

قراءة في الأساس القانوني للالتزام بالسر المصرفي في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة

Reading the Legal Basis For the Obligation to Bank Secrecy in Algerian Legislation and Comparative Legislation

وردة بوقطوشة *

غنية باطلي

جامعة فرحات عباس. سطيف 2-الجزائر

جامعة فرحات عباس. سطيف 2-الجزائر

batlighania@yahoo.com

wa.bougoutoucha@univ-setif2.dz

تاريخ الإرسال: 28/09/2021 تاريخ القبول: 22/11/2021 تاريخ النشر: 31/12/2021

ملخص:

إن السرية المصرفية من أهم المبادئ الأساسية للعمل المصرفي، وهي كل التزام يقع على البنوك بحفظ أسرار العملاء، حيث ذهب بعض الفقهاء إلى أن أساس الالتزام بالسرية المصرفية يكمن في اتفاق بين العميل المودع للسر والأمين المودع لديه ومنه يقرون بوجود عقد بين الأمين على السر والعميل، وجانب آخر من الفقه رد أساس الالتزام بالسرية المصرفية إلى أحكام المسؤولية التقصيرية وانتقد فكرة العقد وهناك من يجد أساسه في النظام العام أو المصلحة العامة، وعليه نجد أن السر المصرفي يستمد أساسه من العقد الغير مسمى من النظام العام النسبي، ويعاقب على مخالفته بنص جنائي وتكمن النسبية في رفع السرية المصرفية من أجل دواعي مكافحة تبييض الأموال .

كلمات مفتاحية: سرية مصرفية. عقد. مسؤولية تقصيرية. نظام عام.

Abstract:

This article tackles banking secrecy which is one of the fundamental principles of banking. It involves all the obligations in which banks are required to protect their clients privacy and confidentiality. Some jurists argue that the basis of the banking secrecy obligation lies in the agreement between the client who deposits the secret and the trustee with whom it is deposited. Such argument implies the existence of a contract between the said trustee and the client. On the other hand, other jurisprudents criticize the notion of the contract in this matter, claiming that the foundation of the commitment to banking secrecy is based mainly on fault liability. Others however, insist that banking secrecy is grounded in public order or public interest. Conversely, we can say that banking secrecy is founded on an unnamed contract of relative public order, of which the violation is punished by a penal legal text. The relativity in lifting banking secrecy, can help preventing money laundering.

Keywords: Bank Secrecy, Contract, Fault Liability, Public Order.

*المؤلف المرسل: مخبر دراسات وأبحاث حول المجازر الاستعمارية

مقدمة:

يعد القطاع المصرفي مركز الثقل في القطاع الاقتصادي لما يقدمه من خدمات متعددة حيث تلعب البنوك دورا مهما في خلق الائتمان وتوزيعه من أجل دعم نشاط المشروعات الاقتصادية، وتحقيق ذلك لا يكون إلا في إطار من الكتمان والسرية، هذا ما دفع جل التشريعات الدولية والوطنية إلى إقرار مبدأ الالتزام بالسرية المصرفية وإلزام كل البنوك والمؤسسات المالية بضرورة التقيد بهذا الالتزام وذلك حماية لمصلحة العملاء من الاعتداء عليها وحماية للمصلحة الخاصة للبنوك والمؤسسات المالية من خلال استمرار نشاطاتها المتمثلة في جلب رؤوس الأموال بالإضافة إلى حماية المصلحة العامة بدعم الاقتصاد.

لذلك نجد أن بعض التشريعات المقارنة أخذت بالسرية المصرفية وعالجتها في إطار قوانين خاصة ومشددة وأقرت السرية المصرفية المطلقة، نذكر على سبيل المثال تشريعات سويسرا ولكسمبورغ، والتي عملت بهذا المبدأ لمدة طويلة جدا وهي الآن مع مواجهة الضغوط الدولية للحد من أثر السرية من أجل دواعي مكافحة تبييض الأموال، وهناك من التشريعات التي أخذت بالسرية المصرفية النسبية من خلال رفعها في حالات معينة لذلك فإن دراسة موضوع السرية المصرفية والبحث عن أساسه القانوني وتأصيله يعتبر من المواضيع ذات الأهمية في مجال التشريعات المصرفية، نظرا لكون الموضوع يطرح بعض التعقيدات العملية من حيث المبدأ لذلك فالموضوع يثير إشكالية أساسية تتمثل في مدى صحة الأساس القانوني الذي استندت إليه التشريعات المقارنة والتشريع الجزائري بصفة خاصة الذي يستمد منه الالتزام بالسرية المصرفية مشروعيتها؟.

للإجابة على الإشكالية وجب الوقوف على مضمون النصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع وتحليلها مع التركيز خاصة على موقف التشريع الجزائري وذلك من خلال الاعتماد على المنهج التحليلي في تحليل النصوص القانونية بالإضافة إلى المنهج المقارن وذلك عند الاستناد إلى بعض التشريعات المقارنة التي يجب الاستشهاد بها في الموضوع، وهذا بالتطرق إلى مفهوم السرية المصرفية (أولا)، ثم البحث عن الحلول الوضعية لتحديد الأساس القانوني للالتزام بالسرية المصرفية (ثانيا).

أولا: مفهوم السرية المصرفية

إن عبارة السرية المصرفية أو السر المهني المصرفي هي غامضة وغير محددة، وتعد من القواعد الأساسية والصليقة بعمل البنوك، حيث تلزم هذه الأخيرة بقواعد صارمة تخضع للقواعد التشريعية والتنظيمية ذات الصلة بالموضوع، حيث تلتزم بأسرار العملاء وعملياتهم المصرفية، ما لم يكن هناك نص في القانون يقضي بخلاف ذلك، وهو مبدأ حرصت عليه العادات والتقاليد والأعراف والقوانين منذ بداية الأعمال المصرفية¹، حيث يلتزم المصرفي قانونا بواجب التكتّم الذي يركز أساسا على قاعدة أخلاقية، هي الثقة بالإضافة إلى عدة عوامل أخرى تلعب دورا مهما في الحفاظ عليه²، منذ ذلك الحين عملت غالبية التشريعات

على إلزام البنوك والمؤسسات المالية بواجب الالتزام بالسرية المصرفية، ووضع نظام قانوني خاص بها وإما إدراجها في إطار السر المهني.

