

جامعة مولود معمري - تيزي وزو
كلية الحقوق

إفشاء السر المهني بين التجريم والإجازة

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون
فرع : "قانون المسؤولية المهنية"

تحت إشراف:
الدكتور بوبشير محند أمقران

من إعداد الطالبة:
ماديو نصيرة

لجنة المناقشة:

الدكتور/ جبالي واعمر، أستاذ محاضر (أ)، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو..... رئيسا.
الدكتور/ بوبشير محند أمقران، أستاذ محاضر (أ) كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو.... مقرر.
الدكتورة/ معاشو نبالي فطة، أستاذة محاضرة (أ) كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو... ممتحنة.

تاريخ المناقشة: 2010/11/14

إهداء

إلى الوالدين الكريمين أبي العزيز وأمي الحنون أطال الله في عمرهما
إلى أخواتي طليحة، ليلي، نسيمة، نبيلة
إلى أخي مولود
إلى كل من ساعدني على إنجاز هذا العمل
إلى كل الصديقات والأصدقاء
إلى الزميلات والزملاء

أهدي هذا العمل

كلمة شكر

اشكر الله عز وجل على أن وفقني وقدرني على انجاز هذا العمل وإتمامه.
اشكر أستاذي المشرف الدكتور بوبشير محند أمقران على التوجيهات التي قدمها لي طيلة فترة انجازي لهذا العمل.
أشكر كل أساتذة كلية الحقوق بجامعة مولود معمري
اشكر كل العاملين في مكتبة كلية الحقوق بجامعة مولود معمري بخدماتهم وبوخلاصة
على المساعدة التي قدموها لي.

قائمة المختصرات

1- باللغة العربية:

1- ص: صفحة.

2- ص ص: من صفحة إلى صفحة.

3- د.ب.ن: دون بلد النشر.

3- د.س.ن: دون سنة النشر.

4- ج ر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

2- باللغة الفرنسية:

1- **op.cit** : Opus citatum.

2- **p** : page.

3- **pp** : de page... à page...

4- **ibid** : Même ouvrage précédent.

5- **L.G.D.J** : Librairie générale de droit et jurisprudence.

6- **N°** : Numéro.

مقدمة:

يتصل السر اتصالاً وثيقاً بالحياة الخاصة، إذ يمثل جانباً من جوانب الحرية الشخصية. ولكل فرد الحق في أن يحتفظ بأسرارته في مكونات ضميره، وله إن شاء أن يدلي بها أو يبيعها إلى شخص آخر يثق به، ويتعين على المعهود إليه السر أن يكتمه⁽¹⁾.

وكتمان السر واجب فرضته ابتداءً قواعد الدين وافترضته قواعد الأخلاق ومبادئ الشرف والأمانة، وقد اعتاد الناس منذ القدم، العمل بمقتضى هذه القواعد في مباشرتهم لحرفهم ومهنتهم، ومعظم هذه القواعد ذات طبيعة أخلاقية. وعلى هذا الأساس ارتبط كل نشاط مهني بما يسمى بأخلاقيات المهنة، وهذه القواعد هي التي تفرض على صاحب المهنة واجب الحفاظ على السر. ويعتبر هذا الواجب من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق المهني، وهو ملزم بكتمانها⁽²⁾.

بدأ تحريم إفشاء السر المهني على رجال الدين بالنسبة لسر الاعتراف، ولم يعرف القضاء الديني عقاباً على إفشاء السر المهني، إلا بالنسبة لفئة معينة من الناس وهم أعضاء الكنيسة. وقد نصت القواعد الدينية على مبدأ سر الاعتراف، فحظرت إفشاء الاعترافات المدلى بها أمام محكمة التوبة، وكان العقاب على إفشاء السر قاسياً، فإذا أفشى الكاهن سرا عزل في مكان بالدير بقية حياته مع عزله من الوظيفة، وهذا يدل على خطورة هذا الفعل⁽³⁾. وقد عرف هذا الالتزام في مختلف البلدان منها الهند، وقد نصت على ذلك في الكتابين القديمين الرجفيدا والاجرفيدا وعلم الحياة، وقد عرفته مصر منذ الأسر الفرعونية الأولى⁽⁴⁾.

(1) أحمد محمد بدوي، جريمة إفشاء الأسرار والحماية الجنائية للكتمان المصرفي، سعد سمك، القاهرة، 1999، ص 9.

(2) عبد الباقي محمود السوادي، مسؤولية المحامي المدنية عن أخطائه المهنية، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1996، ص 206 و 207.

(3) أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية للأسرار المهنية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، 1988، ص 12 و 13.

(4) محمد رايس، "مسؤولية الأطباء المدنية عن إفشاء السر المهني"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص الأول، 2008، ص 7.

وأول من عرف مبدأ الالتزام بالسفر في عهد الإغريق هو الطبيب "أبقراط"، الذي لقب بأب الطب، والمشهور بالقسم الذي ألقاه عند التحاقه بهذه المهنة، التي تستدعي التكتّم على أسرار المرضى. وقد أقسم بعدم إفشاء كل ما يراه أو ما يسمعه أو يفهمه، أو يصل إليه سواء أثناء تأديته عمله، أو خارجه⁽⁵⁾. وما زال يؤدي هذا القسم إلى يومنا هذا من قبل الأطباء عند التحاقهم بالمهنة.

أما في القانون الروماني، فأول من أقر هذا المبدأ هو "شيشرون"، وتقررت عقوبات قاسية في حالة إفشاء السر، منها السجن والقتل، أو الرمي إلى الوحوش. ويلاحظ أن القانون الروماني لم يتوسع في نظرية السر المهني، ويرجع ذلك إلى اعتقادهم بوجود مبادئ أخلاقية أكثر قوة من قواعد القانون وهو الشرف⁽⁶⁾.

وقد اهتمت الشريعة الإسلامية، بالحق في السرية، حرصاً منها على تدعيم الاستقرار وتحقيق التوازن بين مصالح الناس، حيث تنهى عن إفشاء الأسرار، لأن ذلك يعد من كبائر الآثام، ولا يعتبر من الإسلام في شيء⁽⁷⁾.

وقد أوصى فقهاء الشافعية الأطباء بأن يغضوا من أبصارهم عن المحارم عند دخولهم على المرضى، ولا يفشوا الأسرار ولا يهتكوا الأستار ولا يتعرضوا لما ينكر عليهم⁽⁸⁾.

(5) « Je jure par apollon, par esculape, Hygie et panacée, par tous les dieux et toutes déesses, et les prends à témoins que, dans la mesure de mes forces et de mes connaissances, je respecterai le serment et l'engagement écrit suivant :

Je passerai ma vie et exercerai mon art dans la pureté et le respect des lois. Je ne taillerai pas les calculeux, mais laisserai cette opération aux praticiens qui s'en occupent. Dans toute maison où je serai appelé, je n'entrerai que pour le bien des malades. Je m'interdirai d'être volontairement une cause de tort ou de corruption, ainsi que toute entreprise voluptueuse à l'égard des femmes ou des hommes, libres ou esclaves. Tout ce que je verrai ou entendrai autour de moi, dans l'exercice de mon art ou hors de mon ministère, et qui ne devra pas être divulgué, je le tairai et le considérerai comme un secret. Si je respecte mon serment sans jamais l'enfreindre, puissé-je jouir de la vie et de ma profession, et être honoré à jamais parmi les hommes. Mais si je voie et deviens parjure, qu'un sort contraire m'arrive ». voir Marie Dominique FLOZAT- AUBA et Sami- paul TAWIL, Droit des malades et responsabilité des médecins mode d'emploi, Marabout, Paris, 2005, p 11.

(6) د/احمد كامل سلامة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 12.

(7) يقول سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ، وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَابَ بَعْضُكُم بَعْضًا يُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَن يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ رَّحِيمٌ﴾.

(8) رابيس محمد، المسؤولية...، مرجع سابق، ص 8.

كما اهتم صحابة الرسول صلى الله عليه وسلم بأمر كتمان الأسرار ويقول علي كرم الله وجهه: ﴿سرك أسيرك، فإذا تكلمت به صرت أسيره واعلم أن أمناء الأسرار أقل وجوداً من أمناء الأموال، فحفظ الأموال أيسر من كتمان الأسرار﴾⁽⁹⁾.

من شأن إفشاء السر أن يوغر الصدور، ويورث الحقد والتباغض، بل وقد يؤدي إلى الحقد والشجار بين المسلمين، ولهذا نهانا الرسول عليه الصلاة والسلام عن إفشاء السر وذلك في قوله: ﴿ثلاث من كن فيه فهو منافق، وإن صام وصلى زعم أنه مسلم، إذا وعد أخلف، وإذا أوتمن خان﴾⁽¹⁰⁾.

وبعد التطور العلمي وتقدم الحياة ورقبها، لم تعد الواجبات الأخلاقية والدينية تلزم كل الناس، وهذا ما دفع معظم التشريعات إلى تقنين هذا الالتزام واعتباره جريمة يعاقب عليها القانون. ومن بين التشريعات التي قننت السر المهني القانون الفرنسي، وذلك في سنة 1648 في عهد لويس السادس، فقد أقر القانون للمحامين حق رفض أداء الشهادة أمام القضاء بسبب الأسرار التي عهد إليهم، إلا إذا كانت المسألة متعلقة بالملك أو الدولة، كما نصت المادة 117 من لائحة سنة 1699 الخاصة بجماعة الجراحين على أن يقسموا بحفظ ما يعهد إليهم من أسرار، ولا يفشوها إلا في حالة الضرورة⁽¹¹⁾.

وفي عام 1810 صدر قانون العقوبات الفرنسي الذي نص في مادته 378 على السر المهني، وحدد جزاء إفشائه.

أما القانون الجزائري فقد استوحى نصوصه من القانون الفرنسي، حيث وضع نصوص قانونية تعاقب كل من يفشي السر المهني، وهذا ما جاء في المادة 301 من قانون العقوبات⁽¹²⁾.

(9) يقول عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه: ﴿القلوب أوعية والشفاه أفعالها فليحفظ كل إنسان مفتاح سره﴾.

(10) يقول أحد الفقهاء: «ظهار الرجل سر غيره أقبح من إظهار سر نفسه لأنه ينوء بإحدى وصمتين؛ الخيانة إن كان مؤتمناً والنميمة إن كان مستودعاً وكلاهما مذموم». أنظر أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية....، مرجع سابق، ص 30.

(11) المرجع السابق، ص 16.

(12) أمر رقم 66-156 مؤرخ في يونيو سنة 1966 يتضمن قانون العقوبات (ج ر عدد 49) الصادرة في 11 يونيو 1966 معدل ومتمم.

لم ينص المشرع الجزائري على السر المهني في قانون العقوبات فقط، بل نص عليه في العديد من القوانين الخاصة بالمهن، منها قانون الصحة وترقيتها الصادر في سنة 1985⁽¹³⁾، حيث يلزم فيه كل العاملين في هذا القطاع بالالتزام بالسر المهني. وينص قانون النقد والقرض الصادر في سنة 1990⁽¹⁴⁾ على التزام المصرفي بضرورة كتم سر عملائه وكل المتعاملين مع البنك، سواء كانوا أشخاصا طبيعيا أو معنوية. وينص قانون تنظيم مهنة المحاماة الصادر في سنة 1991⁽¹⁵⁾ على السر المهني من أجل تعزيز الثقة بين المحامي وعميله.

ويعتبر إفشاء السر المهني، من جرائم الأشخاص التي تصيبهم في شرفهم واعتبارهم، والهدف من تجريمه هو المحافظة على مصالح الأفراد والمصالح العامة. ونظرا لما لوحظ في الفترة الراهنة من الزيادة المطردة في المشاكل القانونية الناشئة عن الإخلال بالالتزام بحفظ السر المهني، من الطبيعي البحث في هذا الموضوع والتساؤل عما إذا كان السر المهني يشكل جريمة في كل الأحوال (الفصل الأول) أم هناك حالات يكون الإفشاء فيها مشروعا (الفصل الثاني)؟

(13) قانون رقم 85-05 مؤرخ في 16 فبراير سنة 1985 يتعلق بحماية الصحة وترقيتها (ج ر عدد 35) الصادرة في 17 فبراير 1985 معدل ومتمم.

(14) قانون رقم 90-10 مؤرخ في 14 أبريل سنة 1990 يتعلق بالنقد والقرض (ج ر عدد 16) الصادرة في 18 أبريل سنة 1990 (ملغى).

(15) قانون رقم 91-04 المؤرخ في 8 يناير 1991 يتضمن تنظيم مهنة المحاماة (ج ر عدد 2) الصادرة في يناير 1991.

الفصل الأول

إفشاء السر المهني جريمة

يعتبر السر المهني ركيزة أساسية في كل مجتمع حر لأنه يتعلق بكرامة الإنسان وتعتبر المحافظة عليه من لزوم الحرية الفردية، فهو من مكونات الكيان الأدبي للإنسان. وقد اعتبر المشرع إفشاءه من جرائم الأشخاص لأنها تصيبهم في شرفهم واعتبارهم، ويعتبر من أهم الالتزامات التي تقع على المهني، والتي يتعين عليه احترامها، ولمعرفة مضمون هذا الالتزام يجب تحديد مفهوم السر المهني (المبحث الأول)، ويشكل الإخلال بهذا الالتزام جريمة يعاقب عليها القانون فلا بد من تحديد أركان هذه الجريمة (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مفهوم السر المهني

يعتبر السر المهني من الحقوق الشخصية للإنسان والتي تتعلق بكرامته وشرفه واعتباره، وقد كرس لها القانون حماية من أجل المحافظة عليها، ويعتبر من أهم الالتزامات التي تقع على المهني الذي يتعين عليه حفظ أسرار عملائه الذين وضعوا ثقتهم فيه، لأن أساس التعامل بين المهني وعميله هي ثقة العميل التامة في المهني لأنه وبحكم مهنته يطلع على الحقائق التي تخص العميل وحياته الخاصة.

ويعد السر المهني من المواضيع البالغة التعقيد لأنه يثير العديد من الصعوبات وتكمن هذه الأخيرة في وضع تعريف للسر المهني (المطلب الأول) وتحديد الأساس الذي يقوم عليه هذا الالتزام (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تعريف السر المهني

تعددت الآراء حول تحديد مفهوم السر المهني، واختلفت المعايير التي نودي بها كأساس لتحديد الصفة السرية للوقائع أو المعلومات التي يراد إضفاء الحماية عليها. ففي حين ذهب البعض إلى الأخذ بمعيار الضرر كأساس لتحديد السرية (الفرع الأول)، ذهب البعض الآخر إلى التفرقة بين الوقائع السرية والوقائع المعروفة من أجل تحديد سرية الأمر المراد حمايته (الفرع الثاني)، أما الرأي الثالث فيعتمد على إرادة المودع في بقاء الأمر سرا⁽¹⁶⁾ (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تعريف السر المهني على أساس الضرر

يرى أنصار نظرية الضرر أن المعلومات أو الوقائع لا تعتبر سرا إلا إذا كان إفشاؤها يمس كرامة وسمعة صاحبها، ويشترط أنصار هذه النظرية أن يكون إفشاء السر ضارا بمصلحة صاحبه، بحيث يمس طمأنينته وشرفه وشعوره. أما إذا كانت الواقعة لا تشكل ضررا إذا تم إفشاؤها، فلا تعتبر سرية ولا تقوم مسؤولية المؤتمن عليه⁽¹⁷⁾. ومن هذا المنطلق عرف أنصار هذه النظرية السر على أنه كل ما يضر إفشاؤه بسمعة مودعه أو كرامته، أو هو كل ما يعرفه الأمين أثناء أو بمناسبة ممارسته مهنته، وكان في إفشائه ضرر لشخص أو لعائلته، إما لطبيعته أو بحكم الظروف التي تحيط به⁽¹⁸⁾.

(16) د/أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 39.

(17) عنان داود، التزام الطبيب بالحفاظ على السر الطبي، رسالة لنيل شهادة الماجستير (فرع القانون الخاص - تخصص عقود ومسؤولية)، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2000-2001، ص 28 و 29.

(18) د/محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم الخاص)، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، الجزائر، 2005، ص 111.

أنظر أيضا محمود صالح العدلي، النظرية العامة في حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي (دراسة مقارنة في القانون والفقه الإسلامي)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 495.

وقد عرفه "منير رياض حنا" على أنه؛ كل ما يضر إفشاؤه بالسمعة أو الكرامة، فالنبا يصح أن يكون سرا ولو كان مشينا بمن يريد كتمانها، وإنما يلزم أن يكون من شأن البوح به أن إلحاق ضرر بشخص ما بالنظر إلى طبيعة النبا، أو ظروف الحال. ويستوي أن يكون الضرر أدبيا أم ماديا⁽¹⁹⁾.

وهناك من عرف ال1سر المهني أنه عدم البوح بالشيء الذي لا يقتضي البوح به من قبل من أؤتمن عليه يلحق ضررا بمن أراد كتمانها⁽²⁰⁾.

وعرفه "عادل جبري محمد حبيب" على أنه الأمر الذي إذا أذيع أضر بسمعة صاحب أو كرامته⁽²¹⁾.

ويضيف أنصار هذه النظرية أن جريمة إفشاء السر المهني نوع من أنواع القذف والسب، ذلك أن هاتين الجريمتين تسبب ضررا أو أذى للمجني عليه في سمعته وشعوره⁽²²⁾. وهذا ما ذهب إليه الأستاذ شارمونتيه "CHARMANTIER" في تعريفه للسر، حيث يرى أن السر هو نوع من السب، ويشترط في السر أن يكون ضارا بمصلحة من عهد به⁽²³⁾.

وجهت عدة انتقادات إلى أنصار نظرية الضرر ومن بينها، أنه إذا كان الإفشاء قد يؤدي إلى الإضرار بسمعة وكرامة صاحب السر، فإن هذا السبب غير كاف لتأسيس السر عليه. فضلا عن أنه ليس هو السبب الوحيد الذي يجعل من الإفشاء جريمة، وإنما هناك أهداف أخرى يراد تحقيقها من جراء واجب الحفاظ على السر المهني مثل، المحافظة على الثقة المفروضة في ممارسة بعض المهن، وهو الهدف الأساسي من منع الإفشاء⁽²⁴⁾.

(19) منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدالة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الخامسة، 1989، ص 163.

(20) نائل عبد الرحمن الطويل وناجح داود رباح، الأعمال المصرفية والجرائم الواقعة عليها، الجزء الأول، دار وائل، عمان، 2000، ص 247.

(21) د/عادل جبري محمد حبيب، مدى المسؤولية المدنية عن الإخلال بالالتزام بالسر المهني أو الوظيفي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 16.

(22) محمد عبد الودود أبو عمر، المسؤولية الجزائية عن إفشاء السر المصرفي، دار وائل، عمان، 1999، ص 24.

(23) د/أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 39.

(24) هذا ما جاء به المستشار تانون tanon في قضية Watelet حيث قال: «يعتبر القانون إفشاء السر مخالفة مهنية مستقلة عن الباعث الذي دفع إليها أو الضرر الناتج عنها، فالمشرع يهدف إلى تأكيد الثقة المفروضة في ممارسة بعض المهن وضمان راحة العائلات، وهذه الغاية لن تتحقق بصورة كاملة إذا اقتصر العقاب المنصوص عليه في المادة 378 على الإفشاءات الضارة» نقلا عن أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية...، المرجع السابق، ص 41.

ولا يمكن مقارنة جريمة إفشاء السر المهني بجرائم القذف، لأنهما يختلفان من حيث الغاية من التجريم. فالهدف من تجريم القذف والسب هو حماية سمعة وشرف المواطنين، أما الهدف من تجريم الإفشاء فهو حماية الثقة بين صاحب السر والمؤمن عليه⁽²⁵⁾. وبالإضافة إلى ذلك، يعاقب المشرع على الإفشاء ولو كان السر مشرفا لصاحبه. فمثلا الطبيب الذي يقدم شهادة طبية سلبية، يعتبر إدلاؤه بنتيجة الفحص ، إفشاء يعاقب عليه القانون حتى وإن كان سلبيا، لأنه يمكن أن نستخلص من الشهادة السلبية بعض المعلومات حول الحالة الصحية للمريض، فإن كانت تبدو على الشخص أعراض مرضين، فإعطائه شهادة سلبية في شأن أحد المرضين يعني بالضرورة أنه يعاني من الآخر⁽²⁶⁾.

(25) محمد عبد الودود أبو عمر، المسؤولية الجزائية...، مرجع سابق، ص 24 و 25.

(26) عبد الحميد المنشاوي، جرائم القذف والسب وإفشاء الأسرار، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000، ص 132.

الفرع الثاني

تعريف السر على أساس التفرقة بين الوقائع

عرف أنصار هذه النظرية السر المهني على أساس التفرقة بين الوقائع المعروفة والوقائع المجهولة، ففي حين تعتبر هذه الأخيرة سرا وإفشاؤها معاقب عليه، فإن الأولى لا تعتبر سرا يستحق الحماية القانونية وبالتالي لا عقاب على إفشائها⁽²⁷⁾.

وبعبارة أخرى، لا تصلح الوقائع المعروفة والتي لها صفة العمومية بطبيعتها لأن تكون سرا⁽²⁸⁾، لأن الوقائع التي تشكل سرا هي التي لا يعرفها أحد أو يعرفها عدد محدود من الأشخاص المقربين إلى صاحب السر، وبالتالي لا يجوز إفشاؤها، ويتعين على المهني اكتشافها. أما الوقائع المعروفة، فهي وقائع يعرفها الكافة، وإذاعتها لا تضيف أمورا جديدة بالنسبة للغير⁽²⁹⁾.

وعلى هذا الأساس عرف أنصار هذا الاتجاه السر على أنه ما يصل إلى علم الشخص بحكم مهنته الدائمة أو المؤقتة. ولا تعتبر سرا سوى المعلومات غير المعروفة، أما المعلومات المعروفة فلا تعتبر كذلك مثل صمم بتهوفن⁽³⁰⁾.

وعرفه البعض الآخر⁽³¹⁾ على أنه كل واقعة ينبغي أن تظل بعيدة عن علم الكافة، بحيث ينحصر العلم بها في شخص أو أشخاص محددين يحظر عليهم البوح بها. ولا يلزم لاعتبار الواقعة سرا أن ينحصر العلم بها في شخص واحد أو شخصين، بل قد يعلم بها عدة أشخاص ومع ذلك تبقى لها صفة السر.

(27) د/أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 43.

(28) محمود صالح العدلي، الحماية الجنائية للالتزام المحامي بالمحافظة على أسرار موكله (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 68.

(29) عبد الحميد المنشاوي، جرائم القذف...، مرجع سابق، ص 131.

(30) Jeanne LARGUIER et Anne-Marie LARGUIER, Droit pénal spécial, DALLOZ, 12^{ème} édition, Paris, 2002, p 145.

(31) فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات (القسم الخاص)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996 ص 851 و 852.

ومثال ذلك حين ينحصر العلم بالسر في عدد محدد من الأشخاص تجمعهم رابطة معينة تبرر إطلاعهم على السر، كمجموعة من الأطباء الذين يعالجون نفس المريض أو مجموعة من المحامين الذين يتولون الدفاع عن نفس المتهم. ولكي يعتبر الأمر سرا يجب أن تكون هناك واقعة يقتصر معرفتها على البعض، ولم يتم إذاعتها للعامة⁽³²⁾.

وعرف الأستاذ "موفق علي عبيد" السر على الأساس التفرقة بين الوقائع، حيث يرى أن السر واقعة أو صفة ينحصر نطاق العلم بها في عدد محدود من الأشخاص إذا كانت ثمة مصلحة يعترف بها القانون لشخص أو أكثر في أن يظل العلم بها محصورا في ذلك النطاق⁽³³⁾.

ولا يرد السر على وقائع ومعلومات أذيعت بين الناس وانتشرت في لغتهم العادية. فيحق للورثة إلغاء عقد أبرمه مورثهم قبل وفاته خلال مرض الموت، مستنديين في ذلك إلى شهادة طبية صدرت من الطبيب المعالج بعد الوفاة، لأن تحرير هذه الشهادة لا تعتبر إخلالا من الطبيب بالتزامه بسر المهنة، إذ أن المرض يعد من الأمور المعلومة والشائعة بين كافة⁽³⁴⁾. غير أن فريقا من الفقه انتقد هذا الرأي بقوله أنه لا يحول دون اعتبار الأمر سرا أن يكون قد سبق إفشاؤه. فالطبيب الذي يفشي السر اعتمادا على سبق معرفة قد أعطى تأكيدا لإشاعات ترددت⁽³⁵⁾. كما أن الطابع السري لا ينتقي عن الواقعة، في إذا كانت معروفة من كافة، مادامت غير مؤكدة⁽³⁶⁾.

(32) عباس علي محمد حسني، مسؤولية الصيدلي المدنية عن أخطائه المهنية (دراسة مقارنة)، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1999، ص 125.

(33) موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء السر المهني، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1998، ص 67.

(34) عادل جبيري محمد حبيب، مدى المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 25.

(35) د/أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 44.

(36) يقول الفقيه "ديمار": «من الصعب تحديد الدرجة التي تكون عليها شهرة الواقعة لإعفاء المفشي من العقوبة، وعليه لا يستطيع محامي بعد إدانة عميله أن يفشي الإقرار الذي ضمنه اعترافه بالجريمة، إذ أن شهرة الواقعة مهما كانت لا تعفي المحامي من السر المهني، بتعبير آخر لا يفقد الإفشاء طبيعته الإجرامية ارتكازا على معرفة الواقعة من قبل، فهذا الإفشاء معاقب عليه نظرا لأنه يؤكد ما جرت به الشائعات، علاوة على أنه يتعين تحديد متى تبدأ ومتى تنتهي هذه الشهرة، وهذا الأمر لا يخلو من صعوبات في التطبيق». انظر محمود صالح العدلي، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 68 و 69.

وهناك من يرى أنه لكي لا تعتبر الواقعة المعروفة سرا، يجب التفرقة بين ما إذا كان الإفشاء بها من جانب المهني يضيف أو لا يضيف شيئا إلى علم الغير بها، لأن الواقعة لا تكون لها في هذه الحالة صفة السر، باعتبارها معلومة من الغير علم اليقين. أما إذا كان الإفشاء من جانب المهني أو الموظف باعتباره ذو خبرة فنية يعطي للواقعة صفة التأكيد بعد أن كان يرددتها الغير على أنها مجرد إشاعة، فإن إخلال صاحب المهنة أو الوظيفة بالتزامه يعد متحققا باعتبار أن ما أفضى به كان أمرا لم تزل عنه صفة السرية بعد (37).

أما الفقيه peytel فيرى أنه لا يجب إعفاء الطبيب أو المحامي من الالتزام بالسر استنادا إلى معرفة الواقعة من قبل كليا أو جزئيا، لأنه سوف يكون من الصعب تحديد الدرجة التي يجب أن تكون عليها شهرة الواقعة لإعفاء المفشي من العقوبة (38).

ومهما تكن شهادة الطبيب المودع لديه السر متفقة أو غير متفقة مع ما هو معروف عن الواقعة، فإنها دائما تضيف جديدا وتؤكد ما لم يكن إلا وقائع قابلة للجدل، فلا يستطيع محام بعد إدانة عميله أن يفشي الإقرار الذي اعترف فيه عميله بالجريمة، فشهرة الواقعة مهما تكن لا تعفي الطبيب أو المحامي من السر المهني (39).

وقررت محكمة النقض الجنائية الفرنسية في 19 ديسمبر 1885 إدانة طبيب قام بإفشاء سر مريضه الذي كان رساما مشهورا بعد وفاته، حيث قامت الصحف بنشر المرض الذي كان يعاني منه، ووجهت اتهامات للطبيب، فقام الطبيب بالرد على هذه الاتهامات بشرح تفاصيل المرض والعلاج الذي قدمه له، ضنا منه أن الواقعة كانت معلنة للجميع. ومع ذلك رفضت المحكمة الدفع الذي قدمه، على أساس أن شهرة الواقعة لا تزيل عنها صفة السرية (40).

(37) قضت محكمة "Rennes" الفرنسية بمسؤولية قاض لم يلتزم بالحفاظ على أسرار وظيفته، إثر نشره مقالا بصحيفة يومية يتضمن وقائع كانت تتداولها وسائل الإعلام، على أساس أن تدخله الشخصي بنشر هذه الوقائع يضيف على الواقعة صفة التأكيد والرسمية. وليس يجدي في هذه الحالة سبق إعلان الواقعة أو الخبر أو حتى سبق نشره بوسيلة أخرى من وسائل الإعلام. انظر عادل جبري محمد حبيب، مدى المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 26.

(38) د/أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 45.

(39) المرجع السابق، ص 46.

(40) Sylvie WELSCHE, Responsabilité du médecin, LITEC, Paris, 2003, p 151.

ولا تعد الواقعة سرية إذا كانت معدة للاطلاع في ملف أو سجل يحق للعامة الاطلاع عليها، ومن أجل ذلك فإن التصرفات القانونية التي تخضع لإجراءات التسجيل والإشهار مثل الرهن الرسمي، لا يمكن اعتبارها سرية لأنها معدة أساساً لاطلاع الغير عليها⁽⁴¹⁾.

وقد أصدرت محكمة "AIX" حكماً في دعوى طلاق، زعم المدعي فيها أن زوجته أودعته مستشفى الأمراض العقلية، متهمه إياه كذباً بالجنون رغبة منها في الاستيلاء على ثروته، وكانت الزوجة قد عرضت زوجها على طبيب، طلب هذا الأخير إدخاله مستشفى الأمراض العقلية. وأثناء التحقيق في دعوى الطلاق أدلى الطبيب ببعض المعلومات التي علم بها ولاحظها، وقد دافع عن نفسه عندما وجه الاتهام إليه بأن الحالة العقلية للزوج لا تعتبر سراً، لأنه من مرضى المستشفى الأمراض العقلية. رفضت المحكمة دفعه هذا حيث قضت، بأنه يجب على الطبيب أن يصمت، فالمادة 378 وضعت قاعدة عامة من النظام العام، وأن واجب السر المهني يسمو فوق كل اعتبار⁽⁴²⁾.

(41) د/عادل جبري محمد حبيب، مدى المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 28.

(42) د/أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 46.

الفرع الثالث

تعريف السر المهني على أساس اتجاه إرادة المودع

ذهب جانب من الفقه إلى تعريف السر المهني على أساس إرادة المودع في إبقاء الأمر سرا، وهذا يستلزم أن يكون صاحب السر قد عبر عن إرادته تعبيراً صريحاً لكي تكون الواقعة سرا، فالأمر يكون كذلك إذا عهد به صاحبه إلى الأمين على أنه سر⁽⁴³⁾.

ويعرف أنصار هذا الرأي السر، أنه كل معلومة قام صاحبها بالإدلاء بها. أما في غير هذه الحالة فلا تعتبر سرا المعلومات التي حصل عليها المهني باجتهاده أو اكتشافها من خلال تأدية عمله⁽⁴⁴⁾. فلكي تعتبر الواقعة سرا، يجب أن تكون قد أودعت من صاحبها لدى الأمين عليها واشترط عليه أن لا يفشيها إلى الغير. وبمعنى آخر لا تكون الواقعة سرا إلا بإرادة من أودعها⁽⁴⁵⁾.

