الثقة التي يستلزمها الائتمان، و التي لا يمكن أن تسود إلا في إطار كامل من الكتمان. فالثقة إذن هيأقوى رباط يجمع البنك بعميلهو هي أساس العلاقة بينهما،لذلك لا يمكن تصور قطاع مصرفي سليم في أي بلدإلا بأجواء من الثقة تسود حوله، و إذا كانت هذه الثقة ذات أصول نفسية و اجتماعية إلا أن قواعد آداب المهنة المصرفية احترمتها فيما بعد نظرا لمتطلبات الحياة المعاصرة، و ما لبثت بعد ذلك أن تحولت بدورها إلى قواعد قانونيةلأن ما ينشده القانون في طياته هو حماية مصالح الأفراد،و صيانة حقوقهمإلا أن هذه الحماية تختلف بحسب طبيعة تلك الحقوق و المصالح. فمنها ما تتحقق حمايتها بتوفير العلانية له و منها ما لا تتحقق إلا بإحاطتها بسياج من السرية.

و في هذا الإطار فان طبيعة مهنة البنك 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، و من أجل الحفاظ على الثقة المتبادلة بين الطرفين فرضت التشريعات في مختلف الدولعلى البنوك واجب الحفاظ على سرية تلك المعلومات، و في هذا الصدد نصت المادة 117 من قانون النقد و القرض الجزائري على ما يلي:" يخضع للسر المهني تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات:

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

-كل شخص يشارك أو شارك في رقابة البنوك و المؤسسات المالية....." .

و يعد الالتزام بكتمان أسرار العملاء من أهم و أشد الالتزامات التي تقع على عاتق البنوك، و تتأتى أهمية هذا الالتزام استنادا إلى أن الكشف عن المركز المالي للعميل،و

طريقة إدارة أمواله و مشاريعه الاقتصادية تعدّ من الأمور اللصيقة بشخصيته، و التي يسبب له اطلاع الغير عليها أضراراًجسيمةً.

كما تبرز أهمية موضوع السر المهني للبنوك أيضا في تلك الصلة الوطيدة القائمة بينه و بين الحياة الخاصة للفرد الذي يستطيع بواسطته المحافظة على السرية التامة للأعمال التي يقوم بها، و علاقاته المالية و الشخصية المتعددة الصور و الغايات، و التي لها انعكاس مباشر على حياته المهنية و الشخصية أحياناً، لهذا يمثل السر البنكي جانبا من جوانب الحرية الشخصية و الحياة الخاصة للعميل خاصة ما يتعلق منها بذمته المالية انطلاقاً من فكرة حق كل فرد في الاحتفاظ بتفاصيل حياته الخاصة و ذكرياته و أسراره في مكنونات ضميره.

إلا أن مقتضيات الحياة الاجتماعية و تنوع علاقاتها، و حاجة 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 البنك أو غيرهم من الأمناء على السر و على المعهود إليه السر أن يكتمها فتوجه الأفراد إلى البنوك أمر لا غنى عنه تفرضه ضرورات الحياة المعاصرة، إذ أضحت البنوك أوعية اقتصادية عن طريق جذب الودائع و المدخرات.

و بالإضافة إلى الخدمات المالية التي يقدمها البنك لزبائنه قد يلعب هذا الأخير أحياناً دور المستشار الاقتصادي و التجاري للعميل فيقدم له النصائح و التوجيهات السليمة التي تساعده في نجاح مشاريعه، و لا تتحقق هذه الغاية إلا عن طريق توفير جوّ كامل من السرية المتبادلة، فالتزام البنك بكتمان بعض الوقائع و المعلومات التي يدلي بها العميل بنفسه إليه أو تصل إلى علمه بحكم مهنته يقابله حق العميل في أن تبقى أسراره الماليةو خصوصيات عملياته البنكية في إطار سري بعيدة عن معرفة الغير، و يخول هذا الالتزام للبنك حق الاحتجاج بهذا السر اتجاه المحاولات التي تستهدف كشف مثل هذه الأسرار.

لهذا كان من الضروري أن تحرص التشريعات على تنظيم موضوع السر البنكي و إدراجه ضمن مصاف الأسرار المهنية المتعارف عليها، و أن تفرض جزاءاً على من يصيبون الأشخاص بأذى في سمعتهم و كرامتهم لأنهم يخونون الثقة التي يكنها الأفراد فيهذه المؤسسات و يسيئون إلى المتعاملين معهم، و بهذا ينحذرون إلى مستويات سلوكية غير لائقة بهم دون أن يشعروا بما يمكن أن يترتب عن ذلك الإفشاء من أضرار مادية أو معنوية و فضائح تلحق بأصحاب تلك الأسرار و بالمجتمع ككل.

و لهذا فان تقرير مبدأ السرية المصرفية يحمل في طياته تحقيق مصالح و اعتبارات عديدة فهو من جهة يهدف إلى حماية و صيانة سمعتهم و شرفهم باعتبارها من الحقوق الملازمة لشخصيتهم. بالإضافة إلى ذلك فهويساهم في تحقيق نزاهة المهنة المصرفية و تسهيل ممارستها و بهذا تتحقق المصلحة العامة للمجتمع التي تقتضي المحافظة على الثقة العامة الواجب توافرها في ممارسة بعض المهن كالمهنة المصرفية، و هذا ما يؤدي بدوره إلى ازدهار الاقتصاد الوطني عن طريق جذب الأموال و المدخرات الأجنبية و استقرار الأموال الوطنية في البنوك المحلية، فاعتماد البنوك لهذا النظام يوحي بالثقة و الاطمئنان للعملاء و يحملهم على التعامل معها بشكل أوسع.

و يشكل إخلال البنك بثقة العميل و إفشائه لأسراره خطأً جنائياً و مدنياً و تأديبياًلهذا فقد أجمعت التشريعات و الاجتهادات القضائية و الأعراف في معظم البلدان على أن البنك ملزم بحفظ سرية الوقائع التي وصلت إلى علمه و المعلومات التي تربطه بالنشاط الاقتصادي لعميله، كما ألزمت القوانين الأشخاص الذين يعملون خارج البنوك و الذين يطلعون على تلك الأسرار بحكم مهنته بالالتزام بكتمانها.

و في الواقع إن دراسة موضوع السر المهني للبنوك باعتباره من أدق الالتزامات التي تقع على البنك يعد من الموضوعات الهامة و البالغة التعقيد ذلك أنه يثير العديد من الصعوبات و الإشكالات القانونية و العملية، و هذا ما نتج عنه اختلاف الاتجاهات الفقهية و القضائية حول تحديد المفاهيم المرتبطة به نظرا لعدم وضوح النصوص القانونية المنظمة له إذ اكتفت التشريعات في أغلب الدول بفرض هذا الالتزام على البنوك.

و من هذا القبيل نص المادة 301 من قانون العقوبات الجزائري و المادة 13/226 من قانون العقوبات الفرنسي التي لم تعط بدورها حلولا للمشاكل المطروحة من حيث محل الحماية و هو السر البنكي، و طبيعته القانونية و أساس الالتزام به و نطاقه وحدوده، و هذا ما دفعني لاختيار هذا الموضوع كونه يشكل موضوعاً حديثاًيحضى باهتمام فقهي و قضائي،كما يثير العديد من النقاشات على المستوى الدوليلذلك عقدت العديد من الاتفاقيات و المؤتمرات الدولية بشأنه، و بهذا أصبح موضوع السر المهني للبنوك يهم كل فرد لأنه يتعلق بحياته الخاصة و أسرارها المالية التي يجب أن تبقى في طي الكتمان، كما يهم كل دولة من دول العالم باعتباره عاملاً أساسي يؤثر في اقتصادها و مواردها المالية.

و نظرا لقلة الأبحاث و الدراسات حول هذا الموضوع تبقى الثقافة القانونية للأفراد و درجة وعيهم بخصوص هذا الموضوع محدودة،و هذا ما يؤديإلى ضياع حقوق المتضررين من جراء أفعال الإفشاء في معظم الحالات،فهم عادة ما لا يبادرون في إثارة نزاعات قضائية ضد البنوك التي يتعاملون معها بسببجهلهم لحقهم في اللجوء إلى القضاء للدفاع عن مصالحهم إذا ما أذيعت أسرارهم، و هذا 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 و كان جريئا للفصل فيها، و توضيح المفاهيم التي لم يتناولها التشريع بشكلدقيق فهذه الأمور كلها تعتبر حافزا للتوغل و البحث في هذا الموضوع.

وإذا كان التزام البنك بكتمان أسرار عملائه يخول له حق التمسك بهذا السر و الاحتجاج 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 و مصلحة الآخرين في كشف السر يستلزم اعتماد قواعد ملائمة للتوفيق بين هذه المصالح المتضاربة، و هذا ما يثير إشكالية من الناحية القانونية و العملية فهل تلتزم البنوك بكتمان الأسرار الخاصة بعملائهافي كل

الأحوال و الظروف، و هل يسري هذا الكتمان اتجاه جميع الأفراد و السلطات أم أن هناك حالات يمكن فيها خرق هذا الالتزام و التعدي على الحق في سرية المعاملات البنكية إذا ما اقتضى القانون ذلك؟

و في سبيل معالجتنالهذه الإشكالية كان من المنطقي علينا أن نعتمد على المنهج التحليلي لدراسة و تحليل فحوى النصوص القانونية و التنظيمية التي تناولت تنظيم موضوع السر المهني للبنوك،و ذلك بهدف الوقوف على حقيقة الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري بخصوص المفاهيم المرتبطة بهذا الموضوع، و التي اختلف الفقه و القضاء المقارن بشأنهاو تحديد مضمون هذا الالتزام، و الحالات التي تقوم فيها مسؤولية البنك سواء تعلق الأمر بالمسؤولية المدنية أو الجنائية أو التأديبية.

و نظرا لأن موضوع السر المهني للبنوك يحضى ببعد دولي و يمثل محلالاهتمام كل دولة من العالم تسعى إلى تطوير اقتصادها عن طريق تدعيم ثقة العملاء في بنوكها،و توفير أقوىالضمانات لهمكان من اللازم ألا تقتصر دراستنا لهذا الموضوع على تحليل النصوص القانونية الجزائرية فقط.لهذا سنحاول التعرض لكيفية تصدي بعض التشريعات لهذا الموضوع، و نطلع على طريقة تنظيمها لهذا الالتزام خاصة إذا علمنا أن البعض منها قد أفرد قانوناً خاصاً للسرية المصرفية، بينما اكتفى البعض الآخر بإدراج هذا الالتزام ضمن القوانين التي تناولت تنظيم السر المهني بصفة عامة، و هذا ما سوف يجعلنا نستند أيضا على المنهج المقارن في هذه الدراسة للوقوف على نقاط التشابه و الاختلاف بين ما تضمنه قانوننا الوطني بخصوص السر البنكي و ما ذهبت إليه بعض التشريعات المقارنة.

و في إطار معالجتنا لهذه الإشكالية قد ارتأينا ذكر بعض الصعوبات التي واجهتنا في إعداد هذه الرسالة من بينها قلة المراجع المتخصصة التي تناولت دراسة هذا الالتزام، و تركيز جلهاعلى تحديد المسؤولية الجزائية الناجمة عن إفشاء للسر البنكي متناسية في ذلك أن إفشاء السر البنكي في غير الحالات القانونية يشكل جريمة يعاقب عنها قانون العقوبات، و خطأ مدنيا يوجب المسؤولية المدنية للبنك أو الموظف ويخول المضرور حق الحصول على تعويض الأضرار التي لحقته من جراء ذلك، كما يشكل هذا الفعل خطأ تأديبيا يخل بقواعد

المهنة المصرفية و يعرض البنك أو الموظف للعقوبة التأديبية التي يحددها القانون لهذا حاولنا التعرض لكل هذه المسؤوليات من خلال هذه الرسالة بنوع من التوفيق .

و من أهم الصعوبات التي اعترتنا أيضا في هذه الدراسة انعدام الأحكام القضائية الجزائرية بخصوص السر البنكي إذ يبدو أن القضاء الجزائري هادئ في هذا المجال على خلاف نظريه الفرنسي و المصري و اللبناني الذي يولي اهتماما بهذا الموضوع، و يمكن مردّ ذلك إلى انتشار الأمية القانونية لأفراد المجتمع أو انخفاض مستواهم الثقافي، و هذا ما صعب علينا الوقوف على حقيقة الموقف الذي أخذ به القضاء الجزائري في المسائل القانونية المرتبطة بهذا الموضوع، و التي لم يتناولها التشريع بشكل دقيق و واضح خاصة و أن المادة 117 من قانون النقد و القرض و المادة 301 من قانون العقوبات وردت عامة من حيث الصياغة. فهي لم تحدد مدلول هذا الالتزام و لم تتعرض لأساسه الالتزام به و لا 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، و يبرز ذلك بغياب الوازع الأخلاقي حتى مع وجود النصوص القانونية التي تبقى مجرد حبر على ورق أمام تزايد هذه الانتهاكات.

و قد ارتأينا تقسيم هذه الرسالة إلى فصلين نتعرض في الفصل الأوللمبدأ التزام البنك بالمحافظة على السر البنكي، و قسمناه بدوره إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول مفهوم السر البنكي و طبيعته القانونية، بينما نحدد في المبحث الثاني أساس الالتزام بالسر البنكي و نطاقه القانوني. أما الفصل الثاني فخصصناه لدراسة الجزاء المترتب عن الإخلال بهذا المبدأ و حالات الإباحة الواردة عليه، الذي قسمناه هو الآخر إلى مبحثين نتعرض في أولهما لجزاء إخلال البنك بالحفاظ على السر البنكي، و نعالج في المبحث الثاني الحالات التي يباح فيها إفشاء السر البنكي.

الفصل الأول :

مبدأ الالتزام بالسر البنكي

إن فكرة المحافظة على السر المهني للبنوك دعامة من دعائم المهنة المصرفية تتعلق بكرامتها و تفرضها قدسيتها، و هي وطيدة الصلة بحماية الحياة الخاصة للفرد إذ تمثل جانباً من جوانب حريته الشخصية. فالحق في الخصوصية يقتضي ألا تكون الشؤون الخاصة للفرد محلا للحق في الإعلام بالنسبة لغيره، و لكل فرد الحق في التعامل مع حياته الخاصة و حريته بما يراه مناسباً، فله أن يحتفظ بأسراره و خصوصياته لنفسه بعيداً عن معرفة الآخرين، إلا أنه قد يضطر للإفضاء بها إلى بعض الأمناء الضروريين الذين تمكنهم مهنتهم من الاطلاع على أسرار الحياة الخاصة للغير كالبنوك، و ذلك بغرض الحصول على خدمات مالية إذ لا غنى للأفراد عن اللجوء إلى مثل هذه المؤسسات و الاستفادة من خدماتها المختلفة، فالتزام البنك بكتمان الوقائع و المعلومات التي وصلت إلى علمه بسبب نشاطه المصرفي يقابله حق العميل في الحفاظ على أسراره.

و عموما تعتنق جل التشريعات مبدأ التزام البنوك بالمحافظة على أسرار زبائنها باعتباره من القواعد المستقرة ذات الصلة الوطيدة بعمل البنوك، و تقرر حماية قانونية لهذا الحق الملازم للحياة الشخصية للفرد بل و تعاقب جنائياً على الاعتداءات التي تقع عليه، و إذا كان هذا الواجب يكتسي في بدايته طابعاً أخلاقياً إلا أنه أصبح بمرور الوقت التزاماً قانونياً يحضى بحماية خاصة تحقيقاً لمصلحة الفرد من جهة و المصلحة العامة من جهة أخرى. إلا أن هذه التشريعات قد أحجمت عن تحديد مدلوله هذا ما أدى إلى اختلاف الفقه و القضاء حول تحديد مفهوم السر البنكي و طبيعته القانونية، كما ظهرت عدة آراء و نظريات لتبرير أساس الالتزام به و تحديد نطاقه القانوني لكل منها حججه و أسانيده، و من أجل ذلك ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول : مفهوم السر البنكي و طبيعته القانونية

المبحث الثاني : أساس الالتزام بالسر البنكي و نطاقه القانون

المبحث الأول: مفهوم السر البنكي و طبيعته القانونية

لقد أثار موضوع الالتزام بالسر المهني للبنوك مناقشات و إشكالات عديدة في الفكر القانوني يتسع مدلولها من الناحية القانونية و العملية، فقد اختلف الفقه و القضاء المقارن حول مفهومه و اعتمدت بذلك عدة نظريات حاولت الوصول إلى تعريف جامع و مانع إلا أنها لم تسلم من النقد، و قد كان من نتيجة ذلك اختلافهم حول طبيعته القانونية حيث تردد هنا الفقه و القضاء بين نظريتي الإطلاق و النسبية. لهذا سنتعرض في هذا المبحث لمفهوم السر البنكي (المطلب الأول) ثم نتطرق بعد ذلك للطبيعة القانونية له (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم السر البنكي

إن عملية تحديد مفهوم السر البنكي تقتضي منا التعرف على المقصود منه خاصة و أن التشريعات فرضت هذا الالتزام على البنوك دون توضيح مدلوله، لهذا سنتطرق إلى تعريف السر البنكي(الفرع الأول)، ثم نتناول بعد ذلك دراسة مختلف النظريات التي اقترحت من الفقه لتحديد الواقعة السرية عن تلك التي لا تكتسي هذه الصفة، و المقومات الفنية و القانونية الواجب توافرها في الواقعة (الفرع الثاني)، لنطلع في الأخير على كيفية تنظيم هذا السر في التشريع الجزائري و بعض التشريعات المقارنة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف السر البنكي

إن عبارة السر البنكي فرع من الأصل المسمى الالتزام بحفظ سر المهنة، لذلك يقتضي المنطق قبل التطرق لتعريف السر البنكي توضيح المقصود بالسر المهني العام .

لقد أحجم المشرع و حسناً فعله من إعطاء تعريف للسر[1]البنكي جرياً على العرف التشريعي بعدم وضع تعريفات تاركاً ذلك لاجتهاد الفقه و القضاء لأنهما المخولان للقيام بهذا العمل أكثر من غيرهما، و قد يرجع السبب في ذلك إلى صعوبة تحديد مسألة السر نظرا لاختلافها باختلاف الظروف و الأزمنة[2]، و قد اختلفت آراء الفقه و القضاء في محاولة ذلك و لعل هذا ما دفع بالفقيه Charmantier إلى اعتبار سر المهنة من المواضيع البالغة التعقيد، التي تثير مشاكل يتسع مداها من الناحيتين القانونية و العملية[3].

فقد عرفه بعض الفقه العربي بأنه كل واقعة يقدر الرأي العام أن إبقاء العلم بها في نطاق محدود أمر تتطلبه صيانة المكانة الاجتماعية لمن تنسب إليه هذه الواقعة[4]، كما عرفه الفقيه عبد الحميد المنشاوي بأنه: "كل صفة لواقعة ما يتضمن انحصار العلم بها في عدد محدود من الأشخاص إذا كانت ثمة مصلحة لشخص أو أكثر في ذلك، فالسرية تقتضي أن لا بالواقعة سوى أشخاص محددين أما إذا كانت معلومة لدى عدد كبير من الأشخاص انتفت عنها صفة تلك الصفة"[5]، في حين يرى بعض الفقه الجزائري بأنه واجب قانوني يلتزم به فئة من الناس تقتضي مهنتهم أن يطلعوا على معلومات، أو يفضى إليهم بأسرار أثناء ممارسة مهنتهم مما ينبغي أن يبقى مكتوما لأن كشفه و إذاعته يهدم الثقة التي يجب أن تتوافر في

---

[1] السر لغة جمع أسرار و هو ما يكتمه الإنسان في نفسه و هو خلاف الإعلان و أسرت الحديث أسرارا أي أخفيته، أو هو كل فعل صائر إلى أن يظل مخفيا. المعجم في لغة الآداب و العلوم: بيروت، الطبعة الخامسة، ص377.

[2] رايس محمد: السر الطبي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، المجلد25، العدد الأول، 2009، ص250. فما يعد سرا بالنسبة لشخص قد لا يعد كذلك بالنسبة لآخر و ما يعد سرا في ظروف معينة قد لا يعد ذلك في ظروف أخرى، و ما يعد سرا في زمان معين قد لا يعد كذلك في زمن آخر فالسر إذن مسألة تختلف باختلاف الأشخاص و الزمان و المكان و طبيعة الوقائع و الأحداث.

[3] موفق علي عبيد: المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء السر المهني، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 1998، ص66.

[4] محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، 1988، ص406.

[5] عبد الحميد المنشاوي، جرائم القذف و السب و إفشاء الأسرار، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، بدون طبعة، 2000 ، ص 142.

ممارسة تلك المهنة[1]، و يجب التفريق بين السر و واجب حفظه ذلك أن السر معلومة ينبغي أن تكون مكتومة لدى أمين السر فهو بذلك كل ما يصل إليه من معلومات خلال ممارسته لمهنته[2]، أما الالتزام بحفظه و عدم الإفشاء به فانه يرد على السر بتكوينه السابق و بمعنى آخر السر هو محل لواجب عدم الإفشاء، أو هو ذلك الالتزام الذي يفرض على الأمين ضرورة كتمان المعلومات الخاصة بهذا السر[3].

كما عرفه الفقه الإيطالي بأنه صفة تخلع عن موقف أو مركز أو عمل مما يؤدي إلى وجود رابطة تتصل بهذا الموقف، أو المركز أو الخبر بالنسبة لمن له حق العلم به و بالنسبة لمن يقع عليه الالتزام بعدم إفشائه[4]. إلا أن الرأي الغالب في الفقه الإيطالي يتجه إلى تعريف السر بأنه علاقة بين شخص و معرفة شيء ما أو واقعة ما، و هذه العلاقة تتطلب التزاما من هذا الشخص بعدم إفشاء السر و العمل على منع الغير من معرفته[5]، كما تصدى الفقه الفرنسي أيضا إلى تعريف السر فاعتبره واقعة غير معروفة لكافة الناس، و يكون من شأن إبلاغ الغير بها إعطاء المطلع اطمئناناً و تأكداً ما لم يكن لديه من قبل[6]، أو هو الأمر الذي الذي إذا أذيع أضر بسمعة صاحبه أو كرامته غير أنه أخذ على هذا التعريف أن السر قد يكون مشرفا لمن يريد كتمانه و مع ذلك يعتبر سرا و يصعب التحلل منه[7].

---

[1] مروك نصر الدين: المسؤولية الجزائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، مجلة موسوعة الفكر القانوني، ج1، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، ص5.

[2] محمود صالح العادلي: الحماية الجنائية لالتزام المحامي بالمحافظة على أسرار موكليه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2003، ص73.

[3] عنان داود: التزام الطبيب بالحفاظ على السر الطبي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000-2001، ص13.

[4] أشار إلى هذا التعريف أحمد كامل سلامة: الحماية الجنائية لأسرار المهنة، مطبعة جامعة القاهرة و الكتاب الجامعي، مصر، بدون طبعة، 1988، ص37.

[5] أشار إلى هذا التعريف محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المسؤولية الجزائية عن إفشاء السر المصرفي، دار وائل للطباعة و النشر، عمان، الطبعة الأولى، 1999، ص22.

[6] أشار إلى هذا التعريف علي جمال الدين عوض: عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة،1989، ص1181.

[7] أشار إلى هذا التعريف عادل جبري محمد حبيب: مدى المسؤولية المدنية عن الإخلال بالالتزام بالسر المهني أو الوظيفي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2003، ص16.

كما تطرقت الشريعة الإسلامية بمبادئها السامية إلى تعريف السر و كانت السباقة في تبني كتمانه حماية للثقة المتبادلة بين العميل و صاحب المهنة، و من أجل حماية مصالح الأفراد و حقوقهم أقرت بواجب حفظ السر على كافة المسلمين سواء ما تعلق منها بالأفراد أو بالدولة، قد عرفه مجمع الفقه الإسلامي بأنه:" كل ما يقضي به الإنسان إلى أخر مستأمنا إياه من قبل أو من بعد، و يشمل ما خفت به قرائن دالة على طلب الكتمان إذا كان العرف يقضي بكتمانه، كما يشمل عيوب الإنسان و خصوصيته التي يكره أن يطلع عليها الناس"[1]، و قد وردت كلمة "سر" في القرآن الكريم اثنين و ثلاثون مرة بصيغ مختلفة، و جاءت في كثير من الآيات مقابلة السر بالجهر و مقابلته بالعلن، و عبر عنه أيضا بالإخفاء[2].

فقد جاء في قوله تعالى "...الذين يُنفقون أموالهم بالليل و النهار سرا و علانية..."[3]، و قوله أيضا"..تُسرون إليهم بالمودة و أنا أعلم بما أحفيتم و ما أعلنتم..."[4]،و من بين الأحاديث النبوية الشريفة في كتمان السر قوله صلى الله عليه و سلم "إنما المجالس بالأمانة" فإذا حضر الرجل مجلساً و سمع حديثهم فقاموا وجب أن يحفظ ما سمع عليهم خشية إثارة البغضاء و الحقد بين الناس و ضمان الثقة، كما ورد عن أبي بكر بن حميد بن حزم أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال:" إنما يتجالس المتجالسون بأمانة الله فلا يحلّ لأحد أن يفشي على صاحبه ما يكرهه "، و جاء على لسان الإمام العيني أيضا "السر أمانة و حفظ الأمانة واجب و ذلك من أخلاق المؤمنين" [5]، و من بين الأسرار التي اهتم الإسلام بضرورة بضرورة كتمانها أسرار المرضى فأوجب على الحاكم أن يأخذ على الأطباء عهداً بأن لا يعطوا لأحد دواءاً ضارا أو أن يفشوا الأسرار[6]، و لما كان التجسّس من أهم الوسائل التي تكشف السر، فقد نهى الله سبحانه و تعالى عنه تحقيقاً للصالح العام بقوله"...ولا تجسسوا ولا

---

[1] فتاوى مجمع الفقه الإسلامي: السر في المهن الطبية، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد20، 1994، ص 207.

[2] علي محمد علي أحمد، إفشاء السر الطبي و أثره في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2008، ص 9.

[3] الآية 274 من سورة البقرة.

[4] الآية 1 من سورة الممتحنة.

[5] علي محمد علي أحمد: المرجع السابق، ص20.

[6] أحمد كامل سلامة:المرجع السابق، ص20.

يغتب بعضكم بعضاً أيحب أحدكم أن يأكل لحم أخيه ميّتاً فكرهتموه.... "[1]، ذلك أن إفشاء الأسرار يسبب الحقد و العداوة و النميمة بين الناس و يؤدي إلى فساد العلاقات في المجتمع .

و في مجال البنوك يعتبر السر البنكي جزء من السرية المهنية و على ذلك فإن مفهوم السر بشكل عام يطبق على السر البنكي إلى حد بعيد.فالبنك يطلع بحكم مهنته على أمور الناس الخاصة مما يفرض عليه الالتزام بكتمانها[2]، و قد عرفه الفقه السويسري الرائد ففي مجال السرية المصرفية بأنه التزام البنك و مدرائه و موظفيه و بعض الأشخاص الآخرين بحفظ السر، فيما يتعلق بجميع الأعمال أو الشؤون الشخصية لعملاء البنك، و بعض الأطراف الأخرى و نطاق و مدى المعرفة لمثل هذه الأمور المكتسبة خلال مباشرة العمل[3]، أو أنه ذلك السياج المشيد من طرف القانون السويسري حول العلاقة القائمة بين البنك وزبونه لحمايته من فضول الغير سواء تعلق الأمر بالأشخاص الخاصة، أو السلطة و بهذا فهو يضمن للزبون مقدارا كبيرا من الثقة لا تضمنها التشريعات الأخرى[4] .

في حين عرفه الفقه الانجليزي بأنه تلك الأسرار المودعة لدى بنك له مركز أو وضع خاص في نظر النظام القانوني[5]، و عرفه الفقه الفرنسي أيضا بأنه ما لا يعتبر معروفا أوشائعا للكافة، أو أن يكون من شأن الاطلاع عليه إعطاء للمطلع خبراً أو تأكيداً لم يكن لديه من قبل،فلا يعتبر الأمر سراً واجب الكتمان إذا وصل للبنك عرضا[6]. أما بالنسبة للفقه العربي فقد عرفه الدكتور نعيم مغبغب بأنه: " ذلك الموجب الملقى على عاتق المصارف بحفظ القضايا المالية و الاقتصادية و الشخصية المتعلقة بالزبائن، و التي تكون قد آلت إليه

---

[1] الآية 12 من سورة الحجرات.

[2] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص24.

[3] أشار إلى هذا التعريف سعيد عبد اللطيف حسن: الحماية الجنائية للسرية المصرفية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، 2004، ص20.

[4]Sylvain Besson : Le Secret Bancaire, Collection le savoir suisse, Presses polytechniques et universitaires romandes, 1er édition, 2004 p15.

[5] أشار إلى هذا التعريف عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص135.

[6]أشار إلى هذا التعريف محي الدين إسماعيل علم الدين: موسوعة عمليات البنوك من الناحيتين القانونية و العملية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، 1993، ص172.

أثناء ممارسته لعمله أو في معرض هذه الممارسة مع التسليم بوجود قرينة على حفظ التكتم لمصلحة هؤلاء الزبائن"، و يشكل هذا الالتزام حجر الزاوية للنشاط المصرفي و بفضله يتجه الزبائن إليه[1]. بينما عرفه البعض بأنه موجب الالتزام بالسرية الملقى على عاتق البنك في ممارسته لنشاطه و الذي يستفيد منه الأشخاص الذين لهم علاقة مع هذا البنك[2]، و يرى الدكتور علي جمال الدين عوض في تعريفه لسر المهنة المصرفي أن طبيعة عمليات البنوك و العلاقة بينها و بين عملائها تقوم على ثقة من العميل في أن يكتم البنك ما يصل إليه من معلومات، و هي مسائل يعتبرها العميل من شؤونه الخاصة التي يجب ألا يعرفها الغير لأنه من الطبيعي أن يحرص كل شخص على إخفاء مركزه المالي عن غيره سواء كان هذا الغير منافساً له أو حتى فردا من أفراد عائلته[3]، و يُعتبر السر البنكي سر مالي بالرغم مما قد يترتب عن إفشائه من مشاكل غير مالية و قد تتعلق به مصالح لدوي الشأن من أشخاص القانون الخاص أو السلطة[4].

نستخلص من التعاريف السابقة أن السر البنكي ينصرف إلى كل أمر أو معلومة أو وقائع تصل إلى علم البنك عن عميله أثناء ممارسته لنشاطه، و يستوي في ذلك أن يكون العميل هو الذي أفضى بها إلى البنك أو تكون قد وصلت إلى علمه بحكم مهنته، كما يعد الالتزام بحفظه التزاما قانونيا بامتناع عن عمل مؤداه الامتناع عن إفشاء المعلومات البنكية

الفرع الثاني: معيار تحديد الواقعة السريةو المقومات الفنية و القانونية لها

بينما تتفق التشريعات على ضرورة حفظ البنوك للسرالمهني و عدم إذاعة خصوصيات المتعاملين معها، إلا أن الفقه اختلف حول تحديد الوقائع التي تعتبر سرية و الوقائع الأخرى التي لا تكتسي هذه الصفة، و بالتالي يجوز إفشاءها و الشروط التي ينبغي أن تتوافر في الواقعة السرية بعد تحديدها، و لهذا يقتضي منا الأمر التعرض للعوامل التي تؤخذ بعين

---

[1] نعيم مغبغب: السرية المصرفية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، الجامعة الكاثوليكية لوقان، بلجيكا، 1996، ص11.

[2] هيام الجرد: المد و الجزر بين السرية المصرفية و تبييض الأموال، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2003، ص35.

[3] علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص1181.

[4] غسان رياح: الوجيز في المخالفات المصرفية، مكتبة زين الحقوقية و الأدبية، بيروت، الطبعة الأولى، 2005، ص24.

الاعتبار لتحديد إذا ما كنا بصدد سر بنكي أم لا (البند الأول)، ثم نحدد بعد ذلكالمقومات الفنية و القانونية للواقعة محل السرية لكي تشملها الحماية القانونية (البند الثاني).

البند الأول : معيار تحديد الواقعة السرية

إن تعدد الآراء الفقهية حول تحديد المقصود بالسر المهني العام و السر البنكي بشكل خاص أدى إلى اختلاف المعايير التي نادى بها الفقه، و اعتمدها القضاء في العديد من

أحكامه كأساس لتحديد الصفة السرية للوقائع أو المعلومات الخاصة بالعميل و خضوعها للحماية القانونية المقررة لهذا السر[1]. فبينما اتجه جانب من الفقه إلى الأخذ بمعيار الضرر لتحديد الوقائع السرية اعتمد جانب آخر على إرادة المودع في إبقاء الأمر سرا، و ذهب جانب آخر إلى الاستناد على معيار التفرقة بين الوقائع السرية و الوقائع المعروفة لتحديد سرية الأمر المراد حمايته، و استقررأي أخير على الاعتماد على معيار المصلحة و حاول بذلك الربط بينها و بين السر الذي يحميه القانون، و سنحاول فيما يلي عرض هذه النظريات لنحدد بعد ذلك الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري منها.

أولا : نظرية الضرر

يرى أنصار هده النظرية على رأسهم الفقيه دالوز أن فعل الإفشاء لا يشكل جريمة إلا إذا كانت الواقعة المفشاة ذات طبيعة ضارة للغير[2]، و اعتبر بذلك أن السر هو ما من شأنه أن يلحق إفشاءه ضررا بالشخص[3]، نتيجة لذلك فإن إفشاء البنك للسر المهني لا يعتبر إخلالاً بالتزام قانوني إلا إذا ألحق ضررا بصاحبه، و يُعتبر هذا الإفشاء نوعاً من القذف أو السب ذلك أن كل هذه الجرائم تسبب أذى للمجني عليه في شعوره و شرفه[4]، و قد أخذ القضاء الفرنسي بهذه النظرية في العديد من أحكامه وجعل من الضرر ركناً أساسياً في السر[5] .

---

[1] أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص39.

[2] محمود صالح العادلي: المرجع السابق، ص72.و الضرر المقصود وفقا لأنصار هذه النظرية هو ما يلحق بسمعة مودع السر و كرامته نتيجة لإفشاء أسراره، و يستوي في ذلك أن يكون الضرر الناتج ماديا أو أدبيا .

[3] بوزنون سعيدة: الحماية الجنائية لأسرار المهنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008/2007، ص7 .

[4] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص24.

[5] Cass.13/07/1936.S.1938-1-201. Paris.17/11/1953. J.C.P. 1954-11-119.

وقد استند أنصار هذا الرأي على ما جاء في الأعمال التحضيرية لقانون العقوبات الفرنسي حيث يرى الأستاذ همارHamar[1]أن ما جاء بعبارات خطباء الحكومة الفرنسية لا يثير أي شك في ضرورة شرط الضرر،كما اعتبر "فور" Faure مستشار الدولة أن إفشاء السر المهني جريمة خطرة تسئ إلى الشخص صاحب السر، و لتبرير رأيهم أكثر اتجهوا إلى القول بأن جريمة إفشاء السر وضعت بين جرائم السب و القذف فلكي يعاقب على الإفشاء يجب أن يتضمن في طياته قذفاً أو سباً، و قد أخذ بهذا الاتجاه القانون الايطالي إذ يستخلص من المادة 622 من قانون لعقوبات الإيطالي أنه لا عقاب على الإفشاء إلا إذا ترتب عنه ضرر[2].

إلا أن هذه النظرية لم تلق رواجاً كبيراً و ما يعاب عليها هو تركيزها على النتيجة أو الأثر الذي يترتب على الإفشاء ألا و هو الضرر، و عدم اهتمامها بالشيء محل البحث نفسه أي السر ولا على مكوناته الأساسية، و بعبارة أخرى لم تركز هذه النظرية على الكتمان و لا على الصورة الايجابية الواجب توافرها لبقاء هذا الشيء في وضعه الطبيعي[3]، 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، و ذلك 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،و هذه الغاية لا تتحقق بصورة كاملة إذا اقتصر العقاب على الافشاءات الضارة فقط [4].

كما أن جريمة إفشاء السر لا يمكن أن تقريبها إلى جرائم السب و القذف نظرا لاختلاف عناصرها و الغاية منها. فبينما الغاية من التجريم في جرائم القذف هي حماية سمعة و شرف الأفراد تتمثل الغاية من تجريم إفشاء السر في حماية الثقة المفترضة، و الواجبة في ممارسة بعض المهن كالمهنة المصرفية و ما فيها من مساس بالصالح العام، إضافة لذلك فإن

---

[1]Hamar : Le secret médical au point de vue de la révélation des crimes et de délits, rev critde legis et de juris,.43ص،المرجع السابق: أحمد كامل سلامة أشار إلى هذا الفقيه

[2] أحمد كامل سلامة: المرجعنفسه، ص40.

[3] محمود صالح العادلي: المرجع السابق، ص73.

[4] أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص41.

القانون يعاقب على إفشاء السر و لو كان مشرفا لصاحبه كأن يفشي البنك 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[1].

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، و قد تدارك المشرع الفرنسي هذا العيب في التعديل الجديد لقانون العقوبات الفرنسي وأدرج هذه الجريمة في فصل خاص[2]، و قد تراجع القضاء الفرنسي على الأخذ بهذه النظرية و يتضح 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 إفشاء السر، فان المصلحة العامة تضار من هذا الإفشاء دائما مما يتطلب حماية قانونية للسر تقتضيها ضرورات الأمن، و حماية الصحة العامة و كسب الثقة في بعض المهن..."[3].

ثانيا : نظرية إرادة المودع في إبقاء الأمر سرا :

تلعب الإرادة دوراً هاماً في الفكر القانوني و الإرادة هي قوة نفسية ذهنية لازمة لشخصية الفرد تندمج مع السلوكالإنساني فتضفي عليه الصفة الإرادية[4]، و تدور الفكرة المحورية لهذه النظرية على المزج بين فكرتي الإرادة و السر فما انصرفت إليه الإرادة لاعتباره سراً يكون كذلك و العكس صحيح، و يذهب أنصار هذه النظرية و على رأسهم الفقيه" ليتريه" Littré إلى القول بأن السر البنكي يدخل فيه ركن خاص و هو إرادة المودع في إبقاء الأمر سرا،فالأمر يكون سرا إذا عهد به صاحبه إلى البنك على أنه سر[5]، و بهذا لا يلتزم البنك

---

[1] عبد القادر العطير: سر المهنة المصرفي في التشريع الأردني، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 1996، ص12.

[2] سعيد عبد اللطيف حسن: المرجع السابق، ص24

[3] أشار إلى هذا القرار أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص42.

[4] محمود صالح العادلي: المرجع السابق، ص78.فالسلوك الإنساني سلوك إرادي لذا تنطلق كثير من المفاهيم القانونية مرتكزة على دور الإرادة فيترتب على وجودها و صحتها أثرا قانونيا يتناسب مع ما يصدر من الإنسان من سلوك معين.

[5] أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص48.

بكتمان إلا بما عهد به العميل طواعية و اختياراًمنه ذاكراً له أنه سر فيكفي إيداع الثقة و الائتمان أو الطلب الصريح للمودع ليكون الأمر سراً[1].

و قد أخذ القضاء الفرنسي في البداية بهذه النظرية في مجال السر المهني للأطباء و اعتبر بأن هذا الأخير هو كل ما يعهد به المريض بمحض إرادته إلى الطبيب على أنه سر[2]، و قد استند أنصار هذا الرأي على عبارات نص المادة 378 السابقة من قانون العقوبات الفرنسي[3] التي تتضمن عبارة"... الأشخاص المودع لديهم أسرار عهد إليهم بها..."، فيستفاد من المعنى الحرفي لهذه المادة أن السر البنكي يشمل فقط تلك الوقائع المعهودة بها صراحة و بصفة سرية إلى البنك، فالطلب الرسمي من العميل و التعبير الصريح من جانبه شرط للالتزام بالسر[4]، و إذا لم يكن قصد صاحب السر ظاهراً يجب الإعتماد على إرادته الضمنية المفترضة، و يكفي لدى أنصار هذه النظرية إيداع الثقة و الائتمان ليكون الأمر سراً أي اتجاه إرادة المودع الصريحة أو الضمنية في إبقاء الأمر سراً[5] بغض النظر عما إذا كان إفشاءه يضر بسمعته أو كرامته من عدمه[6].

غير أن هذه النظرية لم تلق قبولاً لدى الفقه و القضاء هي الأخرى لأنها لا تحقق الغرض من تجريم إفشاء السر ذلك أن بعض الوقائع تعتبر سرا بطبيعتها أو بحكم القانون، و لا دخل لإرادة المودع في ذلكو مع هذا لا يجوز إفشاءها[7]، و ما يعاب على هذه النظرية أيضا قيامها على عوامل نفسية و ذهنية لا يسهل تقصيها و لا التحقق منها،كما أن التباين

---

[1] عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص22.

[2] Cass.crim.27/11/1909,S.1910-1-329.

أشار إلى هذا القرار عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق،ص22.

[3]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..... »

[4] أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص48.

[5] محمود نجيب حسني: المرجع السابق، ص753.

[6] محمود صالح العادلي: المرجع السابق،ص79.

[7] عبد القادر العطير: المرجع السابق،ص12.

في ظروف الأشخاص يؤدي بدوره إلى تنوع الحلول و اختلاف الآراء[1]، و قد اعترض الفقيه Pimienta[2]على هذه النظرية و اعتبرها محدودة لا تفسر لنا وجوب المحافظة على ما يعرفه الأمين من أسرار أثناء ممارسته لمهنته فجأة أو بالاستنتاج، و بهذا لا يشمل السر البنكي فقط تلك الوقائع التي أدلى بها العميل إلى البنك بإرادته بل حتى تلك التي اكتشفها هذا الأخير خلال مهنته على أساس أن صاحب السر قد يكون على غير دراية به، و قد يدركه البنك بذكائه أو استنتاجه حتى و إن لم تتجه إرادة العميل إلى ذلك[3].

و يذهب الفقه المصرفي إلى القول بعدم ضرورة أن يعهد العميلبالأمر إلى البنك على أنه سر و يطلب كتمانه، و إن كان ظاهر النص الجنائي يوحي إلى ذلك فيعد في حكم السر الواجب الكتمان كل أمر وصل إلى علم البنك و لو لم يفض به العميل إليه إفضاءا، و قد 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..."[4].

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

ثالثا : نظرية التفرقة بين الوقائع السرية و الوقائع المعروفة :

تدور هذه النظرية حول التعريف بالشيء نفسه أي السر البنكي دون اللجوء لعناصر خارجية عنه كإرادة الشخص صاحب السر أو مصلحته أو الضرر الذي ينجم عن الإفشاء،

---

[1] عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص23.

[2]Louis Pimienta : Le Secret Professionnel de L'avocat, édition Pédon, Paris1937.

أشار إلى هذا الفقيه أحمد كامل سلامة: المرجعالسابق، ص49.

[3] محمود نجيب حسني: المرجع السابق، ص755. و هذا ينطبق أيضا على السر الطبي فقد يكتشف الطبيب من خلال فحصه للمريض أنه يعاني من مرض كان يجهله، و مع ذلك يلتزم الطبيب بكتمانه بالرغم من عدم اتجاه إرادة المريض إلى ذلك لأنه كان يجهله أصلا.

[4]أشار إلى هذا الحكم أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص50-51.

لذلكفهي تنادي بضرورة التمييز بين الوقائع التي لها طابع سري و تلك المتجردة منه [1]، و يرى أنصار هذه النظرية وعلى رأسهم همارhamarبأنالإفشاء 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 [2]. فمن وجهة نظرهم يجب التفرقة بين الوقائع السرية و الوقائع التي كانت معروفة من قبل و من الوقائع المعروفة ما يكون عاما بطبيعته يسمح العلم بها منذ أول وهلة و لا تأخذ صفة السرية و تدخل ضمن المعلومات التي يباح إفشاؤها[3].

و في 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 البنك لا يعتبر جريمة لأن مثل هذه الوقائع لا تتخذ صفة السرية أصلا[4]. أما الوقائع المعروفة على سبيل الإشاعة فهي تقف في منطقة حدية بين الوقائع السرية اليقينية و الوقائع المعروفة على وجه التأكيد، و لا يمنع من أن إفشاءها من البنك يدفع بها من دائرة التشكيك إلى دائرة التأكيد[5]، ذلك أن الإشاعات عادة لا تصدق عند جميع الناس فهي غالبا ما تكون كاذبة و من الناس من يتردد في تصديقها فيكون إفشاء البنك لها مظهراً للحقيقة، و لا 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، و على 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[6].

---

[1] محمود صالح العادلي: المرجع السابق،ص 74.

[2] محمود صالح العادلي: المرجع نفسه، ص75.

[3] محمود نجيب حسني: المرجع السابق، ص754.

[4] عنان داود: المرجع السابق، ص25.

[5] عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص28.و في هذا الصدد يرى الفقيه ديمارل أنه من الصعب تحديد الدرجة التي يتعين أن تكون عليها شهرة الواقعة لإعفاء المفشي من العقوبة.

[6] عنان داود: المرجع السابق، ص25.

و قد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها صادر في1907/04/30 بالنسبة لشهادة طبية مسلمة من جراح توضح العلاقة بين مرض الشخص و الوفاة، و قد تضمنت هذه الشهادة مجرد وقائعُ سجلت في سجلات المستشفى، إلا أن المحكمة اعتبرت أن تسليم هذه الشهادة افشاءا للسر المهني. في حين اعتبرت محكمة دويه Douai في أحد أحكامها بأن السر لا يتعارض مع مرض معروف من قبل[1]، و قد أيد الفقيه Charmantier هذه النظرية في كتابه عن السر المهني و اعتبر بان إضفاء صفة السرية على الواقعة المشهورة يعد تعسفاً في مفهوم السر المهني فالواقعة المعروفة أو المشهورة لا تكون سراً بأي حال[2].

إلا أن هذه النظرية لم تسلم من النقد ذلك أن التفرقة بين الوقائع السرية و الوقائع المعروفة تفرقة غير دقيقة. فقد أخذ على هذه النظرية أن معرفة الوقائع من قبل لا تكفي لجعل الإفشاء مشروعا لأن هذا الأخير يؤكد أخباراً كانت تتردد حول هذه الواقعة التي قد تكون مجرد إشاعات، فمن شأن هذا الإفشاء أن يعطي الغير تأكداً لم يكن لديه[3]، و الدليل على ذلك الحكم الصادر في قضية Watletحيث اتهم طبيب بإفشاء سر مريضه، وبالرغم من طعنه في الحكم استنادا إلى شهرة واقعة المرض إلا أن المحكمة رفضت الطعن و قضت بأن شهرة السر لا تزيل عنه صفة السرية[4]، كما صدر حكم عن محكمة AIXسنة1902 بمناسبة دعوى طلاق زعم فيها المدعي أن زوجته أودعته في مستشفى الأمراض العقلية و اتهمته بالجنون، و أثناء التحقيق أدلى الطبيب بالمعلومات التي علمها على اعتبار أن

---

[1]Cass.civ.30/04/1907.D.1909-1-270.

أشار إليهما أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص43-44. .Douai. 28/09/1960.J.C.P.1960.11-860

[2]أحمد كامل سلامة: المرجع نفسه، ص44.

[3] علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص25.

[4]Cass.19/12/1885.S.1886.1.83.

حيث جاء بأسبابه"....و إن لم يثبت في حق المتهم قصد الإضرار إلا أن نص المادة 378 من قانون العقوبات عام و مطلق يعاقب على كل إفشاء للسر المهني فالمشرع قصد من فرض الالتزام بالسر على بعض الأشخاص تأكيدا على الثقة المفروضة في ممارسة بعض المهن....و لا يحتج بما يدعيه من معرفة هذا المرض لدى البعض إذا كشف المتهم للجمهور مجموعة من الوقائع السرية بحسب طبيعتها و لم يعلم بها إلا بسبب مهنته....". أشار إلى هذا القرار أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص44-45.

الحالة العقلية للزوج لم تكن سرا بالنسبة لأي شخص، إلا أن المحكمة رفضت ذلك و اعتبرت أن التزام الطبيب بالكتمان قاعدة من النظام العام[1].

و بهذا 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 مهتهو لاكتشافه لها أثناء ذلك[2].

و بهذا نخلص مما سبق أن الفقه و القضاء يكاد يجمع على ضرورة الاحتفاظ بسرية الوقائع المعروفة سابقا أو الشائعة بين الناس.

رابعا : نظرية المصلحة:

تعبر المصلحة بوجه عام عن الفائدة أو المنفعة و لعل 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 و القانون الجنائي و القوانين الاقتصادية ولا سيما قوانين البنوك[3]، لذلك تتمحور هذه النظرية في الربط بين مصلحة العميل و سر المهنة الذي يحميه القانون إذ لا حماية لهذا الأخير إذ لم توجد مصلحة مشروعة في ذلك[4]، و على ذلك فإذا كان لعميل البنك مصلحة مشروعة في أن تظل المعلومات و الوقائع الخاصة به سرية لزم على البنك 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 البنك بكتمانها[5].

و يرجّح 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

---

[1]Com D'Aix.19/03/1902.D.P.1903-2-452.

[2] سعيد عبد اللطيف حسن: المرجع السابق، ص233.

[3] محمود صالح العادلي: المرجع السابق، ص83-84.

[4] محمود صالح العادلي: المرجع نفسه، ص85.

[5]سعيد عبد اللطيف حسن: المرجع السابق، ص215.

صاحب المهنة عن الوقائع و المعلومات التي يلتزم بكتمانها[1]، فكتمان الأسرار المالية للعميل و حقه في الخصوصية أمر تقتضيه المكانة الاجتماعية له ذلك أن إفشاء مثل هذه الأسرار يضر بشرفه و باعتباره، و لعل هذا ما دفع بالمشرع إلىإدراج هذه الجريمة ضمن الجرائم الماسة بالشرف و الاعتبار سواء في فرنسا أو الجزائر أو مصر[2].

فكتمان البنك لهذه المعلوماتيحقق في الواقع مصلحة أدبية للعميل المدين كمصلحته في سرية حساباته حفاظا على كرامته و تجنب انحطاط مركزه المالي بين دائنيه و منافسيه، كما له مصلحة في سرية المشروعات التي لم يتم تنفيذها كما في حالة رفض طلبه بفتح اعتماد قبل البنك، و له أيضا مصلحة في في سرية الضمانات التي يقدمها للبنك للحصول على قروض[3]. 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 و يسره[4].

و إن 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، و ترك ذلك لتقدير القضاء فوجب الرجوع إلى العرف و إلى كل حالة على حدى[5].

خامسا : موقف المشرع الجزائري من هذه النظريات :

لقد سار المشرع الجزائري على غرار ما سارت عليهالتشريعات و لم يعرف السر المهني العام و لا السر البنكي، بل اكتفى بفرض الالتزام بحفظه بموجب المادة 117 من قانون النقد

---

[1] محمود صالح العادلي: المرجع السابق، ص89.

[2] سعيد عبد اللطيف حسن: المرجع السابق، ص72.

[3] سعيد عبد اللطيف حسن: المرجع نفسه، ص73.

[4] الياس ناصف: الكامل في قانون التجارة و عمليات المصارف، ج3، عويدات للطباعة و النشر، بيروت، الطبعة الأولى، 1999، ص280.

[5] أشار إلى هذا القرار أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص52.

و القرض[1]على البنوك و التي جاء فيها ما يلي: "يخضع للسر المهني تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات :

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

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

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

-السلطة العمومية المخولة بتعيين القائمين بإدارة البنوك و المؤسسات المالية.

- السلطة القضائية التي تعمل في إطار إجراء جزائي .

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

أولا: ارتباط الواقعة السرية بالمهنة أو الوظيفة

ليس هناك من شك في أن اعتبار الواقعة من الأسرار البنكية يقتضي وجود صلة مباشرة بين العلم بالواقعة محل السر و ممارسة المهنة المصرفية، فلكي يلتزم البنك بواجب السرية يجب أن يكون من طبيعة مهنته الاطلاع على تلك الأسرار[2]، و بالرجوع للمادة 301 من قانون العقوبات الجزائري لا يعاقب على إفشاء الأسرار إلا بالنسبة لتلك التي أدلي بها إلى الأمين بحكم وظيفته أو مهنته، لذلك يجب أن يكون اطلاع البنك عليهاله علاقة بمهنته[3].أما إذا كان هذا الأخير قد علم بها بصفته الشخصية فإنه لا يعد مؤتمنا عليهاو لا يلتزم بكتمانها، فالبنك الذي يعمل وكيلا لأعمال عميله أو مقاولا لرحلات سياسية لا يكون في نطاق مهنته، و بناءا علية لا تخضع للقاعدة الوقائع التي تخص العميل و يعلم بها البنكبصفته صديقا أو

[1] الأمر 11/03 المؤرخ في 2003/08/26 المتعلق بالنقد و القرض، ج ر عدد52، المؤرخة في 2003/08/27.

[2] عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق ، ص18

[3] أحمد كامل سلامة: المرجع السابق ، ص53.

قريبا للعميل دون أن تكون مرتبطة بمهنته أو بعلاقته معه[1]، أو تلك التي يعلم بها بحكم علاقة أو الجوار أو وجوده في مكان خلاف أماكن ممارسة مهنته[2].

و تكون معرفة الواقعة السرية مكتسبة أثناء ممارسة المهنة إذا تم التحقق منها خلال تلكالممارسة باعتبارها النتيجة المباشرة و الضرورية لذلك[3]، و لهذا يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار الطبيعة المهنية للعلاقة التي تربط بين البنك و العميل، و هذا ما أخذ به القضاء الفرنسي

و هذا ما أخذ به القضاء الفرنسي في قرار صادر عنه بتاريخ 21 جويلية 1973[4]، و قد وسع بعض الفقه مجال هذا الالتزام ليشمل بذلك حتى المعلومات التي علم بها البنك أثناء التفاوض على العقد، إذ لعل هذا الالتزام هو من أهم ما تقتضيه حسن النية في التفاوض، حيث أن لهذه الأسرار أهمية كبيرة بالنسبة لصاحبها فيلتزم المتفاوض بكتمانها[5]، كذلك تمتد حماية القانون إلى كل مصالح العميل المالية و الأدبية حتى بعد انتهاء علاقته بالبنك،و بهذا تتحقق مصلحة العميل بعدم إفشاءأسراره من طرف البنك حتى و إن لم يبرم العقد أو زال هذا الأخير[6].