1. تعريف السرية المصرفية

يجب توضيح بعض النقاط المتعلقة بالسرية المصرفية من خلال تحديد تعريف هذا المبدأ الذي أثار الجدل على الساحة الدولية والوطنية، مع محاول ضبط مفهوم خاص وواضح للسر المصرفي، لذلك سنحدد التعريف الاصطلاحي للسرية المصرفية.

1-1: التعريف الاصطلاحي للسرية المصرفية

ليس من السهل وضع تعريف محدد للسرية المصرفية على أساس اختلاف وجهات النظر سواء التشريعية أو الفقهية وذلك راجع الى طبيعة النظام والى السياسة المتبعة في الدولة ومنه يمكن انتقاء بعض التعاريف لتوضيح الصورة حول مفهوم السرية المصرفية نذكر منها:

" إنه واقعة أو صنعة ينحصر نطاق العلم بها في عدد محدد من الأشخاص اذا كانت ثمة مصلحة يعترف بها القانون في أن يظل العلم بها محصورا في هذا النطاق .

- عرف السر في القضاء، كما جاء في القضاء الفرنسي "كل ما يجب اعتباره واقعة ما فيجب فيه السرية حتى لا يعتبر أمرا معروفا شائعا للكافة، و إلا يكون من شأن غيره الإطلاع عليه".

- أما مدلول السر المصرفي الاصطلاحي "كل أمر أو معلومات ووقائع تتصل بعلم البنك عن عميله بمناسبة نشاطه أو بسبب هذا النشاط ويستوي في ذلك أن يكون العميل قد افضي بنفسه إلى البنك، أو يكون قد اتصل علم البنك بها من الغير، اذ لا يشترط أن تصل المعلومات أو الأسرار الى البنك عن طريق عميله"³.

يقصد أيضا بالسرية المصرفية "التزام موظفي المصارف بالمحافظة على أسرار عملائهم وعدم الإفشاء بها لغيرهم باعتبار البنك مؤتمنا عليها بحكم مهنتهم، خاصة وأن علاقة المصرف مع عملائه تقوم على الثقة التي يكون عمادها كتمان المصرف لأسرار عملاءه المالية.⁴ ما لم يكن هناك نص في القانون أو الاتفاق يقضي بخلاف ذلك.

يتضح من خلال جل هذه التعاريف أن هناك تعاريف متعددة ولكن جلها تصب في إطار ألا وهي اعتبار السرية المصرفية التزام يقع على عاتق البنوك بالمحافظة على الأسرار المالية للعملاء والتي توصل إليها بحكم الوظيفة.

1-2: ارتباط تعريف السر المصرفي بالسر المهني

نجد بعض التعاريف تدرج السر المصرفي في إطار السر المهني وتعتبر السرية المصرفية من حيث مفهومها الواسع، صورة من صور السرية المهنية. جاء النص على مبدأ السرية المصرفية في التشريع الجزائري ضمن أحكام الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض⁵

- حيث جاء في الباب الرابع بعنوان -السر المهني- المادة 117 منه "يخضع السر المصرفي تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات :- كل عضو في مجلس إدارة، وكل محافظ حسابات وكل شخص يشارك أو شارك بأي طريقة كانت في تسيير بنك أو مؤسسة مالية أو كان أحد مستخدميها.
- ❖ كل شخص يشارك أو شارك في رقابة البنوك والمؤسسات المالية وفقا للشروط المنصوص عليها في هذا الكتاب تلزم بالسر، مع مراعاة الأحكام الصريحة للقوانين جميع السلطات ماعدا:
- ❖ السلطات العمومية المخولة بتعيين القائمين بإدارة البنوك والمؤسسات المالية
- ❖ السلطة القضائية التي تعمل في إطار إجراء جزائي
- ❖ السلطات العمومية الملزمة بتبليغ المعلومات إلى المؤسسات الدولية المؤهلة لاسيما إطار محاربة الرشوة وتبييض الأموال وتمويل الإرهاب
- ❖ اللجنة المصرفية أو بنك الجزائر الذي يعمل لحساب هذه الأخيرة طبقا لأحكام المادة 108 أعلاه: يمكن لبنك الجزائر واللجنة المصرفية تبليغ المعلومات إلى السلطات المكلفة بحراسة البنوك والمؤسسات المالية في بلدان أخرى مع مراعاة المعاملة بالمثل وشريطه أن تكون هذه السلطات في حد ذاتها خاضعة للسر المهني بنفس الضمانات الموجودة في الجزائر.
- ❖ كما يمكن لمصفي البنك أو المؤسسة المالية أن يتلقى المعلومات الضرورية لنشاطه".
- من استقراء هذه المادة المتعلقة بالسر المهني نجد أن المشرع الجزائري لم يعرف لنا السرية المصرفية إنما أدرج السر المصرفي في إطار السر المهني، وبهذا يكون قد انتهج منهج التشريع الفرنسي وبقية التشريعات التي أخذت بالسر المهني ومنه نرجع في تعريف السر المهني المصرفي في الجزائر إلى أحكام الفقه والقضاء أو في حالة مخالفة أحكام السر المهني المصرفي فإنه يطبق الجزاءات المقررة في قانون العقوبات وذلك حسب المادة 301 من الأمر 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المعدل والمتمم "يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 500 إلى 5000 دج جميع المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلي بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يجب عليهم فيها القانون إفشاءها ويصرح لهم بها".
- لقد عدل المشرع الجزائري من نسبة الغرامة المالية في المادة 301 من قانون العقوبات رقم 26-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المعدل والمتمم⁶ "يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج .وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلي بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يجب عليهم فيها القانون إفشاءها ويصرح لهم بها " نجد المشرع الجزائري أخضع إفشاء السر المهني الى القواعد العامة.
2. تمييز السر المصرفي عن السر المهني المصرفي

إن الارتباط والخلط الذي يوجد بين المصطلحات ذات الصلة بالسرية المصرفية يستوجب علينا الوقوف عليها لضبط الفوارق الأساسية، ولعل الارتباط الذي يجمع بين السرية المصرفية والسر المهني يجب الإعتماد على بعض المعايير للفرقة بينهم أو البحث عن مواضع التفرقة من أجل ضبط حقيقي للمفاهيم.