وهناك من يعرف السر أيضاً أنه كل ما يفضي به صاحب الشأن إلى الغير على أنه يحمل صفة السرية، بقطع النظر عن كونه متصلاً بمن يريد كتمانها، بل حتى ولو لم يكن من شأنه الإضرار بسمعة أو كرامة مودعه⁽⁴⁶⁾.

فالسر وفقاً لهذه النظرية، هو المعلومات التي يودعها صاحب السر لدى الأمين عليه بإرادته على أن لا يقوم هذا الأخير بإفشاءها⁽⁴⁷⁾.

(43) عنان داود، التزام الطبيب...، مرجع سابق، ص 21.

أنظر أيضاً راضية ركروك، البنوك وعمليات تبيض الأموال، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون (فرع قانون الأعمال)، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص 68.

(44) يقول الفقيه Litré يدخل في السر ركن خاص هو إرادة المودع في إبقاء الواقعة سرا، فالأمر يكون سرا إذا عهد به صاحبه إلى الأمين على السر.

(45) فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات...، مرجع سابق، ص 851 و 852.

(46) محمود صالح العدلي، النظرية العامة في حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 496.

(47) Michèle-Laure RASSAT, Droit pénal spécial (infraction des et contre les particuliers), Dalloz, Paris, 1976, p 372.

وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في تعريفه للسر المهني بموجب المادة 301 من قانون العقوبات والتي تنص: «يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج الأطباء والجراحون والصيادلة والقابلات وجميع المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشاؤها ويصرح لهم بذلك...»

ويستفاد من المعنى اللغوي للنص أن السر يكون بالنسبة للوقائع المعهودة بها صراحة بصفتها سرا، فالطلب الرسمي الصريح من العميل يعد شرطاً للالتزام به.

وجهت عدة انتقادات لهذه النظرية، ومن بينها تحديدها نطاق السر، فضلاً عن أنها لا تحقق الغاية من تجريم إفشاء السر، ذلك أن بعض الوقائع تعتبر سرا بطبيعتها أو بحكم القانون، ولا دخل لإرادة المودع في ذلك. فلا مبرر لجواز إفشائها لمجرد اتجاه إرادة المودع إلى بقائها سرا⁽⁴⁸⁾.

ولا ضرورة لأن يكون السر قد عهد إلى المؤتمن على السر، فقد تكون الواقعة سرية بطبيعتها ولو لم يطلب صاحبها كتمانها صراحة. مثل الأمراض المعدية أو المتعلقة بالسمعة والشرف⁽⁴⁹⁾. وهذا ما ذهب إليه المشرع الفرنسي بموجب المادة 13/226 من قانون العقوبات الجديد، لما عرف السر أنه كل واقعة ذات طابع سري⁽⁵⁰⁾.

وقد يعتبر سرا أيضاً كل أمر وصل إلى علم الطبيب عن طريق الخبرة الفنية أو عن طريق الظن أو حتى المباغطة، ولو لم يذكر له المريض شيئاً عنه، فالمرأة التي رخصت للطبيب بأن يفصح أعضائها التناسلية، لا يمكن القول أنها لم تعهد إليه بشيء، لأنها بتسليمها نفسها من أجل الفحص عليها من رجل فني، تكون قد عهدت إليه بكل ما يمكن أن يتحصل عليه من معلومات نتيجة الفحوصات والتحاليل التي يقوم بها⁽⁵¹⁾.

(48) محمد عبد الودود أبو عمر، المسؤولية الجزائية...، مرجع سابق، ص 26.

(49) Michèle HARICHAUX-RAMU, « Secret du malade », juris classeur, droit civil, fasc 440-N°2, 1993 p 11.

(50) L'article 226/13 du nouveau code pénal prévoit que : « La révélation d'une information a caractère secret par une personne qui en est le dépositaire... » Voir Yves MAYAUD et Carole GAUET, code pénal, Dalloz, Paris, 106^{ème} édition, 2009.

(51) د/أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 49.

ولهذا يمكن تعريف السر، على أنه كل أمر وصل إلى علم الأمين ولو لم يدل به أحد إليه، كما لو وصل إليه صدفة، أو عن طريق الحسد والتنبؤ، أو عن طريق الخبرة الفنية، وهكذا فالطبيب الذي يدرك من فحصه لمريضه أنه مصاب بمرض الزهري مطالب بكتمان ذلك السر ولو كان المريض نفسه غير عالم به. والمحامي الذي يدرك من حديث موكله أنه ارتكب جريمة، يكون مكلفا بالاحتفاظ بهذا السر، ولو لم يفض الموكل إليه بذلك صراحة⁽⁵²⁾. وقد عرف "جلال وفاء محمد" السر المصرفي على أنه ينصرف إلى كل أمر أو معلومات أو وقائع تصل إلى علم البنك عن عميله بمناسبة نشاطه أو بسببه. ويستوي في ذلك أن يكون العميل قد أفضى بها بنفسه إلى البنك، أو يكون قد اتصل علم البنك بها من الغير. إذ لا يشترط أن تصل المعلومات أو الأسرار إلى البنك مباشرة من عميله⁽⁵³⁾. كما يشمل السر المهني، بالإضافة إلى ما أدلى به له من قبل صاحبه، كل ما اكتشفه الطبيب أو استنتجه من خلال فحصه للمريض⁽⁵⁴⁾.

وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في تعريفه للسر الطبي، حيث تنص المادة 37 من مدونة أخلاقية الطب⁽⁵⁵⁾: «يشمل السر المهني كل ما يراه الطبيب أو جراح الأسنان ويسمعه ويفهمه أو كل ما يؤتمن عليه خلال أدائه لمهمته».

من خلال كل هذه التعاريف نستنتج أن المشرع الجزائري تبني نظرية الإرادة في تعريفه للسر المهني، وهذا ما ظهر من نص المادة 301 من قانون العقوبات بنصها على المؤتمنين على السر. لكنه تبني رأيا آخر في المادة 37 من مدونة أخلاقيات الطب، فبالإضافة إلى توفر إرادة المودع، يشمل السر كل ما علم به الطبيب أو اكتشفه أثناء تأديته لمهامه. ويعود هذا الاختلاف ربما إلى طبيعة السر الطبي، باعتبار أن مهنة الطب تسمح لصاحبها بمعرفة معلومات تتعلق بالمريض حتى دون رضاه، وذلك في حالة الضرورة أو الاستعجال.

(52) أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، (الجزء الأول)، دار هوم، الجزائر، 2005، ص 237.

(53) د/جلال وفاء محمد، دور البنوك في مكافحة غسيل الأموال، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001، ص 78 و79.

(54) Anne-Marie LARGUIER et Jean LARGUIER, Droit pénal..., op.cit, p 144 et 145.

(55) مرسوم تنفيذي 92-276 مؤرخ في 6 يونيو سنة 1992 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب (ج ر عدد 52) الصادرة في 8 يوليو 1992.

وخلاصة القول، أن الفقه لم يتوصل إلى وضع تعريف جامع للسر المهني، لأن كل نظرية نظرت إليه من زاوية معينة، ولذلك يجب الجمع بين كل هذه النظريات لوضع تعريف موحد للسر المهني. ومن هذا المنطلق يمكن تعريف السر المهني، على أنه كل معلومة أو أمر يصل إلى علم المهني أثناء تأديته لوظيفته أو ائتمن عليه وكان في إفشائه إضراراً بصاحبه.

- ومن هذا التعريف نستنتج أنه كي يكون الأمر سرا يجب أن تتوفر فيه بعض الشروط وهي:
- أن تكون الواقعة محل السر قد وصلت إلى الأمين عليها عن طريق وظيفته وبسببها أو بمناسبتها الدائمة أو المؤقتة، فلا يعاقب من يفشي سرا وصل إليه بحكم الزوجية أو القرابة أو الصداقة⁽⁵⁶⁾.
 - أن يشكل إفشاء الواقعة السرية ضرراً لصاحبها.
 - أن يكون لصاحب السر مصلحة في إبقاء الواقعة سرا.

(56) رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثامنة، 1985، ص 296.

المطلب الثاني

أساس الالتزام بالسر المهني

يعد السر المهني من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق المهني، حيث يلتزم بكتمه، ويقوم هذا الالتزام على أساسين؛ أساس نظري (الفرع الأول)، ويتمثل في النظريات التي وضعها الفقه من أجل تحديد المصلحة المراد حمايتها من كتمان السر المهني، وأساس قانوني (الفرع الثاني)، وهو مجمل النصوص القانونية التي وضعها المشرع من أجل إلزام المهني بكتمان السر.

الفرع الأول

الأساس النظري للالتزام بالسر المهني

إن حماية السر المهني تقتضيها العديد من المصالح التي تختلف بينها وقد تتعارض أحيانا. فهناك من يرجح المصلحة الخاصة، وهناك من يرجح المصلحة العامة، حيث اختلف الفقه في تحديد أساس الالتزام بالسر المهني، فمن رجح المصلحة الخاصة ذهب إلى اعتبار الالتزام بالسر التزاما تعاقديا، يكمن مصدره في الرابطة العقدية الموجودة بين المهني وصاحب السر (أولا) أما من رجح المصلحة العامة فيرى أن أساس الالتزام هو حماية النظام العام (ثانيا).

أولاً: نظرية العقد كأساس للالتزام بالسر المهني

I - مضمون نظرية العقد

يرى بعض المؤلفين⁽⁵⁷⁾ أن أساس الالتزام بالسر المهني يكمن في اتفاق بين العميل صاحب السر والأمين عليه، لأن العميل حين يتجه إلى صاحب مهنة أو وظيفة عارضا مصالحه، كاشفاً له بعض أسرارته، ملتصقاً منه مساعدته، فإن التراخي متوفر، والاتفاق قد انعقد⁽⁵⁸⁾.

والعقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص، نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين، بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما⁽⁵⁹⁾، فمتى أبرم هذا العقد يترتب التزامات على عاتق الطرفين، وبالتالي يلتزم صاحب السر بتأمين سره للأمين، ويلتزم الطرف الآخر بحفظه وعدم إفشائه. ويتقرر هذا الالتزام سواء نص عليه العقد صراحة أو لم ينص عليه، ذلك أن مضمون العقد لا يقتصر فقط على ما ورد فيه، بل يشمل كل ما هو من مستلزماته وفقاً للعرف وطبيعة الالتزام⁽⁶⁰⁾.

استند أنصار هذه النظرية إلى عدة حجج أهمها:

- تسمح هذه النظرية بتفسير السر، فالعميل يبقى سيد سره، ويستطيع أن يعفي الأمين من الالتزام به في أي وقت⁽⁶¹⁾.

- تسمح هذه النظرية بتحديد مسؤولية من يفشي السر على أساس العقد، وهذا يمكن من تقدير الضرر الذي يلحق بصاحب السر من جراء الإفشاء، وتقدير التعويض المناسب⁽⁶²⁾.

لكن اختلف أنصار هذه النظرية بشأن طبيعة العقد الذي يربط بين صاحب السر والمؤمن عليه، هل هو عقد وديعة، أو عقد وكالة، أو عقد إيجار خدمة، أو عقد غير مسمى؟

(57) د/أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 74.

(58) د/عاد جبيري محمد حبيب، مدى المسؤولية...، مرجع سابق، ص 42.

(59) انظر المادة 54 من الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني (ج ر عدد 78) الصادرة في 30 سبتمبر 1975 معدل ومتمم.

(60) انظر المادة 107 من نفس الأمر.

(61) M.M.HANNOUZ et A.R. HAKEM, Précis de droit médical (l'usage des praticiens de la médecine et du droit), office des publications universitaires, Alger, 1993, p 190.

(62) د/أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية...، المرجع السابق، ص 75.

أ- نظرية عقد الوديعة :

1- مضمون النظرية:

يرى أنصار نظرية عقد الوديعة أن أساس الالتزام بالسر المهني هو عقد الوديعة الذي يربط بين صاحب السر والمؤتمن عليه، وعقد الوديعة طبقا للمادة 590 من القانون المدني الجزائري هو: «الوديعة عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئا منقولاً إلى المودع لديه، على أن يحافظ عليه لمدة وعلى أن يرده عينا».

ومن أنصار هذه النظرية "جارسون"، الذي يرى أن التزام صاحب المهنة أو الوظيفة بالسر ينتج عن عقد الوديعة، وأن هذه الوديعة ضرورية ومضمونة ومقدسة⁽⁶³⁾، وقد استتجت هذه الفكرة من المادة 13/226 من قانون العقوبات الفرنسي التي تنص:

«par une personne qui en est dépositaire...».

يشمل هذا النص الأشخاص المودع لديهم أسرار بمقتضى الحالة أو المهنة، فكلية dépositaire تدل على الوديعة⁽⁶⁴⁾.

وبالرجوع إلى المادة 591 من القانون المدني الجزائري والتي تنص: «على المودع لديه أن يتسلم الوديعة».

وليس له أن يستعملها دون أن يأذن له المودع في ذلك صراحة أو ضمناً».

يستخلص من هذه المادة أنه لا يجوز للمودع لديه التصرف في الوديعة إلا بموافقة المودع، سواء صراحة أو ضمناً. وهذا ما يتماشى مع الواقعة السرية التي لا يجوز إفشاؤها إلا بموافقة صاحبها.

ويرى أنصار هذه النظرية أنه لا يجوز للمحامي أن يفشي السر إلا بموافقة العميل، وأساس هذا الالتزام هو العقد الذي يقوم على تبادل إرادة الطرفين⁽⁶⁵⁾.

(63) د/عادل جبري محمد حبيب ، مدى المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 44.

(64) د/أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 76.

(65) د/محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية للمحامي اتجاه العميل، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 126.

ومن هذا المنطلق يلتزم الطبيب بكتمان سر المريض، ولا يحق له إفشاءه في الحالة التي يخضع المريض نفسه للفحص لمصلحة الغير، مثل الفحص في عقود التأمين على الحياة⁽⁶⁶⁾. يشبه السر المهني الوديعة، في أنه يترتب على عدم احترام الوديعة عقوبة جزائية تضمنته المادتين 13/226 و 308 من قانون العقوبات الفرنسي، وللتين تقابلهما المادتين 301 و 376 من قانون العقوبات الجزائري⁽⁶⁷⁾.

وتبين صحة هذه النظرية أساسا في السر المصرفي، لأن البنوك تلتزم بالسر المهني بسبب واقعة الإيداع، فهم كأى مودع لديه، يلتزمون بالمحافظة على الشيء المودع ولا يتصرفون فيه إلا بإذن من المودع، لأن العميل عندما يعهد للبنك بأسرار علاقاته وذمته المالية فهو يودعها لديه، مما يترتب على البنك التزاما بالمحافظة على الوديعة وعدم التصرف فيها للغير⁽⁶⁸⁾.

2- نقد النظرية:

رغم الحجج التي قدمها أنصار نظرية عقد الوديعة، إلا أنها لم تسلم من النقد، فقد لقت اعتراضا كبيرا من قبل الفقهاء، وأول نقد لها، يتعلق بصعوبة التشبيه بين الوديعة المدنية ووديعة السر ويعود ذلك إلى عدة أسباب أهمها:

1- إن الأشياء التي تكون محلا للوديعة يمكن استردادها لأنها ترد على شيء منقول وملموس، خلافا للسر الذي لا يمكن استرداده ممن أؤتمن عليه أو مطالبتة برده⁽⁶⁹⁾.

(66) موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية...، مرجع سابق، ص 79.

(67) تنص المادة 1/376 الأمر رقم 66-156 يتضمن قانون العقوبات: «كل من اختلس أو بدد بسوء نية أوراقا تجارية أو نقودا أو بضائع أو أوراقا مالية أو مخالصات أو أية محررات أخرى تتضمن أو تثبت التزاما أو إبراء لم تكن قد سلمت إليه إلا على سبيل الإجارة أو الوديعة أو الوكالة أو الرهن أو عارية الاستعمال أو لأداء عمل بأجر أو بغير أجر بشرط ردها أو تقديمها أو استعمالها أو لاستخدامها في عمل معين وذلك إضرارا بمالكها أو واضعي اليد عليها أو حائزها يعد مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة ويعاقب بالعقاب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة 20.000 إلى 100.000 دينار...».

(68) محمد عبد الودود أبو عمر، المسؤولية الجزائية...، مرجع سابق، ص 44.

(69) المرجع السابق، ص 45.

2- قد يكون عقد الوديعة تبرعي بدون مقابل، وليس محلها سوى أشياء منقولة، ولا تنطبق هذه الصفات على السر المعهود به إلى الأمين⁽⁷⁰⁾.

3- إن الوديعة عقد رضائي يتم برضا كل من المودع والمودع لديه، بينما يكون رضا الأمين بتلقي السر غير لازم أحيانا، فالمحامي المعين في إطار المساعدة القضائية والمكلف بالدفاع عن المتهم ملزم بتلقي السر والمحافظة عليه⁽⁷¹⁾. كما أن رضا صاحب السر في بعض الأحيان هو الذي يتخلف، لأن الأمين على السر قد يعلم بهذا السر بسبب أو بمناسبة ممارسته لوظيفته، ولا يودع لديه بناء على عقد بينه وبين صاحب السر، خاصة الطبيب الذي يعلم بسر المريض من خلال فحصه له دون أن يدلي له هذا الأخير بتلك المعلومات. وأمام كل هذه الانتقادات التي تعرضت لها نظرية عقد الوديعة كأساس للالتزام بالسر المهني، ذهب فريق آخر من الفقه إلى الأخذ بنظرية عقد الوكالة.

ب- نظرية عقد الوكالة:

1- مضمون النظرية:

ذهب هذا الجانب من الفقه إلى الأخذ بنظرية الوكالة كأساس للالتزام بالسر المهني. والوكالة طبقا للمادة 571 من القانون المدني الجزائري: «الوكالة أو الإنبابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه».

إن طرفي عقد الوكالة هما الموكل والوكيل، وعلى الوكيل أن يلتزم في حدود ما وكل إليه للقيام به لحساب موكله وباسمه⁽⁷²⁾. وفي هذا العقد يكون الوكيل ملزما بالتصرف لصالح الموكل، وبذلك ينشأ الالتزام بالسر المهني مباشرة، أو بطريق غير مباشر من الواجب المفروض على الوكيل بأن لا يفعل شيئا يضر بصالح الموكل⁽⁷³⁾.

(70) يتلقى المحامون في حالة المساعدة القضائية مكافأة مالية تكون على عاتق خزينة الدولة سواء في المواد المدنية أو في حالة التعيين التلقائي أمام محكمة الجنايات. انظر قانون رقم 09-02 مؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بالمساعدة القضائية (ج ر عدد 15) الصادرة في 8 مارس 2009.

(71) د/أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 77.

(72) كريم عشوش، العقد الطبي، دار هوم، الجزائر، 2007، ص 12.

(73) عنان داود، التزام الطبيب...، مرجع سابق، ص 60.

يستهدف المحامي، بوصفه وكيلًا تحقيق رغبات عميله، ويلتزم بالمحافظة على ما أودعه لديه العميل من أسرار، أو ما عرفه بمناسبة ممارسته مهنته، ويعد الإخلال بذلك إخلالًا بعقد الوكالة القائم بينهما⁽⁷⁴⁾.

2- نقد النظرية:

- انتقد "بودوان" هذه النظرية بقوله أنه، إذا كان عقد الوكالة يمكن أن يفسر العلاقة بين المستشار القانوني والعميل، فإنه من الصعب أن يفسر العلاقة القائمة بين الطبيب والمريض، أو بين المستشار الروحي والمذنب⁽⁷⁵⁾.

- يتولى الطبيب تقديم أعمال شخصية وتقديم خدمات، كإجراء فحوصات والتشخيصات باسمه، وليس لغيره أو لفائدة موكله، كما هو الأمر في عقد الوكالة⁽⁷⁶⁾.

- تنتهي الوكالة إما إثر تنفيذ التصرف الذي تم التوكيل فيه، أو بانتهاء الأجل المحدد لها، أو بموت الموكل⁽⁷⁷⁾، أما الالتزام بالسرية فله طابع خاص، مفاده بقاء الالتزام بالسر قائماً بصفة مستقلة رغم انتهاء العلاقة بين صاحب المهنة والعميل⁽⁷⁸⁾، وهذا ماجات به المادة 41 من مدونة أخلاقيات الطب، والتي تنص: «لا يلغى السر المهني بوفاة المريض إلا لإحقاق حقوق».

- تقتضي الوكالة القيام بالأعمال المفوضة للوكيل لحساب الموكل، غير أن المداخل والأتعاب الناتجة عن ممارسة الطبيب لوظيفته، تكون لحسابه لا لحساب الغير⁽⁷⁹⁾.

(74) د/محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 137.

(75) د/أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 79.

(76) كريم عشوش، العقد...، مرجع سابق، ص 13.

(77) عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني العقود المسماة (المقاوله- الوكالة- الكفالة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 137.

(78) د/عادل جبري محمد حبيب، مدى المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 44.

(79) كريم عشوش، العقد...، المرجع السابق، ص 13.

ج- نظرية عقد إيجار الخدمة:

1- مضمون النظرية:

أخذ جانب من الفقه بنظرية عقد إيجار الخدمة كأساس للالتزام بالسر المهني، ويرى أنه منذ اللحظة التي يقبل فيها الطبيب علاج مريض ما، يتعهد هذا الأخير بدفع الأجر المتفق عليه، وبالمقابل يتعهد الطبيب بأن يبذل ما في وسعه لتقديم العلاج المناسب، وأن يحفظ سر كل ما عهد إليه به من المريض، أو تبينه عند فحصه⁽⁸⁰⁾.

كما أن البنك عندما يتعامل مع عميل معين، فإنه يحاول بذل كل ما بوسعه ليقوم بتنفيذ التزاماته، وذلك سعياً إلى خدمة عميله، ومن هذه الالتزامات حفظ سره⁽⁸¹⁾. ويعتبر عقد إيجار الخدمة من العقود الرضائية، الأمر الذي يفسح المجال للقول أن البنك يلتزم بمحض إرادته بالسر لأنه التزم تلقائي⁽⁸²⁾.

2- نقد النظرية:

لاقت نظرية إيجار الخدمة عدة انتقادات، ومن بينها:

إن النشاط الذي يقوم به المحامي نحو عميله لا يتفق من كل الأوجه مع طبيعة إيجار الخدمة، فضلاً عن أن الهدف من عقد إيجار الخدمة هو التزام بنتيجة يقدم العامل بموجبه عملاً للوصول إلى نتيجة إيجابية، ولكن التزام الطبيب نحو مريضه أو التزام المحامي نحو عميله هو التزام بوسيلة لا ضمان نتيجة معينة⁽⁸³⁾.

إن النشاط الذي يقوم به البنك نحو عميله هو الآخر، لا يتفق من كل الأوجه مع طبيعة إيجار الخدمة، إضافة إلى أن التعامل بين البنك والعميل ليس مجرد عقد إيداع خدمة ينتهي بإنهائها، بل يبقى الالتزام بالسر حتى ولو انتهى التعامل بينهما⁽⁸⁴⁾.

(80) د/أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 79.

(81) محمد عبد الودود أبو عمر، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 46.

(82) ندير أرتباس، السرية المصرفية ما بين المبدأ والمسؤولية المترتبة عن إفشائها، مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون (فرع قانون الأعمال)، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2007، ص 33.

(83) د/محمد صالح العدلي، النظرية العامة...، مرجع سابق، ص 37 و38.

(84) ندير أرتباس، السرية المصرفية...، المرجع السابق، ص 34.

د - نظرية العقد غير المسمى :

1- مضمون النظرية:

اتجه جانب آخر من الفقه الفرنسي، يتزعمه الأستاذ بودوان Boudouin إلى أن الالتزام بالحفاظ على السر المهني، ينتج من عقد غير مسمى بين مودع السر والمؤمن عليه. وهذا عقد من نوع خاص، يقوم على الرضا المتبادل بين الطرفين. وبمقتضاه يلتزم المهني كما يلتزم العميل بكل ما يمكن الارتباط به بينهما صراحة أو ضمنا. وفي سبيل تنفيذ ذلك يتعين على كلاهما الوفاء بالتزاماته، وعلى ذلك فإن هذا العقد لا يخضع للتنظيم القانوني للعقود في قانون المدني، بل هو من العقود التي يتدخل المشرع الجزائي لحمايتها نظرا لطبيعتها المتعلقة بالنظام العام الثانوي⁽⁸⁵⁾.

وتأكيدا لهذه الفكرة يمكن القول أن العقود غير المسماة لا حصر لها، لأن الإرادة حرة تستطيع إنشاء ما تريد من العقود في حدود النظام العام والآداب العامة، كما أن التزام بالسر المهني هو التزام تعاقدى حسب هذه النظرية، فيتم بعقد غير مسمى ما بين البنك والعميل بشأن المحافظة على السر⁽⁸⁶⁾.

2- نقد النظرية :

لم تسلم هذه النظرية من النقد لانطباق المآخذ الموجهة إلى نظرية الوديعة عليها، كانعدام الرضا من جانب الأمين على السر، فالمحامي المكلف رسميا بالدفاع عن المتهم من قبل المحكمة يقوم بمهمته هذه دون اتفاق مسبق على ذلك بينه وبين المتهم⁽⁸⁷⁾.

(85) د/عادل جبري محمد حبيب، مدى المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 45 و46.

(86) ندير أرتباس، السرية المصرفية...، مرجع سابق، ص 34 و35.

(87) د/أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 81.

كما انتقدت هذه النظرية على أساس ابتكارها لاصطلاح جديد في عالم القانون وهو النظام العام الثانوي "l'ordre public secondaire" فاصطلاح النظام العام يقترب دائما بالقواعد القانونية الآمرة، التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها⁽⁸⁸⁾.

II - نقد نظرية العقد :

لم تلق نظرية العقد قبولا لدى العديد من الفقهاء، سواء كان تكييف هذه العلاقة بأنها عقد وديعة أو وكالة أو إيجار خدمة أو عقد غير مسمى، لأنها تقوم على تصور خاطئ لمفهوم العقد، وقد وجهوا إليها الاعتراضات التالية:

انتقد "ديمار" هذه النظرية لأنها تقوم على افتراض عقد بين العميل والأمين على السر مما لا يتفق مع الواقع، لأن العقد يتطلب لقيامه توافر أركان معينة وهي إرادة حرة، أهلية كل من المتعاقدين، سبب مشروع ومحل مشروع، ولكن السر قد يتعلق بشخص غير كامل الأهلية وقد يكون موضوعه مخالفا للنظام العام والآداب⁽⁸⁹⁾.

وقد أضاف "ديمار" أنه يرفض السر النسبي، لأن الإفشاء يضر بالطرفين المعنيين بالسر والمجتمع ككل، أي أنه يضر بالنظام العام وبالتالي لا يجوز إفشاؤه رغم رضا العميل بذلك⁽⁹⁰⁾.

(88) هناك نوعان من النظام العام، النظام العام التوجيهي *ordre public de direction*، وهو يعمل على حماية المصلحة العامة عن طريق توجيه الأنشطة لخدمة ما تبتغيه الدولة من وراء سياستها الاقتصادية والاجتماعية، ويدخل في نطاقه القوانين الخاصة بتنظيم الائتمان والصرف والأسعار والاستثمار والنقل.

أما النوع الثاني فيسمى النظام العام الحمائي *ordre public de protection*، ويهدف إلى حماية المصلحة الخاصة عموما. لا سيما الروابط العقدية، ويهدف إلى حماية الطرف الضعيف اقتصاديا كالمزارع في عقد المزارعة، والمستهلك في عقد البيع، والمقترض في عقد القرض. راجع عادل جبيري محمد حبيب، مدى المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 48.

(89) د/أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 84.

(90) إن الإفشاء يضر بالنظام العام للمجتمع ومن أجل ذلك جرّمه القانون وليس من حق صاحب السر أن يحل محل القانون، فالتصريح بالإفشاء لا يمنع من وقوع الجريمة، ويجب أن يظل الأمين ملزما بالكتمان رغم التصريح له بالإفشاء وإلا وقع تحت طائلة العقاب. راجع المرجع السابق، ص 85.

- إن صاحب السر "المريض" لا يعلم في الغالب بكل السر، خاصة وأن بعض الأطباء يخفون عن المريض بعض الأسرار الخاصة بخطورة المرض، فإذا كان رضا صاحب السر سببا لإباحة الإفشاء وهو غير عالم بكل السر، انصب رضاه على واقعة غير معلومة أو غير صحيحة أو غير محددة، ومن ثم أصبح محل الرضا منعدما، ولا يتعين اعتباره أساسا صحيحا لإباحة إفشاء السر الطبي⁽⁹¹⁾.

- إن القول أن الالتزام بالسر المهني يقوم على أساس العقد، يترتب عليه إمكان قيام الطرفين بفسخه أو بتعديل مضمونه، وهذا غير جائز ولا يتماشى مع طبيعة السر المهني⁽⁹²⁾.

- لا يصلح العقد أساسا للمسؤولية عن إفشاء السر المهني، فرضا صاحب السر بالإفشاء أو الرجوع في شكواه ضد الطبيب لا يحول دون استعمال النيابة العامة لحقها في تحريك الدعوى العمومية على الشخص الملتزم بالسر، على أساس العمل غير المشروع، لا على أساس العقد⁽⁹³⁾.

(91) موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية...، مرجع سابق، ص 81 و 82.

(92) عنان داود، التزام الطبيب...، مرجع سابق، ص 66.

(93) عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 115.

ثانيا: نظرية النظام العام كأساس الالتزام بالسر المهني

1- مضمون نظرية النظام العام:

نتيجة الانتقادات التي وجهت إلى نظرية العقد، ذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار النظام العام أساسا للالتزام بالسر المهني، وحسب هؤلاء لا يعتبر الالتزام بالسر المهني نتيجة عقد صريح أو ضمني بين العميل والأمين على السر، بل يتعلق بالنظام العام⁽⁹⁴⁾، فهو التزام مطلق لا يتوقف على إرادة أي من الطرفين. لأن القانون هو الذي يحمي السر ويعاقب على إفشائه لما في ذلك من تعريض المصلحة الاجتماعية للخطر⁽⁹⁵⁾.

إن النظام العام فكرة قوامها المصلحة العامة، وقد اختلفت آراء الفقهاء كثيرا في تعريف النظام العام وتحديد نطاقه، إلا أنها جميعها تدور حول المصلحة العليا للمجتمع سواء كانت هذه المصلحة سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو أدبية⁽⁹⁶⁾.

يعتبر النظام العام فكرة واسعة لا يمكن حصرها في أمور معينة، ولكن يمكن وضع أطر عامة لها يجب مراعاتها، وكل تصرف مخالف لها جزاءه البطلان⁽⁹⁷⁾.

إن المادة 13/226 من قانون العقوبات الفرنسي، والمقابلة للمادة 301 من قانون العقوبات الجزائري، تلزم الطبيب بالامتناع عن إذاعة أسرار مرضاه.

(94) د/أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 86.

(95) محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 140.