ثانيا : عدم شيوع الواقعة للكافة

تقتضي طبيعة السر عدم شيوعه بين الناس و انحصار معرفته لدى أولئك الذين أودع لديهم، فلا يدخل ضمن الأسرار تلك الوقائع و المعلومات المشاعة بين الناس على أن

---

[1] عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق ، ص19.

[2] محمود صالح العادلي: المرجع السابق، ص92.

[3]Jean-Paul Céré, Le Secret Professionnel, L'Harmattan, Paris, 2005, p.56

[4]Cass.Civ.21/6/1973,J.C.P.1973.J.16.

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

[5] رجب كريم عبد الله: التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، 2003، ص450.

[6] عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص24.

انتشار المعلومة لا ينفي عنها صفة السرية إذا لم تكن مؤكدة و عمل البنك على تحقيق ذلك. فلو انتشر بين الناس خبر على أن تاجراً معيناً في وضعية مالية سيئة أو أنه على وشك الإفلاس، و قام أحد موظفي البنك الذي يتعامل معه هذا التاجر بتأكيد الخبر عن طريق إفشاء وضعية حساباته فإن ذلك يعتبر افشاءا لسر هذا التاجر[1] لأن محيط العامة لا يعتمد عليه كثيرا، و من الناس من لا يصدق ما يدور فيه من إشاعات فإذا تقدم البنك و أذاعه بين الناس فإنه يؤكد الرواية و يحمل المترددين على تصديقها، و بالتالي تصبح الواقعة عنوانا للحقيقة و دليل صحة لا يمكن إنكاره[2]، و هذا ما أخذ به القضاء الفرنسي حيث قضى بأن معرفة الغير بالمعلومة لا يكفي وحده لاستبعاد صفة السريةعنها[3]، كما قضت محكمة Rennesالفرنسية بمسؤوليةقاضي 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 و الرسمية[4].

ثالثا : وجود مصلحة لدى العميل في كتمان السر

يذهب الفقه إلى القول بأن الصفة السرية للواقعة أو المعلومات يجب أن ترتبط بمصلحة العميل و ليس معنى ذلك أن يكون البنك هو الحكم في تقدير هذه المصلحة، و إنما يجب أن يدرك بأن ما أفضي به عن عميله أو عرفه عنه ينبغي أن يبقى سراً مهما كانت تفاهته أو جسامته لأن للعميل مصلحة في ذلك، و لأن 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

---

[1] محي الدين إسماعيل علم الدين: المرجع السابق، ص199. و في هذا الصدد يجب أن نفرق فيما إذا كان الإفضاء بالمعلومة من جانبه أن يضيف شيئا لعلم الغير بها أم لا ، فإذا كان إفضاء البنك 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 البنك بالتزامه يعد متحققا .

[2] عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص25.

[3] Cass.crim. 16/05/2000. Cité par Jean-Paul Céré : op.cit, p54

[4] أشار إلى هذا الحكم عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص26.

اعتبارهم في الوسط الذي يعيشون فيه، و لا شك أن قواعد الأخلاق ترفض إفشاء البنكلأسرار عملائه لما في ذلك من إخلال بالثقة الواجب توافرها بين الطرفين[1].

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

نخلص مما سبق أن المعلومات التي يغطيها السر البنكي تتمثل في تلك التي اطلع عليها البنك بحكم مهنته أي التي لها علاقة مع ممارسته لهذه المهنة، و التي ليست معروفة لدى العامة بشرط أن تكون للعميل مصلحة مادية أو أدبية مشروعة في حمايتها باعتبارها تتعلق بتفاصيل حياته الخاصة التي يقتضي المنطق أن تبقى محصورة في نطاق سري بعيدة عن اطلاع الغير.

الفرع الثالث : السر البنكي في التشريع الجزائري وبعض التشريعات المقارنة

تحرص التشريعات على تحقيق سرية العمل المصرفي و عدم تقديم المعلومات الخاصة بالعملاء إلا للهيئات، و الأشخاص المحددين قانونا بحكم طبيعة عملهم سواء كان ذلك بناءاً على قانون للعقوبات أو قانون خاص بسرية الحسابات المصرفية، لذلك تختلف طريقة الدول في تنظيمها لسرية مصارفها حسب الأهداف و الغايات التي تتوخاها، فقد سعت بعض الدول إلى إصدار قانون خاص بالسر البنكي، في حيت اتجهت دولا أخرى إلى تنظيم هذا السر بموجب الأحكام العامة التي تعاقب على إفشاء السر المهنيالعام، لهذا سنتطرق لكيفية تنظيم

---

[1] أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص173، سعيد عبد اللطيف حسن: المرجع السابق، ص86.

[2] نصير شيوعان: أثر السرية المصرفية على تبييض الأموال، مكتبة زين الحقوقية و الأدبية، بيروت، الطبعة الأولى، 2009، ص108 .

[3] أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص281-282.

هذا السر في التشريع الجزائري (البند الأول)، ثم نعرض تجارب بعض الدول في ذلك (البند الثاني) .

البند الأول: السر البنكي في التشريع الجزائري

لم يخصص المشرع الجزائري قانونا مستقلا للسر البنكي كما فعلت بعض التشريعات المقارنةكسويسرا و لبنان و مصرالتي تبنت نظام السرية المصرفية المطلقة لتدعيم اقتصادها، فلم تكتف لذلك بالنصوص القانونية الخاصة بالسر المهني بل أفردت قانونا مستقلا لهذا الالتزام، و على خلاف ذلك اكتفى المشرع الجزائري ببعض المواد الواردة ضمن الدستور و بعض النصوص التشريعية الأخرى، و التي تنظم السر المهني بصفة عامة و تعاقب على إفشائه، لكنه أورد مادة واحدة بخصوص السر البنكي ضمن قانون النقد و القرض.

أولا : الدستور

لقد كفل الدستور الجزائري الحرية الشخصية و حق الفرد في الخصوصية و هذا ما يظهر من خلال المادة 32 من دستور 1996 التي نصت على ضرورة صيانة الحريات الأساسية و حقوق الإنسان و المواطن، كما منعت المادة 39 من نفس الدستور انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة و حرمة شرفه و أكدت على حمايتها قانونا لذلك. فإذا ما تعرض العميل لانتهاك من حقوقه و حرياته الخاصة جاز له اللجوء إلى القضاء[1]و ما دامت الذمة المالية للشخص جزء من حياته الخاصة، و ما مادامت فكرة الالتزام بالسرية ترتبط ارتباطا وثيقا بفكرة الحياة الخاصة تلتزم البنوك بعدم إفشاء أسرار عملائها لكي ينأوا بها بعيدا عنمعرفةالآخرين[2].

ثانيا : قانون العقوبات

[1] أنظر المادة 139 من الدستور الجزائري.

[2] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص66.

لقد تأثر قانون العقوبات الجزائري بالقانون الفرنسي إذ نجد أن المادة 301 منه متطابقة مع المادة 13/226من قانون العقوبات الفرنسي في أحكامها، فهي لم تنص صراحة على اعتبار موظفو البنوك من المهنيين، إلا أن صياغتها جاءت عامة كالتالي:« يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر و بغرامة من20000إلى 100000دج الأطباء و الجراحون و الصيادلة و القابلات،وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة، أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلي بها إليهم و أفشوا بها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشاءها أو يصرح لهم بذلك» .

لم تحدد هذه المادة الأشخاص الملتزمين بالسر المهني على سبيل الحصر بل ذكرت بعض المهنيين على سبيل المثال كالأطباء و الجراحون و الصيادلة و القابلات، فالنص بهذه الصياغة جاء عاما و هذا ما يبدو من عبارة "...و جميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة..."، و لم يرد مصطلح البنك ضمن هذه الطائفة من المهنيين إلا أن عمومية المادة تجعلها تنطبق على كل مهني يفشي بأسرار عملائه دون سبب مشروع، و هذا ما لا يتماشى في الحقيقة مع مبدأ التفسير الضيق لقانون العقوبات، و من ثم فان كل المعلومات المصرفية التي تتعلق بالعميل و يعلمها البنك 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 كانيرتكبه الشخص بخطئه و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"، لذلك يحق للعميل الذي لحقه ضرر بسبب إفشاء البنك لمعلوماته السرية أن يرفع عليه دعوى المسؤوليةو يطالبه بجبر الضرر، كما تقضي المادة 107 من نفس القانون بضرورة تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية، و لا يقتصر العقد على ما هو وارد فيه بل يشمل أيضا ما هو من مستلزماته وفقا لما يقضي به العرف و العدالة حسب طبيعة الالتزام. فالالتزام بالسر يجد

[1] الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، ج ر عدد 78، المؤرخة في 1975 /09/30.

أساسه في الثقة المتبادلة بين البنك و العميل فهو من مستلزمات العقد الذي يربطهما حتى و إن لم ينص عليه صراحة، و أضافت المادة 47 من نفس القانون " لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء و التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر"، و لما 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 و التعويض الذي لحقه من جراء ذلك.

رابعا: القانون التجاري

لقد ألزم قانون النقد و القرض الجزائري أن تؤسس البنوك و المؤسسات المالية الخاضعة للقانون الجزائري في شكل شركة مساهمة[1]، و بالرجوع إلى المادة 627 من القانون التجاري[2] نجدها تنص على أنه: "يتعين على القائمين بالإدارة و مجموع الأشخاص المدعوين لحضور اجتماعات مجلس الإدارة كتم المعلومات ذات الطابع السري أو التي تعتبر كذلك"، و يصلح تطبيق هذا النص على المصارف، على اعتبار أن العمليات المصرفية لا يجوز القيام بها إلا من طرف شركة مساهمة وهذا ما تأخذ به معظم التشريعاتإذ تشترط أن تتخذ المؤسسة المالية شكل شركة مساهمة لكي يمنح لها الاعتماد لممارسة الأعمال البنكية، لهذا يحضر على رئيس و أعضاء مجلس إدارة البنك أو مجلس مديريه أو المدير العام أو أي موظف يعمل فيه أن يفشي أية معلومات خاصة بالعملاء اطلع عليها بحكم مهنته، و يستثنى من ذلك المعلومات المعدة للاطلاع و النشر كضرورة نشر القوانين الأساسية للشركة[3].

خامسا: قانون العمل

[1] أنظر المادة 83 من قانون النقد و القرض.

[2] الأمر 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري المعدل و المتمم، ج ر عدد 101، المؤرخة في 1975/12/19.

[3] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص69

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 بكتمانالمعلومات المهنة المتعلقة بالتقنيات و التكنولوجيا و أساليب الصنع، و مضمون الوثائق الداخلية الخاصة بالهيئة إلاإذا وجد نص صريح يلزمه بعكس ذلك أو أمر من السلطة السلمية، و يعتبرهذا الحكم صالح التطبيق على العاملين في البنوك إذ يلتزم هؤلاء بكتمان أسرار زبائن البنك الذي يعملون فيه تحت طائلة التعرض للعقوبة التأديبية المحددة قانونا3 و التي قد تصل إلى الفصل من المهنة .

سادسا : قانون النقد و القرض

إن حماية المصالح الاقتصادية للدولة تستوجب الحماية المباشرة لمصالحها المالية والاقتصادية العامة،و يعد السر البنكي عاملاً فعالاًيؤثر في مدى قوة أو فشل اقتصاد الدولة[2]، فأول نص تشريعي لتنظيم القطاع المصرفي كان بموجب القانون رقم 12/86[3]اعتبرت المادة 44 منه أنكل شخص له صفة عامل داخل مؤسسة بنكية، و يتصرف لحسابها أو يتدخل في عملية من عمليات الرقابةملزم بكتمان السر المهني،و كل إخلال بهذا الالتزام يعرض صاحبه إلى العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات.

فقد حددت هذه المادة النطاق الشخصي للالتزام بالسر البنكي أي الأشخاص الملزمين به، بينما حددت الفقرة الثانية منها الجزاء المترتب عن مخالفة هذا الالتزام و ذلك بالإحالةإلى قانون العقوبات[4]، كما حددت المادة 43 منه المؤسسات الخاضعة لهذا الالتزام و هي البنك المركزي، و مؤسسات القرض نظرا لعدم وجود بنوك تجارية خاصة في تلك الفترةإذ كان

---

[1]القانون 11/90 المؤرخ في 1990/04/21، المتضمن قانون علاقات العمل المعدل و المتمم، ج ر عدد 17، المؤرخة في 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] المؤرخ في 08/19/ 1986، المتعلق بنظام البنوك و القروض، ج ر عدد 34، المؤرخة في 08/20/ 1986.

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

القطاع المصرفي يخضع للدولة، وبعد صدور القانون رقم 10/90[1] نص في مادته 158 على الالتزام بالسرية و أحال 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، وإرسال المعلومات اللازمة للسلطات المراقبة للبنوك في الدول الأجنبية مع احترام مبدأ المعاملة بالمثل .

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

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

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

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

-السلطة العمومية المخولة بتعيين القائمين بإدارة البنوك و المؤسسات المالية.

- السلطة القضائية التي تعمل في إطار إجراء جزائي .

-السلطة العمومية الملزمة بتبليغ المعلومات إلى المؤسسات الدولية المؤهلة لا سيما في إطار محاربة الرشوة و تبييض الأموال و تمويل الإرهاب.

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

نستخلص مما سبق أن المشرع الجزائري لم يخص حماية السرية البنكية بقانون خاص كما فعلت بعض التشريعات المقارنة، بل نص على هذا الالتزام بمقتضى القواعد التي تنظم السر المهني بصفة عامة،بالإضافةإلى بعض النصوص الخاصة بالسر البنكي المتواجدة في قوانين متفرقة، كما أنه لم يجعل من هذا السر سراً مطلقاً تتقيد به البنوك في كل الأحوال و

[1] المؤرخ في 1990/04/14، المتعلق بالنقد و القرض، المعدل والمتمم، ج ر العدد 16، المؤرخة في1990/04/18.

الظروف بل أورد بعض الحالات الاستثنائية التي يتحلل فيها البنك من هذا الالتزام مراعاة للمصلحة العامة.

البند الثاني: السر البنكي في بعض التشريعات المقارنة

من الضروري الاطلاع على كيفية تنظيم السر البنكي في بعض التشريعات المقارنة خاصة تلك التي خصت هذا السر بتنظيم قانوني خاص، للإستفادة من تجربتها في هذا المجال نظرا للدور المهم الذي تلعبه السرية المصرفية في جذب رؤوس الأموال و تعزيز الثقة بالاقتصاد الوطني و النظام المصرفي[1]، لهذا سنتعرض لطريقة تنظيم السر البنكي 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 البنكي في بعض الدول الأجنبية

يختلف أسلوب تنظيم السر البنكي 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 و هذا ما سنتناوله فيما يلي.

أ-سويسرا :

تعتبر سويسرا مهد النظام المصرفي و من أبرز الدول التي حافظت على حمايته من كل دول العالم، و تتعدد الأسباب التي دفعتها إلى ذلك من أسباب طائفية و دينية و سياسية،و اقتصادية تعود إلى اندلاع الحرب الطائفية بين الكاثوليك و البروتسناست في بعض دول أوروبا. فأخذ الرعايا يهاجرون بأموالهم إلى سويسرا لتهريبها مما دفع بالبنوك إلى التشدد في واجب التكتم عن تلك الأموال لحماية أصحابها من الملاحقات[2]، و لهذا اهتمت بتحقيق السرية الكاملة منذ العهد الإقطاعي، فإلى غاية 1934 كانت أحكام السر البنكي متبعثرة في نصوص القانون المدني الصادر سنة 1907 الذي اعتبر هذا السر من الحقوق الفردية التي

[1] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص64.

[2] غسان رياح: المرجع السابق، ص30.

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 و حياته الخاصة، و قد سبق للمحكمة الفيدرالية بأن صرحت بأن الحياة الخاصة يجب أن تكون محمية [2].

و قد قامت سويسرا بتنظيم السر البنكي 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 البنك التزام تعاقدي ضمني، و أن كل إفشاءله يعد انتهاك مادي لمنطوق و روح المادة 41 من تقنين الالتزامات، و ما زاد من قدسية هذا الالتزام إصدار قانون البنوك في نفس السنة الذي عاقب على مخالفة هذا الالتزام بالحبس و الغرامة، و ذلك لمنع النظام النازي من ملاحقة حسابات اليهود في بنوك سويسرا[4]، و هذا 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 المصرف، و من أجل هذا سعت سويسرا إلى تعطيل أعمال اللجنة المالية لمنظمة التعاون و التنمية الاقتصادية (OCDE) لمحاربة الجرائم الاقتصادية، كما رفضتتطبيقالإجراءات الصادرة عنها لتحقيق الشفافية المالية العالمية[5].

---

[1] حمدي عبد العظيم: غسيل الأموال في مصر و العالم، أكاديمية السادسات للعلوم الإدارية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1997، ص244.

[2] Maurice Aubert et autres, le secret bancaire suisse, éditions Staempfli , Cie Sa Berne, 1982, 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 و إفشاء الأسرار المهنية، مجلة الدراسات القانونية، مركز البصيرة للبحوث و الاستشارات و الخدمات التعلمية، الجزائر، العدد الثاني، 2008، ص59 .

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

إلا أن الضغوطات الأمريكية عليها من أجل ملاحقة أموال المخدرات و الجرائم الاقتصادية أدت بسويسرا إلى توقيف العمل بنظام الحسابات الرقمية، لهذا أصدرت قانون بشأن تبييض الأموال بدأ العمل به في 01 أفريل 1998 يلزم البنوك بالتبليغ عن الحسابات المشكوك فيها و تجميد الأرصدة[1].إلا أنه رغم ذلك أبدت سويسرا رفضها لتطبيق مبدأ تبادل المعلومات المتبنى من طرف الاتحاد الأوربي، فأدرجت بذلك ضمن القائمة الرمادية لمنظمة التعاون و التنمية الاقتصادية، لذلك دعمت الولايات المتحدة الأمريكية الحركة الفرنسية في أفريل 2008 الرامية لمحاربة الغش الضريبي و التي وجهت إلى أكبر بنك بسويسرا، و قد 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 و الغش الضريبي[2].

ب-فرنسا :

إن الالتزام بالسر البنكي يجد أصوله التشريعية في فرنسا منذ قرار المجلس الملكي الصادر في 1939/04/03 الذي أكد على سرية المعاملات البنكية و التحويلات المالية و المبادلات التجارية، و بهذا تم العقاب على الافشاءات الصادرة من سماسرة الأوراق التجارية الذين كانوا يقومون بالعمليات البنكية[3]، و قد أخضع المشرع الفرنسي مديري المصارف و مراقبيها لنظام السرية المصرفية بعد تأميمه للمصارف الكبرى سنة 1945، ثم القطاع المصرفي الفرنسي سنة 1981 حيث ألزم العاملين بعدم إفشاء الأسرار حفاظا على الثقة التي يكنها الأفراد في هذا القطاع، و منع هروب الأموال للخارج[4]، و بعد انفصال نشاط البنوك عن عمل السماسرة خلال القرن 19 لم يعد هذا الالتزام مقررا بالنسبة لعمال البنوك فأصبح هناك فراغ قانوني بخصوص السر البنكي[5].

---

[1] نادر شافي: جريمة تبييض الأموال، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، بدون طبعة، 2005، ص599.

[2] Bruno Gurtner : op.cit. p46-47.

[3] نعيم مغبغب: المرجع السابق، ص21.

[4]Raymond Farhat : le secret bancaire, Centre Français de droit Comparé, Paris, 1970, p 26.

[5] نضير شيوعان: المرجع السابق، ص99.

نتيجة لذلك كانت تتم حماية السر البنكي في فرنسا بمقتضى المادة 378 من قانون العقوبات التي عدلت بالمادة 13/226[1]، ولعل هذا ما دفع بعض الفقه أمثال الأستاذ Demogne[2]إلى رفض تطبيقها على عمال البنوك على اعتبار أن التزام البنك بالسر المهني هو التزام مدني لا يمنعه من الشهادة أمام المحاكم، و هو ليس بذات الأهمية التي يتمتع بها التزام الصيادلة و الجراحين و الأطباء الواردين ضمن النص.

إلا أن القضاء الفرنسي قضى بخلاف ذلك إذاعتبرت محكمة سين بتاريخ 31 ديسمبر 1923 بأن إعطاء عميل البنك رصيد زبون لشخص طلبه منه عبر الهاتف متظاهرا أنه هو صاحب الحساب خطأ يستلزم مساءلة البنك باعتباره متبوعا[3]،كما قضت محكمة استئناف باريس في 1975/02/06 بأنه لا يوجد نص قانوني يلزم مديري و موظفي البنوك بحفظ السر المهني إلا أن عدم وجود هذا النص لا يعف البنك من كل التزام، لذلك لا يجوز له أن يفشي بالمعلومات التي اطلع عليها بحكم مهنته دون النظر للآثار التي تلحقبأصحابها[4].

و في 24 جانفي 1984 أصدر المشرع الفرنسي قانون البنوك حيث تم تأكيد مبدأ الالتزام بالسر البنكي صراحة بموجب المادة 57 منه، و في المقابل خول هذا القانون سلطة الاطلاعلإدارة الضرائب و الجمارك[5]، و بعد إصدار قانون النقد و المالية الفرنسي أصبحت

---

[1] 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 ».

[2] Demogne : Traité Des Obligations,1931, p.44.

أشار إلى هذا الفقيهأحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص 273.

[3] Trib Seine, 31/12/1923, Gaz. Pal. 1923-1-117.

Trib Seine,19/04/1952, Gaz. Pal.1952-2-415.

أشار إلى هذين الحكمين عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص138.

[4] Paris 06/02/1975, Sirey 1975-1-318. .

[5] Dekeuwer Dekossez, Françoise : Droit bancaire, Dalloz, Paris,7^{em} édition, novembre2001, p.35.

تتم حماية السر البنكي بموجب المادة 33/511[1] منه، كما يعمل بنك فرنسا على تسيير و مراقبة شفافية البنوك، إذتلتزم هذه الأخيرة بالتصريح عن هوية الزبائن و مقدار ودائعهم.بالإضافة إلى مراقبتها لعمليات تبادل العملة الصعبة بين فرنسا و الخارج، و لتجنب حالات الغش الضريبي و الجرائم الاقتصادية تعمل لجنة عمليات البورصة (COB) على مراقبة البنوك و شركات البورصة، و التدقيق حول مدى صحة العمليات في الأسواق المالية[2].

ج-بريطانيا :

نظم قانون الإثبات بالدفاتر المصرفية الصادر سنة 1879 السرية المصرفية في بريطانيا، و ألزم البنوك بحفظ سرية حسابات العملاء وعدم الكشف عنهاإلا بناءاً 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 البنوك ذلك كحالة عدم تسديد عميل البنكما يستحق عليه من قروض أو فوائد مصرفية[3]، كما تقوم البنوك البريطانية بكشف الأسرار البنكية للعملاء إذا ما كان لديها تفويض من العميل بذلك، و تعتبر المحاكم البريطانية السر البنكي بمثابة شرط ضمني في العقد المبرم بين البنك و العميل و ليس مجرد واجب أخلاقي، و هذا ما ينجر عنه حق العميل في المطالبةبالتعويض عن الأضرار اللاحقة به من فعل الإفشاء، و بهذا فان السرية المصرفية فيبريطانيا ليست مكفولة بموجب قانون خاص بل هي أساس راسخ في العمل المصرفي[4].

---

[1]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 ».

[2]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.

[3] نصير شيوعان: المرجع السابق، ص98 .

[4] حمدي عبد العظيم: المرجع السابق، 241.

د-الولايات المتحدة الأمريكية :

تدخل السرية المصرفية في الولايات المتحدة الأمريكية ضمن المفهوم العام لإفشاء السرفلم تعط لهذه السرية طابعا خاصا[1]، و قد نظمت الولايات المتحدة الأمريكية السر البنكي بموجب القانونالصادر سنة 1970 تحت عنوان "قانون الإقرار عن العملة و الصفقات الأجنبية"،إلاأن 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 بالإفشاءتحقيقا للمصلحة العامة أو مصلحة البنك، كما أنه أجاز ذلك في حالة وجود لموافقة صريحة أو ضمنيةمن العميل[2]، نتيجة لذلك كانت البنوك الأمريكية تلتزم بحفظ تقارير عن أنشطتها المصرفية و ذلك تحت طائلة العقوبة[3].

ثانيا : تنظيم السر البنكي في بعض الدول العربية

تختلف طريقة تنظيم الدول العربية للسر البنكي فبينما اكتفت بعض الدول بفرض هذا الالتزام على البنوك بموجبالنصوص الخاصة بإفشاء السر المهني بصفة عامة كما هو الحال بالنسبة للأردن و الكويت...الخ، اتبعت دولا أخرى كلبنان و مصر النهج السويسري أملا منها في تقوية اقتصادها الوطني، فأفردت قانونا خاصا لهذا السر عملت بموجبه على تشديد الالتزام به.

أ-لبنان :

لقد ظل السر البنكي في لبنان و لفترة طويلة غير خاضع لنظام قانوني خاص لذلككان يستند إلى للقواعد العامة الواردة في القانون المدني و الجزائي و المالي، و التي كانت تطبق إلى حد كبير ما توصل إليه الفقه و القضاء في فرنسا.إلا أن رغبة لبنان في العمل على جذب رؤوس الأموال للسوق المصرفية اللبنانية دفعت بالمشرع إلى إصدار قانون خاص بتاريخ 3

---

[1] نضير شيوعان: المرجع السابق، ص97.

[2] نادر عبد العزيز شافي: المرجع السابق،ص289 .

[3] جلال وفاء محمدين: دور البنوك في مكافحة غسيل الأموال، دار الجامعة الحديثة للنشر، الإسكندرية، بدون طبعة، 2001، ص92.

سبتمبر 1956 تحت عنوان "قانون سرية المصارف" الذي فرض على البنوك 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]

ب-سوريا:

كان السر البنكي في الجمهورية العربية السورية يخضع للقواعد العامة التي تعاقب على إفشاء السر المهني وفقا للمادة 65من قانون البيانات السوري.إلى غاية صدور قانون السرية المصرفية السوري رقم 29/2001بتاريخ 16 أفريل2001الذي ألزم المصارف بالسرية المطلقة التي لا يجوز إفشاءهاإلا في حالات معينة وردت على سبيل الحصر كحالة وجود إذن خطي، أو إفلاس العميل أو وجود دعوى تتعلق بمعاملة مصرفية بين المصارف و المتعاملين معها[3]، كما أجازت المادة الثانية من نفس القانون للبنوك أن تفتح لعملائها حسابات ودائع رقمية لا يعرف أسماء أصحابها إلا المدير القائم بإدارة البنك أو من يقوم مقامه، و أن تؤجر لهم خزائن خاصة لا تعلن هوية صاحبها إلا بإذنه الخطي، و عاقبت المادة الثامنة من نفس القانون على كل مخالفة لأحكامه بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ستة، و هكذا أصبحت السرية البنكية في سوريا أشد مما كانت عليه قبل هذا القانون[4].

ج-الأردن :

---

[1] أنطوان ناشف خليل هندي: العمليات المصرفية و السوق المالية:ج 1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، بدون طبعة، 1998، ص 102 . وقد نصت المادة الثانية من قانون سرية المصارف اللبناني على ما يلي:« إن مديري و مستخدمي المصارف.....يلزمون بكتمان السر إطلاقا لمصلحة زبائن هذه المصارف، و لا يجوز لهم إفشاء ما يعرفونه عن أسماء الزبائن و أموالهم و الأمور 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 و زبائنها".

[2] أنظر المادة الثالثة من نفس القانون.

[3] نضير شيوعان: المرجع نفسه، ص103.

[4] نادر عبد العزيز شافي: المرجع السابق، ص608.

لم يكن يحضالسر البنكي بتنظيم قانوني خاص في الأردن إلا أن البنوك الأردنية درجت على كتمان الأسرار المصرفية للعملاءدون الحاجة لنص قانوني خاص[1]، و قد عاقبت المادة 355 من قانون العقوبات الأردني المهنيين على إفشاء الأسرار التي اطلعوا عليها بحكم مهنتهم، و يدخل ضمن هذه الطائفة من المهنيين المصارف لعمومية النص الجنائي[2]، و من المعروف أن البنوك تخضع لتدقيق حساباتها لرقابة موظفي البنك المركزي الأردني، لذلك يحضر عليهم إفشاء أسرار العملاء بما في ذلك المعلومات التي يحصلون عليها من خلال عملهم في الرقابة و التفتيش إلا في الحالات التي يجيزها القانون[3]

د-مصر :

لقد كان السر البنكي في مصر يخضع في بداية أمره للقواعد العامة الواردة في قانون العقوبات، حيث عاقبت المادة 310 منه على تعمد كشفه من الشخص الذي أوتمن عليه بحكم عمله في غير الأحوال التي يوجب فيها القانون ذلك، و تتدرج البنوك ضمن الأشخاص المؤتمنين على السر نظرا لعمومية النص القانوني و لقيام الحماية الجنائية لسر المهنة على أساس أن المؤتمن عليه يعتبر أمينا بالضرورة لأنه يتولى تقديم خدمة عامة للجمهور الذي يلجأ إليه لهذا الغرض[4]، و بعد ذلك أصدر المشرع المصري قانون البنوك و الائتمان رقم 163/57 سنة 1957 الذي نص صراحة في مادته63 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 البنوك بالسرية مفروضاً بهذا القانون الذي قرر السرية على جميع معاملات البنوك مع عملائها إلا ما استثني بنص صريح[5].

---

[1] نصير شيوعان: المرجع السابق، ص 104.

[2] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص66. تنص المادة 355 من 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 و أفشاه دون سبب مشروع » .

[3] حمدي عبد العظيم: المرجع السابق، ص 248 .

[4] غسان رياح: المرجع السابق، ص31-32.

[5] نادر عبد العزيز شافي: المرجع السابق، ص294.

و بعد اتجاه الجمهورية العربية المصرية نحو تحرير الاقتصاد، و تشجيع الاستثمارات الخاصة لجأت إلى تدعيم ثقة الأفراد في البنوك باعتبارها الوعاء الأساسي الذي تنطلق منه عمليات التمويل النقدي للمشروعات،أصدرت القانون رقم 205/90 الصادر سنة 1990 بشأن سرية الحسابات البنكية المعدل سنة 1992[1]،حيث أوجبت المادة الأولى منه أن تكون جميع حسابات العملاء وودائعهم وأماناتهم و خزاناتهم في البنوكسرية، 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[2]، و بهذا يكون المشرع المصري قد فرض السرية المصرفية شبه المطلقة، و في سنة 1992 صدر تعديل لهذا القانون يسمح للنائب العام أو من يفوضه أن يطلع على حسابات أو ودائع أو أمانات و خزائن العملاء[3].

إن هذا النهج الذي اتبعته مصر كان يهدف إلى جذب مدخرات أبناء الخليج التي اتجهت إليها بعد الغزو العراقي للكويت[4].

و بهذا نكون قد تعرضنا لمختلف الآراء و النظريات التي اقترحت من الفقه و تبناها القضاء في العديد من أحكامه لتفسير المقصود بالسر المهني للبنوك و توضيح المفاهيم المرتبطة به، لنتعرض في المطلب الموالي للطبيعة القانونية لهذا السر.

المطلب الثاني : الطبيعة القانونيةللسر البنكي

إن فكرة السر البنكي واسعة سواء من حيث موضوعها أو قوتها الإلزامية، و ذلك حسب الأساس الذي تستند إليه.فلما حاول الفقه والقضاء البحث عن الطبيعة القانونية لالتزام البنوك

[1] محمود كبيش: الحماية الجنائية لسرية الحسابات البنكية في القانون المصري، دارالنهضة العربية،القاهرة، بدون طبعة، بدون سنة، ص 7 .

[2] محمود كبيش: المرجع نفسه، ص40.

[3] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبوعمر: المرجع السابق، ص74.

[4] حمدي عبد العظيم : المرجع السابق، ص249 .

بالمحافظة على أسرار المهنة تردد بين نظرية السر البنكيالمطلق (الفرع الأول)،و نظرية السر البنكي النسبي(الفرع الثاني)لذلك سنعرض هاتين النظريتين، و نحدد موقف المشرع الجزائري منهما (الفرع الثالث).

الفرع الأول : نظريةالسر البنكي المطلق

وفقا لهذه النظرية يعد شبه مستحيل رفع السرية البنكية عن المعاملات البنكيةإلا في حالات قليلة محددة قانونا،و هي تقرر في أغلب الأحيان مراعاة للمصلحة العامة التي قد تقتضيذلك.

البند الأول : مضمون نظرية السر البنكي المطلق

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

و قد قدم أنصار هذه النظرية حججاًلتأييد وجهة نظرهم في التصور المطلق للسر البنكي تمثلت أساساً فيما يلي:

أولا:ضرورة توافر الثقة الضرورية التي لا غنى عنها في الممارسة السليمة للمهنة المصرفية باعتبارها من المهن الضرورية في المجتمع، فالالتزام المطلق بالسر البنكي تبرره ضرورة حماية ثقة العميل في البنك، و الممارسة المنتظمة لبعض الوظائف التي تهم المجتمع بأسره نظرا للدور الاجتماعي الذي تؤديه هذه الأخيرة.

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

ثانيا: يعتبر التصور المطلق للسر البنكي سياجا يحميهذا الالتزام من الانهيار الذي يحصل نتيجة تعدد الاستثناءات التي ترد عليه،و هكذا يسمح بتغليب هذا الالتزام و ترجيحه في كل مرة يحدث فيها تنازع بين المصالح الفرديةو المصالح الاجتماعية الأخرى[1].

ثالثا: يؤدي قبول هذه النظرية إلىلجوء البنك في كل الظروف إلىالدفع بالسرية دون قيد أوشرط، و بهذا تتحقق البساطة و اليقين و هذا مالا يسمح به التصور النسبي للسر البنكي، و على هذا الأساس لا يمكن لموظف البنك التحلل من هذا الالتزام تحت أي ظرف من الظروف، لأن القاعدة المفروضة هي " الصمت المطلق و الفم 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 البنكي نصوصا مستقلة و أقرت لمخالفته جزاءاً جنائياً أشد من ذلك المقرر لجريمة إفشاء الأسرار، و لم 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]، و لتدعيم السرية المطلقة أكثرأجاز استعمال أسلوب الحسابات الرقمية التي لا يعرف اسم عميلها، نتيجة لذلك طالبت العديد من الدول تحصيل أموالها التي تم تهريبها خارج ترابها من طرف مسؤوليها[5]، كما أقر هذا النظام صراحة المشرع اللبناني في المادة الثالثة من قانون سرية المصارف الصادر بتاريخ 1956/09/03 التي أجازت للبنوك أن تفتح لعملائها حسابات ودائع رقمية، وأن تؤجر لهم خزائن حديدية لا يعرف هوية صاحبها إلامدير البنك و نائبه، ولم تسمح بالكشف عنها إلا

---

[1] عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص32.

[2] عادل جبري محمد حبيب: المرجع نفسه، ص31.

[3] أحمد محمد بدوي: جريمة إفشاء الأسرار و الحماية الجنائية للكتمان المصرفي، منشورات سعد سمك، القاهرة، بدون طبعة، بدون سنة، ص157.

[4] Raymond Farhat: op.cit,p.35.

[5] بوزنون سعيدة: المرجع السابق، ص53.

في حالات قليلة واردة على سبيل الحصر[1]، وقد سبق للمشرع المصري أيضا أن تبنى هذا النظام بمقتضى القانونسرية الحسابات الصادر سنة 1990بموجب المادة الثانية منه[2]، 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، و التي بمقتضاها يحتفظ البنك بأي كشوف حسابات أو مراسلات متعلقة بالعمليات البنكية لعملائه إلى أن يقوم هذا الأخير باستلامها من البنك بنفسه[3] .

و قد تبنى القضاءهذه النظرية في العديد من أحكامه[4]و اعتبر بذلك أن السر البنكي مطلقيتقيد البنك به، و لا يجوز له إفشاءه للغير إلا بناءاً على إذن العميل نفسه أو متى أملى عليه واجب قانوني الإفشاء حماية لمصلحة أسمى .

البند الثاني: نتائج نظرية السر البنكي المطلق

يؤدي الأخذ بالتصور المطلق للسر البنكي إلى ترتيب النتائج التالية:

أولا: اتساع المدى الموضوعي للسر البنكي

إن الأخذ بهذه النظرية يجعل السر البنكي لا يقتصر على كتمان تلك المعلومات التي يودعها العميل بنفسه لدى البنك، بل يشمل كذلك كل مل يصل إلى علم البنك بحكم مهنته و بغض النظر إذا كان العميل قد طلب من البنك كتمانها أم لا[5] .

---

[1] أحمد محمد بدوي: المرجع السابق، ص 159.تتمثل هذه الاستثناءات في وجود موافقة خطية صريحة من العميل، أو نشوء نزاع بين العميل و البنك بشرط أن يكون هذا النزاع متعلقا بعملية بنكية بينهما معروضة على القضاء، أو في حالة إفلاس العميل.

[2]تنص المادة الثانية من قانون سرية الحسابات المصري على ما يلي:« للبنوك أن تفتح لعملائها حسابات حرة مرقمة بالنقد الأجنبي، أو ربط ودائع منها أو قبول ودائع مرقمة بالنقد المذكور، ولا يجوز أن يعرف أسماءق أصحاب هذه الحسابات و الودائع غيرالمسؤولين بالبنك الذين يصدر بتجديدهم قرار من مجلس إدارته » .

[3] جلال وفاء محمدين: المرجع السابق، ص89.

[4] Cass 30/10/1978.Pas.1979.1.p249.

Corr. Bruxelles.20/02/1998.Journ.trib.1998.p.361.

[5] على جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص197.

ثانيا: اتساع المدى الشخصي للسر البنكي

وفقا لهذه النظرية تتسع دائرة الأشخاص الملتزمين بكتمان أسرار عملاء البنك لتشمل بذلك أرباب المهنة البنكية و مساعديهم، و الموظفين و المستخدمين مهما كانت رتبتهمو وظيفتهم، و كل من اطلع على المعلومات البنكية بحكم مهنته كالمستشارين القانونيين و الماليين، أعضاء مجلس الإدارة و المراقبة....الخ[1].

ثالثا: اتساع النطاق الزماني للسر البنكي

لتدعيم الالتزام بالسر البنكي أكثر ذهب أنصار هذه النظرية إلى تمديد تقيد البنك بهذا الالتزام إلى ما بعد انتهاء العلاقة التي تربطه بالعميل، و بالتالي يمنع على البنك الاحتجاج بزوال العلاقة أو العقد الذي يربطه بالعميل ليتحلل من هذا الالتزام[2] .

البند الثالث: تقييم نظرية السر البنكي المطلق

رغم الرواج الذي لقيته هذه النظرية إلا أنها تعرضت للنقد على اعتبار أنها تجاهلت أن السر البنكي خصص ليس فقط للمصلحة الخاصةبل للمصلحة العامة كذلك، و لقد اعترف الفقيه Brouardel[3]باعتباره أحد مؤيدي هذه النظرية بأن طبيعة المهنة يمكن أن تدفع بصاحبها إلى البوح ببعض الأسرار، فعلى الرغم من الحجج التي قدمها أنصار هذه النظرية لتبرير موقفهم إلا أنها لم تسد في العمل، و قد كان من أهم عوامل ضعفها القول بأن "المطلق لا وجود له" « l'absolue n'existe pas »[4].

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 و التصدي لجرائم تبييض الأموال، و لعل هذا ما دفع بالتشريعات التي تبنتها إلى التراجع

---

[1] أنطوان ناشف خليل هندي: المرجع السابق، ص107.أنظر أيضا المادة 117 من قانون النقد و القرض الجزائري.

[2] نادر عبد العزيز شافي: المرجع السابق، ص288.

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

[4] عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص35.

نوعاً ما و التخفيف من قوة السر البنكيبإدخال 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 مارس1998، كما أبرمت اتفاقية مع الولايات المتحدة سنة1983 لملاحقة المداخيل غير المشروعة و كشف الحسابات في القضايا الجزائية المتعلقة بالجريمة المنظمة[1]، و بهذا بدأت هذه النظرية تفقد بريقها و دخلت عليها العديد من الاستثناءات التي تعتبر أساساً لنظرية السر البنكي النسبي .

الفرع الثاني : نظرية السر البنكي النسبي

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

البند الأول : مضمون نظرية السر البنكي النسبي

يرى أنصار هذه النظرية و على رأسهم الفقيه Faureأن المصلحة الاجتماعية هي التي تطلبت وجود السر بصفة عامة و هي التي تفرض رفعه في نفس الوقت، كما أن الشروط اللازمة للممارسة الجماعية لبعض المهن تقود إلى فكرة السر النسبي، ويبرر 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 البنكي تتمثل في المصلحة الاجتماعية التي تعلو على كل مصلحة خاصة[2]،فالطبيعة النسبية للسر البنكي تجعل منهذه المصلحة العامة عاملاً للحد من قوته، و بهذا يسمح القانون لبعض السلطات الإدارية و المالية بالاطلاع على بعض المعلومات المحمية أساساً تحت غطاء السرية[3] .

---

[1] جلال وفاء محمدين: المرجع السابق، ص91.

[2]Pierre Lambert : op.cit, p.37.

[3]Ferjault Elodie : Secret professionnel et blanchiment de capitaux, mémoire de magistère, université panthéon Assas, mai 2002, p.12.

فكتمان السر البنكي وفقا لهذه النظرية يهدف إلى حماية المصالح الخاصة و تدعيم الثقة و الحق في الخصوصية، و هذا الذي يحقق في الوقت ذاته حماية الائتمان بطريقة غير مباشرةباعتباره متصلاً بالمصالح الاقتصادية العليا للدولة، لذلك يقتضي الأمر التضحية بهذا الالتزام إذا وجدت مصلحة اجتماعية أو فردية أسمى من تلك التي تقرر الكتمان من أجلها[1]، و يقدم أنصار هذه النظرية حجتين لتدعيم موقفهم تتمثل فيما يلي:

أولا: إن التصور المطلق للالتزام بالسر البنكي قد يضر بمصلحة صاحب السر إذا اقتضت هذه الأخيرة أن يفضي البنك بما ائتمن عليه من وقائع، فعلى عكس النظرية السابقة تراعيهذه النظرية إرادة صاحب السر و تسمح له بالإفضاءمتى اقتضت مصلحته ذلك.

ثانيا: إن هذه النظرية تسمح بالتوفيق بين الحماية القانونية للسر البنكي و المصلحة الاجتماعية الأسمى، و لا تتحقق هذه النتيجة إلا بقبول إمكانية رفع هذا السر كلما وجدت مصلحة أعلى من تلك التي يحققها الالتزام بالكتمان[2] .

لقد أخذت بهذه النظرية معظم التشريعات التي لا تتضمن تنظيماً قانونياً مستقلاًللسر البنكي، و بهذا يبقى هذا الأخير خاضعا للنظرية العامة لسر المهنة مع استقلاله بقواعد معينة تتناسب مع الطابع المالي له، و من بين التشريعات التي أخذت بهذا التصوركالولايات المتحدة الأمريكية و بريطانيا و فرنسا، و ما يؤكد ذلك فحوى المادة 81 من قانون الضرائب الفرنسي التي ألزمت البنوك بضرورة تقديم معلومات عن حسابات زبائنها[3]،كما تنص المادة 511 من قانون النقد و المالية على عدم التمسك بالسر البنكي أمام اللجنة المصرفية لبنك فرنسا و السلطة القضائية إذا تصرفت في إطار قانون الإجراءات الجزائية،و قد سمح القانون رقم 776/08الصادر في 2008/08/04 المتعلق بتطوير الاقتصاد للبنوك بإفشاء

[1] أحمد بركات مصطفى: مسؤولية البنك عن تقديم المعلومات و الاستشارات المصرفية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة أسيوط، مصر،1990، ص225.

[2] عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص37

[3] Patrice Bouteiller et autres : L'exploitation de banque et Le droit, revue banque, 4emédition, 2008, p327

المعلومات الخاصة بالزبون دون موافقته لوكالات التنقيط، أو للأشخاص المحددين الذين تتفاوض معهم حول عمليات معينة و للغير أيضا بشرط الموافقة الصريحة للزبون[1] .

و هذا ما سار عليه أيضاالقضاء الفرنسي في العديد من أحكامه[2]،كما يمكن إلزام البنكبإفشاء السر البنكي إذا ارتكبت جرائم بمساعدة الحسابات المودعة لديه كجريمة تبييض الأموال[3].

البند الثاني: نتائج نظرية السر البنكي النسبي

إن اعتبار السر البنكي سراً نسبياً أدى بأنصار هذه النظرية إلى ترتيب النتائج التالية:

أولا: عدم الاحتجاج بالسر البنكي على العميل

يحق للعميل وفقا لهذه النظرية الاطلاع على جميع عناصر المعلومات التي تخصه طالما أن الالتزام بحفظ السر البنكي تقرر لمصلحته، فمن المنطقي أن يكون له الحق في الاطلاع على الوثائق التي تخصه دون أن يحتج في مواجهته بالسر المهني كما له أن يأذن للبنك بإفشاء السر[4].

ثانيا: رفع السر البنكي بأمر القانون

إن نظرية السر البنكي النسبي تجعل من السر البنكي قابلا الإفشاء، و ذلك بإدخال جملة من الاستثناءات التي ينص عليها القانون و التي تعتبر في الوقت ذاته أسباب إباحة

تنتفي بوجودها مسؤولية البنك بالرغم من فعل الافشاء[5] .

البند الثالث: تقييم نظرية السر البنكي النسبي

---

[1]Frédérick Lacroix : Réforme du secret bancaire, revue banque, n°706, octobre 2008, p.55.

[2] 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.

[3]Ferjault Elodie : op.cit, p.13.

[4] أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص285.

[5] على جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص1188.

إن خاصية النسبية للسر البنكي تتماشى مع مقتضيات العدالة، فعلى الرغم من أن هذا الالتزام يحقق المصلحة الخاصة للزبون، و المتمثلة 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 و أحق بالحماية فترجح هذه الأخيرة، و يتم التضحية بالأولى طالما أن الفرد جزء من الكل[1] .

و لعل هذا ما جعل العديد من الدولتأخذ بهذا النظام نظراً لتلاؤمه مع غاية التشريع، و تحقيقه للتوازن بين المصالح العامة و الخاصة الأفراد. فقد اعتنقت البنوك مبدأ تقديم المعلومات في إطار الاستعلام البنكي تحقيقا لمصلحة العميلإذ يلتزم البنك بإعلام العميلبمعلومات تخص الغير إذا كانت مصلحته تستلزم ذلك[2]،وخير دليل على رواج هذه النظرية تراجع سويسرا عن تطبيق نظام السرية المطلقة بعد توقفها عن العمل بنظام الحسابات الرقمية، و إبدائها عن رغبتها في الانضمام لنظام التعاون القضائي الدولي لمكافحة الجريمة.

الفرع الثالث : موقف المشرع الجزائري من نظريتي النسبية و الإطلاق

ليس بالأمر الهين أن نحدد موقف المشرع الجزائري من النظريتين السابقتين، أو التصور الذي اعتنقه بالنسبة للالتزام بالسر البنكي خاصةو أنه لم يفرد قانوناً خاصاًبالسر المهني للبنوك كما فعلت بعض التشريعات التي سايرت النهج السويسري[3]، بل نص على أحكام هذا السر بمقتضى القواعد العامة الواردة في قانون العقوبات، و بعض القواعد الخاصة الواردة في قانون النقد و القرض، و تجدر الإشارةإلى أن تطبيق أي من النظريتين السابقتين يعتمد بالدرجة الأولى على النظام الاقتصادي المنتهج في الدولة .

فالدول الرأسمالية تقرر عدة استثناءات للسر البنكي تنتج إما بسبب مقتضيات البنوك، أو نتيجة لصفة الزبون أو بسبب تدخل السلطة العامة. غير أن الحد من السر البنكي تحت عنوان المصلحة العامة لا يتلاءم مع نظام اقتصاد السوق إلاإذا كان ذلك يهدف إلى مكافحة

[1] عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص36.

[2] عادل جبري محمد حبيب: المرجع نفسه، ص37.

[3] كالمشرع السويسري، و المشرع اللبناني و السوري و المصري و الأردني .

التعسفات[1]، و كما نعلم أن الجزائر قد تحلت عن النظام الاشتراكي، و هي اليوم تنتهج نظام اقتصاد السوق كما هو مبين في دستور 1996، و بتتبع التعديلات التي مست قانون النقد و القرض سواء تعلق الأمر بالمواد 44،45 من قانون 12/86 السابق الخاص بنظام البنوك و القروض[2]، أو مؤخرا المادة 117 من الأمر 11/03 المتعلق بالنقد و القرضيظهر لنا أن المشرع الجزائري رغم التعديلات التي مست هذا القانون سواء في 1990، أو في 2003 حاول التوفيق بين النظريتين السابقتين و هذا ما يفهم من مضمون المادة 117 الحالية التي أقرت بمبدأ التزام البنوك بالمحافظة على أسرار المهنة و التي جاء فيها ما يلي:" يخضع للسر المهني تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات:

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

-كل شخص يشارك، أو شارك في رقابة البنوك و المؤسسات المالية .

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

-السلطات العمومية المخولة بتعيين القائمين بإدارة البنوك و المؤسسات المالية.

-السلطات القضائية التي تعمل في إطار إجراء جزائي.

-السلطات العمومية الملزمة بتبليغ المعلومات إلى المؤسسات الدولية المؤهلة لاسيما في إطار محاربة الرشوة، و تبييض الأموال و تمويل الإرهاب.

-اللجنة المصرفية، أو بنك 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 البنكي المطلق لما وسع من النطاق الشخصي للسر

---

[1]Taleb Fatiha : Limites du secret bancaire et économie de marché, op.cit.p.516.

[2] كانت تنص المادة 44 على ما يلي:« يتعين على كل شخص له صفة العامل في إحدى مؤسسات المنظومة المصرفية، و يتصرف لحسابها، أو يتدخل في عملية من عمليات الرقابة أن يكتم سر المهنة ... » .

المهني للبنوك حسما ما هو وارد في الفقرة الأولى من هذه المادة و القرض"...كل شخص يشارك أو شارك بأي طريقة كانت..." التي جاءت أكثر تفصيلاً من المادة 44من قانون 12/86 الخاص بنظام البنوك و القروض الملغى،كما أنه لم يلزم موظف البنك بالمحافظة على السر المهني أثناء ممارسة مهامه فقط بل ألزمه بذلك حتى بعد انتهاء الوظيفة، أو التخلي عنها أي أنه وسع من النطاق الزماني له و جعله التزاما مؤبدا يسري حتى بعد انتهاء العلاقة التي تربط البنك بالعميل و هذا ما يفهم من عبارة "...يشارك أو شارك...".

و ما يدل على تبني المشرع الجزائري لنظرية السرالبنكي النسبي إدراجه لمجموعة من الاستثناءات التي تنتفي فيها المسؤولية، و منعه الاحتجاج بهذا السر أمام بعض السلطات تحقيقا لمصلحة و شفافية الاقتصاد الوطني حسب ما هو وارد في الفقرة الثانية من المادة 117، و ما يؤكد هذا الموقف أكثر هو عدم تقرير المشرع الجزائري عقوبة خاصة و أشد من تلك المقررةلجريمة إفشاءالسر البنكي مثلما فعلت التشريعات التي تبنت نظرية السر البنكي المطلق، بل أحال في ذلك إلى نص المادة 301 من قانون العقوبات التي تعاقب على إفشاء السر المهني بشكل عام و التي جاء فيها ما يلي: " يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر و بغرامة من 20000 إلى 100000 دج الأطباء و الجراحون و الصيادلة و القابلات، و جميع الأشخاص الملتزمين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلي بها إليهم و أفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشائها و يصرح لهم بذلك" .

نتيجة لما سبق يمكن القول أن المشرع الجزائري أكد على واجب كتمان البنوكللسر المهني، و اعتبر أن إفشاءه جريمة يعاقب عليها القانون،إلا أنه نص على أن هذا الالتزام ينتفي في الحالات الاستثنائية المحددة قانونا، كما أنه خول بعض الهيئات و السلطات حق الاطلاع على المعلومات البنكية المحمية أساسا تحت غطاء السرية، و منع الاحتجاج اتجاهها بالسر المهني تحقيقا للمصلحة العامة، و يتعلق الأمر على سبيل المثال بإدارة الضرائب و الجمارك و اللجنة المصرفية و بنك الجزائر[1].

[1] هناك العديد من السلطات و الهيئات التي خولها القانون الاطلاع على المعلومات السرية ومنع الاحتجاج اتجاهها بالسر البنكي سنتناولها بالتفصيل في الفصل الثاني.

بناءا على ما سبق يمكن القول أن المشرع الجزائري قد ساير المشرع الفرنسي في مجال حماية المعاملات البنكية عن طريق السر البنكي إذ لم يخصص قانونا مستقلا للسر البنكي، و لم ينص على عقوبة أشد من تلك المقررة عند إفشاء السر المهني العام، و هكذا يكون قد جعل من هذا السر سر نسبي يخضع للعديد من الاستثناءات.

المبحث الثاني : أساس الالتزام بالسر البنكي و نطاقه القانوني

لقد كان التزام البنك بالحفاظ على السر المهني في بدايته مجرد واجب أخلاقي تدعو إليه مكارم الأخلاق و الشرف، و تمليه الأعراف و التقاليد 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، و قد امتد هذا الاختلاف إلى تحديد نطاق هذا الالتزام سواء من حيث أشخاصه أو موضوعه أو مكانه و زمانه[1]، و يختلف نطاق الالتزام بالسر البنكي أيضاً تبعاً للسياسة التشريعية للدولة التي تستند إلى حماية المصلحة الفردية من جهة و المصلحة العامة من جهة أخرى.