2-1: تعريف السر المهني

عرفت المهنة على أنها كل عمل يقوم به الفرد بغض النظر عن الصناعة التي يقوم بها . ولقد أوجبت الكثير من التشريعات على المهنيين ومن في حكمهم الالتزام بالسر المهني وكتمانه وعدم إفشاءه، حيث تعد السرية المهنية الالتزام المفروض كل من يعمل في مهن معينة بعدم الكشف عن الحقائق التي أوكلت إليهم بسبب ممارستهم لمهنتهم⁷.

يختلف هذا الالتزام من مهنة إلى أخرى فالطبيب يعتبر سرا كل ما يتعلق بشخصية المريض وتشخيص المرض وتحديد علاجه والمحامي يعتبر سرا كل ما يطلع عليه من مستندات أو وقائع أفضي بها إليه موكله⁸ بالتالي واجب حفظ السر هو كل ما يخص جميع الأمور التي تصل الى علمهم بحكم المهنة أو الوظيفة التي يمارسونها ومنه يجب أن تكون هناك علاقة سببية بين ممارسة المهنة والعلم بالوقائع موضوع السر وإذا تخلف عنصر الارتباط بينهما، فلا يقوم واجب الالتزام بالسرية وتقول موسوعة دالوز "أن القانون لم يعطي تعريفا للسر المهني الواجب كتمانته وإنما يلزم وجود واقعة مقصور معرفتها على بعض الناس ولا يصلح اذاعتها على العامة"⁹.

2-2: أوجه الاختلاف بين السرية المصرفية والسر المهني

يمكن تمييز السر المصرفي عن السر المهني المصرفي بشكل عام في السياسية التشريعية التي تنتهجها الدول سواء العربية أو الأجنبية والتي منها من أفردت قانون خاص ومستقل للسرية المصرفية تحت عنوان السر المصرفي والذي يعالج العمل المصرفي وتنظم كل الجوانب التشريعية والجزائية المتعلقة به مثل القانون المصرفي السويسري، والذي يرتب على إفشاء السرية المصرفية جزاءات قاسية حسب المادة 47 السابقة الذكر، بالمقارنة مع الجزاءات الخاصة والمتمثلة في إفشاء السر المهني والمتمثلة في الغرامة فقط في حين هناك دول افتقرت الى قانون خاص للسر المصرفي لذلك كان لزاما عليها الوقوف على النصوص القانونية العقابية التي تجرم إفشاء سر المهنة بشكل عام وجعل السر المصرفي تطبيقا من تطبيقات السر المهني¹⁰.

- كذلك لابد من الإشارة أن الغاية من حماية السر المصرفي من أجل الحفاظ على المركز المالي

للزبون¹¹

-خلق الائتمان والحكمة من حماية السر المهني هو لتكريس أخلاقيات المهنة خاصة بعض المهن.

-من حيث المسؤولية فإن مخالفة أحكام السر المهني المصرفي تخضع للقواعد العامة في قانون

العقوبات أما السرية المصرفية والمنظمة بقوانين خاصة فإن الإخلال بها يخضع لجزاءات أشد من الجزاءات المقررة لجريمة الإخلال بالسر المهني المصرفي، لذلك يمكن القول أن السر المصرفي من حيث المفهوم

الواسع صورة من صور السر المهني كأصل عام. والسرية المصرفية بالمعنى الضيق ما هي إلا نظام قانوني يجب على المصارف التقيد به¹².

ثانياً: الحلول الوضعية لتحديد الأساس القانوني للالتزام بالسرية المصرفية

كان الالتزام بالسر المصرفي واجبا أخلاقيا تدعو له مكارم الأخلاق والتزاما طبيعيا أملت به بعد ذلك الأعراف والتقاليد المصرفية المستقرة بالتعامل، وتطور بعد ذلك ليصبح واجبا دينيا مقدسا وتعلق السر بالآلهة ثم استقر بعد ذلك ليصبح واجبا دينيا مقدسا وتعلق السر بالآلهة ثم استقر بعد ذلك ليصبح التزاما قانونيا¹³، فما هو أساس هذا الالتزام في ظل غياب نصوص قانونية صريحة؟ ومع اختلاف وجهات النظر الفقهية لذلك سنحدد الأساس العقدي للالتزام بالسر المصرفي، والأساس غير التعاقدية.

1. الأساس التعاقدية للالتزام بالسر المصرفي

ذهب بعض الفقهاء إلى أن أساس الالتزام بالسرية المصرفية يكمن في اتفاق بين العميل المودع للسر والأمين المودع لديه ومنه يقرون بوجود عقد بين الأمين على السر والعمل¹⁴ على أساس أن جميع العمليات المصرفية تتم عن طريق إبرام العقود بشتى أنواعها¹⁵.