« Le secret professionnel a uniquement pour base un intérêt social. Sans doute sa violation peut causer un préjudice à un particulier, mais cette raison ne suffirait pas pour en justifier l'incrimination ». Voir Jacques HAMELIN et André DAMIEN, Les règles de la profession d'avocat, DALLOZ, Paris, 8^{ème} édition, 1995, p 283.

(96) إن النظام العام هو الأساس السياسي والاجتماعي والاقتصادي والخلقي الذي يسود المجتمع في وقت من الأوقات بحيث لا يتصور بقاء المجتمع بمخالفة المقومات التي تدخل ضمن هذا الأساس. انظر محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية "الوجيز في نظرية القانون"، دار هوم، الجزائر، 2004، ص 117.

(97) محمد عبد الودود أبو عمر، المسؤولية الجزائية...، مرجع سابق، ص 51.

والمشرع الجزائي من وجهة نظر أصحاب هذه النظرية، لا يتدخل لحماية المصالح الاجتماعية أو من أجل ضمان تنفيذ اتفاقات الأطراف، وإنما يتدخل بالعقاب فقط في كل مرة يتعلق فيها إفشاء السر المهني بالنظام العام، لما يقتضيه ذلك من تعريض المصلحة الاجتماعية للخطر⁽⁹⁸⁾.

وتتطلب المصلحة العامة أن يجد المريض طبيبا أميناً يودعه أخص أسراراً حتى يتمكن من علاج مرضه، ولو أخل الطبيب بهذا الالتزام، لامتنع المرضى من طلب العلاج خشية افتضاح أمراضهم، والإضرار بسمعتهم، والخط من كرامتهم، وهذا يلحق بالمجتمع أضراراً بصورة غير مباشرة، لأن المصلحة الاجتماعية تتحقق عندما يكون المجتمع خالياً من العلل والأمراض⁽⁹⁹⁾.

وطبقاً لهذه النظرية، لا يحق للعميل أن يعفي المحامي من الالتزام بالسر المهني وأن يبيح له إفشاءه طالما أن أساس السر هو النظام العام، وأنه يشكل واجباً لصيقاً بالمهنة، فيجب عدم طغيان إرادة الفرد على القانون⁽¹⁰⁰⁾.

ويقول الفقيه "Peytel" "إننا إذا جعلنا السر الطبي مقراً لصيانة المصالح الخاصة لأدى ذلك إلى تحريف طبيعته وإعطائه مفهوماً مبهماً"⁽¹⁰¹⁾.

(98) د/عادل جبري محمد حبيب، مدى المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 49 و 50.

« Le secret professionnel n'est établi ni dans l'intérêt des professionnels qui reçoivent des confidences, ni même dans l'intérêt de ceux qui ont livré leurs confidences, il l'est dans l'intérêt public ». voir Jacques HAMELIN et André DAMIEN, Les règles...op.cit, p 283.

(99) د/أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 99.

(100) وفي هذا الصدد يقول الفقيه "Emile Garçon" أنه:

« Le bon fonctionnement de la société veut que le malade trouve un médecin, le plaideur un défenseur, le catholique un confesseur, mais ni le médecin, ni l'avocat, ni le prêtre ne pourraient accomplir leur mission si les confidences qui leur sont faites n'étaient assurées d'un secret inviolable. Il importe donc à l'ordre social que ces nécessaires soient astreints à la discrétion et que le silence leur soit imposé sans condition ni réserve, car personne n'oserait plus s'adresser à eux si n'on pouvait craindre la divulgation du secret confié », voir Bernard BLANCHARD, « avocat », recueil Dalloz, N°22, 22 mars 2007, p 827.

(101) Quelle confiance le client aura-t-il quelle vérité osera-t-il dire s'il sait que son avocat peut s'estimer en conscience, libre de tout raconter. Voir Cléo LECLERCQ, Devoirs et prérogatives de l'avocat, DELTA, Beyrouth, 1999, p 156.

2- نقد نظرية النظام العام:

رغم أن هذه النظرية لاقت قبولا كبيرا من قبل العديد من الفقهاء، إلا أنها تعرضت لبعض الانتقادات ومن بينها مايلي:

- لم يحدد أنصار هذه النظرية مفهوم النظام العام، فهو يختلف حسب التطورات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والأخلاقية، كما يختلف باختلاف الزمان والمكان⁽¹⁰²⁾.

- يشدد أنصار هذه النظرية في المفهوم المطلق للسر المهني، فالالتزام بالسر المهني القائم على المصلحة الاجتماعية قد يزول أمام مصلحة اجتماعية أعلى منها⁽¹⁰³⁾.

- يجب الأخذ بعين الاعتبار الجانب الخلقي للمهنة الذي كان الأساس الأول للسر المهني قبل أن ينص عليه هذا التشريع، فإذا أخذنا بهذه النظرية قد يؤدي إلى إهدار مصلحة أولى بالحماية من السر المهني، وإذا تقدم شخص مريض بمرض معد إلى فتاة وكان الطبيب عالما بمرضه، فهل يلتزم هذا الأخير الصمت ويجني على الفتاة المهددة بالمرض أو الموت؟ فهنا الشخص الأولى بالحماية هي الفتاة وليس الشاب المريض.

- إن الأخذ بهذه النظرية بإطلاقها يؤدي إلى إهدار مصلحة هي الأولى بالحماية، كما يؤدي إلى تغيير هدف فرض السرية المهنية، لأن الأمين على السر قد يستعملها لأغراض شخصية للإفلات من العقوبات، وقد يختفي وراء هذا المبدأ لتحقيق أغراض تتنافى مع المهنة التي يمارسها.

- تؤدي هذه النظرية إلى انتهاك حق المريض في إفشاء السر أو الترخيص بإفشاءه، لأن المفهوم المطلق للسر ينطبق على الطبيب والمريض في ذات الوقت⁽¹⁰⁴⁾.

(102) تضيق دائرة النظام العام في المجتمعات التي تتبنى النزعة الفردية المستندة إلى حرية الإرادة، وتتسع في المجتمعات الاشتراكية نتيجة لتدخل الدولة في كافة مجالات الحياة. انظر موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية...، مرجع سابق، ص 85.

(103) يقول "شارما ننيه": «إذا أخذنا المصلحة العامة في الاعتبار كأساس للسر المهني فإنه يجب الحد من هذه المصلحة خلال الممارسة العملية». انظر أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 99.

(104) د/عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية...، مرجع سابق، ص 117.

- إن النظام العام كأساس لمفهوم السر المطلق قد يؤدي إلى تنازع بينه وبين غيره من المصالح الاجتماعية الأخرى، خاصة بعد أن أدخل المشرع استثناءات على هذا الالتزام، ومن ثم يتعين أن يكون النظام العام النسبي هو الأساس الحقيقي للسر المهني⁽¹⁰⁵⁾.

لم يستقر الفقه على أساس واحد للالتزام بالسر المهني، خلافا للمشرع الجزائري الذي أخذ بالنظريتين معاً، فقد أخذ بنظرية النظام العام، ويظهر ذلك من خلال نص المادة 301 من قانون العقوبات، حيث تنص هذه الأخيرة على معاقبة أي شخص يفشي سرا علم به أثناء أدائه لوظيفته، وهو نص جزائي يعتبر من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفته.

وتضيف المادة 2/86 من النظام الداخلي لمهنة المحاماة⁽¹⁰⁶⁾ وتؤكد أخذ المشرع بنظرية النظام العام حيث تنص: «يعد السر المهني مطلقاً ومن النظام العام».

لكن المشرع لم يأخذ بنظرية النظام العام على إطلاقها، وإنما بشكل نسبي، بدليل أنه سمح للمهنيين بإفشاء الأسرار في حالات معينة أين تكون المصلحة المراد حمايتها أهم من السر المهني.

كما أخذ المشرع بنظرية العقد، وهذا ما نستخلصه من المادة 2/206 من قانون الصحة وترقيتها⁽¹⁰⁷⁾ والتي تنص: «ما عدا الترخيص القانوني، يكون الالتزام بكتمان السر المهني عاماً ومطلقاً في حالة انعدام رخصة المريض، الذي يكون بدوره حراً في كشف كل ما يتعلق بصحته...».

يفهم من هذا النص أن المشرع الجزائري أخذ بنظرية العقد، لأن من نتائج هذه النظرية حرية صاحب السر في السماح للأمين عليه بإفشاءه متى رأى ضرورة ذلك، لأن العقد الطبي هو مصدر للالتزامات متقابلة، ومن ضمنها أن يدلي المريض إلى الطبيب ببعض أسرار

(105) د/أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 99.

(106) قرار مؤرخ في 4 سبتمبر سنة 1995، يتضمن الموافقة على النظام الداخلي لمهنة المحاماة (ج ر عدد 48) الصادرة في 14 غشت 1996.

(107) قانون رقم 90-17 مؤرخ في 31 يوليو سنة 1990 يعدل ويتم القانون 85-05 المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985 يتعلق بحماية الصحة وترقيتها (ج ر عدد 35) الصادرة في 15 غشت 1990.

الشخصية وربما العائلية والأسرية، وبالمقابل يعلم الطبيب وهو يتلقى السر أنه ليس له الحق في التصرف خلاف ما يريده المريض، ويمتنع عن البوح بما أسره به إليه⁽¹⁰⁸⁾.

الفرع الثاني

الأساس القانوني للالتزام بالسر المهني

بدأ السر المهني واجبا أخلاقيا تمليه قواعد الشرف، وعادات وأعراف المهنة، وتقتضيه المصلحة العامة، ولكن بعد تطور المجتمع لم تعد الواجبات الأخلاقية تلزم كل الناس، مما دفع المشرع إلى وضع نصوص قانونية تحكمه، سواء في القواعد العامة (أولا) أو في مختلف القوانين المهنية الخاصة (ثانيا).

أولا: الأساس القانوني للالتزام بالسر المهني وفقا للقواعد العامة

يقصد بالأساس القانوني للسر المهني النصوص القانونية التي سنّها المشرع من أجل إلزام المهني على احترام السر، وقد وضع المشرع الجزائري نصوصا عدة في هذا المجال، وأهمها تلك التي يتضمنها الدستور، وقانون العقوبات، وكذا قانون الإجراءات الجزائية.

1- الدستور:

يعتبر الحق في الخصوصية أحد حقوق الإنسان الأساسية المكرسة في الدساتير الوطنية وفي القوانين الداخلية للدول، ومناطق هذه الحماية هي تلك العلاقة الوطيدة التي تربط الحق في الخصوصية بكرامة الإنسان وشرفه واعتباره. وتستند حماية الخصوصية إلى جملة من الأسس القانونية والأخلاقية والمعنوية⁽¹⁰⁹⁾.

(108) محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية في مجال طب وجراحة الأسنان، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003 ص 121.

(109) رضا هميسي ومحمد لموسخ، "حماية الحياة الخاصة للمريض في ظل القانون الطبي"، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، العدد الثالث، 2007، ص 159.

كرس الدستور الجزائري، باعتباره أسمى قانون، مبدأ الحق في الخصوصية، ومن ضمن الأفعال التي تمس بهذا المبدأ إفشاء السر المهني، والذي يعد من الجرائم التي تقع على الأشخاص وتمسهم في شرفهم واعتبارهم وكرامتهم وتدخل ضمن خصوصياتهم.

ينص الدستور الصادر 1996/11/28⁽¹¹⁰⁾ على ضرورة حماية الحياة الخاصة للأشخاص، ومنع التعدي عليها بأي شكل من الأشكال في نصوص عدة، منها ما جاء في نص المادة 32 منه والتي تنص: «الحريات وحقوق الإنسان والمواطن مضمونة».

كما تنص المادة 34: «تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان».

إن هذين النصين يحظران انتهاك حرية وحرمة الإنسان واعتباره، وباعتبار السر المهني يشمل معلومات تتعلق بالحياة الخاصة للفرد، فإن أي إفشاء لها يعد تعد على حرمة الفرد. وتضيف المادة 35 أنه: «يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلى كل من يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية».

يتبين من كل هذا أن الدستور يحظر المساس بسلامة الإنسان، جسديا كان أو معنويا. وباعتبار أن السر المهني يمس كرامة الشخص واعتباره ويعد إفشاؤه تعديا على حياته الخاصة، فهو يمس بسلامة الإنسان المعنوية.

تنص المادة 39 من الدستور: «لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة وحرمة شرفه، ويحميها القانون».

سرية المراسلات والاتصالات الخاصة بكل أشكالها مضمونة».

وقد جاءت هذه المادة صريحة، بمنعها كل انتهاك لسرية المراسلات والاتصالات بكل أشكالها، وفي أي مجال كانت.

ومن خلال النصوص التي جاء بها الدستور، نجد أنه وضع قواعد واضحة من أجل حماية الحياة الخاصة للفرد وحرمة واعتباره وحظر أي تعدي على السر المهني باعتباره جزءا من هذه الحياة الخاصة.

(110) مرسوم رئاسي رقم 96-38 مؤرخ في 7 ديسمبر سنة 1996 يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996 في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية (ج ر عدد 76) معدل ومتمم.

2- قانون العقوبات:

جرم المشرع الجزائري على غرار معظم التشريعات الفرنسي والأردني واللبناني، إفشاء السر المهني، وذلك في القسم الخامس من الفصل الأول من الباب الثاني، تحت عنوان الاعتداء على شرف واعتبار الأشخاص وعلى حياتهم الخاصة وإفشاء الأسرار.

تنص المادة 301 من قانون العقوبات: «يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج الأطباء والجراحون والصيادلة والقبالات وجميع المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلي بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشاءها ويصرح لهم بذلك...».

من خلال هذا النص، نجد أن المشرع الجزائري اعتبر إفشاء السر المهني جنحة معاقب عليها، سواء ارتكبها شخص طبيعى أو شخص معنوي، ومهما تكن طبيعة الوظيفة التي يمارسها الشخص، دائمة كانت أو مؤقتة، وسواء كان الإفشاء كتابة أو شفاهة. لكن سمح المشرع في حالات محددة إفشاء الأسرار التي تحصلوا عليها بمناسبة ممارستهم لمهنتهم إذا كان من شأن هذا الإفشاء حماية مصلحة أولى بالحماية.

3- قانون الإجراءات الجزائية :

يجد السر المهني أساسه أيضا في قانون الإجراءات الجزائية والذي نص على ضرورة التزام المهني بالسر وعدم إفشاءه، سواء فيما يتعلق بإجراءات التحقيق أو التفتيش. حيث تنص المادة 11 من قانون الإجراءات الجزائية⁽¹¹¹⁾: «تكون إجراءات التحري والتحقيق سرية، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، ودون إضرار بحقوق الدفاع. كل شخص يساهم في هذه الإجراءات ملزم بكتمان السر المهني بالشروط المبينة في قانون العقوبات وتحت طائلة العقوبات المنصوص عليها فيه».

نستنتج من هذه المادة، أنه يمنع الإدلاء بإجراءات التحري التي تجرى من طرف كل الأشخاص المساهمين فيها، لأنها تعد سرية ويجب أن تبقى في طي الكتمان، لأن إفشاؤها يمس بكرامة واعتبار المعنيين بها.

(111) قانون رقم 06-22 مؤرخ في 20 ديسمبر 2006 يعدل ويتم الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية (ج ر عدد 84) الصادرة في 24 ديسمبر 2006 معدل ومتمم.

والهدف من ذلك هو العمل على حسن سير هذه الإجراءات وكل مفش لها يعاقب طبقاً لنص المادة 301 من قانون العقوبات⁽¹¹²⁾.

ويحرص القانون أيضاً، على ضرورة التزام القائمين بإجراءات التفتيش بمراعاة الأشخاص المؤتمنين على السر المهني أثناء تأديتهم لمهامهم، وذلك بعدم تفتيش الأشياء التي تحتوي على معلومات سرية وعدم الإطلاع عليها، وهذا ما جاءت به المادة 4/45 من قانون الإجراءات الجزائية والتي تنص: «غير أنه يجب عند تفتيش أماكن يشغلها شخص ملزم بكتمان السر المهني أن تتخذ مقدماً جميع التدابير اللازمة لضمان احترام ذلك السر».

كما تنص المادة 46 من نفس القانون على معاقبة كل من أفشى مستنداً ناتجاً من التفتيش أو أطلع عليه شخصاً لا صفة له قانوناً في الإطلاع عليه، وذلك بغیر إذن من المتهم أو من الموقع على ذلك المستند أو من ذوي حقوقه أو من المرسل إليه ما لم تدع ضرورات التحقيق إلى غير ذلك.

وتضيف المادة 85 من نفس القانون على معاقبة كل من أفشى أو أذاع مستنداً متحصلاً من تفتيش شخص، لا صفة له قانوناً في الإطلاع عليه.

فطبقاً لهذه النصوص لا يحق للمهني إفشاء سر إجراءات التحقيق، لأن للسر المهني طابعين؛ طابع حقوق الدفاع الرامية إلى المحافظة على سرية الأمانة المصرح للمحامي بصفته تلك وطابع النظام العام المستوجب احترامه تفادياً للمتابعة الجزائية المنصوص عليها في قانون العقوبات⁽¹¹³⁾.

(112) د/ عبد الله أوهابيه، شرح قانون الإجراءات الجزائية (التحري والتحقيق)، دار هومه، 2005، ص 313.

(113) مالك بن علي، "السر المهني"، نشرة المحامي الصادرة عن منظمة المحامين ناحية سطيف، العدد 5، مارس 2007، ص 20.

ثانيا: الأساس القانوني للسر المهني وفقا للقوانين المهنية الخاصة

1- في المجال الطبي:

من أكثر الالتزامات التصاقا بواجبات الطبيب الأخلاقية والإنسانية التزامه بحفظ أسرار المهنة، حيث يقع على الطبيب التزام بالاحتفاظ بكل ما يصل إلى علمه أو يكتشفه عن المريض من أسرار، ويتعين عليه أن لا يفشيها للغير، وذلك انطلاقا من ثقة المريض في طبيبه، حيث تدفعه هذه الثقة ورغبته في التخلص من آلامه، إلى أن يفضي إليه بأخص أسرارهِ ويطلعه على ما لم يطلع أحد عليه. فضلا عن أن الطبيب يقف من تلقاء نفسه على كثير من المعلومات التي تتعلق بالمرض الذي يعاني منه المريض، ويشكل إخلال الطبيب بثقة المريض خطأ يسأل عنه مدنيا وجنائيا، لأنه يخرج عن المصلحة الشخصية للمريض في صيانة أسرارهِ والمصلحة العامة في حفظ أسرار الناس. فضلا عن مصلحة المهنة التي تحظى بهذا الشرف والأمانة⁽¹¹⁴⁾.

ومن أجل ذلك، نص المشرع الجزائري على هذا الالتزام في نصوص عدة سواء في قانون الصحة وترقيتها أو في مدونة أخلاقيات الطب. ومن هذه النصوص المادة 206 من قانون الصحة وترقيتها والتي تنص: «يجب على الأطباء وجراحي الأسنان والصيدلة أن يلتزموا بالسر المهني إلا إذا حررتهم من ذلك صراحة الأحكام القانونية».

كما تنص المادة 1/206 من نفس القانون: «يضمن احترام شرف المريض وحماية شخصيته بكتمان السر المهني الذي يلتزم به كافة الأطباء وجراحوا الأسنان والصيدلة».

ومن خلال هذين النصين نستنتج، أنه على كل العاملين في المجال الطبي أن يحترموا السر المهني، والذي يشمل جميع المعلومات التي يحصلون عليها أثناء أدائهم مهامهم من فحص وتشخيص وعلاج، وحتى المعلومات الشخصية التي يكون قد تحصلوا عليها من المريض. وكل إفشاء لهذه المعلومات يعاقبون عليه⁽¹¹⁵⁾.

(114) سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم (مدنيا وجنائيا وإداريا)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 314.

(115) تنص المادة 235 من قانون رقم 85-05 يتضمن قانون الصحة وترقيتها: «تطبق العقوبات المنصوص عليها في المادة 301 من قانون العقوبات على من لا يراعي إلزامية السر المهني المنصوص عليه في المادتين 206 و226 من هذا القانون».

وتجدر الإشارة إلى أن مدونة أخلاقيات الطب تتضمن بدورها نصوصا تلزم الطبيب وكل الأشخاص العاملين في هذا المجال على احترام السر المهني، وقد نصت على ذلك في المواد من 36 إلى 41 فالمادة 36 تنص: «يشترط في كل طبيب أو جراح أسنان أن يحتفظ بالسر المهني المفروض لصالح المريض والمجموعة إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك». وتنص المادة 38: «يحرص الطبيب أو جراح الأسنان على جعل الأعوان الطبيين يحترمون متطلبات السر المهني».

ومن خلال هذين النصين يتبين حرص المشرع على إلزام الأطباء وكل العاملين في هذا المجال، من مساعدين طبيين وموظفين، سواء في مستشفيات عامة أو خاصة، باحترام السر المهني لأن إفشائه يضر بالمريض، ومن شأنه المساس بحياته الشخصية.

2- في مجال المحاماة:

تعتبر مهنة المحاماة مهنة حرة ومستقلة تساعد السلطة القضائية على تحقيق العدالة في المجتمع، وذلك عن طريق التطبيق السليم للقانون، ولا يتوقف عملها على المساهمة في تطبيق القانون واحترام مبدأ سيادته في المجتمع، بل يمتد إلى العمل على ضمان الدفاع عن حقوق وحريات المواطنين في استقلال تام. ومن أجل تحقيق ذلك، يتعين على المحامي القيام بواجباته على أحسن وجه، ويكون ذلك باحترامه لأخلاقيات مهنته، والتي تفرض عليه عدة واجبات، منها كتم الأسرار، والذي يعتبر واجبا أخلاقيا قبل أن يكون واجبا قانونيا.

ويجد السر المهني أساسه في جملة من النصوص القانونية التي وضعها المشرع من أجل إلزام المحامي على كتم أسرار موكله، ومن هذه النصوص المادة 76 من قانون تنظيم مهنة المحاماة والتي تنص: «يجب على المحامي أن يراعي بصرامة الواجبات والالتزامات التي تفرضها عليه القوانين والأنظمة والتقاليد والعادات تجاه القضاة وزملائه والمتقاضين... ويجب عليه أن يكتم سر المهنة».

وتنص المادة 79 من نفس القانون: «يمنع المحامي من إبلاغ الغير على أية معلومات أو وثائق تتعلق بقضية أسندت إليه والدخول في صراع يخص تلك القضية وفي كل الحالات على أن يحافظ على أسرار موكله».

وتنص المادة 91: «يستفيد المحامي بمناسبة ممارسة وظائفه وبخصوص مهامه:

- بحماية العلاقات ذات الطابع السري القائمة بينه وبين موكله.

-بضمان سرية المراسلات وملفاته».

ونظرا لما للسر المهني من علاقة وطيدة بالمحافظة على حقوق الدفاع فقد أولى القانون حماية كاملة لحرمة مكتب المحامي وكذا العلاقة القائمة بينه وبين موكله وضمان سرية مراسلاته وملفاته⁽¹¹⁶⁾، كما هو مؤكد أكثر من خلال أحكام النظام الداخلي لمهنة المحاماة سيما في المادة 1/86 منه والتي تنص: «يجب على المحامي احترام السر المهني بالنسبة للتصريحات والوثائق التي تسلمها من موكله تحت طائلة السرية».

وتضيف المادة 88 من نفس القانون: «إن سرية التحقيق واجبة على المحامي».

من خلال هذه النصوص نستخلص أن الالتزام بالسرية واجب تفرضه الالتزامات الأخلاقية لمهنة المحاماة، ذلك لأن أصول هذه المهنة تحتم على المحامي عدم خيانة ثقة موكله، ولا يتحقق ذلك إلا بمحافظة المحامي على الأسرار والمعلومات والتفاصيل التي تحصل عليها من عميله من خلال توضيحه ملابسات القضية، كما يتعين عليه حفظ ملفات موكله.

3 - في المجال المصرفي:

إن السرية البنكية مقررة بالدرجة الأولى لحماية مصالح العميل وحرية الشخصية، ولقد جرى العرف منذ نشأة البنوك على كتمان نشاطها، لاسيما إذا تعلق الأمر بالأسرار المعهودة إليها من عملائها احتراماً للثقة المتبادلة، فازدهار أي بنك إنما يقوم على زيادة عدد عملائه، لذلك كان من مصلحة البنك أن تبقى أعماله مكتومة لارتباط ذلك بمصلحة العملاء.

والالتزام بالسر البنكي لا يحقق فائدة أو مصلحة للبنك والعميل فحسب، وإنما يحقق المصلحة العامة التي تتمثل في دعم الثقة في النظام المصرفي. وتعتبر المصلحة العامة من أهم الاعتبارات وراء خلق التزام المصارف بسر المهنة، ذلك أن الفرد هو جزء من الجماعة أي أنه جزء من كل، وبمراعاة مصلحة الجماعة تتحقق مصلحة الفرد⁽¹¹⁷⁾.

(116) مالك بن علي، "السر...، مرجع سابق، ص 20.

(117) كريمة تدريست، النظام القانوني للبنوك في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير (فرع قانون الأعمال)، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2003، ص 159.

وتدخل حماية السر المصرفي في إطار المحافظة على النظام العام وعلى الحريات والحقوق والواجبات. لذا يمكن تأسيسه على النصوص الدستورية التي ترمي إلى حماية الحريات الخاصة للأفراد، لكن هناك بعض الدول لجأت إلى وضع نظام خاص بالسرية المصرفية منها الجزائر⁽¹¹⁸⁾ حيث كرس المشرع الجزائري حماية قانونية للسرية المصرفية في نصوص عديدة منها قانون 86-12 المتعلق بالبنوك والقرض⁽¹¹⁹⁾ وذلك في المادة 44 التي تنص: «يتعين على كل شخص له صفة العامل في إحدى المؤسسات المصرفية ويتصرف لحسابها، أو يتدخل في عملية من عمليات الرقابة، أن يكتف السر المهني زيادة على الواجبات المفروضة عليه قانونا. ويعاقب على كل مخالفة لهذا الحكم طبقا لقانون العقوبات».

كما تنص المادة من نفس القانون 36: «تكون الودائع الموضوعة لدى مؤسسات القرض محمية بالسر المصرفي وتستفيد من ضمان القانون».

أكد قانون النقد والقرض لسنة 1990 الذي ألغى قانون 86-12 ضرورة التزام المصرفي بالحفاظ على السر المهني حيث تنص المادة 169 منه: «يتعين على كل عضو مجلس إدارة أو تسيير بنك أو مؤسسة مالية أو كان مستخدما سابقا لديه، كتمان السر المهني ضمن الشروط وتحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في المادة 301 من قانون العقوبات».

كما ورد هذا الالتزام في قانون النقد والقرض لسنة 2003⁽¹²⁰⁾ الذي ألغى قانون 90-10 حيث تنص المادة 117 منه: «يخضع للسر المهني تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات».

(118) عباس عبد الغني، مسؤولية المصرفي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير (فرع قانون الأعمال)، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005، ص 102.

(119) قانون رقم 86-12 مؤرخ في 19 غشت 1986، يتعلق بنظام البنوك والقرض، (ج ر عدد 34) الصادرة في 20 غشت 1986، (ملغى).

(120) أمر رقم 03-11 مؤرخ في 26 أوت سنة 2003 يتعلق بالنقد والقرض (ج ر عدد 52) الصادرة في 27 غشت 2003.

- 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...».

يؤكد هذا النص على واجب التزام موظفي البنوك بكتمان الأسرار التي يطلعون عليها في قيود البنك وسجلاته وعدم إفشائها، كما توجب هذه المادة احترام السرية، وذلك في مختلف المهام التي يقوم بها البنك، ولاسيما تلك المتعلقة بالمهام الرئيسية، مثل التفتيش والمراقبة على أعمال البنوك المرخص بها والشركات المالية (121).

(121) ندير أرتباس، السرية المصرفية...، مرجع سابق، ص 52.

المبحث الثاني

أركان جريمة إفشاء السر المهني

يقصد بأركان الجريمة عناصرها الأساسية أو أجزائها التي يتطلبها القانون لقيامها. وهي نوعان، أركان عامة، وهي الواجب توافرها في كل جريمة مهما كان نوعها أو طبيعتها حتى إذا انتفى أحدها فلا جريمة على الإطلاق، وأركان خاصة، وهي التي ينص عليها المشرع بصدد كل جريمة على حدة وتظهر اختلاف كل جريمة عن أخرى وتضاف هذه الأركان إلى الأركان العامة لتحديد نوع الجريمة⁽¹²²⁾.

وجريمة إفشاء السر المهني، ككل الجرائم تتطلب لقيامها أركان عامة وأخرى خاصة. ويتجسد ركنها المادي في إفشاء واقعة ذات طابع سري (المطلب الأول) أما ركنها الثاني فيتجسد في ما يعرف بالركن الشخصي، وهو وقوع فعل الإفشاء من أشخاص مؤتمنين على السر (المطلب الثاني) أما الركن الثالث فهو الركن المعنوي، أو ما يعرف بالقصد الجنائي (المطلب الثالث).

المطلب الأول

إفشاء واقعة ذات طابع سري

يقصد بالركن المادي للجريمة الفعل أو السلوك الإجرامي الصادر عن إنسان عاقل سواء كان إيجابيا أو سلبيا يؤدي إلى نتيجة تمس حقا من الحقوق المصانة دستوريا وقانونيا⁽¹²³⁾. ويتجسد الركن المادي لهذه الجريمة في فعل الإفشاء لواقعة ذات طابع سري، وبالتالي يتطلب لقيام الركن المادي شرطان، أولهما فعل الإفشاء (الفرع الأول) وثانيها هو وقوع فعل الإفشاء لواقعة ذات طابع سري (الفرع الثاني).

(122) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم العام)، الجزء الأول "الجريمة"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة السادسة، 2005، ص 66.

(123) بلعليات إبراهيم، أركان الجريمة وطرق إثباتها في قانون العقوبات الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص 120.

الفرع الأول

فعل الإفشاء

يقصد بفعل الإفشاء، إذاعة معلومات ذات طبيعة سرية من قبل المؤتمن عليها إلى الغير⁽¹²⁴⁾. وهناك من يعرفه أيضا على أنه اطلاع الغير على مكونات النفس من معلومات كان يجب كتمانها سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة⁽¹²⁵⁾، أو هو الفعل الذي تنتقل به الواقعة من حالتها الخفية إلى حالتها العلنية⁽¹²⁶⁾. ويعني ذلك أن جوهر الإفشاء هو الإفشاء بمعلومات كافية ومحددة للغير⁽¹²⁷⁾، فالمعلومات التي يذكرها المريض لطبيبه، لا يجب عليه إفشاؤها مهما كانت طبيعتها، سواء كانت متعلقة بالمرض أو بحياته الشخصية، لأن الطبيب يسأل عن إفشاء أي معلومة حتى ولو كان يعتقد أن تلك المعلومة لن تضر بالمريض⁽¹²⁸⁾. ولم يشترط القانون الوسيلة التي يتم بها الإفشاء طالما أن من شأنها إخراج السر من النطاق الذي ينبغي أن يظل محصورا فيه⁽¹²⁹⁾.