المطلب الأول: أساس الالتزام بالسر البنكي

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

الفرع الأول : المصلحة الخاصةأساس الالتزامبالسر البنكي

يرى الجانب الأول من الفقه أن المصلحة الخاصة هي الأساس و الدافع الرئيسي من وراء تكريس واجب الحفاظعلى السر البنكي، إذ ينتج عن إلزام البنوك بالمحافظة على أسرار زبائنها حماية تمس بالدرجة الأولى مصالحهم الخاصة، و قد انقسم الفقه بدوره إلى اتجاهين حيث رجحالبعض فكرة العقد، و اعتمد البعض الآخر على فكرة المسؤولية التقصيرية.

البند الأول : العقد كأساس الالتزام بالسر البنكي

[1] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر:المرجع السابق، ص39

[2] عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص41.

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

أولا : مضمون النظرية العقدية

بصفة عامة قد اعتبر بعض الفقه الفرنسي[1]خلال القرن 19 أن أساس التزام البنك بالمحافظة على أسرار زبائنه يكمن في العقد، وقد كان الفقه يهدف بهذا التصور إلى تغليب فكرة المصلحة الخاصة، و حماية الأفراد من الأضرار المعنوية التي قد تصيبهم من جراء إفشاء أسرارهم من طرف المتعاقدين معهم[2].و قد 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"[3].

فالعميل لما يتجه إلى البنك عارضاً عليه مصالحه كاشفاً له بعض الأسرار، ملتمساً منه مساعدته فمعنى ذلك أن هناك تبادلا للرضا،بهذا يكون العقد المبرم بين البنك و الزبون هو مصدر لالتزامات متقابلة من ضمنها أن يدلي العميل إلى البنك ببعض أسراره، وفي المقابل متى قبل البنك بتلقي هذه الأسرار لا يكون له الحق في التصرف خلاف ما يريده العميل[4]،فيتمثل رضا البنك في الإيجاب المقدم منه بشكل نماذج معدة لهذا الغرض كنماذج عقد فتح الحساب أو عقد الاقتراض، إلىغير ذلك من أنواع العمليات المصرفية، و يتحقق قبول العميل بمجرد الموافقة على النموذج المقرر من البنك و التوقيع عليه، فالعقد إذن

---

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

[2] Anne Teissier :ibid, p.35.

[3] أحمد عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الثالثة، 1985،ص139.

[4] عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص42

حسب أنصار هذه النظرية هو المصدر الرئيسي لالتزام البنك بكتمان الأسرار إذ غالباً ما يعهد العميل بسره إلى البنك بشأن عملية مصرفية[1].

ترتكز هذه النظرية بصفة عامة على الحرية التعاقدية و حرية اختيار الزبون فإذا ما خالف البنك هذا الالتزام يرتكب خطأ تعاقديا، و تكريسا لهذه الحرية التعاقدية رآى بعض الفقه[2]أنه بإمكان الزبون إبرام عقد خاص مع البنك 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 البنكية نظرا لعدم التوازن الاقتصادي بين الطرفين لهذا يوصف العقد الذي يربط البنك بالزبون بأنه عقد إذعان[3]، و بهذا فان غياب شرط خاص في العقد يتعلق بالالتزام بالمحافظة على السر البنكي لا يعني تحلل البنك من هذا الالتزام، إذ أكدالقضاءالفرنسي أن الأصول القانونية لهذا الالتزام تنبع من الاتفاق المبرم بين البنك و الزبون حتى و لو لم يلحظ ذلك في العقد بشكل صريح[4]، لأن مضمون العقد لا يقتصر على ما ورد فيه بل يشمل كل ما هو من مستلزماته[5].

يفسر فقه آخر الالتزام بالكتمان بمبدأ الثقة الذي يدفع بالزبون إلى التعامل مع البنك، هذا المبدأ لا يمكن رده إلىمؤهلات و كفاءة المصرف الذي يعلم جيداً أن الالتزام بالمحافظة على السر هو حجر الزاوية لمهنته، و بفضله يلجأ الزبون إليه فحتى إن لم ينص عليه صراحة في العقد فهو ينجم عن رضاهما الضمني المتبادل[6]، لأن الثقة هي الحجر الأساسي في النشاط المصرفي و هيعامل لا ينبع فقط من إجراءات و قوانين مجردة بل كذلك من عوامل

---

[1] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر:المرجع السابق، ص41 .

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

[3] Anne Teissier :ibid, p.37.

[4]Paris 06/02/1975, D.1975, P. 318 à 322.

[5] أنظر المادة 107 من القانون المدني الجزائري.

[6] نعيم مغبغب: المرجع السابق، ص38 .

نفسية و اجتماعية بيئية، فالتكتم يعتبر التزام ثانوي تعاقدي ناتج عن المبدأ المعتمد من قبل التشريعات، و الذي يفرض على كل دائن تنفيذ التزاماته بحسن نية [1].

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

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

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

- إن هذه النظرية تغني عن وضع تعريف قانوني للالتزام بالسر البنكي حتى أنصارها يعرفون السر البنكي على أنهعقديربط بين البنك و الزبون[2].

لقد أخذت بهذه النظرية التشريعات الأنجلوساكسونية كالتشريع الانجليزي حيث لا يستند الالتزام بالكتمان إلى نص تشريعي بل إلى الرابطة العقدية بين البنك و العميل، و هذا ما أكده القضاء الانجليزي إذ قضت محكمة لندن في حكمها الصادر في 1923/12/17 بأن الاتفاق الذي يربط البنك مع عميله يتضمن شرطا ضمنيا يلتزم بموجبه بكتمان ما يتعلق بحساباته[3]، و إن اتفق أنصار هذه النظرية على أن العقد أساس الالتزام بالسر البنكي إلا أنهم اختلفوا حول طبيعته، فبينما اعتبره البعض عقد وديعة رآى البعض الآخر أنه عقد وكالة، و رآى آخرون أنه عقد إيجار الخدمة، في حين ذهب البعض إلى أنه عقد غير مسمى لذلك سنورد هذه ألآراء فيما يلي:

[1] هيام الجرد: المرجع السابق، ص38 .

[2] أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص75.

[3] أشار إلي هذا الحكم محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص42 .

أ-نظرية عقد الوديعة :

وفقا لهذا الاتجاه يتخذ العقد المبرم بين البنك و الزبون شكل عقد وديعة[1] على اعتبار أن السر البنكي مودع لدى المصرف بحكم وظيفته أو مهنته، و هو كأي مودع لديه تجب عليهالمحافظة على الشيء المودع و عدم التصرف فيه إلا بإذن من المودع، و استدل 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 البنك و عقد الوديعة، مما يشير إلى أن نية المشرع انصرفت إلى التسوية في الحكم بين الوديعة المدنية و وديعة السر. فالبنك لا يلتزم بكتمان السر إلا بسبب واقعة الإيداع[2]، 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، و الشيء نفسه قررته المادة 378 من قانون العقوبات الفرنسي عند مخالفة وديعة السر[3].

إلا أن هذا التصور لقي انتقادا شديدا من طرف الفقهاء من بينهم الفقيه Pimienta على اعتبار أن عقد الوديعة عقد تبرعي بلا مقابل و لا 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، و بالتالي 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 و لا يودع لديه بناءا على عقد بينه و بين عميله[4]، 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 و من ثم يكون من المستحيل تطبيق أحكام عقد

---

[1] و قد عرف المشرع الوديعة في المادة 590 من القانون المدني بأنها: "عقد يسلم بمقتضاه لمودع شيء منقولا إلى المودع لديه على أن يحافظ عليه لمدة و على أن يرده عينا".

[2] أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص76.

[3] رايس محمد: المرجع السابق، ص259. .

[4] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص44 .

على السر[1]،و إذا قبل هذا التجاوز بالنسبة للأمور التي يعهد بها العميل إلى البنك بنفسه فلا يمكن قبوا ذلك بالنسبة للأسرار التي تصل إلى علم البنك عرضا بحكم مهنته[2].

ب-نظرية عقد الوكالة :

ذهب بعض الفقه[3]إلى أن أساس التزام البنك بكتمان سر زبونه يستند إلى عقد وكالة[4] على اعتبار أن الوكيل يتصرف لمصلحة موكله،وأنه مما يتنافى مع الأداء الصحيح للوكالة أن يخل الوكيل بالتزامه بالسرية نحو موكله.فالبنك بصفته وكيلا يلتزم بالمحافظة على ما أودع لديه من أسرار، أو ما علم بها بمناسبة مهنته،إلا أن الفقيه Lambert انتقد هذا الرأي على 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 البنك و العميل، كما أن أحكام الوكالة تتنافى مع استقلالية البنك في ممارسة أعماله. فالوكيل يخضع لإشراف موكله في انجاز الوكالة في حين أن البنك لا يتقيد في عمله بوجهة نظر العميل[5]،لذلك فان مفهوم الوكالة لا يعطي التفسير القانوني المطلوب إذ يفسح المجال للظن بأن الوكيل يكتفي بتنفيذ الأوامر، و التعليمات 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[6].

---

[1] نقادي حفيظ: المرجع السابق، ص85.

[2] أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص78.

[3]Emile Garçon : Code pénal, Annote, Paris,1956.

أشار إلى هذا الفقيه أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص78.

[4] عرف المشرع الجزائري الوكالة بموجب المادة 571 من القانون المدني بأنها: "عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل و باسمه".

[5] عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص43 .

[6] نعيم مغبغب: المرجع السابق، ص40.

ج-نظرية عقد إيجار الخدمة :

يؤسس هذا الرأي التزام البنك بالمحافظة على أسرار زبائنه على عقد إيجار الخدمة[1]،فقيل أنه بمجرد قبول البنك التعامل مع الزبون يلتزم بأن يبذل كل ما في وسعه في تنفيذ التزامه بخدمه هذا العميل، و عليه من أجل ذلك أن يحفظ الأسرار التي عهدت إليه من طرفه، أو التي علمها بمناسبة أداء مهامه[2].إلا أن هذه النظرية لم تلق قبولاً من طرف الفقه و نالت نفس الانتقادات الموجهة لسابقتها على اعتبار أن نشاط المصرف لا يتفق مع عقد إيجار الخدمة، كما أن الالتزام بكتمان السر البنكي لا ينتهي بأداء الخدمة المطلوبة بل يستمر إلى بعد ذلك [3].

د-نظرية العقد غير المسمى :

أمام هذه الاعتراضات وعدم كفاية النظريات السابقة في تفسيرها لطبيعة العقد الذي يربط البنك بالزبون رآى جانب آخر من الفقه الفرنسي على رأسه الأستاذBaudouin أن التزام البنك بالمحافظة على السر المهني ناتج عن عقد غير مسمى من نوع خاص يقوم على الرضا المتبادل بين البنك و العميل. فبمقتضاه يلتزم البنك كما يلتزم العميل بكل ما يمكن الارتباط به بينهما صراحة أو ضمناً، و لكل ما يترتب عن ذلك من الآثار التي يجيزها العرف و تقررها 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 القعود المدنية نظراً لطبيعته النظامية المتعلقة بالنظام العام الثانوي، و ينتهي هذا الفقيه إلى أن العقد هو الذي ينظم علاقة البنك بالعميل إلا أن المجتمع يتدخل بتدابير معينة لحمايته، و يأتي بجزاء جنائي عند الإخلال به لما يترتب عن ذلك من إخلال بالثقة التي ينبغي أن تتوافر في العمل المصرفي[4].

ثانيا : نتائج النظرية العقدية

---

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

[2] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص46

[3] أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص79 .

[4] عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص46 .

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

أ-جواز إفشاء السر البنكي بإرادة الأطراف :

باعتبار أن السر البنكي يستند إلى رابطة عقدية بين البنك و الزبون فغنه يكون من الضروري لإمكانية إفشائه توافر رضا الطرفين، فرضا الزبون ليس له أي أثر إلا من جانب واحد و لا يعد كافياًلإعفاء البنك من هذا الالتزام لأن إرادته لم تصدر لتلتحمبإرادة الزبون، إلا إذا كان هذا الأخير هو الذي طلب الإفشاء من البنك فيكون للبنك هنا الحق في الإفشاء، و متى فعل ذلك لا تقوم مسؤوليته[1].فالإرادةإذن هي سبب وجود هذا الالتزام و هي سبب رفعه متى اتجهت إلى ذلك[2] .

ب-الصفة النسبية للسر البنكي :

لقد استهدف أنصار هذه النظرية نتيجة هامة هي جعل السر البنكي نسبي و ليس 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 عدماص، و القول بإمكانإعفاء البنك منه و التصريح له لأداء الشهادة أمام المحكمة دليل على فكرة النسبية النابعة من المفهوم التعاقدي[3].

ج-عدم جواز الاحتجاج بالسر البنكي أمام المحكمة :

---

[1] سعيد عبد اللطيف حسن: المرجع السابق، ص121 .لقد انتقد ديمارل هذه النتيجة و اعتبرها غير صحيحة على اعتبار أن الجريمة فعل يخل بالمجتمع، و بهذا 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] أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص83. و قد 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 و البنك يمكن من رفع سياج الصمت الذي يفرضه الالتزام بالسر المهني، و انتهى هذا الفقيه إلى تأييد النظرية باعتبارها تستجيب لمقتضيات العدالة و الوصول إلى الحقيقة.

يذهب أنصار هذه النظرية إلى أنه لا يوجد تناقض بين تجريم الإفشاء و الالتزام القائم على النظام العام بالنسبة لكل مواطن بتقديم شهاداته أمام المحكمة، فهنا يجب التمييز بين حالات يستطيع فيها البنك عدم الكلام، و حالات أخرى يستطيع أن يكسر حاجز الصمت[1]. لذلك يكاد أن يكون المبدأ إلزام البنك الذي استدعي إلى المحكمة الجزائية بمناسبة التحقيق في دعوى جزائية بالإفصاح عن تفاصيل المعاملات البنكية لزبائنه، و لا يقبل احتجاجه بالسر المهني مهما كانت المصلحة التي تربطه بهم، لأن المصلحة العامة هي التي تبرر هذه المخالفة و تقتضي عدم حجب أي عنصر قابل للإفصاح يسمح بإظهار الحقيقة[2].

ثالثا : تقييم النظرية العقدية :

لقد عرفت هذه النظرية رواجا كبيرا خلال القرن 19 نظرا لتكريسها للأفكار الليبرالية ومهما يكن تكييف العقد الذي يربط البنك بالزبون كانتتهدف هذه النظرية إلى جعل السر البنكي قابلا للإفشاء، إلا أنها أهملت بسرعة نظرا لارتكازها على المصلحة الخاصة لمودع السر[3]، فقد انتقدبعض الفقههذه النظرية منكرا الطابع الجنائي للخطأ و فكرة تحديد الالتزامات بصراحة من قبل الأطراف في العقد البنكيفالسر البنكي 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 البنك خلال المرحلة ما قبل التعاقدية، لذلك لا يتخذ هذا الالتزام شكلا تعاقديا إذا لم ينص عليه صراحة في العقد[4].

و قد انتقد الفقيه "ديمارل" أيضا هذه النظرية لكونها تفترض وجود عقد ضمني بين البنك و الزبون حول السر، و هذا ما لا يتفق مع الواقع اللهم إذا كانت العلاقة القائمة بينهما تجمع كل عناصر العقد [5]،و من جهة أخرى فإنه طبقا لهذه النظرية لا يكون الإفشاء مباحا إلا

---

[1] أحمد كامل سلامة: المرجع نفسه، ص84.

[2] سعيد عبد اللطيف حسن: المرجع السابق، ص138 .

[3]Pierre Lambert : op.cit, p.19.

[4] Anne Tessier : op.cit, p.41.

[5] أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص84. إن العقد يتطلب لقيامه الإرادة الحرة، و الأهلية و السبب و المحل بشروطهم الضرورية، لكن السر قد يتعلق بشخص غير كامل الأهلية و قد يكون موضوعه مخالف للنظام العام و الآداب العامة .

بموافقة مودع السر، و لكن الأمر يختلف عندما يلحق الإفشاء آثارا سيئة بالغير، و يرى نفس الفقيه أيضا أن رضا العميل بإفشاء السر لا يمحو عن الفعل الصفة الجنائية.فالإفشاء يبقى جريمة كونه يضر بالشخص والمجتمع، و رضا الزبون إذا كان يمحو الضرر الفردي إلا أن الضرر الاجتماعي يبقى مبررا لتوقيع العقاب لأن هذا الفعل يضر بالنظام العام من أجل ذلك جرمه القانون، و ليس 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 و كرامة المهنة المصرفية،و لقد ذهب الفقيه Baudouin إلى القول بأن فكرة العقد ليست ضرورية لتفسير مسؤولية البنك طالما يمكن اللجوء إلى الخطأ المدني أو المسؤولية التقصيرية، و من جهة أخرى فان هذه النظرية لا تفسر لنا حالة البنك الذي يرفض القضاء دفعه بالسر البنكي، و يطلب منه أداء الشهادة عن وقائع عرفها أثناء ممارسة المهنة[3]، كما أن أنصار هذه النظرية تجاهلوا أن نتائجه تجاوز مصالح الأطرافأنفسهم فللمجتمع مصلحة في تنفيذ هذا العقد، و إذا كان الالتزام بالسر البنكي يقوم على أساس العقد لترتب على ذلك إمكان قيام الطرفين بتعديل مضمونه و هذا غير جائز[4]، إضافة إلى ذلك إن هذا الالتزام ينشأ على عاتق البنك منذ توليه لوظيفته بغض النظر عن إبرامه عقدا مع العميل أو لا.[5]

نتيجة للانتقادات السابقة التي وجهت لهذه النظرية بسبب مناداتها بأن الالتزام بالسر البنكي يتولد عن عقد بين البنك و العميل اتجه جانب من الفقه إلى تأسيس هذا الالتزام على المسؤولية التقصيرية.

البند الثاني: المسؤولية التقصيرية أساس الالتزام بالسر البنكي

---

[1] سعيد عبد الطيف حسن: المرجع السابق، ص140.

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

أشار إلى هذا الحكم أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص80.

[3] عنان داود: المرجع السابق، ص65.

[4] أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص85 .

[5] عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص19.

كان من نتيجة عدم كفاية النظرية العقدية كأساس لمسؤولية البنك عن إفشاء السر البنكي أن اتجه بعض الفقه في فرنساعلى رأسهم الفقيه Robert Henrion إلى إيجاد أساس آخر، يتمثل في أن أساس التزام البنوك بكتمان أسرار زبائنها يكمن في التزام مستمد من نص القانون قوامه الامتناع عن الإضرار بالزبون عن طريق إفشاء أسراره.

أولا: مضمون نظرية المسؤولية التقصيرية أساس الالتزامبالسر البنكي

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

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

---

[1] Anne Tessier : op.cit, p.41.

[2]أنظر المادة 124 من القانون المدني و تقابلها 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] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص49 .

[4] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع نفسه، ص50 .

بإرادته الذاتية و كذا القول بكل ما يرتبط بذمته المالية. فولوج هذه الإرادة و إفشاء أشياء مفترض أن تبقى سرية يشكل دون شك خطأ يؤدي إلى المساس بحقوقه،فإذا أفشى البنك بأسرار زبونه فإن ذلك يفتح المجال أمام هذا الأخير لمساءلته مدنيا بغض النظر عما إذا كان بينهما عقدا أم لا، و لقد اعتبر بعض الفقه أن هذه النظرية مكملة لنظرية العقد في القصور الذي يشوب الأخيرة في تفسير بعض الأمثلة، و في 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، و يبقى الشخص المخل بهذا الالتزام مسؤولا و يقع على عاتقه واجب التعويض عن الضرر الذي سببه للغير.

ثانيا : تقييم نظرية المسؤولية التقصيرية أساس الالتزام بالسر البنكي

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 البنكي التزاما بالامتناع عن عمل أساسه المسؤولية التقصيرية لكان الجزاء المترتب لا مجرد التعويض بل إزالة الضرر ذاته و هو حل قد يستحيل الأخذ به[2]،من جهة أخرى لو تم التسليم بوجود التزام يقع على عاتق البنك بعدم الإفشاء أفلا يعني ذلك الالتزام بذلك القيد بصفة مطلقة ؟ في الواقع إن أنصار هذه النظرية أنفسهم اتجهوا إلى أن السر البنكي ليس مطلقا بل نسبي يقبل دائما الاستثناء الذي تفرضه دواعي التطبيق العملي[3].

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

---

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

أشار إلى هذا الفقيه نعيم مغبغب: المرجع السابق، ص42.

[2] عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص52 .

[3] عادل جبري محمد حبيب: المرجع نفسه، ص 53.

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

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

البند الأول : مضمون نظرية المصلحة العامة أساس الالتزام بالسر البنكي

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[1]، فالنظام العام فكرة قوامها المصلحة العامة و قد اختلفت آراء الفقهاء كثيرا حولتعريفه و تحديد نطاقه، إلا أنها تدور جميعها حول المصلحة العليا للمجتمع سواء أكانت اقتصادية، أواجتماعية أو سياسية أو أدبية[2].

تعتبر هذه النظرية معاكسة للنظريات السابقة لها في مبادئها و من أشهر أنصارها الفقيه CharlesMuteau.بمقتضاها يقوم الأساس القانوني للسر البنكي على المصلحة الاجتماعية ذلك أن القانون لما جرم إفشاءه قصد بذلك حماية الشخص الذي أمن سره و جميع المواطنين، لذلك فهو يقدم لهم حماية و ألفة ملائمة لإجراء عملياتهم المالية، و بهذا تكون الثقة العامة هي التي دفعت بالمشرع إلى تجريم فعل الإفشاء لأن إفشاء الأسرار دون موافقة صاحبه يؤدي إلى أزمة تزعزع ثقة المواطنين اتجاه البنوك التي اعتادوا التعامل معها، و بهذا قد يمتنعون عن اللجوء إليها فيما بعد[3]. فغاية النص الجنائي تمثلت في المحافظة على الثقة المفروضة على بعض المهنيين في المجتمع[4]، فأساس الالتزام بالسر البنكي هو النظام العام و ليس ذلك العقد المبرم بين البنك و العميل و ذلك للاعتبارات التالية :

---

[1] نقادي حفيظ: المرجع السابق، ص83.

[2]محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص50. يعتبر من النظام العام الحريات كالحرية الشخصية و حرية التنقل و حقوق و واجبات العمال و قوانين التسعير الإجباري و غيرها، ففكرة النظام العام واسعة و لا يمكن حصرها في أمور معينة لكن يمكن وضع أطر عامة لها تجب مراعاتها و كل تصرف مخالف لها جزاءه البطلان .

[3]Pierre Lambert : op.cit, p.19.

[4] Philipe Conte : op.cit, p.195-196.

أولا: إن المصلحة العامة تقتضي أن يجد العميل مصرفاً أميناً يستطيع التعامل معه دون خوف على أسراره المالية، و ذلك لما لهذه المهنة من دور مهم في المجتمعو هو دور لا يمكن الاستغناء عنه، فإذا خشي الأفراد من التوجه إلى المصرف خوفا على أسرارهم فإن ذلك يلحق أضراربالمجتمع[1]، فالمصلحة الاجتماعية تتحقق عندما يزدهر النشاط الاقتصادي و العمليات التجارية، و التي بدون البنوك لا مجال لإتمامها.فعلى المستوى الداخلي للدولة يؤكد السر البنكي النظام الليبرالي و الديمقراطي لها، أما على المستوى الخارجي فهو يعزز من مكانتها في المجتمع الدولي باعتباره الشرط الاستراتيجي للاقتصاد[2] .

ثانيا: من أجل تدعيم الثقة في ممارسة المهنة المصرفية تحرص التشريعات على خلق جو من الثقة المتبادلة بين العميل و البنك، و هذه الثقة لن تتحقق إلاإذا كان للفرد ضمان خلقي و قانوني في أن لا يكشف البنك أسراره المالية، و السماح له بذلك يقلل من أهمية هذه المهنة، فالسر المهني ضرورة اجتماعية و المحافظة عليه لها نفس الصفةلأنهاأمر لازم يمثل ذراعاً وافياص للعميل الذي عهد بأمره إلى و مصالحه للبنك من أجل كتمانها[3].

و ما هو جدير بالذكر أن للمجتمع ككل مصلحة في مراعاة هذا الالتزام فطبيعة السر البنكي تكشف عن أن نطاقه يتجاوز مفهوم العقد، كما أن نتائج العقد المزعوم تتجاوز مصالح المتعاقدين لتعلقها بالمجتمع بطريق مباشر أو غير مباشر، و من ثم يرى أنصار هذه النظرية أن النظام الاجتماعي كأساس للسر البنكي لا يثير أي شك[4]، و قد أخذت العديد من التشريعات بهذا الاتجاه كالمشرع السويسري، و المشرع البلجيكي الذي نص خلال الأعمال التحضيرية لقانون العقوبات البلجيكي لسنة 1867 بأنه : " يمنع على المهنيين الملزمين بالسر المهني أن يفشوا أسرار زبائنهم عند استدعائهم أمام المحاكم على اعتبار أن المصلحة العامة أعلى من المصلحة الخاصة، و لا يتعرضوا لأية عقوبة في هذه الحالة "[5]،

---

[1] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص51 .

[2]Raymond Farhat : op.cit, p.59.

[3] عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص43.

[4] أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص87.

[5] Pierre Lambert : op.cit, p.20.

و التشريع في لكسمبورغ إذ أكدت الأعمال التحضيرية لقانون القطاع المالي و المصرفي الصادر في 1993/04/05 على الصفة المطلقة لهذا السر و اعتبرته من النظام العام[1].

كما سار على نفس النهج أيضا القضاء الفرنسي فمنذ القرن التاسع عشر أكدت المحاكم الفرنسية على الطابع المطلق للسر المهني حفاظاً على مصلحة المهنة، و سلمت نتيجة لذلك بتعلق هذا الالتزام بالنظام،فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 1905/02/20 بأن "السر المهني ليس امتيازا يمنح لبعض الأشخاص ....و إن كان القانون يعاقب على إفشاء الأسرار فانه يقصد بذلك حماية المصلحة العامة القائمة على الثقة التي يجب أن يشعر بها المجتمع اتجاه بعض المهنيين...."[2]،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[3]،و بهذا فان السر البنكي لا يهم فقط البنك و زبونه بل يهم المجتمع ككل.

و قد سبق للقضاء البلجيكي أن قبل فكرة اعتبار السر المهني من النظام العام لكن دون أن يكون سرا مطلقا[4]، و اعتبر أن أسباب الإباحة العامة كحالة الضرورة يمكن أن تؤدي إلى رفعه، وبهذا تعتبر نظرية السر المطلق كغيرها من النظريات غير مقنعة طالما أنكرت فكرة أن السر المهني تقرر لحماية المصلحة الخاصة و العامة معا، كما أكدت محكمة استئناف لكسمبورغفي أحد قراراتها على واجب احترام السر البنكي باعتباره من النظام العام[5].

---

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

[2]Cité par Pierre Lambert :op.cit, p. 21.

[3] أشار إلى هذا القرار سعيد عبد الطيف حسن: المرجع السابق، ص151 .

[4]Cass.B,13/05/1987, R.C.J.B,1989, p.588.

[5]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.… » .

و هذا ما دفع بالفقيه Henri De Page[1]إلى اعتبار السر المهني ذلك السر الذي يمس المصلحة المهمة للدولة و الجماعة، و يحدد القواعد القانونية الأساسية التي يرتكز عليها النظام الاقتصادي و الأخلاقي للدولة، فهو بذلك من الأمور التي تهم الجسم الاجتماعي ككل، و يعد من قبيل النظام العام أن تمارس المهنة على النحو الذي يحقق لها أقصى فعالية[2].

البند الثاني : نتائج نظرية المصلحة العامة أساس الالتزام بالسر البنكي

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

أولا: الصفة المطلقة للسر البنكي :

أهم نتيجة توصل إليها أنصار هذه النظرية هي اعتبار السر البنكي سرا مطلقا. فالبنك ملزم بالصمت في كل الظروف بالنسبة للوقائع التي علمها عن عميله أثناء ممارستهلمهنته حتى و لو 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 و هو بذلك جريمة اجتماعية[3]، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الطبيب الذي يفشي سرا لمصلحة المريض يعاقب على هذا الإفشاء[4].

ثانيا: عدم جواز التصريح للبنك بالإفشاء :

طالما أن السر البنكي مقررا لمصلحة المجتمع فلا يمكن القول بأن الزبون مهما كانت مصلحته يستطيع إعفاء البنك منه، إذ لا يجب أن تعلو إرادة هذا الأخير على إرادة القانون مهما كانت الظروف[5]، و إذا كان الفقه و القضاء قد أكدا على أن النظام العام و المصلحة

---

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

[2] عنان داود: المرجع السابق، ص50.

[3] سعيد عبد اللطيف حسن: المرجع السابق، ص161 .

[4] Cass.crim09/11/1901.D.P.1902-1-235..91 أشار إلى هذا القرار أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص

[5] أحمد كامل سلامة: المرجع انفسه، ص92 .

العامة، وراء تكريس السر البنكي فيكون من المنطقي أن يُمنع إفشاءه مهما كانت الأسباب[1].

ثالثا: الحق في الصمت :

لقد ذهب الفقيه Pimientaإلىأن النظام العام ليس إلا مفهوما مرنا يتماشى مع الصور المختلفة للنشاط الفردي[2]، فإذا كان رضا الزبون للإفشاء ضروريا إلا أنه لا يكفي لتبرير هذا الفعل لأن الحق في كتمان السر البنكي لصالح الجماعة، و لذلك فإن العميل لا يملك أن يصرح للبنك بإفشائه.

رابعا: عدم جواز الإدلاء بالشهادة أمام المحاكم أو تبليغ السلطات عن الجرائم :

من نتائج هذه النظرية إلزام البنك بكتمان السر حتى و لو استدعي أمامالقضاء لأداء الشهادة أو التبليغ عن الجرائم التي اكتشفها بمناسبة قيامه بمهامه،و لو أكرهه القاضي على الكلام، كما لا يستطيع البنك إفشاء السر حتى و لو في معرض الدفاع عن نفسه حتى و لو ترتب على ذلك قيام مسؤوليته[3].

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

البند الثالث : تقييم نظرية المصلحة العامة أساس الالتزام بالسر البنكي

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

---

[1] عنان داود: المرجع السابق، ص54.

[2] أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص93 .

[3] سعيد عبد اللطيف حسن: المرجع السابق، ص156.

أولا: إن فكرة النظام العام نسبية من حيث الزمان و المكان، كما أنها تختلف من دولة إلى أخرى حسب الظروف الاقتصادية، و الاجتماعية، و الثقافية، و الفلسفية، و الدينية بل و تختلف حتى في نفس الدولة بسبب اختلاف الزمان[1]، فأنصار هذه النظرية لم يحددوا بوضوح ما المقصود بالنظام العام، و هل هو مطلق لا يمكن الخروج بمقتضاه عن الالتزام بالسر مهما كانت الدوافع و الأسباب و لو أضر بمصلحة اجتماعية أخرى؟ و إذا 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 و الخروج عنه تحقيقا لمصالح اجتماعية أخرى، وهل هذا النظام داخلي للدولة أم دولي؟ .

ثانيا: 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] .

ثالثا: إن تأسيس الالتزام بالسر البنكي على النظام العام يعطي الأولوية للحق في الصمت على الالتزام بالصمت مما يعطي للبنك فرصة الاحتجاج، و الاحتماء خلف الصمت المطلق لحماية نفسه من أية دعوى قد تقام عليه تستراً على خطئه المهني و دفاعاً عن مصالحه الشخصية لا مصلحة العميل، و بهذا يتمكن من الإفلات من المسؤولية و من ثم تؤدي هذه النظرية إلى البعد عن الهدف الذي تقررت حماية السر البنكي لأجله و الوظيفة التي يؤديها هذا الأخير في الحياة الاجتماعية[3] .

رابعا: لقد بالغ أنصار هذه النظرية في الصفة المطلقة للسر البنكي و هذا الأمر يتعارض مع إمكان رفعه للأسباب التي يحددها القانون أو يستحدثها القضاء، فبالرغم من

---

[1] علي فيلالي:الالتزامات، النظرية العامة للعقد، مطبعة الكاهنة، الجزائر، بدون طبعة، 1997 ،ص208 .بشكل عام تضيق دائرة النظام العام في المجتمعات التي تتبني النزعة الفردية، و تتسع في الدول الاشتراكية التي تتدخل الدولة في مناحي الحياة فيها بشكل كبير .

[2] Pierre Lambert : op.cit, p.22.

[3] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص53، و في هذا الصدد قد اعتبر الأستاذ René Savatier بأن.السر المهني المطلق لا يتماشى مع الواقع العملي أو الحقيقة.

تعلق السر بالنظام العام إلا أنه يجب أن يبقى دائما نسبيا يخضع دائما لبعض الاستثناءات التي تفرضها دواعي المصلحة العامة الأجدر بالحماية[1].

خامسا:إن الأخذ بهذه النظريةيحول في بعض الأحيان دون الكشف عن الحقائق و يمنع تحقيق العدالة في المجتمع، كما في حالة الكسب غير المشروع فمصلحة المجتمع هنا كشف الفساد و ليس التستر عليه فدرء المفاسد أولى من جلب المنافع، و عليه 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[2].

سادسا: إن التمسك بالنظام العام كأساس الالتزام بالسر البنكي يحرم الزبون من حقه في إعفاء البنك من هذا الالتزامو هذا ما يؤدي يؤدي إلى تنازع بين مصلحة العميل و مصلحة المجتمع، فيصعب التوفيق بينهما حيث تغلب المصلحة العامة على الخاصة[3]، لهذا اضطر أنصار هذه النظرية بالرغم من إنكارهم لفكرة العقد كأساس للالتزام بالسر البنكي إلى التسليم بفكرة الرخصة الممنوحة لصاحب السر بأن يزيل سريته، مع عجزهم عن تبرير هذه الرخصة دون الاستناد إلى فكرة العقد[4].

و بهذا فالنظام العام يبدو سلاحا ذو حدين يستخدم أحيانا في تقوية سلطة السر البنكي و لكنه 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 تحقيقاًللمصلحة العامة، فلا يمكننا إنكار أن نظرية النظام العام تحقق احتراماً أكيداً للسر البنكي، و تؤدي إلى حماية الثقة المفترضة في المهنة المصرفية. إلا أنها قد تشددت في تطبيق السرية المطلقة، و لعل هذا ما أدى بالفقه إلى البحث عن أساس جديد لهذاالالتزام عن طريق التوفيق بين النظريتين السابقتين و هذا ما سنتناوله فيما يلي:

الفرع الثالث : النظرية التوفيقية

---

[1] سعيد عبد اللطيف حسن: المرجع السابق، ص158 .

[2] محمود صالح العادلي: المرجع السابق، ص47-48.

[3] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص54 .

[4] نقادي حفيظ: المرجع السابق، ص83.

نظرا للانتقادات التي وجهت إلى النظريات السابقة اتجه جانب من الفقه إلى تأسيس السر البنكي على أساس توفيقي بين نظريتي العقد و النظام العام، و ذلك عن طريق المحافظة على فكرة العقد التي يترتب عنها نسبية السر البنكي و ربطها بنظرية النظام العام، لذلك سوف نقوم بعرض النظرية (البند الأول) ثمنبين نتائجها (البند الثاني).

البند الأول : مضمون النظرية التوفيقية

إن نظرية النظام العام التي تؤسس السر البنكي على المصلحة الاجتماعية العامةتجعل من الثقة الهدف الأساسي الذي قصده المشرع من وراء تجريم فعل الإفشاء. إلا أن إضفاء الصفة المطلقة على السر البنكي ينتج عنه أحياناً تنازع بينه وبين مصالح اجتماعية أخرى على اعتبار أن المصالح تختلف من حيث قيمتها و أهميتها[1]، فإذا كانت حماية القانون للالتزام بالسر البنكي تستند إلى مصلحة اعترف بها القانون فانه إذا وجدت مصلحة أعلى منها، توجب الإفشاء، و يعترف بها القانون أيضا فيكون من الأولى هنا الإفشاء تحقيقا لهذه المصلحة العليا، و يعتبر ذلك سبباً من أسباب الإباحةيضفي على هذا الفعل صفة المشروعية،فاعتبار السر البنكي سراً مطلقاً يتعارض مع إمكانية رفعه في الحالات التي يتطلبها القانون[2].

لهذا الغرض تقضي هذه النظرية بوجود عقد غير مسمى بين البنك و الزبون مع إثبات تعلقه بالنظام العام كسائر العقود الواردة في القانون المدني، إلا أن المشرع رآى ضرورة حاجة المجتمع لحماية هذا العقد و ما قد يترتب من أضرار عن خرق الالتزامات الناشئة عنه كإهدار الثقة التي يوليها أفراد المجتمع في البنوك، فوسيلة المشرع في ذلك هي العقوبة الجنائية عند مخالفة هذا الالتزام. بالإضافة إلى العقوبة المدنية و الجزاء الجنائي[3]، و بناءاًعلى ذلك فإن الالتزام بالسر البنكي يرتكز على عقد يعاقب القانون الجنائي على مخالفته بسبب طبيعته النسبية و المتعلقة بالنظام العام، إلا أن هذا الالتزام قد يزول أمام

[1] سعيد عبد اللطيف حسن: المرجع السابق، ص158

[2] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص55.

[3] سعيد عبد اللطيف حسن: المرجع السابق، ص158.

مصلحة اجتماعية أعلى منه[1]، و إذا لم يوجد نص قانوني لحل هذا التنازع فإن ذلك يترك للمحاكم[2]، فإذا اكتشف البنك أن أموال زبونه مشبوه فيها أو أنها من مصدر غير مشروع فهل يتستر على هذه الحقيقة بحجة السر المهني 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[3]، ومن هنا يكون النظام العام النسبي هو الأساس الحقيقي للسر البنكي، و بذلك تكون المصلحة العامة هي أساس الالتزام بهذا السر في النهاية طالما أنها هي المبرر الوحيد للخروج عنه، كما أن للعميل مصلحة حقيقية في إبقاء أمره سراً فيجب أن يدور هذا الالتزام مع مصلحته وجوداً أو عدماً[4].

فالرأي السائد إذن هو تأسيس التزام البنوك بالمحافظة على أسرار زبائنها على العقد و القانون، فإذا أبرم العميل عقداً مع البنك وأفضى له بسره فهنا ينشأ الالتزام بحفظ السر من العقد، أما إذالم يكن بينهما عقد كأن يكون العميل ناقص الأهلية أو عديمها، فإن الالتزام هنا ينشأ من مبدأ احترام الحياة الخاصة للفرد و التقيد به الذي يعد من النظام العام[5]، و قد سبق للقضاء الفرنسي أن أيد هذه النظرية و أكد في أحكامه على نسبية السر المهني، من ذلك الحكم الصادر عن محكمة Douai في 1931/10/26 و الذي 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 و الموازنة بين ما

---

[1] بوزونون سعيدة:المرجع السابق، ص17.

[2] أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص98.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.

[3] أنظر المادة 117 من قانون النقد و القرض الجزائري، و المادة 33/511 من قانون النقد و المالية الفرنسي.

[4] أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص99، يرى الفقيه جارسون في هذا الصدد بأن عيب النظريات السابقة هو إرادتها لإخضاع لمبدأ واحد أسرارمهن مختلفة في طبيعتها و خصائصها، 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.

[5] عنان داود: المرجع السابق، ص68.

يصلحأن تنظر فيه المحكمة يقود إلى الترخيص بإفشاء الواقعة من المهني المدعى عليه أمام العدالة من أجل خطأ مهني..."[1].

البند الثاني : نتائج النظرية التوفيقية

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

أولا: رفع السر البنكي بأمر القانون :

من أهم النتائج التي تترتب على اعتبار النظام العام النسبي أساسا للالتزام بالسر البنكي هي إمكانية رفع هذا السر بأمر القانون نتيجة للموازنة بين المصالح، فكلما وجد تنازع بين مصالح ترجح إحداها و تعتبر هي الأجدر بالحمايةيتدخل القانون لتقرير رفع السرية، فقد تواجه مصلحة الزبون أحيانا مصلحة أكبر هي المصلحة العامة للمجتمع و أمام هذه الوضعية فضل المشرع تغليب الصالح العام على المصلحة الخاصة للزبون، و من جهة أخرى قد يحدث تنازع بين المصالح الاجتماعية المختلفة و عند الموازنة بينها نجد أنها تسمو على بعضها البعض مما يستدعي ترجيح المصلحة الأجدر بالحماية[2]،و بهذا تكون قاعدة السرية المصرفية ليست مطلقة بل تعرف العديد من الاستثناءات التي أجازتها معظم التشريعات، و أباحت فيها الكشف عن المعلومات الخاصة بالعملاء و إن كانت ذات طابع سري لضرورة المصلحة العامة و النظام العام[3].

ثانيا: جواز إفشاء السر بإرادة العميل :

---

[1] أشار إلى هذا الحكم سعيد عبد اللطيف حسن: المرجع السابق، ص170-171. و قد أيد الفقيه Charmantier هذه النظرية باعتبارها الفكرة المقبولة من الناحية الاجتماعية و القانونية لأنها تستجيب لمقتضيات العدالة، و تسمح بالوصول إلى الحقيقة و الإبلاغ عن الجرائم.

[2] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص55. يعتبر الإفشاء في هذه الحالة سبب من أسباب الإباحة بحيث يضفي على هذا الفعل صفة المشروعية، فلا تقوم مسؤولية البنك في هذه الحالة طالما أن الإفشاء استهدف تحقيق مصلحة عليا أجدر بالحماية .

[3] عبد القادر العطير: المرجع السابق، ص31.

إذا كانت للعميل مصلحة حقيقية في إفشاء السرو رغب في إعفاء البنك منه يجب احترام هذه الرغبة لأن العميل إذا كان يستطيع إفشاء سره بنفسه فيجوز له التصريح بذلك للبنك من باب أولى[1]، و يستوي في ذلك أن يكون القبول صريحا أو ضمنيا غير أنه أذا لم يقبل العميل بالإفشاء فإن ذلك يشكل جريمة في حق البنك[2] .

الفرع الثالث : موقف المشرع الجزائري من النظريات السابقة

لقد جرم المشرع الجزائري إفشاء السر المهني في المادة 301 من قانون العقوبات التي تعادل المادة 226-13 حرفيا من قانون العقوبات الفرنسي، و قد جاء فيها ما يلي:"يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر، و بغرامة مالية من 20.000 إلى 100.000 دج الأطباء، و الجراحون، و الصيادلة، و القابلات، و جميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلي بها إليهم و أفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم القانون إفشاءها و يصرح 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[3]، و بهذا 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 المهني يجوز إفشاؤه بأمر من القانون تحقيقا للمصلحة العامة، و لقد أورد المشرع في المادة 117 من قانون النقد و القرض مجموعة من الاستثناءات التي لا يحتج فيها بالسر البنكي اتجاه بعض الهيئات و السلطات وهي :

---

[1] أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص99 .

[2] سعيد عبد اللطيف حسن: المرجع السابق، ص170.

[3] نقادي حفيظ: المرجع السابق، ص84 .

-السلطات العمومية المخولة بتعيين القائمين بإدارة البنوك و المؤسسات المالية .

-السلطات القضائية التي تعمل في أطارإجراء جزائي .

-السلطات العمومية الملزمة بتبليغ المعلومات إلى المؤسسات الدولية المؤهلة لا سيما في أطار محاربة الرشوة و تبييض الأموال و تمويل الإرهاب .

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

و لهذا إن الالتزام بالسر البنكي يحمي المصالح العمومية فهو من جهة يعزز ثقة الزبون بالبنك الذي يتعامل معه، و بهذا تتحقق مصلحة الزبون في إبقاء أموره سرية كما تتحقق مصلحة المجتمع من جهة أخرى إذ تسود الثقة و الأمان 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 البنكي لكنه ليس سرا مطلقا بل نسبي يقوم على نظام عام نسبي، و يزول كلما استدعت المصلحة العامة ذلك لكن إلى أي مدى يمكن أن يصل هذا الالتزام؟ هذا ما سنتطرق له بالتفصيل في المطلب الثاني.

المطلب الثاني : النطاق القانوني للسر البنكي

إن دراسة النطاق القانوني للسر المهني للبنوك يستلزم التطرق أولا للنطاق الشخصي لهذا السر أي تحديد الأشخاص الذين يعتبرون أطرافا في هذا الالتزام (الفرع الأول)، ثم التطرق للنطاق الموضوعي له و ذلك بتحديد المعلومات و البياناتالتي يلتزم البنك بعدم إفشائها (الفرع الثاني)، و أخيرا لا بد من تحديد النطاق الزماني و المكاني لهذا السر أي المدى الزمني الذي يظل فيه هذا الالتزام ساريا، و الإطار الجغرافيالذي تطبق فيه القواعد القانونية المنظمة له (الفرع الثالث) .

الفرع الأول : النطاق الشخصي للسر البنكي

[1] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص29-30.

يتحدد النطاق الشخصي للسر البنكي من خلال التعرف على أطرافه فيما أن السر البنكي هو التزام فلا بد من وجود ملتزم و مستفيد، فالملتزم هو المدين بهذا الالتزام و هو البنك. أما المستفيد منه فهو الدائن به و هو العميل الذي له مصلحة في بقاء معلوماته في نطاق سري[1]، لهذا تقتضي منا الدراسة التعرف على المقصود بالبنك (البند الأول)و الأشخاص الملتزمين بالسر البنكي داخله، ثم التعرف على المقصود بالعميل (البند الثاني) و الأشخاص الذين لا يكتسبون هذه الصفة .

البند الأول : البنك

يعد البنك عاملاً أساسياً في تمويل المشاريع و المساهمة في ترقية المبادلات و الاقتصاد الوطني، فهو بذلك خلية أساسية لتنمية ثروات البلاد و جلب العملة الصعبة[2]، و قد أصبح المصرف معتبرا كمؤتمن ضروري بصورة أساسية سواء بالنسبة للفرد العادي أو بالنسبة للتجارة الداخلية و الخارجية.

أولا : مفهوم البنك

لتحديد مفهوم البنك يقتضي الأمر منا التعرف على المقصود منه، و الشروط الواجب توافرها في المؤسسة لتكتسب هذه الصفة، ثم التطرق للأساس القانوني الذي تستند إليه مشروعية عمل البنك.

أ: تعريف البنك

لقد اقترحت عدة معايير لتعريف البنك فالقرار الملكي البلجيكيالصادر في 1935/06/09 المتعلق بتنظيم البنوك كان السباق في هذا الصدد، حيث عرف البنوك بأنها تلك المؤسسات التي تستعمل في عملية الاقتراض و الاستثمار وسائل التمويل الملقاة بشكل ودائع أو قروض من الجمهور[3]، أما على المستوى التشريعي فبالرغم من اهتمام التشريعات بالنشاط البنكي إلا

---

[1]Raymond Farhat : op.cit, p.65.

[2] ياسين الطيب: النظام المصرفي الجزائري في مواجهة تحديات العولمة المالية، مجلة الباحث، كلية الحقوق جامعة ورقلة، العدد الثالث، 2004، ص49.

[3] أشار إلى هذا القرار نعيم مغبغب: المرجع السابق، ص135 .

أن البعض منها عكف على تعريف البنك، و قد عرفت المادة الأولى من القانون الفرنسي الصادر في 1941/06/13 البنوك بأنها " المؤسسات التي تتمثل مهمتها المعتادة في استقبال أموال من الجمهور في شكل ودائع أو غيرها و تستعملها في عملياتها المالية....."[1]،كما تم تعريفها بموجب المادة 2 من قانون البنوك لسنة 1984 بأنها "الأشخاص المعنوية التي يتمثل نشاطها المعتاد في القيام بعمليات البنوك"، بهذا لقد اشترطت هذه المادة في البنك أن يكون شخصاً معنوياً،لذلك يمنع ممارسة النشاط المصرفي من طرف الشركات الفعلية التي ليست لها الشخصية المعنوية[2].

بينما عرفت المادة 121 من قانون النقد و التسليف اللبناني لسنة 1964 البنك كالتالي:"تدعى مصرفاً المؤسسة التي موضوعها الأساسي أن تستعمل لحسابها الخاص في عمليات تسليف الأموال التي تتلقاها من الجمهور"، فوفقا لهذه المادة لكي تكتسب المؤسسة صفة البنك يجب أن يكون هدفها الرئيسي من تلقي ألأموال من الجمهور استعمالها لحسابها الخاص[3]، و بالنسبةللمشرع المصري فقد عرف البنك بموجب المادة 19 من القانون رقم163/57الصادر سنة 1957 بأنه :"كل شخص طبيعي أو اعتباري يكون عمله الرئيسي قبول الودائع من الجمهور تحت الطلب أو بعد أجل". أما التشريع الأردني فقد عرفه كل من قانون أعمال الصرافة رقم 26/92لسنة 1992 و قانون البنك المركزي رقم 23/71 لسنة 1971 بأنه :"الشركة التي رخص لها بتعاطي الأعمال المصرفية وفق أحكام القانون"[4].

---

[1]Anne Teissier : op.cit, p.56.

Art 1 " sont considérés comme banques, les entreprises ou établissements qui font profession habituelle de recevoir du public, sous forme de dépôt ou autrement, des fonds qu'ils emploient pour leur propre compte, en opérations d'escompte, en opérations de crédit ou en opérations financières "

[2]Anne Teissier :ibid, p.56.

[3] نعيم مغغب: المرجع السابق، ص135.

[4] زياد سليم رمضان و محفوظ أحمد جودة: إدارة البنوك، دار المسيرة للنشر و التوزيع، عمان، الطبعة الثانية، 1996، ص16 .

أما المشرع الجزائري فقد عكف عن تعريف البنك في قانون النقد و القرض و اكتفىبتحديد العمليات التي يقوم بها هذا الأخير بمقتضى المادتين 66، 72[1]، كما جاء في نص المادة 70 منه ما يلي:"البنوك مخولة دون سواها بالقيام بجميع العمليات المبينة في المواد 66إلى68 بصفة مهنتها العادية "، و انطلاقا مما سبق عرف الدكتور محفوظ لعشب البنوك بأنها كل مؤسسة قرض تعمل لحسابها الخاص على سبيل المهنة و الاحتراف و تقوم أساساً بالعمليات الآتية :

-تجمع من الغير الأموال لتودعها مهما كانت المدة و تحت أي شكل كان.

-تمنح القروض .

-تقوم بعمليات الصرف و التجارة الخارجية في إطار القوانين السارية المفعول.

-تضمن وسائل الدفع[2] .

كما قد عرفه الدكتور ادوارد عيد بأنه مؤسسة مصرفية أي مشروعا يتكون من مجموعة أشخاص و أموال يجرى تنظيم العمل فيها وفقا لقواعد معينة بقصد تحقيق غرض معين[3]، و هو بذلك شخص معنوي يتمتع بالاستقلال المالي و هو يعد تاجرا في علاقاته مع الغير، و يجري عملياته و ينظم حساباته وفقا لما تنص عليه لقواعد التجارية و المصرفية و العرف التجاري، كما أنه وحدة خدمية تختص بالخدمات المالية و النقدية تحصل على عوائد هذه الخدمات من العمولات و الفوائد، و تهتم أساساً بالمحافظة على النقد لتأمين أساس نمو اقتصادي و اجتماعي دائم[4].

---

[1] تتمثل هذه العمليات أساساً في تلقي الأموال من الجمهور، و عمليات القرض، و كذا وضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن و إدارة هذه الوسائل، عمليات الصرف و توظيف القيم المنقولة، الاستشارة و المساعدة في مجال تسيير الممتلكات.

[2] محفوظ لعشب: الوجيز في القانون المصرفي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون طبعة، 2004، ص38 .

[3] أشارت إلى هذا التعريف هيام الجرد: المرجع السابق، ص18 .

[4] هيام الجرد: المرجع نفسه، ص17 .

وفقا لما سبق يعتبر البنك مؤسسة اقتصادية تتخذ من إيجار النقود حرفة، و تستخدم رؤوس الأموال المودعة لديها في العمليات البنكية، و هو بهذا المعنى المدين بحفظ السر و عدم الإفصاح عن شؤون العميل المالية التي يطلع عليها من خلال مهنته.

ب- شروط اكتساب المؤسسة صفة البنك :

لكي تكتسب المؤسسة صفة البنك يجب أن تشتمل على جملة من الشروط تتمثل أساساً فيما يلي:

1-يجب أن يتخذ المصرف شكل مؤسسة :

المؤسسة بالمفهوم المتعارف عليه هي مجموعة عناصر مادية و غير مادية منظمة و موجهة بإدارة بشرية من أجل تحقيق أهداف معينة[1]، و قد اعتبر المشرع الجزائريبنك الجزائر مؤسسة وطنية يتمتع بالشخصية المعنوية و الاستقلال المالي و يعد تاجراً في علاقاته مع الغير[2]، كما اشترطت المادة 83 من قانون النقد و القرض أن تؤسس البنوك و المؤسسات المالية الخاضعة للقانون الجزائري في شكل شركات مساهمة[3]، و يدرس المجلس جدوى اتخاذ بنك أو مؤسسة مالية شكل تعاضية، و هذا ما ذهب إليه أيضا المشرع الأردني الذي نص بموجب المادة 3 من قانون البنوك رقم 24/71 لسنة 1971 بأنه:" لا يجوز تعاطي الأعمال المصرفية إلا لبنك مرخص و لا يجوز إصدار الترخيص إلا لشركة مساهمة عامة"، و كذلك المشرع اللبناني الذي اشترط هو الآخر في المادة 129-1 من قانون النقد و التسليفضرورة إنشاء المصارف في شكل شركة مساهمة[4] .

2- أموال المصرف متلقاة من الجمهور:

---

[1] نعيم مغبغب : المرجع السابق، ص136 .

[2] أنظر المادة 9 من قانون النقد و القرض .