1-1: مضمون نظرية العقد

يعد العقد أساس الالتزام بالكتمان المفروض على هذا الأخير ولقد عرف المشرع الجزائري العقد في نص المادة 54 من القانون المدني¹⁶ "اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة اشخاص نحو شخص أو عدة اشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما" وعرفه عبد الرزاق السنهوري في كتابه الوسيط في شرح القانون المدني ". فالعقد توافق إرادتين على إنشاء الالتزام أو نقله" ومنه السر المهني ما هو إلا اتفاق بين العميل والبنك وهو المصدر الأساسي الذي يلتزم من خلاله البنك بحفظ الأسرار¹⁷.

بالعودة إلى القانون الإنجليزي نجد أنه لم يرد نص يوجب على البنك التزاما بحفظ سر المهنة بل يقوم الالتزام على أساس تعاقدية فحسب، إذ يفترض أن إرادة العميل قد اتجهت إلى الأخذ بما جرت عليه العادة المصرفية في هذا الصدد ويقتصر الجزاء المترتب عن الإخلال بهذا الالتزام قيام المسؤولية المدنية¹⁸ -فالعقد المبرم بين البنك والعميل قائم على أساس الرضا بين الطرفين حيث تتجه إرادة العميل إلى إبرام العقد بمحض إرادته. وهذا ما يؤكد على الطابع التعاقدية ولكن الواقع يثبت غير ذلك على أساس أن البنوك تتضمن قيود محضرة مسبقا من قبلها ما على العميل إلا التوقيع عليها لذلك هناك من اعتبر عقود العمل المصرفية عقود إذعان وخاصة أن بند الالتزام بالسر المصرفي غير متضمنة ضمنها، في هذه الحالة أكد القضاء الفرنسي أن الأصول القانونية لهذا الالتزام تفرض وجود هذا الالتزام حتى ولو لم يدرج في بنود العقد¹⁹.

بينما بالنسبة للوضع في سويسرا فأساس الالتزام بالسر المصرفي متعدد الأبعاد: فمن جهة يتأسس على الحق في الخصوصية المكفول بالمادة 64 من المديني السويسري، ذلك الحق المقرر لجميع الأفراد

والشخصيات القانونية بشكل مستقل عن أي علاقة تعاقدية ومن جهة أخرى ينص قانون الصيرافة لعام 1934 المادة 47 على الالتزام بالسر المصرفي ويجرم إفشائه وأخيرا يتأسس هذا الالتزام على العلاقة التعاقدية بين البنك والعميل. وهي أساس الالتزام المصرفي وبصفة عامة ينشأ من قانون الإنابة وبصفة خاصة من واجب الاخلاص والأمانة وبالنسبة للاتفاقيات بين العميل والبنك كاتفاقيات خزائن الحفظ فإنها تخضع لمبدأ حسن النية والذي يجد مصدره في القانون العرفي²⁰.

لقد أكدت المحاكم على الطابع التعاقدى وذلك ما قرره محكمة لندن في حكمه الصادر في 17 ديسمبر 1963 "الاتفاق المبرم بين البنك والعميل يتضمن شرطا ضمنا يلتزم بموجبه بكتمان ما يتعلق بحساب العميل وعملياته"²¹ وهذا الاتجاه أيضا أخذ به القانون البلجيكي.

من هذه الزاوية نكون أمام فرضين إما أن يكون الالتزام بالسر المصرفي موضوع عقد مبرم بالخصوص من أجل تنظيمه، وقد يكون موضوع بند مدرج في عقد آخر أولي، كعقد إيجار الخزائن الحديدية أو عقد ودیعة نقود ويعد هذا البند ذا طبيعة خاصة ومستقل عن العقد المبرم بين طرفيه²²، لذلك قد اختلف الفقهاء حول طبيعة هذا العقد فمنهم من ربط السر المهني بعقد الودیعة، ومنهم من سماه بعقد الوكالة ومنهم من سماه بعقد إيجار خدمة ومنهم من أطلق عليه اسم عقد غير مسمى.

1-2: نظريات الأساس التعاقدى للالتزام بالسر المصرفي

اختلفت الآراء الفقهية حول طبيعة العقد أساس الالتزام بالسر المصرفي بين من يعتبره عقد ودیعة وبين من اعتبره عقد وكالة وهناك من اعتبره عقد إيجار خدمة وهناك من أدرجه في إطار العقود الغير مسماة، لذلك سيتم التطرق الى مختلف النظريات كالاتي: نظرية عقد الودیعة، نظرية عقد الوكالة، نظرية عقد إيجار خدمة ونظرية العقد غير المسمى.

أ. نظرية عقد الودیعة: ذهب أنصار هذه النظرية الى أن أساس الالتزام بالسر يكمن في عقد الودیعة وأن هذه الودیعة ضرورية ومصونة ومقدسة وفقا لأحكام المادة 378 من قانون العقوبات الفرنسي والمعبرة عن واقعة الإيداع بقولها²³ personnes dépositaires des secrets qu'on leur confie

أي أشخاص مودع لديهم أسرار بمقتضى الحالة أو المهنة، واعتبروا أن كلمة dépositaire تدل على أنه عقد الودیعة وكذلك المادة 1930 من القانون المدني الفرنسي والتي شبت بين السر المعهود به الى الشخص وبين عقد الودیعة بحيث لا يستطيع المودع لديه أن يستخدم الشيء المودع إلا بإذن صريح من المودع.²⁴

والودیعة بشكل عام هي عقد يلتزم بموجبه شخص باستلامها والمحافظة عليها على أن يردها عينا وهو عقد رضائي. والمشرع الجزائري عرف عقد الودیعة بموجب المادة 590 من القانون المدني "الودیعة عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئا منقولا الى المودع لديه، أن يحافظ عليه لمدة وعلى أن يرده عينا"

لذلك يعتبر عقد الوديعة عقد يتم بين المصرف والزبون سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا ولا يستلزم لإبرامه شكلا معينا ويتم بمجرد توقيع أي عقد لأي عملية مصرفية ويستنتج أن أساس الالتزام بالسر المصرفي ناشئ عن عقد الوديعة وهذا ما جاء في نص المادة 956 من قانون المدني العراقي " ليس للمودع لديه ان يستعمل الوديعة أو يرتب عليها أي حقا للغير بغير إذن المودع"²⁵ بينما ذهب جانب آخر من الفقه الى اعتبار السر المصرفي قائم على أساس الثقة وهذه الثقة تشبه الوديعة التي أساسها الثقة وأن الوديعة ضرورية ومصونة ومقدسة ومسألة حفظ الأسرار لا تخرج من مفهوم الوديعة والتي تخضع في أحكامها لخيانة الأمانة مثلها مثل الوديعة فالمصارف لا تلتزم بكتمان السر الا بسبب واقعة الابداع .