ويتحقق الاطلاع بأية وسيلة، فقد يكون كتابيا مثل رسالة، تقرير، شهادة، أو مقالة منشورة في مجلة⁽¹³⁰⁾، كما لو نشر الصيدلي بحثا في إحدى المجلات العلمية واستشهد في بحثه بمرض معين وذكر اسم المريض، ونوع مرضه، فيتعين على الطبيب أو الصيدلي عدم ذكر أي معلومة توحى إلى شخصية المريض، حتى ولو كان ذلك من أجل البحث العلمي⁽¹³¹⁾.

(124) Sylvie WELSCH, Responsabilité..., op.cit, p 145.

(125) د/غسان رباح، قانون العقوبات الاقتصادي، منشورات بحسون الثقافية، بيروت، 1990، ص 139.

(126) عباس علي محمد الحسيني، مسؤولية الصيدلي...، مرجع سابق، ص 131.

(127) شريف طبّاح، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 105 و 106.

(128) هشام عبد الحميد فرج، الأخطاء الطبية، مطابع الولاء الحديثة، عمان، 2007، ص 167.

(129) Jean brethe DE LA GRESSAYE , Secret professionnel, paris, 1 janvier 1977 p 6.

(130) Annick DORSNER –DOLIVET, La responsabilité du médecin, Economica , paris, 2006, p 342.

(131) تنص المادة 40 من المرسوم التنفيذي 92-276 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب: «يجب أن يحرص الطبيب أو جراح الأسنان، عندما يستعمل هذه الملفات الطبية لإعداد نشرات علمية على عدم كشف هوية المريض».

ومن أمثلة الإفشاء عن طريق النشر قضية الرئيس السابق Mitterrand "ميترون" والمعروفة بقضية "Le grand secret" وتتلخص وقائع هذه القضية أن الطبيب الخاص بالرئيس "ميترون" والمسمى "Gulber" قام بنشر كتاب تحت عنوان "Le grand secret"، ويحتوي هذا الأخير على كل المعلومات المتعلقة بالمرض الذي كان يعاني منه الرئيس، وهو السرطان، وكل تفاصيل العلاج الذي قدم له، بالإضافة إلى أنه ذكر فيه أن الرئيس وقبل وفاته وخلال السنوات الأخيرة لعهدته الرئاسية، طلب منه تحرير شهادات طبية مزورة، يذكر فيها أن الرئيس لم يكن قادراً على ممارسة مهامه⁽¹³²⁾.

وعلى إثر هذا النشر، رفع أفراد عائلة "ميترون" دعوى ضد الطبيب، متهمه إياه بإفشاء سر مريضه. وتم الحكم على الطبيب بأربعة أشهر حبس مع وقف التنفيذ واستتبع العقوبة الجنائية بعقوبة مدنية وتأديبية ضد الطبيب، حيث حكم عليه بدفع تعويض مدني قدره 100.000 فرنك فرنسي لزوجته الرئيس و80.000 فرنك فرنسي لأولاده الثلاث. أما العقوبة التأديبية فتمثلت في شطبه من جدول الأطباء، بالإضافة إلى حجز الكتاب وسحب النسخ من السوق ومنعه من نشره مرة أخرى⁽¹³³⁾.

وعليه يتعين على الطبيب أن لا ينشر أسرار مريضه دون طلب موافقته، فالكاتب يلتزم بالألا ينشر ما لم يوافق الشخص على نشره من أسرار حياته الشخصية والناشر مقيد بموافقة صاحب السر⁽¹³⁴⁾.

وقد يكون الإفشاء شفاهة، كأن يكون الإخبار بالسر أثناء حديث شخصي أو من خلال مناقشة أو مرافعة، أو في حديث تلفزيوني، أو حتى خلال دردشة في حوار عبر الانترنت⁽¹³⁵⁾.

(132) جاء في كتاب le grand secret :

« Il ne travaillait plus, car rien ne l'intéressait sauf sa maladie personne ne niait qu'il avait gardé toutes ses facultés intellectuelles. Mais ce que je voulais dire qu'il n'exerçait plus ses fonctions » Tessa SENTOU, « le grand secret, le secret général et absolu en jurisprudence », in le secret professionnelle, sous la coordination d'Anne-Marie Duguet, les études hospitalières, Paris, 2002, p 29.

(133) Marie Dominique FLOUZAT-AUBA et Sami -Paul TAWIL, Droit des malades..., op.cit p 31.

(134) د/طارق سرور، قانون العقوبات (القسم الخاص) "جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 511.

(135) د/محمود صالح العدلي، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 118.

مثل المحامي الذي يذيع للغير محتوى محضر الاستجواب الشفهي الذي تم من قبل قاضي التحقيق أو عن معلومة عن إجراءات جزائية متعلقة بالخصم⁽¹³⁶⁾.

ولكي يتابع مفشي السر قضائيا، يتعين على صاحب السر أن يثبت وقوع الإفشاء، ولا يمكن ذلك إذا كان الإفشاء قد تم شفاهة أي إذا تم في حديث خاص، لأن الإفشاء يجب أن يثبت بمستند مكتوب مثل تقديم شهادة طبية⁽¹³⁷⁾.

ولا يشترط أن يكون فعل الإفشاء بكامل جزئياته وجميع تفاصيله، بل يكفي أن يفشي جزءا منه مهما كان يسيرا⁽¹³⁸⁾. فلا يشترط ذكر اسم الشخص الذي يتعلق به السر، وإنما يكفي أن يكشف عن بعض صفاته ومعالمه، بحيث يمكن من خلالها معرفته وتحديد⁽¹³⁹⁾.

وعليه فإن الطبيب الذي ينشر بحثا يوضح فيه أعراض مرض عالجه، وأسلوب وطريقة هذه المعالجة، دون أن يحدد شخص المريض به، لا يعد مرتكبا لجريمة إفشاء السر، أما إذا قام الطبيب بنشر صورة للمريض ولو لم يحدد اسمه، فيعتبر مرتكبا لهذه الجريمة على أساس أن نشر الصورة يمكن أن يؤدي إلى تحديد شخصية المريض⁽¹⁴⁰⁾، ومثال ذلك الصيدلي الذي يذكر أن المريض يتردد على صيدليته منذ زمن بعيد ويستخدم دواء معين ويحدث أن يستخدم هذا الدواء في الأصل كمرض مزمن مثلا⁽¹⁴¹⁾، على أنه يشترط في الإفشاء أن يكون منصبا على واقعة محددة تحديدا كافيا، فإذا أفشى المحقق ببيان عن التحقيق الذي يجريه، اقتصر على أن التحقيق يأخذ مجراه وأنه من المحتمل أن يؤدي إلى القبض على بعض الأشخاص، فلا يعد ذلك إفشاء لسر التحقيق، فيجب أن يتضمن الإفشاء تعيينا دقيقا بدرجة كافية وهذه المسألة تتعلق بالوقائع وتختص بتقديرها محكمة الموضوع⁽¹⁴²⁾.

(136) Jean LARGUIER, Anne- Marie LARGUIER, Droit pénal..., op.cit, p 147 et 148.

(137) Sophie BOIN NESPOLONS, La violation du secret professionnel, les études hospitalières, paris, 2002, p 18 et 19.

(138) منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 161.

(139) محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 61.

(140) عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية...، مرجع سابق، ص 125.

(141) عباس علي محمد الحسيني، مسؤولية الصيدلي...، مرجع سابق، ص 132.

(142) د/أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 403 و 404.

ولا يكون الإفشاء بإذاعة واقعة ذات طبيعة سرية فحسب، وإنما يجب تأكيد هذه الواقعة سواء بإرجاعها مؤكدة بعدما كانت مجرد إشاعة، أو بإذاعة تفاصيل هذه الواقعة السرية، لأن الإفشاء قد يتحقق ولو كانت الواقعة محتمل أن تكون معروفة من قبل⁽¹⁴³⁾.

وتكرار الإفشاء لا يمنع من العقاب عليه مرة أخرى، لأنه يزيد من الإلزام بالسر، لأن سبق الإفشاء لا يرفع عنه هذه الصفة حتى ولو فقد السر أهميته أو فائدته كلها أو بعضها، فلا يؤثر ذلك على مسؤولية من يفشيه⁽¹⁴⁴⁾.

ولا يشترط في الإفشاء أي وسيلة في الإشهار، إذ ليس من الضروري أن يكون الإفشاء في صورة إعلان للناس، كأن يقوم الطبيب النفسي بنشر معلومات التي أفضى بها إليه المريض الذي كان تحت علاجه في صورة كتاب، أو في صورة مقالات علمية في المجالات المتخصصة، بل يمكن أن ينتج الإفشاء على إبلاغ شخص واحد بصفة خصوصية. فالطبيب الذي يخبر زوجته بالسر المهني يقع تحت طائلة العقاب المنصوص عليه في المادة 301 من قانون العقوبات⁽¹⁴⁵⁾.

ومثال ذلك الطبيب الذي كشف على زوجة أخيه فوجدها في حالة إجهاض، بينما كان أخوه متغيباً منذ أكثر من تسعة شهور، وأخبر زوجته بما حدث، فرفعت الزوجة صاحبة السر دعوى ضد الطبيب تطالبه بالتعويض. دافع الطبيب بأن المسألة خاصة بشرف العائلة مما يسمح بإفشائه لأحد أفرادها، ولكن القضاء لم يأخذ بالدفع المقدم من قبل الطبيب، وحكم عليه بالتعويض⁽¹⁴⁶⁾.

(142) Jeanne DE POULPIQUET, Responsabilité des notaires (civile, disciplinaire, pénale), Dalloz, paris, 2003, p 332 et 333.

(143) محمد عبد الودود أبو عمر، المسؤولية الجزائية...، مرجع سابق، ص 116.

(144) لحسن بن شيخ، "جنحة إفشاء الأسرار"، مجلة الشرطة الصادرة من المديرية العامة للأمن الوطني، العدد 52، جويلية 1995، ص 17.

(146) موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية...، مرجع سابق، ص 101.

وتقوم جريمة إفشاء السر المهني إذا تم الإفشاء إلى الغير. ويقصد بالغير كل شخص غير ذي صفة ولا ينتمي للفئة التي ينحصر فيهم نطاق العلم بالواقعة التي توصف بالسر، ومهما زاد عدد الأفراد الذين يحيطون علما بالسر، فذلك لا يزيل عنه صفة السرية حتى ولو تم الإفشاء لشخص واحد⁽¹⁴⁷⁾.

وحتى ولو كان هذا الشخص ممن يلتزمون بكتمان الأسرار، لكونه يمارس نفس مهنة من أفشى إليه السر. ومن أجل ذلك يرتكب الطبيب الجريمة إذا أفشى أسرار مريضه إلى طبيب آخر غير مكلف بعلاج ذلك المريض⁽¹⁴⁸⁾، لأن الغاية الأساسية لتبادل المعلومات بين الأطباء هي المتابعة الطبية للمريض (نقل نتائج التحاليل المخبرية والأبحاث الطبية، وأخذ المشورة). لأن ضرورة العمل الطبي هي فقط التي تسمح للأطباء أن يتبادلوا بينهم ما يطلعون عليه من أسرار مرضاهم وحياتهم الخاصة، ومن غير الممكن مشاركة الآخرين بالسر الطبي إلا برضا المريض، وفي حدود التدخل الوظيفي الطبي فقط⁽¹⁴⁹⁾.

ومع ذلك لا يعد إفشاء السر إفشاء الطبيب لأهل المريض أو زوجه أو أحد أصدقائه بحالته إذا قدر الطبيب أن ذلك ضروري لمصلحة المريض أو مفيد في علاجه، مثل قيام الطبيب بإخطار ولي القاصر الذي يتعاطى المخدرات نظرا لامتناع القاصر عن العلاج، الأمر الذي يترتب عليه حدوث أخطار جسمية على صحته⁽¹⁵⁰⁾.

وإفشاء السر المهني لا يتطلب شروطا معينة ولا وسائل محددة للإفشاء لكن السؤال المطروح هو هل يمكن تصور الشروع والمساهمة في إفشاء السر المهني؟

(147) محمد عبد الودود أبو عمرو، المسؤولية الجزائية...، مرجع سابق، ص 117.

(148) د/فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون...، مرجع سابق، ص 809.

(149) علي عصام غصن وعبد جميل غضوب، الخطأ الطبي، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2006، ص 48.

يمكن للبنوك أن تتبادل المعلومات المتعلقة بزبائنها فيما بينها إذا كان هناك تعامل فيما بينهم دون أن يشكل ذلك إفشاء للسر المهني. وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بموجب قرارها الصادر في 18 أكتوبر 2000 في قضية تتلخص وقائعها في أن زبونة أودعت لدى أحد البنوك شيك في حساب مفتوح، قام البنك بتقديم الشيك لبنك آخر يتعامل معه من أجل التأكد من البيانات، لما عرفت الزبونة بأن الشيك قد سلم لبنك آخر، رفعت دعوى ضد البنك واتهمته بارتكاب جريمة إفشاء السر المهني لأنه اطلع الغير على الشيك، رفضت المحكمة النقض المقدم من قبل الزبونة على أساس أن البنك الذي قدم له الشيك لا يعتبر أجنبيا عن المهنة وأنه يحق للمهنيين تبادل المعلومات فيما بينهم من أجل خدمة الزبائن. انظر

Cour de cassation, chambre criminelle, N°99-85563, 18 octobre 2000, www.legifrance.gouv.fr

(150) د/محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 62.

يمكن تصور الشروع في إفشاء السر المهني⁽¹⁵¹⁾، ومثال ذلك أن يمكن الطبيب شخصا من الدخول إلى الغرفة التي يحفظ فيها أسرار مرضاه ويسمح له بالإطلاع عليها، لكن هذا الشخص لا يتمكن من ذلك⁽¹⁵²⁾ ولا يعاقب على الشروع في الجرح إلا بنص خاص وباعتبار جريمة إفشاء السر المهني جنحة فبالتالي لا يعاقب على الشروع فيها لعدم وجود نص خاص⁽¹⁵³⁾.

أما المساهمة فهي أن ترتكب الجريمة الواحدة من عدة أشخاص بشرط أن يجمع بين هؤلاء الأشخاص رابطة معنوية واحدة لتنفيذ الجريمة⁽¹⁵⁴⁾. ويمكن تصور المساهمة في إفشاء السر المهني وخير مثال على ذلك قضية "le grand secret" السالفة الذكر والتي قامت فيها عائلة "ميتيرون" برفع دعوى ضد دار النشر التي قامت بنشر الكتاب بالإضافة إلى الصحفي الذي قام بكتابة الكتاب بطلب من الطبيب "Gulber" على أساس مساهمتهم في إفشاء السر المهني، وقد حكم على مدير دار النشر بدفع غرامة قدرها 30.000 فرنك فرنسي، أما الصحفي فحكم عليه بغرامة قدرها 60.000 فرنك فرنسي⁽¹⁵⁵⁾.

ويعاقب على المساهمة بنفس عقوبة الفاعل الأصلي سواء في الجنايات أو الجرح⁽¹⁵⁶⁾، فقد تم معاقبة محامي وزوجته المحامية بنفس العقوبة، حيث تم الحكم عليهما بالحبس ثلاثة أشهر مع وقف التنفيذ، وبغرامة قدرها 4500 أورو بعد أن قامت بإفشاء سر عميل زوجها حيث سمحت لخبيرة بالاطلاع على ملف هذا العميل.

(151) الشروع هو وقوع الجريمة لكنها لم تكتمل، فهي جريمة ناقصة أوقف تنفيذها قبل إتمامها أو خاب أثرها، لسبب خارج إرادة الجاني. أنظر عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات...، مرجع سابق، ص 146.

(152) عبد الحميد المنشاوي، جرائم القذف...، مرجع سابق، ص 133.

(153) تنص المادة 31 من الأمر رقم 66-156 يتضمن قانون العقوبات: «المحاولة في الجنحة لا يعاقب عليها إلا بناء على نص صريح في القانون...» .

(154) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات...، المرجع السابق، ص 185.

(155) Sentou TESSA, «Le grand secret...», op.cit, p 30.

أنظر أيضا محمد يوسف ياسين، المسؤولية الطبية (مسؤولية المستشفيات والأطباء والمرضى)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 133 و 134.

(156) تنص المادة 44 من الأمر رقم 66-156 يتضمن قانون العقوبات: «يعاقب الشريك في جنابة أو جنحة بالعقوبة المقررة للجنايات أو الجنحة...».

وتمت محاكمة المحامي هو الآخر على أساس اشتراكه في الجريمة لأنه سمح لزوجته بتقديم ملف عميله إلى الخبيرة⁽¹⁵⁷⁾.

الفرع الثاني

وقوع الإفشاء لواقعة ذات طابع سري

يشترط لكي تقوم جريمة إفشاء السر المهني أن يقع فعل الإفشاء على واقعة ذات طابع سري. والسر لغة هو كل ما يخفيه الإنسان في نفسه، أو ما يكتمه أو يخفيه، وهناك من يعرفه أيضا على أنه ما يجب كتمان⁽¹⁵⁸⁾.

أما من الناحية الفقهية فقد اختلفت الآراء حول تعريف السر، فهناك من عرفه على أساس الضرر ومعنى ذلك أن السر هو ما يتطلب الكتمان ويشكل إفشاؤه ضررا سواء أدبيا أو ماديا أو الاثنين معا⁽¹⁵⁹⁾، أي كل ضرر يمس طمأنينة المريض وشرفه وعائلته⁽¹⁶⁰⁾، كما لو أفشى الطبيب المعالج لمريض بأنه يعاني من مرض يمنعه من الزواج، ثم يشفى هذا المريض من مرضه، ففي هذه الحالة يكون المريض قد تعرض لضرر أدبي ومادي يتمثل في عدم زواجه لما أشيع عنه⁽¹⁶¹⁾.

اتجه الرأي الثاني⁽¹⁶²⁾ إلى تعريف السر المهني على أساس التفرقة بين الوقائع المعروفة والوقائع غير المعروفة، فلا يقع الإفشاء إلا إذا كانت الواقعة سرية أي غير معلومة من قبل الناس، أما إذا كانت معلومة من العامة فلا يعتبر سرا وإفشاؤها غير معاقب عليه. لكن رغم ذلك ففي بعض الحالات رغم شيوع الواقعة فإن تأكيدها من قبل مهني يزيد بالإلزام بها⁽¹⁶³⁾.

(157) Bernard BLANCHARD, «Secret professionnel», Recueil Dalloz, janvier 2007, N°12, p 826.

(158) د/محمود صالح العدلي، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 64.

(159) هشام عبد الحميد فرج، الأخطاء...، مرجع سابق، ص 154.

(160) د/عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية...، مرجع سابق، ص 106.

(161) د/عبد الحميد الشواربي، شرح قانون...، مرجع سابق، ص 287.

(162) د/أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 43.

(163) Jean brethe DE LE GESSAYE, «Secret...», op.cit, p 5.

أما الاتجاه الثالث⁽¹⁶⁴⁾ فيعرف السر على أساس اتجاه إرادة المودع للإدلاء بالسر ومعنى ذلك أن كل المعلومات التي يدلي بها صاحبها إلى المهني تعتبر سرية، ولا يشترط في الإدلاء شكل معين، فقد يكون على شكل معلومات شفوية أو أقوال كما قد يكون كتابيا على شكل ملف أو وثائق.

فقد يقدم العميل معلومات أو ملفات لمحامييه من أجل الدفاع عنه، فكل المعلومات التي تحصل عليها يجب عليه كتمانها⁽¹⁶⁵⁾، ولا يشترط أيضا أن يكون صاحب السر هو نفسه الذي أودعه لدى الأمين عليه، فقد يفعل ذلك شخص كزوج، أو صديق، أو قريب، مثل أن يدلي الزوج إلى الطبيب بإصابة زوجته بمرض خطير⁽¹⁶⁶⁾.

ولكن في بعض الحالات تكون الواقعة سرية دون أن يقوم صاحبها بالإدلاء بها مع توصيته بكتمانها، بل يعد في حكم السر كل أمر يكون بطبيعته سرا ولو لم يطلب كتمانها، فينبغي عليه أن يحتفظ بالسر ولو لم يطلب صاحبه ذلك⁽¹⁶⁷⁾. كما يعتبر سرا كل ما يكتشفه المهني أو يفهمه أو يستنتجه أثناء أدائه لمهنته⁽¹⁶⁸⁾.

أمام هذا الاختلاف في الآراء حول تعريف السر المهني يمكن تعريفه على أنه كل واقعة أو معلومة تصل إلى علم المهني أثناء تأديته لوظيفته أو انتمن عليها وكان في إفشائها إضرار بصاحبها.

ويدخل في نطاق السر كل ما يطلع الطبيب عليه من أحوال مريضه الصحية والاجتماعية⁽¹⁶⁹⁾ مثل إصابة الشخص بمرض معين أو بعجز بدني.

(164) Marc DUPONT et Claudine ESPER et Christian Paire, Droit hospitalier établissements publics et privé, Dalloz, 3^{ème} édition, Paris, 2001, p 306.

(165) Cleo LECLERQ, Devoir..., op.cit, 1999, p 157.

(166) د/عبد الحميد الشواربي، شرح قانون...، مرجع سابق، ص 287.

(167) سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح...، مرجع سابق، ص 216.

(168) Robert SAURY, Manuel de droit médical, Masson, Paris, 1989, p 251.

(169) مخلص إبراهيم الزعبي، حقوق المواطن، دار الثقافة، عمان، 2005، ص 308.

ويشمل السر المهني أيضا الأمراض السرية بطبيعتها مثل الزهري واللايدز والأمراض النفسية والعقلية وغيرها من الأمراض المستعصية⁽¹⁷⁰⁾، أي كل ما يتصل بالعمل الطبي من فحص وتشخيص، كإجراء التحاليل والعمليات الجراحية. أي كل ما يتعلق بالحالة الصحية للمريض⁽¹⁷¹⁾ أما المعلومات والبيانات التي تتعلق بالعمل الطبي ذاته، فلا يضيف عليها المشرع صبغة السر، ومن ثم لا يعد إفشاؤها جريمة، ومثال ذلك أسعار الخدمات الطبية المقدمة للمريض من فحص وتحاليل⁽¹⁷²⁾.

ويدخل ضمن السر في المجال المصرفي كل المعلومات أو الوقائع التي تتصل بعلم البنك عن عميله مثل رقم حسابات العميل الخزينة الحديدية للعميل، التسهيلات الائتمانية والقروض الممنوحة له، مدى التزامه بسداد الأقساط ومقدارها، مديونيات العميل، الضمانات المقدمة من العميل مع التسهيلات والقروض، الشيكات التي يسحبها العميل على البنك وغيرها من الأمور التي تتصل بأعمال ونشاط العميل مع البنك⁽¹⁷³⁾.

ويشمل الالتزام بحفظ السر المهني في مجال المحاماة جميع المعلومات التي تصل إلى المحامي بصفته وكيلًا أو مستشارًا، سواء كانت هذه المعلومات من الأسرار الشفوية التي أفشى بها الموكل، أو من الأسرار المكتوبة التي يحتوي عليها ملف الدعوى، كالأوراق والمستندات والرسائل المتبادلة بين الموكل ومحاميه، كذلك يمتد الالتزام ليشمل المكلمات الهاتفية، حيث يسري عليها فيما يتعلق بحصانتها وحرمة انتهاكها، ما يسري على الأوراق والمستندات المكتوبة⁽¹⁷⁴⁾.

(170) بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، دار ومكتبة حامد، عمان، 2002، ص 265 و 266.

(171) Sabine BOUSSARD, « Entre secret médical et ordre public sanitaire :le médecin, messenger de l'information génétique familiale » in Nouvelles frontières de la santé nouveaux rôles et responsabilité du médecin, sous la direction de Florence BELLIVIER, Dalloz, Paris, 2006, p 102.

(172) غضبان نبيلة، المسؤولية الجنائية للطبيب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون (فرع قانون المسؤولية المهنية)، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009، ص 123.

(173) د/جلال وفاء محمد، دور البنوك في مكافحة...، مرجع سابق، ص 78 و 79.

(174) د/عادل جبري محمد حبيب، مدى المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 85.

المطلب الثاني

وقوع فعل الإفشاء من أشخاص المؤتمنين على السر

تعتبر جريمة إفشاء السر الطبي من الجرائم التي تتطلب صفة خاصة في الجاني بمعنى أن هذه الجريمة يجب أن يقترفها شخص يتصف بصفة معينة، وهذه الصفة مستمدة من المهنة التي يزاولها، والعبرة في اشتراط هذا الركن أن أساس الجريمة هو الإخلال بالالتزام الناشئ عن المهنة وما تتطلبه من واجبات، وهذه الصفة يجب توافرها وقت العلم بالسر لا وقت إفشائه⁽¹⁷⁵⁾. وهناك طائفتين من الأشخاص الملزمين بالسر، أشخاص ملزمين بالسر وفقا لنص المادة 301 من قانون العقوبات وهم؛ الأطباء والجراحون والصيدالة والقبالات (الفرع الأول) وأشخاص مؤتمنين على السر منصوص عليهم في قوانين خاصة بالمهن التي يمارسونها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الأشخاص المؤتمنين على السر وفقا لنص المادة 301 من قانون العقوبات

تنص المادة 301: «يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج الأطباء و الجراحون والصيدالة والقبالات...». عدت المادة 301 المذكورة الأشخاص الملزمين بالسر المهني، وهم الأطباء والجراحون والصيدالة والقبالات. ويعود هذا التحديد أو التخصيص إلى كون مهنة الطب من أهم المهن التي يلتزم ممارسوها بكتمان أسرار عملائهم، لأنها أكثرها اعتمادا على هذه الأسرار. وهي أسرار قد تتصل بأدق تفاصيل الحياة الشخصية للمريض وتتعرض على عائلته، وقد تتصل بسمعته⁽¹⁷⁶⁾.

(175) د/محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 63.

(176) عبد الحميد المنشاوي، الجرائم القذف...، مرجع سابق، ص 136.

وقد أخذ المشرع الجزائري نص المادة 301 من النص الفرنسي، والذي عدد هو الآخر الأشخاص الملزمين بالسر، لكن المشرع الفرنسي عدل النص القديم بموجب المادة 13/226 والتي جاءت بشكل عام دون تعداد الأشخاص الملزمين بالسر، حيث تنص: «لا يمكن أن يتم الإفشاء إلا من شخص مؤتمن على السر سواء بحكم الواقع أو المهنة أو بحكم وظيفة أو مهمة مؤقتة».

ومن أجل تحديد الأشخاص الملزمين بالسر، وفقا للنص الجديد، يتعين إما الرجوع إلى مختلف القوانين الخاصة المتعلقة بالمهن، أو الاعتماد على القضاء في تفسير نص المادة (177).

أولاً: الأطباء و الجراحون

يشمل لفظ الأطباء كل من يمارس عملاً طبياً يدخل في نطاق مهنة الطب على اختلاف تخصصاتهم.

والسر المهني مفروض على كل طبيب، سواء كان يعمل في القطاع الخاص أو العام ومهما كان المجال الذي يعمل فيه، سواء كان يعمل في شركة تأمين أو طبيب عمل، وسواء كان يعمل بمفره أو في فرقة عمل⁽¹⁷⁸⁾، وطبيب العمل هو الذي يكلف من قبل الإدارة لعلاج الموظفين والإشراف على حالتهم الصحية، أو من أجل تحديد مدى صلاحية الشخص للوظيفة التي يطلبها⁽¹⁷⁹⁾.

ويحظر على طبيب العمل باعتباره يتحصل على معلومات أثناء تأديته لعمله إفشاء هذه المعلومات، فيلتزم بكتمان ما اطلع عليه، لكنه ومن جهة أخرى يكون ملزماً بإعلام صاحب العمل بالحالة الصحية للعمال وقدرتهم على القيام بعملهم⁽¹⁸⁰⁾ ولا يعتبر ذلك إفشاء للسر لأنه يدخل ضمن وظيفته.

(177) Michel VERON, Droit pénal spécial, Armand colin, Paris, 8^{ème} édition, 2000, p 151et 152.

(178) Michèle HARICHAUX-RAMU, « Secret du..., op.cit, p12.

(179) د/أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 163.

(180) حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني (الخطأ)، دار وائل، 2006، ص 531.

كما يلتزم الطبيب الخبير هو الآخر بكتمان السر الذي وصل إلى علمه بحكم وظيفته، باعتباره شخصا مكلفا من المحكمة أو سلطة التحقيق بفحص مصاب نتيجة حادث، أو تشريح جثة لمعرفة سبب الوفاة، وتقديم تقريره للهيئة التي عينته⁽¹⁸¹⁾، فيلتزم هذا الخبير بالسر المهني وذلك بذكر المعلومات التي تخص المهمة التي كلف بها، أما المعلومات الخارجة عن مهمته فيلتزم بكتمانها وإلا عد مرتكبا لجريمة إفشاء السر المهني⁽¹⁸²⁾.

هناك فئة أخرى من الأطباء وهم الأطباء العسكريون ولهم مهمة مزدوجة، فهم من جهة خبراء يعملون على فحص الأشخاص المقبلين على التجنيد لتحديد ما إذا كان هؤلاء مؤهلين لأداء الخدمة العسكرية، وهم ملزمون بكتمان السر المهني بصفتهم هذه، ومن جهة أخرى لهم صفة الأطباء المعالجين، يعالجون المرضى العسكريين، ويكتمون أسرارهم مثل أي طبيب مدني آخر⁽¹⁸³⁾.

وقد ذكر النص الجراحين بالإضافة إلى الأطباء رغم أن الجراحين من الأطباء، وتتحقق بالنسبة لهم العلة من حظر إفشاء الأسرار التي يطلعون عليها. ويمكن تفسير هذه الإضافة في حرص المشرع على الإحاطة بكل من يمارسون مهنة الطب مهما يكن تخصصهم الدقيق⁽¹⁸⁴⁾.

ثانيا: الصيادلة

بالرغم من أن الصيادلة لا يطلعون على أسرار المرضى دائما، إلا أن نصوص التشريعات قد شملتهم باعتبارهم وسطاء ضروريين بين الطبيب والمريض، فهم يعلمون دائما نوع المرض من الوصفات الطبية التي يتداولونها ولذا تدخل المشرع ونص على الالتزام بالسر المهني⁽¹⁸⁵⁾.

(181) د/أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 166.

(182) عادل جبري محمد حبيب، مدى المسؤولية...، مرجع سابق، ص 207.

(183) جريمة علة، جنحة إفشاء السر المهني الطبي، بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، 1997/1998، ص 19.

(184) فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات...، مرجع سابق، ص 844.

(185) عباس علي محمد الحسيني، مسؤولية الصيدلي...، مرجع سابق، ص 128.

وهذا ما جاء في المادة 113 من مدونة أخلاقيات الطب والتي تنص: «يلزم كل صيدلي بالحفاظ على السر المهني إلا في الحالات المخالفة، المنصوص عليها في القانون».

وتضيف المادة 114 من نفس القانون: «يتعين على الصيدلي ضمانا لاحترام السر المهني، أن يمتنع عن التطرق للمسائل المتعلقة بأمراض زبنة أمام الآخرين، ولا سيما في صيدلته ويجب عليه، فضلا عن ذلك، أن يسهر على ضرورة احترام سرية العمل الصيدلي وأن يتجنب أي إشارة ضمن منشوراته قد تلحق الضرر بسر المهنة».