[3] تعتبر شركة المساهمة من شركات ألأموال، و قد تناول المشرع الجزائري تنظيم أحكامها في المواد من 592 إلى 715 مكرر29 من القانون التجاري، كما نصت المادة الثانية فقرة 13 من القانون التجاري على إضفاء الصبغة التجارية على أعمال البنوك .

[4] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر:المرجع السابق، ص58 .

تتألف هذه الأموال من مصادر وطنية أو أجنبية و باستطاعة المصارف أن تتلقى أموالا غير النقود لكن لا تستخدم في عمليات مصرفية، و قد عرف المشرع الجزائري الأموال المتلقاة من الجمهور تلك الأموال التي يتم تلقيها من الغير لا سيما في شكل ودائع، مع حق استعمالها لحساب من تلقاها شرط إعادتها، غير أنه لا تعتبر أموالا متلقاة من الجمهور الأموال المتلقاة أو المتبقية في الحساب و العائدة لمساهمين يملكون على الأقل خمسة في المائة من رأس المال، ولأعضاء مجلس الإدارة و المديرين و الأموال الناتجة عن قروض المساهمة[1]. في حين اعتبرها المشرع الفرنسي في المادة 2 من القانون الصادر سنة 1941 تلك الأموال التي تتلقاها بأي شكل كان المؤسسات، أو أي شخص آخر من قبل أشخاص ثالثين و لحسابهم على شرط إعادتها إليهم[2]، على عكس ذلك قد امتنع المشرع اللبناني عن تعريف الأموال المتلقاة من الجمهور و اكتفى بتعداد بعض الأمثلة عنها[3].

3-استعمال هذه الأموال في عمليات التسليف للحساب الخاص للمؤسسة :

لكي تعتبر المؤسسة مصرفاً بالمعنى الصحيح يجب أن يكون هدفها الرئيسي من استعمال الأموال المتلقاة منالجمهور القيام بعمليات التسليف لحسابها الخاص، و بالتالي يعتبر صلب وظيفة المصرف هي التوسط بين فئة الجمهور ليتلقى منه الأموال و فئة أخرى يقرضها هذه الأموال،و يرى البعضأن عمليات التسليف تشمل كل عمليات فتح الاعتمادات، و القروض لآجال قصيرة أو متوسطة أو طويلة، وكذلك كل الأساليب و الطرق التي يتبعها المصرف في هذا المجال[4].

ثانيا: الأساس القانوني لمشروعية عمل البنك

[1] أنظر المادة 67 من قانون النقد و القرض.

[2] نعيم مغبغب: المرجع السابق، ص136، هذا التحديد غير دقيق لأنه يؤدي إلى اعتبار كل مؤسسات التسليف التي تتلقى أموالا من الجمهور مصارف حتى ولو لم يشكل ذلك عملها الخاص.

[3] Raymond Farhat : op.cit, p.67.

[4] وصفي بيطار: مصارف و أوراق تجارية، الشركة العصرية للتجليد، لبنان، بدون طبعة،2005، ص،138.

يتمثل الأساس القانوني لعمل البنك في ذلك الترخيص الذي يمنح له من طرف السلطات المختصة لممارسة نشاطه المالي و ذلك للتأكد من توافر الشروط اللازمة لذلك، فقد نص المشرع الجزائري في المادة 82 من قانون النقد و القرض على أنه: "يجب أن يرخص المجلس بإنشاء أي بنك أو أي مؤسسة مالية يحكمها القانون الجزائري على أساس ملف ....."، كما أجازت الفقرة الثانية من المادة 83 من نفس القانون الترخيص بالمساهمات الأجنبية في البنوك و المؤسسات المالية التي يحكمها القانون الجزائري،و يجوز للمجلس أيضا أن يرخص بفتح فروع في الجزائر للبنوك و المؤسسات المالية الأجنبية مع مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل[1]، وقد اشترطت المادة 88 أيضا أن يتوافر لدى البنوك و المؤسسات المالية رأس مال مبرأ كلياً و نقداً ويعادل على الأقل المبلغ الذي يحدده نظام يتخذه المجلس .

و في نفس السياق نصت المادة الأولى من قانون سرية المصارف اللبناني الصادر في 1956/09/03 على أنه: "تخضع للسرية المهنية المصارف المؤسسة في لبنان في بشكل شركات مغفلة و فروع المصارف الأجنبية شرط الحصول على إذن خاص من وزير المالية يخولهم الاستفادة من هذا القانون". فحسب هذه المادة لا تستطيع كل المصارف العاملة في لبنان الاستفادة من السرية المصرفية قسم منها فقط يحق له التمتع بهذا النظام بعد تقديمه طلب بهذه الغاية إلى وزير المالية و الحصول على إذن منه[2].

و بالرجوع للتشريع الفرنسي يعتبر الترخيص الشرط الشكلي للاعتراف بالمؤسسة المالية، فقد ألزمت المادة 15 من قانون البنوك لسنة 1984 ضرورة الحصول على إذن من لجنة البنوك لممارسة النشاط المصرفي بفرنسا سواء تعلق الأمر بالبنوك الفرنسية أو الأجنبية، و قد استثنى هذا القانون من نطاق تطبيق أحكامه خزينة الدولة و الصندوق الوطني للودائع و الأمانات، و المصالح المالية للبريد لعدم تمتعها بالشخصية المعنوية[3].

---

[1] أنظرالمادة 85 من قانون النقد و القرض .

[2] نعيم مغبغب: المرجع السابق، ص135، تعدل هذا النظام الذي ترك للبنوك حرية الاستفادة من السرية البنكية بمقتضى قانون النقد و التسليف الصادر في سنة 1963، و الذي نص على أنه" من الآن فصاعدا يجب أن تؤسس كل المصارف اللبنانية بشكل شركات مساهمة ما عدا فروع الشركات الأجنبية و يجرى تسجيلها بعد توافر الشروط على لائحة المصارف لدى المصرف المركزي" .

[3]Anne Teissier : op.cit, p.59.

نستنتج مما سبق أن أغلب التشريعات تشترط مجموعة من الشروط في المؤسسة لاكتسابها صفة البنك، بالإضافة إلى حصولها على إذن أو ترخيص من السلطات المختصة لممارسة نشاطها المالي، و مجرد اكتسابها لهذا الإذن يعتبر امتيازا للبنك يؤدي إلى ازدهار أمواله وزبائنه لزيادة الثقة فيه.

ثالثا : الأشخاص الملزمون بكتمان السر البنكي داخل المصرف :

يلتزم البنكبحفظ السر باعتباره متعاقدا مع العميل بشكل مباشر لكن المصرف كشخص معنوي لا يستطيع أن يباشر نشاطه إلا بواسطة ممثليه وعماله، لهذا يقع عليهم هذا الالتزام حيث يلتزمون بعدم إفشاء السر الذي وصل إلى علمهم بمناسبة قيامهم بعملهم سواء كان هذا العمل رئيسياً أو ثانوياً[1]، و قد حددت بعض الدول الأشخاص الخاضعين للسر البنكي ضمن قوانينها، و إن كانت الدول التي نظمت السر البنكي ضمن قوانين خاصة جاءت أكثر وضوحا في ذلك كالتشريع السويسري و المصري و اللبناني.

و بالرجوع إلى نص المادة 117 من قانون النقد و القرض نجد أن الأشخاص الملزمين بكتمان السر البنكي همكالتالي :

-كل عضو في مجلس إدارة أو كل محافظ حسابات، و كل شخص يشارك أو شارك بأية طريقة كانت في تسيير بنك أو مؤسسة مالية أو كان أحد مستخدميها .

-كل شخص شارك أو يشارك في رقابة البنوك و المؤسسات المالية.

فالنص بهذا التحديد جاء عاما و شاملا لكل عمال البنك الذين يطلعون على أسرار الزبائن بداية من مديره، و رئيسه وأعضاء مجلس الإدارة، رؤساء الأقسام،و المستخدمين مهما كانت رتبتهم أو اختصاصهم. إذ لا يشترط لكتمان الموظف السر البنكي أن يكون من اختصاصه الاطلاع على هذا السر و حفظ المعلومات لأن هذا الالتزام ينشأ بمجرد وجود علاقة وظيفية تربطه البنك، و هو ليس التزام شخصي يقع على عاتق البنك بل هو التزام جماعي يقع على عاتق كل العمال الذين يمكنهم إبرام عمليات مع الزبونكالمستشارين الماليين و القانونيين

[1] عبد القادر العطير: المرجع السابق، ص96 .

المحامين الخبراء..الخ[1]، ذلك أن طبيعة العمل المصرفي عمل مركب يقوم به أكثر من موظف فيقوم أحدهم بقيد المبالغ سواء بالخصم أو الإضافة في أكثر من سجل، و تتداول شعارات الإضافة و الخصم في أكثر من يد ابتدءا من مدير الفرع حتى الساعي، و من ثم يكون من السهلعلى كل موظف أو عامل في أي قسم من أقسام البنك المختلفة أن يطلع أو يتعرف على معاملة خاصة بأي عميل[2].

إضافة للمصرف نفسه و مستخدميه هناك أشخاص ليسوا طرفاً مباشراً في العلاقة بين البنك و العميل لكن يمكنهم الاطلاع على أسرار العملاء بحكم وظائفهم، لذلك هم يلتزمون أيضا بحفظ السر المهني و من هذا القبيل نجد الأشخاص و الهيئات الرقابية كمحافظ الحسابات الذي أوكلت له مهمة الرقابة، و اللجنة المصرفية، و رجال الجمارك و الضرائب[3] .

يظهر لنا من خلال المادة 117 من قانون النقد و القرض أن المشرع وسع من النطاق الشخصي للالتزام بالسر البنكي إلى كل من يطلع بحكم مهنته، أو وظيفته بطريقة مباشرة أو غير مباشرة على البيانات و المعلومات المصرفية، و بهذا نكون قد تعرفنا على الطرف الأول الملتزم بالسر البنكي لنتطرق في البند الثاني للطرف الثاني و هو العميل أو الزبون.

البند الثاني : العميل

إن حرص البنك على حفظ السر البنكي إنما هو لتدعيم الثقة فيه الأمر الذي يؤدي إلى ازدهار نشاطه عن طريق زيادة عدد المتعاملين معه، فالعميل أو الزبون هو الطرف الثاني للالتزام بالسر البنكي و هو المستفيد المباشر منه طالما أن هذا السر تقرر لمصلحته .

أولا : تعريف العميل

لقد اختلفالفقهاء في تعريفهم للعميلنظراً لعدم وجود معيار دقيق يحكم من خلاله على الشخص فيما إذا كان عميلاً أو لاخاصة و أنه لا يوجد تعريف تشريعي للعميل فيالعديد من

---

[1]Raymond Farhat : op.cit, p.72.

[2] أسامة عبد الله قايد: المسؤولية الجنائية للبنك عن إفشاء سر المهنة، مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة و القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 10-12 ماي 2009، ص1695.

[3] Thierry Bonneau : Droit bancaire, Montchrestien, Paris, 6^{em} édition, 2005, p.301.

التشريعات التي تبنت مبدأ التزام البنوك بكتمان أسرار عملائها[1]، غير أن التقنين التجاري الموحد في الولايات المتحدة الأمريكية عرفه بموجب المادة 104-4 بأنه: " أي شخص لديه حساب مع البنك أو أنه الشخص الذي وافق البنك على تحصيل حقوق لصالحه و يشمل الأشخاص الطبيعيين و المعنويين"[2].

أمام هذا الفراغ القانوني فتح المجال للفقه و القضاء للاجتهاد في تحديد صفة عميل البنك، فقد عرفه الاجتهاد القضائي اللبناني ببيروت في القرار رقم501 الصادر في 1971/11/23كالأتي:"...و حيث أن الاجتهاد في لبنان اعتبر أن كل من يتصل بالمصرف اتصالاً مباشراً و لو لعملية واحدة، و لو لم يختر هذا المصرف بالذات زبوناً بمقتضى كتمان العمليات التي يقوم بها، و يكتسب بالتالي صفة الزبون منذ أول عملية يجريها مع المصرف، و هكذا يعتبر زبوناً من يتقدم إلى البنك لقبض تحويل أو مبلغ مودع في المصرف أو لقبض شيك يمثل مبلغا مودعا في هذا البنك "[3]،كما قضت محكمة التمييز اللبنانية في أحد قراراتها بأن السر البنكي ليس مطلوبا إلا بالنسبة لزبائن البنك، و لا يعتبر زبوناً للمصرف من يأتي لقبض شيكاً مسحوباً لأمره[4]، وقد قضت محكمة استئناف باريس بتاريخ 1936/03/17 بمسؤولية بنك دفع قيمة شيك مسطر لصالح حامله بناءاً على تقديم بطاقة لا تؤكد هويته، و اعتبرت بذلك أن البنك ارتكب خطأ لأن تقديم البطاقة الرمادية ليس كافيا لإعطاءصفة الزبون،بينما لم تشترط محكمة استئناف ليون في حكمها الصادر في 1950/03/02 في الشخص أن يكون صاحب حساب لدى البنك لكي يدفع له مقابل شيك مسطر، بل المهم لاكتساب صفة الزبون أن يتم التأكد من هويته و أهليته[5].

---

[1] كالتشريع المصري و السوري و اللبناني و الجزائري و الفرنسي.

[2] عبد القادر العطير: المرجع السابق، ص101، حسب التعريف السابق لا يعتبر عميلا للبنك إلا الشخص الذي توجه إلى البنك بقصد تكليفه بخدمات معينة ودخل مباشرة معه في علاقة مصرفية..

[3] أشار إلى هذا القرار محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص61. إن هذا القرار تبنى تحديداً واسعاًللعميل و كان ذلك لاعتبارات عملية فقد أراد بذلك التشدد في معاقبة مخالفي القانون و منتهكي قواعد السر البنكي، و جعل الزبون يشمل أكبر عدد من المتعاملين مع البنوك .

[4] محكمة التمييز اللبنانية (الغرفة الخامسة)، القرار رقم 116،الصادر في 1970/04/29 .

[5] CA Paris.17/03/1936,Dalloz, 1936.p.257.

CA Lyon. 02/03/1950. Cités par Raymond Farhat : op.cit, p.76.

أما بالنسبة للفقه قد انقسم إلى اتجاهين في تحديد صفة الزبون :

حيث تبنى الاتجاه الأول مفهوما واسعا لفكرة العميل و أعطى هذه الصفة لكل من تعامل مع البنك و لو بصورة غير مباشرة و مهما كان نوع و ظروف هذا التعامل، فيعتبر زبونا يستفيد من السرية المصرفية وفقا لهذا الاتجاه من يتقدم إلى البنك لاستلام حوالة أو خصم سند أو صرف شيك، و لا يشترط تكرارا الاتصال بالبنك كما لا يشترط وجود تعامل سابق معه،فالزبائن هم كل الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الذين تعاملوا مع البنك و لو لمرة ولو كان ذلك بصورة غير مباشرة أو عرضية[1]، و قد أخذت محكمة ليون المدنية بهذا الاتجاه في حكمها الصادر بتاريخ 1948/01/17 حيناعترفتبصفة الزبون لكل شخص عرف من طرف البنك سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، وحصلت المعرفة في هذه القضية عندما استقبل البنك حامل الشيك المسطر بواسطة أحد مستخدميه[2]، و قد أخذت بهذا الاتجاه الدول التي تبنت نظام السر البنكي المطلق كسويسرا و لبنان.

أما الاتجاه الثاني فقدأخذ بالمعنى الضيق للزبون و لم يعترف بهذه الصفة إلا للشخص الذي تعامل مع البنك بموجب عمليات سابقة و دائمة، فاكتساب هذه الصفة يبقى مقتصراً على من يعرفه البنك و سبق له أن تعامل معه، لهذا لا يعتبر عميلا السائح الذي يتجه للمصرف لمجرد صرف شيك سياحي أو لتبديل النقد لأن إرادته لم تتجه للدخول في علاقة مع البنك[3]. و بهذا يركز هذا الاتجاه على توافر إرادة العميل لإجراء العملية البنكية و كذا إرادة البنك للتعامل معه، و هو ما يفسر عدم اكتساب الشخص صفة العميل عندما يرفض البنك التعامل معه، أو من يدخل للمصرف بقصد السرقة أو العبث بأمواله أو لسحب شيك بدون رصيد على المصرف حتى و لو كان من زبائنه القدامى[4]، و قد سبق للقضاء الفرنسي أن أخذ بهذا الاتجاه في قراره الصادر في 1958/05/12 حيث فرضقيوداً لحصر المعيار

---

[1] عبد القادر العطير: المرجع السابق، ص102.

[2] Cité par Anne Teissier : op.cit, p.114.

[3] Anne Tessier : ibid, p.115.

[4] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص63 .

المعطى للزبون تمثلت في الأسبقية و الاستمرارية في علاقات الأعمال القائمة بين حامل الشيك المسطر و البنك[1].

وقد رجح العديد من الفقه[2]الاتجاه الضيق لمفهوم الزبون و اشترطوا لاكتساب هذه الصفة توافر إرادة الزبون لإجراء العملية البنكية،إذ أنه من غير المنطقي اعتبار الشخص الذي يتعامل مع البنك بصورة عارضة عميلاً طالما لم تتجه إرادته إلى إقامة علاقة معه، بل كان يسعى فقط إلى الحصول على الخدمة، كما يفترض أيضا لاكتساب هذه الصفة موافقة البنك على العملية.

و بالنسبة لموقف المشرع الجزائري فهو لم يعرف العميل في قانون النقد و القرض لذلك يصعبتحديد الاتجاه الذي أخذ به. غير أنه بالرجوع للمواد التي تحدد العمليات المصرفية يمكننا تحديد الأشخاص الذين يكتسبون هذه الصفة بطريقة غير مباشرةمتى لجأوا إلى البنك بقصد تنفيذها، وقبل البنك ما اتجهت إليه إرادتهم فقد نصت المادة 66 من قانون النقد و القرض على أن العمليات المصرفية تتضمن تلقي الأموال من الجمهور، و عمليات القرض و كذا وضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن و إدارة هذه الوسائل، بهذا يعتبر عميلاً للبنك وفقا لهذه المادة المودع و المقترض، كما تعد من قبيل العمليات المصرفية العمليات على الذهب و المعادن و القطع المعدنية الثمينة، توظيف القيم المنقولة و المنتوجات المالية، و اكتتابها و تسييرها و شرائها وبيعها[3]، و يكتسب هذه الصفة أيضا الشخص الذي يلجأ إلى البنك لطلب الاستشارة أو المساعدة في مجال تسيير الممتلكات، أو فتح حساب ولو كان قاصراً و لا يشترط في ذلك توافر الجنسية الجزائرية[4].

ثانيا : الأشخاص الذين لا يكتسبون صفة العميل

لا يعتبر زبوناً للبنك يستفيد من السرية البنكية سارق الشيك و مساهمي البنك أي الشركاء الذين يملكون أسهماً اسمية فيه، كذلك موظفو البنك الذين يتقاضون رواتبهم من صندوقه، و

---

[1] أشار إلى هذا القرار نعيم مغبغب: المرجع السابق، ص143 .,

[2] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص63-64 . Raymond Farhat : op.cit, p.83

[3] أنظر المادة 72 من قانون النقد و القرض.

[4] أنظر المادة 120 من نفس القانون.

أعضاء مجلس الإدارة لأنهم لا يتعاملون معه كزبائن بل كمستخدمين و هذا التعامل لا يدخل في نطاق العمليات البنكية، كما أن مساهماتهم و علاقاتهم الوظيفية لا تعتبر أسراراً مصرفية إلا إذا دخلوا في معاملات مصرفية مع البنك[1]، كما لا يمكن اعتبار عميلا الشخص الذي يقدم للبنك حوالات صادرة باسمه عن الدولة أو إحدى المؤسسات العامة التي فوضت البنك لدفعها، نفس الأمر بالنسبة لمن يتقدم إلى البنك لقبض قيمة شيك لأن صاحب الشيك هو الذي اختار بإرادته المنفردة هذا البنك ليدفع باسمه قيمة الشيك[2] .

بهذا التحديد نكون قد تطرقنا للنطاق الشخصي للسر البنكي و تعرفنا على الأشخاص المعنيين به لنتعرض في الفرع الثاني من هذا المطلب لتحديد النطاق الموضوعي لهذا السر.

الفرع الثاني : النطاق الموضوعي للسر البنكي

لا يمكن الحديث عن السر البنكي دون معرفة موضوعه و توضيح محتواه و ذلك بتبيان المعلومات التي تشملها السرية و تلك التي لا تشملها، فالبنك باعتباره مدينا بهذا الالتزام يقتضي الأمر منه المحافظة على سرية الوقائع المرتبطة بعلاقات أعماله مع زبونه، و بهذا تكون الغاية من السرية المصرفية حماية الحياة الخاصة لهذا الزبون و حقوقه الشخصية، فيقتضي الأمر منا قبل تحديد المعلومات المحمية تحت غطاء السرية المصرفية التعرف على ماهية الائتمان في الحياة الخاصة للفرد .

البند الأول : ماهية الائتمان في الحياة الخاصة

لكل شخص منا حياته الخاصة التي لا يود أن يطلع عليها أحد غيره دون موافقته،و التي يعتبرها مستودع أسراره و أن انتهاكها يشكل انتهاكاً لحرمته، و لنا جميعا أن نعترف بأهمية المحافظةعلى سرية تصرفاتنا الفطرية باعتبارها جزءاً لا يتجزأ منحقوق الإنسان.

---

[1] سمير فرنال بالي: المرجع السابق، ص21 .

[2] عبد القادر شاكي: التنظيم البنكي الجزائري في ظل اقتصاد السوق، رسالة ماجستير كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2002-2003،ص89.

أولا: تعريف الحياة الخاصة

لقد اختلفت آراء الفقهاء حول تعريف الحق في الخصوصية لاختلاف المعايير المعتمدة فمن الصعوبة إعطاء تعريف واضح و دقيق للحياة الخاصة، لهذا فضل الفقهاء تعداد عناصرها الأساسية إذ تتأتى الصعوبة في تحديده لتغيره تبعا للعادات و التقاليد و الأعراف.بالإضافة إلى المفاهيم الاقتصادية و السياسية و الاجتماعية المختلفة، كذلك يتأرجح هذا المفهوم بين مبدأين هما حق الفرد بحماية حياته الخاصة و حق الجماعة بالاستعلام عن بعض الأفعال لهذا حاول الفقيه Badinter[1]تعريف الحياة الخاصة بطريقة سلبية، و اعتبرها تلك الحياة التي تقابل الحياة العامة التي تمنع أي تدخل فضولي و غير كتوم و كل ما يتبقى يعتبر من الحياة العامة،فالحياة الخاصة لها أهمية كبيرة لما تحقق من عوامل الاستقرار و احترام الذات و الشعور بالاستقلال الشخصي، خاصة أنها تعطي للإنسان فسحه أو مجال من الحرية قد لا يجدها في الحياة العامة تبعا للاعتبارات، و الضوابط المفروضة على الشخص من طرف الحياة العامة[2].

بينمااتجه جانب من الفقه إلى أن الحياة الخاصة لا تقتصر على مجرد عدم إفشاء أسرار الغير بدون وجه حق بل تعني أن يعيش المرء كمل يحلو له، و في هذا الاتجاه يعتبر العميد كاربونييهCarbonnier الحياة الخاصة بأنها النطاق السري الذي تكون فيه للشخص سلطة إبعاد الآخرين عنه فهي حق الشخص في أن يترك في هدوء[3]، كما حاول البعض إعطاء تعريف واسع للحق في الخصوصية يكون فيه لإرادة الفرد الدور الأساسي في تحديد نطاق حياته الخاصة، وذهبوا إلى أن الخصوصية لا تقتصر على مجرد العزوف عن إفشاء

---

[1] Badinter : La presse et la vie privé, J.C.P, 1965.

أشار الى هذا الفقيه نعيم مغبغب: المرجع السابق، ص85.

[2] دليلة مباركي: حرمة الحياة الخاصة كحق من الحقوق اللصيقة بالشخصية، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، العدد السادس، 2008، ص1.

[3]أشارت إلى هذا التعريف صديقي نبيلة: حماية الحق في الخصوصية، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، العدد السادس، 2008،ص15.وفقا للتعريف السابق تشمل الحياة الخاصة كل أنشطة الحياة الشخصية، فهي تشمل كل العناصر التي تتصل بعواطف الشخص وعلاقاته بعائلته وعلاقته مع نفسه، كما تشمل الحق في الصورة و احترام أسراره الخاصة و حالته الصحية.

المعلومات الخاصة بالغير بدون مبرر بل تمتد لتشمل ما هو أبعد من ذلك في حق المرء في أن يعيش كما يحلو له[1].

و بالنسبة للقضاء فقد أكدت محكمة باريسفي حكمها الصادر في 16فيفري1955 على حق سرية الحياة الخاصة، و اعتبرت بأن ذكريات الحياة الخاصة تتعلق بالإرث الأدبي العائد لكل فرد، ولا يحق لأحد أن ينشرها و لو حصل ذلك عن حسن نية إلا إذا استحصل على إذن واضح و صريح من قبل الشخص الذي تسرد وقائع حياته[2]، ومن أشهر التعاريف القضائية التعريف الذي وضعه معهد القضاء الأمريكي و الذي جاء فيه ما يلي: "كل شخص ينتهك بصورة جدية و بدون وجه حق شخا آخر في ألا تصل أموره، و أحواله إلى علم الغير و ألا تكون صورته عرضة لأنظار الجمهور يعتبر مسؤولا أمام المعتدى عليه"[3]. أما في التشريع الجزائري لقد نصت المادة 32من دستور 1996على أنالحريات الأساسية و حقوق الإنسان و المواطن مضمونة، و أضافت المادة 34 من ذاتالدستور ما يلي:"تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان، و يحضر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة "، كما منعت المادة 39 من ذات الدستورانتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة و حرمة شرفه، و أضافتالمادة 139 في نفس السياق : " تحمي السلطة القضائية المجتمع و الحريات و تضمن للجميع و لكل واحد المحافظة على حقوقه الأساسية "، و لتجسيد هذه الحماية أكثر نصت المادة 303 مكرر من قانون العقوبات على ما يلي: "يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات و بغرامة من 50000دج إلى 300000دج كل من تعمد المساس بحرمة الحياة الخاصة للأشخاص بأية تقنية كانتو ذلك:

-بالتقاط أو تسجيل أو نقل مكالمات أو أحاديث خاصة أو سرية بغير إذن صاحبها أو رضاه.

-بالتقاط أو تسجيل أو نقل صورة لشخص في مكان خاص بغير إذن صاحبها أو رضاه.

---

[1] أشار إلى هذا التعريف عماد حمدي حجازي: الحق في الخصوصية و مسؤولية الصحفي في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية و القانون المدني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2008، ص46.

[2] أشار إلى هذا الحكم نعيم مغبغب: المرجع السابق، ص84.

[3] أشار إلى هذا التعريف مروك نصر الدين، الحق في الخصوصية: مجلة الفكر القانوني، دار الهلال الجزائر، العدد الثاني، ص30.

يعاقب على الشروع في ارتكاب الجنحة المنصوص عليها في هذه المادة بالعقوبات ذاتها المقررة للجريمة التامة "[1].

يتضح مما سبق أن المشرع الجزائري يولي اهتماما للحق في الحياة الخاصة حيث نصت المادة 35 من ذات الدستور بأنه :"يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق و الحريات و على كل من يمس سلامة الإنسان البدنية و المعنوية ". فالإنسان بحكم طبيعته له أسراره الشخصية و مشاعره الذاتية، ولا يمكنه أن يتمتع بهذه الملامح إلا في إطار مغلق يحفظها و يهيئ لها سبيل البقاء، و يعتبر التشريع الفرنسي هو الآخر صاحب الفضل في الاعتراف بالحياة الخاصة فقد أقر المجلس الدستوري الفرنسي في01/12/ 1977 دستورية الحرية الفردية، كما نصت المادة التاسعة من قانون الملكية الأدبية و الفنية الصادر في 1907/02/11 بأن لكل شخص الحق باحترام حياته الخاصة، كما جرم المساس بالحق في حرمة الحياة الخاصة في المواد 1/226 و 2/226 و8/226[2].

إضافة إلى الحماية الوطنية للحق في الخصوصية فقد لقي هذا الموضوع اهتماماً دولياًإذ أولت الكثير من الاتفاقيات الدولية[3] و الإقليمية[4] أهمية مميزة للحياة الخاصة للفرد، كما عقدت بشأنه العديد من المؤتمرات[5].تطبيقا لذلك يعتبر الحق في الخصوصية من المبادئ الدستورية الثابتة فهو حق طبيعي لكل كائن بشري باعتباره إنسانا، و لهذا الاعتبار لكل

---

[1] أضيفت هذه المادة بمقتضى القانون رقم 23/06 المؤرخ في 2006/12/20 المتضمن تعديل قانون العقوبات، ج ر عدد 84، المؤرخة في 2006/12/24.

[2] نعيم مغبغب: المرجع السابق، ص90.

[3] من بين الاتفاقيات الدولية التي كرست حماية الحياة الخاصة نجد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان حيث نصت المادة 12 منه على ما يلي: "لا أحد يمكن أن يكون موضوع مداخلات اعتباطية في حياته الخاصة "، و كذا الميثاق الدولي التعلق بالحقوق المدنية و السياسية حيث منعت الفقرة الأولى من المادة 17 التدخل بشكل تعسفي، أو غير قانوني في خصوصياتالأفراد.

[4] من بين الاتفاقيات الإقليمية التي نصت على ضرورة حماية الحق في الحياة الخاصة نجد الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان المبرمة بروما في 11/04/ 1950 و التي نصت في مادتها الثامنة على أنه: "لكل شخص الحق في احترام الحياة الخاصة به "، والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان المبرمة سنة 1969 و التي جاء في مادتها الرابعة ما يلي:" لكل شخص الحق في أن تحترم حياته الخاصة و عدم الاعتداء عليها ".

[5] من أشهر المؤتمرات التي كرست حماية الحق في الخصوصية نجد المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان المنعقد بطهران في 1968، و مؤتمر حقوق الإنسان المنعقد بمونتريال بكندا سنة 1968، و مؤتمر اليونسكو المنعقد بباريس سنة 1970.

شخص الحق في أن تظل أسراره محجوبة عن العلنية و مصونة من تدخل الغير، ويخرج عن نطاقها جوانب الحياة العلنية التي تتم بحضور الناس أو مشاركتهم في الحياة العامة للجماعة و التي يمكن أن تكون محلا للنشر و الإعلان .

ثانيا : الالتزام بحفظ الأسرار يؤكد الحق في الخصوصية

قد يضطر شخص أن يعهد بالسر إلى شخص آخر كما هو الحال عند الالتجاء إلى بعض المهنيين للحصول على خدمة معينة، لذلك ينبغي حماية روابط الثقة لتحقيق الخدمة المنشودة و بدون هذه الحماية لا يمكن مباشرة المهنة على الوجه الأكمل، لذلك أوجب القانون الجنائي في معظم التشريعات على بعض المهنيين التزاماً بحفظ الأسرار المعهودة إليهم بحكم الضرورة[1]، فحرمة الحياة الخاصة تقتضي أن يكون للإنسان الحق في إضفاء السرية على مظاهرها، و من هنا كان الحق في السرية مقابلاً للحق في الحياة الخاصة لا ينفصل عنهبأي حال من الأحوال طالما أنه يحمي المصالح الأدبية و المادية لصاحبه.

فبالنسبة للسرية المصرفية يعترف الفقهاء في الدول التي تأخذ بنظام السر البنكي وعلى رأسهم الفقيه Jacques Robert بأنها تحمي الحياة الخاصة للزبون بأوسع معانيها،و كذلك حياته العائلية، و لعل سويسرا أجدر مثال في ذلك حيث تشكل السرية المصرفية في هذه الدولة جزءا لا يتجزأ من المؤسسات التي تؤمن الدفاع عن الحريات الفردية، و هي تعتبر مصاف الأسرار الأخرى التي تحمي الحياة الخاصة لأن الأصول الأساسية للسرية المصرفية ترتكز على احترام حقوق الفرد و مصالحه الشخصية[2]، و هذا ما أخذ به القضاء في لكسمبورغ أيضا حين اعتبربأن إفشاء السر البنكي يشكل اعتداء على الحياة الخاصة للشخص و يسبب له ضرر معنوي[3].

---

[1] أحمد محمد البدوي: المرجع السابق، ص138.

[2] نعيم مغبغب: المرجع السابق، 108 .

[3] Pas. Lux, t.xxx2, p.500 ; Bull. Droit et Banque, n°35, juin 2004 , p46.

« ….Qu'en retenant que par la violation du secret bancaire il a été porté atteinte à l'intimité de la vie privée des consorts W.X. Y.qui ont été en outre déçus dans leur attente légitime de voir la banque respecter son obligation de secret…. »

و لهذا تهدف السرية المصرفية إلى حماية مصالح الأفراد الخاصة و مصالح المهنيين أنفسهم. فالمصلحة العامة تكمن دوما في أساس الأحكام القانونية الجزائية و سواء تعلق الأمر بالأفراد الذين تضرروا من الكشف عن هذه المعلومات أو بالنسبة لنشاط المهنة المصرفية ذاتها، فالعلاقة الموجودة بين الحياة الخاصة و النشاط المصرفي وطيدة جدا، و يرى الفقيهRobert.Henrion بأن هناك جملة من العمليات تمر في حسابات المصارف و ترتبط بعض الأوجه الحتمية بشخصية أصحاب هذه الحسابات، فلقد اعتمدت السرية المصرفيةلحماية حياة الإنسان، و من بين العناصر الأساسية الموجودة في إطار الحياة الخاصة هناك عنصران يتصلان بعلم المصرف من جهة هناك المعلومات المتعلقة بالحياة العائلية و العاطفية و من هناك أيضا المعلومات المتعلقة بثروة الفرد و نشاطه المهني[1] .

و بهذا لا يحق لأحد أن يتطفل على حياة شخص آخر إلا بإذنه الصريح أو وفقاً للقانون، فالسرية ما هي إلا وسيلة لضمان حرمة الحياة الخاصة و بما أن ذمة العميل الماليةهي جزء منها، فلا يجوز لأحد أن يتعرض لها بالانتهاك لما في ذلك من مساس بكيانه المالي و التجاري و إخلال بالثقة[2].لذلك يعتبر الكتمان المصرفي مظهر من مظاهر حماية الحرية الشخصية للأفراد بمناسبة نشاطهم الاقتصادي و المالي، و هي حماية تقوم على أسس قانونية تمليها اعتبارات سياسية و اقتصادية و اجتماعية ذلك أن للفرد مطلق الحرية في حدود القانون أن يمارس نشاطه الاقتصادي، و أن يحتفظ لنفسه بذمته المالية و ألا يتعرض له أحد إلا وفقالأحكام القانون[3].

و قد قضى القضاء الانجليزي تطبيقا لذلك بوجوب التزام البنك بالسر حرصا على مصالح العميل في قضية Tournier V. national حيث كان تورينار عميلا لدى البنك، و في أفريل 1952 صار حسابه مدينا بمبلغ كبير فوقع مستندا لدفع المبلغ على أقساط، و لما لم يدفع اتصل مدير البنك بالشركة التي يعمل فيها المدين و كشف لمديرها عن حقيقة رصيد

---

[1] نعيم مغبغب: المرجع السابق، ص109 .

[2] عبد القادر العطير: المرجع السابق، ص22.

[3] أحمد محمد البدوي: المرجع السابق، ص31. ولا شك أن حماية الحرية الشخصية للفرد تحقق مصلحته الأدبية و المادية، فإفشاء السر البنكي يضر بالمصلحة المادية وحتى الأدبية للعميل ذلك أن السر المصرفي ما هو إلا التزاماً قانونياً يفرض على المصرف ممارسة نشاطه في حدود مصلحة العميل، لذلك يكون البنك هو الدائن به و العميل هو المستفيد منه.

العميل باعتباره لا يف بوعوده نتيجة لذلك فصل هذا الأخير من عمله، فرفع دعوى ضد البنك يطالب فيها بالتعويض، و قد قضي لصالح البنك أمام محكمة أول درجة غير أن محكمة الاستئناف قضت لصالحه و اعتبرت بأن الالتزام بالسر البنكي يشمل ما إذا كان حساب الرصيد مديناً أو دائناً و مقدار هذا الرصيد، و يمتد هذا الالتزام إلى كل المعاملات التي تدرج في الحساب و الضمانات المقدمة بخصوصه"[1].

و لا تقتصر الحماية القانونية للسر على حماية المصالح الأدبية للعميل بل تمتد لتشمل أيضا المصالح المادية، و تتجلى المصلحة الأدبية للعميل في ضرورة احترام أسراره الماليةو شرفه لما تقتضيه المكانة الاجتماعية له[2]،و لما كان المصرف أميناً على أسرار عميله قد يعلم بسبب مهنته ببعض تفاصيل حياته الخاصة كعاداته و سلوكاته، أو أن له سوابق عدلية بخصوص جرائم معينة أو صدر حكم بإفلاسه في السابق، فكل هذه المعلومات التي تصل إلى علم البنك تقدم للعميل مصلحة مادية أو أدبية لا يمكن تجاهلها[3].

نستخلص مما سبق أن السرية البنكية مقررة بالدرجة الأولى لحماية مصالح العميل و حريته الشخصية التي تعتبر الذمة المالية إحدى مظاهرها، وبعد تحديدنا لمدلول الحياة الخاصة و إبرازنا للعلاقة بينها و بين السرية البنكية يبقى لنا أن نحدد المعلومات التي يشملها السر البنكي و التي يمنع على البنك إفشاءها.

البند الثاني : المعلومات المحمية تحت غطاء السر البنكي

يرتبط نطاق المعلومات المشمولة بالسرية و المعلومات المسموح بإفشائها بالغرض الذي يسعى القانون إلى تحقيقه، و الدور الذي يناط للبنوك أن تؤديه و النظام المتبع للحماية من حيث اعتبار السر مهنياً أو مصرفياً، وقد اختلفت طريقة الدول في تحديد المعلومات و

---

[1] أشار إلى هذا الحكم محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص32.

[2] أحمد كامل سلامة: المرجع السابق: ص57. و قد عرفت محكمة النقض الإيطالية الشرف في قرارها الصادر في 1932/07/08 بأنه: "... التقدير الأدبي الذي يشعر به الفرد قبل نفسه، و يشمل الأمانة و الاستقامة والإخلاص و غير ذلك من الصفات الأدبية العامة التي تتوافر لدى الفرد...".

[3] الياس ناصف : المرجع السابق، ص265.

البيانات التي يغطيها السر البنكي، فبينما لجأ البعض إلى اعتماد طريقة التعداد اتجهت دولا أخرى إلى ترك المسألة للفقه و القضاء.

أولا : صعوبة تحديد المعلومات المشمولة بالحماية

يعتبر البنك مدينا بالسرية المصرفية نظراً لاتساع العمليات التي يقوم بها و الدور الفعال الذي يؤديه هذا الأخير في المجتمع، و كثرة الأشخاص الذين يلجأون إليه غالباً لتسيير أعمالهم و إدارة أموالهم.فهو بذلك ملزم بحفظ الصمت على الأشياء التي عرفها إبان ممارسة لمهنته أو في معرض هذا النشاط ،بيد أن القانون لم ينص و لم تتمكن قرارات المحاكم من إعطاء تحديد كامل المعلومات والبيانات المشمولة بالسرية نظرا لاتساع دائرة الخدمات التي تقدمها البنوك للزبائن، مما يستدعي الرجوع إلى العادات التي تتبعها البنوك في ذلك لتحديد ما إذا كانت الواقعة مشمولة بالسرية أم لا[1].

و تعود الصعوبة في تحديد المعلومات المحمية تحت غطاء السر البنكي إلى اختلاف المعايير المعتمدة من طرف الفقه و القضاء في تعريف السر المهني بصفة عامة و السر البنكي بصفة خاصة. فبينما اعتمد البعض على معيار الضرر و اعتبر أن المعلومات السرية هي التي يؤدي إفشاؤها إلى إحداث ضرر للعميل اتجه البعض الآخر للاعتماد على معيار إرادة العميل، و اعتبر أن المعلومات السرية هي تلك التي تتجه إرادة العميل إلى كتمانها، بينما نادى جانب آخر بالتفرقة بين الوقائع السرية و الوقائع المعلومةو اتجه رأي أخير إلى القول بأن مصلحة العميل هي التي تحدد المعلومات ذات الطابع السري .

ثانيا : موقف بعض الفقه و التشريعات في تحديد المعلومات السرية

اتبعت الدول أساليب مختلفة لتحديد معيار عكسي بواسطته يتم تصنيف الأشياء و العمليات التي تقع في إطار السرية المصرفية.فقد اعتمد بعض الفقه الألماني[2] أسلوباً خاصاً يتعلق

---

[1] نعيم مغبغب:المرجع السابق،ص94 .

[2]J.BARMAN : Rapport sur le secret bancaire en Allemagne Fédérale, colloque, Paris, 1971, p13.

أشار إلى هذا الفقيه نعيم مغبغب:المرجع السابق ، ص95.

بالوقائع و الأشياء المشمولة بالسر البنكي فاتجه في ذلك إلى إجراء تعداد مفصل لمختلف الوقائع و الظروف التي يشملها السر، و يتعلق الأمر خاصة بالحساب ذاته و وضعيته، و مختلف التحركات و العمليات الواردة عليه، ويبدو أن هذا الأسلوب يتسم بالبساطة و الوضوح في تحديد المعلومات المغطاة بالسرية إلا أنه غير فعال نظراً لعدمإمكانية توقع كل الأفعال، و الوقائع و التي يمكن أن تحدث في علاقات الأعمال القائمة بين البنكو الزبون، كما أن الفقه الألماني بالرغم من محاولته لتحديد المعلومات السرية إلا أنه لم يقدم معياراً يستند إليه للتمييز بين المعلومات السرية و الأخرى التي يمكن إفشاءها[1].

أما في سويسرا فقد اتجه بعض الفقه السويسري و على رأسه Capitaine Georgeإلى اقتراح طريقة التمييز بالاستناد إلى معيارين واحد موضوعي و الثاني شخصي، فوفقا للمعيار الموضوعي يدخل في إطار السر البنكي الوقائع التي يعود مصدرها إلى علاقات الأعمال الداخلية بين البنك و الزبون، ويشترط في ذلك أن تكون هذه المعلومات مجهولة من طرف العامة، وبهذا تكون المعلومات التي علمها البنك من الغير دون أن تربطه بها أي علاقة مع الزبون غير محمية بالسر البنكي. أما بالنسبة للمعيار الشخصي فبموجبه يعود الدور في تحديد المعلومات السرية إلى إرادة العميل، لهذا يجب على البنك و الزبون أن يحسما هذا الأمر قبل أي دخول في عقد أو عملية بنكية، و يعتبر هذين المعيارين متكاملين ويشكلان الطريقة الفعالة لتحديد المعلومات السرية لدى الفقه السويسري[2].

على خلاف ذلك نجد أن المشرع في لكسمبورغ نص في المادة 41 من القانون الصادر في 1993/04/05 الخاص بالقطاع المالي و البنوك على ضرورة كتمان المعلومات المؤمنة لديها في إطار نشاطها المهني، و تسري السرية على جميع المعلومات المتعلقة بالزبون و التي بإمكان البنك الاطلاع عليها بمناسبة تأديته لمهامه مهما كانت طبيعتها، فالمشرع بهذا الموقف لم يحدد المعلومات التي تشملها السرية البنكية بل اكتفى بفرض هذا الالتزام على البنوك[3].

---

[1]Raymond Farhat : op.cit, p.84.

[2]Raymond Farhat : ibid, p.85.

[3]Dean Spielmann : op.cit,p.25

أما في التشريع المصريفقد حددتالمادة الأولى من قانون سرية الحسابات لسنة 1990 النطاق الذي تشمله السرية حيث جاء فيها ما يلي:" تكون جميع حسابات العملاء و ودائعهم و أماناتهم و خزائنهم في البنوك و كذلك المعاملات المتعلقة بها سرية"، كما اعتبرت المادة الثانية من نفس القانون شخصية صاحب الحساب من الأمور السرية التي لا يجوز الكشف عنها، و نصت المادة الخامسة على حظر إعطاء أية معلومات أو أية بيانات عن عملاء البنوك أو حساباتهم أو ودائعهم أو الأمانات أو الخزائن الخاصة بهم أو معاملاتهم في شأنها.

فالسرية البنكية تشمل كل ما يتعلق بالحسابات البنكية[1]أيا كان نوعها، وسواء كان الحساب بضمانات عينية أو شخصية أو بدون ضمان[2]، كما تشملأيضا الأمانات و الخزائن بالعملاء، و تسري على كل الوقائع كوجود حساب أو نوعه، اسم العميل،ماهية الأشياء الموجودة بالخزينة المؤجرة للعميل، وضع الحساب، مقدار الرصيد، و تعطى السرية كذلك لكل المعلومات التي تتم في شأن هذه الحسابات سواء بالإيداع أو السحب أو التحويل أو أية عمليات أخرى[3].

و بالنسبة المشرع اللبناني فقد فرض بموجب المادة الثانية من قانون سرية المصارف الصادر في 1956/09/03 على مديري البنوك و مستخدمي المصارف العاملة في لبنان، و كل من اطلع بمناسبة مهنته و بأية طريقة كانت على قيود الدفاتر و المعاملات،و المراسلات المصرفية ضرورة كتمان الأسرار بصفة مطلقة لمصلحة الزبائن[4]، و يتسع نطاق السر المصرفي بالنسبة لحسابات ودائع المتعاملين مع البنك ليشمل اسم الحساب،و رقمه و نوعه و وضعه، رصيده الايجابي أو السلبي، مواعيد استحقاق الديون التي اقترضها العميل من المصرف و طلب تأجيلها للوفاء، و رقم مبلغ الاعتمادات المفتوحة له و كافة المعلومات

---

[1] يشتمل تعبير الحسابات البنكية مدلولات مختلفة فقد يقصد به التمثيل، أو التعبير العددي للعمليات الحاصلة بين البنك وعميله، كما قد يقصد به ذلك الكشف الذي تقيد به هذه العمليات، أو تسوية هذه العمليات ذاتها بطريق قيدها في الحساب. لمزيد من التفصيل أنظر جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص210.

[2] أسامة عبد الله قايد: المرجع السابق، ص1687.

[3] محمود كبيش: المرجع السابق، ص40 .

[4] سعيد عبد اللطيف حسن: المرجع السابق، ص243.

المتعلقة بالشيكات سواء المودعة في الحساب أو المسحوبة منه و الحوالات الصادرة، كما لا تسري السرية المصرفية فقط على البيانات التي قدمها العميل للمصرف بل حتى تلك التي وصلت إلى علمه عن طريق الغير[1]، تطبيقا لذلك ذهب الاجتهاد القضائي في لبنان إلى اعتبار أن قانون السرية المصرفية في لبنان يشمل جميع المعاملات البنكية مهما كان نوعها دون التفريق فيما إذا كان الحسابات مدينة و دائنة، و كذلك العلاقات الحسابية القائمة بين المصرف الأجنبي العامل في لبنان و مركزه وفروعه[2]، و لما كانت لبنان من أكثر الدول تشدداً في مجال السرية المصرفيةأجازت المادة الثالثة من قانون سرية المصارف للبنوك أن تفتح لعملائها حسابات و ودائع مرقمة لا تعلن شخصية صاحبها[3].

أما في فرنسا فإن الالتزام بالسر المهني للبنوك لا يخص إلا المعلومات ذات الطابع السري التي علمها البنك أثناء تأدية مهامه، و لا يمكن أن تتعلق هذه المعلومات إلا بالحياة الخاصة له و ذمته المالية كوجود حساب أو رصيد الحركات الواردة عليه، ويسري هذا الالتزام على كل العمليات التي يجريها الزبون مع البنك كالعمليات الواردة على القيم المنقولة، عمليات الاقتراض و الضمانات التي يقدمها الزبون مقابل ذلك، كما يمنع على البنك أن يفشي للغير معلومات حول تنظيم الشركة و سياستها التجارية إذا كانت عميلة له[4].غير أن الاجتهاد القضائي الفرنسيأجاز للبنوك أن تعلم الغير فيما إذا كان زبونها كافيا أم لا دون تحديد مقدار الرصيد[5]، كما أجاز لها أن تفشي للمؤسسات المالية الأخرى ببعض المعلومات بشرط أن تكون صحيحة إذ تقوم مسؤولية البنك إذا أفشى معلومات خاطئة عن الزبون، و يجوز لها أيضا أن تصرح ببعض المعلومات لبعض الهيئات غير المالية بشرط أن تكون التصريحات عامة خالية من كل ترقيم ولا تتضمن الوقائع غير المنشورة[6].

---

[1] سمير فرنال: المرجع السابق، ص18 .

[2] مجلس شورى الدولة اللبناني، قرار رقم 1983/410،الصادر في1983،/10/18، أشار إليه نضير شيوعان: المرجع السابق، ص109.

[3] منير الجنبيهي، ممدوح الجنبيهي: أعمال البنوك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، بدون طبعة،2000، ص432.

[4]Patrice Bouteiller et autres : op.cit, p.330.

[5]Paris 23/04/1976,R.T.D.com.1977.346.

[6]Monique Cantamine-Raynaud :op.cit, p.490-491.

أما بالنسبة للوضع في التشريع الجزائري فلم يحدد المشرع في المادة 117 من قانون النقد و القرض المعلومات التي يشملها السر البنكي، بل اكتفى بفرض هذا الالتزام على الأشخاص الذين شاركوا أو يشاركون في تسيير البنوك و المؤسسات المالية، و الأشخاص المراقبين لها و المستخدمين العاملين فيها، غير أنه باستقراء نص الماد 66 من ذات القانون نجدها قد اعتبرت بأن العمليات المصرفية تتضمن أساسا تلقي الأموال من الجمهور و عمليات القرض، و كذا وضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن و إدارة هذه الوسائل.

نتيجة لذلك يشمل السر البنكي جميع العمليات السابقة و المعلومات المتعلقة بها، وبهذا يظهر لنا أن المشرع الجزائري لم يتبع طريقة المشرع الألماني في تعداد المعلومات السرية، و لا طريقة المشرع السويسري في وضع معايير لتحديد المعلومات السرية، كما أنه لم يلجأ إلى تحديدها بموجب نصوص قانونية كما فعل المشرعين اللبناني و المصري، ويبدو أن السبب في ذلك راجع لعدم تخصيص المشرع الجزائري قانوناً خاصاً للسر البنكي كما فعلت التشريعات السابقة لذلك يبقى الأمر متروكاً لتفسير الفقه و القضاء.

بعد انتهائنا من تحديد كل منالنطاق الشخصي و الموضوعي للسر البنكي يبقى لنا أن نتعرف على النطاق الزماني و المكاني له.

الفرع الثالث : النطاق الزماني و المكاني للسر البنكي

طالما أن الالتزام بحفظ السر البنكي هو واجب يقع على البنك فله فترة زمنية يسري فيها و نطاق جغرافي تطبق فيه أحكامه، فبالنسبة للنطاق الزماني نقصد به الفترة الزمنية التي يلتزم بها البنك و من في حكمه بكتمان أسرار عملائه (البند الأول)، أما بالنسبة للنطاق المكاني فنعني به تحديد المدى المكاني أو الرقعة الجغرافية التي يظل فيها هذا الالتزام ساري المفعول (البند الثاني).

البند الأول : النطاق الزماني للسر البنكي

تظل البنوك ملتزمة بالسر المهني طالما أن الوقائع السرية تقدم مصلحة مادية أو معنوية للعميل، و لا ينقضي هذا الالتزام بعد وفاة العميل فقد تكون له مصلحة معنوية في احترام

ذكرى عميله[1]، وقد أيد القضاء الفرنسي هذا الموقف في أحد أحكامه و اعتبر أن الصفة المطلقة للمادة 378 من قانون العقوبات الفرنسي تفرض على بعض الأشخاص الالتزام بالسر تأكيداً للثقة المفترضة في ممارسة بعض المهن، و تطبيقا لذلك أصدرت جمعية الطب الشرعي بفرنسا قراراًأجازت بموجبه للأطباء أن يرفضوا تسليم شهادات موضحة لطبيعة المرض الذي مات بسببه المريض و الظروف التي مات فيها[2].

أما بالنسبة للمشرعالسويسري فقد نص صراحة على ضرورة استمرار البنك بالمحافظة على أسرار زبائنه حتى بعد انتهاء العلاقة بينهما لأي سبب من الأسباب، إذ يعتبر هذا الالتزام من أهم نتائج نظرية السر البنكي المطلق فقدجاء في الفقرة الثالثة منالمادة47من القانون الفدرالي للبنوك لسنة 1934 1970 أن فعل الإفشاء يبقى معاقبا عليه و لو أن العلاقة بين البنك و الزبون انتهت أو نتوقف حائز السر عن ممارسة مهنته[3]، كما سار على نفس النهج أيضا المشرع المصري إذ نصت المادة الأولى من قانون الحسابات البنكية المصري على ما يلي: "...يظل الحظر قائما حتى و لو انتهت العلاقة بين العميل و البنك لأي سبب من الأسباب"، و أضافت المادة 163 من اللائحة الموحدة للعاملين بالبنوك " لا يجوز للعامل أن يفشي الأمور التي يطلع عليها بحكم وظيفته إذا كانت سرية أو بموجب التعليمات و يظل هذا قائما بعد انتهاء الخدمة"[4].

و بالنسبة للمشرع الجزائري فقد ساير هذا الموقف هو الآخر حيث نصت المادة 117 من قانون النقد و القرض على ما يلي: " يخضع للسر المهني تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات:

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

---

[1] أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص322.

[2] أشار إلى هذا القرار أحمد كامل سلامة:المرجع نفسه، ص323.

[3] Art 47 «.... la violation du secret demeure punissable alors même que la charge ou l'emploi à pris fin ou que le détenteur du secret n'exerce plus sa profession. »

[4] سعيد عبد اللطيف حسن: المرجع السابق، ص255.