وجهت العديد من الانتقادات لنظرية عقد الوديعة في مجملها، ويمكن التركيز خاصة على ما يلي:

-عقد الوديعة عقد تبرعي بدون مقابل ومحله أشياء منقولة وهذا لا ينطبق على السر إذ أن محل العقد بين المصرف والزبون هو شيء معنوي وليس مادي

-طبيعة السر تختلف عن طبيعة الأشياء ومن ثم يكون من المستحيل تطبيق أحكام الوديعة على السر

-عقد الوديعة في القانون المدني من العقود العينية التي لا تتم إلا بالقبض، وهذا لا ينطبق على السر المصرفي لأن المصرف لا يقبض شيئا عندما يعلم بالسر من عميله²⁶.

ب. **نظرية عقد الوكالة:** ردا على الانتقادات الموجه لنظرية الأولى ذهب بعض من الفقه الى أن أساس التزام البنك بكتمان سر زبونه يستند الى عقد الوكالة وقد عرفها المشرع الجزائري في نص المادة 571 من القانون المدني "عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه" على اعتبار أن الوكيل يتصرف لمصلحة موكله، والبنك باعتباره وكيل يلتزم بالمحافظة على ما أودع لديه من أسرار أو ما علم به بمناسبة مهنته²⁷.

لم تسلم كذلك نظرية عقد الوكالة من النقد إذ وجهت لهذه النظرية العديد من الانتقادات التي يمكن تلخيصها فيما يلي:

-أحكام الوكالة تتنافى مع استقلالية البنك في ممارسة أعماله فالوكيل يخضع لإشراف موكله في إنجاز الوكالة أما البنك فلا يتقيد في عمله بوجهة نظر العميل²⁸.

-عقد الوكالة ينتهي بمجرد إتمام العمل على عكس السر المصرفي يظل قائما حتى بعد انقضاء العلاقة بين العميل والبنك.

ج. **نظرية عقد إيجار خدمة:** ذهب أنصار هذه النظرية الى القول بأنه عندما يقبل المصرف التعامل مع الزبون ما فإنه يبذل ما في وسعه في تنفيذ التزاماته بخدمة هذا الزبون وأن يحتفظ بالأسرار التي عهد اليه هذا الزبون فالعقد الذي يربطهما هو عقد إيجار خدمة .ولقد وجهت عدة انتقادات لهذه النظرية على أساس

عقد إسداء خدمة ينتهي بانتهائها أما السر فيبقى وحتى ولو انتهت الخدمة لذلك من المنطقي عدم إدراج الالتزام بالسر المصرفي في إطار العقود المسماة.

د. نظرية العقد الغير مسمى: نظرا الى قصور النظريات السابقة في تحديد أساس الالتزام بالسر المصرفي، اتجه جانب من الفقه الذي الى اعتبار الالتزام يندرج ضمن العقود الغير مسماة والتي تكون على أساس الرضا بين الطرفين، ولكن وجهة عدة انتقادات على أساس أن هناك عدة معاملات بنكية لا تتطلب رضا البنك، كالحالات التي ترد اليه من الخارج، كذلك فإن ربط السر المهني بعقد غير مسمى يلزم القاضي بمحاولة التعرف على الحقوق والالتزامات الخاصة بكل من المتعاقدين مما يخلق لدينا العديد من العقود بقدر ما يوجد من أشخاص ملتزمين بالسر²⁹.

1-3: الانتقادات الموجهة لنظرية الأساس التعاقدى للالتزام بالسر المصرفي

إن التوجه نحو إضفاء الطابع العقدي للسرية المصرفية أثار العديد من الانتقادات الموجهة للنظرية العقدية، يكمن مضمونها فيما يلي:

-الالتزام بالسرية المصرفية لا ينحصر فقد الحفاظ على سرية المعلومات التي تخص الزبون وإنما يتواجد في الفرضيات أين لا يوجد أي عقد مصرفي، يربط المصرف مع ضحية هذه الإفشاء وحتى بين المفاوضات الجارية بين المصرف وزبون المستقبل.

-الالتزام بالسرية المصرفية مستمر حتى بعد انقضاء العلاقة التعاقدية، انتقد ديمارل هذه النظرية لأنها تقوم على افتراض عقد ضمني بين العميل والأمين على السر مما لا يتفق مع الواقع، إلا إذا كانت العلاقة القائمة بينهما تجمع كل عناصر العقد وأركانه وانتقد من جهة أخرى بيتر نظرية العقد كأساس للسر المهني "أن تصور وجود عقد ضمني بين العميل والأمين وإن أمكن تطبيقه على بعض المهن فإنه يصعب تعميمه وتطبيقه على مهن أخرى مما أدى الى اختلاف الفقهاء في تحديد نوع العقد المزعوم³⁰.

-طبقا لنظرية العقد لا يكون الإفشاء مباحا إلا بموافقة من أودع السر ولكن الأمر خلاف ذلك عندما يلحق الإفشاء أثارا سيئة بالآخرين غير مودع السر.³¹

-الالتزام بالسرية المصرفية التزام من نوع خاص يقوم حتى بعد انتهاء العلاقة التعاقدية".