ولا يقتصر التزام الصيدلي بالسر على الوقائع التي كشف عنها المريض إليه بل يشمل كل ما عرفه الصيدلي أثناء ممارسته لمهنته، ويشمل كل ما هو سر بطبيعته، فالوقائع التي يكتشفها الصيدلي يجب الصمت عنها دون حاجة إلى مطالبته بذلك، فقد تتعلق هذه الوقائع بحمل غير شرعي، أو بأمراض تعارفت العائلات على إخفائها، أو بأمراض عادية، أو عقلية يدركها عند قراءة وصفة الطبيب، ومن ثم يمنع عليه إفشاء ما دون فيها إلى الغير⁽¹⁸⁶⁾.

ثالثا: القابلات

تسهر القابلات على توفير المعدات والأدوية الضرورية وحسن التكفل بالحوامل. توظف على أساس الشهادات من بين المترشحات الحائزات على شهادة قابلة المتخرجات من مدارس التكوين شبه الطبي، أو المعاهد التكنولوجية للصحة العمومية أو مؤسسات أخرى للتكوين المتخصص⁽¹⁸⁷⁾. ومهنة القابلات تسمح لهن بالاطلاع على أسرار المرأة، وقد يلاحظن أو يستنتجن بعض العيوب الجسدية أو الأمراض أثناء ممارستهن لعملهن، فيحظر عليهن إفشاء تلك الأمور⁽¹⁸⁸⁾. وقد نص المشرع صراحة على حظر إفشاء القابلات للأسرار التي تصل إلى علمهن أثناء أو بسبب ممارستهن لمهنة التوليد.

(186) د/أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 168.

(187) انظر المادة 19 من المرسوم التنفيذي رقم 91-110 مؤرخ في 27 أبريل 1991 يتضمن القانون الأساسي الخاص بالقابلات (ج ر عدد 22) الصادرة في 15 مايو 1991.

(188) د/فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات...، مرجع سابق، ص 844.

الفرع الثاني

الأشخاص المؤتمنين على السر وفقا للقوانين المهنية الخاصة

ذكر المشرع الجزائري طائفة من الأشخاص المؤتمنين على السر وهم، الأطباء والجراحون والصيدالة والقابلات، لكنه لم يذكرهم على سبيل الحصر وإنما على سبيل المثال وهذا يظهر من نص المادة 301 السالفة الذكر والتي تنص: «الأطباء والجراحون والصيدالة والقابلات وجميع المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفية الدائمة أو المؤقتة...».

يقع الالتزام بالسر المهني على الأطباء والجراحين والصيدالة والقابلات وكل الأشخاص المؤتمنين على السر بحكم الواقع وهم الأشخاص الذين تحصلوا على معلومات سرية بحكم النشاط الذي يمارسونه، وهم أمناء بحكم الضرورة، مثل الأطباء، فهم ملزمون بمعالجة أي شخص يحتاج إلى العلاج أو المساعدة رغم أنه ليس من مرضاهم، وبحكم هذا النشاط الذي يمارسونه فهم يحصلون على معلومات سرية، يتعين عليهم المحافظة عليها وكنتمانها⁽¹⁸⁹⁾.

ويلتزم أيضا بالسر المهني كل شخص مؤتمن على السر بحكم المهنة أو الوظيفي التي يمارسها، فيجب أن تكون هناك صلة مباشرة بين العلم بالواقعة محل السر وممارسة المهنة أو الوظيفة، فلكي يلتزم الشخص بالسر يجب أن يكون من طبيعة مهنته أو وظيفته الاطلاع على تلك الأسرار⁽¹⁹⁰⁾.

فكل المهنيين الذين يحصلون على أسرار بحكم وظيفتهم، ملزمين بالحفاظ عليها وعدم إفشائها وباعتبار أنه من الصعب ذكر كل الأشخاص المؤتمنين على السر، فنذكر طائفة منهم على سبيل المثال في المجال الطبي (أولا)، في مجال المحاماة (ثانيا)، وفي المجال المصرفي (ثالثا).

(189) Laurent SELLES, Le secret professionnel et le signalement, édition MB formation, Paris, 2003, p 32.

(190) د/عادل جبيري محمد حبيب، مدى المسؤولية...، مرجع سابق، ص 18.

أولاً: في المجال الطبي

بالإضافة إلى ما جاء به نص المادة 301 من الأشخاص الملزمين بالسر في هذا المجال فهناك طائفة لم تذكرها رغم أنها ملزمة بالسر المهني فبالرجوع إلى النصوص الخاصة بهذه المهنة نجد عدة مواد تلزمهم بالسر المهني ومن بينها المادة 36 من مدونة أخلاقيات الطب والتي تنص: «يشترط في كل طبيب أو جراح أسنان أن يحتفظ بالسر المهني...».

وتنص المادة 38 من نفس المدونة: «يحرص الطبيب أو جراح الأسنان على جعل الأعوان الطبيين يحترمون متطلبات السر المهني».

وطبقاً لهذين النصين يلتزم طبيب الأسنان بعدم إفشاء السر المهني، وذلك لأنه يطلع على ما هو مستور في جسم المريض، فالأسنان من الأجزاء الداخلية التي يصعب الاطلاع عليها، ولذلك فإن ما تحتويه من أسرار يلتزم الطبيب بالحفاظ عليه، سواء علم بهذه الأسرار بنفسه نتيجة الكشف على الأسنان، أم كان علمه بناء على ما أخبره به المريض. فإذا ذكر الطبيب مثلاً أن المريضة، قامت بتركيب مجموعة من الأسنان الصناعية، وأثر ذلك على حياة المريضة كأن ينصرف عنها الرجال لهذا العيب، أصبح مسئولاً عما أصابها من أضرار من جراء السر الذي أفشاه⁽¹⁹¹⁾.

كما تنص المادة 226 من قانون الصحة: «يجب على المساعدين الطبيين أن يلتزموا بالسر المهني إلا إذا حررتهم من ذلك صراحة الأحكام القانونية».

يتعين على المساعدين الطبيين الالتزام بالسر المهني باعتبارهم يعملون في المستشفيات والعيادات، وبالتالي فتكون لهم وبحكم عملهم علاقة مباشرة بأسرار المرضى وبالتالي يتعين عليهم الحفاظ على الأسرار والمعلومات التي تصل إليهم بمناسبة عملهم كما يجب على الطبيب الذي يعملون تحت إشرافه أن يسهر على التزامهم بالسر المهني⁽¹⁹²⁾.

(191) د/محمد عبد الظاهر حسيني، المسؤولية المدنية في مجال...، مرجع سابق، ص 130 و 131.

(192) Michèle HARICHAUT-RAMU, «Secret du malade...», op.cit, p12.

إن إلزام المشرع المساعد الطبي بكتمان السر المهني تداركا منه أن الطبيب اليوم لا يمكن له أن يمارس مهنته بمفرده، فإن كان في وقت مضى العمل الطبي الفردي يمثل المظهر الأساسي للممارسة الطبية، فإنه اليوم بسبب تعقيد التقنيات العلاجية وتطور الطب وظهور الخدمات الطبية الجماعية، أصبح يصعب لشخص بمفرده أن يمارس مهنة الطب، فخرج عن إطار العلاقة الثنائية التي كانت موجودة بين الطبيب والمريض إلى إطار علاقة موسعة تشمل عدة أطباء ومساعدين طبيين تابعين للفرقة العلاجية⁽¹⁹³⁾.

ثانيا: في مجال المحاماة

يلتزم المحامي بكتمان أسرار عملائه التي أفشى إليه بها أثناء ممارسة مهنته أو بسببها وهذا ما نصت عليه المادة 76 من قانون تنظيم مهنة المحاماة: «يجب عليه أن يكتم سر المهنة» كما تضيف المادة 91 من نفس القانون: «يستفيد المحامي بمناسبة ممارسة وظائفه وبخصوص مهامه:

- بحماية العلاقات ذات الطابع السري القائمة بينه وبين عميله.

- بضمان سرية المراسلات وملفاته».

لا يمكن للمحامي ممارسة مهنته إلا إذا علم بجميع وقائع الدعوى التي يطلب منه الدفاع فيها وأتيح له الإطلاع على جميع المستندات التي يحوزها موكله وفي بعض الدعاوى التي لا يستطيع المحامي أداء مهنته إلا إذا علم بماضي موكله وظروف حياته وقد يكون منها ماله طابع شخصي بحت، ففي الدعاوى الجنائية يستند المحامي في مطالبته بالظروف المخففة إلى عرض لظروف حياة موكله وهو يفعل ذلك أيضا حين يطالب بجزاء معين أدنى إلى مصلحة موكله ومقتضيات تأهيله⁽¹⁹⁴⁾.

ولا يجوز للمحامي أيضا إفشاء حتى بأسرار مفاوضات الصلح بين الخصوم، والتي يكون قد علمها بسبب مهنته ولو كان ما يفشيه في صالح موكله، أو كان صاحب السر هو الموكل، فلا يجوز للمحامي بوجه عام أن يفشي أي سر لأن التحريم يقع على ما يعلمه المحامي بسبب المهنة سواء كان صاحب السر موكلا أو خصما⁽¹⁹⁵⁾.

(193) جريمة علة، جنحة إفشاء...، مرجع سابق، ص 23.

(194) عبد الحميد المنشاوي، جرائم القذف والسب...، مرجع سابق، ص 135.

(195) د/عبد الحميد الشواربي، الإخلال بحقوق...، مرجع سابق، ص 45.

كما يلتزم المحامي بعدم إفشاء السر ولو بذكر الوقائع دون الأسماء، فهو ملزم بالسر عن كل واقعة يكون للموكل مصلحة أدبية أو مادية في عدم الإفشاء بها، لذلك يمتد هذا الالتزام ليشمل مرحلة التحقيق وما يدور فيه⁽¹⁹⁶⁾.

ويتعين على المحامي عدم إفشاء ما علم به من وقائع أو معلومات سواء كان قد علم بها عن طريق مهنته أو كان موكله قد أفشى بها إليه، ولو بعد انتهاء وكالته أو زوال صفته⁽¹⁹⁷⁾.

ويترتب على التزام المحامي بالسر، عدم استطاعته الترافع ضد عميله السابق، إذا كانت القضية التي وكل فيها لها علاقة بالقضية التي استشاره فيها العميل السابق، كما أن المحامي الذي تلقى أسرار حال اتصاله بطرفها لا يمكن أن يقبل الترافع في قضية تؤثر فيها هذه الأسرار والمعلومات، ولكن بالمقابل يمكن للمحامي الترافع ضد عميله السابق في حالة ما إذا كانت القضية بعيدة عن تلك التي كان موكلا فيها، فإذا كانت هناك علاقة بينها وبين القضية التي استشاره فيها العميل السابق، وجب عليه التخلي عنها فوراً احتراماً للسر المهني⁽¹⁹⁸⁾.

يلتزم المحامي بالسر المهني حتى ولو كان في مرحلة التربص، إذ على الرغم من انعدام العلاقة بينه وبين العميل فإن الواقع العملي يشهد بإمكانية تعهد المحامي صاحب المكتب إليه بالقيام ببعض الإجراءات والتصرفات، مما يسمح له بالاطلاع على مستندات العملاء وملفاتهم مما يتوفر معه مناط الالتزام بالسر، فلا فرق بين محامي المتربص ومحامي أكمل تربصه فكلاهما ملزم بحفظ السر المهني لأن كلاهما مقيد في النقابة، ويكون المحامي المتمرن مسؤولاً بصفة أصلية في مواجهة العميل، ففضلاً عن مسؤولية المحامي صاحب المكتب الأصلية باعتباره المسؤول الأول في مواجهة العميل عن السر، يسأل المحامي تحت التربص عند إخلاله به انطلاقاً من أن أساس الالتزام في مواجهتهم هو النظام العام⁽¹⁹⁹⁾.

(196) د/عادل جبري محمد حبيب، مدى المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 85.

(197) محمد عبد الحميد الألفي، الحماية القانونية للمحامين وحضورهم في القضايا الجنائية، دار محمود، د.ب.ن، 1999، ص 20.

(198) د/أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 184 و 185.

(199) د/محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 158 و 159.

ولا يقتصر الالتزام بحفظ السر المهني على المحامي المتمرن، وإنما أيضا على كتبة المحامي، وهم طائفة من العاملين بمكتب المحامي يقومون بأعمال مساعدة له ككتابة المذكرات على الآلة الكاتبة أو الكمبيوتر، وتنظيم ملفات القضايا وغير ذلك من الأعمال⁽²⁰⁰⁾. ويأخذ حكم كتبة المحامي غيرهم من مساعديه؛ كوكيله وسكرتيه وكل من يعمل بمكتبه، بصورة تسمح له بالاطلاع على أسرار عملاء المحامي. ومن ثم يلتزم هؤلاء بالسر المهني، وفي حالة إخلالهم بهذا الالتزام يسأل المحامي عنهم على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، لذلك يجب على المحامي أن يحرص عند اختياره مساعديه وأن تكون رقابته شديدة عليهم⁽²⁰¹⁾.

ثالثا: في المجال المصرفي

يقع الالتزام بحفظ السر على البنك باعتباره متعاقدا مع العميل بشكل مباشر، ولكن لما كان البنك شخصا اعتباريا، فهو لا يستطيع مباشرة نشاطه إلا بواسطة ممثليه وعماله، لذا يقع على عاتقهم الالتزام بالسر المصرفي⁽²⁰²⁾ ولقد حددت المادة 117 من قانون النقد والقرض الأشخاص الخاضعين لهذا الالتزام وهم:

1- كل عضو في مجلس إدارة، وكل محافظ حسابات وكل شخص يشارك أو شارك بأية

طريقة كانت في تسيير بنك أو مؤسسة مالية أو كان من مستخدميها.

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

وبالتالي ينصرف الالتزام بالسر المهني إلى كل الأشخاص العاملين بالبنك بغض النظر عن درجتهم الوظيفية أو أهميتها⁽²⁰³⁾، فينصرف الالتزام بعدم الإفشاء إلى مديري البنك ومسؤولي الائتمان فيه وغيرهم من كبار المسؤولين، كما يسري حتى على المندوبين الذين يتولون القيام ببعض الإجراءات الروتينية⁽²⁰⁴⁾.

(200) د/محمود صالح العدلي، الإخلال بحقوق...، مرجع سابق، ص 103.

(201) د/محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 158 و159.

(202) حكيمة دموش، المركز القانوني للجنة المصرفية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون (فرع قانون الأعمال)، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص 106.

(203) كريمة تدريست، النظام القانوني للبنوك...، مرجع سابق، ص 161.

(204) د/جلال وفاء محمد، دور البنوك...، مرجع سابق، ص 83.

ويلتزم موظف البنك بالسر المهني باعتباره أنه يتعرف على أسرار العملاء، لأنه يتلقى أوراقا مالية وشيكات قابلة للدفع، كما يمنح قروضا ويتعرف على أسماء العملاء ومقدار حساباتهم وأسماء الموردين والمستفيدين من الكمبيالات بصفته مكلفا بالتحصيل⁽²⁰⁵⁾.

كما يمارس البنك مهنة تمكنه من معرفة ظروف عملائه الذين يهتمهم عدم إفشائها لذلك من الطبيعي أن يلتزم البنك بالمحافظة على سر المهنة.

وبالرجوع إلى النصوص التشريعية المقارنة نجد أن المشرع الجزائري قد اتفق مع المشرع اللبناني في هذا المجال، حيث ينص قانون سرية المصارف اللبناني على ضرورة احترام المؤسسات التي تخولهم حق الإطلاع على أسرار المصرف في معاملاته مع العملاء على مبدأ السرية المصرفية حفاظا على المصلحة العامة⁽²⁰⁶⁾.

لكن بالمقابل هناك بعض الأشخاص لا يجوز الاحتجاج اتجاههم بالسر المصرفي وقد نص عليهم المشرع الجزائري في المادة 2/117 و3 من قانون النقد والقرض والتي جاء فيها: «تلتزم بالسر مراعاة للأحكام الصريحة للقوانين، جميع السلطات ما عدا:

- السلطات العمومية المخولة بتعيين القائمين بإدارة البنوك والمؤسسات المالية.
- السلطة القضائية التي تعمل في إطار إجراء جزائي.
- السلطات العمومية الملزمة بتبليغ إلى المؤسسات الدولية المؤهلة، لاسيما في إطار محاربة الرشوة وتبييض الأموال وتمويل الإرهاب.
- اللجنة المصرفية أو بنك الجزائر الذي يعمل لحساب هذه الأخيرة طبقا لأحكام المادة 108 أعلاه».

ويستثنى من الالتزام بالسر المهني كذلك اللجنة المصرفية والتي يمكن لها أن تطلب من البنوك والمؤسسات المالية جميع المعلومات التي تراها مفيدة، وان تطلب من كل شخص معني تبليغها بأي مستند وأية معلومة دون أن يحتج تجاهها بالسر المصرفي⁽²⁰⁷⁾.

(205) د/أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 280.

(206) رياض دنش وفيصل نسيغة، "جريمة إفشاء السر المصرفي في التشريع الجزائري"، الملتقى الوطني الأول حول الجرائم المالية، جامعة قالم 24 و25 أفريل، 2007، ص 58.

(207) انظر المادة 109 من قانون رقم 03-11 يتضمن قانون النقد والقرض.

المطلب الثالث

القصد الجنائي

يشترط لقيام جريمة إفشاء السر المهني أن يتوفر لدى المهني القصد الجنائي. والقصد الجنائي المتطلب في هذه الجريمة هو القصد العام، وقد هجر الرأي الذي كان يتطلب في هذه الجريمة قصدا خاصا، قوامه نية الإضرار بمن أفشى سره. وتوصف هذه النية في الفقه الحديث بأنها مجرد باعث لا يحول انتفاؤه دون توفر القصد، فالنص لا يتضمن عبارة يفهم منها اشتراط القصد الخاص، فليس من خصائص السر أن يترتب على إفشائه ضرر، وثمة حالات عديدة لا يترتب فيها عن الإفشاء ضرر ولو محتمل. ثم أن علة التجريم ليست الحماية من الضرر، وإنما ضمان السير السليم والمنتظم لبعض المهن، وهو ما لا يرتبط بضرر أو نية الإضرار⁽²⁰⁸⁾.

والقصد الجنائي العام الذي تتطلبه هذه الجريمة هو العلم بعناصر الجريمة وإرادة ارتكابها⁽²⁰⁹⁾.

ويستنتج من هذا التعريف أن القصد الجنائي يتكون من عنصرين هما العلم بوجود واقعة سرية (الفرع الأول) وتوجه الإرادة إلى إفشائه (الفرع الثاني).

(208) عبد الحميد المنشاوي، جرائم القذف...، مرجع سابق، ص 142.

(209) عبد الله سليمان، شرح قانون...، مرجع سابق، ص 249.

الفرع الأول

العلم بوجود واقعة سرية

العلم هو الحالة الذهنية التي يكون عليها الجاني ساعة ارتكاب الجريمة، ومعنى ذلك أن يمتلك الجاني القدر اللازم من المعلومات عن العناصر التي تتكون منها الجريمة، على الوجه المحدد قانوناً، إذ من هذه العناصر ما يتعلق بطبيعة الفعل، ومنها ما يتعلق بالنتيجة الإجرامية، ومنها ما يتعلق بالظروف التي تدخل في تكوين الجريمة (210).

يتجسد عنصر العلم في جريمة إفشاء السر المهني، في علم الأمين بكافة عناصر الجريمة أي يعلم بأنه يفشي واقعة لها صفة السر المهني، يلزمه القانون باعتباره صاحب مهنة معينة بكتمتها (211). وبعبارة أخرى يتعين أن يكون المهني عالماً حال إفشائه سر المهنة بأن الواقعة تعتبر سرا مهنيا لا يرضى صاحبه بإفشائه (212).

ويقتضي عنصر العلم أن يكون الطبيب عالماً بأن للواقعة صفة السرية، وأن لهذا السر الطابع المهني، وأن مهنته هي الأساس في علمه بهذا السر، وهذا ما جاءت به محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 11 نوفمبر 2002 في قضية تتلخص وقائعها في أن محضراً قضائياً دعا شخصاً إلى منزله وأطلعته على تبليغ بدعوى طلاق. ادعى المحضر عند متابعته قضائياً واتهامه بإفشاء السر المهني، أنه لم يكن على علم بأن ذلك التبليغ يعد من الوثائق السرية، لأنه تحصل عليه في إطار التكوين والبحث. لكن مجلس الاستئناف حكم بأن المحضر قد خرق السر المهني، وهو واع بذلك لأن القصد الجنائي ينتج عن الوعي الذي كان لدى المحضر بخرق السر المهني.

(210) د/نبیه صالح، النظرية العامة للقصد الجنائي، دار الثقافة، عمان، 2004، ص 29.

(211) د/فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات...، مرجع سابق، ص 859.

(212) د/محمود صالح العدلي...، مرجع سابق، ص 148 و 149.

وأكدت على ذلك محكمة النقض الفرنسية في قرارها حيث أن قضاة مجلس الاستئناف بتصريحهم بأن المحضر قد ارتكب جريمة إفشاء السر المهني، اعتمدوا على أن هذا الأخير أطلع الغير الأجنبي على التبليغ، بدعوى طلاق كان مكلفا بتبليغها وأنه بتقديرهم للوقائع والظروف أصابوا في تحديد الأركان المادية والمعنوية لجريمة إفشاء السر المهني التي أدانوا بها المتهم⁽²¹³⁾.

فإذا اعتقد المهني بأن ليس للسر صلة بمهنته، أو أن المريض راض بإفشاء السر لشخص معين فأفشى لهذا الشخص سر المريض، فإن القصد الجنائي ينتفي لعدم توافر عنصر العلم⁽²¹⁴⁾ وإن الجهل أو الغلط الذي ينفي القصد هو المنصب على الوقائع أو التكليف القانوني غير الجنائي، إذ لا يجوز لأحد أن يحتج بجهله بالقانون⁽²¹⁵⁾.

ولا يقف علم الجاني عند حد الوقائع المادية للجريمة، وإنما يجب أن يمتد هذا العلم إلى كل عنصر لازم في قيام الجريمة، سواء كان هذا العنصر سابقا أو معاصرا أو لاحقا، إذ أنه يجب أن يحيط العلم بكل واقعة لها أهمية في تكوين الجريمة، مما يقتضي أن يشمل علم الجاني كل ما يتطلبه القانون من وقائع لقيام أركان الجريمة. ومن أهم الوقائع التي تقوم عليها الجريمة، الفعل الذي يرتكبه الجاني، والنتيجة الإجرامية التي تتمثل في الاعتداء على الحق أو المصلحة المحمية جنائيا، كما يجب العلم برابطة السببية المادية التي تربط بين كل من الفعل والنتيجة وكذلك الزمان والمكان الذي يرتكب الفعل فيه⁽²¹⁶⁾.

ففي قضية اتهم فيها طبيب بعد إجرائه لعملية جراحية لطفلة وعلى إثر هذه العملية توفيت الطفلة وأتهم الطبيب من قبل والدها بأنه نسي لفافة في بطنها والتي كانت السبب في وفاتها، قام الطبيب بنفي المسؤولية عن نفسه، ورفض تقديم تفاصيل عن المرض الذي كانت تعاني منه مريضته، وعن سبب الوفاة لعلمه بأن هذه المعلومات سرية ولا يجوز له إفشاؤها، وقد حكمت المحكمة لصالح الطبيب بالتعويض⁽²¹⁷⁾.

(213) Cour de cassation, chambre criminelle, N° 10-88263, 11 juin 2002, www.legifrance.gouv.fr

(214) د/محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 64.

(215) عبد الحميد المنشاوي، جرائم القذف...، مرجع سابق، ص 142.

(216) د/نبیه صالح، النظرية العامة...، مرجع سابق، ص 49 و 50.

(217) موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية...، مرجع سابق، ص 112.

الفرع الثاني

توجه الإرادة إلى إفشاء السر

يتجسد العنصر الثاني للقصد الجنائي في الإرادة. ويقصد بها النشاط الذي يقوم به الجاني، وهي حالة نفسية تذهب إلى تحقيق الفعل الإجرامي الهادف إلى تحقيق نتيجة معينة، فانتفاء الإرادة ينتفي القصد الجنائي⁽²¹⁸⁾ حيث يتعين أن تتجه إرادة المتهم إلى فعل الإفشاء وإلى النتيجة التي تترتب عليه، وهي علم الغير بالواقعة التي لها صفة السر، أي تتجه إرادة المتهم إلى الفعل الذي يمكن به للغير أن يعلم بالواقعة، وأن تتجه كذلك إلى توفير العلم لديه⁽²¹⁹⁾، وبالتالي فالإهمال أو عدم الاحتياط في إفشاء السر، لا يشكلان جريمة مثل الموثق الذي يترك ملفا مفتوحا فوق مكتبه أثناء غيابه ويمكن أشخاصا آخرين من الاطلاع عليه⁽²²⁰⁾، أو الطبيب الذي يدون ملاحظاته عن مريض، ثم يترك هذه الملاحظات سهوا في مكان غير مضمون، فيطلع الغير عليه لا يعد مرتكبا لجريمة إفشاء السر المهني⁽²²¹⁾، لكن هذا لا يعني انتفاء المسؤولية عنه، وإنما إهماله وعدم احتياطه يثيران مسؤوليته المدنية والتأديبية.

ولا عبرة بالدوافع أو الأسباب التي دفعت المؤتمن على السر إلى إفشائه، فيعاقب على هذا الإفشاء إذا كان صادرا عن إرادة، وكان عالما أن فعله هذا معاقب عليه قانونا⁽²²²⁾ فمهما كان السبب سواء الدفاع عن السمعة، أو النفس، وحتى الدفاع عن ذكرى شخص، فهذا لا يجعل من فعل الإفشاء مباحا، طالما أنه صادر عن إرادة.

(218) بلعليات إبراهيم، أركان الجريمة...، مرجع سابق، ص 121.

(219) سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب...، مرجع سابق، ص 320.

(220) Jeanne DE POULPIQUET, Responsabilité..., op.cit, p 333.

(221) جندي عبد المالك، الموسوعة الجنائية، (الجزء الثاني)، دار العلم للجميع، بيروت، الطبعة الثانية، د.س.ن، ص 50.

(222) Michel LAURE RASSAT, Droit pénal..., op.cit, P 332 et 333.

ومن أمثلة ذلك قضية "watlet" الشهيرة والتي تتلخص وقائعها في أن الرسام "Watlet" وبعد وفاته، قامت الجرائد بنشر إشاعات عن المرض الذي كان مصابا به، ونشرت إحدى الصحف أنه كان مصابا بمرض مخجل هو الذي كان السبب في وفاته. بعد هذا النشر قام الطبيب الخاص بالرسام "Bastien lepage" بتحرير رسالة إلى الجريدة التي نشرت الخبر أعلن فيها أنه لم يكن مصابا بمرض مخجل، وإنما كان يعاني من مرض السرطان، وكان هدفه من هذا الإعلان هو الدفاع عن ذكرى مريضه، وتكذيب كل الإشاعات، لكن رغم ذلك تمت محاكمته على أساس إفشائه للسر المهني، فلم تأخذ المحكمة بالدافع الذي أدى بالطبيب إلى إفشاء سر مريضه رغم أن نيته لم تتجه إلى إفشاء السر (223).

وحتى وإن كان سبب الإفشاء هو الدفاع عن النفس أو درأ مضرّة، فهذا لا يمنع من قيام الجريمة. ففي قضية أخرى قام طبيب بإفشاء سر مريضه لأنه كان يزعه بمكالمات هاتفية في الليل، لأن المريض لم يكن راضيا عن طبيبه، فقام الطبيب بتحرير شكوى ضد هذا الأخير، ذكر فيها أن مريضه يعاني من مرض عقلي، وحتى أنه يمارس عنفا على زوجته. وإثر ذلك تمت محاكمته لإفشائه للسر المهني، رغم أن هدفه من تحرير هذه الشكوى كان من أجل درأ المضرّة عن نفسه (224).

وفي الأخير يمكن القول أن جريمة إفشاء السر المهني جريمة عمدية لا تقوم إلا إذا توفر العلم والإرادة لدى المفشي، وهي ككل الجرائم إذا اكتملت أركانها العامة والخاصة قامت الجريمة ويستحق فيها الجاني العقوبة المقررة قانونا. وهذا ما جاء في نص المادة 301 من قانون العقوبات والتي تنص: «يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار...».

(223) Jean-Didier WILFIRID, Droit pénal des affaires, Dalloz, 2^{ème} édition, Paris, 1996, p 39.

(224) D.MALICIER, A. MIRAS, P. FEUGLET, D. FAIVRE, La responsabilité médicale donnée actuelle, ESKA, 2ème édition, Paris, 2005, p 308.

شدد المشرع الجزائي العقوبة إذا تم الإفشاء إلى جزائريين مقيمين في الخارج أو إلى أجنبى وهذا ما جاءت به المادة 302 والتي تنص: «كل من يعمل بأية صفة كانت في مؤسسة وأدلى أو شرع في الإدلاء إلى أجنبى أو إلى جزائريين يقيمون في بلاد أجنبية بأسرار المؤسسة التي يعمل فيها دون أن يكون مخولا له يعاقب من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار.

وإذا أدلى بهذه الأسرار إلى الجزائريين يقيمون في الجزائر فتكون العقوبة الحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار.

ويجب الحكم بالحد الأقصى المنصوص عليه في الفقرتين إذا تعلقت الأسرار بصناعة أسلحة أو ذخائر حربية مملوكة للدولة.

وفي جميع الحالات يجوز الحكم علاوة على ذلك الجاني بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 من هذا القانون لمدة سنة على الأقل وخمس سنوات على الأكثر».

الفصل الثاني

الإفشاء المشروع للسر المهني

تعتبر جريمة إفشاء السر المهني من جرائم الأشخاص التي تصيبهم في شرفهم واعتبارهم. تتكون هذه الجريمة من ركنين، ركن مادي يتمثل في إفشاء واقعة ذات طابع سري، وركن معنوي يتجسد في القصد الجنائي. ويتوفر هذين الركنين تقوم الجريمة ويعاقب الفاعل وفقا لنصوص قانون العقوبات. لكن استثناء من قاعدة العقاب على إفشاء السر المهني، يمكن للمؤتمن على السر، وفي حالات محددة إفشاء السر المهني دون أن تتحقق الجريمة، لأن هناك أسباب تزيل الصفة الإجرامية عن الفعل. وهذه الحالات مقررّة إما لحماية المصلحة العامة التي تعلو على السر المهني (المبحث الأول)، إما تحقيقا للمصلحة الخاصة لصاحب السر والمؤتمن عليه معا (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الإفشاء المقرر للمصلحة العامة

أجاز القانون إفشاء السر المهني حماية للمصلحة العامة، وذلك في حالات محددة، ذكرها المشرع بنصوص صريحة سواء في قانون العقوبات أو في بعض القوانين المهنية الخاصة وذلك تطبيقا للقاعدة القانونية التي تقضي أنه لا عقوبة إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون (المطلب الأول)، وقام القضاء بدوره بإجازة إفشاء السر المهني، في بعض الحالات لحسن سير العدالة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الإفشاء المقرر للمصلحة العامة بنص قانون

سمح المشرع في نصوص متعددة بإمكانية الخروج عن السرية المهنية من أجل المصلحة العامة، فأوجب التبليغ عن الولادات والوفيات من أجل حسن ضبط سجلات الحالة المدنية (الفرع الأول)، ونص على واجب التبليغ عن الأمراض المعدية حماية للصحة العمومية (الفرع الثاني)، كما ألزم التبليغ عن الجرائم من أجل مكافحة الإجرام (الفرع الثالث).