–كل شخص يشارك أو في رقابة البنوك و المؤسسات المالية وفقا للشروط المنصوص عليها في هذا الكتاب....."

يظهر لنا من هذه المادة أن التزام البنوك بالمحافظة على أسرار عملائها يظل مستمرا و لو توقف الموظف عن ممارسة مهنته، و هذا ما يفهم من عبارة"...يشارك أو شارك...".

و يؤيد بعض الفقه فكرة استمرار عقوبة إفشاء السر بعد انتهاء خدمة الموظف على اعتبار أن الحظر الجنائي يسري زمنياً على جميع وقائع الإفشاء التي تحدث في المستقبل بعد سريان القانون، بغض النظر عن استمرار العلاقة الوظيفية أو المهنية أو انتهائها لأن ذلك يتفق مع روح التشريع و غايته في حماية السرية المصرفية تحقيقا للمصلحة العامة و الخاصة[1].

نستنتج مما سبق أن العديد التشريعات لم تجعل من التزام البنوك بالمحافظة على أسرار عملائها التزاما ذا نطاق زمني محدد بعلاقة العميل بالبنك، بل مددته إلى ما بعد انتهاء هذه العلاقة و جعلته بذلك التزاماً مؤبداً يلقى على عاتق البنك، فيمتنع بذلك عن إفشاء أسرار عملائه أيا كان سبب انتهاء العلاقة، كما يعد هذا الالتزام مؤبداً أيضا بالنسبة لموظف البنك فإذا أحيل على التقاعد لا يجوز له إفشاء سر عميل من عملاء البنك الذي كان يعمل فيه و إلا وقع تحت طائلة المسؤولية،و بهذا يتحدد النطاق الزماني للسر البنكي لننتقل إلى تحديد النطاق المكاني أو الجغرافي له.

البند الثاني: النطاق المكاني للسر البنكي

لقد نص المشرع اللبناني بمقتضى المادة الأولى من قانون سرية المصارف الصادر في 1956/09/03 على ما يلي: "تخضع لسر المهنة المصارف المؤسسة في لبنان على شكل شركات مغفلة، و المصارف التي هي فروع لشركات أجنبية شرط أن تحصل هذه المصارف اللبنانية و الأجنبية على موافقة خاصة يعطيها وزير المالية "، و قد جاءت في هذا السياق أيضا المادة الأولى من قانون السرية المصرفية السوري رقم 29/01الصادر بتاريخ

[1] سعيد عبد اللطيف حسن: المرجع نفسه، ص255.

2001/04/16 حيث نصت على أنه: "تخضع لأحكام سر المهنة كل المصارف العاملة في الجمهورية العربية السورية "[1].

كما تسري أحكام السرية المصرفية على جميع البنوك في مصر بما فيها فروع البنوك الأجنبية التي تباشر نشاطها في مصر، و يشمل حظر الإفشاء الأسرار المصرفية على جميع الوقائع التي تحدث منها في مصر[2]، غير أن قانون سرية الحسابات المصري لم يحدد حكما لامتداد سريانه على وقائع الإفشاء التي تحدث في البنوك الأجنبية المتواجدة في مصر، كما لم يحدد حكم الإفشاء الذي يحدث من أحد فروع البنوك المصرية في الخارج. أما التشريع في لكسمبورغ فقد اعتبر أن العقوبة الجزائية المقررة عند مخالفة قواعد السر البنكي لهذا البلد تسري فيكامل الترابالوطني و ليس لها أثر عالمي[3]، ولا شك في أن الالتزام بالسر البنكي يسري على جميع البنوك المتواجدة في التراب الجزائري سواء كانت جزائرية أو أجنبية بالنظر لفحوى المادتين 82،83 من قانون النقدو القرض.

[1] سمير فرنال: المرجع السابق، ص203 .

[2] سعيد عبد اللطيف حسن: المرجع السابق، ص191 .

[3] Dean Spielmann : op.cit, p.26.

الفصل الثاني

جزاء الإخلال بمبدأ الالتزام بالسر البنكي و حالات الإباحة الواردة عليه

تقرر التشريعات حماية قانونية للالتزام بحفظ السر البنكي عن طريق ترتيب مجموعة من الجزاءات ذات طابع مدني، و جزائي و تأديبي توقع على مرتكب فعل الإفشاء نتيجة لإخلاله بهذا المبدأ الذي يهدف في طياته إلى حماية الحريات الفردية، و حق العميل في أن تظل معلوماته البنكية في نطاق سري بعيدة عن علم الغير، كما ترمي الحماية القانونية لهذا المبدأ في الوقت ذاته إلى الحفاظ على المصالح الأساسية في المجتمع، و تسهيل ممارسة هذه المهنة عامة إذ أن تدعيم ثقة الجمهور بالمصارف تقتضي توفير مجموعة من الضمانات و توقيع مجموعة من الجزاءات على الاعتداءات على هذا الحق النبيل.

و بهذا يشكل هذا الالتزام قاعدة عامة تتقيد بها البنوك إلا أن هناك حالات تستدعي فيها المصلحة الخاصة للعميل أو بعض الأشخاص إفشاء السر،كما أن تحقيق المصلحة العامة للمجتمع التي تسمو على كل مصلحة خاصة تستدعي أحيانا التضحية بالمصلحة التي تقرر الكتمان من أجلها و إفشاء المعلومات دون ترتيب أي مسؤولية على عاتق البنك، لهذا تعمل التشريعات على إدراج مجموعة من الاستثناءات ترد على هذا الالتزام و تجعل من فعل الإفشاء فعلا مشروعا و تعفي البنك بذلك من هذا الالتزام.

و لما كانت فكرة إطلاق و نسبية السر البنكي تطرح نفسها و تشكل موضوع جدل فقهي و قضائي بل تختلف بين التشريعات المقارنة، فقداتجهتبعض التشريعات التي تعتنق مبدأ

السر البنكي المطلق إلى التضييق من حالات إباحة إفشائه حماية لمصالحها الماليةو الاقتصادية، في حين تعمل التشريعات التي تتبنى مبدأ السر البنكي النسبي على توسيع دائرة الاستثناءات الواردة عليه مراعاة للمصلحة الخاصة للعميل من جهة و المصلحة العامة للمجتمع من جهة أخرى، وهذا ما يدعونا إلى تقسيم حالات إباحة إفشاء السر البنكي إلى حالات مقررة للمصلحة الخاصة و أخرى مقررة للمصلحة العامة، إلا أنه قبل أن نتعرض لهذه الاستثناءات ينبغي علينا تحديد الجزاءات القانونية المترتبة عن إفشاء السر البنكي.

و بناءا على ما سبق ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين كالتالي:

المبحث الأول : جزاء الإخلال بمبدأ الالتزام بالسر البنكي

المبحث الثاني : حالات إباحة إفشاء السر البنكي

المبحث الأول: جزاء الإخلال بمبدأ الالتزام بالسر البنكي

تتوقف القوة الإلزامية للالتزام بحفظ السر المهني الملقى على عاتق البنوك و المؤسسات المالية على الحماية القانونية التي يقررها المشرع بموجب النصوص القانونية، و التي بدونها يصبح هذا الالتزام شعارا زائفا لا قيمة له و خالي من كل مضمون، و تتمثل هذه الحماية في تلك الجزاءات التي تترتب على فعل الإفشاء سواء كانت جزاءات مدنية أو جناية أو تأديبية، ذلك أن هذاالفعل يشكل جريمة تعاقب عليها القوانين الجنائية للدول التي تفرض على بنوكها كتمان أسرار عملائها، كما ينتج عنه ضرراً موجباً للتعويض يؤدي إلى قيام المسؤولية المدنية للبنك، و في نفس الوقت أيضا يعتبر هذا الفعل تقصيراً من البنك و خطأً تأديبياً يؤدي إلى المساس بشرف و واجبات المهنة.

و لهذا سنتطرق في هذا المبحث إلى دراسة الجزاء الجنائي عن إفشاء السر البنكي(المطلب الأول)، ثم الجزاء المدني المترتب عن هذا الإخلال (المطلب الثاني) و أخيراً الجزاء التأديبي (المطلب الثالث) .

المطلب الأول : الجزاء الجنائي

تجرم التشريعات في كثير من الدول إفشاءالأسرار و تقرر بذلك عقوبة جنائية على مرتكب الجريمة[1]، و يعد إفشاء السر من جرائم الاعتداء على الأشخاص التي تصيبهم في شرفهم و

[1] من بين هذه التشريعات القانون الجزائري بموجب المادة 301 من ق ع، و القانون الفرنسي بموجب المادة 226-13 من ق ع، و القانون السويسري بموجب المادة 321 من ق ع، و القانون البلجيكي بموجب المادة 458 من ق ع، و القانون المصري بموجب المادة 310 من ق ع، و القانون السوري بموجب المادة 535 من ق ع.

اعتبارهم بحسب الأصل[1]، و يرى البعض أن هذه الجريمة هي الأكثر إساءة للشخص من كل صور الاعتداءات على الحياة الخاصة الأخرى، لأنها تفترض توافر ثقة متبادلة بين الأمين و العميل[2]، و قد يتبادر إلى الذهن لأول وهلة أن علة التجريم تتمثل في رغبة المشرع في حماية إرادة المجني عليه في أن تظل بعض وقائعه سرية[3]، و يرى 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، و في إفشائه إساءة لمكانته و مساس بشرفه و اعتباره و هذا ما يبرر إدراج هذه الجريمة ضمن الجرائم الماسة بالشرف و الاعتبار[4].

غير أن الأمر لا يتوقف عند هذا الحد فقط لأن المشرع أراد بهذا التجريم أن يكفل المباشرة السليمة و المنتظمة لبعض المهن التي يضطلع أصحابها بدور اقتصادي هام في المجتمع، كالمهنة المصرفية التي تفترض أن يودع العملاء بأسرارهم لدى البنوك، إذ أن هذه الأسرار هي موضوع نشاطهم المهني[5].فالإفشاء بها قد لا يضر فقط بهؤلاء العملاء بل يمس أيضا بالصورة الحسنة و السير الحسن للمهن التي يدان ممارسوها بهذه الجريمة[6].

تبعا لما سبق يمكن القول بأن السرية المصرفية تدعم ثقة الجمهور بالمصارف، و تعطي ضمانات جدية للكتمان لذلك أصبغ المشرع الحماية الجنائية لها حتى يضمن تأمين المصلحة الاقتصادية في المجتمع، وتقتضي منا الدراسة التطرق لأركان لجريمة إفشاء السر البنكي (الفرع الأول) ثم العقوبة المقررة لها(الفرع الثاني) .

الفرع الأول : أركان جريمة إفشاء السر البنكي

---

[1] معوض عبد التواب: القذف و السب و البلاغ الكاذب و إفشاء الأسرار و الشهادة زور، دار الفكر القانوني، طنطا، الطبعة الرابعة، 2007،ص513.

[2] Jean Pradel et autres : Droit pénal spécial, CUJAS, Paris, 4^{em} édition, 2007/2008, p.256.

[3] عبد الحميد المنشاوي: المرجع السابق، ص129.

[4] محمود نجيب حسني: المرجع السابق، ص701.

[5] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص110.

[6] Jean Pradel et autres : op.cit, p.256.

تعرف الجريمة بأنها كل فعل أو امتناع عن فعل يصدر عن شخص مسؤول رتب له القانون عقابا[1]، و جريمة إفشاء السر البنكي تستلزم لقيامها بالإضافة إلى الركن المعنوي توافر صفة خاصة في الجاني يكتمل بها الركن المادي، و هي أن يكون الشخص أميناًضرورياً على السر البنكي و تستمد هذه الصفة من طبيعة المهنة التي تمارسها البنوك، فأركان الجريمة هي العناصر التي لا وجود للجريمة بدونها.

البند الأول : الركن المادي لجريمة إفشاء السر البنكي

لا يعاقب قانون العقوبات على الأفكار و لا على النوايا السيئة ما لم تظهر إلى الوجود الخارجي بفعل أو عمل، إذ يعبر هذا الأخير عن النية الإجرامية أو الخطأ الجزائي و هذا ما يسمى بالركن المادي للجريمة[2]، الذي يقوم بتوافر عنصرين هما فعل الإفشاء و صفة من أتمن على السر، و يكتمل الركن المادي لهذه الجريمة بتوافر هذين العنصرين معا[3].

أولا : 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 لديهم، و يشترط أن تقوم الصلة بين السر و ممارسة المهنة[4]، و تبعا لذلك لا تعاقب المادة 301 من قانون العقوبات الجزائري إلا على إفشاء السر الذي تلقاه المفشي أو استودع إياه نظراً لحالته أو لمهنته، فالسر إذن يجب أن يكون محلا لإيداع فيسمى بذلك بالسر المهني[5].

المهني[5].

[1] صالح نائل عبد الرحمان: محاضرات في قانون العقوبات، القسم العام، دار الفكر، عمان، الطبعة الأولى، 1995، ص31.

[2] أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجنائي العام، دار الهومة، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2007، ص85.

[3] فخري عبد الرزاق الحديثي و خالد الزغبي: شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، 2009، ص199.

[4] محمود نجيب حسني: المرجع السابق، ص110.

[5] ل بن شيخ: جنحة إفشاء الأسرار، مجلة الشرطة الجزائرية، العدد52، جويلية1995، ص17.

أ –**تعريف الإفشاء :**

لقد تعرض الكثير من الفقهاء إلى تعريف إفشاء[1] السر المهني بصفة عامة فعرفه البعض بأنه البوح و الإفضاء بالسر و اطلاع الغير عليه سواء بالقول أو الكتابة أو الإشارة[2]،بينما اعتبره البعض الآخر كشف السر و اطلاع الغير عليه مع تحديد الشخص صاحب المصلحة في كتمانه، أو كشف عن بعض معالم شخصيته التي من خلالها يمكن تحديده[3]، و قيل أيضا أن إفشاء السر يعني إفضاء من أوتمن على السر بحكم وظيفته أو مهنته عمداً في غير الأحوال المصرح بها و بدون رضا صاحبه[4].

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، و يستوي 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 الضرر بصاحبه، أما إذا كان الإنذار للمطالبة باستفاء دين فهو يعتبر ممارسة لحق و لا يعد خرقا للسرية المصرفية[6].

و يحصل الإفشاء عندما يتعرف شخص ثالث على الأسرار بدون وجه حق سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، و لا فرق على اقتصار المعرفة بعدد صغير و محدد من

---

[1] الإفشاء لغة من فشا يفشو فشوا أي ظهر و انتشر و منه إفشاء السر أي نشره و أذاعه فيقال أفشى سره و خيره. مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، القاهرة، الطبعة الثالثة، 1985، ص715.

[2] محمد صبحي نجم: شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر الطبعة الرابعة، 2003، ص111.

[3] عبد الحميد الشواربي: مسؤولية الأطباء و الصيادلة المدنية و الجزائية و التأديبية، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون طبعة، 1998، ص293. فالإفشاء في جوهره نقل معلومات أي أنه نوع من الإخبار تتحدد عناصره بأمرين موضوعه أي السر و الشخص 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.

[4] أشار إلى هذا التعريف أحمد محمد بدوي: المرجع السابق، ص5.

[5] أشار إلى هذا القرار محمود كبيش: المرجع السابق، ص20.

[6] أشار إلى هذا القرار سمير فرنال بالي: المرجع السابق، ص179.

الأشخاص[1]، و لا يشترط أن يكون الإفشاء بالسر كاملاً بل يكفي إفشاء جزء منه، كما لا يشترط أن يكون الإفشاء علنياً بل يكفي أن يكون إلى شخص واحد[2]، و يرى بعض الفقه أنه لاعتبار الإفشاء ركناً في هذه الجريمة يجب أن ينتج عنه إعطاء حد أدنى من الدقة و الوضوح حول المعلومات الخاصة بالزبون، فلا يكفى لقيام الجريمة إعطاء البنك بعض الأجوبة العامة لسؤال فضولي، إذ يشترط أن يمس الإفشاء مباشرة بالمعلومات محل السرية[3].

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]، و قد اعتبر القضاء الفرنسي أن جريمة إفشاء السر تقع و لو انصب الإفشاءعلى 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 معاقباعليه مهما تكرر إلا إذا كان في استطاعة كل من يهمه الأمر الاطلاع عليه[6]، و لا يشترط لقيام هذه الجريمة أن يكون من شأن إفشاء السر تسبيب ضرر لصاحبه أو لأي شخص آخر[7].

---

[1] نعيم مغبغب: المرجع السابق، ص150.

[2] أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجرائم ضد الأشخاص و الجرائم ضد الأموال ج1،دار هومة، الجزائر، بدون طبعة، 2002، ص244.

[3]Anne Teissier : op.cit, p.156.

[4] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص116.

[5] Cass 19/12/1885.S.1886-1-86.

أشار إلى هذين القرارين أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص396. Cass 17/06/1931.S.1932-1-37.

[6] أسامة عبد الله قايد: المرجع السابق، ص1701.و قد 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 و لو فقد السر أهميته فلا يؤثر ذلك على مسؤولية من يفشيه.

[7]Cass.civ 12/06/1958,J.C.P.1959, 2, n°10940.

أشار إلى هذا الحكم محمود كبيش: المرجع السابق، ص22.

و يفترض الإفشاء وفقا لما سبق ذكره أن يتم إلى الغير و يراد بالغير هنا أي شخص لا ينتمي إلى هذه الفئة من الناس الذين ينحصر فيهم نطاق العلم بالواقعة التي توصف بالسرية، و مهما زاد عدد الأفراد الذين يحيطون علما بالسر فان ذلك لا يزيل عنه صفة السرية شريطة أن يكونوا جميعا ممن لهم الشأن في حفظه[1]، و تطبيقاً لذلك فان قيام البنك بتزويد موظفي بنك الجزائر بمعلومات عن عمليات مصرفية تتعلق بعميل ما لا يعد افشاءاً للسر، لأن موظفي بنك الجزائر ممن لهم صفة الاطلاع على السر و عليهم واجب الكتمان أيضا[2].

لذلك لا تتحقق جريمة الإفشاء إذا تم الإفضاء بالمعلومات من قبل أحد موظفي البنك إلى موظف آخر في نفس البنك تقتضي طبيعة عمله العلم بهذه المعلومات إذ يعد هؤلاء أمناء على نفس السر و لا يعدون من الغير[3]،و لا يعد من الغير أيضا الشخص المعني بالسر إذ لا وجود لسر البنكي اتجاهه، و يلتزم البنك بذلك بأن يطلعه عن كل المعلومات المتعلقة بحياته الخاصة التي كان يجهلها و التي اكتشفها البنك أثناء مهامه[4]، فالغير إذن يقصد به الشخص الأجنبي عن العلاقة المهنية الذي ليست له صفة في حيازة السر، أو العلم به و لو كان هذا الشخص وطيد الصلة بصاحب السر أو الأمين عليه[5].

على خلاف ذلك فإن الإفشاء لا يعد جريمة إذا أفضى موظف البنك بمعلومات متعلقة بالحساب إلى النائب القانوني للعميل، أو إلى وكيله بشرط أن تتضمن الوكالة سلطة الاطلاع

---

[1] أحمد فتحي سرور: الوسيط في شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، 1985، ص882.

[2] أنظر المادة 2/117 من قانون النقد و القرض.

[3] غادة عماد الشربيني: المسؤولية الجنائية عن الأعمال البنكية، دار أبو المجد للطباعة و النشر، مصر، بدون طبعة، 1993، ص199.

[4] Jean– Paul Céré : op.cit, p.60.

[5] أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص400.و قد أخذ القضاء الإنجليزي بذلك بخصوص السر المهني للأطباء حيث استدعي طبيب شهير في انجلترا للكشف عن زوجة أخيه فوجدها في حالة إجهاض بينما كان أخوه غائبا لمدة طويلة، و كان الطبيب قد أفشى إلى زوجته بذلك فقامت بإشاعة الخبرلأفراد العائلة، فرفعت الزوجة صاحبة السر دعوى ضد الطبيب تطالبه بالتعويض و سايرها القضاء الانجليزي في ذلك و حكم عليه بالتعويض.

على المعلومات[1]، و في التشريعالسويسري إذا منح العميل توكيلاً رسمياً لحسابه يحق للطرف المفوض الحصول من البنك 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، و إذا كان العميل شخصاً اعتبارياً فلا يخفى السر عن ممثله القانوني أو القضائي[2]، و فيما 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 و لا المادة 117 من قانون النفد و القرض 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، و بصفة عامة يتحقق الإفشاء بفعل ايجابي أو سلبي، و قد يقع الإفشاء بفعل ايجابي عن طريق الكتابة كالنشر في الصحف و المجلات، أو عن طريق مكتوب خاص يوجه إلى شخص غير الزبون، كما يتحقق الإفشاء بالبوح شفاهة بالسر أثناء حديث داخل مؤسسة بنكية أو عبر الهاتف، و لا يهم في ذلك إذا كان الكلام موجهاً للجمهور أو لشخص معين إذ يشترط فقط أن يتضمن الإفشاء إعطاء إيضاحات تجعل السر معروفا[3].

كما يعد افشاءاً للسر تسجيله على شريط أو إذاعته في محطات إذاعة أو تلفزيون، و قد يحصل الإفشاء في مجلس خاص أو في محل عام[4]، وقد يتخذ الإفشاء صورة الامتناع كأن يشاهد الملتزم بالكتمان شخصا يحاول الاطلاع على الأوراق التي دون فيها أسرار العملاءو لا يحاول منعه من ذلك بالرغم من استطاعته[5]، فإذا علم المصرف باطلاع شخص غير ذي

---

[1] محمود كبيش: المرجع السابق، ص21.

[2] سعيد عبد اللطيف حسن: المرجع السابق، ص310-311.

[3] Anne Teissier : op.cit, p.155.

[4] Raymond Farhat :op.cit, p.132.

[5] أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص401.

ذي صفة على دفاتره و لم يمنعه من ذلك يعد مرتكباًللجريمة، أو أن يسمح موظف البنك لشخص بالاطلاع على المعلومات التي يحتويها الحاسوب الآلي[1]، أو أن يعطي كلمة السر لشخص غير ذي صفة تمكنه من الدخول إلى برنامج الحاسوب[2].

ثانيا: الصفة الخاصة للفاعل

لا تطبق المادة 301 من قانون العقوبات إلا على طائفة معينة من الأمناء على الأسرار و هم الأمناء بحكم الضرورة[3]، أو بحكم ممارسة المهنة أي من تقضي وظيفته أو مهنته بتلقي الأسرار إذا كانت هذه أو تلك عامة لخدمة الجمهور[4]، و لم يشأ المشرع حصرهم بل اكتفى بذكر البعض منهم كالأطباء و الجراحون و القابلات ثم أردف بقوله " ...و جميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلي بها إليهم..."تاركاً بذلك للقضاء مهمة تعيينهم، و بهذا يظهر لنا أن المشرع الجزائري أخذ بالمعنى الواسع للأمين على السر.

و هكذا تعد جريمة إفشاء السر المصرفي من جرائم ذوي الصفة الخاصة التي لا يرتكبها إلا شخص ذوي صفة معينة مستمدة من نوع المهنة التي يمارسها، و السبب في تطلب هذا الركن هو أن جوهر الجريمة هو الإخلال بالتزام ناشئ عن المهنة و ما يتفرع عنها من واجبات، و هذه الصفة متطلبة في مرتكب الجريمة وقت إيداع السر دون وقت إفشائه لأن الالتزام بعدم الإفشاء يستمر حتى لو زالت عنه هذه الصفة[5]،و لقد خص بعض الفقه هذا الضابط في أربعة عناصر بالقول بأن المهن التي يلتزم أصحابها بحفظ السر هي ممن تفترض الثقة و الدراية، و لا تمارس إلا بعلم الأسرار و يكون الالتجاء إلى أصحابها

---

[1] كامل السعيد: الجرائم الواقعة على الشرف و الحرية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 1996، ص221.

[2] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص117.

[3]محمود كبيش: المرجع السابق، ص12. و قد 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 ".

[4] أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجنائي الخاص، المرجع السابق، ص241.

[5] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص119.

اضطراري لأنها هامة في المجتمع[1]، و لا شك في أن مهنة البنوك تعد من المهن التي تفترض الثقة العامة و التي يضطر الأشخاص إلى اللجوء إليها، فالتعامل مع البنوك أصبح أمرا لا غنى عنه هذا فضلاً عن أن هذه المهنة تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة[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 و لم يحصل على السر بحكمها فلا التزام عليه قانونا، و بهذا يكتمل الركن المادي لهذه الجريمة غير أن التساؤل يطرح حول حكم الشروع و الاشتراك في هذه الجريمة.

فبالنسبة للشروع في هذه الجريمة فإنه غير معاقب عليه في القانون الجزائري و الفرنسي و المصري و الأردني، ذلك أن هذه الجريمة جنحة و لا يعاقب على الشروع في الجنح إلا بنص قانوني صريح[3]، لذلك يشترط أن تقع الجريمة تامة لتطبيق العقوبة على الجاني[4].

أما بخصوص الاشتراك في الجريمة الذي يعد شكل من أشكال المساهمة الجنائية[5]فإنه متصور في هذه الجريمة[6]، و استناداًإلى نص المادة 44 من قانون العقوبات الجزائري فإن الشريك في جناية أو جنحة يعاقب بنفس العقوبة المقررة للجناية و الجنحة، فالشخص الذي يساعد عن وعي و إرادة على ارتكاب هذه الجريمة يتعرض لعقوبة الفاعل الأصلي[7]، و

---

[1] محمود نجيب حسني: المرجع السابق، ص765.

[2] محمود كبيش: المرجع السابق، ص13.

[3] أنظر المادة 31 من قانون العقوبات الجزائري.

[4] على خلاف التشريعين اللبناني و السوري 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، و الشروع في الجريمة معاقب عليه بنفس العقوبة"، كما نصت المادة الثامنة من قانون سرية المصارف السوري على أنه: " كل مخالفة لأحكام هذا القانون يعاقب مرتكبها بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة، و يعاقب على الشروع بذات عقوبة الجريمة.."

[5] أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجنائي العام، المرجع السابق، ص144.

[6] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص123.

[7] و الملاحظ أن المادة 2/47 من قانون الصرافة السويسري عاقبت حتى على التحريض على الإفشاء الذي يصدر من شخص خاضع لقانون الصيارفة.

تشترط 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[1].

البند الثاني: الركن المعنوي لجريمة إفشاء السر البنكي

لا يكفي لقيام الجريمة ارتكاب عمل مادي ينص و يعاقب القانون عليه بل لا بد أن يصدر هذا الفعل المادي عن إرادة و وعي من الجاني، و تشكل هذه العلاقة التي تربط العمل المادي بإرادة الفاعل ما يسمى بالركن المعنوي للجريمة، و يتمثل هذا الأخير في نية داخلية يضمرها الجاني في نفسه، و قد يتمثل أيضا في الخطأ أو الإهمال أو عدم الاحتياط لهذا يتخذ الركن المعنوي للجريمة صورتين صورة الخطأ العمدي أي القصد الجنائي أو صورة الخطأ غير العمدي[2].

و لما كانت هذه الجريمة من الجرائم العمدية فلا يكفي لقيامها انتشار السر بل يجب أن يكون ذلك الإفشاء عمدياً، و من ثم يتخذ الركن المعنوي لهذه الجريمة صورة القصد الجنائي و النتيجة المترتبة على ذلك أنه لا قيام لهذه الجريمة بدونه[3]، بيد أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة في المادة 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 و الاستثناء أن تكون غير عمدية، و من 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[4].

---

[1] نضير شيوعان: المرجع السابق، ص11.

[2] قديدر إسماعيل: المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء الأسرار الطبية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2010-2011، ص117.

[3] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص121.

[4] أسامة عبد الله قايد: المرجع السابق، ص1697.

وقد يعتبر الفقه[1] و القضاء[2]على أن القصد الجنائي في جريمة إفشاء الأسرار هو القصد العام لذلك هجر الرأي 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 و المنتظم لبعض المهن و هو ما لا يرتبط بضرر أو نية إضرار، و قد عرفت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بأن القصد الجنائي في جريمة إفشاء السر البنكي هو اتجاه إرادة المهني بإفشاء السر مع علمه بذلك و مهما كانت الوسيلة[3].

ويقضي هذا العنصر ضرورة علم الموظف الذي اطلع على بيان الأوراق من أن لها صفة السرية، و أن لهذا السر الطابع المهني و أنه يمارس مهنة تجعل منه مستودعاً للأسرار، كما يجب أن يعلم بأن العميل غير راض عن إفشاء السر. أما إذا اعتقد الفاعل أن الواقعة ليست سراً أو ليست لها صلة بمهنته أو اعتقد أن العميل قد صرح له بالإفشاء فإن القصد الجنائي ينتفي[4]. و يشترط القانون للعقاب على الجريمة بالإضافةإلى العلم عنصر الإرادة لذلك يجب أن تتجه إرادة الجاني إلىإفشاء السر، وما يترتب على ذلك من مساس بسلامة الحقوق التي حظر القانون الاعتداء عليها، فلا تقوم المسؤولية الجنائية في حالة غيابالقصد الجنائي[5]، و بعد استعراضنا لعناصر القصد الجنائي يثور التساؤل حول إمكانية قيام هذه الجريمة بالإهمال؟

تقرر بعض التشريعات وجود جريمة إفشاء السر البنكي حتى في حالات لا يتوافر فيها القصد الجنائي أي في حالات تقع فيها الجريمة بالإهمال[6]، من هذا القبيل نجد القانون

---

[1] محمود نجيب حسني: المرجع السابق، ص661، محمد صبحي نجم: المرجع السابق، ص112، أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص335.

[2] 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.

[3]Crim 17/06/1991, DP, 1991,n°316. Cité par Anne Teissier : op.cit, p158.

[4] أحمد فتحي سرور: المرجع السابق، ص773.

[5] Jean Larguier et autres : Droit pénal spécial, Dalloz, Paris, 14^{em} édition, 2008, 120.

[6] أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص408. الإهمال صورة من صور الخطأ المقترف بموقف سلبي أو بالترك أو الغفلة أو الامتناع، أما قلة الاحتراز فتكون بسبب الطيش أو عن عدم التبصر و مثال ذلك أن يضع موظف البنك وثائق

السويسري حيث تنص المادة 47 من القانون الفدرالي على قيام المسؤولية الجزائية لموظف البنك عن إفشائه لأسرار العملاء و لو وقع منه ذلك خطأً[1]، و في 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[2].

يختلف الأمر في القانون الفرنسي فبالرجوع لنص المادة 13/226 من قانون العقوبات تعتبر جريمة إفشاء السر البنكي جريمة عمدية يشترط لقيامها القصد الجنائي، وقد ساير القضاء الفرنسي هذا الموقف[3]، و نفس النهج سار عليه المشرع الجزائري الذي لم ينص على قيام الجريمة في حالة الخطأ أو الإهمال، فإذا أخطا موظف البنك 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 و صاحب الحساب البنكي فلا قيام للجريمة[5]، أو أنه أرسل كشف حساب العميل في مغلف مفتوح مما أدى إلى الاطلاع عليه من قبل الغير، ففي كل هذه الأحوال ينتفي الركن المعنوي[6] و بالتالي لا يساءل الفاعل جنائياً إلا أن المسؤولية التأديبية و المدنية تبقى قائمة[7].

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 و الأنظمة فهي كل مخالفة لأي حكم يقضي به القانون.

[1]Raymond Farhat :op.cit, p.134

[2] أحمد محمد بدوي: المرجع السابق، ص59.

[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] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص122.

[5] Cass.crim 23/01/2001,n°00-83-2.

[6] أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص461.

[7] Pierre Lambert : op.cit, p.154.

بناءا على ما سبق ذكره تتحقق جريمة إفشاء السر البنكي 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[1]. فيستوي لدى القانون أن يكون الباعث من إفشاء السر نبيلاً أو شريراً، و تطبيقاً لذلك فإن موظف البنك يرتكب جريمة إفشاء السر البنكي و لو قصد من ذلك تحقيق مصلحة العميل كما لو أراد تدعيم موقفه أمام الدائنين أو إثبات أنه ملئ لتمكينه من عقد الصفقة[2].

وبهذا نكون قد حددنا أركان جريمة إفشاء السر البنكي بدءاً بالركن المادي و الركن المعنوي بمقوماته فمتى قامت الجريمة استحق مرتكبها العقوبة المقرر لهذه الجريمة، و هذا ما سوف نتناوله في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: العقوبة المقررة لجريمة إفشاء السر البنكي

الأصل أن المجتمع يستنكر الجريمة بوصفها عملا ضارا تصيبه في أمنه و تعرض مصالحه الحيوية للخطر، لهذا يعبر عن غضبه إزاء هذا العمل الضار بإزالة العقوبة على الجاني[3]، و لما كانت جريمة إفشاء السر البنكي جنحة فإن العقوبات الأصلية في مواد الجنح الجنح بحسب المادة 5من قانون العقوبات هي العقوبة السالبة للحرية و الغرامة. إلا أن الجزاء الذي يقرره المشرع قد يوقع على شخص طبيعي أو معنوي و هذا ما سوف نوضحه كالتالي.

---

[1] أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص416، أحمد محمد بدوي: المرجع السابق، ص59، محمود كبيش: المرجع السابق، ص24، أحمد فتحي سرور: المرجع السابق، ص526. و يعرف 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 .

[2] سعيد عبد اللطيف حسن: المرجع السابق، ص344.

[3] عبد الله سليمان: شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون طبعة، 1998، ص417.

البند الأول : العقوبة المقررة للشخص الطبيعي

نعني بالشخص الطبيعي هناكل موظف لدى البنك و قد حدد المشرع الجزائري عقوبة خاصة لجريمة إفشاء السر المهني بمقتضى المادة 301 من قانون العقوبات التي جاء فيها ما يلي: "يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر و بغرامة من 20000 إلى 100000 دج الأطباء....."[1]، بالمقابل قد حدد المشرع الفرنسي عقوبة هذه الجريمة بمقتضى المادة 13/226 بالحبس مدة سنة و غرامة قدرها 15000 أورو، و انطلاقا من ذلك يمكننا إبداء الملاحظات التالية حول العقوبة المقررة لهذه الجريمة:

-لم ينص المشرع الجزائري على عقوبة خاصة بجريمة إفشاء السر البنكي على خلاف ما فعلت بعض التشريعات[2]، بل أحال في ذلك إلى نص المادة 301 من قانون العقوبات و هذا ما يتضح من عبارة " يخضع للسر المهني تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات...." الواردة في المادة 117 من قانون النقد و القرض.

-أقرن المشرع الجزائري العقوبة السالبة للحرية بعقوبة الغرامة لكن لم يجعلها اختيارية، بل أوجب على القاضي أن يحكم بكليهما و لم يعط له التفريد القضائي و حق الاختيار بينهما.

-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[3]، و يتضح من نص المادة 301 الخاصة بجريمة

---

[1] لقد كان مقدار الغرامة المقررة لهذه الجريمة يتراوح بين 500 و 5000 دج لكن تم رفعها بموجب القانون رقم 23/06 المؤرخ في 2006/12/20 المعدل و المتمم لقانون العقوبات لتصبح مابين 20000 و 100000.

[2] كالتشريع السويسري الذي حدد العقوبة بموجب المادة 47 من القانون الفدرالي للبنوك بالحبس من ستة أشهر فأكثر و الغرامة التي قد تصل إلى 50000 فرنك، و المشرع المصري الذي حدد ها بموجب المادة السابعة من قانون سرية الحسابات بالحبس الذي لا تقل مدته عن سنة و الغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف جنين و لا تزيد عن عشرين ألف جنيه، بينما حددها المشرع اللبناني في نص المادة الثامنة من قانون سرية المصارف بالحبس من ثلاث أشهر إلى سنة.

[3] أنظر المواد من 52 إلى 60 مكرر 1 من قانون العقوبات.

إفشاء الأسرار أنها تعاقب من يفشي سراً وصل إلى علمه بحكم مهنته، فالعقوبة شخصية تلحق بالشخص الذي قام بالإفشاء طالما أنه قد أقدم على ذلك عن إرادة و وعي. غير أن الإشكال يثور عندما تقع جريمة إفشاء السر و لا يمكن تحديد المسؤول بصفة شخصية فهل يجوز أن تسند المسؤولية الجزائية إلى البنك كشخص معنوي؟

البند الثاني : مسؤولية البنك كشخص معنوي عن جريمة إفشاء السر البنكي

تعد المسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية[1] من المسائل التي أثارت الكثير من الجدل في الفقه و القضاء المقارن، و لم يستقر وضعها القانوني في شكل حاسم في كثير من القوانين العقابية المعاصرة باستثناء التشريعات الأنجلوأمريكية و غيرها من التشريعات التي أخذت عنها، و التي أقرت هذا النمط من المسؤولية على نطاق واسع، فقد كانت الفكرة السائدة في الفقه و القضاء و التشريع أن الشخص الطبيعي هو الوحيد الذي يمكنه ارتكاب الجريمة و تحمل نتائجها، أما الشخص المعنوي فلا يمكنه ذلكلأن المسؤولية الجزائية تبنى على الإرادة و الإدراك، غير أن الفقه الجنائي و التشريعات فيما بعد أصبحت تعترف بتحملالشخص المعنوي هذه المسؤولية على اعتبار أنه حقيقة قانونية ليست بحاجة إلى إثبات، كما أوضحت أن إمكانية ارتكابه للجرائم حقيقة مؤكدة في مجال علم الإجرام، و من جهة أخرى فإن تنوع العقوبات التي يمكن أن يتعرض لها الشخص المعنوي من غرامة و مصادرة و إغلاق و حل لا تشكل عائقا أمام معاقبته[2].

و مسايرة لهذا التطور أقر القانون رقم 15/04[3] المسؤولية الجزائية للشخص المعنويو كرسها في المادة 51 مكرر التي جاء فيها ما يلي: "باستثناء الدولة و الجماعات المحلية و الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام يكون الشخص المعنوي مسؤولاً جزائيا عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته، أو ممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك .

---

[1] 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، دار الريحان، الجزائر، بدون طبعة، 1999، ص52.

[2] سعيد عبد اللطيف حسن: المرجع السابق، ص339-340

[3] المؤرخ في 2004/11/10، المتضمن تعديل قانون العقوبات، ج ر عدد 71، المؤرخة في 2004/11/10.

إن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تمنع مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو كشريك في نفس الأفعال".

ولما كانت البنوك تؤسس في شكل شركة مساهمة فهي بالنتيجة تتمتع بالشخصية المعنوية فهل تتحمل هذه الأخيرة المسؤولية الجزائية عن إفشاء السر البنكي بحكم أنها الأمين الضروري عليه، أم يتحملها الموظف لوحده؟ و هل يمكن إخضاعهما معا للمسؤولية لما لا يمكن تحديد المسؤول بصفة فردية؟

يجب التنويه أولا إلى أن المادة 51مكرر من قانون العقوبات اشترطت لمساءلة الشخص المعنوي جزائيا أن ترتكب الجريمةمن طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين لحسابه، كما نصت صراحة على ضرورة وجود نص قانوني يقضي بالعقاب على الجريمة المرتكبة، و بتطبيق هذه الأحكام على البنك بمناسبة إفشاء أحد أعضائه للسر البنكي فلم يكن البنك يسأل عنها إلى غاية 2006 و ذلك بموجب القانون رقم 23/06 المعدل لقانون العقوبات حيث نصت المادة 303 مكرر3 منه على ما يلي: " يكون الشخص المعنوي مسؤولاً جزائياً عن الجرائم المحددة في الأقسام 3،4،5 من هذا الفصل و ذلك وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 51 مكرر"، و قد بينا أن هذه الأخيرة قد نصت صراحة على أن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تمنع مساءلة الشخص الطبيعي إذا ثبت وجود اشتراك بينهما في الجريمة، و بهذا فقد كرس المشرع الجزائري صراحة المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في القسم الخامس المتضمن جرائم الاعتداءات على شرفو اعتبار الأشخاص و على حياتهم الخاصة و إفشاء أسرارهم.

أما بخصوص العقوبة المقررة للبنك باعتباره شخصا معنويا عن جريمة إفشاء السر البنكي، فهي الغرامة وفقا لما جاء في الفقرة الثانية من المادة 303 مكرر3من قانون العقوبات حسب الكيفيات المنصوص عليها في المادة 18 مكرر و المادة 18 مكرر2، بالإضافة إلى أحد العقوبات التكميلية كحل الشخص المعنوي، غلق المؤسسة، المنع من مزاولة نشاط أو أكثر...الخ[1].

[1] أنظر المادة 18 مكرر/2 من قانون العقوبات.

بعد تحديدنا للعقوبة الجزائية التي يتعرض لها البنك باعتباره شخصاً معنوياً بمناسبة إفشائه لأسرار عملائه يمكننا إبداء الملاحظات التالية:

-أنها عقوبة حديثة تم تكريسها مؤخراً على اعتبار أن المصارف كيان مستقل بذاته له ذمة مالية و مصالح ذاتية مستقلة عن مصالح الأفراد و الموظفون الذين يعملون فيه، و هذا ما دفع بالمصرف إلى فرض المزيد من الرقابة و التوجيه 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 البنك و مستخدميه في حال إفشائهم لأسرار العملاء،و اكتشفنا أن المشرع الجزائري قد واكب التطورات التشريعية خاصة الغربية منها في إقرارهاللمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي بصفة عامة، و البنوك بصفة خاصة لضمان الثقة في نشاطها لننتقل إلى دراسة الجزاء المدني في المطلب الثاني .

المطلب الثاني : الجزاء المدني عن إفشاء السر البنكي

فضلا عن الجزاء الجنائي يؤدي انتهاك السرية المصرفية إلى قيام المسؤولية المدنية للشخص الذي أفشى بأسرار المعاملات البنكية، و بهذا يلتزم بتعويض الأضرار الناتجة عن هذا الإفشاء[1]، و على 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 البنكي يعتبر خطأ موجب للمسؤولية يقتضي تعويض الأضرار اللاحقة بالزبون من هذا الإفشاء سواء كانت المسؤولية عقدية أو تقصيرية بحسب الأحوال[3]، و سواء كان الخطأ صادراً من البنك أو من أحد موظفيه فإن الآثار

---

[1] نعيم مغبغب: المرجع السابق، ص157.

[2] علي فيلالي: الالتزامات (الفعل المستحق للتعويض)، موفم للنشر، الجزائر، الطبعة الثانية، 2007، ص18.

[3] علي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة السابعة، 2007، ص114 و ما بعدها.يفرق الفقه بين المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية في العديد من المجالات من حيث الأهلية و درجة الخطأ،

المدنية لإفشاء السر البنكي لا تتخذ شكلاً موحداً كما هو الحال بالنسبة للمسؤولية الجزائية بل تختلف بحسب الأساس الذي تستند إليه فإذا كان هناك عقد بين البنك و العميل يكون إفشاء البنك للسر خطأ عقديا، أما بالنسبة للمسؤولية التقصيرية فإنها تقوم في حالة عدم وجود عقد بينهما لذلك فهي تنشأ مباشرة من نص القانون[1].

و لما كان البنك شخصاً معنوياً يباشر نشاطه بواسطة موظفيه فإنه يسأل مدنياً عن الافشاءات الصادرة منهم طبقاً لقواعد مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه[2]، لذلك ينبغيإثبات الخطأ في حق من أفشى بالسر سواء كان هو البنك أو موظفيه لأن الالتزام بحفظ السر البنكي التزام بامتناع عن عمل و يجب على الدائن أن يثبت حصول الإخلال به[3]، لذلك سنبحث عن المسؤولية العقدية الناتجة عن إفشاء السر البنكي(الفرع الأول)، ثم المسؤولية التقصيرية (الفرع الثالث) و نتعرض لمسؤولية البنك عن أعمال تابعيه (الفرع الثالث) .

الفرع الأول: المسؤولية العقدية عن إفشاء السر البنكي

مبدئيا تطبق شروط العقد على العلاقات التجارية بين البنك و زبونه لأن العمليات المصرفية تدخل ضمن الأعمال التجارية[4]، و في هذا الصدد إذا كان كل تشريع قد اختص بإعطاء مفهوم تعاقدي للعمليات المصرفية فإنه يبقى لها معالم مشتركة بين التشريعات[5]، فالمصدر الأول لالتزام البنك بالمحافظة على أسرار زبائنه هو العقد الذي يجمعهما، فمتى أخل البنك بالالتزامات الناشئة عنه قامت مسؤوليته العقدية[6]، و سنبحث في هذا الفرع عن أركان المسؤولية العقدية للبنك (البند الأول) و الجزاء المترتب عنها(البند الثاني) .

البند الأول: أركان المسؤولية العقدية

من حيث الإعذار و الإثبات، من حيث مدى التعويض و التضامن، من حيث الإعفاء و مدة التقادم و رقابة المحكمة العليا.....الخ.

[1] عبد القادر العطير: المرجع السابق، ص82.

[2] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص127.

[3] أحمد محمد بدوي: المرجع السابق، ص64.

[4] أنظر المادة الثانية من القانون التجاري.

[5] محفوظ لعشب : المرجع السابق، ص116.

[6] أنظر المادة 172 من القانون المدني الجزائري.

تقوم المسؤولية العقدية للبنك عن إفشائه لأسرار عملائه بتوافر ثلاثة أركان هي الخطأ و الضرر و علاقة السببية بينهما .

أولا : الخطأ العقدي

يعرف الخطأ العقدي بأنه عدم تنفيذ المدين لالتزامه سواء كان ذلك عن عمد أو بإهمال[1]، و يتحقق إذا امتنع البنك عن تنفيذ التزامه العقدي أو نفذه بشكل معيب يخل بالعقد المبرم بينه و بين العميل لأن هذا الأخير يتضمن شرطا صريحا أو ضمنيا بأن لا يفشي البنك بأسرار العميل[2]، و الخطأ العقدي قد يكون عمدياً بأن يتعمد أحد موظفي البنك أن يفشي سرية حسابات و ودائع العميل للغير، و قد يكون الخطأ العقدي غير عمدي عن طريق الإهمال كأن يطلب أحد الأشخاص من البنك بيان حساب أحد العملاء و يعطيه له موظف البنك دون التحقق من شخصيته، ثم يتضح أنه ليس العميل صاحب الحساب، و يقع على العميل هنا عبء إثبات الخطأ و العقد الذي يربطه بالبنك على اعتبار أن الالتزام بحفظ السر البنكي التزام تبعي للعقد، و لا يستطيع البنك إعفاء نفسه من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي المتمثل في القوة القاهرة أو فعل الغير[3].

ثانيا: الضرر

يتمثل الركن الثاني لقيام المسؤولية العقدية للبنك عن إفشائه لأسرار زبائنه هو حصول ضرر مادي أو معنوي للعميل من جراء عدم تنفيذ العقد أو تنفيذه بشكل معيب[4]. فالضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه الشخصية أو المالية أو بمصلحة

[1] محمد حسنين: الوجيز في نظرية الالتزام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، بدون طبعة، 1983، ص116.

[2] عبد القادر العطير: المرجع السابق، ص83.

[3] أحمد محمد بدوي: المرجع السابق ، ص66

[4] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص.130

مشروعة[1]، فلا يكف أن يقع من البنك خطأ عقدي عن طريق إفشائه لأسرار عميله بل يشترط أن يرتب هذا الخطأ ضررا له[2].

و مما لا شك فيه أن إخلال البنك بالتزامه بالمحافظة على أسرار زبائنه يرتب ضرراً للعميل، و قد يكون الضرر مادياًإذا أفشى البنك سرية حسابات عميله و كان الغير سوف يقرضه مالاً و يتعامل معه، و لما علم بما أفشاه البنك امتنع عن ذلك و رفض 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 هنا وقوع ضرر جسماني له بل إن الضرر هنا يؤثر على وضعيته المالية كهبوط أسهم الشركة العميلة للبنك بعدما أذاع هذا الأخير معلومات تخص سوء حالتها المالية[3].

و قد يترتب على إفشاء السر ضرراً معنوياً للعميل كأن يؤدي فعل الإفشاءإلى التقليل من مركزه المالي و إصابته في شخصه، و اعتباره بازدرائه في محيطه الذي يعمل فيه أو التقليل من منافسته في مجال تجارته[4]. 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 بنكه، و استغلال منافسيه لتلك المعلومات للدعاية ضده[5]، فيحق للعميل أن يطالب بالتعويض عن هذا الضرر الناتج عن فعل الإفشاء و لو لم يصبه ضرر مادي[6].

ثالثا: علاقة السببية

---

[1] بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الرابعة، ص143.

[2] 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، و أن يكون محققا . لمزيد من التفصيل حول شروط الضرر أنظر بلحاج العربي: المرجع نفسه، ص159 و ما بعدها.

[3] محي الدين اسماعيل علم الدين: المرجع السابق، ص214.

[4] أحمد محمد بدوي: المرجع السابق، ص66، سعيد عبد اللطيف حسن: المرجع السابق، ص359.

[5] محي الدين اسماعيل علم الدين: المرجع السابق، ص214.

[6] أنظر المادة 182 مكرر من القانون المدني الجزائري.

لا يكف الخطأ العقدي و الضرر لقيام المسؤولية العقدية للبنك عن إفشائه لأسرار زبائنه بل لا بد من أن يكون خطأ البنك هو السبب المباشر للضرر الذي لحق بالعميل و هو ما يعبر عنه بعلاقة السببية، أي أن يكون الضرر ناتجا مباشرة عن إخلال البنك بالالتزامات التي رتبها العقد[1]، أما إذا كان الضرر ناتجا عن خطأ العميل نفسه أو من الغير فلا يتحمل البنك مسؤولية ذلك، و طبقا للقواعد العامة يقع على المضرور عبء إثبات علاقة السببية بين الضرر الذل لحقه و الإخلال بالالتزام العقدي، إلا أن هذه القرينة تبقى بسيطة قابلة لإثبات العكس إذ يستطيع البنك إثبات عكسها[2]، بإثبات السبب الأجنبي كأن يشب حريق في البنك فيفقد الموظفون بعض الأوراق إلى الخارج و يستطيع المارة الاطلاع عليها، و يعلموا بأسرار من تخصهم فهذه القوة القاهرةتقطع علاقة السببية بين فعل الإفشاء و الضرر الحاصل للعملاء[3].

البند الثاني : جزاء المسؤولية العقدية عن إفشاء السر البنكي

تقتضي القوة الملزمة للعقد وجوب تنفيذ ما التزم به كل طرف من أطرافه و الأصل أن يقوم كل طرف متعاقد بكل ما التزم به بموجب العقد و ما هو من مقتضياته، فإذا أخل أي طرفيه بذلك جاز للطرف الثاني أن يجبره على تنفيذ الالتزام عينا فإذا كان ذلك مستحيلاً جاز التنفيذ بطريق التعويض[4]، و ينطبق ذلك على العقود المصرفية في حالة إخلال البنك بالمحافظة على سرية حسابات العملاء. غير أنه ليس بإمكان البنك تنفيذ التزامه عينا بعد حدوث ضرر للعميل من جراء إفشائه لأسراره، بل أن المتصور هو أن يرجع على البنك أو الموظف بالتعويض متضامنين أو أن يرجع على أي منهما، و إذا رجع على البنك يمكن لهذا الأخير أن يرجع على الموظف المخطئ بالتعويض المدفوع للعميل[5].

---

[1] أحمد محمد بدوي: المرجع السابق، ص66.

[2] سعيد عبد اللطيف حسن: المرجع السابق، ص361.

[3] لمزيد من التفصيل حول حالات السبب الأجنبي المؤدي إلى دفع المسؤولية أنظر بلحاج العربي: المرجع السابق، ص199 و ما بعدها.

[4] أنظر المادة 176 من القانون المدني الجزائري.

[5] أحمد محمد بدوي: المرجع السابق، ص67.

و يشمل التعويض في المسؤولية العقدية الأضرار المتوقعة يوم إبرام العقد ما لم يرتكب المدين خطأًجسيماً أو غشاً[1]، لأنه إذا حصل ذلك يتحمل المدين كل الأضرار المباشرة و غير المباشرة التي لحقت بالعميل من جراء إفشاء أسراره[2]. إضافة لذلك يجوز للعميل أن يفسخ العقد الذي يربطه بالبنك نتيجة عدم تنفيذ هذا الأخير لالتزامه التعاقدي، فإفشاء البنك أسرار عميله يمكن أن يضع حدا للعقد المبرم بينهما[3].أما بالنسبة لإمكانية تحديد البنك لمسؤوليته أو وضع شروط الإعفاء منها فإنه غالباً ما تلجأ البنوك إلى إدراج شروط في العقود المبرمة مع عملائها لتحديد مسؤوليتها أو للإعفاء منها، و في هذه الحالة و نظراً لعدم وجود نصوص خاصة تسري على هذه الحالات يتم تطبيق القواعد العامة للقانون المدني[4].

و يذهب بعض الفقه إلى إمكانية تطبيق قواعد تحديد مسؤولية البنك أو الإعفاء منها احتراما للحرية التعاقدية بشرطقبولها صراحة من العميل[5]، وقد يطرح التساؤل عن إمكانية تطبيق قواعد المسؤولية العقدية للبنك عن إفشائه لأسرار عملائه طالما أن القانون هو الذي فرض هذا الالتزام على البنك بصفة صريحة، يجيب البعض عن ذلك بأنه لتطبيق قواعد المسؤولية العقدية في هذه الحالة يشترط وجود شرط صريح في العقد الأساسي المبرم بين العميل و البنك يفرض على هذا الأخير الالتزام بحفظ السر المهني، أو أن هذا الالتزام تفرضه طبيعة العلاقات العقدية دون الحاجة لوجود شرط صريح يقضي بذلك[6].

أما بالنسبة للفقه السويسري فإنه ينفي وجود مسؤولية عقدية للبنك عن إفشائه لأسرار عملائه إلا في حالة وجود شرط صريح في العقد يقضي بفرض هذا الالتزام على البنك، و لا وجود لهذه المسؤولية في الحالات الأخرى حتى و إن كان هناك عقد بين البنك و الزبون. بينما ذهب الفقيه Markusإلى القول بأن الالتزام بحفظ السر هو التزام تعاقدي تبعي ينتج من العلاقات التي تقوم على مبدأ الثقة المتبادلة بين البنك و العميل، فسواء تم النص عليه

---

[1] أنظر المادة 2/182 من القانون المدني الجزائري.