2. الأساس الغير التعاقدى للالتزام بالسر المصرفي

ردا على الانتقادات الموجهة الى النظرية التعاقدية اتجه جانب آخر من الفقه الى رد أساس الالتزام بالسرية المصرفية الى أحكام المسؤولية التقصيرية وهناك من يجد في النظام العام أو المصلحة العامة أساس للالتزام بالسر المصرفي، لذلك سنحاول تحديد كيف يعتبر الفعل الضار أساس للالتزام بالسر المصرفي بالإضافة الى دراسة نظرية النظام العام كأساس للالتزام بالسر المصرفي.

1-1: ارتباط الالتزام بالسر المصرفي بقواعد المسؤولية التقصيرية

نص المشرع الجزائري على المسؤولية التقصيرية أو - الفعل الضار ضمن أحكام المادة 124 من القانون المدني "كل عمل أي كان يرتكبه المرء ويسبب ضرا للغير يلتزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض" وتقوم المسؤولية على أساس ثلاثة عناصر وهي الخطأ التقصيري والضرر والعلاقة السببية ومنه سنحاول تحديد الحالات التي تعتبر فيها المسؤولية التقصيرية أساس الالتزام بالسر المصرفي، وتحديد عناصر المسؤولية التقصيرية.

1-1-1: حالات تقتضي تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية كأساس للالتزام بالسر المصرفي

بالعودة الى الأحكام المنظمة للمسؤولية التقصيرية خاصة في التشريع الجزائري، نجد أنه تطبق أحكام المسؤولية التقصيرية في عدة حالات نذكر منها:

أ. حالة غياب العقد: في هذه الأخيرة تثار نقطتين أساسيتين هما، في حالة غياب العقد وفي حالة الضحية طرف في التفاوض، بالنسبة لحالة غياب العقد وتكون في حالة الضحية من الغير والتي تنطبق على الزبون الذي لا يربطه عقد مع البنك في هذه الحالة تطبق أحكام المسؤولية التقصيرية لتعويض المعني عن الضرر الناتج عن الإخلال بالالتزام بالسر المصرفي، كحالة الشخص الذي يحصل على قيمة الشيك دون أن يكون هناك عقد بين الطرفين وحماية لهذا الشخص تؤكد جل التشريعات على ضمان حق التعويض عن كل ضرر يمس بالشخص وهذا ما تم تكريسه حسب المادة 124 من القانون المدني الجزائري. كما أنه على المصرف واجب عدم الإضرار بالغير استنادا الى القواعد العامة.

أما فيما يخص الحالة الثانية المرتبطة بحالة الضحية طرفا في التفاوض، باعتبار مرحلة المفاوضات هي كل مرحلة تسبق إبرام العقد في هذه الحالة يقدم المصرف على تلقي جميع المعلومات سواء تعلق بالبيانات أو المعلومات المتعلقة بالعميل أو العملية محل العقد في هذه الحالة يطرح السؤال: حول ما مصير الإخلال بالسر المصرفي المتعلق بهذا الموضوع في فشل المفاوضات³²

هنا اتجه جل الفقه الى قيام أحكام المسؤولية التقصيرية لتعويض المعني عن ضرر لحق به، وهذا ما تبعه بعض دول الاتحاد الاوروبي التي أولت عناية فائقة حول إقرار الحماية القانونية وتعويضه عن ما فاتته من كسب وما لحقه من خسارة نتيجة إفشاء الامين لسره ويضرب لذلك مثل، بفرع احد البنوك الذي يوجد في أحد الضواحي او البلاد الريفية.

حيث يقف أمام الشباك شخصان، فيسأل الأول موظف البنك عن رصيده في الحساب فيقوم هذا الأخير بالحديث بصوت مرتفع الى زميله يطلب منه أن يخبره برصيد حساب العميل، وبعد برهة يرد عليه فيخبره بما طلب، ولما كان الرصيد مدينا فإن هذا الشخص يرفض المضي في طريق التعاقد مع هذا العميل. لذلك يعتبر الفقه هذا السلوك من موظف البنك بمثابة إفشاء للأسرار يعرض البنك للمسؤولية القانونية تجاه العميل عن الأضرار التي لحقته من جراء ذلك³³. حتى ولو لم يكن هناك عقد بينهما.

ب. تقدير نظرية المسؤولية التقصيرية للالتزام بالسر المصرفي: اعتبار المسؤولية التقصيرية أساس الالتزام بالسر المصرفي يؤكد على ضمان الحماية الخاصة للعميل، ويعتبر الالتزام بالسر المصرفي نسبي ويخرج من دائرة الحماية حماية المصلحة العامة والتي تعد من أهم الاعتبارات التي وضع من أجلها مبدأ الالتزام بالسر المصرفي.

1-1-2: نظرية النظام العام أساس للالتزام بالسر المصرفي

كان من نتيجة عدم كفاية نظرية العقد كأساس للالتزام بالسر ولتفادي أوجه النقد المختلفة ظهرت نظرية السر المهني المؤسس على النظام العام - *Le secret professionnel institution d'ordre public*. وهذه الفكرة لم تكن معروفة في القانون الفرنسي القديم، إلا أن القضاء الحديث قد أطرده على تطبيقها خصوصاً بالنسبة للسر المهني الطبي، وبلغ بها إلى القول بالسر المطلق أي في كل مرة اعتبر السر مطلقاً.

أ. فكرة النظام العام والسر المصرفي: ينصرف معنى النظام العام الذي تتمثل المصلحة العامة في حفظه وصيانتها حيث يعرف في القانون الخاص "مجموعة القواعد التي تتعلق بكيان الدولة ومصالحه وبحقوق الأفراد ومصالحهم الأساسية والمشاركة، ويتمثل معيار النظام العام في القانون الخاص في المصالح العامة العليا للمجتمع".