الفرع الأول

التبليغ في مجال الحالة المدنية

تكتسي الحالة المدنية لكل دولة أهمية بالغة، مما دعا المشرع إلى إلزام الأطباء بالإبلاغ عن الولادات رغم أن بعض حالاتها تعتبر سرية بطبيعتها (أولاً). ويقتضي الصالح العام التحقق من وفاة الإنسان قبل دفنه، والتحقق من أسباب الوفاة سواء من أجل تحقيق العدالة أو حماية الصحة العامة، وهذا ما دفع المشرع إلى إلزام الأطباء والعاملين معهم بالتبليغ عن الوفيات (ثانياً) (225).

(225) د/أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 509.

أولا : التبليغ عن الولادات

اهتمت جميع الدول اهتماما كبيرا بضبط السجلات الخاصة بالمواليد، ومن بينها الجزائر حيث ألزم قانون الحالة المدنية رقم 20/70 التصريح والإبلاغ عن الولادات، وذلك بموجب المادة 1/61⁽²²⁶⁾ التي تنص: " يصرح بالمواليد خلال خمسة أيام من الولادة إلى ضابط الحالة المدنية للمكان، وإلا فرضت العقوبات المنصوص عليها في المادة 442 الفقرة الثالثة من قانون العقوبات...".

كما حدد قانون الحالة المدنية الأشخاص الذين يتعين عليهم التصريح بالولادات، وذلك بموجب المادة 1/62 التي تنص: "يصرح بولادة الطفل، الأب أو الأم وإلا فالأطباء والقبالات أو أي شخص آخر حضر الولادة، وعندما تكون الأم ولدت خارج مسكنها فالشخص الذي ولدت الأم عنده".

يلتزم الأب أو الأم بالتصريح بالولادة، وفي حالة عدم وجودهما أو استطاعتهما، فيلتزم الطبيب أو القبالات بذلك. وفي حالة إخلالهم بهذا الالتزام، توقع عليهم العقوبة المنصوص عليها في المادة 3/442 من قانون العقوبات، وهي الحبس من 10 أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر، وبغرامة من 8.000 إلى 16.000 دج.

وقد فرض المشرع التبليغ عن الولادات على الأطباء والقبالات، لأن ترك هذه المهمة للأفراد وحدهم، يؤدي في كثير من الأحيان إلى المزيد من الإهمال في القيام بهذا الواجب، ولهذا فرض المشرع على الأطباء القيام بنصيب من هذا العمل ضمانا لحسن إجراءاته⁽²²⁷⁾.

(226) أمر رقم 70-20 مؤرخ في 19 فبراير 1970 يتعلق بالحالة المدنية (ج ر عدد 21) الصادرة في 2 فبراير 1970. يختلف الأمر بالنسبة للتبليغ عن الولادات في القانون الفرنسي، حيث يقع الالتزام بالتبليغ عن الولادات بالدرجة الأولى على الأب، وفي حالة عدم وجوده ينتقل هذا الالتزام إلى الطبيب أو القبالات أو كل شخص حضر الولادة، أما الأم فهي غير ملزمة بالتبليغ عن الولادة وهذا ما تنص عليه المادة 56 من القانون المدني الفرنسي. انظر في ذلك:

André LUCAS, Code civil, LITEC, 24^{ème} édition, Paris, 2005.

(227) منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 175.

ويقع هذا الواجب في المقام الأول على الأب، وفي حالة عدم وجوده ينتقل إلى الأم، وفي حالة عدم تمكنها، يلتزم الأطباء والقابلات بالقيام بالتصريح. ولا يعتبر هذا إفشاء للسر، مادام المشرع الجزائري قد سمح بل قد ألزم بالإبلاغ عن الولادات، وفرض عقوبات على الإخلال بواجب التصريح.

إذا وقعت الولادة خارج المؤسسات الصحية، ولم يكن هناك طبيب أو ممرضة أو قابلة، يقوم المكلف برعاية الوليد بالتصريح بذلك⁽²²⁸⁾. والسؤال المطروح هو هل يكون التصريح بالولادات واجبا على الطبيب حتى ولو توفي الطفل؟

إن الإبلاغ عن الولادة إلزامي، حتى ولو نزل المولود ميتا، لذلك قضت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في سنة 1906، بأن الأطفال الذين ولدوا أمواتا يجب أن يقدموا إلى ضابط الحالة المدنية خلال المدة المحددة⁽²²⁹⁾.

إن وفاة الطفل أثناء الولادة لا يعفي الطبيب من واجب التبليغ. ولا يجوز له أن يبرر عدم تبليغه عن الولادة التي وقعت تحت إشرافه وبمعرفته بحفظ سر المهنة، خاصة وأن الطفل في نظر القانون المدني الفرنسي هو المولود الذي يولد بعد مائة وثمانين يوما على الأقل حسب نص المادة 311 منه⁽²³⁰⁾. وهو نفس موقف المشرع الجزائري الذي يتبين من المادة 42 من قانون الأسرة⁽²³¹⁾، والتي تنص: «أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر».

فلإبلاغ عن الولادات لا يكون إجباريا بالنسبة لمن لا يستمر الحمل به ستة أشهر لأن الطفل الذي يولد قبل أربعة أشهر ليس إلا علقه. وإذا زادت مدة الحمل به من أربعة أشهر، وولد لأقل من ستة أشهر كان جنينا، أما إذا زاد بعد ستة أشهر كان طفلا ميتا⁽²³²⁾.

(228) موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية...، مرجع سابق، ص 147.

(229) د/أحمد كامل سلامة، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 513.

(230) Art 311 du code civil : «La loi présume que l'enfant a été conçu pendant la période qui s'étend du trois centième au cent quatre vingtième jour...».

(231) قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة (ج ر 24 عدد) الصادرة في 12 يونيو 1984 معدل ومتمم.

(232) د/أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 514.

ومن أجل ذلك، لا يشكل التبليغ عن ولادة قبل قيام فترة الحمل ستة أشهر جريمة طبقاً للمادة 3/442 من قانون العقوبات الجزائري⁽²³³⁾. لكن السؤال يثور هل يشمل التصريح بالولادات الأطفال غير الشرعيين؟

إن التبليغ عن الولادات يقع بالدرجة الأولى على الأب، وفي حالة تواجده يتحلل الطبيب من التزامه بالتبليغ. أما إذا كان الأب غير شرعي، أي ليس هناك عقد زواج يبرر علاقة البنوة الشرعية، فإن عبء التبليغ ينتقل إلى الأم، وفي حالة عدم تمكنها ينتقل هذا العبء إلى الطبيب. وحتى إذا توفي الطفل بعد ولادته مباشرة، فإن الطبيب لا يعفى من التزامه بالتبليغ تحت أي مبرر، ولو توفر حسن النية أو قصد بعدم التبليغ للتستر على الأم غير المتزوجة⁽²³⁴⁾.

ويمنح الاسم للطفل غير الشرعي من قبل ضابط الحالة المدنية في حالة إذا لم ينسب له المصرح أي اسم⁽²³⁵⁾. ويشمل التصريح عن الولادات عدة بيانات عدتها المادة 63 من قانون الحالة المدنية وهي:

- يوم الولادة والساعة والمكان وجنس الطفل.
- الأسماء التي أعطيت للطفل.
- أسماء وألقاب وأعمار ومهنة ومسكن الأب والأم.
- اسم المصرح إذا وجد.

وقد ثار خلاف حول ما إذا كان يجب على الطبيب في الولادات غير الشرعية أن يذكر اسم الأم؟

ذهب الرأي الغالب⁽²³⁶⁾ أن الطبيب غير ملزم إلا بذكر واقعة الولادة، واسم المولود، وجنسه وتاريخ ولادته، والساعة التي ولد فيها، ومقر الولادة.

(233) محمد رايس، "مسؤولية الأطباء...، مرجع سابق، ص 40.

(234) موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية...، مرجع سابق، ص 148 و 149.

(235) انظر المادة 64 من الأمر رقم 70-20 يتعلق بالحالة المدنية.

(236) د/أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 515.

أما البيانات الأخرى التي ينص عليها القانون، فيستطيع الطبيب أن يتجنب ذكرها، إما بناء على طلب الأسرة، أو لاعتبارات خاصة تفرض عليه السكوت، ويتعلق أساسها باسم الأب الذي يمكن أن يجهله واسم الأم ومكان الولادة.

ثانيا : التبليغ عن الوفيات

إن الهدف من التبليغ عن الوفيات، هو التعرف على أسباب الوفاة، إذا كانت طبيعية أم كانت نتيجة فعل إجرامي. وتقضي العدالة التحقق من ذلك قبل الترخيص بالدفن، فلا يمكن دفن شخص إلا بعد أن تقدم شهادة طبية تثبت الوفاة وأسبابها.

كما أن التعرف على أسباب الوفاة يفيد في اتقاء العدوى من الأمراض المعدية، كما يفيد في عمل الإحصاءات التي تساعد على التعرف على مقدار النجاح الحاصل في الوقاية من مرض معين، أو علاجه واتخاذ ما يلزم من تدابير للتغلب عليه⁽²³⁷⁾.

وتنص المادة 78 من قانون الحالة المدنية: " لا يمكن أن يتم الدفن دون ترخيص من ضابط الحالة المدنية، مكتوب على ورقة عادية ودون نفقة. ولا يمكن أن يسلم الترخيص إلا بعد تقديم شهادة معدة من قبل الطبيب أو من قبل ضابط الشرطة القضائية الذي كلفه بالتحقيق في الوفاة".

إذا حدثت الوفاة في المستشفيات الصحية، يتعين على مدير المستشفى إخبار ضابط الحالة المدنية بذلك خلال 24 ساعة⁽²³⁸⁾، ويقوم الطبيب بتحرير شهادة الوفاة لإظهار ما إذا كانت الوفاة طبيعية أو غير طبيعية. وإذا اشتبه أنها نتيجة فعل إجرامي، يلتزم قانونا بإخبار مركز الشرطة. وعليه فإن الطبيب الذي يخبر عن حدوث الوفاة يؤدي واجبا فرضه عليه القانون لمقتضيات المصلحة العامة، فلا عقاب عليه⁽²³⁹⁾.

(237) د/أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 521.

(238) انظر المادة 2/81 من الأمر رقم 70-20 يتعلق بالحالة المدنية.

(239) موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية...، مرجع سابق، ص 153.

ويشمل التبليغ عن الوفاة اليوم والساعة، ومكان الوفاة، وأسماء ولقب المتوفى، وتاريخ ومكان ولادته، ومهنته ومسكنه، وألقاب وأسماء ومهنة أبويه، وأسماء ولقب الزوج الآخر إذا كان الشخص الآخر متزوجاً أو أرملًا أو مطلقاً، وأسماء ولقب وعمر ومهنة ومسكن المصرح، وإذا أمكن درجة قرابته مع الشخص المتوفى (240).

وإذا لم يتم التصريح بالوفاة في الوقت المحدد قانوناً من قبل الأشخاص الذين حصلت عندهم الوفاة، وكذا أقارب المتوفى، تطبق عليهم العقوبة المنصوص عليها في المادة 2/441 من قانون العقوبات والمتمثلة في الحبس من عشرة أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر، وبغرامة من 8.000 إلى 16.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين.

(240) انظر المادة 80 من الأمر رقم 70-20 يتعلق بالحالة المدنية.

الفرع الثاني

التبليغ عن الأمراض المعدية

أدى التقدم الاجتماعي وخاصة في مجال العلوم الطبية، إلى اتخاذ بعض الإجراءات فيما يخص حماية الصحة العامة في المجتمع ككل، ووقاية أفراد من الأمراض الوبائية، مما اقتضى التضحية بالمصلحة الفردية للمريض، الذي لا يرغب في ذكر اسمه وما يتعلق به من ملاحظات طبية في سبيل المصلحة العامة⁽²⁴¹⁾. والهدف من التبليغ عن الأمراض المعدية، هو حماية المجتمع من الأمراض التي تشكل خطرا على حياتهم.

ويعد التبليغ عن الأمراض المعدية ضرورة من ضرورات الحفاظ على المصلحة العامة وصحة الأشخاص المحيطين بالمريض بصفة خاصة. ومن أجل ذلك، يتعين على الأطباء أن يعلموا المرضى بنوع مرضهم. كما يجب أن يعلموا الأجهزة المسؤولة في الدولة عن الأمراض المعدية حتى لا يعم خطرهما، ومرد ذلك هو كون الطبيب أمينا على صحة المجتمع، فلا حرج عليه عندما يكشف أن مريضه مصاب بالايذز، وأن يبلغ بذلك أهله أو يبلغ السلطات الصحية، بل القانون يفرض عليه واجب المبادرة بإبلاغ الجهات المختصة عند اشتباهه بوجود مرض معد⁽²⁴²⁾.

ومن أجل تقادي تفشي الأمراض المعدية من بلد لآخر، وضع نظام صحي دولي في سنة 1969 وتم تعديله في سنة 1973 وكذا في سنة 1983، يلزم هذا النظام التبليغ عن الأمراض المعدية ويحدد التدابير التي يجب اتخاذها في حالة ما إذا طرأت حالات مرضية على متن وسيلة نقل دولية⁽²⁴³⁾.

(241) د/أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 521.

(242) سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب....، مرجع السابق، ص 327.

(243) Voire Les maladies à déclaration obligatoire, www.santé-dz.com

وقد أصدرت الجزائر قرار وزاري في 17 نوفمبر 1990 تحدد فيه الأمراض المعدية التي يجب التبليغ عنها من قبل الأطباء أو الصيادلة أو أطباء الأسنان، سواء العاملين بالقطاع العام أو الخاص إلى مصالح مكافحة الأمراض المعدية⁽²⁴⁴⁾.

ويلزم القانون الأطباء أن يخبروا المصالح والسلطات الصحية بكل مرض معد ولو كان المريض هو الذي أفشى وأسر لهم بذلك. وإذا تم تشخيص هذا المرض من طرفهم ولم يقوموا بتبليغ الجهات المختصة بذلك ولو بحجة الحفاظ على السر المهني، فإنهم يتعرضون لعقوبات ذات طابع إداري وأخرى ذات طابع جزائي⁽²⁴⁵⁾.

كما أن المصلحة العامة تتطلب من الطبيب، الإبلاغ عن المرضى المصابين بالأمراض المعدية حتى ولو تعارضت مع المصلحة الخاصة بهؤلاء. لا شك أن التزام الطبيب بالإبلاغ هو أمر يفرضه الواجب العام بالحفاظ على المجتمع ووقاية أفراد من مثل تلك الأمراض، مع ضرورة أن يتقيد الطبيب بشروط ذلك، وأهمها أن يكون إبلاغه مقصورا على الجهات المختصة فقط. فإذا تعدى ذلك الإطار، بأن قام بالإبلاغ إلى أشخاص عاديين أو جهات غير مختصة اعتبر عمله إخلالا بالالتزام بالسر⁽²⁴⁶⁾.

ويتعين على الطبيب التأكد من أن المرض الذي يعاني منه المريض معد. ولا يكفي مجرد الاشتباه بوجود مرض معد، كما هو الحال في القانون المصري، وإنما يجب التأكد من نوعية المرض، وفق المقرر في المادة 54 من قانون الصحة، والتي تشترط أن يتم تشخيص المرض من قبل الطبيب.

(244) الأمراض المعدية التي يجب التبليغ عنها هي:

Bilharziose, Brucellose, Charbon, choléra, Coqueluche, Diphtérie, Fièvre jaune, Fièvre typhoïde et paratyphoïdes, Hépatites virales, Infection par le virus HIV (du SIDA), Kyste hydatique, Leishmaniose viscérale, Leishmaniose cutanée, Lèpre, Leptospirose, Méningite cérébro-spinale, Autres méningites non tuberculeuses, Paludisme, Peste, Poliomyélite, Rage, Rougeole, Syphilis, Tétanos, Toxi-infection alimentaire collective, Trachome, Tuberculose, Typhus exanthématique, Autres rickettsioses, Urétrite gonococcique, Urétrite non gonococcique.

انظر القرار الوزاري المؤرخ في 17 نوفمبر 1990 يتضمن الأمراض المعدية الواجب التبليغ عنها (غير منشور).

(245) تنص المادة 54 من قانون رقم 85-05 يتعلق بحماية الصحة وترقيتها: "يجب على الطبيب أن يعلم فورا المصالح الصحية المعنية بأي مرض معد شخصه وإلا سلطت عليه عقوبات إدارية وجزائية".

(246) د/محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية في...، مرجع سابق، ص 127.

إذا قام الطبيب بالإبلاغ دون التأكد من أن المريض معد، ثم يتضح أنه غير معد، فهذا يسبب ضرراً للمريض، ويحتاج إلى وقت طويل كي ينسى الناس ما أشيع حول إصابته بذلك المرض.

ويتعين على الطبيب أن يحاول إقناع المريض بأن يقوم هو بإبلاغ السلطات المختصة بمرضه، وذلك من خلال اطلاعه على النتائج الخطيرة والآثار التي تصيب المجتمع، وقد تلحق بأقرب الناس إليه إذا لم يتم الإبلاغ عن مرضه. ومثال ذلك المريض المصاب باللايدز ويخشى من انتقال العدوى منه إلى زوجته أو أولاده أو أهله وذويه وإلى الناس أجمعين، فإذا نجحت محاولة الطبيب في إقناع المريض، وقام الأخير بالإبلاغ عن نفسه، يتحلل الطبيب من هذا الالتزام، وذلك حفاظاً على المصلحة العامة التي تتطوي تحتها مصلحة المريض نفسه في حماية أسرته⁽²⁴⁷⁾.

(247) سمير عبد السميع الاودن، مسؤولية الطبيب...، مرجع السابق، ص 327.

الفرع الثالث

التبليغ عن الجرائم

الجرائم هي إتيان فعل أو الامتناع عن فعل يحظره القانون ويقرر عقوبة لمرتكبه⁽²⁴⁸⁾. ولمكافحة الإجرام فرض المشرع الإبلاغ عن الجرائم، فكل شخص علم بوقوع جريمة أو وجود خطط من أجل ارتكابها، يتعين عليه التبليغ عنها وإلا وقعت عليه عقوبة⁽²⁴⁹⁾. ويعتبر الالتزام بالتبليغ التزاما عاما يقع على عاتق كل شخص، سواء كان عاديا أو مهنيا، لأن المهني ورغم أنه ملزم بالسر المهني، إلا أنه مواطن يلتزم بالإبلاغ عن الجرائم من أجل الصالح العام حتى ولو ترتب عن ذلك إفشاؤه للسر المهني، لأن السر يجب ألا يحول دون القبض على المجرمين وحمايتهم⁽²⁵⁰⁾. لكن السؤال المطروح هو هل يتعين التبليغ عن الجرائم التي وقعت فعلا أو التي ستقع أو التي يحتمل وقوعها؟

إن واجب التبليغ يكون على الجنايات التي وقعت أو التي تم الشروع فيها، إذ تنص المادة 181 من قانون العقوبات: «يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج أو إحدى هاتين العقوبتين كل من يعلم بالشروع في جناية أو بوقوعها فعلا ولم يخبر السلطات فور».

ولقد ألزم المشرع الجزائري المهنيين بالإبلاغ عن الجرائم وذلك بموجب المادة 2/301 من قانون العقوبات⁽²⁵¹⁾.

(248) محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات القسم العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 35.

(249) انظر المادة 91 من الأمر رقم 66-156 يتضمن قانون العقوبات.

(250) سمير عبد السميع الاودن، مسؤولية الطبيب...، مرجع السابق، ص 326.

(251) تنص المادة 2/301 من الأمر رقم 66-156 يتضمن قانون العقوبات: «ومع ذلك فلا يعاقب الأشخاص المبينون أعلاه، رغم التزامهم بالإبلاغ عن حالات الإجهاض التي تصل إلى علمهم بمناسبة ممارسة مهنتهم، بالعقوبات المنصوص عليها في الفقرة السابقة إذا ابلغوا بها، فإذا دعوى للمثول أمام القضاء في قضية إجهاض يجب عليهم الإدلاء بشهادتهم دون التقيد بالسر المهني».

ويلاحظ أن المشرع الجزائري قد خص بالذكر في المادة 2/301 من قانون العقوبات، جريمة الإجهاض دون غيرها من الجرائم، وهذا يعود ربما إلى خطورة هذه الجريمة أو يكون قد ترك المجال للقوانين المهنية الخاصة لتحديد الجرائم التي يجب على المهني التبليغ عنها.

وبهذا الخصوص، يتعين على الطبيب التأكد من مشروعية الإجهاض، لأن هناك بعض الحالات التي لا يشكل فيها الإجهاض جريمة، مثل الحالة التي تقتضي إنقاذ حياة الأم من الخطر. وهذا ما تنص عليه المادة 308 من قانون العقوبات: «لا عقوبة على الإجهاض إذا استوجبت ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر متى أجراه طبيب أو جراح في غير خفاء وبعد إبلاغه السلطات الإدارية».

يجب على الطبيب أن يبلغ السلطات العامة عندما يعلم من فحصه لطفل أنه كان موضع سوء معاملة. ولا يعد إبلاغه هذا كشفا لسر المهنة، حتى ولو كان المتهمون هم الذين قاموا بدعوته لعلاج الطفل⁽²⁵²⁾.

تلزم المادة 12 من مدونة أخلاقيات الطب الأطباء تبليغ السلطة القضائية عن سوء معاملة الأشخاص المحرومين من الحرية والتي لاحظوها خلال ممارستهم مهنتهم، وعن أي ضرر يلحق بشخص سلب الحرية، في جسمه أو عقله أو كرامته، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، أو عن أي شخص تعرض إلى سوء معاملة.

(252) د/رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2005 ص 175 و 176.

تنص المادة 54 من المرسوم التنفيذي 92-276 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب: «يجب على الطبيب أو جراح الأسنان المدعو للاعتناء بقاصر أو بشخص معوق، إذا لاحظ إنهما ضحية معاملة قاسية أو غير إنسانية أو حرمان، أن يبلغ بذلك السلطات المختصة».

ويضيف القانون الفرنسي ضرورة إبلاغ المهني السلطات المختصة عن التحرش الجنسي الواقع على القصر، بعد التأكد من أن ذلك الفعل يشكل جريمة يعاقب عليها القانون⁽²⁵³⁾.

يختلف الأمر في مجال المحاماة بخصوص التبليغ عن الجرائم، حيث يرى البعض ومن بينهم "حسن الفكهاني" أنه يتعين على المحامي التبليغ عن أي جريمة تصل إلى علمه، فإن استطاع أحد المتهمين رأي محاميه في ارتكاب جريمة وذلك بالاتفاق مع أحد الشهود على أن يشهد لصالحه، فهذا الأمر ولو أنه سر علم به المحامي بسبب مهنته، فإن من حقه بل من واجبه أن يفشي لمنع وقوع الجريمة⁽²⁵⁴⁾.

ويرى "عبد الحميد الشواربي" أنه لا يحق للمحامي أن يفشي سر موكله عن جريمة وقعت. فإذا اعترف له موكله بارتكاب جريمة، فلا يحق له أن يصرح أمام المحكمة أن المتهم قد اعترف له بارتكاب جريمة حتى لو كان المتهم قد اعترف أثناء التحقيقات أو أمام المحكمة. وهذا لا يتنافى مع حق المحامي في أن يبني مرافعته على أساس اعتراف المتهم في الأوراق، وليس الاعتراف الذي أدلى به المتهم شخصياً في مكتب المحامي⁽²⁵⁵⁾.

اختلف الرأي في فرنسا حول ضرورة تبليغ المحامي عن الجرائم التي تصل إلى علمه حيث يرى النقيب Jacques Charpentier أنه لا يجب على المحامي إفشاء السر المهني مهما كان نوع الجريمة التي ارتكبها العميل⁽²⁵⁶⁾.

(253) Jean LARGUIER et Anne- Marie LARGUIER, Droit penal..., op.cit, p150.

Art 226-14 du code penal: «L'article 226-14 n'est pas applicable dans le cas ou la loi impose ou autorise la revelation du secret en outre, il n'est pas applicable:

1° A celui qui informe les autorités judiciaires, médicales ou administratives de privation ou de services, y compris lorsqu'il s'agit d'atteintes « ou mutilation » sexuelles, dont il a eu connaissance et qui ont été infligées à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique;... ».

(254) حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية، (الجزء الثاني)، الدار العربية للموسوعات القاهرة، د س ن، ص 1011.

(255) د/عبد الحميد الشواربي، الإخلال بحق الدفاع في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، د س ن، ص 46.

(256) « J'estime que la révélation par le client à l'avocat de faits susceptibles d'entraîner une répression pénale est couverte par le secret professionnel quelle que soit la nature du délit ». Voir Marcel EOGER, Le secret professionnel de l'avocat devant la justice, libre justice, Paris, 1967, p 13.

أما في حالة ما إذا كان العميل يقوم بخطط من أجل ارتكاب جريمة، ففي هذه الحالة أيضا يتعين على المحامي الحفاظ على السر المهني، لأنه ملزم بالمحافظة على السر طول فترة دفاعه عن موكله وحتى بعد نهاية القضية⁽²⁵⁷⁾.

انتهج المشرع الجزائري نفس الرأي حيث يرى أنه لا يجب على المحامي إفشاء السر حتى من أجل التبليغ عن الجرائم وهذا يظهر من المادة 2/86 من النظام الداخلي لمهنة المحاماة والتي تنص: «يعد السر المهني مطلقا ومن النظام العام».

وكذا أوجب القانون المصرفي الالتزام بالإبلاغ عن المعلومات المشبوهة إلى الجهات المختصة حتى ولو شكل هذا الإبلاغ إفشاء للسر⁽²⁵⁸⁾. فيلتزم المصرفي بالتبليغ عن جريمة تبييض الأموال، والتي تعتبر عمليات يتخذ بمقتضاها أي سبيل لإخفاء مصدر الأموال المحصلة من أعمال غير مشروعة، ومحاولة إضفاء طابع المشروعية عليها عن طريق إعادة ضخها في الاقتصاد⁽²⁵⁹⁾.

(257) « L'avocat en pareil cas, ne doit rien révéler des intentions de son client. Il peut et doit seulement raisonner la personne qui est venue le consulter, la calmer de son mieux et faire, en honnête homme, tout ce qui dépendra de lui pour éviter un malheur mais il ne doit jamais aller jusqu'à la violation du secret professionnel ». Voir Marcel EOGER, Le secret..., op.cit, p 13.

(258) خالد رميح تركي المطيري، البنوك وعملية غسل الأموال، رسالة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، د س ن، ص 59.

(259) ميلود زنكي، "جريمة تبييض الأموال ومخاطرها على النظام المصرفي، حالة النظام المصرفي الجزائري"، مداخلات الملتقى الوطني الأول حول الجرائم المالية في ظل التحولات الاقتصادية والتعديلات التشريعية، كلية الحقوق والآداب والعلوم الاجتماعية، جامعة 08 ماي 1945 قالمة، يومي 24 و 25 أفريل 2007، ص 115.

وقد أصبحت هذه العمليات تهدد استقرار الاقتصاد، لأنها مرتبطة بأنشطة غير مشروعة، وعمليات مشبوهة تتحقق من خلالها مداخل طائلة. ولهذا ألزم القانون البنوك والمؤسسات المالية بواجب إخبار السلطات المختصة عن كل معاملة مشبوهة، للتحقق من هذه العمليات⁽²⁶⁰⁾. ويتم الإخطار بالشبهة لدى خلية معالجة الاستعلام المالي⁽²⁶¹⁾.

حيث تنص عليه المادة 2/11 من النظام رقم 05-05 من قانون تبيض الأموال⁽²⁶²⁾: «يجب على البنوك والمؤسسات المالية إبلاغ خلية معالجة الاستعلام المالي بكل عملية تتعلق بأموال يشتبه أنها متحصلة من جناية أو جنحة لا سيما الجريمة المنظمة والمتاجرة بالمخدرات والمؤثرات العقلية».

تقوم هذه الخلية بتحليل ومعالجة الإخطارات التي تصل إليها، وجمع المعلومات والبيانات التي تسمح باكتشاف الأموال. وفي حالة وجود هذا النوع من العمليات، تقوم بإخطار وكيل الجمهورية⁽²⁶³⁾.

(260) Olivier JERZ, Le blanchiment de L'argent, Revue banque édition, 2^{ème} édition, Paris, 2003, p 50.

تنص المادة 19 من قانون 01-05 يتعلق بالوقاية من تبيض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما: «يخضع لواجب الإخطار بالشبهة... البنوك والمؤسسات المالية...». قانون رقم 01-05 مؤرخ في 6 فبراير سنة 2005، يتعلق بالوقاية من تبيض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما (ج ر عدد 11) الصادرة في 9 فبراير 2005.

(261) خلية معالجة الاستعلام المالي، هي هيئة تم إنشاؤها لدى الوزير المكلف بالمالية، وهي تتمتع بالشخصية المعنوية، والاستقلال المالي. انظر سي يوسف زاهية حورية، "دور البنوك في مكافحة عمليات تبيض الأموال"، الملتقى الوطني حول مكافحة الفساد وتبيض الأموال، يومي 10 و 11 مارس 2009، كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو، ص 9. انظر كذلك المرسوم التنفيذي رقم 02-127 المؤرخ في 7 أبريل 2002، يتضمن إنشاء خلية معالجة الاستعلام المالي وتنظيمها وعملها، (ج ر عدد 23) الصادرة في 7 أبريل 2005.

(262) نظام رقم 05-05 مؤرخ في 15 ديسمبر سنة 2005، يتعلق بالوقاية من تبيض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما (ج ر عدد 26) الصادرة في 23 أبريل 2006.

(263) د/أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الثاني (الجرائم الاقتصادية وبعض الجرائم الخاصة)، دار هومه، الجزائر، 2006، ص 400 و 401.

ولا يجوز مساءلة هيئة الاستعلام المالي أو الأشخاص بإفشاء السر المهني، وهذا ما تنص عليه المادة 22 من القانون المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما: «لا يمكن الاعتذار بالسر المهني أو السر البنكي في مواجهة الهيئة الخاصة». وبالعكس، تسأل البنوك في حالة عدم قيامها بهذا الواجب، بحكم تسترهما على معلومات تخص جريمة يعاقب عليها القانون، وهذا ما جاء في المادة 32 من القانون المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما والتي تنص: «يعاقب كل خاضع يمتنع عن عمدا وبسابق معرفة، عن تحرير و/أو إرسال الإخطار بالشبهة المنصوص عليه في القانون بغرامة من 100.000 دج إلى 1.000.000 دج، دون الإخلال بعقوبات أشد وبأية عقوبة تأديبية أخرى».