[2] Raymond Farhat : op.cit, p.147

[3] أنظر المادة 119 و ما بعدها من نفس القانون.

[4] أنظر المادة 2/178 من نفس القانون.

[5] Anne Teissier : op.cit, p.137.

[6] Raymond Farhat : op.cit, p. 143.

صراحة في العقد أم لا فإنه يحق للزبون أن يطالب بالتعويض نتيجة الإخلال بهذا الالتزام التعاقدي[1]. و بهذا نكون قد انتهينا من دراسة أحكام المسؤولية العقدية للبنك عن إفشائه لأسرار زبائنه لننتقل إلى دراسة أحكام المسؤولية التقصيرية في الفرع الثاني.

الفرع الثاني : المسؤولية التقصيرية عن إفشاء السر البنكي

تقوم المسؤولية التقصيرية للبنك في حالة عدم وجود عقد بينه و بين العميل و يخل البنك بما فرضه القانون من واجب عدم الإضرار بالغير[2]، فيعود للعميل وفقا للقواعد العامة حق مطالبة مسبب الضرر بإصلاحه على اعتبار أن الإفشاء يشكل اعتداء على حياته الخاصة[3]، لهذا تقتضي منا الدراسة تحديد أساس المسؤولية التقصيرية عن إفشاء السر البنكي و الجزاء المترتب عنها (البند الأول)، ثم نحدد مجال تطبيقها في المعاملات البنكية (البند الثاني) .

البند الأول :أساس المسؤولية التقصيرية عن إفشاء السر البنكي و الجزاء المترتب عنها

إن المسؤولية التقصيرية شأنها شأن المسؤولية العقدية تقوم بتوافر ثلاثة أركان الخطأ و الضرر و علاقة السببية بينهما، و حتى لا نكرر ما سبق الحديث عنه في مجال المسؤولية العقدية عن ركني الضرر و علاقة السببية، سوف نقتصر على تحديد الأساس القانوني لهذه المسؤولية و نبين في الأخير إلى الجزاء المترتب عنها.

أولا : أساس المسؤولية التقصيريةعن إفشاء السر البنكي

أ – الخطأ :

---

[1] Markus Lusser : Le Secret Bancaire En Procédure Pénale, Zurich, 1964, p.5085. Cité par Raymond Farhat :op.cit, p.144.

[2] أنظر المادة 124 من القانون المدني الجزائري و التي تقابلها 1382 من القانون المدني الفرنسي، و المادة 163 من القانون المدني المصري.

[3] Maurice Aubert et autres : op.cit, p.33.

يعتبر الخطأ الأساس القديم و الأول للمسؤولية المدنية و قد 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[1]، 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 و التبصر حتى لا يضر بالغير[2].

و بهذا يتضح لنا أن الخطأ في المسؤولية التقصيرية يقوم بتوافر عنصرين أساسيين أولهما مادي و هو التعدي و الثاني معنوي وهو الإدراك و التمييز. فالتعدي مؤداه أن يسلك المرء مسلكا لم يكن ينبغي أن يسلكه الرجل العادي أي هو الإخلال بالالتزام القانوني العام بعدم الإضرار بالغير[3]، لذلك يؤخذ بالمعيار المجرد و هو موظف البنك العادي المجرد من كل ظروفه الشخصية و الذي يمثل عامة الموظفين العاميين[4]، أما العنصر الثاني فهو العنصر المعنوي أي الإدراك و التمييز فيجب أن يكون من وقع منه عمل التعدي مدركا له[5].

و في هذا المقام فإن موظف البنك في الغالب كامل الإدراك و مسؤول عن تصرفاته الشخصية لما له من مؤهلات علمية و شخصية تكون الأساس في اختياره عند التعيين، لذلك فعنصر الإدراك و التمييز متوفر لدى الموظف القائم بالعمل المصرفي فإذا قام بعملية الإفشاء فانه يكون مدركا لتصرفه وما يترتب عليه من نتائج[6]، و يرى الاتجاه الفقهي الحديث و على 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

---

[1] أشار إلى هذا التعريف علي فيلالي: الالتزامات (الفعل المستحق للتعويض)، المرجع السابق، ص55.

[2] أشار إلى هذا التعريف بلحاج العربي: المرجع السابق، ص63.

[3] علي علي سليمان: المرجع السابق، ص147.

[4] أحمد محمد بدوي: المرجع السابق، ص69.

[5] و في هذا الصدد نصت المادة 125 من القانون المدني الجزائري علىما يلي: " لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطته إلا إذا كان مميزا".

[6] أحمد محمد بدوي: المرجع نفسه، ص70.

للفاعل أي بغض النظر عن العنصر العنصر الذاتي، و الاكتفاء بالعنصر الموضوعي مما يسمح بمساءلة الأشخاص الاعتبارية و عديمي الأهلية أو ناقصيها[1].

ب – الأسس الحديثة للمسؤولية:

استنتجنا فيما سبق بأن المسؤولية المدنية للبنك 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 البنك، و أمنه عليها و نظراً للدور الفعال و الهام الذي أصبحت تمارسه البنوك باعتبارها صاحبة الاحتراف و التخصص في مجال الأموال و العمليات البنكية،و سنتعرض في دراستنا لأساسين هما الخطأ المهني و فكرة المخاطر.

1-الخطأ المهني:

يقصد بالخطأ المهني الخطأ الذي يرتكبه شخص أثناء تأديته لمهنته[2] فلكل مهنة أصولها و أخلاقياتها و بالتالي فأي إخلال بها يولد المسؤوليةعلى عاتق من أخل بها[3]، و لما كانت البنوك تقوم بالنشاطات البنكية والمالية و تؤدي دوراً فعالاً لا يمكن إنكاره في دعم النشاطات و المشاريع الاقتصادية، فإنها تخضع لمسؤولية أشق نظرا لتخصصها في هذا المجال[4]، ويشمل الخطأ المهني الخطأ العمدي و غير العمدي لذلك يقع على المضرور إثبات إهمال وعدم حيطته المهني بينما يلتزم هذا الأخير بإثبات أنه نفذ التزامه جيدا[5].

لهذا يعد إفشاء البنك لأسرار عملائه خطأ مهني على اعتبار أن أصول المهنة و القوانين التي تنظمها هي التي أملت هذا الالتزام على البنك لذلك يفترض في هذا الأمين الحيطة و الحذر أكثر نظراً لاحترافه و تخصصه في المهنة.

---

[1] أشار إلى هذا التعريف علي فيلالي: الالتزامات (الفعل المستحق للتعويض)، المرجع السابق، ص55.

[2] Léon Mazeaud et autres :Leçons de droit civil, Delta, Paris, 2000, p.484.

[3] سعيد سيف النصر: دور البنوك التجارية في استثمار أموال العملاء، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، بدون طبعة، 2000،ص355

[4] غسان رياح: المرجع السابق، ص22.

[5] Léon Mazeaud et autres : op.cit, p.486

2-فكرة المخاطر:

يرى أنصار نظرية المخاطر و على رأسهم الفقيهان جوسران و سالي أنه يجب عدم الاهتمام بسلوك 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 و عليه أن يتحمل نتائجها[1]، و قد أخذ القضاء المصري بهذه النظرية و اتجه إلى القول بأن مسؤولية البنك لا تقوم على الخطأ و الضرر بل تقوم على الضرر وحده، فالبنك يكون مسؤولا وان لم يرتكب خطأ[2]، وبهذا فقد اتجه القضاء المصري إلى تشديد مسؤولية البنك و هذا ما دفع بالبنوك فيما بعد إلى إبرام اتفاقيات مع العملاء للتخفيف من مسؤوليتها بشرط قبول العميل لذلك و عدم صدور غش أو خطأ جسيم من البنك[3].

و يؤيد بعض الفقه فكرة تأسيس المسؤولية المدنية للبنك على فكرة المخاطر لما في ذلك من فائدة للمضرور ذلك لأن البنوك و نظرا لأنها تحقق أرباحا كبيرة، فهي أقدر على تحمل مخاطر نشاطها و جبر الأضرار التي تصيب الأفراد من جراء ذلك، كما أن الأخذ بهذه الفكرة يجنب المضرور صعوبة إثبات الخطأ و علاقة السببية و يكتفي بذلك بإثبات الضرر[4]، و بالرغم من أن فكرة المخاطر كأساس للمسؤولية المدنية للبنك تحقق كل هذه المزايا يتجه القضاء إلى تأسيسها على فكرة الخطأ خاصة في مجال إفشاء السر البنكي[5].

و في القانون السويسري فإن خرق واجب حفظ السر البنكي يعتبر إضراراً بالشخصية و يشكل فعلا غير مشروع تقوم على أساسه المسؤولية، غير أنه يجب أن يكون في وسع المضرور إثبات جميع عناصرها[6]، ويعتبر بعض الفقه أن فكرة الخطأ الأساس السليم

---

[1] علي فيلالي: الالتزامات (الفعل المستحق للتعويض)، المرجع السابق، ص150

[2] وقد جاء في هذا الحكم بأن " ...لا تبرأ ذمة البنك قبل العميل الذي عهد إليه بأمواله، و الذي وفى بقيمة شيك خالي من التوقيع الحقيقي للعميل.....و تعتبر هذه التبعة من المخاطر المهنية التي يمارسها البنك.....". أشار إليه جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص738.

[3] عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص513.

[4] عبد الحميد الشواربي: المرجع نفسه، 514.

[5] 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.

[6] محفوظ لعشب: المرجع السابق، ص114.

للمسؤولية الذي يمكن أن ينبني عليه المسؤولية المدنية عن الإخلال بالالتزام بالسر البنكي[1].

ثانيا: جزاء المسؤولية التقصيرية عن إفشاء السر البنكي

إذا توافرت أركان المسؤولية التقصيرية من خطأ و ضرر و علاقة السببية تحققت المسؤولية و ترتبت آثارها، فوجب على المسؤول تعويض الضرر الذي أحدثه بخطئهفإذا ثبت ذلك في حق البنك التزم بتعويض العميل عن الضرر الذي لحقه، و يشمل التعويض في هذه الحالة الأضرار المباشرة و غير المباشرة و هو ما يلحق العميل من ضرر و ما فاته من كسب[2]، و يستطيع البنك دفع مسؤوليته بإثبات السبب الأجنبي كالقوة القاهرة كحدوث زلزال أدى إلى تهدم المبنى و كشف المستندات، أو خطأ المضرور فإذا أثبت البنك أن المضرور قد تسبب بخطئه في حدوث الضرر فلا مسؤولية عليه كأن يرسل العميل مندوبا له لاستلام كشف الحساب، و سلمه البنك للمندوب في ظرف مغلق و فتحه المندوب و علم بمحتواه، كما يمكن للبنك أن يدفع مسؤوليته بإثبات خطأ الغير كأن يكون الضرر الذي لحق بالعميل راجع إلى خطأ شخص أجنبي عن البنك أفشى بالسر[3].

البند الثاني: مجال المسؤولية التقصيرية عن إفشاء السر البنكي

تقوم المسؤولية التقصيرية عن إفشاء السر البنكي في حالة عدم وجود عقد بين البنكو المضرور الذي لا يكون في أغلب الحالات زبوناً، و إذا كان من السهل تحديد مجال المسؤولية العقدية الناتجة عن إفشاء السر البنكي نظراً لوجود عقد يربط الطرفين، فإن الأمر يختلف بالنسبة للمسؤولية التقصيرية خاصة إذا ارتكب الخطأ في المرحلة ما قبل التعاقدية أو بعد زوال العقد.

أولا : 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

---

[1] عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص57.

[2] أنظر المادة 1/182 من القانون المدني الجزائري.

[3] أحمد محمد بدوي: المرجع السابق، ص75-76.

موظف البنك في هذه المرحلة الاطلاع على بعض المعلومات المالية و الاقتصادية المتعلقة بالحياة الخاصة للزبون المستقبلي[1]، و ما 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 و إلا قامت مسؤوليته[2].

لذلك فللمرحلة ما قبل التعاقدية أهمية خاصة في العلاقة بين الزبون المستقبلي و البنك فإذا اتجه شخص إلى البنك بغرض الحصول على قرض، و تمت بينهما مناقشات شفوية تمكن من خلالها البنك من الاطلاع على الوثائق التي تبين حقيقة الوضعية المالية للزبون المستقبلي، و نظرا لعدم كفاية الضمانات التي قدمها هذا الأخير لم يوافق البنك على منحه القرض فلم يبرم العقد بينهما، و حدث و أن قام البنك بإفشاء المعلومات التي اطلع عليها في هذه المرحلة و تضرر الطرف الثاني من ذلك. فليس هناك من شك في قيام المسؤولية المدنية للبنك في هذه الحالة و توصف المسؤولية بأنها تقصيرية ناتجة عن نص القانون[3].

فعلاقات الثقة تأخذ مجراها منذ أول محادثات تجرى بين البنك و الزبون المستقبلي، مما يستتبع وجود الالتزام بحفظ السر ملقى على عاتق البنك يرتكز على مبدأ حسن النية تنشأ عنه مسؤولية البنك حتى لو لم يعقد العقد أو إذا قضي ببطلانه فيما بعد[4]، و قد أخذ القضاء الفرنسي بمبدأ المسؤولية التقصيرية للبنك في المرحلة ما قبل التعاقدية، و استند في ذلك إلى نص المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي[5].

ثانيا : المسؤولية التقصيرية في المرحلة اللاحقة لانتهاء العقد

إن حياة العقد تنتهي بتنفيذه أو انحلاله إلا أن العقد يبقى منتجا لآثارهأحياناًحتى بعد انتهائه. فقد استقر العرف البنكي على استمرارية الالتزام بحفظ السر المهني بعد انتهاء العقد الذي

---

[1] Anne Teissier : op.cit, p.141.

[2] رجب عبد اللاه: المرجع السابق، ص470.

[3] Raymond Farhat : op.cit, p.146.

[4] نعيم مغبغب: المرجع السابق، ص160.

[5] Cass.Com.20/03/1972, J.C.P, 1973-2-17543. Cité par Anne Teissier : op.cit, p.142.

يربط البنك بالعميل[1]، 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 البنكي يبقى قائما[2].

و يرى بعض الفقه بأن الالتزام بحفظ السر البنكي إذا ورد ضمن شرط صريح في العقد الأساسي أو عقد خاص يجب تطبيق قواعد المسؤولية العقدية،لأن الأمر يتعلقبما يسمى بتبعات العقدsuites de contrat[3]،و هذا ما أخذ به القضاء الفرنسي في أحد أحكامه بخصوص مسؤولية بنك باريس للقرض و التجارة عن تعويض الأضرار التي أصابت أحد زبائنه بمناسبة إفشائه لبعض المعلومات الخاصة به للغير بالرغم من زوال صفة الزبون عنه، و نفس الموقف أخذت به محكمة تولوز لما قضت بأن الالتزام بحفظ السر البنكي يرتكز في هذه الحالة على العلاقة التعاقدية[4].

يجب التنويه في الأخير إلى أنه ينبغي التفرقة بين مصدر المسؤولية من جهة و أساسها 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، و من ثم فإن العقد أو النص القانوني يصلحان لأن يكونا مصدراً 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 و تحمل التبعة و المخاطر[5].

تبعا لذلك فإن أساس المسؤولية أمر يختلف عن مصدرها و إذا كان التزام البنك بالسرية في بادئ أمره واجباً أخلاقياً، فإن الأساس الذي قام عليه في ذلك الوقت نبع من الدين و الأخلاق، ولما أدرك المشرع ضرورة تدخله لما ينطوي عليه الإخلال بهذا الالتزام من مخاطر

---

[1] أنظر المادة 117 من قانون النقد و القرض.

[2] نعيم مغبغب: المرجع السابق، ص160.

[3] Anne Teissier : op.cit, p.143.

[4] Toulouse(2^{em}), 06/02/1980, D, 1981, IR, 18/19 . Cité par Anne Teissier :op.cit, p.143.

[5] رايس محمد: المرجع السابق، ص262.

فنص على ضرورة المسؤولية[1]، و إذا كان مصدر الالتزام بالسر البنكي يتمثل في نص المادة 301 من قانون العقوبات و المادة 117 من قانون النقد و القرض، فإن أساس المسؤولية عن إفشائه هو الخطأ، و يرى بعض الفقه بأن المسؤولية التقصيرية الناتجة عن القانون تضاف في هذه الحالة إلى المسؤولية العقدية و يبقى للمضرور الخيار بينهما[2].

ثالثا: حالة الاستعلام عن العميل

تطبق أحكام المسؤولية التقصيرية أيضا في حالة الاستعلام عن العميل أي لما يحصل البنك على معلومات تخص العميل من البنوك الأخرى في إطار العمل البنكي. 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، و نظراً لخطورة هذا الإجراء و ما قد ينجر عنه من عواقب سلبية أخضعته التشريعات لمجموعة من الضوابط، و اشترطت أن تكون الإجابة على الأسئلة عامة أي دون تفصيل عن العمليات التي يجريها العميل أو وضعية الحساب، و الأهم من ذلك أن يكون تبادل هذه المعلومات بسرية تامة فعلى البنك أن يتصرف بحذر للقيام بذلك[3].

تبعا لما سبق يعتبر الخطأ أساس المسؤولية المدنية للبنك عن إفشائه لأسرار عملائه سواء كانت تقصيرية أو عقدية، و يستوي في ذلك أن يكون من قام بإفشاء السر أحد ممثلي البنك القانونيين كالمدير فتقوم المسؤولية المدنية في هذه الحالة على عاتق البنك كشخص معنوي، و قد يكون الإفشاء صادراً من أحد موظفيه فيسأل في هذه الحالة بصفته متبوعاً عن أعمال تابعيه و هذا ما سوف نتعرض له تبعا.

الفرع الثالث : مسؤولية البنك عن أعمال تابعيه

[1] عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص56.

[2] Raymond Farhat : op.cit, p.146.

[3] محي الدين إسماعيل علم الدين: المرجع السابق، ص228.

تتحقق مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه إذا كانت هناك علاقة تبعية بين شخصين أحدهما متبوع و الآخر تابع، و ارتكب التابع خطأ أثناء الوظيفة أو بسببها أو بمناسبتها أحدث ضررا للغير، و عليه 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 و لو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع"[1].

و لما كان البنك شخصاً معنوياً فإنه يباشر نشاطه بواسطة موظفيه و بالنتيجة فهو يسأل عن إفشاء السر الصادر منهم على اعتبار أن البنك رخص لهم الاطلاع على أسرار الحياة الخاصة للزبائن[2]، و الغالب في مجال البنوك ألا يقع الإفشاء من المديرين أو المسيرين بل يحدث ذلك من الموظفين المستخدمين، فإذا تم إعفاء البنك في كل مرة من المسؤولية لا يصبح للالتزام بحفظ السر البنكي أي دور[3]،و سنتعرض لشروط مسؤولية البنك عن أعمال تابعيه (البند الأول)، ثم نحدد الآثار الناجمة عنها (البند الثاني)

البند الأول : شروط مسؤولية البنك عن أعمال تابعيه

لكي تتحقق مسؤولية البنك المدنية عن أعمال موظفيه بصفتهم تابعين له يجب أن تتوافر عدة شروط هي :

أولا : وجود علاقة تبعية

[1] تقابلها المادة 288 من القانون المدني الأردني، و المادة 184 من القانون المدني المصري، و المادة 128 من قانون الموجبات و العقود اللبناني، و المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي.

[2] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص127.

[3] Raymond Farhat : op.cit, p. 147.

حتى تقوم المسؤولية المدنية للبنك عن أعمال موظفيه لابد من وجود رابطة تبعية بين التابع و المتبوع[1]، و هي إن كانت تقوم في أكثر حالاتها على عقد الخدمة إلا أنها لا تقتضي حتما وجود هذا العقد بل هي لا تقتضي أن يكون التابع مأجوراً من المتبوع على نحو دائم أو لا يكون مأجوراً على الإطلاق[2]، كما أن للبنك حرية في اختيار موظفيه فمن الطبيعي أن يتحمل مسؤولية اختياره هذا إذا أساء ذلك و طالما أن الموظف يتقاضى أجراً من البنك لقاء عمله فإنه يدين له بالالتزام بحفظ السر البنكي[3].

و مما لا شك فيه أن موظفي البنك يعملون لحسابه و لا تكون للبنك سلطة الرقابة و التوجيه عليهم إلا لكونهم يعملون لحسابه، و من باب المخالفة لا يكون للبنك سلطة توجيه و رقابة التابع إذا لم يكن هذا الأخير يعمل لحسابه، و من ثم فإن قوام رابطة التبعية هو عمل التابع لحساب المتبوع بغض النظر عما إذا كانت له سلطة توجيه و رقابة فعلية عليه أم لا[4]، كما أنه ليس من الضروري لقيام علاقة التبعية بين البنك و الزبون أن تكون سلطة البنك على الموظف عقدية تقوم على حرية الاختيار، و لا سلطة شرعية فهي تقوم و لو لم للمتبوع الحق في هذه السلطة بأن يكون استمدها من عقد باطل أو غير مشروع[5].

ثانيا : اتصال الفعل الضار للموظف بالوظيفة

يشترط لقيام مسؤولية البنك بصفته متبوعاً أن يقع الفعل الضار من قبل الموظف أثناء قيامه بعمله أو بسبب ذلك أو بمناسبته[6]، و يفيد هذا القيد وجود صلة بين فعل التابع الضار و وظيفته لذلك لا يسأل عن السلوك العام للتابع و إنما عن ذلك الذي يأتيه في إطار

---

[1] لم يعرف المشرع الجزائري علاقة التبعية سواء في النص الأصلي للمادة 136 سنة و التي كانت تنص علىما يلي: ".....و لو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كانت له سلطة فعلية في رقابته و توجيهه"، و لا في الصياغة الحالية لهذه المادة التي جاء فيها: " ....و لو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع".

[2] أحمد محمد بدوي: المرجع نفسه، ص83.

[3] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص128.

[4] علي فيلالي: الالتزامات (الفعل المستحق للتعويض)، المرجع السابق، ص147.

[5] أحمد محمد بدوي: المرجع نفسه، ص84.

[6] 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.

الوظيفة التي أسندت له، و يستوي في ذلك أن يكون الفعل قد وقع بناءاً على تنفيذ أمر صادر من البنك أو أنه تصرف من تلقاء نفسه، و سواء ارتكبه الموظف لباعث شخصي أو لخدمة المتبوع[1].

و لا شكفي قيام مسؤولية البنك الأفعال الضارة التي يتسبب فيها الموظف وقت قيامه بالوظيفة لأن هذا الأخير يكون في هذه الحالة تحت رقابته و توجيهه[2]. أما بالنسبة للفعل الضار بسبب الوظيفة فيكون إذا وقع من الموظف تحقيقا مصلحة المتبوع، و كانت الوظيفة هي السبب الرئيسي و المباشر في إحداث الضرر[3]. 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 حتمية طالما أن الوظيفة ليست أمراً ضرورياً لحدوثه و رغم ذلك يتحمل البنك المسؤولية[4].

و يجب التنويه إلى أنه لا مجال لمسؤولية البنك 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 و الوظيفة، فبالرغم من استمرار التزام الموظف بكتمان السر إلا أن مسؤولية البنك لا تقوم في مثل هذه الحالة نظراً لعدم وجود أي علاقة بين البنك و الموظف السابق[5]، كما لا يعفى البنك من المسؤولية و لو أن اكتشاف الموظف للوقائع السرية كان بتجاوز حدود اختصاصه أو بالتصرف خلاف للتعليمات المقدمة له من رئيسه[6].

رئيسه[6].

البند الثاني : آثار مسؤولية البنك عن أعمال تابعيه

[1] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص129.

[2] بلحاج العربي: المرجع السابق، ص327.

[3] علي فيلالي: الالتزامات (الفعل المستحق للتعويض)، المرجع السابق، ص157.

[4] أحمد محمد بدوي: المرجع السابق، ص85.

[5] Maurice Aubert et autres : op.cit, p.51.

[6] نعيم مغبغب: المرجع السابق، ص162.

تقوم المسؤولية المدنية للبنك عن أعمال تابعيه بتوافر الشروط السالفة الذكر، و يكفي لذلك إثبات المضرور إفشاء السر و وجود علاقة تبعية بين الموظف و البنك، و أن الضرر الذي لحقه كان من فعل الإفشاء الصادر من الموظف و أن ذلك قد حصل أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبتها، فيلتزم البنك بالتعويض على أساس مسؤوليته عن أعمال تابعيه و له أن يرجع بما دفعه على الموظف الذي قام بالإفشاء[1]،و هذا ما قضت به محكمة لكسمبورغ في حكمها الصادر في 2005/05/11 حين اعتبرت بأن البنك يباشر نشاطه بواسطة أشخاص طبيعيين تابعين له، لذلك فإن الأفعال التي يقومون بها تعتبر أفعالاً مرتكبة من البنك نفسه و لا يعتبر الموظفون التابعين من الغير[2]، كما يمكن للموظف أن يدفع هذا الرجوع إذا اثبت أن البنك قد ارتكب خطأ بعدم تنبيهه بضرورة الالتزام بالكتمان، و تداركاً لهذا الوضع فإن البنوك أصبحت تدرج بنداً خاصاً في عقود التوظيف أو في النظام الداخلي للعمل تفرض بموجبه السرية على الموظفين[3].

أما إذا صدر الإفشاء من رؤساء و أعضاء مجلس إدارة الشخص المعنوي أو مديريه، فللعميل المضرور في هذه الحالة الرجوع على البنك الذي يتحمل المسؤولية لوحده لأن سلطة مجلس الإدارة هي المعبرة عن البنك كشخص معنوي[4]، و لا يستطيع البنك أن يدفع مسؤوليته بإثبات أنه لم يرتكب خطأ في اختيار موظفيه، و لا في ممارسة سلطته في الرقابة أو أن فعل تابعه كان غير متوقع لكن يستطيع فعل ذلك بإثبات السبب الأجنبي[5].

تبعا لما سبق يمكن القول بأن المسؤولية للبنك سواء التقصيرية أو العقدية تخضع للقواعد العامة أما بالنسبة لمسؤوليته عن أعمال تابعيه فلا تقوم إلا إذا كان مرتكب فعل الإفشاء موظف لدى البنك، و أن هذا الفعل صدر أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبتها بهذا

---

[1]هذا ما تضمنته المادة 137 من القانون المدني بقولها: "للمتبوع حق الرجوع على تابعه في حال ارتكابه خطأ جسيم".

[2]Cité par Dean Spielmann : op.cit, p.84.

[3] الياس ناصف: المرجع السابق، ص359.

[4]Maurice Aubert et autres : op.cit, p.57.

[5]Anne Teissier : op.cit, p.138.

يسأل البنك في كل الأحوال التي يثبت فيها صدور فعل الإفشاء سواء كان ذلك مخالفة لالتزام عقدي أو تقصيري أو خطأ صادر من أحد موظفيه.

المطلب الثالث : الجزاء التأديبي عن إفشاء السر البنكي

تتحقق الحماية القانونية للسر البنكي بما قد يوقع من جزاء تأديبي على الأمين نتيجة تقصيره في المحافظة على هذا السر باعتباره تصرفا من شأنه الإخلال بواجبات المهنة أو الوظيفة[1]، و تعبير عن أذى يصيب المصلحة العامة المتمثلة في شرف و كرامة المهنة[2]، فإذا كانت الجزاءات المدنية و الجنائية تمس الفاعل في شخصه و ذمته المالية فعلى عكس ذلك يمس الجزاء التأديبي المصرفي في نشاطه الرئيسي أو مهنته[3].

فالتأديب هو مظهر من مظاهر الرئاسة الإدارية التي فرضتها طبيعة التنظيم الإداري الذي يهدف في طياته إلى ضمان حقوق و مصلحة العاملالذي يلتزم بالقيام ببعض الواجبات، و تحقيقاً لذلك أوجد المشرع قواعد قانونية تحكم ما يقترف العامل من مخالفات لقواعد احترام المهنة تمثل ضمانات فعالة لاحترام لما فرض عليه[4]، و تثار المسؤولية التأديبية عندما يرتكب الموظف الجريمة التأديبية و التي تقع عند مخالفة واجبات الوظيفة، لهذا تقتضي منا دراسة الجزاء التأديبي عن الإخلال بالسر البنكي التعرض لمفهوم الجريمة التأديبية (الفرع الأول) و العقوبة التأديبية المقررة لها مع تحديد الهيئة المختصة بتوقيعها (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : مفهوم الجريمة التأديبية

لتحديد مفهوم الجريمة التأديبية الناتجة عن إفشاء السر البنكي تقتضي منا الدراسة تعريف الجريمة التأديبية (البند الأول)، و تحديد الأركان الضرورية لقيامها (البند الثاني).

البند الأول : تعريف الجريمة التأديبية

---

[1] أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص434.

[2] سعيد عبد اللطيف حسن: المرجع السابق، ص373.

[3] Raymond Farhat : op.cit, p .149.

[4] عبد الحميد الشواربي و محمد عبد الحميد الشواربي: إدارة المخاطر الائتمانية من وجهتي النظر المصرفية و القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون طبعة، 2003، ص1745

لم يعرف المشرع الجزائري الخطأ التأديبي أو الجريمة التأديبية لكنه استعمل عبارات متعددة للدلالة على ذلك في المواد 14و15و16و17 من قانون الوظيف العمومي[1]، و قد عرف بعض الفقه الجريمة التأديبية بأنها كل تصرف يصدر عن العامل أثناء أدائه لوظيفته و يؤثر فيها بصورة تحول دون قيام المرفق بنشاطه على الوجه الأكمل، و ذلك متى ارتكب هذا التصرف عن إرادة آثمة[2]، كما عرفها بعض الفقه الفرنسي بأنها الخطأ الذي يؤدي بطبيعته إلى الإضرار بالسير الحسن و العادي للمؤسسة[3].

و بالنسبة للبنوك فقد نصت المادة 114 من قانون النقد و القرض على ما يلي: "إذا أخل بنك أو مؤسسة مالية بأحد الأحكام التشريعية أو التنظيمية المتعلقة بنشاطه، أو لم يذعن لأمر أو لم يأخذ في الحساب التحذير يمكن للجنة أن تقضي بإحدى العقوبات الآتية:

-الإنذار

-التوبيخ

-المنع من ممارسة بعض العمليات و غيرها 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 بالإدارة مؤقتا أو عدم تعيينه .

-سحب الاعتماد.

و زيادة على ذلك يمكن للجنة أن تقضي إما بدلا عن هذه العقوبات المذكورة أعلاه و إما إضافة إليها بعقوبة مالية تكون مساوية على الأكثر لرأسمال الأدنى الذي لزم البنك أو المؤسسة المالية بتوفيره و تقوم الخزينة بتحصيل المبالغ الموافقة".

---

[1] الأمر رقم 03/06 المؤرخ في 2006/07/15 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج ر عدد 46، المؤرخة في 2006/07/16.

[2] عبد الحميد الشواربي و محمد عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص1752.

[3] Anne Teissier : op.cit, p.146.

البند الثاني : أركان الجريمة التأديبية

تقوم الجريمة التأديبية بتوافر ثلاث أركان كالآتي :

أولا : الركن المادي

يتمثل الركن المادي للجريمة التأديبية في ذلك الفعل الذي يأتيه الموظف و الذي يخالف به واجباته، غير أنه ليس كل فعل يرتكبه الموظف يعد ذنباً إدارياً إلا إذا رتب آثارا فعلية في المجتمع الوظيفي[1]، و يتمثل الركن المادي للجريمة الناتجة عن إفشاء السر البنكي في قيام موظف البنكبإفشاء وقائع سرية أثناء ممارسته لوظيفته[2]، فإذا أفشى هذا الأخير وقائع سرية يتعرض للمسؤولية التأديبية من طرف السلطات المختصة بذلك طالما أن القانون يعاقب على مثل هذا الخطأ التأديبي.

ثانيا : الركن المعنوي للجريمة التأديبية

تقوم المسؤولية التأديبية لموظف البنك عن إفشائه لأسرار الزبائن سواء وقع منه ذلك عمدا أم لا، و ينتج الخطأ غير العمدي بسبب الإهمال و عدم الاحتراز[3]. فالموظف الذي يترك سهوا وثائق على مكتبه و يطلع الغير عليها يعد مخطئا بإهماله في المحافظة على السر ويتعرض للمسؤولية التأديبية[4].

ثالثا : الركن الشرعي

أن الكثير من الأنظمة التأديبية تمنح للإدارة سلطة إضفاء الطابع التأديبي لتصرفات الموظف إذ لا يوجد تحديد للأخطاء التأديبية على سبيل الحصر كما هو معمول به في

---

[1] كمال رحماوي: تأديب الموظف العام، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، بدون طبعة، 2004، ص28.

[2]Anne Teissier : op.cit, p.147.

[3]Anne Teissier :ibid, p.148.

[4] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص135.

قانون العقوبات، و هذا ما يشكل خطورة على وضعية الموظف إذ تكون للإدارة سلطة تقديرية واسعة في مجال التأديب[1]، ففي مجال البنوكيلتزم الموظفون باحترام قواعد النظام الداخلي للمؤسسة و قاعدة احترام السر المهني تعتبر من القواعد المهمة لهذا النظام.

و يجب التنويه إلى أن المسؤولية التأديبية لموظف البنك عن إخلاله بواجبات المهنة أو تعرضه في الأخير إلى جزاءات تأديبيةتتدرج من النوع و الشدة و الطبيعة حسب جسامة الخطأ و الضرر، و بهذا فهي تختلف في مضمونها و هدفها عن الجزاءات المدنية و الجنائية. فإذا كان الجزاء التأديبي عقابا إلا أنه وضع لضمان احترام النظام الداخلي للمؤسسة، و السير الحسن، فالمسؤولية التأديبية تهدف إلى كفالة حسن النظام واضطراد العمل في المرافق العامة عن طريق معاقبة الموظف الذي يخل بواجباته المهنية[2]. بينما قرر الجزاء المدني نتيجة الخطأ الذي يسبب ضررا للغير و يقوم على فكرة تعويض الخسارة أو جبر الضرر. أما الجزاء الجنائي فهو مقابل للجريمة ويقوم على فكرة إصلاح الجاني[3].

و يجب التنويه إلى أن استقلالية الجزاء التأديبي عن الجزاء الجنائي و المدني لا يعني وجود تعارض بين هذه الجزاءات إذ يمكن الجمع بينها، و هذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 17 من قانون الوظيف العمومي حين اعتبر بأن كل تقصير في الواجبات المهنة، و كل مس بالطاعة عن قصد و كل خطأ يرتكبه الموظف في ممارسته مهامه أو أثناءها يعرضه إلى عقوبة تأديبية دون الإخلال عند اللزوم بتطبيق قانون العقوبات .

فمن المحتمل أن يعاقب موظف البنك بسبب ارتكابه لجريمة يعاقب عليها القانون و يلتزم بتعويض الضرر المترتب عنها، كما يوقع عليه جزاء تأديبي إذا كان خطؤه يخالف قواعد المهنة[4]، فقد ترى الإدارة أنه من الملائم انتظار الفصل في المحاكمة الجنائية قبل النظر في المحاكمة التأديبية و ذلك متروك لتقديرها. أما إذا رأت استعمال سلطة التأديب

---

[1] كمال رحماوي: المرجع السابق، ص50.

[2] عبد الحميد الشواربي و محمد عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص1746.

[3] سعيد عبد اللطيف حسن: المرجع السابق، ص377، بهذا لا يحقق الجزاء الجنائي و لا التأديبي مصلحة للمضرور عن إفشاء السر و إنما يحققان مصلحة عامة للمجتمع بأسره أو المصلحة المهنية العامة، على عكس الجزاء المدني الذي يقوم على فكرة تعويض المضرور عما أصابه من ضرر نتيجة لإفشائه أسراره.

[4] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص135.

فلها ذلك، و إذا انتهت الدعوى العمومية بالبراءة فلا أثر لذلك على نطاق التأديب لاختلاف التقدير في الحالتين[1]، كما أنه ليس من الضروري الجمع بين العقوبتين الإدارية و الجنائية عن ذات الفعل، فقد ترى النيابة العامة بأن لا وجه للمتابعة و يُكتفى بالجزاء التأديبي.

و يشترط لقيام المسؤولية التأديبية أن يكون الخطأ المرتكب قد حدث من الموظف أثناء قيامه بوظيفته لأن مناط المسؤولية التأديبية هو قيام الرابطة الوظيفية وجوداً أو عدماً، و يترتب على ذلك عدم جواز مساءلة الشخص تأديبيا بعد انتهاء خدمته عن تصرفاته الصادرة من قبل، إلا أن هذا لا يطبق على حالة إفشاء السر البنكي إذ نص المشرع صراحة على استمرار التزام موظف البنك بحفظ السر المهني حتى بعد انتهاء علاقته بالبنك، لتحقيق الهدف الذي ابتغاه المشرع من تجريم الإفشاء، و يبرر الفقه هذا الرأي بأن التزام موظف البنك بالسر بعد انتهاء الخدمة هو مقابل لما رتبه المشرع من حقوق بعد تركه للوظيفة[2].

و قد ذهب الاجتهاد القضائي إلى جواز توقيع العقوبة التأديبية على المحامي الذي توقف عن ممارسة المهنة إذا وقع الإفشاء أثناء ممارستها[3]، و يرى بعض الفقه إمكانية تطبيق هذا الحكم على موظف البنك الذي أفشى سر المعاملات البنكية قبل توقفه عن ممارسة الوظيفة[4]، بينما يرفضالبعض الآخر ذلك على اعتبار أن البنك في هذه الحالة لم تبقى له أي سلطة لتوقيع العقاب التأديبي على الموظف الذي ترك الوظيفة[5].

الفرع الثاني : العقوبة التأديبية عن إفشاء السر البنكي و الهيئة المختصة بتوقيعها

سنتعرض في هذا الفرع إلى دراسة العقوبة التأديبية لجريمة إفشاء السر البنكي في النظام الجزائري و بعض التشريعات المقارنة (البند الأول)، ثم نقوم بتحديد الهيئات التي خول لها القانون صلاحية توقيع هذه العقوبة على مرتكب الجريمة (البند الثاني).

البند الأول : العقوبة التأديبية لجريمة إفشاء السر البنكي

[1] أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص437.

[2] أحمد كامل سلامة: المرجع نفسه، ص439.

[3] Nancy 06/01/1875,S, 1875,p248.CE Belge 22/12/1950.rec.p.76.

[4]Anne Teissier : op.cit, p.149.

[5]Raymond Farhat : op.cit, p.152.

من المعلوم أن الموظف في البنك يطلع بحكم وظيفته على الكثير من الأسرار التي تخص العملاء لهذا اعتبر المشرع إفشاء الأسرار المهنية، أو محاولة إفشاءها جريمة تأديبية من الدرجة الثالثة وفقا للمادة 71 من المرسوم رقم302/82[1]الخاص بكيفية تطبيق الأحكام التشريعية الخاصة بعلاقات العمل الفردية، و ترتبط العقوبة التأديبية ارتباطاً وثيقاً بالمهام المسندة إلى الموظف العام و الواجبات الملقاة على عاتقه لذلك لا يعرف القانون التأديبي نفس العقوبات المستعملة في القانون الجنائي كالحبس أو الإعدام، لهذا عرف االبعض العقوبة التأديبية بأنها ذلك الإجراء الفردي الذي تتخذه الإدارة بغية قمع المخالفة التأديبية و الذي من شأنه أن يرتب نتائج سلبية على حياة الموظف العملية[2].

لقد أخذ المشرع الجزائري بمبدأ التناسب بين العقوبة و الخطأ[3]، و لما كان فعل إفشاء الأسرار يشكل خطأً تأديبياً من الدرجة الثالثة فإنه يخضع لعقوبة تأديبية تتراوح بين التخفيض في الرتبة و التسريح بدون مهلة مسبقة و بدون تعويضات[4]، كما حدد المشرع مجموعة من الجزاءات التأديبية التي يتعرض لها البنك أو المؤسسة المالية إذا أخل بأحد الأحكام التشريعية أو التنظيمية المتعلقة بنشاطه[5].

أما بالنسبة للتشريع الفرنسي فقد حددت الاتفاقية الوطنية لعمال البنوك لسنة 1952 مجموعة من الجزاءات التأديبية تتناسب مع خطورة الخطأ التأديبي تتراوح بين الإنذار و التوبيخ، و التخفيض في الراتب بعد الإنذار الكتابي ثم التنزيل في الرتبة و التوقيف عن ممارسة المهنة، وهذا كله نتيجة لفقدان البنك الثقة في الموظف الذي قام بإفشاء أسرار

---

[1] المؤرخ في 1982/09/11 الخاص بكيفية تطبيق الأحكام التشريعية الخاصة بعلاقات العمل الفردية.

[2]أشار إلى هذا التعريف كمال رحماوي: المرجع السابق، ص88.

[3]هذا ما نصت المادة 63 من المرسوم 302/82 التي جاء فيها ما يلي: " يخضع تحديد العقوبة التأديبية المطبقة لدرجة خطورة الخطأ و الظروف المخففة أو المغلطة التي ارتكب فيها، ولمدى مسؤولية العامل المدان و عواقب خطئه على الإنتاج و الضرر الذي يلحق بالهيئة المستخدمة أو عمالها".

[4] أنظر المادة 75 من نفس المرسوم، كما اعتبرت المادة 82 من النظام الداخلي للصندوق الوطني للتوفير و الاحتياط إفشاء السر البنكي خطأ من الدرجة الثالثة يستحق عقوبة التقهقر في المرتبة و الفصل دون أجل عطلة ودون تعويض وفقاً للمادة 85 منه.

[5] أنظر المادة 114 من قانون النقد و القرض.

المعاملات البنكية إضافة لذلك يمكن أن يتعرض البنك لغرامة[1]، و يذهب القضاء الفرنسي إلى اعتبار إفشاء السر البنكي خطأً جسيماً يستلزم طرد الموظف من الوظيفة[2].أما في سويسرا يشكل انتهاك السر البنكي مخالفة جسيمة للالتزامات المفروضة على موظف البنك و من بين الجزاءات التأديبية التي يتعرض لها الموظف الذي يفشي أسرار العملاء التسريح و العزل من الوظيفة، كما يمكن شطب البنك من الجمعية السويسرية للمصارف إضافة إلى ذلك يحق للجنة المصرفية أن تسحب منه إذن مزاولة النشاط المصرفي و بهذا تتم تصفية الشخص المعنوي[3].

و في التشريع اللبناني تنص المادة 208 من قانون النقد و التسليف على جزاءات تأديبية يتعرض لهاالبنك الذي يقوم بإفشاء أسرار عملائه تتراوح بين الإنذار و التسريح، أو تقليص أو توقيف التسهيلات، و كذا المنع من القيام ببعض العمليات أو الحد من صلاحية المهنة. إضافة لذلك يمكن شطب البنك من لائحة المصارف و هو ما يؤدي تلقائياً إلى منعه من ممارسة المهنة و من ذلك تصفية الشخص المعنوي[4]، لهذا فإن البنك الذي يخل بواجب المحافظة على السر المهني لا يكون مخالفاً للنصوص القانونية فحسب، بل وأيضا للأنظمة الداخلية التي تضعها البنوك و المؤسسات المالية[5].

البند الثاني : الهيئة المختصة بتوقيع الجزاء التأديبي

لقد منح القانون صلاحية توقيع الجزاء التأديبي علىالموظف الذي أخل بالتزامه بكتمان السر البنكي لبعض الهيئات الممثلة للمهنة المصرفية. فوفقاً للمادة 114 من قانون النقد و القرض الجزائري تعتبر اللجنة المصرفية الهيئة المخولة قانوناً بسلطة توقيع العقاب على البنوك و المؤسسات المالية التي لم تحترم الأحكام التشريعية و التنظيمية المتعلقة بنشاطها، على اعتبار أن هذه اللجنة هي المختصة قانوناً بمراقبة مدى احترام هذه المؤسسات للأحكام

---

[1]Anne Teissier : op.cit, p.151.

[2]Cass soc 23/01/2002, n°99-46096.

Cass soc 18/07/2000, n°98-43485.

[3]Maurice Aubert et autres : op.cit, p.36.

[4] نعيم مغبغب: المرجع السابق، ص150.

[5] Raymond Farhat : op.cit, p.153.

القانونية و معاقبة الإخلال بها التي يتم معاينتها[1]،أما في التشريع اللبناني فتختصبتوقيع هذه العقوبة جمعية البنوك[2].

تبعا لما سبق يظهر لنا أن المسؤولية التأديبية تعتبر دعامة الحماية القانونية للسرية المصرفية بما قد يوقع من جراء تأديبي على الأمين على السر نتيجة تقصيره في المحافظة على السر المهني باعتباره تصرفاً من شأنه الإخلال بواجبات الوظيفة أو المهنة.

[1] أنظر المادة 105 من قانون النقد و القرض الجزائري.

[2] Raymond Farhat : op.cit, p.151.

لا تكتسي هذه الجمعية طابعا عاما بل هي جمعية حرة منشأة حسب القانون الخاص بالجمعيات لسنة 1961 .

المبحث الثاني : أسباب إباحة إفشاء السر البنكي

إذا كان السر البنكي مقرراً أصلاً لحماية مصلحة العميل في أن تبقى معاملاته سرية و هي القاعدة العامة فإن الالتزام به ليس مطلقا لأن لكل قاعدة استثناء لذلك يجوز الخروج عنه كلما توافر سببا مشروعا[1]، و على ذلك فان الاستثناءات الواردة على تطبيق مبدأ الالتزام بالسر البنكي هي بمثابة حدود لهذه السرية فرضت لحماية المصلحة العامة من جهة و المصالح الخاصة من جهة أخرى[2]،و لذلك تنقسم أسباب إباحة إفشاء السر البنكي إلى أسباب مقررة للمصلحة العامة و أخرى 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.....و جميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلي بها إليهم و أفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشاءها أو يصرح لهم بذلك"، كما حددت المادة 117 من قانون النقد و القرض السلطات التي لا يحتج أمامها بالسر البنكي كالتالي:

-السلطات العمومية المخولة بتعيين القائمين بإدارة البنوك و المؤسسات المالية.

-السلطة القضائية التي تعمل في إطار إجراء جزائي.

-السلطات العمومية الملزمة بتبليغ المعلومات إلى المؤسسات الدولية لا سيما في إطار محاربة الرشوة و تبييض الأموال و تمويل الإرهاب.

---

[1] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص75.

[2] أنطوان جورج سركيس: السرية المصرفية في ظل العولمة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2008، ص54.

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

وبهذا سنطرق في هذا المبحث لأسباب إباحة إفشاء السر البنكي الواردة في القانون الجزائري و بعض القوانين المقارنة، و سنتعرض للأسباب المقررة لتحقيق المصلحة الخاصة للعميل أو للبنك أو لبعض الأشخاص الذين لا يجوز للبنك أن يحتج اتجاههم بالسر البنكي(المطلب الأول)، ثم نتعرض لأسباب الإباحة المقررة لتحقيق للمصلحة العامة (المطلب الثاني).

المطلب الأول : أسباب إباحة إفشاء السر البنكي المقررة للمصلحة الخاصة

من بين الاعتبارات التي يقوم عليها السر البنكي حماية المصلحة الخاصة للعميل و حقه في سرية معاملاته المالية، و مراعاة لهذه المصلحة أحازت بعض التشريعاتإفشاء 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، و قد تقتضي أحياناً المصلحة الخاصة للبنك و حقه في الدفاع عن نفسه الكشف عن المعلومات الخاصة بزبونه إذا ما وقع نزاع بين الطرفين، لهذا سنتناول في هذا المطلب حالة إفشاء السر البنكي بناءاً على رضا العميل (الفرع الأول)، ثم نحدد بعد ذلك الأشخاص الذين لا يحتج عليهم بهذا السر (الفرع الثاني)، و نتعرض في الأخير إلى حالة إفشاء السر البنكي لمصلحة البنك(الفرع الثالث) .

الفرع الأول : الإفشاء بناءا على رضا العميل

إن تقرير مبدأ السرية المصرفية كان مراعاة لمصلحة الزبون و لذلك لا يستطيع البنك الاحتجاج بها في مواجهته. فالزبون هو سيد سره و هو الذي يملك أن يفشيه بإرادته و لذلك فمن باب أولى أن يملك أن يصرح للبنك بإفشائه[1]، و إذا كان الأمر كذلك بالنسبة للعميل فانه ليس كذلك بالنسبة للغير و للمصرف أن يحتج اتجاه أي شخص يطلب الاطلاع على المعلومات السرية الخاصة بالعميل[2]، لهذا سنتعرض في هذا الفرع لمختلف الآراء الفقهية

[1] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص75.

[2] عبد القادر العطير: المرجع السابق، ص108.

التي قيلت بشأن اعتبار رضا العميل سببا لإباحة إفشاء السر البنكي (البند الأول)، ثم نحدد بعد ذلك الشكل الذي ينبغي أن يتخذه هذا الرضا و الشروط الواجب أن يتوافر عليها لاعتباره كذلك.

البند الأول : موقف الفقه من اعتبار رضا العميل كسبب من أسباب إباحة إفشاء السر البنكي

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 للفرد طالما أن ذلكلا يؤدي إلى المساس بالنظام العام و الآداب العامة[1]، لذلك يطرح التساؤل فيما إذا كانت موافقة الزبون على إفشاء أسراره تؤدي إلى تحلل البنك من الالتزام بالكتمان و تمحو 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، و من 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، و على هذا فقد اختلف الفقه و القضاء المقارن حول حجية الرضا في إباحة إفشاء السر المهني[2]، فهناك من رفض إفشاء السر البنكي في حالة رضا العميل و هناك من رأى بأن هذا الرضا يبيح الإفشاء.

أولا : الرأي القائل بعدم اعتبار رضا العميل كسبب من أسباب إباحة إفشاء السر البنكي

ذهب أنصار هذا الرأي و على رأسهم الفقيه Charles Muteau إلى أن تجريم الإفشاء يعد من المسائل المتعلقة بالنظام العام، فالجريمة تقع على المجتمع لا على صاحب السر وحده و من ثم لا يملك هذا الأخير أن يبيح إفشاءه بإعطاء إذن للبنك بذلك[3]، كما أن أساس

[1] عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص234.

[2] مروك نصر الدين: المسؤولية الجزائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، المرجع السابق، ص21.

[3] أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص564.

الالتزام بكتمان السر هو نص القانون لا العقد فهو بذلك قاعدة تنظيمية مقررة للصالح العام، فليس للبنك أن يتذرع بأن صاحب السر أحله من قيد الكتمان[1]. فالإفشاء يضر بالشخص و المجتمع و رضاالعميل و إن كان يمحو الضرر الفردي إلا أن الضرر الاجتماعي يبقى مبرراً لتوقيع العقاب، وليس من حق صاحب السر أن يحل محل القانون فحتى و إن صدر منه تصريح بالإفشاء يجب على البنك أن يظل ملتزماً بالكتمان[2].

و قد أخذ القضاء الفرنسي بهذا الرأي في مجال السر المهني للأطباء حين اعتبر بأن الالتزام بحفظ السر المهني 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 المهني التزام مطلق لا يرد عليه أي استثناء على اعتبار أنه تقرر لحماية الصالح العام، و ليس لمصلحة الخواص الذين لا يمكنهم إعفاء الأمناء منه[4].

و قد انتقد هذا الرأي الفقهي نظرZ لإهماله لمصلحة صاحب السر في الإفشاء إذا لا يمكن إنكار أن السر البنكي تقرر لحماية المصلحة الخاصة للعميل و المصلحة العامة معا.

ثانيا : الرأي المؤيد لاعتبار رضا العميل سبب من أسباب إباحة إفشاء السر البنكي

يرى أنصار هذا الاتجاه و على رأسهم الفقيه Boudouin أن جريمة إفشاء السرالبنكي لا تتحقق إلا إذا وقع الإفشاء بغير رضا صاحب السر، فان صرح هذا الأخير للبنكبالإفشاء فإن البنك لا يرتكب الجريمة طالما التزم بالحدود التي يسمح فيها صاحب الشأن بالإفشاء[5]،فالعميل هو سيد السر ويستطيع بذلك إعفاء البنك من التزامه متى قرر ذلك و لا يستطيع البنك الاعتراض على هذا القرار[6].

---

[1] أحمد محمد بدوي: المرجع السابق، ص100.

[2] أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص565.

[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.

[5] محمود كبيش: الرجع السابق، ص24.

[6]Sylvain Besson : op.cit, p.19.

و يرى بعض الفقه أنه لاعتبار رضا العميل سبباً من أسباب إباحةإفشاء السر البنكي يقتضي الأمراعتبار الالتزام بحفظه التزاما نسبيا[1]، و قد اعتبر أنصار هذا الرأي أنهذا الالتزام يجد مصدره في العقد الذي يربط البنك بالعميل، و نتيجة لذلك يجوز لهذا الأخير أن يصرح للبنك بالإفشاء، و أن مثل هذا الترخيص يرفع عن الفعل وصف الخطأ و يجعله مشروعاً و لا يحق للعميل أن يطالب بالتعويض مادام قد رضي بذلك[2]، كما أن اعتبار رضا العميل سبباًلإباحة إفشاء السر البنكي ما هو إلا تطبيقاً للقواعد العامة بخصوص اعتبار الرضا سبباً للإباحة، فصاحب السر له أن يفشيه و لا جريمة في فعله إذ يعتبر نوعاً من تصرفه في حقه، و من ثم لا يجوز أن تقوم الجريمة إذا تصرف في ذلك الحق بأن رخص للبنك بإفشاء السر، وقام موظف البنك بذلك بناءا على هذا الرضا[3].

و قد أخذ القضاء الفرنسي بهذا الرأي في العديد من أحكامه و اعتبر أن رضا العميل يبيح للبنك إفشاء الأسرار المودعة لديه[4]، كماأجاز 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[5]، و في نفس السياق أيضا أصدرت محكمة استئناف تونس قراراً في 1956/07/09 اعتبرت بموجبه أن البنك أمين ضروري يخضع

---

[1] Dean Spielmann : op.cit, p.48.