لذلك اعتبر الفقه المصلحة العامة من أهم الاعتبارات التي يقوم عليها التزام المصارف بالسرية المصرفية وتتجلى المصلحة العامة في الالتزام بالسرية المصرفية فيما توفره من مؤثرات إيجابية على الاقتصاد الوطني من خلال دعم الثقة في النظام المصرفي في الدولة والذي يترتب عليه اجتذاب رؤوس الأموال الأجنبية إليها واستقرار رؤوس الأموال المحلية وفي هذا تحقيق لمصلحة المجتمع لذلك نجد الاقتصاد السويسري من أكثر الدول التي تعتمد على قطاع المصارف والخدمات³⁴.

ونظراً لأهمية السرية المصرفية في خدمة المصلحة العامة اتجهت جل التشريعات والفقه إلى اعتبار النظام العام هو أساس الالتزام بالسر المصرفي وبالتالي تحريم الإخلال به بشكل مطلق دون أي استثناءات بغض النظر إذا كان هناك عقد بن البنك والعميل، أي أن واجب المصرف بكتمان السر أساسه المصلحة العامة. وتحقق هذه النظرية عدة مزايا.

ب. تقدير نظرية النظام العام أساس للالتزام بالسر المصرفي: من بين النتائج التي يمكن استنتاجها من مضمون نظرية النظام العام كأساس للالتزام بالسر المصرفي، إن للسر المصرفي صفة مطلقة عامة، كما أنه لا يجوز إعفاء الأمين من الالتزام بالسر وإن كان هذا التصريح صادراً عن صاحب السر نفسه، بالإضافة إلى ذلك لا يجوز للأمين الإدلاء بالشهادة أمام المحاكم أو تبليغ السلطات عن الجرائم، فالقانون لم يقرر قاعدة السر المهني إلا لمصلحة اجتماعية عليا³⁵. رغم هذه العناصر المهمة المرتبطة بالسر المهني فإن هذه النظرية لم تسلم من النقد، إذ وجهت لها العديد من الانتقادات أهمها:

- لم يحدد أصحاب النظرية مفهوم النظام العام فيما يتعلق بالسر المصرفي.

- الاخذ بالنظرية يفتح المجال لإفلات الأمين من المسؤولية والعقاب مثلاً في حالة إخفاء أموال مشبوهة وعدم الكشف عنها تحت غطاء السرية المصرفية.

-أخذت النظرية بالسر المطلق وهذا أمر يتنافى مع العديد من المتطلبات كإدلاء الشهادة أو مكافحة تبييض الاموال وتهريبها وكذا منع الجهات المختصة من إجراء التحقيقات اللازمة وهذا لمحاربة الفساد.

-ومنه والمصرفي وردا على كل الانتقادات التي تخللت بمختلف النظريات والمؤيدة بموقف "charmantier"الالتزام بالمحافظة على السرية المهنية يتركز على عقد من العقود غير المسماة، ينظم العلاقة بين مودع السر والمؤتمن عليه ولكن المجتمع تدخل بوضع جزاءات جنائية في حالة الإخلال بالالتزام فقرر عقوبة جزائية.

لذلك فإن " أساس الالتزام هو عقد غير مسمي من النظام العام النسبي يعاقب على مخالفته بنص جنائي³⁶ ومنه أسلم بهذه النظرية على أساس أنها لم تقيد بعقد محدد وهذا ما يتناسب مع مختلف العمليات المصرفية التي تكون في شكل عدة عقود، هذا من جهة واعتبار الالتزام بالسر المصرفي من النظام العام وبالتالي لا يجوز الاتفاق علي مخالفته مما يضمن الحماية القانونية الفعلية للسر المصرفي ومنه ستتحقق الغاية من تكريس مبدأ السر المصرفي، والمتمثلة في دعم الثقة والائتمان وتحقيق المصلحة العامة واعتباره من النظام العام النسبي تأكيد آخر على صلاحية هذا الموقف وذلك لتجنب سلبات الالتزام بالسرية المصرفية ويتم رفعها لمكافحة جرائم الفساد وعدم الاحتجاج بها في كل ما يتعلق بإجراءات الرقابة والتحقيق.

الخاتمة

إن السرية المصرفية تلعب دور كبير في المجال المصرفي نظرا لأهميتها في حماية المصالح العامة والخاصة، أقرت لها التشريعات حماية قانونية خاصة من خلال مختلف قوانينها العامة أو الخاصة ومن خلال هذه الدراسة المتمثلة في الأساس القانوني للسرية المصرفية توصلنا الى مجموعة من النتائج:

- السرية المصرفية مبدأ خاص يتمثل في التزام البنك أو المؤسسة المالية وكل العاملين على مستواها بحفظ أسرار كل ما يتعلق بالمعلومات أي بيانات يتم التوصل اليها بمناسبة النشاط أو الوظيفة.

- لم يتم تحديد تعريف للسرية المصرفية سواء في القوانين الدولية أو في القانون الداخلي وترك التعريف الى الفقه والقضاء، لذلك التمسنا اختلاف في وجهات النظر بسبب تأثير النظام الداخلي للدولة والظروف الاقتصادية.

- بالنسبة للأساس القانوني التمسنا اختلافات متعددة بين من اعتبر الالتزام بالسرية المصرفية التزام تعاقدية يستمد مصدره من العقد وبين من اعتبر المسؤولية التقصيرية أساس لهذا الالتزام وكل منهما تعرض للانتقاد واعتبر النظام العام هو أساس الالتزام بالسرية المصرفية واعتبره التزام مطلق.

- اما الرأي التوفيقى فقد اعتبر الالتزام بالسرية المصرفية التزام عقد غير مسمي من النظام العام، يعاقب على مخالفته بنص جنائي.