وتنص المادة 24 من القانون المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال على أنه يعفى الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الخاضعون للأخطار بالشبهة والذين تصرفوا بحسن نية، من أية مسؤولية إدارية أو مدنية أو جزائية.

وينبغي القول بأن تبليغ المعلومات المشمولة بالسر إلى الخلية لا يؤدي إلى استباحة طابعها السري، حيث حرص القانون على ضمان الحفاظ على سريتها⁽²⁶⁴⁾ بمنع تبليغها لأية جهة كانت ماعدا وكيل الجمهورية المختص، إذا رأت بان الوقائع تشكل جريمة تبييض الأموال أو تمويل الإرهاب، ومثل هذه الضمانات تحول دون إفشاء أسرار الزبائن⁽²⁶⁵⁾.

وبهذا لم تصبح السرية المصرفية عقبة أمام مكافحة غسيل الأموال، إذ يمكن الإفصاح عن حسابات العميل للسلطات المختصة والتي يحددها القانون، ولا يمكن الاحتجاج بكون الإفصاح هدرا للحق في خصوصية العميل⁽²⁶⁶⁾.

(264) تنص المادة 2/15 من قانون رقم 01-05 يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما: «تكتسي المعلومات المبلغة إلى الهيئة المختصة طابعا سريا، ولا يجوز استعمالها لأغراض غير تلك المنصوص عليها في هذا القانون».

(265) عبد الحق قريمس، "مدى مسؤولية البنوك عن الإخلال بالالتزامات المقررة للوقاية من تبييض الأموال"، الملتقى الوطني حول مكافحة الفساد وتبييض الأموال، يومي 10 و 11 مارس 2009، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص 13.

(266) محمد عبد الودود ابو عمر، المسؤولية الجزائية...، مرجع سابق، ص 105.

وبالإضافة إلى جريمة غسل الأموال، يجب على المصرفي أيضا، وحماية للصالح العام، التحلل من الالتزام بالسر المصرفي في حالة إصدار شيك بدون رصيد⁽²⁶⁷⁾، إذ يحق للبنك في مثل هذه الحالة الإبلاغ عن هذه الجريمة، من أجل حماية مصلحة أولى بالرعاية، وهي المصلحة العامة وكذلك النظام العام، بالإضافة إلى مصلحة المستفيد من الشيك. فإذا قدم شيك للبنك موقع من العميل، ولم يوجد رصيد كاف لصرفه يضطر البنك إلى إفشاء السر المصرفي بأن يصرح أن رصيد العميل غير كاف أو لا رصيد له، وذلك لإبلاغ عن جريمة إصدار شيك بدون رصيد، فيتحلل من التزامه بالسر المهني⁽²⁶⁸⁾.

(267) انظر المادة 374 من الأمر رقم 66-156 يتضمن قانون العقوبات.

(268) محمد عبد الودود ابو عمر، المسؤولية الجزائية...، مرجع سابق، ص 106.

المطلب الثاني

الإفشاء المقرر للمصلحة العامة بترخيص من القضاء

بالإضافة إلى الحالات التي نص عليها القانون والتي سمح فيها للمهني بالخروج عن السر المهني أقر القضاء حالات أخرى وذلك من أجل حماية المصلحة العامة وحسن سير العدالة. وتتوفر هذه الأسباب في ثلاث حالات تتمثل في: أداء الشهادة أمام القضاء (الفرع الأول)، أعمال الخبرة (الفرع الثاني)، والتفتيش والحجز (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الشهادة أمام القضاء

يقصد بالشهادة، الإخبار أمام القضاء بصدور واقعة من غير الشاهد، تثبت حقا أو التزاما لشخص آخر (269).

وكانت الشهادة في المجتمعات القديمة من أهم طرق الإثبات، لدرجة أنها كانت تفضل على الدليل الكتابي. غير أنه لما اتسعت المجتمعات قلت الثقة في شهادة الشهود، إذ كثر احتمال الكذب وشهادة الزور، فأصبح مجال الإثبات بالشهادة محدودا، لا سيما بعد أن وضعت غالبية التشريعات الحديثة مبدأ التصرفات القانونية بالكتابة، مما أدى إلى عدم إجازة الإثبات بالشهادة إلا في الأمور التي حددها القانون (270).

(269) عصام أنور سليم، النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص 267.

(270) عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر، عمان، 2005، ص 232 و 233.

ونظرا لأهمية دور الشهادة في الدعوى القضائية، فقد أجاز المشرع سماع الشهود في المواد المدنية وذلك بموجب المادة 150 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽²⁷¹⁾ التي تنص: «يجوز الأمر بسماع الشهود حول الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود ويكون التحقيق فيها جائزا ومفيدا للقضية».

وأوجب القانون الشهادة في الدعاوى الجزائية، بموجب المادة 89 من قانون الإجراءات الجزائية والتي تنص: «يتعين على كل شخص استدعي بواسطة أحد أعوان القوة العمومية لسماع شهادته أن يحظر ويؤدي اليمين عند الاقتضاء ويدلي بشهادته وإلا عوقب بمقتضى نص المادة 97...».

وعلى كل شخص يستدعى للشهادة، الحضور لأدائها، ويتعين عليه قبل ذلك أداء اليمين. وإذا امتنع عن الحضور، فيتم إحضاره جبرا بواسطة القوة العمومية أو الحكم عليه بغرامة⁽²⁷²⁾. ونفس العقوبة توقع على الشاهد إذا رفض أداء اليمين. لكن المشكل يطرح بالنسبة للمهنيين، فهل يلتزمون بأداء الشهادة مثلهم مثل غيرهم، أم يلتزمون بكتمان السر الذي عهد إليهم أثناء تأديتهم لمهنتهم ؟

يكون المهني في هذه الحالة أمام واجبين متناقضين. أولهما هو الشهادة أمام القضاء وإلا تعرض للعقوبة⁽²⁷³⁾ المقررة في المادة 97 من قانون الإجراءات الجزائية وثانيهما، يتمثل في الحفاظ على السر المهني المعهود إليه بمناسبة أدائه لوظيفته والذي تفرضه عليه المادة 301 من قانون العقوبات.

(271) قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية (ج ر عدد 21) الصادرة في 23 أبريل 2008.

(272) انظر المادة 2/97 من الأمر رقم 66-155 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية.

(273) Robert SAURY, Manuel..., op.cit, p 254.

اختلف الفقه بشأن الشهادة ومدى أحقية المؤتمن على السر في أدائها أمام القضاء. فمنهم⁽²⁷⁴⁾ من يرى بأنه لا عقاب على هذا الإفشاء، لأن الفرد وإن كان من أهل المهن، فهو مجبر على بيان ما اطلع عليه بمقتضى مهنته أو صناعته، وأن ذلك يساعد القضاء في الوصول إلى الحقيقة، أما البعض الآخر فيرى⁽²⁷⁵⁾ عدم جواز بيان السر من قبل أهل المهنة إذا كان السر يتعلق بالمهنة، وأن إفشاءه يعرض من أفشاه للعقاب.

وهذا ما ذهب إليه القانون الفرنسي حيث أخذ بالسر شبه مطلق، ولم يجز إفشاءه أمام القضاء، حتى وإن كان الهدف منها هو حماية مصلحة عامة أو حتى حماية مصلحة خاصة⁽²⁷⁶⁾، فيتعين على المهني التزام الصمت إذا كانت الواقعة التي استدعي من أجلها قد علم بها أثناء تأديته لمهنته⁽²⁷⁷⁾، إلا إذا كان هناك نص صريح يسمح له بذلك.

وقد قضت الغرفة الجنائية لمحكمة استئناف باريس بضرورة التزام الطبيب بالسر المهني حتى وإن دعي للشهادة أمام القضاء، وكان ذلك بموجب الحكم المؤرخ في 8 مارس 1947 الذي صدر في قضية، تتلخص وقائعها في أن بنت قاصر تعرضت لجريمة، وتم فحصها من قبل طبيب، وقام أولياء القاصر بالتصريح أمام محكمة الجنايات أن الطبيب حرر شهادة طبية بعد فحصه للقاصر، وطلبوا منه تقديم تلك الشهادة وإعطاء تفاصيل أكثر عن الجريمة التي تعرضت لها ابنتهم. رفض الطبيب تقديم شهادته متمسكا بالسر المهني. حكمت المحكمة على الطبيب بغرامة مالية. واثرا الاستئناف الذي قدمه هذا الأخير، تقرر تبرئته على أساس أن السر المهني مطلق ولا يجوز إفشاؤه مهما كانت الأسباب⁽²⁷⁸⁾.

(274) موفق علي عبيد المسؤولية الجزائية...، مرجع سابق، ص 160.

(275) د/عادل جبري محمد حبيب، مدى المسؤولية...، مرجع سابق، ص 202.

(276) Georges BOYER CHAMMARD et Paul MONZEIN, La responsabilité médicale, presses universitaires de France, Paris, 1974, p 224.

(277) « La révélation du secret professionnel est puni, cependant, si elle a lieu en justice, elle n'est pas punie, mais le dépositaire n'est pas obligé de parler et puisqu'il peut se taire, il doit se taire... ». Voir Cléo LECLERCQ, Devoirs..., op.cit, p 164.

(278) Michèle –Laure RASSAT, Droit ..., po.cit, 1976. p 306.

ويعاقب المشرع الإنجليزي على رفض الإدلاء بالشهادة، ولا يستثني من ذلك الأمان بالضرورة، لذلك يجب على المؤتمن على الأسرار أن يفضي ببعض أسرار عميله وإلا كان هناك اعتداء على قدسية المبدأ الذي ينادي بضرورة الوصول إلى العدالة⁽²⁷⁹⁾.

أما المشرع الجزائري، فقد أخذ بالسر المطلق وحظر على المهنيين الإدلاء بالشهادة إذا كان الأمر يتعلق بالسر المهني، وهذا تطبيقا للمادة 1/97 من قانون الإجراءات الجزائية والتي تنص: «كل شخص استدعي لسماع شهادته ملزم بالحضور وحلف اليمين وأداء الشهادة مع مراعاة الأحكام القانونية المتعلقة بسر المهنة».

وتضيف المادة 1/232 من نفس القانون: «لا يجوز سماع شهادة المدافع عن المتهم فيما وصل إلى علمه بهذه الصفة، أما الأشخاص الآخرون المقيدون بالسر المهني فيجوز سماعهم بالشروط التي عينها لهم القانون».

فالمهني الذي يرفض الشهادة، لا يحكم عليه بعقوبة الامتناع عن أدائها لأن المشرع الجزائري قد غلب واجب الكتمان على واجب مساعدة السلطات القضائية على استظهار الحقيقة، لكنه لم يأخذ بهذه القاعدة على إطلاقها، وإنما سمح في بعض الحالات للمهني بأداء الشهادة ولو بشكل غير مباشر. فتتقرر معاقبة كل شخص يمتنع عمدا عن الإدلاء بالشهادة من أجل إظهار براءة محبوس أو محكوم سواء كان مهنيا أو شخصا عاديا، وهذا ما جاء في المادة 3/182 من قانون العقوبات، والتي تنص: «ويعاقب بالعقوبة نفسها كل من امتنع عمدا على براءة شخص محبوس مؤقتا أو محكوم عليه في جناية أو جنحة ويمتنع عمدا عن أن يشهد بهذا الدليل فورا أمام سلطات القضاء أو الشرطة، ومع ذلك فلا يقضي بالعقوبة على من تقدم من تلقاء نفسه بشهادته وإن تأخر في الإدلاء بها».

(279) د/عادل جبري محمد حبيب، مدى المسؤولية...، مرجع سابق، ص 202.

خرج المشرع الجزائري على قاعدة السر المطلق، ولم يفرق بين الأشخاص سواء كان على عاتقهم التزام بكتمان السر أم لا. فالمادة 301 من قانون العقوبات الجزائري تقضي صراحة في الشطر الثاني من فقرتها الثانية بأن الأطباء والجراحين والقابلات غير مقيدين بواجب كتمان السر المهني إن هم دعوا للمثول أمام القضاء في قضية إجهاض، بل هم ملزمون بالإدلاء بشهادتهم⁽²⁸⁰⁾.

وتتص المادة 4/206 من قانون حماية الصحة وترقيتها، على أنه لا يمكن للطبيب أو جراح الأسنان أو الصيدلي المدعو للإدلاء بالشهادة أمام القاضي، خارج الجلسة أو في جلسة سرية، أن يكتم السر المهني عنه فيما يخص موضوع محدد يرتبط بمهنته. يجيز هذا النص للطبيب البوح بكل الأسرار للقاضي إذا تعلقت بموضوع محدد، يساعد على إحقاق الحق وخدمة العدالة، بل أن الطبيب يقدم شهادته حتى في الجلسات العلنية عندما يطلب منه ذلك⁽²⁸¹⁾.

وتتص المادة 100 من مدونة أخلاقيات الطب هي الأخرى على إمكانية تقديم الطبيب شهادته من أجل مساعدة التحقيق وكشف الحقيقة. فلا يجب على الطبيب أن يلتزم الصمت والكتمان لكي يترك بريئاً يعاقب ظلماً وعدواناً، بل يجب عليه أن يفشي سر المهنة في هذه الحالة. وله أن يدفع المسؤولية عن نفسه، مستنداً إلى حالة الضرورة التي تبرر له الإدلاء بما عنده من معلومات في سبيل إنقاذ برئ من الاتهام المنسوب إليه⁽²⁸²⁾. لكن بالمقابل، يتعين على صاحب السر أثناء الإدلاء بشهادته التقيد بموضوع النزاع، فلا يجب أن يتعداه إلى غيره من الأسرار إلا إذا كان السر مرتبطاً بغيره ارتباطاً وثيقاً⁽²⁸³⁾.

(280) د/أحسن بوسقيعة، الوجيز...، مرجع سابق، ص 241.

(281) محمد رايس، مسؤولية الأطباء...، مرجع سابق، ص 15.

(282) سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب...، مرجع سابق، ص 324.

(283) د/عبد الحميد الشواربي، الإخلال بحق...، مرجع سابق، ص 49.

الفرع الثاني

أعمال الخبرة

الخبرة وسيلة للتحري، في بعض المنازعات التي تعرض على القضاء، جزائية كانت أو مدنية أو تجارية أو إدارية. ويعتبر الخبير رجلا من أهل المعرفة في علم من العلوم أو فن من الفنون، فقد يكون مهندسا معماريا أو طبيبا، فهو المختص الذي تطلب مشورته أو الذي يعد تقريراً حول النزاعات التي تقوم بين الخصوم في مسائل تتعلق بالفنون أو التجارة أو الحرف التي يختص فيها⁽²⁸⁴⁾.

وتتم الخبرة إما من تلقاء نفس القاضي أو بناء على طلب الخصوم⁽²⁸⁵⁾. يحدد القاضي للخبير مهامه بالإضافة إلى المهلة التي يتعين فيها أن يودع تقريره الكتابي أو الإدلاء بتقريره الشفوي. وإذا أسندت الخبرة إلى أكثر من خبير واحد وجب عليهم القيام بأعمال الخبرة سوية وبيان خبرتهم في تقرير مشترك، وإذا اختلفت آراؤهم، وجب على كل منهم أن يدلي برأيه معللاً⁽²⁸⁶⁾.

وتشمل الخبرة القضائية في المجال الجزائي البحث في الجريمة من حيث سببها وكيفية ارتكابها، البحث عن فاعل الجريمة وذلك بالاستعانة بالطبيب الشرعي، حيث يلتزم هذا الأخير بأداء عمل وانجاز مهمة محددة من قبل السلطة القضائية ألا وهي استيضاح رأيه الفني في واقعة معينة تخرج عن معارف القاضي، حيث يتعين عليه أن يضمن تقريره بالمعلومات التي توصل إليها من المجني عليه أو الجاني⁽²⁸⁷⁾.

(284) محمد توفيق اسكندر، الخبرة القضائية، دار هوم، الجزائر، 2002، ص 7 و 8.

(285) تنص المادة 126 من قانون رقم 09-08 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية: «يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم، تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة».

(286) محند أمقران بوبشير، قانون الإجراءات المدنية (نظرية الدعوى - نظرية الخصومة - الإجراءات الاستثنائية)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 235.

(287) خالد محمد شعبان، مسؤولية الطب الشرعي (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2008، ص 532.

وتشمل الخبرة في المجال المدني تحديد درجة الإصابة وحجم الخسائر التي يقدر بناء عليها التعويض المستحق للمتضرر⁽²⁸⁸⁾.

والهدف من الخبرة هو توضيح جوانب مسألة محل نزاع قضائي وتقدير الضرر الحاصل⁽²⁸⁹⁾. ولرأي الخبير تأثير كبير على رأي القاضي ولو أنه ليس ملزماً بإتباعه إذا كان يعتقد عكس اعتقاد الخبير⁽²⁹⁰⁾.

ويعتبر الخبراء من طائفة الأشخاص الذين تسمح لهم مهنتهم بالعلم بوقائع سرية باعتبارهم من المساهمين في إكمال إجراءات التحقيق والمحاكمة⁽²⁹¹⁾ وملزمين بتقديم تقارير عن المهمة التي أسندت إليهم. فهل يتعين عليهم تضمين تقاريرهم الأسرار التي اكتشفوها أو اطلعوا عليها أثناء ممارستهم لمهامهم أو يلتزموا بالحفاظ عليها؟

اختلفت الآراء حول مدى التزام الخبير بكتمان الأسرار التي اطلع عليها أثناء قيامه بمهامه. يرى الفقيه الفرنسي Vienne⁽²⁹²⁾ أن الخبير ملزم بالمحافظة على السر، لأن المتهم يتمتع أصلاً بحق السكوت وعدم الإفشاء إلى السلطات القضائية بالمعلومات التي تضر بمركزه في الدعوى، فيجب أن لا يحرم من تلك الوسيلة الدفاعية بالسماح للخبير بالكشف عما توصل إليه من معلومات أثناء مباشرته لعمله عن طريق كسب ثقة المتهم.

وذهب رأي آخر⁽²⁹³⁾ إلى القول أن الخبير المعين من قبل السلطة القضائية مجبر على الإجابة على الأسئلة الموجهة إليه في الموضوع محل النزاع، ولا يجوز له أن يصرح بأكثر مما سئل فيه، أو أن يقدم معلومات خارجة عن موضوع النزاع، لأن هذا يعد إفشاء للسر المهني.

(288) د/أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 529 و 530.

(289) انظر المادة 125 من قانون رقم 08-09 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(290) محمد توفيق اسكندر، الخبرة...، مرجع سابق، ص 7 و 8.

(291) د/أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية...، المرجع السابق، ص 530.

(292) المرجع السابق، ص 531.

(293) Marie Dominique FLOUZA-AUBA et Sami Paul TAWIL, Droit..., op.cit, p 32.

أما الفقيه "Garçon" فذهب⁽²⁹⁴⁾ إلى القول أن الخبير القضائي غير ملزم إطلاقاً بكتمان السر المهني، بل بالعكس فهو يلتزم بعدم إخفاء ما يلاحظه أو يستنتجه عن القاضي الذي عينه، ولا حتى ما يدلي به له الشخص محل الخبرة، لأن ذلك لا يشكل سرا مدلى به لا صراحة ولا ضمناً.

أخذ المشرع الجزائري بالرأي الثالث إذ تناول موضوع الخبرة في عدة نصوص، فنص عليها في المواد من 143 إلى 156 من قانون الإجراءات الجزائية، كما نص عليها في المواد من 125 إلى 149 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بالإضافة إلى ما ورد في القوانين المهنية الخاصة ومنها المادة 4/206 من قانون حماية الصحة وترقيتها، وكذا المواد من 95 إلى 99 من مدونة أخلاقيات الطب.

عرفت المادة 95 من مدونة أخلاقيات الطب الخبرة على أنها عمل يقدم من خلاله الطبيب أو جراح الأسنان الذي يعينه قاضي أو سلطة أو هيئة أخرى مساعدته لتقدير حالة شخص ما الجسدية أو العقلية، ثم القيام عموماً بتقسيم التبعات التي تترتب عليها آثار جنائية أو مدنية.

وتعتبر الخبرة عملاً فنياً، يستند إليها القاضي في بعض الحالات للقيام بعمله. ويتم تعيين الخبير إما من قبل القاضي أو من قبل هيئة أو سلطة⁽²⁹⁵⁾. وربما قصد المشرع من مصطلح "سلطة أو هيئة"، جهة تحتاج لرأي خبير من أجل اتخاذ قرار ما، مثل شركة التأمين التي تعين خبيراً للقيام بالفحوصات اللازمة للأشخاص الذين يريدون التأمين على حياتهم لمعرفة ما إذا كانوا يعانون من أمراض مزمنة، أو الهيئة المستخدمة التي عينته.

(294) جريمة علة، جنحة إفشاء...، مرجع سابق، ص 111.

(295) المادة 126 من قانون رقم 08-09 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ويتعين على الخبير قبل البدء في مهمته أن يتحصل على الملف الطبي للمريض أو الأوراق التي يمكن أن تساعد على القيام بمهامه من الأطراف المعنية بالخبرة. وفي حالة غياب هذه الأوراق، يصعب على الخبير القيام بمهامه. ويلعب الطبيب المعالج دورا هاما في هذا المجال حيث يمكنه مساعدة الخبير الطبي في الحصول على هذه الأوراق، بشرط أن يوافق المريض على ذلك⁽²⁹⁶⁾. وإذا قدم الطبيب المعالج معلومات للخبير عن المريض دون موافقة هذا الأخير، يعد مرتكبا لجريمة إفشاء السر وتحقق مسؤوليته⁽²⁹⁷⁾.

وهذا ما حدث في قضية شهيرة صدرت عن الغرفة الجنائية لمحكمة استئناف "ليون" في حكم صدر في 17 ماي 1973. وتتلخص وقائعها في أن شخصا مؤمنا على حياته تعرض لحادث سير، وتوفي على إثر ذلك، قام الخبير المعين من قبل شركة التأمين بتحرير تقريره مستندا إلى الملف الذي حصل عليه دون طلب أو موافقة أفراد عائلة المتوفى، وحكم عليه بتهمة إفشاء السر المهني⁽²⁹⁸⁾.

ففي المجال الجنائي يتم الحجز على الأوراق والمستندات اللازمة للخبرة من قبل المحكمة وذلك من أجل ضمان احترام السر المهني، أما الإثبات فيقع على المدعي، وبالتالي فهو الملزم بالحصول على الأوراق والمستندات من أجل تقديمها للخبير⁽²⁹⁹⁾.

وبعد تحصل الخبير على كل الأوراق والملفات التي يحتاجها، يقوم بدراستها. وفي حالة رفض المعني بالأمر تقديم الأوراق والملفات اللازمة لذلك، يتعين على الخبير تسجيل ذلك في التقرير الذي يعده⁽³⁰⁰⁾.

(296) Georges SIKSIK, « Secret professionnel et expertise médicale », in Le secret professionnel, Séminaire d'actualité de droit médical, Les études hospitalières, Paris, 2002, p 46 et 47.

(297) د/عبد الحميد الشواربي وعزالدين الديناصورى، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الخامسة، 1996، ص 1448.

(298) J.HUREAU et D.POINTOUT, L'expertise médicale en responsabilité médicale et en réparation du préjudice corporel, Masson, Paris, 2005, p 32.

(299) Georges SIKSIK, « Secret professionnel... », op.cit, p 46 et 47.

(300) ibid.

لكن هل يتعين على الخبير أن يفضي أثناء تحرير تقريره بكل ما علم به أثناء قيامه بمهامه، أو يتقيد بموضوع النزاع؟

لا يتعين على الخبير أن يفضي إلى القضاء بكل ما يعلم به أو يستخلصه بحكم درايته الفنية، إذ أن القول بذلك يعني إهدار كل حصانة للشخص الذي يكلف الخبير بفحصه. وقد يترتب عنه إخلال بحقوق الدفاع، والنتيجة التي تترتب على أنه إذا ضمن الخبير تقريره معلومات خارجة عن موضوع انتدابه، فقد ارتكب جريمة إفشاء الأسرار، وتطبيقا لذلك فإنه إذا انتدبت المحكمة طبيبا لفحص الحالة العقلية للمتهم، يتعين عليه أن يقصر تقريره على المهمة المسندة إليه، فإذا كان المتهم قد اعترف له بارتكاب الجريمة فإنه يحظر على الخبير أن يضمن تقريره هذا الاعتراف⁽³⁰¹⁾.

وهذا ما حدث للطبيب الخبير المعين من قبل شركة تأمين، والتي كلفته بتحديد قيمة التعويض لشخص أمن على حياته وتوفي إثر حادث مرور، وقام الخبير بتحرير تقريره وضمنه أن المتوفى كان يعاني من مرض السرطان، وتقررت معاقبة الخبير لإفشائه للسر المهني، لأن المرض الذي كان يعاني منه المتوفى لا يدخل ضمن موضوع المهمة التي عين من أجلها وهذا ما يؤكد على واجب تقيد الخبير بموضوع النزاع⁽³⁰²⁾.

لكن يمكن للخبير في بعض الحالات أن يذكر بعض الأمراض أو الأمور الجانبية، والتي من شأنها أن تساعد القاضي في إصدار حكمه، وتساعد في تحديد الضرر الذي أصاب الشخص⁽³⁰³⁾.

ويتعين على الخبير إذا استدعي للاستجواب أمام القضاء أن يتقيد بالأسئلة التي طرحت عليه، ولا يحق له تقديم إضافات لا دخل لها بموضوع النزاع، وقد منح المشرع للطبيب سلطة رفض الرد على الأسئلة التي يراها غريبة عن تقنيات الطب الحقيقية⁽³⁰⁴⁾.

(301) منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 175.

(302) Sylvie WELSCH, Responsabilité..., op.cit, p 155.

(303) انظر المادة 98 من المرسوم التنفيذي 92-276 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

(304) انظر المادة 99 من نفس المرسوم.

وفي الأخير يمكن القول أن الخبير مجبر على القيام بمهامه التي أسندت له من قبل القاضي أو الهيئة التي عينته، وهو في ذلك لا يعد مفشياً لأسرار المهنة إذا التزم ببعض الشروط وهي:

أن يقدم التقرير إلى المحكمة أو الهيئة التي كلفته بالمهمة. فإذا أفضى بمحتويات التقرير إلى جهة أخرى، عد مخالفاً للالتزام بالحفاظ على السر المهني⁽³⁰⁵⁾، لأن الخبير يعتبر ممثلاً للجهة التي انتدبته، وعمله يكون جزءاً لا يتجزأ من عملها. فمثلاً الطبيب الذي تعينه شركة التأمين كخبير لا يعتبر وسيطاً بين طالب التأمين والشركة، وإنما هو ممثل للشركة وتقديمه التقرير إليها لا يعتبر إفشاء لسر من أسرار مهنته، لكن الإدلاء بالسر إلى غير الشركة التي عينته توقع الطبيب تحت طائلة العقاب⁽³⁰⁶⁾.

ويشترط لإباحة الإفشاء، أن تكون الوقائع التي أفضى بها للمحكمة التي انتدبته لازمة لإتمام المهمة التي انتدب من أجلها، فإن أفضى بوقائع علم بها أثناء مباشرة أعمال الخبرة دون أن تكون داخلة في المهمة التي انتدب للقيام بها، يعد مرتكباً لجريمة إفشاء السر المهني⁽³⁰⁷⁾.

(305) د/عادل جبري محمد حبيب، مدى المسؤولية...، مرجع سابق، ص 208.

(306) د/أحسن بوسقيعة، الوجيز...، مرجع سابق، ص 240.

(307) د/فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون...، مرجع سابق، ص 865.

الفرع الثالث

التفتيش والحجز

التفتيش هو الاطلاع على محل منحه القانون حرمة خاصة، باعتباره مستودع سر صاحبه، لضبط ما قد يوجد به، مما يفيد في كشف الحقيقة عن جريمة معينة. وهو عبارة عن إجراء من إجراءات التحقيق يهدف إلى البحث عن أدلة مادية لجناية أو جنحة تحقق وقوعها في محل يتمتع بالحرمة⁽³⁰⁸⁾. أما الحجز فهو ضبط المستندات ووضعها تحت يد المحكمة⁽³⁰⁹⁾.

يمكن لقاضي التحقيق الانتقال إلى مكان يمكن له أن يجد فيه أدلة تساعد على إنجاز مهمته دون استثناء⁽³¹⁰⁾. ومن أجل ذلك يمكن له أن ينتقل إلى مكان عمل أشخاص ملزمين بكتمان السر المهني كمكاتب الأطباء أو عياداتهم⁽³¹¹⁾ أو مكاتب المحامين. والسؤال المطروح هو هل يمكن للمهني الاحتجاج بالسر المهني لمنع التفتيش والحجز على المستندات والأوراق التي بحوزته أم أن الحجز والتفتيش يبران إفشاء السر المهني ؟

للإجابة على هذا التساؤل، يجب أولاً معرفة ماهية المتهم، هل هو المهني أو صاحب السر. إذا كان المهني هو المتهم بالجريمة سواء بوصفه فاعلاً أصلياً أو شريكاً، جاز تفتيش منزله أو مكتبه.

(308) محمد محده، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، "الجزء الثالث"، دار الهدى، عين مليلة، 1992، ص 358.

(309) د/محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 165.

(310) تنص المادة 79 من الأمر رقم 66-155 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية: «يجوز لقاضي التحقيق الانتقال إلى أماكن وقوع الجرائم لإجراء جميع المعاينات اللازمة أو للقيام بتفتيشها...».

(311) جريمة علة، جنحة إفشاء...، مرجع سابق، ص 105.

وإذا كان المحامي يحتفظ بجسم الجريمة في مكتبه وهو يعلم أنه متحصل من جريمة سرقة مثلاً، جاز ضبطه بعد إتباع الإجراءات المقررة قانوناً⁽³¹²⁾، ويصبح المحامي في هذه الحالة متهما بإخفاء أشياء مسروقة. كما يمكن لقاضي التحقيق أن يضبط الأدوات التي استخدمت في ارتكاب الجريمة⁽³¹³⁾، لكن يتعين على هذا الأخير حجز الأوراق التي تعتبر دليلاً على مساهمة المحامي في ارتكاب الجريمة فقط دون غيرها⁽³¹⁴⁾.

أما إذا كان البحث عن وقائع أجنبية عن مهنة المحاماة، فليس هناك قيود على التفتيش لأنه لا يجوز أن يكون مكتب المحامي ملجأ للمجرمين أو وكراً للمستندات محل الجريمة وأدلتها، كما لو تم التفتيش للبحث عن أشياء مسروقة أو مستندات مزورة، كما لو كان المتهم ذا قرابة مع المحامي، ودخل مكتبه هارباً من مطاردة، فيحق لقاضي التحقيق تفتيش مكتب المحامي والحجز على الأوراق المتعلقة بالجريمة⁽³¹⁵⁾.