و هذا ما قضت به محكمة لكسمبورغ في حكمها الصادر بتاريخ 1991/04/24 و الذي جاء فيه ما يلي:

« …..Ces droits et obligations respectifs ne jouent pas cependant à l'égard du client lui-même qui est maitre de son secret… »

[2] أحمد محمد بدوي: المرجع السابق، ص102.

[3] محمود كبيش: المرجع السابق، ص25.

[4]CE.11/02/1972, J.C.P.1973,17363.

Nancy.14/02/1952.J.C.P.1952, n°7030.

[5] أشار إلى هذا القرار عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص238.

للالتزام بحفظ السر المهني خاصة بالنسبة للرسائل التي يتلقاها، و لما كان هذا السر يهدف إلى حماية المصلحة الخاصة للزبون فهو سر مهني يمكن رفعه برضا صاحبه[1].

من هنا يظهر لنا أن بعض الفقه و القضاء قد ذهب إلى اعتبار رضا العميل سبباً لإباحة الإفشاء يرفع عن كاهل الأمين الالتزام بالسر و يبيح له إفشاءه، و بالنسبة لموقف المشرع الجزائري حول اعتبار رضا العميل سبباًلإفشاء السر البنكي فهو لم ينص على هذه الحالة ضمن الاستثناءات التي أوردها في الفقرة الثانية من المادة 117 من قانون النقد و القرض، و لم يشر إلى ذلك أيضا في المادة 301 من قانون العقوبات. بهذا يظهر لنا أن المشرع الجزائري يحصر أسباب إباحة إفشاء السر البنكي في تلك الحالات التي يحددها القانون، غير أنه يمكن للأنظمة الداخلية للبنوك 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 البنكي، و من هذا القبيل نجد قانون سرية الحسابات المصري الذي أجاز اطلاع الغير على حسابات العملاء و ودائعهم و خزائنهمبعد 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]، و في نفس السياق أيضا يجيز قانون سرية المصارف اللبناني للبنك الكشف عن أسماء الزبائن و أموالهم و الأجور المتعلقة بهم إذا أذن بذلك خطياً صاحب الحساب أو أحد ورثته أو الموصى له، كما يجوز للبنك لإعلان عن هوية صاحب الحساب المرقم بعد تلقيه هذا الإذن[4].

كما يجيز قانون سرية المصارف السوري للبنوك أن تعلن عن هوية صاحب الحساب الرقمي أو الخزانة الحديدية، و قيمة حساباته و موجوداته بإذن خطي من المودع أو من

---

[1] Tunis,09/07/1956. Cité par Anne Teissier: op.cit, p.186.

[2] أنظر المادة الأولى من قانون سرية الحسابات المصري لسنة 1990.

[3] أنظر المادة الثانية من نفس القانون.

[4] أنظر المادة الأولى و الثانية من قانون سرية المصارف اللبناني لسنة 1956.

ورثته الشرعيين أو الموصى لهم[1]، كما يسمح القانون السويسري الاطلاع على حسابات العميلو إفشاء المعلومات المصرفية بإذن صريح منه يتخذ شكل الوكالة العامة أو الخاصة[2].

و بهذا يظهر لنا أن العديد من التشريعات استقرت على اعتبار رضا العميل سبباًلإباحة إفشاء السر البنكي. إلا أنه إذا كان الأمر كذلك فهل يلتزم البنك بترخيص العميل و يلجأ إلى إفشاء أسراره احتراماً لهذه الرغبة أم يجوز له أن يظل متقيداً بالتزامه رغم هذا الإذن؟

يرى بعض الفقه بأن البنك يلتزم بكشف المعلومات السرية الخاصة بالعميل بعد إذن منه لأنه صاحب السلطة في الترخيص[3]. بينما يذهب الفقيه ديمارل إلى القول بأن تصريح صاحب السر بإفشائه لا يكفي لإعفاء البنك من التزامه بالكتمان بل تشترط لذلك موافقة البنك على ذلك، و قد استند في ذلك على أن أساس الالتزام بالسر هو العقد لذلك يجب أن يكون هناك رضا من جانب المودع و المودع لديه حتى يمكن التصريح بالإفشاء[4]، كما أن البنك يمكنه رفض الإفشاء استناداً إلى عدم صحة رضا لوجود عيب من عيوب الإرادة طرأ عليه[5]، ويؤيد الفقيهPimientaهذه الفكرة و يرى بأن رضا صاحب السر بالإفشاء يجيز للبنك الإفشاء دون أن يلزمه بذلك، فيجوز له أن يفشيه و له أن يمتنع عن ذلك على اعتبار أن البنك هو خير من يقدر مصلحة صاحب السر، فقد يرى بأنه قد أساء تقدير مصلحته و أن الواجب المهني يفرض عليه أن يمتنع عن الإفشاء[6].

إلا أن بعض الفقه يرفضإعطاء رخصة التقدير للمؤتمنين على الأسراربتقدير نظراً لأن صاحب السر هو خير من أن يقدر مصلحته في الإفشاء، و إعطاء مثل هذه السلطة

---

[1] أنظر المادة الثانية من قانون سرية المصارف السوري لسنة 2001.

[2]إلياس ناصف، المرجع السابق، ص299.

[3] Raymond Farhat : op.cit, p.187.

[4] أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص567. و قد قرر مجلس نقابة المحامين باريس ذلك في قراره الصادر بتاريخ 1887/09/07 بخصوص السر المهني للمحامي بقوله: "....إن المحامي المعفى من السر المهني بواسطة عميله يمكنه أداء الشهادة عن وقائع عرفها كمحام و لكنه يبقى الحكم الوحيد طبقا لما يمليه عليه ضميره...".

[5]Anne Teissier : op.cit, p.187.

[6]عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص236.

التقديرية للأمين يشكل اعتداء على الحرية الفردية[1]، فالعميل يجب أن يبقى هو الحكم فيما إذا كان للبنك أن يفشي بأسراره أم لا باعتباره سيد السر و القاضي الوحيد لمصلحته[2].

و بهذا نصل إلى القول بأن الآثار القانونية المترتبة على اعتبار رضا العميل سبباً لإعفاء البنك من التزامه بحفظ السر البنكي هي عدم إخلال البنك بهذا الالتزام متى أفشى بالسر بناءا على هذه الرغبة. غير أن السؤال الذي يطرح هو ماالشكل الذي يجب أن يتخذه هذا الرضا، و ما هي الشروط الواجب توافرها فيه لاعتباره سببا لإباحة إفشاء السر؟

البند الثاني : شكل رضا العميل و الشروط الواجب توافرها فيه

أولا : شكل رضا العميل

لا يشترط شكل خاص في الرضا المبيح لإفشاء السر فقد يكون كتابة أو شفاهة، كما قد يكون صريحاً أو ضمناً[3]، و هذا ناتج عن عدم اشتراط المشرع شكل معين للتعبير عن الإرادة[4]، و يكون الرضا صريحاً إذا كان لا يحمل أي شك في دلالته على العميل[5] كأن يصدر منه في شكل مكتوب، و يرى بعض الفقه بأنه لا مانع من أن يتم النص على هذاالرضا كشرط أساسي في العقد الذي يجمعهما[6]، كما يدخل ضمن الإذن الكتابي وفقاً لبعض الفقه الفاكس و الرسائل الالكترونية مثل البريد الالكتروني، و الرسائل العادية متى اقترنت بتوقيع العميل المطابق للنموذج المودع لدى البنك لأن لها أصل مكتوب[7].

و قد يكون الرضا ضمنياً يستنتجه البنك من مجموع الظروف و الوقائع و الملابسات حتى و لو لم تدل عليه صراحة عبارات العميل[8]، و تطبيقا لذلك فإذا طلب صاحب الحساب من

---

[1] عادل جبري محمد حبيب: المرجع نفسه، ص237.

[2] أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص574.

[3] محمود كبيش: المرجع السابق، ص130.

[4] أنظر المادة 60 من القانون المدني الجزائري.

[5] عنان داود: المرجع السابق، ص131.

[6] Raymond Farhat : op.cit, p.194.

[7] أسامة عبد الله قايد: المرجع السابق، ص1807.

[8] أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص580.

موظف البنك أن يفشي إليه شفاهة بمعلومات متعلقة بحسابه، و كان ذلك بحضور زوجته أو أحد أصدقائه فلا تقع الجريمة إذا أدلى موظف البنك بهذه المعلومات بصوت مسموع مما أدى إلى معرفة المرافقين لها[1]، فاصطحاب العميل لهؤلاء الأفراد إلى البنك و استفساره أمامهم عن حساباته يعد تنازلاً ضمنياً عن واجب عدم الإفشاء المفروض على البنك[2]، و يرى بعض الفقه بأن لجوء التجار إلى إدراج معلوماتهم البنكية و بياناتهم ضمن الفواتير و الوثائق التي يقدمونها لزبائنهم يعد بمثابة رضا ضمني يسمح للبنك بالإجابة على استفساراتهم عن تلك البيانات[3]، إلا أن البعض يرفض هذه الفكرة على اعتبار أن إدراج اسم البنك و رقم الحساب في الفواتير يتم بهدف احترام انتظام هذه الوثائق[4].

و في انجلترا تعد سابقة ساندرلاند ضد بنك 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، و تتلخص وقائع القضية في أن المدعية سحبت شيكا لصلاح مطعم على بنكها و رفض هذا الأخير صرفه نظراً لتورطها في مقامرة، فاتصلت بالبنك و أثناء المحادثة التلفونية تخلت الزوجة لزوجها عن الهاتف، فأفضى مدير البنك له بأن معظم الشيكات التي قيدت في حسابها كانت مسحوبة لصالح وكلاء مراهنات سباق الخيل. فرفعت الزوجة دعوى ضد البنك على أساس إخلاله بالحفاظ على سرية تصرفاتها، غير أنه حكم لصالح البنك على اعتبار أن المحادثة التلفونية مع الزوج تفرعت عن محادثة الزوجة وكانت استمراراً لها،و بناءاً على ذلك كان البنك مخولاًضمنياً بأن يفضي بطبيعة العمليات التي يمر بها الحساب[5].

---

[1] محمود كبيش: المرجع السابق، ص26.

[2] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص78.

[3] Chabert : Le Secret Bancaire, Revue Huissiers, 1980, p.106. Cité par Anne Teissier : op.cit, p.187.

[4] Anne Teissier :ibid, p.188.

[5] أشار إلى هذه السابقة عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص240.

على خلاف بعض التشريعات التي اشترطت صراحة أن يكون الإذن بالإفشاء مكتوبا و من ذلك المشرع المصري[1] و اللبناني[2] و السوري[3]، و ينبني على ذلك أن الاتصال التلفوني أو الإذن الشفوي للبنك لا يصلح لإباحة إفشاء أسرار العميل إلى الغير بل لا بد من أن يحصل البنك على إذن كتابي صريح منه[4]، و يؤيد بعض الفقه هذه الفكرة على اعتبار أن التحديد الكتابي يحمي البنك من الخلافات حول نطاق الإذن سواء من حيث نوعه أو أشخاصه خاصة و أن الجزاء على إفشاء السر يعد جزاءاً رادعاً[5]، و أن مسؤولية البنك أشد من مسؤولية الأشخاص العاديين لاعتباره من المهنيين المتخصصين. فالإذن المكتوب يرفع عن البنك الغموض و اللبس في حسن نيته[6].

ثانيا : شروط رضا العميل

تتمثل الشروط الواجب توافرها في رضا العميل حتى يعتبر سببا لإباحة إفشاء السر البنكي 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 و الأسرار تتعلق بشخصه لذلك لا عبرة بالرضا الصادر من غيره، و يمكن للعميل أن يقدم إذنا عاما للبنك لإفشاء كل أسرار معاملاته لمن يطلب ذلك و يكون هذا الإذن العام صحيحا[7]، و إذا كان العميل شخص معنوي يشترط أن يصدر الرضا من الهيئة التي تمثله حسب الشكل الذي تتخذه الشركة[8].

---

[1] أنظر المادتين الأولى و الثانية من قانون سرية الحسابات المصري.

[2] أنظر المادتين الأولى و الثانية من قانون سرية المصارف اللبناني.

[3] أنظر المادة الثانية من قانون سرية المصارف السوري.

[4] أسامة عبد الله قايد: المرجع السابق، ص1707.

[5] أحمد محمد بدوي: المرجع السابق، ص104.

[6]Raymond Farhat : op.cit, p.194.

[7] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص86.

[8] 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 و بإرادة حرة

طبقاً للشروط العامة للرضا يجب أن يصر رضا العميل بالإفشاء من شخص يتمتع بالأهلية القانونية مدرك لما يصدر عنه من أفعال و ما يترتب عنها من آثار[1]. فلا قيمة للرضا الصادر عن إرادة يشوبها عيب من العيوب كالتدليس و الإكراه[2]،كما أنه لا عبرة بالرضا الصادر عن إرادة مغلوطة أو من شخص غير مميز أو مصاب بعاهة في العقل[3].

ج: صدور الرضا قبل الإفشاء

حتى ينتج الرضا أثره فضلا عن الشروط السابقة يجب أن يكون صادراً قبل وقوع الفعل أو على الأقل وقتوقوعه، أما إذا وقع الإفشاء من البنك بغير رضا العميل ثم حصل الرضا بعد ذلك فلا يعتد به كسبب للإباحة[4]، و يعتبر بعض الفقه أن مثل هذا الرضا اللاحق هو نوع من التصالح أو التسامح لا يحول دون وقوع الجريمة و لا يرفع عن الفعل صفة الخطأ[5]، و صدور الرضا من العميل بإفشاء السر لا يعني حرية البنك المطلقة إذ يرى بعض الفقه أن نطاق الرضا مختلف فقد يكون واسعا يشمل كل علاقات العميل بالبنك، كما قد يكون محدد يشمل فقط بعض العمليات التي يرى العميل ضرورة إفشاءها لذلك يجب على البنك أن يلتزم بنطاق الوقائع التي كانت محلا للرضا[6].

نتيجة لما سبق يمكن القول أنه متى صدر الإذن من العميل بالشروط السابقة و اتخذ شكلاً صريحاً أو ضمنياً، و توافر عند قيام الإفشاء فإن هذا الفعل يصبح مشروعاً، ترفع عنه صفة الخطأ، و بالتالي لا يستطيع العميل الذي رضي بالإفشاء مطالبة البنك بتعويض الضرر، كما أن البنك في هذه الحالة لا يعد مرتكباً لفعل يعاقب عليه جنائياً،و بالإضافة إلى

و إذا اتخذت الشركة شكل شركة تضامن أو توصية بسيطة فيجب أن يصدر الرضا من المدير ما لم ينص القانون الأساسي على خلاف ذلك.

[1] محمود كبيش: المرجع السابق، ص26.

[2] عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص241.

[3] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص86.

[4] أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص586.

[5] محمود كبيش: المرجع السابق، ص26، محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص88.

[6] Raymond Farhat : op.cit, p.194.

الرضا الصادر من العميل بإفشاء السر البنكي قد يلتزم البنك 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 للبنك الاحتجاج اتجاههم بالسر البنكي

توسع استثناءات التزام البنوك بكتمان السر المهني حماية للمصلحة الخاصة لبعض الأشخاص الذينقد تكون لهم مصلحة في معرفة الوقائع و المعلومات السرية للعميللذلك تقتضي القاعدة عدم الاحتجاج اتجاههم بهذا السر[1].

البند الأول : السر البنكي و الورثة و الموصى لهم

يعتبر الورثة من الخلف العام لأنهم يخلفون مورثهم في ذمته المالية و في كل ما يثقلها من حقوق و التزامات، و على ذلك فهم ليسوا من الغير[2]، و يصبحون بعد وفاة مورثهم المستفيدون من الالتزام بالسر و يتمتعون بكل الحقوق التي كان يتمتع بها مورثهم فيستطيعون بذلك أن يأذنوا للبنك بإفشاء السر كالبوح به للخبير[3].

لذلك يترتب على البنك فور علمه بوفاة عميله إخطار الورثة بمركزه المالي ، و لا يستطيع الاحتجاج بالسر في مواجهة لأنهم أصبحوا أصحاب المصلحة المباشرة بشرط إثبات صفتهم الشرعية، فيحق لهم الاستعلام عن التصرفات الصادرة من مورثهم و السابقة لوفاته[4]، لوفاته[4]، و قد أقر القضاء الفرنسي بذلك في العديد من أحكامه[5].

---

[1]Anne Teissier : op.cit, p.172.

[2] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص79.

[3] Raymond Farhat : op.cit, p.197.

[4] عبد القادر العطير: المرجع السابق، ص112.

[5]Trib.ge.inst.Marseille,26/02/1973,gaz.pal.1973-1-348.

Trib.civ.Monaco 03/05/1973.R.T.D.com1973.610.

و من أهم القضايا في هذا الصدد قضية السيد Fernandضد البنك الفرنسي BNPحيث تتلخص وقائعها في أن السيد Fernand قدم كفالة لهذا البنك لتنفيذ تعهدات الشركةX غير انه توفي في 1999/03/18 تاركاً ابنا و زوجة شركاء هذه الشركة، ونظراً لإفلاسها في 2002/07/08 طالب البنك من الورثة تنفيذ الكفالة و تم ذلك. إلا أنه بعد ذلك لجأ هؤلاء إلى البنك باعتبارهم ورثة الكفيل المتوفى و الشركاء في الشركة المفلسة، و طلبوا منه اطلاعهم على الوثائق التي تثبت تعهدات الشركة وقت وفاة مورثهم غير أن البنك رفض ذلك، فرفعوا دعوى ضده و قضت محكمة الاستئناف لصالح البنك.إلا أن محكمة النقض نقضت الحكم و اعتبرت بأن البنك إذا كان يحق له المطالبة بتسديد الديون من طرف الكفيل أو ذوي الحقوق بعده فإنه يحق لهؤلاء الاطلاع على الوثائق الضرورية و الخاصة بالمدين الأصلي دون أن يحتج عليهم بالسر البنكي[1]، و هذا 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 البنك عدم اطلاع الورثة على أمور معينة فيكون على البنك أن يثبت هذا المنع الصادر العميل قبل وفاته، و لا يمتد المنع هنا إلا للمعلومات التفصيلية[4]. فلو أمر العميل البنك قبل وفاته إعطاء خليلته أو ولده غير الشرعي مرتباً مدى الحياة أو قسطاً من الأموال المودعة بالبنك فيلتزم البنك بعد وفاة العميل بكتمان هذه الرغبة، ولا يكشف بذلك عن هذا التصرف للورثة الشرعيينو إلا يعد مرتكباً لخطأ يوجب المسؤولية و

---

[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 رقم1827، الصادر في 1967/07/24 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.

و من الأحسن في هذه الحالة أن يطلب البنك من الموثق التدخل للتمييز بين النوعين السابقين من المعلومات و الاحتفاظ بتلك التي لها طابع سري بذاكرة المتوفى.

[4]عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص190.

هذا ما هو معمول به خاصة في سويسرا[1]. غير أن القضاء الفرنسي قضى في هذا الشأن بمسؤولية بنك لعدم رفعه السر البنكي و إعلامه للخبير عن عناصر النزاع القائم بين أولاد المتوفى من المرأة الأولى و الزوجة الثانية[2].

و يجب 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[3].

و بخصوص حق الورثة في منح الإذن للبنك بإفشاء المعلومات السرية الخاصة بمورثهم المتوفى فيجوز لهم ذلك طالما قد أصبحوا في نفس مرتبة العميل المتوفى، و قدأجاز قانون سرية الحسابات المصري لأحد الورثة دون الجميع منح الإذن للبنك بالإفشاء إلا أن الفقه انتقد هذا الموقف إذ لا يعد أحد الورثة صاحب الحساب، و لا يملك وحده التصرف في الحق محل الحماية و من ثم لا يكون رضاه كافياً لإباحة الإفشاء و إنما الرضا الذي يعد كذلك هو ذلك الرضا الصادر من الورثة جميعهم، و بالنسبة للموصى له فإن إذنه بالإفشاء يقتصر على تلك الأموال الموصى عليها و لا يمتد إلى غيرها[4].

و يتمثل أساس هذا الاستثناء في أن الورثة أو الموصى لهم يعتبرون من المالكين لهذه الأموال و بالتالي هم أصحاب الحق في منح الإذن باطلاع الغير على المعلومات السرية، و يكون الإذن الصادر منهم في حدود ما ورثوه أو تلقوه بطريق الايصاء[5].

البند الثاني : السر البنكي و الزوجة و الأولاد

تأخذ الشريعة الإسلامية بمبدأ انفصال الذمة المالية للزوجين لذلك ليس للزوج أو زوجة العميل أن يطلب الاطلاع على أسرار الطرف الآخر[1]، ذلك لأن علاقة البنك بعميله تعتبر

---

[1] إلياس ناصف: المرجع السابق، ص306.

[2] Trib. Gr.inst.Nice 02/07/1981, D.1982-1-R.124.

[3] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص80.

[4] أسامة عبد الله قايد: المرجع السابق، ص1708.

[5] أحمد محمد بدوي: المرجع السابق، ص104.

شخصية غير مرتبطة بزوجه أو أولاده إلا إذا تصرفوا بموجب وكالة، أو تفويض من العميل ذاته لأن الالتزام بالسرية تقرر لمصلحته و يعتبر حقا من حقوقه يجوز له التنازل عنه، غير أنه لا يحق للزوجة و الأولاد أن يطلبوا من البنك الاطلاع على المعلومات المتعلقة بعلاقات خاصة بينه و بين الزوج الزبون، و في حال عدم حصولهم على إذن منه يحق للبنك أن يرفض اطلاعهم على البيانات السرية[2].

و في سويسرا لكي يستطيع أحد الزوجين الحصول على المعلومات الخاصة بالذمة المالية للزوج الآخر يشترط اللجوء إلى القاضي الذي يحق له إرغام البنك على ذلك[3]، غير أنه إذا كان الزوجين شريكين في نفس الشركة و كان الحساب مقيداً في سجلات البنك، فيلتزم هذا الأخير باطلاع الزوج وحده على المعلومات البنكية 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[4].

و يأخذ المشرع الفرنسي أيضا بمبدأ انفصال الذمة المالية للزوجين حيث يحق لكل منهما أن يفتح حساب وديعة دون موافقة الطرف الثاني، و يستطيع بذلك إدارة أمواله بمفرده لهذا يمنع على البنك إفشاء المعلومات البنكية، و العمليات الواردة على الحساب من أحد الزوجين للزوج الآخر إلا إذا وجد توكيل أو تفويض يأذن بذلك[5]، و إذا 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 و أملاكه بواسطة توكيل. ففي هذه الحالة للزوج الوكيل الاطلاع على وضعية الحساب و العمليات الواردة عليه، و إذا وقع

---

[1] عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص194.

[2] إلياس ناصف: المرجع السابق، ص304.

[3] Dean Spielmann : op.cit, p..19.

[4] إلياس ناصف: المرجع السابق،ص304.

[5] Moniteur du commerce et de l’industrie : op.cit, p.8.

طلاق أو انفصال جسماني بينهما يجب على الزوج إعلام البنك بذلك ليمتنع هذا الأخير عن اطلاعه على أسرار الثاني[1].

و لما كان المشرع الجزائري يأخذ بنظام انفصال الذمة المالية للزوجين عملاً بقانون الأسرة و أحكام الشريعة الإسلامية، فيجب على البنوك أن تمتنع على كشف الأسرار البنكية الخاصة بالزوج الثاني إلا في حالة وجود توكيل أو تفويض.

البند الثالث : السر البنكي و النائب القانوني و الوكيل المفوض

إن الاعتبارات التي يقوم عليها سر المهنة البنكي 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[2]، فالنائب القانوني هو الشخص المعين بقوة القانون لإدارة أموال غيره[3]، سواء لصغر سنه أو لعاهة عقلية أو جنون أو لوجود عجز، و قد يكون هو الولي الطبيعي كالأب أو الأم على القاصر أو الوصي الذي يعين على العميل القاصر من المحكمة، و في هذه الحالة لا يجوز أن يكشف عن أي بيان بحساب القاصر أو ودائعه إلا بناءا على إذن كتابي من الوصي، و ذلك بالنسبة للحسابات التي تخضع للولاية أو الوصاية و لا يمتد ذلك إلى حسابات القاصر المفتوحة باسمه لتصرفاته الشخصية،و التي يكون إيداعها من تجارته أو أعماله فيكون الإذن بكشفها من القاصر نفسه و لا يجدي إذن الوصي[4].

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، و في هذه الحالة يكون إذن القيم هو السبب في إفشاء البنك لأسرار العميل المحجور عليه[5]، و يعتبر الوصي أو القيم في هذه الحالة ممثلاً للعميل و لا يستطيع البنك أن يحتج

---

[1]Anne Teissier : op.cit, p.174.

[2] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص76.

[3] أحمد محمد بدوي: المرجع السابق، ص104

[4] أسامة عبد الله قايد: المرجع السابق، ص1709

[5] أسامة عبد الله قايد: المرجع نفسه، ص1710.

في مواجهته بالسر البنكي بخصوص الأموال التي تقع في دائرة الاستثمار الشرعي للوصي أو القيم، و يستطيع هؤلاء أن يطالبوا البنك باطلاعهم على البيانات الخاصة بحساب القاصر أو المحجور عليه و لو كانت سابقة على قرار تعيينهم، و يستمر حق 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 و يشترط في هذا التوكيل أن يكون مكتوباً، و أن يتضمن عبارات واضحة في حق الاطلاع و أخذ المعلومات عن العميل من البنك[2]، و متى كان التوكيل كذلك لا يجوز للبنك الاحتجاج بالسر البنكي على الوكيل، غير أن حق الاطلاع المخول له يقتصر على تلك المعلوماتاللازمة لتنفيذ الوكالة[3]، كذلك لا يسري أثر الالتزام بالسر البنكي في مواجهة موظفي العميل و مستخدميه المفوضين بالعمل باسمه و لحسابه[4]، و هذا ما أكده القضاء اللبناني بخصوص الوكيل الذي وكل للسحب و الإيداع[5]، و يرجع الأساس القانوني الذي يخول الممثل القانوني و الوكيل للاطلاع على حسابات الموكل هو نص القانون بالنسبة للوكيل القانوني، و إرادة العميل نفسهابالنسبة للوكيل المفوض[6].

و يشترط من أجل إفشاء سرية الحسابات وكالة خاصة للوكيل من العميل بأن يأذن للبنك باطلاع الغير على حسابات الموكل، و يجب أن تتضمن الوكالة الخاصة هذه السلطات فالوكالة العامة لا تخول للوكيل صفة إلا في أعمال الإدارة دون التصرف، و يجب أن تكون الوكالة الخاصة صريحة و محددة في منح الوكيل الحق في أن يأذن للبنكبالكشف عن سرية الحسابات[7].

---

[1] عبد القادر العطير: المرجع السابق، ص111.

[2]أحمد محمد بدوي: المرجع السابق، ص105.

[3]Monique Cantamine-Raynaud : op.cit, p.492.

[4] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص75.

[5] محكمة بيروت، حكم رقم 245، الصادر في 1972/07/17 حيث جاء فيه "...حيث أن السرية المصرفية أقرها المشرع لمصلحة المودع و لا يمكن بأي شكل من الأشكال أن يجاب بها هو، أو من يكون قد وكله لتحريك حسابه إيداعا أو سحبا....".

[6] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع نفسه، ص77.

[7] أسامة عبد الله قايد: المرجع نفسه، ص1710.

و إذا كان العميل شخصاً اعتبارياً فلا يخفى السر على ممثله القانوني أو القضائي أو المقرر بنظام هذا الشخص، و نفس الأمر بالنسبة لأعضاء مجلس إدارته أو مديريه أو مراقبته[1] لأنه لا يتصور قيام هذاالشخص 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 البنوك، و يتخذ هذه الصفة الرئيس المدير العام نظراً لأنه مكلف للقيام بالعمليات الجارية اليومية، و في سويسرا يمكن أن يمنح هذا الإذن بصورة ضمنية فالمدير المالي يستطيع أن يطلع على المعلومات المتعلقة بأوضاع الشركة من البنوك نظراً لواجباته و مسؤوليته[3].

البند الرابع : السر البنكي و الشركاء في الشركة و الوكيل المتصرف القضائي

تعرفالشركة 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]، و تقسم الشركات إلى شركات أموال كشركة المساهمة و شركة التوصية بالأسهم و شركة المسؤولية المحدودة، أما شركات الأشخاص فهي شركة التوصية البسيطة و شركة 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 و التصرف بما يحقق الغرض الذي أنشأت من أجله للشريك المتضامن ما لم يكن هناك نص أو اتفاق يقضي بخلاف ذلك[5]، و على ذلك يحق للشركاء المتضامنين الاطلاع على حسابات الشركة دون أن يحتج عليهم بالسر المهني، نظراًللاعتبار الشخصي

[1] عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص194.

[2] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص77.

[3] نعيم مغبغب: المرجع السابق، ص227.

[4] أنظر المادة 416 من القانون التجاري الجزائري.

[5] انظر المادة 563 مكرر5 من نفس القانون.

الذي تقوم عليه الثقة بين الشركاء في هذا النوع من الشركات.أما في شركات الأموال فلا يحق للشركاء الاتصال بالمصرف للحصول على معلومات تتعلق بالشركة و للبنك أن يتمسك اتجاههم بالسر البنكي[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 و يمنع عليه التصرف فيها، فهذا الشخص يمثل المدين المفلس و جماعة الدائنين في نفس الوقت[2]. فالوكيل المتصرف القضائي يعد وكيلاً قانونياً عن المفلس لذلك يلتزم البنك بتمكنه من الاطلاع على المعاملات المصرفية الخاصة به لكي يستطيع في الأخير تحرير ميزانية موجوداته و تحديد وضعيته المالية،و الوقوف على تصرفاته خلال فترة الريبة[3].

و أحكام 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 و يتحملون 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].

و لم يتطرق المشرع الجزائري إلى حالة الإفلاس كسبب من أسباب إباحة إفشاء السر البنكي في المادة 117 من قانون النقد و القرض إلا أنه بالرجوع إلى المادة 241 من القانون التجاري يحق للوكيل المتصرف القضائي الاطلاع على دفاتر التاجر المفلس، و بهذا يلتزم البنك بتمكينه من ذلك. غير أنه إذا أصبح البنك في أوضاع مالية صعبة لا يمكن التغلب عليها فإن إعلان إفلاسه يكون النتيجة الطبيعية و يستتبع ذلك سحب الترخيص

---

[1] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص82.

[2] نص المشرع الجزائري على أحكام الإفلاس في المواد من 215 إلى 388 من القانون التجاري.

[3] عبد القادر العطير: المرجع السابق، ص115.

[4] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص81.

الممنوح له، و يعين له وكيل متصرف قضائي من طرف لجنة البنوك من أجل تسيير أمواله[1].

و في هذا الصدد قد أصدرت المحكمة الفدرالية السويسرية قراراً في 1960/10/21 بخصوص إفلاس أحد البنوك السويسرية، و قضت بموجبه بأنه في حالة إفلاس بنك تتوقف مصلحة أي شخص في حفظ السر أمام مصلحة الدائنين، و بهذا يحق للدائنين الاطلاع على المعلومات الخاصة بالمدين المفلس و لا يجوز لمديرية التفلسة أن تحتج اتجاههم بالسر البنكي[2]، كما أصدرت محكمة التجارة ببيروت قراراً في 1967/01/04 يقضي بوقف السر البنكي بعد إفلاس البنك و بجواز الكشف عن الحسابات الرقمية لأعضاء مجلس الإدارة[3].

و قد نصت بعض التشريعات صراحة على ضرورة إفشاء السر في حالة إفلاس العميل[4]. 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 و الدائنون من الاطلاع على وضعية طالب الصلح[5]، وفي حال الصلح مع التخلي عن الموجودات فان السر يبقى و يشمل كل الموجودات التي لا تقع في الأموال الدائنة المتخلى عنها[6].

و يجب التنويه إلى أن مصفي الشركة يدخل في معنى المديرين الدين يحق لهم الاطلاع على السر[7]، و قد اعترف القضاء بذلك في قضية تتلخص وقائعها في صدور حكم قضائي يقضي بحل شركة واقعية، فلجأ المصفون إلى البنك الذي تتعامل معه هذه الأخيرة للحصول على بعض المستندات، غير أن طلبهم رفض فرفعوا دعوى ضد البنك و قضت محكمة أول

---

[1] Anne Teissier : op.cit, p.212.

[2] أشار إلى هذا القرار نعيم مغبغب: المرجع السابق، ص218.

[3] Cité par Raymond Farhat : op.cit, p.212.

[4] كالمشرع السوري بموجب المادة الثانية و الثالثة من قانون سرية المصارف السوري، و المشرع اللبناني بموجب المادة الثانية و الثالثة من قانون سرية المصارف اللبناني، على خلاف المشرع المصري الذي لم يذكر حالة الإفلاس كسبب لإباحة إفشاء السر البنكي.

[5] سمير فرنال: المرجع السابق، ص31.

[6] نعيم مغبغب: المرجع السابق، ص221.

[7] عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص194.

درجة بأن الحق في سرية الدفاتر و الأوراق الخاصة بهذه الشركة يخص مالكها أساساً أي العميل، و لا يحتج به على ممثليه المكلفين بمهمة تستلزم الرجوع إلى الأوراق لدى البنوك،كما أيدت محكمة استئناف تونس هذه الحكم و قضت بأن سر المهنة ليس مطلقا بل يمكن إفشاءه بموافقة ذوي الشأن، و لما كان البنك أمينا بالضرورة، و لما كان السر البنكي قائما على مصلحة العملاء. فيمكن رفعه بموافقة ذوي الشأن و لما كان المصفون ممثلين للشركة فلهم الحق في إعفاء البنك منه[1]، كما لا يجوز للبنك الاحتجاج بهذا السر عند استجوابه من طرف خبير معين من طرف القضاء في دعوى مرفوعة من دائني شركة في حالة تصفية[2].

البند الخامس :السر البنكي و الكفيل

بالنسبة لكفيل العميل[3] فقد كان القضاء الفرنسي يرفض الاعتراف له بحق الاطلاع على المعلومات السرية الخاصة بالمدين الذي كفله[4]، غير أن المادة 48 من قانون البنوك لسنة 1984 ألزمت البنوك بإعلام الشخص الذي قدم كفالة لشركة على الأقل مرة كل سنة عن ديون المدين الأصلي[5]، لهذا يعتبر البنك الذي يخفي بعض المعلومات المتعلقة بالحالة المالية للمدين و مديونيته سيء النية و هذا قد يؤدي إلى إلغاء الكفالة بسبب هذا التدليس[6].

و يرى بعض الفقه بأنه ليس للكفيل حق الاطلاع إلا إذا كان الدين غير محدد المقدار، فيكون من حقه في هذه الحالة أن يطلب من البنك أن يبين له المبلغ المستحق على المدين المكفولمع تبريره بالمستندات[7]، و إذا كان صاحب الحساب عدة أشخاص و الحساب جماعيا جماعيا مع تضامنهم تضامنا ايجابيا كان لكل منهم أن يطلع على جميع ما يتعلق به لأن

---

[1] أشار إلى هذه القضية أحمد محمد بدوي: المرجع السابق، ص108.

[2] Recueil Dalloz, 1994,p.328.

[3] عرف المشرع الجزائري الكفالة في المادة 644 من القانون المدني بأنها:" عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفيبهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه".

[4] Trib. Gr. inst Paris 20/11/1990.réf.D.1992.

[5]Moniteur du commerce et de l'industrie : op.cit, p.8.

[6] Com 08/11/1983, bull.1983-7-260.RT.D.com 1984.502.

[7] علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص718.

كل واحد منهم له علاقة مباشرة مع البنك، لكن ليس لأحدهم أن يطلع على المعاملات الخاصة بشركائه في الحساب[1].

البند السادس : السر البنكي و حامل 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 للبنك موقع من العميل و لم يوجد رصيد كاف لصرفه فإن البنك يكون مضطراً لإفشاء السر بأن يصرح بأن رصيد العميل غير كاف أو لا رصيد له[2]. لذلك لا يعد إعطاء البنك شهادة للمستفيد بأن الرصيد غير كاف لصرف الشيك افشاءاً لسر العميل لكن تقتصر إفادة البنك على هذا البيان دون أن تمتد إلى معلومات أخرى عن الحساب أو بأن للعميل ودائع أو حسابات أخرى،كما أنه لا يجوز للعميل مقاضاة البنك لأنه أفشى سر حساباته لأن ذلك يستند إلى سبب من أسباب الإباحة مادام أن البنك التزم بحدود الإباحة، و هي منح شهادة للمستفيد بناءاً على طلبه بسبب عدم صرف الشيك خاصة و أنه لا يجوز لموظف البنك أن يرفض صرف الشيك الصحيح دون سبب مشروع أو يمتنع عن تسليم بيان بالامتناع عن الدفع[3].

كما أن العميل الذي يسحب شيكا لا رصيد له أو كان مقابل الوفاء أقل من قيمة الشيك يعد مرتكبا لجرم إصدار شيك، و لا عبرة من حمايته بعدم إفشاء سره المصرفي و ذلك 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 البنك[4].

الفرع الثالث : إفشاء السر البنكي لمصلحة البنك

---

[1] عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص195.

[2] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص105

[3] أسامة عبد الله قايد: المرجع السابق، ص1705.

[4] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص105.

من المستقر عليه فقهاً و قضاءاً أن حق الدفاع من الحقوق الأساسية المقررة للمتهم التي لا يغطيها الالتزام بالمحافظة على السر[1]، و بالتالي ففي حالة قيام دعوى بين البنك و عميله متعلقة بمعاملة مصرفية بينهما يجوز للبنك التحلل من الالتزام بحفظ السر بناءاً على طلب الجهة القضائية الناظرة في النزاع. إلا أن مجرد الخلاف بين البنك و العميل لا يكفي لخرق هذا الالتزام بل يجب أن يصل الأمر إلى القضاء[2]، فالبنك الذي يفشي أسرار عميله في هذه الحالة يرتكب فعلاً مباحاً استناداً إلى القانون الذي يضمن للمتقاضيين حقوق الدفاع[3].

و يرى بعض الفقه أن حق البنك في إفشاء السر يمتد إلى كل نزاع يستدعي الدفاع عن مصالحه المشروعة كضرورة المحافظة على وجودهالاقتصادي[4]، لذلك نصت العديد من التشريعات على وجوب رفع السر البنكي في حالة نشوب نزاع بين البنكوعميله[5]، غير أن هذا الاستثناء مقيد بالشروط التالية :

أولا : أن يكون النزاع بين البنك و العميل جدياً فلا يكفي مجرد الخلاف لتحرر البنك من التزامه بل لا بد من أن يصل النزاع إلى القضاء أو الهيئة التحكيمية إذا اتفق الطرفان على عرض نزاعاتهم عليها[6].

ثانيا : يجب أن تكون البيانات التي تم إفشاءها ذات صلة بالنزاع المثار بينهما دون التطرق إلى غيرها، و بالقدر اللازم لإثبات البنك حقه و الدفاع عن مصالحه حسب طبيعة النزاع،و إذا خرج البنك عن هذه الحدود يعد مفشياً لسر المهنة مما يستوجب مسؤوليته[7].

---

[1] أسامة عبد الله قايد: المرجع السابق، ص1706.

[2] سمير فرنال بالي: المرجع السابق، ص36.

[3] Jean Paul Céré : op.cit, p.118.

[4] Raymond Farhat : op.cit, p.204.

[5] كالمشرع السويسري بموجب المادة 47 من قانون البنوك السويسري، و المشرع السوري بموجب المادة الثانية من قانون سرية المصارف السوري، و المشرع اللبناني بموجب المادة الثانية من قانون سرية المصارف اللبناني، و المشرع المصري بموجب المادة السادسة من قانون سرية الحسابات المصري.

[6] إلياس ناصف: المرجع السابق، ص340.

[7] أحمد محمد بدوي: المرجع السابق، ص115.

ثالثا : أن يكون الإفشاء مقصوراً على العميل المثار معه النزاع فقط فإذا كشف البنك دون ضرورة تقتضيها حقه في الدفاع عن حسابات أو معاملات عميل آخر يعد مرتكبا لجريمة إفشاء سر المهنة، و لو كان هذا العميل الآخر طرفاً مع العميل المثار معه النزاع في حساب مشترك أو ائتمان[1].

رابعا : يشترط أيضا أن يكون إفشاء البنك لتلك المعلومات و البيانات السرية الخاصة بالعميل ضرورياً للدفاع عن مصالحه و تنوير القضاء للوصول إلى حل عادل[2].

و قد اخذ القضاء اللبناني بذلك في قراره الصادر بتاريخ 1964/12/18[3]، و قد يؤدي النزاع القائم بين الطرفين إلى رفع دعوى من العميل ضد البنك فيحق لهذا الأخير أن يقدم ما يحوزه من مستندات إلى القضاء، أو العكس قد تكون الدعوى مرفوعة من البنك ضد الزبون إذا لم ينفذ التزاماته[4] كعدم تسديده كمبيالات مستحقة عليه، أو فوائد قرض منحه إياه ففي كل كل هذه الحالات يضطر البنك للكشف عن سر عميله حفاظا على حقوقه من الضياع[5].

و بهذا نكون قد انتهينا من دراسة حالات إباحة إفشاء السر البنكي المقررة لتحقيق المصلحة الخاصة للعميل أو الغير أو البنك،لنتعرض في المطلب الموالي إلى دراسة حالات إباحة إفشاء السر البنكي المقررة لتحقيق المصلحة العامة.

المطلب الثاني : حالات إباحة إفشاء السر البنكي للمصلحة العامة

تلزم التشريعات التي تبنت مبدأ السر البنكي البنوك 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 تقتضي الإفشاء، لهذا يمنع القانون الاحتجاج بالسر البنكي اتجاه السلطات القضائيةتحقيقاً العدالة، كما يسمح

---

[1] أسامة عبد الله قايد: المرجع السابق، ص1707.

[2] CA. Paris.25/03/1998, Juris- Datan°021020. Cité par Jean Paul Céré : op.cit, p.119.

[3] محكمة استئناف بيروت، قرار رقم 1610، الصادر في 1964/12/18. حيث جاء فيه "....إذا نشأ نزاع بين المودع و البنك بسبب معاملة مصرفية تمت بينهما فان موجب السرية يسقط و يصبح بإمكان المصرف حجز المبلغ المودع....".

[4] نعيم مغبغب: المرجع السابق، ص223.

[5] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص103.

لبعض السلطات المالية و الإدارية و الرقابيةبالاطلاع على المعلومات البنكيةلضمان السير الحسنللجهاز المصرفي و التأكد من مصداقية مداخيله، لهذا سنتناول دراسة مدى الاحتجاج بالسر البنكي اتجاه السلطات القضائية (الفرع الأول)، و بعض الهيئات المالية و الإدارية (الفرع الثاني)، لنتطرق في الأخير لحجية هذا السر أمام بعض الهيئات الرقابية (الفرع الثالث).

الفرع الأول : السر البنكي أمام السلطات القضائية

يعمل الجهاز القضائي على تطبيق القانون و تحقيق العدالة التي تقتضي اكتشاف الحقيقة، و يشمل العمل القضائي عمليات البحث و الاستقصاء 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 و الوثائق الضرورية لحل النزاع و الوصول إلى حكم عادل[1]، تحقيقاً لهذه الغاية السامية هل يجوز للبنوك أن تحتج بالسر البنكي وتمتنع بذلك عن تزويد هذا الجهاز بالمعلومات السرية الخاصة بزبائنها إذا ما طلب منها ذلك؟

البند الأول : السر البنكي أمام القضاء المدني

لقد اختلفت تشريعات الدول في إمكانية رفع السر البنكي أمام القضاء المدني فبينما اتجه البعض منها إلى إلزام البنك الذي استدعي لأداء الشهادة أمام القضاء المدني بالإفضاء بالمعلومات السرية الخاصة بعملائه، منع البعض منها ذلك و غلب الالتزام بالكتمان على واجب الوصول إلى الحقيقة، على أن جل التشريعات أجازت للبنك التحلل من واجب الالتزام بالسر البنكي في حالة إجراء الحجز على أموال العميل المودعة لديه وفاءا لديونه .

أولا : أداء البنك 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

[1] إلياس ناصف: المرجع السابق، ص288.

اليمين ممن تقبل شهادتهم[1]. فهل تؤدي الضرورة الحالة لإبراز الحقيقة الشرعية لإرضاء العدالة إلى التضحية بالسر و إلزام المصارف بأداء الشهادة أمام المحاكم المدنية؟

لقد اختلفت مواقف التشريعات حول إمكانية البنك الاحتجاج بالسر البنكي أمام القضاء المدني.فبينما رفض التشريع الهولندي ذلك و اتجه إلى إمكانية ملاحقة البنك الذي أفشى بمعلومات مالية تضر بعميله أمام المحاكم المدنية[2]،أجاز قانون الإجراءات المدنية السويسري الفدرالي الصادر في 1947/12/04 إفشاء البنك للمعلومات التي اكتشفها خلال مهنته بطلب مسبب من القاضي المدني في الجلسة[3].

و في فرنسا يرفض بعض الفقه[4] و القضاء[5]واجب أداء البنك للشهادة أمام القضاء المدني، و ينظر إلى هذا الالتزام ليس كالتزام ملقى على عاتق البنك بل كحق له. فإذا ما استعان القضاء به للحصول على معلومات تجارية فليس من حقه أن يلحظ هوية الزبون[6]، كما قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الحفاظ على سر المهنة يعتبر سبباً لعدم أهلية الشاهد لأداء الشهادة أمام القضاء لهذا يمنع على البنك الإفشاء بالمعلومات السرية للعميلأمام القضاء المدني و التجاري دون موافقته، و يرى بعض الفقه أن الأمين الذي يدعى أمام المحاكم المدنية يعاقب إذا أفشى بالسر أمامها لأنه يؤدي بشهادته إلى تحقيق مصلحة خاصة لأحد الطرفين[7] .

على خلاف ذلك ففي القانون الانجليزي تحتل الشهادة الشفوية أمام القضاء أهمية كبيرة في الدعاوي المدنية. فالقاضي الانجليزي لا يكون اقتناعه الشخصي إلا من خلالها لذلك يعاقب على رفض الإدلاء بها إذا يستدعى لأدائها، و لا يستثنى من ذلك الأمناء بالضرورة لذلك

---

[1] أشار إلى هذه التعريف عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص201.

[2] أنطوان جورج سركيس: المرجع السابق، ص24.

[3]Dean Spielmann : op.cit, p. 19.

[4]Anne Teissier : op.cit, p492 et s.

[5] 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….. »

[6] نعيم مغبغب: المرجع السابق، ص197.

[7] أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص340.

يجوز للبنوك أن تفضي ببعض أسرار العميل و إلا كان ذلك اعتداء على قدسية المبدأ الذي ينادي بضرورة الوصول إلى العدالة[1]. أما في الجزائر و لما كانت اعتبارات المصلحة العامة التي تستدعي التحقيق في القضايا الجزائية للوصول إلى الحقيقةالتي تهم المجتمع ليس لها وجود أمام السلطات القضائية المدنية، إذ توجد مصالح شخصية خاصة بالعملاءفإنه يجوز للبنك فيما عدا الحالة الخاصة بالحجز أن يستند إلى السر البنكي للامتناع عن الإدلاء بشهادته حول الأسرار التي اكتشفها خلال ممارسته لمهنته[2].

و في 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 البنوك يلتزمون بعدم إفشاء سرية حسابات العملاء حتى و لو استدعوا لأداء الشهادة أمام القضاء[3]، و بالنسبة للمشرع اللبناني فقد نص صراحة في المادة الثانية من قانون سرية المصارف اللبناني على ضرورة منع البنوك من إفشاء الأسرار الخاصة بعملائها لأي شخص سلطة لذلك لا يجوز للبنك 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، و حددت الفئات الخاضعة لذلك على سبيل الحصر و لم يشمل الحضر المصارف[5]، إلا أن بعض الفقه الأردني يرى بأن الشاهد يمكنه الاحتجاج بالسر البنكي أمام القضاء المدني عند استدعائه لأداء الشهادة لأن مصلحة العميل أجدر بالرعاية من مصلحة الطرف الآخر،و يترك تقدير ذلك للقضاءفإذا رآى هذا الأخير أن التمسك بهذا السر له ما يبرره و أن إفشاءه يحقق ضراراً لصاحبه يستطيع منع البنك من أداء الشهادة[6].

---

[1] عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص203.

[2]Fatiha Taleb : La responsabilité civile encourue du fait de leur activité par les organismes du système bancaireen droit privé Algérien, Mémoire de magistère, Faculté de droit,Université d'Oran, 198, p.462.

[3] محمود كبيش: المرجع السابق، ص36.

[4]إلياس ناصف: المرجع السابق، ص334.

[5] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق،ص94.

[6] عبد القادر العطير: المرجع السابق، ص137.

ثانيا : حجز ما للمدين لدى الغير

القاعدة العامة أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه[1] و للدائن الحق في حجز أموال مدينه، و التنفيذ عليها سواء كانت في يده أو في يد شخص آخر و يسمى ذلك بحجز ما للمدين لدى الغير[2]. فالدائن الذي يرغب في اقتضاء حقه يبحث بنفسه عن الأموال أو الديون التي يريد توقيع الحجز عليها، و إذا توصل بناءاً على التحريات التي قام بها إلى أن المدين يملك منقولات لدى شخص آخر كالبنك يستطيع أن يكلف هذا الأخير بالتقرير بما في ذمته من منقولات و ديون[3].

أما في التشريع السويسري و نظراً لعدم وجود أحكام خاصة في هذا المجال انقسم الفقه إلى اتجاهين، اتجاه يتزعمه الفقيهCapitaine يمنح للبنك عند تلقيه طلب الحجز حق الرفض و الاعتراض على كل تحقيق يقوم به مكتب الملاحقات. بينما ذهب اتجاه آخر و هو الاتجاه السائد في سويسرا إلى القول بإلزام البنك 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 البنوك[4].

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 يرفق بالتقرير بياناً مفصلاًعنها، كما نصت المادة 340 من نفس القانون على أنه إذا كان البنك شركة من شركات القطاع العام وجب عليه أن يعطي الحاجز بناءاً على طلبه شهادة تقوم مقام التقرير[5]، و من المعلوم أن حجز ما للمدين لدى الغير يوقع إما بسند تنفيذي كاف

---

[1] أنظر المادة 1/188 من القانون المدني الجزائري.

[2] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق،ص97.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.

[3] عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص187.

[4] نعيم مغبغب: المرجع السابق، ص199.

[5] محمود كبيش: المرجع السابق، ص37.

لتبرير الحجز، و التقرير بما في الذمة دون اشتراط أمر يسمح بهذا التقرير من محكمة استئناف القاهرة[1].

أما في التشريع الأردني فإن حجز ما للمدين لدى البنك لا يكون إلا بناءاً على أمر قضائي، و يقوم البنك حال استلامه لقرار الحجز بإقرار ما للعميل من أموال و يلتزم بتجميدها حتى لا يتصرف فيها العميل و يجب إشعار المحكمة بذلك، و إذا امتنع البنك عن الإجابة على الإخطار بإقرار ما للمدين من أموال يحق للدائن مراجعة المحكمة المختصة لإثبات ذلك و تنفيذ الحجز[2]، و بالنسبة لقانون سرية المصارف اللبناني فقد نص صراحة في المادة الرابعة منه على عدم إجراء أي حجز على أموال المدين لدى البنك إلا بناءاًعلى إذن خطي صادر من المدين نفسه، فلو صدر أمر قضائي بالحجز فان البنك لا يستطيع تنفيذه إلا إذا أذن له العميل بذلك[3].

و قد سايره القضاء بهذا الموقف في دعوى ضد بنك البحر المتوسط[4]، لكن إذا كان العميل تاجرا و لتجنب رفض توقيع الحجز على أموال المدين يستطيع الدائنون إقامة دعوى إفلاس لأنه في هذه الحالة يلتزم البنك بإعطاء كل المعلومات عن المدين المفلس[5].

و بالنسبة للتشريع الجزائري فإن أحكام حجز ما للمدين لدى الغير تقضي بإعطاء الحق لكل دائن حامل لسند تنفيذي أو عرفي أن يحجز حجزاً تنفيذياً ما يكون لمدينه لدى الغير من المبالغ المستحقة الأداء، وما يكون له من الأموال المنقولة أو الأسهم في يد الغير و ذلك

---

[1] أحمد محمد بدوي: المرجع السابق، ص96.

[2] عبد القادر العطير: المرجع السابق،ص165-166.

[3] وصفي بيطار: المرجع السابق، ص176-177.

[4] حيث قضت محكمة بيروت بتاريخ 1986/05/07 بأنه: "...طالما أنه لا يوجد إذن صادر من أصحاب الحساب 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....". أشار إلى هذا الحكم سمير فرنال بالي: المرجع السابق، ص126.

[5] Raymond Farhat : op.cit, p.201.

بموجب أمر من رئيس المحكمة التي توجد فيها الأموال[1]، و إذا لم يكن للدائن سند تنفيذي لكن له مصوغات ظاهرة جاز له أن يحجز حجزاً تحفظياً على تلك الأموال[2]، و يجب على المحجوز لديه أن يقدم تصريحاً مكتوباً عن الأموال المحجوزة لديه يسلمه إلى المحضر القضائي أو إلى الدائن الحاجز مرفقا بالمستندات المؤيدة له، و إذا كان الحجز متعلقا بمبلغ مالي مودع في حساب جاري أو بنكي أو وديعة يجب أن يبين التصريح مقدار المبلغ المالي الموجود أو انعدامه[3]، لهذا يظهر لنا أن المشرع الجزائري قد ألزم البنوك بالتقرير بما في ذمة المدين لتوقيع الحجز كما منعها من الاحتجاج بالسر البنكي اتجاه المحضر القضائي.