التوصيات المقترحة:

- وضع قانون خاص موحد للسرية المصرفية لتفادي كل الإشكاليات المطروحة حول السرية المصرفية .
- تشجيع التعاون الدولي حول توحيد مبادئ السرية المصرفية على اعتبار هذا المبدأ أصبح يطرح عدة مشاكل دولية باعتباره غطاء للجرائم عابرة للحدود الدولة والماسة بالمصالح الدولية كجرائم تبييض الأموال وتمويل الارهاب والتهرب الضريبي.
- تعديل القانون الجزائري بما يتماشى مع متطلبات العصر، خاصة القوانين التي تنظم السرية وذلك لعدم استغلال الشغور القانوني والتسهيل على القضاء الفصل في المنازعات الخاصة بالسرية المصرفية .

الهُوَامِش:

- ¹ نعيم مغبغب، السرية المصرفية، مكتبة الحلبي الحقوقية، بيروت، 1996، ص 16.
- ² المرجع نفسه، ص. 16.
- ³ موفق نور الدين، مبدأ السرية المصرفية ودوره في مكافحة جرائم تبيض الأموال، دار النفائس للنشر والتوزيع، الاردن، 2018 ،ص. 17.
- ⁴ عمري عبد الكريم، مبدأ السرية المصرفية وجريمة تبيض الأموال، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، القانون الخاص كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلاني الياس، سيدي بلعباس، 2016 / 2017، ص. 15.
- ⁵ امر رقم 03-11 المؤرخ في 27 جمادى الثانية الموافق 26 غشت سنة 2003، يتعلق بالنقد والقرض، ج ر ج ع 52، 2003. والمعدل والمتتم بالأمر رقم 10-04 مؤرخ في 16 رمضان 1434، الموافق 26 غشت 2010، ج ر ج ع 50، 2010.
- ⁶ قانون العقوبات رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر، ج ر ج ع 84 المعدل بسلسلة من التعديلات آخرها القانون رقم 20 - 06 المؤرخ في 5 رمضان 1441 الموافق ل 28-04-2020 المعدل والمتتم للأمر 66-156 والمتضمن قانون العقوبات ج ر ج ع 25. والمعدل بالأمر رقم 21 - 08، المؤرخ في 27 شوال 1442، الموافق 8 يونيو 2021، ج ر ج ع 45، 9 يونيو 2021.
- ⁷ Richard Zondervan, le secret bancaire suisse et sa légende, Bruxelles, éditions du centre d'études bancaires et financières, 1973, p . 13 .
- ⁸ محمد عاشور الرياحي، اثر تبيض الأموال علي أحكام السرية المصرفية، المرجع السابق، ص. 39، 40.
- ⁹ المرجع نفسه، ص. 40.
- ¹⁰ خليل يوسف جندي، خليل يوسف جندي الميراني، المسؤولية الجزائية الناشئة عن الاعتداء علي سرية الحسابات المصرفية، ط1، شركة المؤسسة الجديدة للكتاب، لبنان، 2013، ص. 44.
- ¹¹ Berrabah houda , La problématique du secret bancaire –la règle et les dérogations – mémoire pour obtenir le gade magister endroit bancaire et financier international , faculté de droit, université d'Oran, 2013/2012, p. 11 .
- ¹² عمري عبد الكريم، المرجع السابق، ص. 16.
- ¹³ خليل يوسف جندي الميراني، المرجع السابق، ص. 57.
- ¹⁴ سعيد عبد الطيف حسن، جريمة إفشاء السر المصرفي -دراسة مقارنة (د ن ط)، دار النهضة العربية القاهرة، 2004، ص. 115.

- ¹⁵ ارتباس ندير، السرية المصرفية ما بين المبدأ والمسؤولية المترتبة عن إفشائها مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2007، ص. 27.
- ¹⁶ قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، يتضمن القانون المدني، ج ر ج ع 44، 2005.
- ¹⁷ دريس باخويا، السرية المصرفية وسبل مكافحة جريمة غسل الأموال في الجزائر، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد 16، أدرار الجزائر، جوان 2017، ص. 79.
- ¹⁸ محمد عبد الحي ابراهيم، المرجع السابق، ص. 76.
- ¹⁹ مريم الحاسي، المرجع السابق، ص. 56.
- ²⁰ سعيد عبد الطيف حسن، المرجع السابق، ص. 122.
- ²¹ سعيد عبد الطيف حسن، المرجع السابق، ص. 77.
- ²² بوزيدي اليأس، السرية في المؤسسات المصرفية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2017-2018، ص. 44.
- ²³ سعيد عبد الطيف حسن، المرجع السابق، ص. 116.
- ²⁴ بوزيدي اليأس، المرجع السابق، ص. 49.
- ²⁵ خليل يوسف جندي الميراني، المرجع السابق، ص. 60.
- ²⁶ بوزيدي اليأس، المرجع السابق، ص. 1254.
- ²⁷ الحاسي مريم، التزام البنك بالمحافظة على السر المهني، مذكرة لنيل درجة الماجستير، تخصص مسؤولية المهنيين كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابكر بلقايد تلمسان، ص. 57.
- ²⁸ المرجع نفسه، ص. 59.
- ²⁹ خليل يوسف جندي الميراني، المرجع السابق، ص. 65.
- ³⁰ سعيد عبد اللطيف حسن، المرجع السابق، ص. 140.
- ³¹ المرجع نفسه، ص. 141.
- ³² بوساعة ليلي، السرية في البنوك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر، يوسف بن خدة، 2011، ص. 109.
- ³³ محمد عبد الحي ابراهيم، إفشاء السر المصرفي بين الحظر ولإباحة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص. 35.
- ³⁴ دانا حمه باقي عبد القادر، السرية المصرفية في إطار تشريعات غسيل الأموال -دراسة تحليلية-، دار الكتب القانونية (د ن ط)، مصر، الإمارات، (د ن ت)، ص. 29.
- ³⁵ أسامة علي ابراهيم الجبوري، المرجع السابق، ص. 42، 43.
- ³⁶ المرجع نفسه، ص. 46.