و أما بالنسبة للتشريع الفرنسي فقد نصت المادة 47 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على إلزامية البنوك و المؤسسات المالية المرخصة قانونا لتلقي الودائع و الحسابات بالتصريح عن مقدار حساب المدين يوم إجراء الحجز[4]، و سواء كان الحجز تحفظي أو تنفيذي يلتزم البنك بتمكين المحضر القضائي من الإطلاع على الوثائق السرية و بهذا تكون مصلحة الدائن الحاجز أجدر بالحماية من مصلحة الزبون المدين[5]، و في هذا الصدد فقد قضى القضاء الفرنسي بمسؤولية بنك تأخر عن تقديم مقدار حساب المدين للدائن الحاجز[6]، كما ذهب إلى القول في أحد أحكامه بأن تقديم الوثائق المؤيدة لبيان البنك مطلوباً لمنع التواطؤ بينه و بين المحجوز عليه، و يختص قاضي الأمور المستعجلة بتقدير ما إذا هذه الوثائق كافية بالنظر إلى ظروف القضية، و لما كان هذا السلوك المفروض على البنك

---

[1]أنظر المادة 667 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج ر عدد 21، المؤرخة في 2008/04/13.

[2]أنظر المادة 668 من نفس القانون.

[3] أنظر المادة 677 من نفس القانون

[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 ».

[5]Anne Teissier : op.cit, p.194.

[6] TGI Cherbourg 08/12/1993,D,1994,JP,291.

مخالفا لمبدأ الالتزام بالسر البنكي فقد وجب الاكتفاء بأقل قدر من هذه الوثائق متى كان احتمال التواطؤ منعدما[1].

و بخصوص الخزائن الحديدية فقد يتساءل البعض عن مدى إمكانية توقيع الحجز عليها. فالبنك يضع تحت تصرف عملائه خزائن حديدية و للعميل وحده حق الاحتفاظ بمفاتيحها و سحب و إيداع الأشياء الموجودة فيها، و لما كان عقد إيجار هذه الخزائن عقد إيجار أشياء فلا مجال للقول بحجز موجودات الخزانة من قبل البنك تحت باب حجز ما للمدين لدى الغير لأن حيازتها تحت تصرف العميل[2]. غير أن القضاء الفرنسي أجاز توقيع حجز تحفظي عليها،و اعتبر بأن العقد المبرم بين البنك و العميل بخصوصها ليس مجرد عقد إيجار طالما يلتزم البنك بحراسة و ضمان هذه الخزائن، كما اعتبر أن رفض إجراء الحجز عليها يسمح للدائن إخفاء أمواله داخلها[3].

البند الثاني : السر البنكي أمام القضاء الجزائي

لقد نص القانون على بعض الاستثناءات التي لا يحتج فيها بالسر البنكي حماية للمصلحة العامة و للنظام 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.

أولا : أداء البنك الشهادة أمام القضاء الجزائي

ترجيحاً للمصلحة العامة للمجتمع على مصلحة الخاصة للفرد و حقه في توقيع العقاب، و مكافحة الجريمة لا يقف السر البنكي حاجزاً 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 و يصرح بالمعلومات الواجب توضيحها[4]، نتيجة لذلك

---

[1] أشار إلى هذا الحكم عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص186.

[2] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق،ص99-100، عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص101.

[3] Paris 1er 19/04/1984,D.1985,IR,345-346. Cité par Anne Teissier : op.cit, p.207.

[4] عبد القادر العطير: المرجع السابق،ص178.

نص المشرع الجزائري صراحة في المادة 117 من قانون النقد و القرض على عدم الاحتجاج بالسر البنكي اتجاه السلطات القضائية التي تعمل في إطار إجراء جزائي .

و في سبيل البحث و التحري عن الجرائم يباشر وكيل الجمهورية و يأمر باتخاذ جميع الإجراءات و التدابير اللازمة لذلك لا يجوز الاحتجاج اتجاهه بالسر البنكي[1]، و بخصوص التحقيق في الجرائم يقوم قاضي التحقيق باتخاذ جميع إجراءات التحقيق التي يراها ضرورية للكشف عن الحقيقة[2]، و تشمل إجراءات التحقيق الانتقال و التفتيش و القبض و كذا سماع الشهود و الاستجواب، لذلك يمنع على البنك الاحتجاج بالسر البنكي لرفض الامتثال لأوامر السلطة الجزائية و أداء الشهادة، و تأكيداً على ذلك ألزم المشرع الجزائري الشخص المدعو للشهادة لأدائها، و إذا لم يحضر جاز لقاضي التحقيق بناءاً على طلب وكيل الجمهورية إحضاره جبراً بواسطة القوة العمومية، و الحكم عليه بغرامة تتراوح من 200 إلى 2000 دج إلا إذا كان امتناعه عن الحضور لأسباب مبررة[3].

و إذا تعذر على قاضي التحقيق مباشرة إجراءات التحقيق و البحث عن المستندات بنفسه ينتدب ضابط الشرطة القضائية للقيام بها. إلا أن حق الاطلاع عليها يبقى مقتصراً على قاضي التحقيق أو ضابط الشرطة القضائية المنتدب[4]، كما لا يحتج بالسر البنكي على قاضي الحكم الجزائي إذ تنص المادة 222 من قانون الإجراءات الجزائية أن كل شخص مكلف بالحضور أمام المحكمة لسماع أقواله كشاهد ملزم بأداء الشهادة، فإذا استدعي البنك أمام المحكمة عليه أن يلبي ذلك و يدلي بكل المعلومات دون الاحتجاج بالسر البنكي.

و هذا ما تؤكده العديد من التشريعات التي تسعى إلى المحافظة على نظامها العام و مكافحة الجرائم، و الوصول إلى الحقيقة، ففي فرنسا يلتزم البنك بالإجابة على جميع الأسئلة و توضيح كل المعلومات أمام القضاء الجزائي دون الاحتجاج بالسر البنكي، و قد نصت

---

[1] أنظر المادة 2/36 من الأمر 155/66 المؤرخ في 1966/07/08 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتمم، ج ر عدد 48 لسنة 1966 .

[2] أنظر المادة 68 من نفس القانون.

[3] أنظر المادة 97 من نفس القانون.

[4] أنظر المادة 84 من نفس قانون.

المادة 33/511 من قانون النقد و المالية الفرنسي صراحة على عدم الاحتجاج بهذا السر اتجاه السلطة القضائية التي تعمل في إطار إجراء جزائي[1].

كما تنص المادة 109 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي بإلزامية الشخص المستدعى لأداء الشهادة بالحضور لأدائها، لذلك يلتزم البنك بالتصريح بالمعلومات السرية أمام القضاء الجزائي، كما يلتزم بتقديم المستندات الضرورية لإجراءالتحقيقات اللازمة،و يمكن لقاضي التحقيق أن ينتقل إلى البنك لإجراء التحقيق فيعين المكان و له أن يأمر بالاطلاع على جميع الأوراق و المستندات[2]، و لا يجوز للبنك أن يقوم بإخطار العميل بالإجراءات التي اتخذها القضاء ضده[3]، و في هذا السياق قضى القضاء الفرنسي بإدانة مستشار مالي للبنك بجريمة إفشاء السر البنكي لأنه قام بإخطار الزبون بإجراء تفتيش على حسابه من طرف الشرطة[4]، كما ذهب القضاء في لكسمبورغ إلى أن البنك الذي يستدعى لأداء شهادته أمام قاضي التحقيق و يدلي بالوقائع السرية لا يرتكب أي جرم غير أن ذلك ليس إلزامي بليبقى متوقفا على ضميره و تقديره[5]، كما أحالت المادة 41 من القانون الخاص بالقطاعالمالي الصادر في 1993/04/05 إلى نص المادة 458 من قانون العقوبات و التي تقضي باعتبار الشهادة سبب من أسباب رفع السر أمام القضاء الجزائي سواء تعلق الأمر بقضاء التحقيق أو قضاء الحكم[6].

و في سويسرا فلا يحتج أيضا بالسر البنكي أمام القضاء الجزائي بمناسبة فتح تحقيق في جريمة، و يستطيع القاضي وحده دون ضباط الشرطة القضائية و الموظفون الآخرون إجبار

---

[1]Anne Teissier : op.cit, p.520.

[2]Monique Cantamine-Raynaud : op.cit, p.498 -499.

[3]Moniteur du commerce et de l'industrie : op.cit, p.11.

[4] Cass.crim 30/01/2001 n°00-80-367.

[5]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 »

[6] Dean Spielmann : op.cit, p.57.

البنك على اطلاعه على المعلومات المحمية تحت غطاء السر البنكي، كما يمكن استدعاء البنك لأداء الشهادة و لتقديم الوثائق الضرورية في الدعوى بطلب من القاضي[1]،و بخصوص المشرع اللبناني فقد نص صراحة في المادة الثانية من قانون سرية المصارف على منع البنوك من إفشاء السر البنكي اتجاه أي شخص و أي 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 و إذا امتنع عن ذلك دون مبرر مشروع يعاقب قانوناً، لذلك لا يستطيع البنك الاحتجاج بالسر البنكي أمام القضاء الجزائي لأن ذلك يعرقل سير العدالة. إضافة لذلك يحق لقاضي التحقيق إجراء أي تفتيش في أي مؤسسة و استجواب 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 الاطلاع على أية بيانات تتعلق بالحسابات أو الودائع أو الخزائن دون اللجوء إلى محكمة استئناف القاهرة إذا استدعى الأمر التحقيق في جناية أو جنحة[5].

ثانيا : السر البنكي و التبليغ عن الجرائم

---

[1] Sylvain Besson : op.cit, p.20

[2] نعيم مغبغب: المرجع السابق، ص187.

[3] عبد القادر العطير: المرجع السابق، ص130-131.

[4] عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص204.

[5] أسامة عبد الله قايد: المرجع السابق، ص1714.

إن الإبلاغ عن الجرائم واجب قانوني ذلك أن كل من يعلم بوقوع جناية أو جنحة عليه أن يبادر إلىإبلاغ السلطات العامة، لذلك يجب تغليب اعتبارات المصلحة العامة على المصلحة في الحفاظ على الأسرار للحفاظ على كيان المجتمع من أخطار الجرائم[1].

و في هذا الصدد نصت المادة 32 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري على أنه: "يتعين على كل سلطة نظامية و كل ضابط أو موظف عمومي تصل إلى علمه أثناء مباشرته وظيفته خبر جناية أو جنحة إبلاغ النيابة العامة، و أن يوفيها بكل المعلومات و يرسل إليها المحاضر و المستندات 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 البنوك بإبلاغ السلطات عن الجرائم التي تكتشفها، و في نفس السياق أيضا ألزمت المادة 11/434 من قانون العقوبات الفرنسي البنوك التبليغ عن مداخيلها و العمليات غير المشروعة التي تكتشفها[2]، كما نصت المادة 40 من نفس القانون على ضرورة تبليغ وكيل الجمهورية بالجنح و الجنايات التي يعلم بها الموظفون[3]، و قد سبق للقضاء الفرنسي أن اعتبر في أحد أحكامه بأن السر المهني 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 ترك الأمر لتقدير الأمين على السر[5]، و قد اختلفت أحكام القضاء الفرنسي في هذا المجال

---

[1] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق،ص104.

[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.

[5] أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص549.

فبينما غلبت بعض الأحكام واجب الحفاظ على سر المهنة[1]ذهب البعض الآخر إلى تغليب الالتزام بالإبلاغ عن الجرائم[2].

على خلاف ذلك نجد أن المادة 1/66 من قانون الإثبات المصري منعت المحامين و الأطباء و غيرهم من الأمناء على السر من إفشاء الوقائع، أو المعلومات التي علموا بها أثناء مباشرتهم لمهنتهم ما لم يكن ذكرها له مقصوداًلارتكاب جنحة أو جناية. إلا أن بعض الفقه المصري يرى بأن البنك يمكنه تبليغ الجهات القضائية عن كل تصميم على ارتكاب جناية أو جنحة و لو تضمن ذلك الإفضاء بسر أؤتمن عليه بمقتضى مهنة أو وظيفة[3]، كما أكدت الدائرة الجنائية لمحكمة النقض المصرية بأن الالتزام بالإبلاغ عن الجرائم حق و واجب على عاتق كل فرد[4]، و تطبيقاً لذلك فإن العاملين بالبنوك لا يباح لهم إفشاء المعلومات المتعلقة بحسابات العملاء إلا في الحالات التي يوجد فيها التزام بالتبليغ عن الجرائم، أي حين تكون المعلومات التي أفضى بها البنك تفيد إقدام العميل على ارتكاب جناية أو جنحة[5]، و سنقتصر في دراستنا على أهم و أخطر الجرائم و هي جريمة تبييض الأموال التي أفرد لها المشرع قانونا خاصا.

أ – مفهوم غسيل الأموال :

لقد استأثر موضوع غسيل الأموال اهتماماً كبيراً لدى السلطات السياسية في مختلف الدول خصوصاً دول العالم الصناعي لما له من تأثير مباشر على الدورة الاقتصادية و المالية، و من ارتباط تهريب المخدرات و المتاجرة بها أو التحكم بالأموال المرتبطة بها و الناشئة عنها[6]، و يقصد بتعبير غسيل الأموال كناية عن عدة عمليات مالية متداخلة فيما بينها، و متمادية في الزمن تستهدف حصول الأصل الجرمي لهذه الأموال،و إظهارها بصورة

---

[1] Paris 15/06/1951.D.1951.p.568.

[2] Trib correc Lille 27/06/1950.J.C.P.1950-2-n°5837.

[3] محمود كبيش: المرجع السابق، ص32.

[4] نقض مصري 1944/04/14. أشار إلى هذا القرار أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص563.

[5] محمود كبيش: المرجع السابق، ص33.

[6] زياد نديم حمادة: تبييض الأموال و علاقته بالسرية المصرفية، أعمال المؤتمر العالمي الثاني(الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية و الاقتصادية)، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2007، ص321-322.

متحصلات مالية ونقدية مشروعة تسهل بعد ذلك محاولة إدخالها في الأقنية الاقتصادية المحلية أو الدولية ليصعب بعد ذلك الوقوف على حقيقة مصادرها[1]، و قد حدد المشرع الجزائري بعض العمليات التي تدخل ضمن غسيل الأموال بمقتضى المادة389 مكرر من قانون العقوبات كالتالي:

– 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 ارتكاب الجريمة الأصلية التي تأتي منها هذه الممتلكات على الإفلات من الآثار القانونية لفعلته.

– 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 وفقاً لهذه المادة أو التواطؤ أو التآمر على ارتكابها، و محاولة ارتكابها و المساعدة و التّحريض على ذلك و تسهيله و إسداء المشورة بشأنه، و تمر عملية تبييض الأموال بثلاث مراحل :

1– مرحلة التّوظيف التي يتم فيها تحويل المال القدر إلى ودائع مصرفية لدى المصارف و المؤسسات المالية داخل اقتصاد الدولة التي يتم قيها الحصول على الأموال غير المشروعة[2].

2– مرحلة التّجميع و هي تلك المرحلة التي يتم فيها إخفاء مصادر الأموال المعدة للتبييض بهدف فصلها عن مصدرها المريب، و اكتسابها غطاءاً شرعياً عن طريق إعادة المال القذر إلى حسابات مصرفية مفتوحة باسم شركات محترمة.

[1] أشارت إلى هذا التعريف هيام الجرد: المرجع السابق، ص56.

[2] زياد نديم حمادة: المرجع السابق، ص322.

3- مرحلة الدمج التي تهدف إلى إضفاء مظهر شرعي على الأموال غير المشروعة و إتاحة استعمالها بطريقة محترمة كالاستثمارات و التّوظيفات المالية[1].

و قد يتساءل البعض فيما إذا كانت السرية المصرفية سبباً للأموال المشبوهة و غطاءًا لبعض الجرائم؟

مما لا شك فيه أن السرية المصرفية تساهم في جذب رؤوس الأموال المحلية و الأجنبية و تدعّم الثقة بالاقتصاد الوطني، و تشجّع الاستثمار و توّفر الاستقرار و الثقة بالائتمان الذي ينعكس على الاستقرار الاقتصادي، و تعتبر مرحلة الاستقصاء عن مصادر الأموال غير المشروعة أهم مرحلة إذ يعتبر البنك المكان الملائم لها مما يؤدي إلى اعتبار السرية المصرفية أهم عقبة التي تحول دون تحقق الجريمة[2]، فقد يستفيد غاسلو الأموال من تطبيق بعض الدول مبدأ السرية المطلقة كما في لكسمبورغ و لبنان و جزر كايمن للقيام بعملياتهم المشبوهة، لذلك تعتبر مثل هذه الدول مستودعاً خصباً للأموال المتحصّلة من هذه الجريمة[3].

ب- الجهود الدولية و المحلية لمكافحة غسيل الأموال:

لقد تضافرت الجهود الدولية والوطنية للتخفيف من حدة السرية البنكية لمكافحة عمليات غسيل الأموال الإجرامية، و تعتبراتفاقية فيينا لعام 1988 لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات من أهم الخطوات لمكافحة هذه الجريمة، و قد نادت هذه الاتفاقية بعدم التذرع بالسرية المصرفية للكشف عن العمليات المصرفية التي قد تستخدم في عمليات التبييض، و أن تتخذ كل دولة طرف الإجراءات المناسبة لتطبيقها تطبيقاً كاملاً، و ألا تكون قوانين سريتها عائقا لذلك[4]، و قد صادقت الجزائر على هذه الاتفاقية بموجب المرسوم الرئاسي رقم

[1] نضير شيوعان: المرجع السابق، ص38-39.

[2] زياد نديم حمادة: المرجع السابق، ص326.

[3] جلال وفاء محمدين: المرجع السابق، ص91.

[4] نضير شيوعان: المرجع السابق، ص127-128.

41/95 المؤرخ في 1995/01/25 و أصدرت بذلك قانون الوقاية من تبييض الأموال و تمويل الإرهاب و مكافحتهما[1].

كما تعتبر مجموعة العمل المالي لمكافحة غسيل الأموال الفاتفFATF التي تأسست في 1989 من قبل مجموعة الدول الصناعية السبعة التجمع الدولي الأهم في جهود محاربة هذه الظاهرة، و قد صدرت عنها العديد من التوصيات التي ترمي إلى ضرورة تجريم عمليات غسيل الأموال،و التأكيد على مسؤولية المؤسسات الماليةو المصرفية في رفع تقارير بالعمليات المشبوهة إلى السلطات المعنية، كما نادت بضرورة تأسيس أجهزة خاصة لمراقبة هذه المؤسسات[2]، فنتيجة لهذه الجهود الدولية لجأت العديد من الدول التي كانت تطبق نظام السرية المصرفية المطلقة إلى التخفيف من حدتها كبلجيكا و النمسا سويسرا التي تبنت في الأخير مبدأ تبادل المعلومات في إطار التعاون الدولي القضائي الجنائي لمكافحة الجرائم، و أصدت قوانين لمكافحة غسيل الأموال نظراً للضغط الذي تعرضت له هذه الدول من الولايات المتحدة و الاتحاد الأوروبي بعدما كانت هذه الدول المكان الهادئ لهذه الجريمة[3].

كما أدرك لبنان دور نظامه المصرفي و مؤسساته المالية في استغلالها من قبل شبكات الجريمة المنظمة التي تتولى القيام بتبييض الأموال،فأصدر قانون مكافحة تبييض الأموال في 2001 فرض بموجبه على قطاعه المصرفي إجراء نوع من الرقابة الذاتية خاصة بعد إدراجه ضمن لائحة الدول غير المتعاونة سنة 2000[4]،و في نفس السياق أيضا أصدر المشرع المصري قانون مكافحة غسيل الأموال سنة2002 الذي ألزم البنوك بإخطار وحدة مكافحة غسيل الأموال عن العمليات المالية المشبوهة[5] .

---

[1] القانون رقم 01/05 المؤرخ في 2005/02/06 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال و تمويل الإرهاب و مكافحتهما، ج ر عدد،11 المؤرخة في 2005/02/09.

[2] لمزيد من التفصيل حول الآليات الدولية لمكافحة غسيل الأموال أنظر هيام الجرد: المرجع السابق، ص 146 و ما بعدها.

[3] Bruno Gurtner : op.cit, p.37 et sui.

[4] أنطوان جورج سركيس: المرجع السابق، ص252-253.

[5] أسامة عبد الله قايد: المرجع السابق، ص1716.

و تطبيقاً للجهود الدولية السابقة ألزم المشرع الجزائري البنوك التأكد من هوية الزبون قبل فتح الحساب تأجير صندوق أو ربط أية علاقة عمل أخرى[1]،و في حال عدم تأكدها من تصرف العميل لحسابه يجب عليها الاستعلام بكل الطرق عن هوية الآمر الحقيقي أو الذي يتم التصرف لحسابه[2]، و تسهر اللجنة المصرفية على أن تتوافر لدى البنوك برامج مناسبة للكشف عن هذه الجريمة[3]، و تسمى الهيئة المتخصصة باستلام التقارير بحصول عملية تبييض الأموال بخلية الاستعلام المالي المنشأة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 127/02[4]، و التيتتخذ شكل مؤسسة عمومية تتمتع بالشخصية المعنويةو تطلع بتحليل المعلومات التي تصل إليها من السلطات المختصة بالأخطار بالشبهة[5]. فتلتزم البنوك بإبلاغها بكل عملية تتعلق بالأموال المشبوهة المتحصّلة من جناية أو جنحة[6]، و لا يمكن بأي حال من الأحوال الاعتداد بالسر المهني أو البنكي اتجاهها كما لا يمكن متابعة المسيرين و الخاضعين للأخطار بجريمة انتهاك السر البنكي إذا قاموا بالإخطاراتاللازمة[7].

نستخلص مما سبق أن السرية البنكية وجدت لحماية الأموال المشروعة دون سواها لهذا يجب تشديد الرقابة على المصارف سواء على المستوى الدولي أو الوطني لأن مثل هذه الرقابة تعد الضمانة الأساسية لحماية هذه السرية من أن تصبح غطاءًا للعمليات المشبوهة، كما تلتزم السلطات الوطنية بالعمل و التقيد بالتوصيات الصادرة من الهيئات الدولية التي تعمل على مكافحة هذه الجريمة، و ينبغي على الأجهزة المصرفية العمل لتحقيق الشفافية التي تنص عليها المبادئ الموجهة للعمل المصرفي و المالي.

الفرع الثاني : السر البنكي أمام السلطات الإدارية و المالية و الرقابية

---

[1] أنظر المادة السابعة من قانون الوقاية من تبييض الأموال و تمويل الإرهاب و مكافحتهما.

[2] أنظر المادة التاسعة من نفس القانون.

[3] أنظر المادة 2/12 من نفس القانون.

[4] المؤرخ في 2002/04/07 المتضمن إنشاء خلية معالجة الاستعلام المالي، ج ر عدد23، المؤرخة في 2002/04/07.

[5] أنظر المادة الثانية و الرابعة من نفس المرسوم.

[6] أنظر المادة 20 من قانون الوقاية من تبييض الأموال و تمويل الإرهاب و مكافحتهما.

[7] أنظر المادتين 22 و 23 من نفس القانون.

لقد خطى المشرع الجزائري خطوة ايجابية و سار على نفس المنحى الذي سارت عليه معظم التشريعات، حيث خول لبعض السلطاتالإدارية و المالية حق للاطلاع على الوثائق و المستندات البنكية السرية ومنع الاحتجاج أمامها بالسر المهني، ولحماية النظام المصرفي و السهر على حسن سيره أخضع المشرع البنوك للرقابة التي تتولاها هيئات متخصصة تتمتع بصلاحيات واسعة، لهذا سنتعرض لدراسة سلطات بعض الهيئات الإدارية اتجاه السر البنكي(البند الأول)، و بعض الهيئات الرقابية (البند الثاني).

البند الأول :سلطات الهيئات الإدارية و المالية

تحقيقا للمصلحة المالية العامة للدولة و بهدف معاينة الجرائم الجمركية، و تمويل وعاء الضريبة خول المشرع الجزائري لإدارتي الضرائب و الجمارك سلطات واسعة تمكنها من الاطلاع على و البيانات و الوثائق البنكية التي يشملها السر البنكي، كما ألزمها بالاستجابة لطلباتها لتسهيل مهامها .

أولا : سلطات إدارة الضرائب

ترتبط المصلحة المالية للدولة بالمسائل المالية و الاقتصادية لإدارة الضرائب و هي تسمو على المصلحة الخاصة للزبون[1]. فالمسائل الضريبية تشكل أحد الأسباب التي تدفع المصارف للإفشاء عن مدخرات العملاء تمهيداً لفرض الضريبة عليهم[2]، و يعرف 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 و الخزينة العامة[4]، لذلك تلتزم المصارف

[1] Taleb Fatiha : Limites du secret bancaire et économie de marché, op.cit, p.518.

[2] محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر: المرجع السابق، ص100.

[3] أحمد كامل سلامة: المرجع السابق، ص490.

[4] عادل جبري محمد حبيب: المرجع السابق، ص178.

بالتصريح لإدارة الضرائب عن مداخيلها دون الاحتجاج عليها بالسر المهني[1]،وفي هذا السياق نصت الفقرة الأولى من المادة 46 منقانون الإجراءات الجبائية[2] على ما يلي :

"لا يمكن بأي حال من الأحوال لإدارات الدولة و الولاياتكذلك المؤسسات أو الهيئات أيا كان نوعها، الخاضعة لمراقبة السلطة الإدارية أن تحتج بالسر المهني أمام أعوان الإدارة المالية الذين يطلبون منها الاطلاع على وثائق المصلحة التي توجد في حوزتها....".

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[3]،إلا أن حق الاطلاع الممنوح لإدارة الضرائب مقيد ببعض الشروط المتعلقة بمكان و زمان المراقبة إذ يجب أن تتم هذه الأخيرة على مستوى المؤسسات و المنشآت المعنية خلال ساعات عملها[4]، كما يمكن لأعوان هذه الإدارة إجراء تحقيق في محاسبة الكلفين بالضريبة، و إجراء التحريات اللازمة بشرط أن تكون لهم رتبة مراقب على الأقل، و يحق لهذه الإدارة ممارسة الرقابة مهما كان السند المستعمل[5]، و تضيف المادة 51 من القانون رقم 16/05[6] ما يلي :

"يجب على المؤسسات و الشركات و القائمين بأعمال الصرف و المصرفيين و أصحاب العمولات و.....أن يرسلوا إشعاراً خاصاً لإدارة الضرائب بفتح، و إقفال 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.

---

[1] نعيم مغبغب: المرجع السابق، ص210.

[2] القانون رقم 21/01 المؤرخ في 2001/12/22 المتضمن قانون الإجراءات الجبائية المعدل و المتمم ، ج ر عدد 79 المؤرخة في 2001/12/23.

[3] 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، و يرجع الاختصاص في الغرامة و التلجئة للمحكمة الإدارية المختصة إقليميا .

[4] أنظر المادة 3/18 من قانون الإجراءات الجبائية.

[5] أنظر المادة 20 من نفس القانون.

[6] المؤرخ في 2005/12/31 المتضمن قانون المالية لسنة 2006، ج ر عدد 85، المؤرخة في 2005/12/31.

كما يمس هذا الالتزام خصوصا البنوك ، و شركة البورصة و الدواوين العمومية....."

و تتمثل المعلومات المقدمة لإدارة الضرائب أساساً في تحديد الوكالة البنكية، أو المؤسسة المالية المسيرة للحساب و عنوانها، تعيين الحسابو رقمه و نوعه و خاصيته، تاريخ و طبيعة العملية المصرح بها، و تحديد المعلومات الخاصةبالأشخاص الطبيعيينو المعنويين[1]، و إذا كانت سلطات إدارة الضرائب في الاطلاع و المراقبة تمس بحق الخاضع للضريبة في الاحتفاظ بسرية معلوماته، و وثائقه إلا أن حرص القانون على تحقيق المصلحة العامة يجعل هذا الحق لا يتنافى مع مبدأ الالتزام بالسر البنكي، و من أجل هذا ألزم القانون أعوان هذه الإدارة بضرورة كتمان السر المهني تحت طائلة التعرض للعقوبة الواردة في المادة 301 من قانون العقوبات[2].

و هذا ما هو معمول به في بعض التشريعات المقارنة ففي فرنسا تلتزم البنوك بالتصريح لإدارة الضرائب عن مداخيلها دون الاحتجاج بالسر البنكي لضمان التطبيق السليم للقانون الضريبي، كما تلتزم بالتبليغ عن حالات صرف الشيكات العالية القيمة[3]، و يسري حق الاطلاع المخول لإدارة الضرائب على كل الوثائق الضرورية لإجراء الرقابة دون أن يكون لهذه السلطة حق الاستجواب الذي يعود أصلا للقضاء[4]، و بالإضافة إلى حق الاطلاع المخول لهذه الإدارة يحق لها إجراء حجوز على المستندات لمعاينة الجرائم الاقتصادية[5].

و في نفس السياق أيضا تنص المادة 140 من القانون المتعلق بالضريبة على الدخل المصري الصادر سنة 1981 على واجب البنوك بتقديم إقرار إلى مصلحة الضرائب حول أسماء و عنوان و وظائف أصحاب الحسابات البنكية، كما ألزمت المادة 144 من نفس القانون مديري البنوك تقديم الوثائق اللازمة لإجراء الرقابة[6]، إلا أنه بعد صدور قانون سرية

---

[1] أنظر المادة 51 مكرر2 من نفس القانون التي ألزمت على البنوك ضرورة تقديم المعلومات السابقة و المتعلقة بمفوضي الشخص المعنوي الذين يستعملون الحساب.

[2] أنظر المادة 65 من قانون الإجراءات الجبائية.

[3]Monique Cantamine-Raynaud : op.cit, p.504.

[4] CE 27/04/1987.J.C.P.1988.E.2.15243.

[5]Anne Teissier : op.cit, p.455.

[6] محمود كبيش: المرجع السابق، ص28-29.

الحسابات سنة 1990 نصت المادة الأولى و الثانية منه صراحة على أن تكون حسابات العملاء و ودائعهم سرية و لا يجوز الاطلاع عليها إلا بإذن من صاحبها، و يسري الحضر اتجاه جميع الأشخاص و السلطات بما في ذلك إدارة الضرائب[1]، و قد ورد في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون أنه لا يجوز لإدارة الضرائب أن تطلب أمراً بإعطاء معلومات أو بيانات من محكمة استئناف القاهرة عن العقود التي تستحق عليها ضرائب إلا إذا وجدت دلائل على ارتكاب جناية أو جنحة[2].

كما لا يعترف القانون السويسري لهذه الإدارة بحق الاطلاع على المعلومات البنكية لذلك لا تلتزم البنوك السويسرية بالإجابة على طلباتها، و لا الخضوع لأي تفتيشمهما كان نوع الضريبة[3]، 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 تفتيشعلى الحسابات و الودائع[4]. إلا أن البنوك اللبنانية درجت على تقديم تصريحات للدوائر المالية عن طريق أرقام و حروف دون ذكر أسماء العملاء مما يسمح لهذه الإدارة بفرض الضريبة[5] .

ثانيا : سلطات إدارة الجمارك

يخول لأعوان إدارة الجمارك نفس السلطات المخولة قانوناً لأعوان إدارة الضرائب، لهذا يمكنها الاطلاع على جميع وثائق المؤسسات و الهيئات الخاضعة لرقابتها[6]، و يتمثل الدور الرئيسي للسلطة الجمركية في ضمان أمن عمليات الاستيراد و التصدير، و حسن تطبيق و احترام النصوص القانونية المتعلقة بالتجارة الخارجية لتقوية العلاقات المالية مع الخارج[7]، و

---

[1] عبد القادر العطير: المرجع السابق، ص173.

[2] أحمد محمد بدوي: المرجع السابق، ص96.

[3] نعيم مغبغب: المرجع السابق، ص213 ، و إلياس ناصف: المرجع السابق، ص311-312.

[4] إلياس ناصف: المرجع نفسه، ص334-335.

[5] عبد القادر العطير: المرجع السابق، ص172.

[6] Monique Cantamine-Raynaud : op.cit, p.505.

[7] Taleb Fatiha :Limites du secret bancaire et économie de marché, op.cit, p.519.

في هذا الصدد تنص المادة 48 من قانون الجمارك[1] على حق أعوان الجمارك الذين لهم رتبة ضابط مراقبة على الأقل، و الأعوان الكلفين بمهام القابض أن يطلبوا في أي وقت الاطلاع على كل أنواع الوثائق المتعلقة بالعمليات التي تهم مصلحتهم كالفواتير، و سندات التسليم، وجداول الإرسال، و عقود النقل و الدفاتر و السجلات ..الخ.

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، و بهذا 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، و في نفس السياق أيضا تخول المادة 1/65 من قانون الجمارك الفرنسي لهذه الإدارة سلطات واسعة اتجاه البنوك و المؤسسات المالية للاطلاع على مختلف الوثائق البنكية، كما لها أن تفتح الخزائن الحديدية بحضور المحضر القضائي[2]بشرط احترام الإجراءات القانونية فإذا تعسفت هذه الإدارة في ممارستها لسلطاتها تبطل إجراءاتها[3].

لذلك تلتزم البنوك بتمكين أعوان هذه الإدارة من الاطلاع على كافة المعلومات المتعلقة بعمليات هذه المصلحة دون الاحتجاج بالسر البنكي، 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، و مراعاة لمصلحة الأفراد ألزم القانون أعوان هذه الإدارة بكتمان السر المهني حسب ما هو وارد في المادة 36 من القانون السابق ذكره.

البند الثاني : سلطات الهيئات الرقابية

---

[1] القانون رقم 07/79 المؤرخ في 1979/07/21المتضمن قانون الجمارك المعدل و المتمم، ج ر عدد30، المؤرخة في 1979/07/24.

[2]Moniteur du commerce et de l'industrie : op.cit, p.10.

[3]Paris 26/04/1990.J.C.P.1991-E -2.15935.

Crim 19/06/1989, Bull, crim 1989.n°262.

حماية للنظام المصرفي و السهر على حسن سيره و ضمان التطبيق السليملأحكامه أخضع المشرع الجزائري البنوك للرقابة التي تتولاها هيئات متخصصة، أنشأها المشرع بغرض القيام بهذه المهمة فمنع البنوك التذرع أمامها بالسر البنكي، و يتعلق الأمر أساساً باللجنة المصرفية و بنك الجزائر و محافظو الحسابات .

أولا : اللجنة المصرفية

تنص المادة 105 من قانون النقد و القرض على ضرورة إنشاء لجنة مصرفية تتكلف بمراقبة مدى احترام البنوك و المؤسسات المالية للأحكام التشريعية و التنظيمية،و معاقبة الإخلالات التي تتم معاينتها و السّهر على احترام قواعد سير المهنة، و تقوم اللجنة بمراقبة البنوك و المؤسسات المالية بناءاً على الوثائق في عين المكان. فلا يمكنها إلزام البنك بتقديم وثائقه و سجلاته و دفاتره خارج مقره، و يجوز لها أن تكلف أي شخص يقع عليه اختيارها بهذه المهمة[1]، و للقيام بهذه المهمة يحق للّجنة أن تطلب الإطلاع على جميع الوثائق و كذا الإيضاحات و الإثباتات اللازمة، و كل المستندات الضرورية دون الاحتجاج اتجاهها بالسر البنكي[2]، و بالرجوع للمادة 12 من القانون رقم 01/05 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب و مكافحتهما تعمل هذه اللجنة على السهر بتوافر البنوك، و المؤسسات المالية على برامج مناسبة للكشف على عمليات تبييض الأموال و الإرهاب .

و في فرنسا أنشأت هذه اللجنة بموجب قانون البنوك لسنة 1984 حيث منعت المادة الثانية منه الاحتجاج اتجاهها بالسر المهني، و أجازت لأعضائها القيام بمراقبة جميع المستندات[3]، و قد سبق لمحكمة جنح باريس أن أدانت مسير أحد البنوك الفرنسية بجنحة إعطاء معلومات خاطئة لهذه اللجنة و عرقلة نشاطها[4].

ثانيا : بنك الجزائر

[1]أنظر المادة 108 من قانون النقد و القرض.

[2] أنظرالمادة 109 من نفس القانون .

[3]Anne Teissier : op.cit, p.427-426.

[4] TG Paris 11^{em}, 04/07/1991, D.1992, som.359-360.

يعتبر بنك الجزائر مؤسسة وطنية يتمتع بالشخصية المعنوية و الاستقلال المالي،و يعد تاجرا في علاقاته مع الغير و هو يمثل الهيئة العليا للمصارف في الجزائر، لهذا يتمتع بصلاحيات واسعة في ميادين النقد و القرض عن طريق توفير الشروط اللازمة لتحقيق النمو الاقتصاديو الاستقرار الداخلي و الخارجي، و لهذا الغرض يكلف بتنظيم الحركة النقدية و يوجه و يراقب توزيع القرض بكل الوسائل، و يسهر على حسن تسيير التعهدات المالية اتجاه الخارج و ضبط سوق الصرف[1]، و لتحقيق ذلك له أن يطلب من البنوك و المؤسسات الماليةأن تزوده بكل الإحصائيات و المعلومات اللازمة لذلك[2]،و بمقتضى المادة 108 من قانون النقد و القرض يكلف هذا الأخير بتنظيم المراقبة لحساب اللجنة المصرفية بواسطة أعوانه أو أي شخص يقع عليه اختيارها، و على هذا الأساس لا يطبق السر البنكي في حق بنك الجزائر حسبما تقضي به المادة 117 من نفس القانون.

و في نفس السياق أيضا تلتزم البنوك الفرنسية بتقديم تصريحات إلى بنك فرنسا بخصوص حجم ودائعها و شخصية المستفيدين منها، و يمنع على البنك استعمالها لأغراض خارجة عن الرقابة[3]، و يعتبر بنك فرنسا الجهة المؤهلة لاستلام إخطارات الشيكات الصادرة بدون رصيد، كما يختص بتقدم الترخيصات لعمليات التفتيش بالخارج و مراقبة عمليات تبادل العملة[4]، و في مصر يحق للبنك المركزي الإطلاع في أي وقت على دفاتر و سجلات البنوك بما يكفل الحصول على البيانات و الإيضاحات التي يرى أنها ضرورية لتحقيق أغراضه، و يكون ذلك في مقر البنوك[5].

ثالثا : محافظ الحسابات

يلزم قانون النقد و القرض على كل البنوك تعيين محافظين إثنين للحسابات على الأقل[6]، و تتمثل مهمة محافظ الحسابات في التّحقيق حول الدفاتر و الأوراق المالية للشركة و مراقبة

---

[1] أنظر المادة 35 من قانون النقد و القرض .

[2] أنظر 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] محمود كبيش: المرجع السابق، ص29.

[6] أنظر المادة 100 من قانون النقد و القرض.

انتظام وصحة حساباتها لذلك يجوز له إجراء الرقابة التي يراها ضرورية طيلة السنة[1]، و قد نظم المشرع الجزائري هذه المهنة بموجب القانون رقم 08/91[2]، إذ يلتزم هؤلاء بالإخطار عن كل مخالفة ترتكبها البنوك فور اكتشافهم لها بالإضافة إلى تقديمهم تقرير إلى محافظ بنك الجزائر[3]،و لضمان حسن أدائهم لمهمتهم أخضعهم المشرع لرقابة اللجنة المصرفية[4]، و في نفس السياق أيضا نصت المادة السادسة من قانون سرية الحسابات المصري على عدم إخلال هذا القانون بالواجبات المنوط أداؤها قانونا لمراقبي حسابات البنوك، لذلك تلتزم البنوك بتقديم المعلومات الخاصة بحسابات العملاء إلى محافظي الحسابات، دون الاحتجاج بالسر البنكي[5]، كما خولت المادة 14/832 من القانون التجاري الفرنسي لمندوبي الحسابات صلاحية الإطلاع على كافة الوثائق و البيانات اللازمة لأداء رقابتهم دون أن يحتج عليهم بالسر البنكي[6].

---

[1] أنظر المادة 715 مكرر4 من القانون التجاري.

[2] المؤرخ في 1991/04/27 المتعلق بمهنة الخبير المحاسب و محافظ الحسابات و المحاسب المعتمد، ج ر عدد 20 المؤرخة في 1991/05/01.

[3] أنظر المادة 101 من نفس القانون.

[4] أنظر المادة 102 من نفس القانون.

[5] أسامة عبد الله قايد: المرجع السابق، ص1713-1714.

[6] Patrice Bouteiller et autres : op.cit, p.329.

خاتمة :

إن ما نبتغيه في خاتمة هذا البحث المعنون بالتزام البنك بالمحافظة على السر المهني هو ليس تلخيص لتلك الدراسة المتشعبة النواحي، و التي كانت ترميإلى استعراض مدى تقيد البنوك بواجب كتمان السر المهني لعملائها اتجاه الأفراد و السلطات، و توضيح المفاهيم القانونية المرتبطة بهذا الالتزام بل إن ما نوده في الحقيقة هو بلورة النتائج التي استخلصناها من هذا البحث بصفة عامة و ما توصلنا إليه من خلال هذه الدراسة.

فقد تبين لنا بداية أن التزام البنوك 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 أثارتالعديد من المناقشات و الصعوباتعلى مستوى الفكر القانوني.فقد اختلف الفقه و القضاء المقارن حول تحديد المقصود منه خاصة و أن التشريعات قد أحجمت عن تحديد ذلك،و اكتفت بفرضه على بنوكهانتيجة لذلك لم يكن تعريفه بالأمر الهين.

و في محاولة الوصول إلى ذلك اقترحت عدة تعاريف من الفقه بالإستناد إلى عدة معايير و لم يسلم أي منهامن النقد. فقد ذهب الرأي الأول إلى النظر بما يترتب عن إفشاء السر من ضرر يصيب سمعة صاحب السر و كرامته، و استند الرأي الثاني على إرادة العميلفي إبقاء أموره الخاصة في إطار سري، بينما اعتمد الرأي الثالث على معيار موضوعي يقتضي التفرقة بين الوقائع السرية و تلك المعروفة.في حين استقر الرأي الأخير على تعريف السر البنكي استنادا إلى معيار مصلحة صاحب السر في الكتمان،و هو الرأي المرجّح باعتباره الأقرب إلى الصّواب لأن تقرير مبدأ السرية المصرفية يتماشى في الأصل و مصلحة العميل وجودا أو عدما، لهذا انتهينا إلى القولبأن هذه السرية تستمد وجودها من ارتباطها الوثيق بهذه المصلحة و صلتها بمهنة البنك.

و لاحظنا أن جل التشريعات المقارنة و منها التشريع الجزائري قد تبنت مبدأ الالتزام بالسر البنكي، و أحاطته بسياج من الحماية لذلك ألزمت بنوكها بضرورة كتمان أسرار عملائهاحفاظا على حريتهم الشخصية، و لما 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 البنكي ضمن النص العام الوارد في قانون العقوبات، لجأت دول أخرى إلى تخصيص قانون مستقل لذلك شددت بموجبه من قوة هذا الالتزام، و فرضت من خلال أحكامه عقوبة جزائية أشد من تلك التي تقررها نصوص قانون العقوبات، و قد كان هدفها من وراء ذلك تدعيم اقتصادها الوطني عن طريق توفير أكبر ضمانات لهذا الواجب.

و من خلال بحثنا عن الطبيعة القانونية للسر البنكي 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 و مصالحها المالية و الإقتصادية،فبينما تبنت بعض الدول نظرية السر البنكي المطلق و عملت على التضييق من دائرة الإستثناءات الواردة عليه، اعتمدت دولا أخرى نظرية السر البنكي النسبي،و وسعت بذلك من حالات إباحة إفشائه تحقيقا لشفافية عمل الجهاز المصرفي، و انتهينا في الأخير

إلى القول بأن المشرع الجزائري قد حاول التوفيق بين النظريتين، و لم يكن من اليسير استخلاص هذا الموقف لما يشوب النصوص القانونية من لبس،و عدم الدقةو قد ساير بهذا الموقف منحى المشرع الفرنسي.

و إذا كان الوضع قد استقر حول تقرير إلتزام البنك بالحفاظ على أسرار زبائنه إلا أن الخلاف حول الأساس الذي يستند إليه هذا الالتزام، و قد توصلنا إلى أن الفقه قد انقسم في ذلك إلى مذهبين، فمن غلب المصلحة الخاصة للعميل اتّجه إلى أن أساس التزام البنوك بالحفاظ على أسرار عملائها يكمن في فكرة العقد الذي يربط البنك و العميل و إن لم يتفق الفقه و القضاء 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، و يكمن أساس التزام البنك بالكتمان هنا في إلتزام عام قوامه عدم الإضرار بالغير.

أما من رجح المصلحة العامة كأساس لالتزام البنك بحفظ السر المهني اتجه إلى أساس آخر يكمن في فكرة النّظام العام مرتئيا فيه السبب الباعث إلى فرض هذا الالتزام على البنوك، على اعتبار أن الثقة العامة التي يكنّها أفراد المجتمع في مثل هذه المؤسساتأمر يقتضيه السير المنتظم لهذه المهنة على أن كل من الأساسين لم يسلم من النّقد، و على ضوء هذا الصّراع تطرقنا في الأخير إلى النظرية التوفيقية التي تجمع بين الفكرتين، و التي تزعم بوجود عقد غير مسمى بين البنك و العميل يتعلق بالنّظام العام، و في تحديدنا لموقف المشرع الجزائري قد استنتجنا بأنه قد تبنى هذه النظرية في نصوصه القانونية المتبعثرة.

و في إطار بحثنا عن النّطاق القانوني للسر البنكي توصلنا إلى أن البنك هو المدين بهذا الالتزام، و لما كان هذا الأخيرشخص معنوي فإن هذا الالتزام يقع على عاتق كل موظف يعمل داخله مهما كانت رتبته و كيفما كانت وظيفته.أما بالنسبة للمستفيد منه فهو العميل، كما استنتجنا بأن هذا السر يحمي في الأصل المصلحة الخاصة للعميل،و هو يشمل جميع المعلومات التيتصل إلى علم البنك بحكم مهنته، و تبين لنا أيضا أن هذا الالتزام غير محدد زمانيا إذ يظل البنك ملتزما به و لوانتهت العلاقة التي تربطهما. و بعدما تناولنا مبدأ الالتزام بالسر البنكي في الفصل الأول بشكل مفصل كان من اللازم علينا أن نتعرض للجزاءات

المترتبة عند إخلال البنك بهذا المبدأ، و أن نبين مدى وجود استثناءات يباح فيها إفشاء هذا السر دون قيام أية مسؤولية على عاتق البنك.

و في إطار دراستنا للجزاءات التي يقررها القانون عند إخلال البنك بهذا الالتزام استنتجنا بأن إفشاء السر البنكي يشكل جريمة تعاقب عليها غالب التشريعات بالعقوبة السالبة للحرية و الغرامة، و يختلف مقدار هذه العقوبة باختلاف درجة قوة هذا الالتزام من دولة لأخرى.

و بالإضافة إلى الآثار الجزائية فإن إخلال البنك بهذا الواجب ينجم عنه آثار مدنية تقتضي تعويض الأضرار المادية و المعنوية التي تلحق بصاحب السر، و سواء أكانت المسؤولية عقدية أو تقصيرية فإن الآثار المدنية تسري في كلتا الحالتين، و لا يهم فيما إذا كان الإخلال صادرا من البنك أو من أحد موظفيه لأنه حتى في مثل هذه الحالة يسأل البنك بصفته متبوعا عن أعمال موظفيه وفقا لأحكام مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه.

كما يجب أن لا ننسى بأن إفشاء السر البنكي يعتبر أيضا خطأ تأديبيا لأنه فعلا يخل بقواعد و أخلاقيات المهنة المصرفية، و لهذا يتعرض البنك أو الموظف الذي صدر منه الإفشاء إلى العقوبة التأديبية التي يحددها القانون،و التي قد تصل إلى طرد الموظف من المهنة دون أي تعويض أو سحب الاعتماد من البنك و منعه من مزاولة المهنة المصرفية.

و ما يجب الإشارة إليه هو أن عدم وجود أحكام قضائية في الجزائر بخصوص إفشاء السر البنكي لا يعني عدم وقوع انتهاكات من البنوك لسرية الزبائن، بل أن مثل هذه الاعتداءات تحدث في الواقع بصورة مستمرة. إلا أن عدم إثارة نزاعات قضائية بشأنها من قبل الأفرادجعل القضاء الجزائري يخلو من الاجتهادات في هذا المجال، و يرجع هذاالفراغ في غالب الأحيان إلى جهل المتعاملين مع البنوك للنصوص القانونية التي تحمي سرية ذمتهم المالية، و تعاقب على الاعتداءات التي تقع عليها، و هذا الجهل بالقانون يجعلهم لا يدركون خطورة تلك الانتهاكات و يتنازلون عن الحماية القانونية لحقهم في السرية.

و إذا كان القانون يفرض على البنوك إلتزاما بحفظ أسرار زبائنها إلا أن ذلك لا يشكل قاعدة مطلقة تلتزم البنوك بالتقيد بها في كل الظروف بل إنها قاعدة نسبية تخضع لبعض الاستثناءات. ففي الواقع يعترف الفقه و القضاء كما تنص التشريعات على وجود حالات

محددة يعفى فيها البنك من هذا الالتزام مراعاة لمصالح أجدر بالحماية من المصلحة التي تقرر الكتمان من أجلها، و يترتب على وقوع الإفشاء مثل هذه الحالات نفي الخطأ عن الفعل ليصبح بذلك مشروعا.

فالسر البنكي لم يعد ذلك المبدأ المقدس الذي يكسو المعاملات البنكية،بل أصبحت تعتريه العديد من الاستثناءات التي تفرضها أحياناالمصلحة الخاصة للعميل و حريته في التنازل عن حقه في كتمان أسراره، كما أن هناك بعض الأشخاص يشاركون العميل في هذه المصلحة و لهذا لا يعاقب القانون على إفشاء السر إليهم نظرا للمركز القانوني الذي يتواجدون فيه، و من ناحية أخرى كان من الضروري مراعاة المصلحة الخاصة للبنك الذي قد يجد نفسه أحيانا مضطرا للدفاع عن نفسه إذا ما نشب نزاع بينه و بين العميل، و اقتضى الأمر إفشاء الأسرار المالية لهذا الأخير.

كما أن مقتضيات المصلحة العامة التي تسمو على كل المصالح الأخرى تقتضي أحيانا التضحية بالمصلحة الخاصة للعميل و الكشف عن تفاصيل معاملاته المالية، وفي هذا الصدد قد منعت معظم التشريعات التي تبنت مبدأ الالتزام بالسر البنكي الاحتجاج بهذا السر اتجاه السلطات القضائية خاصة الجزائية منها، و ألزمت البنوك بضرورة أداء واجب الشهادة و التبليغ عن الجرائم لتحقيق العدالة التي تمثل المحور الأساسي لعمل الجهاز القضائي.

بالإضافة إلىذلك يمنح القانون لبعض الإدارات المالية كإدارة الضرائب و الجمارك سلطة الاطلاع على المعلومات البنكية بغرض تأمين وعاء الضريبة، و من أجل الحفاظ على مصداقية المهنة المصرفية تخضع جل التشريعات البنوك لنوع من الرقابة التي يمارسها هيئات مختصة بذلك. فمن غير المنطقي أن يكون السر البنكي ذريعة لتشجيع الجرائم، كما يجب ألا يقف هذا الواجب عائقا أمام تحقيق العدالة القضائية و المصلحة المالية للدولة.

و لهذا قد سعت الدول لإقامة نوع من التوازن بين مكافحة الجريمة و نظام السرية المصرفية،و لكي لا تصبح البنوك مستودعا و ملجأ 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 العالمو إدراكها

للآثار السلبية لهذا النظام، و في هذا السياق تلتزم البنوك بالتصريح عن مدخراتها و التبليغ عن الحسابات المشبوه فيها، و لهذا نتوصل إلى أن السرية المصرفية تحتاج إلى دولة قانون في تطبيقها و اعتمادها سياسة اقتصادية و ضرائبية و رقابية فعالة،و إغفال هذه الأمور يجعل منها عاملا محفزا لعمليات الفساد و الأفعال غير المشروعة.

و نشير في نهاية هذه الخاتمة إلى بعض المقترحات التي نأمل أن يراعيها المشرع الجزائري نوردها كالتالي:

ضرورة إصدار قانون خاص بالسرية المصرفية يجنبنا سلبياتها و يأخذ بالايجابيات تراعى فيه العلاقة الخاصة التي تربط البنك بالعميل تلك العلاقة التي ينبغي أن تسودها الثقة، و يحوطها سياج الكتمان كما ذهبت إليه بعض التشريعات المقارنة، و هذا بهدف جمع كل أحكامها و تفادي الاختلافات حول المفاهيم المرتبطة بها، و تحديد الحالات التي تقوم فيها مسؤولية البنك عن إفشاء أسرار عملائها، و الحالات التي يباح فيها هذا الفعل بدقة، و الوقوف 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 البنكية من جهة و المصلحة العامة من جهة أخرى. فلا ينبغي الإسراف في الاستثناءات الواردة على مبدأ الالتزام بالسر البنكي حتى تفوق الأصل لأن ذلك يؤدي إلى آثار سلبية تنعكس على الأفراد و على الأداء الوظيفي لعناصر البناء الاقتصادي، و من جهة أخرى ينبغي أن تكون هذه الحالاتمحددة بدقة حتى لا يتم المساس بقاعدة السر البنكي التي تعتبر الركيزة الأساسية في التعاملات المصرفية، و إلا أدى ذلك إلى فقدان الثقة بين البنك و العميل و هذا ما ينتج عنه هروب رؤوس الأموال نحو البنوك الأجنبية و تدهور الاقتصاد الوطني للبلد .

و نوحي في الأخير بضرورة زيادة الوعي و الثقافة القانونية للأفراد بإعطاء هذا الموضوع أهمية خاصة ذلك أن النصوص القانونية التي تحمي السر البنكي من أرقى النصوص إلا أن الممارسة العملية يشوبها القصور و الانتهاك المستمر لهذا السر المهني.