أما إذا كان المحامي وكيلاً عن المتهم في الدعوى، ففي هذه الحالة لا يجوز لقاضي التحقيق أن يدخل مكتب المحامي ليجث عن الأوراق والمراسلات التي سلمها المتهم إلى محاميه، وإلا عد التفتيش باطلاً⁽³¹⁶⁾. ولكن يجوز للمتهم أن يقبل اطلاع قاضي التحقيق على الخطابات المرسلة منه إلى محاميه، بشرط أن يثبت هذا القبول صراحة في محضر التحقيق⁽³¹⁷⁾، لكن ينبغي التنبيه إلى أن الغرض هنا هو سلامة هذه المستندات والأوراق وصحتها وشرعيتها. أما لو تعلق الأمر بمستند ظاهره يشكل جريمة أو دليلاً عليها كمستند مزور أو شيء مسروق، فيجب ضبط هذه المستندات، حتى ولو كانت متعلقة بالعمل، إذ لم يعد لها حصانة فصلاً عن أنه لا يجوز استعمال مستندات غير شرعية⁽³¹⁸⁾.

(312) انظر المادة 3/45 من الأمر رقم 66-155 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية.

(313) هلالى عبد الله أحمد، حقوق الدفاع في مرحلة ما قبل المحاكمة بين النمط المثالي والنمط الواقعي (في فرنسا ومصر والمملكة العربية السعودية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 127.

(314) Joël MONEGER et Marie-lucie DEMEESTER, Profession avocat, DALLOZ, Paris, 2001, p 250.

(315) د/محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 167.

(316) هلالى عبد الله أحمد، حقوق الدفاع...، المرجع السابق، ص 127.

(317) د/أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 361.

(318) د/محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية...، المرجع السابق، ص 169.

وإذا كان تفتيش مكتب المحامي من أجل ضبط ما به من أوراق مزورة تشكل موضوع الجريمة، فلا يحتج على ذلك بالسر المهني⁽³¹⁹⁾.

لكن من الناحية العملية، يكون الأمر صعباً بحيث لا يمكن التفرقة بين الوثائق المزورة والسليمة، وخاصة إذا كان يفترض الحفاظ على السرية⁽³²⁰⁾.

ونفس الشيء يقع على الطبيب، فإذا كان هو المتهم فلا يمكن له أن يحتج بكتمان السر المهني من أجل إخفاء أخطائه، لذلك فالتفتيش والحجز ممكنين في مكتبه، ولا يجوز للطبيب مثلاً أن يحتج بالسر المهني من أجل إبعاد وثائق حسابية تحمل بيانات اسمية لزبائنه من أجل التهرب من المسؤولية⁽³²¹⁾، كما لا يجوز للطبيب أيضاً أن يحتفظ بأدلة إثبات وبوثائق مستمدة من جرائم مرتكبة من طرف زبائنه⁽³²²⁾.

رغم إجازة القانون في هذه الحالة تفتيش وحجز الوثائق والمستندات، إلا أن هناك بعض الوثائق التي لا يجوز الحجز عليها ومن بينها:

1- المستندات التي يقدمها العميل إلى الأمين على السر والتي يحررها أثناء عمله. ومن بين هذه المستندات البطاقات الطبية التي يثبت فيها الطبيب ملاحظاته لتسهيل مهمة طبيب آخر في فحص المريض وإعطائه العلاج اللازم، فهذه المعلومات المرسلة من طبيب إلى آخر يحظر أن تتعدى الدائرة الطبية، لأن مصلحة المريض هي التي تبرر تداول السر بين طبيب لآخر، مع افتراض الرضا الضمني للمريض⁽³²³⁾.

(319) د/أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 361.

(320) محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 169.

(321) كريمة علة، جنحة إفشاء...، مرجع سابق، ص 106.

(322) المرجع السابق.

(323) د/أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية...، المرجع السابق، ص 377.

2- الخطابات التي يتبادلها المحامي مع عميله، لأنها تتمتع بالحصانة، وهذه الحصانة من النظام العام⁽³²⁴⁾. ولا يقتصر الأمر على الرسائل المكتوبة بل تشمل الأحاديث الشفوية التي تدور بين المحامي وعميله والتي تكون مسجلة في شرائط⁽³²⁵⁾.

تنص المادة 79 من قانون الإجراءات الجزائية: «يجوز لقاضي التحقيق الانتقال إلى أماكن وقوع الجرائم لإجراء جميع المعاينات اللازمة أو القيام بتفتيشها...». وتضيف المادة 81 من نفس القانون: «يباشر التفتيش في جميع الأماكن التي يمكن العثور فيها على أشياء يكون كشفها مفيداً لإظهار الحقيقة».

يستنتج من هاتين المادتين أنه يحق لقاضي التحقيق التنقل والحجز على المستندات والوثائق التي تفيد في إظهار الحقيقة وفي أي مكان تواجدت فيها هذه الوثائق، سواء في مساكن أو مكاتب أو غيرها، وهذا كقاعدة عامة. لكن إذا تعلق الأمر بالمهنيين، ولما حظر المشرع على الأمناء على السر، من محامين وأطباء وصيادلة وقوابل وعمال الضرائب ومن في حكمهم، إفشاء ما وصل إليهم من أسرار يتلقونها بمقتضى صناعته أو وظيفتهم، واحتراما لهذه السرية، أحاط المشرع بتفتيش محلات الأمناء على الأسرار بضمانات حتى لا تنتهك سرية المستندات التي أودعها لديهم العميل أو المراسلات المتبادلة بينهم⁽³²⁶⁾. وتتمثل هذه الضمانات في مايلي:

- لا يمكن التفتيش والحجز لدى الأشخاص الملزمين بكتمان السر المهني إلا إذا كان ضروريا، ويجب أن يقتصر الحجز على الوثيقة التي من شأنها مساعدة قاضي التحقيق على كشف الحقيقة دون غيرها⁽³²⁷⁾.

(324) تنص المادة 87 من النظام الداخلي لمهنة المحاماة: «تعد المراسلة بين المحامين سرية، فلا يمكن أن تقدم في المناقشات ولا تذكر في المرافعات».

(325) د/محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 170.

(326) د/أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 359.

(327) Joël MONEGER et Marie-lucie DEMEESTER, Profession..., op.cit, p 250.

فإذا كانت المعلومات التي يحتاجها متعلقة بشخص واحد، فلا داعي لأن يحجز على كل ملفات الزبائن، وإذا كان ثابتاً أن معلومة واحدة تكفي لإظهار الحقيقة، فلا ينبغي أن يحجز سوى الوثيقة التي تفي بذلك دون غيرها⁽³²⁷⁾. ومن أجل ذلك يكون قاضي التحقيق مجبراً على الاطلاع على كل الأوراق التي يجدها عند المهني من أجل تحديد الأوراق والمستندات المتعلقة بالقضية⁽³²⁸⁾.

- إذا حصل تفتيش وحجز لدى مكاتب أو مساكن المزمين بالسر، فإنه يتعين غلق المستندات المحجوزة، ويختتم عليها إذا تعذرت الكتابة عليها، فتوضع في وعاء أو كيس يضع عليه ضابط الشرطة القضائية شريطاً من ورق ويختتم، عليه بختمه⁽³²⁹⁾.

- لا يجوز لضابط الشرطة القضائية الانتقال إلى مساكن الأشخاص المشتبهين بارتكاب جريمة أو المساهمين فيها أو يحوزون على أوراق لها علاقة بالجريمة لإجراء التفتيش، إلا بإذن مكتوب صادر عن وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق⁽³³⁰⁾.

- يتعين على قاضي التحقيق أو ضابط الشرطة القضائية، قبل القيام بعملية الحجز والتفتيش في مكتب المحامي، أن يخبر المعني بالأمر، فضلاً عن أنه يجب أن يحضر العملية نقيب المحامين أو نائب عنه⁽³³¹⁾، والهدف من ذلك هو التأكد من أن الحجز قد تم على الأوراق والمستندات الضرورية في القضية وضمان احترام السر المهني.

(327) جريمة علة، جريمة إفشاء...، مرجع سابق، ص 108.

Lucien NOUWYNCK, « La position des différents intervenants psycho médico-sociaux face au secret professionnel dans le travail avec les justiciables », Revue de droit pénal et criminologie, N° 1 janvier 2001, p 13.

(328) Jeanne DE POULPIQUET, Responsabilité..., op.cit, p 348.

(329) انظر المادة 3/45 من الأمر رقم 155-66 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية.

(330) انظر المادة 44 من نفس الأمر.

(331) جريمة علة، جنحة إفشاء...، المرجع السابق، ص 108.

تنص المادة 80 من قانون رقم 90-04 يتضمن تنظيم مهنة المحاماة : «يمنع التعدي على حرمة مكتب المحامي ولا يجوز إجراء أي تفتيش أو حجز من غير حضور النقيب أو ممثليه وبعد إخطارهما وبعد إخطارهما شخصياً وبصفة قانونية».

- يجب أن يتم التفتيش في الساعات المحددة في القانون⁽³³²⁾.
- يجب على قاضي التحقيق أو ضابط الشرطة القضائية أن يحرر محضرا بكافة عمليات التفتيش والحجز، لإمكانية مراقبة مدى شرعيتها⁽³³³⁾.

(332) تنص المادة 47 من قانون رقم 155-66 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية: «لا يجوز البدء في تفتيش المساكن ومعاينتها قبل الساعة الخامسة (5) صباحا، ولا بعد الساعة الثامنة (8) مساء إلا إذا طلب صاحب المنزل ذلك أو وجهت نداءات من الداخل أو في الأحوال الاستثنائية المقررة قانونا».

(333) Cléo LECLERCQ, Devoirs..., op. cit., p 166.

المبحث الثاني

الإفشاء المقرر للمصلحة الخاصة

الأصل أن يلتزم المهني بالأسرار التي ائتمن عليها أثناء أدائه لمهنته لكن وفي بعض الحالات وحماية للمصلحة العامة، يمكن له أن يخرج عن هذا الأصل ويضحي بالسر، لكن في بعض الأحيان تكون المصلحة الخاصة هي أيضا سببا من أسباب إباحة إفشاء السر المهني، ويكون ذلك في حالة رضا صاحب السر بهذا الإفشاء (المطلب الأول)، حالة الضرورة و في حالة توجيه الاتهام لصاحب السر (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الإفشاء برضا صاحب السر

إن السر المهني حق لصاحبه، لأنه مقرر له، وبالتالي يمكن له كتمانته، كما يمكن له الترخيص بالبوح به متى رضي بذلك. ولمعرفة متى يعتبر هذا الرضا سببا من أسباب إباحة إفشاء السر المهني، يتعين أولا معرفة مفهوم هذا الرضا (الفرع الأول)، ثم الشروط التي يجب توافرها لتحقيق هذه الإباحة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف رضا صاحب السر

يقصد بالرضا، القبول المبني على تحكم العقل الحر في التفكير في الأمور وعواقبها، دون إكراه أو غش أو غلط في فهم حقيقة الواقع، أو هو عمل عقلي مصحوب بالتروي والتفكير قبل الإفصاح عن الإرادة، حيث يرى العقل محاسن الأشياء ومساوئها قبل أن يسمح بالقيام بالفعل الذي سيقع. فالعلم والإدراك الكامل بما يجب أن يحدث أو يقع من الأشياء والتصرفات، أمر ضروري لتكوين الرضا وصحته، بشرط خلو الإرادة من الإكراه⁽³³⁴⁾.

والأصل أن رضا المضرور ليس سببا للإباحة فيما يؤدي إلى المساس بالصالح العام، لأنه استثناء من هذا الأصل. وقد يكون الرضا سبب إباحة، إذا تعلق الأمر بحق من الحقوق الشخصية. للفرد وحده، طالما أن ذلك لا يؤدي إلى المساس بالنظام العام في الدولة والآداب العامة فيها⁽³⁴⁵⁾.

والقاعدة في الفقه الجنائي أن رضا المجني عليه لا يمحو الصفة غير المشروعة عن الفعل. ذلك أن القوانين الجنائية تتعلق بالنظام العام، سيما وأن السلطة في العقاب هي من حق المجتمع. ومن ثم لا يمكن للفرد أن يعفي الشخص من العقاب عن جريمة ارتكبتها، أما في الجرائم التي يكون الحق المعتدى عليه هو حق الفرد، فلا عقاب عليها إذا رضي صاحبه بالاعتداء. ويكون عدم العقاب بسبب تخلف الركن الشرعي للجريمة أو الركن المادي⁽³³⁶⁾. فمثلا الركن المادي للسرقة هو الاختلاس، والاختلاس هو الأخذ خفية، ولا يتصور ارتكابه إلا إذا انعدم رضا المجني عليه عن خروج الشيء من حيازته، أما إذا رضي المجني عليه بذلك، فينعدم الاختلاس وهو الركن المادي للجريمة.

(334) د/محمد صبحي نجم، رضا المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية (دراسة مقارنة)، دار الثقافة، عمان، 2001، ص 21 و22.

(335) د/عادل جيري محمد حبيب، مدى المسؤولية...، مرجع سابق، ص 234.

(336) د/عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية...، مرجع سابق، ص 139.

وبذلك لا تقوم جريمة السرقة. والقاعدة نفسها تسري على جرائم الخطف، وانتهاك حرمة ملك الغير وإفشاء الأسرار⁽³³⁷⁾، ولكن رغم هذا فقد اختلفت الآراء حول حجية الرضا في جريمة إفشاء السر المهني.

يرى الاتجاه الأول أن تجريم إفشاء السر المهني يتعلق بالنظام العام، لأنه مقرر لحماية مصلحة المجتمع في السير المنتظم لمهنة اجتماعية. ولم يقرر حماية لمصلحة صاحب السر، وأن مصدر الالتزام هو القانون وليس الاتفاق مع المريض. ومن ثم لا يجوز أن يكون الرضا بالإفشاء سببا لإباحته⁽³³⁸⁾.

ويضيف هذا الاتجاه أن هناك حالات كثيرة يخفي فيها الطبيب عن المريض حقيقة مرضه، لأسباب تتعلق بالحرص على سلامته، لدوافع إنسانية، وفي مثل هذه الظروف فإن المريض الذي يعفي طبيبه من الالتزام بسر المهنة، يجهل بالأشياء التي يكون في مقدور الطبيب أن يذكرها عن حالته، وبالتالي فإنه عندما يصدر منه هذا التصريح بالإفشاء، يجهل ما يمكن أن تترتب على مثل هذا الترخيص من نتائج⁽³³⁹⁾. ومثال ذلك الطبيب الذي قام بفحص إمرة واكتشف أثناء ذلك أن بعض أعضائها التناسلية ذكرية، فرفض إفشاء هذه الواقعة لأن المرأة كانت تجهلها، وفي حالة قيام الطبيب بإخبار المرأة قد يسبب لها أضرار نفسية⁽³⁴⁰⁾. ولهذا يمنع على الطبيب إفشاء السر رغم رضي صاحبه بذلك.

وخلاصة هذا الرأي أن الطبيب يعاقب إذا أفشى بالسر إلى الغير، حتى ولو توافر رضا المريض، أو أدى الشهادة في شأنه لدى القضاء. ويعاقب الطبيب على شهادته المتضمنة إفشاء سر المهنة بالعقوبة المقررة في قانون العقوبات، لتوافر أركان جريمة إفشاء السر⁽³⁴¹⁾.

(337) د/محمد صبحي نجم، قانون العقوبات القسم العام (النظرية العامة للجريمة)، دار الثقافة، عمان، 2006، ص 195.

(338) موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية...، مرجع سابق، ص 137.

(339) منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 371.

(340) D. MALICIER, A. MIRAS, P. FEUGLET, P. FAIVRE, La responsabilité..., op.cit, p 31.

(341) موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية...، المرجع السابق، ص 139.

وقد أخذ القضاء الفرنسي بهذا التكييف، واعتبر التقيد بالكتمان قاعدة مطلقة. وهذا ما يظهر في القرار الصادر عن الغرفة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية في 22 ديسمبر 1966 في قضية تتلخص وقائعها، أن امرأة اتهمت بالقتل وحكم عليها بذلك، وقد رفض طبييها المعالج الإدلاء بشهادته أمام القضاء لتبرئتها متمسكا بالسر المهني، طلبت المحكوم عليها من المحكمة إعفاء الطبيب من السر المهني، رفضت هذه الأخيرة طلبها وأكدت على أن السر المهني مطلق ولا يجوز إفشاؤه حتى برضا صاحبه لأنه من النظام العام⁽³⁴²⁾.

ويرى الاتجاه الثاني أن مصدر الالتزام بكتمان سر المهنة هو العقد الذي بين صاحبه وصاحب المهنة، سواء كان عقد عمل أو وكالة أو غيرها⁽³⁴³⁾. فتصريح صاحب السر بإفشائه يرفع عن حامله واجب الكتمان ويبيح له إعلان السر. لأن واجب الكتمان، وإن تقرر للصالح العام إلا أنه لما كان لصاحب السر أن يذيعه بنفسه، فلا مانع من أن ينيب عنه من يفضي له به. فتصرف صاحب السر بسرّه هو استعمال للحق، لأن الإنسان قد يمارس حقه بنفسه، وقد يفوض الآخرين لممارسته، لذلك فالشاب الذي يصاب بأمراض زهرية على سبيل المثال ويستحي أن يكشف أمره إلى أهله، ويكلف الطبيب بإبلاغ ذلك نيابة عنه، فإنه لا عقاب على الطبيب في هذه المسألة⁽³⁴⁴⁾.

أخذ القضاء الفرنسي بالسر النسبي وذلك في قرار صدر عن محكمة النقض الفرنسية، في 5 سبتمبر 1985 حيث جاء هذا القرار بأن السر المهني ملك لصاحبه وله الحق في إفشائه متى رأى ذلك مناسبا⁽³⁴⁵⁾.

(342) Jean brethe DE LA GRESSAYE, « Secret..., op.cit, p 10.

(343) أحمد محمد بدوي، جريمة إفشاء...، مرجع سابق، ص 100.

(344) د/عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية...، مرجع سابق، ص 140.

(345) Yves -Henri LELEU et Gilles GENICOT, Le droit..., op.cit, p 151.

ينشأ السر المهني عن عقد صريح أو ضمني بين الطبيب أو المريض، فتصريح المريض للطبيب بالإفشاء يجب أن يترتب عليه إخلاء الطبيب من الالتزام بالسر⁽³⁴⁶⁾. وكذلك إذا وافق العميل بالسماح للغير بالاطلاع على حساباته المصرفية، فهذا يعفي المصرف من الالتزام بالسر المصرفي⁽³⁴⁷⁾.

لا ينكر هذا الرأي أن علة التجريم هي حماية مصلحة عامة، لكنه يقرر أن هذه المصلحة لا تهدر إذا كان الإفشاء برضا صاحبه. كما أن إفشاء السر برضا صاحبه لا يمس الثقة التي توضع في هذه المهنة، لأن من يمارسها لم يفعل غير تنفيذ إرادة صاحب السر تحقيقا لمصلحته⁽³⁴⁸⁾. فالمتهم الذي يرى أن من مصلحته الاعتراف بجريمته أمام القضاء، يجوز له أن يأذن لمحاميهِ في أن يقرر ذلك بلسانه للمحكمة. والمريض الذي يحتاج إلى شهادة طبية بمرضه يجوز له أن يطلب هذه الشهادة من الطبيب الذي يعالجه⁽³⁴⁹⁾.

لكن المؤتمن على السر غير ملزم بإذاعة السر إذا رضي بذلك صاحبه، وإنما يجوز له ذلك فحسب. فإذا أراد أن يمتنع عن الإفشاء به على الرغم من رضا المعني به، فلا مسؤولية عليه. وهو يفعل ذلك، إذا شك في صدور الرضا عن إرادة حرة، أو قدر أن واجبه المهني يفرض عليه الكتمان، ولا يمكن القول بغير ذلك إلا إذا تضمن العقد الذي يربط بينهما التزاما بالإفشاء⁽³⁵⁰⁾.

وقد أخذ المشرع الجزائري بالرأي الثاني، فاعتبر أن مصدر التزام المهني بالسر هو العقد الذي يربط بينه وبين صاحب السر. فالسر ملك لصاحبه، وله الحق في إذاعته متى رأى ذلك مناسبا. وهذا ما جاء في المادة 2/206 من قانون الصحة وحمايتها: «ماعداء الترخيص القانوني، يكون الالتزام بكتمان السر المهني عاما ومطلقا في حالة انعدام رخصة المريض، الذي يكون بدوره حرا في كشف كل ما يتعلق بصحته...».

(346) أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 568.

(347) محمد عبد الودود أبو عمر، المسؤولية الجزائية...، مرجع سابق، ص 85.

(348) موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية...، مرجع سابق، ص 139.

(349) جندي عبد المالك، الموسوعة...، مرجع سابق، ص 85.

(350) عبد الحميد المنشاوي، جرائم القذف...، مرجع سابق، ص 146.

ومن هذا النص يتضح أن المشرع الجزائري أخذ برضا صاحب السر كسبب من أسباب الإباحة، فإذا رضي صاحب السر بإفشاء سره، فيجوز للمؤتمن على السر إفشاؤه دون أن يتعرض للعقوبة المقررة لذلك.

لكن المشكل المطروح هو باعتبار أن السر المهني ملك لصاحبه، وأنه يمكن له التنازل عنه أو السماح بإفشائه متى رأى ذلك مناسبا هل يمكن أن ينتقل هذا الحق إلى ورثته أم هو حق مقرر له دون غيره ؟

من حق صاحب السر أن يسمح للطبيب بإفشاء سر من أسرارته، إلا أنه بعد وفاة المريض لا ينتقل هذا الحق للورثة⁽³⁵¹⁾ لأنه حق شخصي، وحقوق الشخصية حقوق ملازمة ولصيقة بالشخص، بحيث تنقضي بوفاة وانقضاء شخصيته، فلا تنتقل بعد وفاته بالميراث إلى ورثته⁽³⁵²⁾. فلا يحق للطبيب إذاعة أسرار مريضه الذي توفي ولو طلب منه الورثة ذلك⁽³⁵³⁾.

ولا يعتبر المهني سيد التصرف في سر عميله المتوفى، والورثة وإن كانوا استمرارا لشخصيته، إلا أنهم لا يتمتعون بحق العميل المتوفى في السر، فهو حق شخصي بحت لا ينتقل إلى الورثة⁽³⁵⁴⁾.

إلا أن هناك من يرى أن هذا الحق يمكن أن ينتقل إلى الورثة، شريطة أن يكون موضوعه ماليا أو متعلقا بأموال مالية، فينتقل إلى الورثة بانتقال موضوعه. فقد يكون للورثة مصلحة مشروعة في إبلاغ سر مورثهم إلى شخص أو هيئة، كما لو أرادوا الحصول على شهادة طبية بأن المورث كان ضعيف العقل وقت الإيلاء كي يحصلوا على حكم ببطلان وصيته⁽³⁵⁵⁾.

(351) هشام عبد الحميد فرج، الأخطاء...، مرجع سابق، ص 156.

(352) حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993، ص 456.

(353) د/محمد صبحي نجم، شرح قانون...، مرجع سابق، ص 114.

(354) د/أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 584.

(355) عبد الحميد المنشاوي، جرائم القذف...، مرجع سابق، ص 147.

يرى القضاء الفرنسي أنه يمكن للورثة الحصول على سر مورثهم، لكن في بعض الحالات فقط وهي، إما من أجل الدفاع عن ذكرى مورثهم أو من أجل الحصول عن حقوقه في الميراث وهذا ما جاءت به محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في سنة 1958⁽³⁵⁶⁾.

هناك في بعض الحالات تعارض بين مصلحة الورثة ومصلحة صاحب السر الذي قد يتعرض للضرر من جراء إفشاء مورثيه لسره من أجل الحصول على حقوقهم، ففي هذه الحالة لا يحق للمؤمن على السر إفشاء سر عميله باعتبار أن مصلحة صاحب السر هي الأولى بالحماية⁽³⁵⁷⁾.

ولا يجوز للمهني الاحتماء وراء السر المهني ليمتنع عن تقديم بعض المعلومات لمن يكون له حق التمسك بها، إذا كان في حدود سلطاته⁽³⁵⁸⁾. فقد قضت محكمة تونسية بحل شركة واقعية، وعين لها مصفون، ووجد المصفون صعوبات في مهمتهم لعدم وجود المستندات المحاسبية في أرشيف الشركة، فلبجوا إلى مؤسسة مصرفية كانت الشركة تتعامل معها، فاحتجت هذه المؤسسة بسر المهنة لرفض طلبهم. رفضت المحكمة رد البنوك باعتبار أنه إذا كانت الأوراق الحسابية المقدمة إلى البنوك المختصة قد صارت ملكا لها باعتبارها وثائق مادية، فإن العنصر المعنوي في هذه الأوراق لا يكون محل ملكية أو اختصاص بها وهذا العنصر هو مضمون الدفاتر نفسها وقوائم الجرد والمستندات التي قدمت الشركة الفعلية صورة منها إلى مصارفها. لذلك فالحق في سرية هذه الدفاتر والأوراق يخص مالكيها أساسا أي العميل، ولا يحتج به اتجاه ممثليه المعينين من قبل القضاء والتي قدمت إليهم بواسطة العميل⁽³⁵⁹⁾.

(356) Michèle HARICHAUX-RAMU, « Consentement... », op.cit, p 10.

(357) Christophe DE BERNARDINIS, Les droits du malade hospitalisé, heures de France, Paris, 2006, p 26.

(358) د/عادل جبيري محمد حبيب، مدى المسؤولية...، مرجع سابق، ص 242.

(359) د/أحمد محمد بدوي، جريمة إفشاء...، مرجع سابق، ص 106.

وبهذا الصدد تنص المادة 41 من مدونة أخلاقيات الطب: «لا يلغى السر المهني بوفاة المريض إلا لإحقاق حقوق» ومعنى هذا أن السر المهني يبقى قائماً حتى بعد وفاة صاحبه، لكن يمكن إفشاؤه إذا كان ذلك من أجل إحقاق حقوق، سواء للورثة أو لشخص آخر له حق. وذلك لأنهم أصحاب المصلحة الحقيقية في هذا الإفشاء. لكن تكون الإباحة في هذه الحالة مشروطة بأن تكون للورثة مصلحة مشروعة في الإفشاء، وأن لا يلحق الإفشاء أضراراً بسمعة صاحب السر وشرفه⁽³⁶⁰⁾، إلا أنه في كثير من الأحيان يهتم الورثة بمصالحهم المادية دون التفكير بالأضرار التي تلحق سمعة صاحب السر وشرفه⁽³⁶¹⁾.

(360) موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية...، مرجع سابق، ص 145.

(361) يقول "peytel": «إني أنكر على كل وارث سلطة تقدير المنفعة التي تعود عليه من قبض التعويض مع الإضرار بذكرى المتوفى خاصة وأن الورثة أو الموصي لهم لن يترددوا في التضحية بذكرى المتوفى من أجل الاستفادة من وصية متنازع عليها»، راجع د/أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 585.

الفرع الثاني

شروط رضا صاحب السر

لكي يكون رضا صاحب السر سببا لإباحة إفشاء السر المهني ومنتجا لأثاره يجب أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط وهي:

أولاً: أن يكون الرضا صريحا أو ضمنيا

لا يشترط في رضا صاحب السر شكل معين، فقد يكون صريحا⁽³⁶²⁾ إذا كانت العبارات الصادرة بهذا الشأن تدل صراحة وبصفة مباشرة بما لا يدع مجالا للشك على قبوله. ويعتبر الرضا الصريح أصدق الصور في التعبير عن الإرادة الحقيقية. ولا يؤثر في سلامة الرضا الأسلوب الذي يستعمله صاحبه، وفي كافة الحالات يجب أن تكون العبارات واضحة في التعبير عن الإرادة الحقيقية، بحيث لا تحتمل الشك أو تفسيرات متعددة، فالعبارات التي يقصد بها المزاح وعدم الجدية لا يتوافر بها الرضا الصريح، ونفس الأمر بالنسبة للعبارات التي تحمل أكثر من معنى، فإنها تعتبر غير صالحة للتعبير عن موقف صاحبها⁽³⁶³⁾.

ولا يعتبر السكوت في كل الحالات رضا لأنه من الجائز أن يكون السكوت نتيجة خوف أو إكراه المجني عليه، فالسكوت وعدم الاعتراض مع المقدرة على ذلك، دليل على إثبات الرضا وتأكيد شريطة أن يكون المجني عليه قادرا على الرفض في حالة اعتراضه على وقوع الفعل⁽³⁶⁴⁾.

(362) موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية...، مرجع سابق، ص 144.

(363) د/مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 198 و199.

(364) محمد صبحي نجم، رضا المجني عليه...، مرجع سابق، ص 61.

وقد يكون الرضا ضمنيا، ويستدل عليه من وقائع وملابسات معينة⁽³⁶⁵⁾، مثل الزوجة التي تتردد مع زوجها على الطبيب المعالج وتعرف بمرض زوجها⁽³⁶⁶⁾، لأن اصطحاب الزوج زوجته معه للطبيب يعتبر دليلا على موافقته أو رضاه بمعرفتها بمرضه. وهذا النوع من الرضا يظهر جليا في قضية السيدة "سندرلاند" ضد بنك، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن السيدة "سندرلاند" قامت بسحب شيك على البنك لصالح الخياط الذي كان يفصل ملابسها، فرفض البنك صرف الشيك لعدم وجود رصيد، ولم يكن هذا هو السبب الحقيقي لرفض البنك صرف الشيك، بل كان السبب أن السيدة "سندرلاند" قد تورطت في عمليات مقامرة، ورأى مدير البنك ألا يمنحها سحباً للوفاء بالشيك، ولما اشكت السيدة إلى زوجها على ما قام به البنك، نصحتها بمعالجة الأمر عن طريق الهاتف. وأثناء المكالمات الهاتفية تدخل الزوج ليضيف احتجاجاته، فأفضى إليه مدير البنك بأن معظم الشيكات التي قيدت في حساب زوجته كانت مسحوبة لصالح وكلاء مراهقات سباق الخيل. اعتبرت السيدة هذا خرقاً لواجب البنك في المحافظة على سرية تصرفاتها. ودفع البنك الدعوى بأن المكالمات الهاتفية مع الزوج تفرعت عن محادثة مع الزوجة وكانت استمراراً لها. وبناء على ذلك كان البنك مخولاً ضمناً بأن يفضي بطبيعة العمليات التي تمر بالحسابات، وأيدت المحكمة رأي البنك⁽³⁶⁷⁾.

ولا يشترط في الرضا أن يتخذ شكلاً معيناً. فقد يكون كتابياً ولا يشترط شكلاً معيناً في الرضا الكتابي، فقد تكون الكتابة باليد أو بأي وسيلة أخرى معروفة، بشرط إمكانية نسبة الكتابة إلى صاحبها. كما يمكن أن تكون الكتابة عرفية أو رسمية. وقد يكون الرضا شفهيًا، ولكن لا يسمح بافتراض الرضا⁽³⁶⁸⁾.

(365) د/عادل جبيري محمد حبيب، مدى المسؤولية...، مرجع سابق، ص 138.

(366) منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 272.

(367) د/أحمد محمد بدوي، جريمة إفشاء...، مرجع سابق، ص 106.

(368) بلعربي الكريم وسعداوي محمد، "الأسس القانونية التي يقوم عليها احترام رضا المريض"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد الخاص الثاني، 2008، ص 99.

ثانياً: أن يكون الرضا صحيحاً وصادراً عن بيئة

ويقصد بهذا الشرط أن يكون صاحب السر كامل الأهلية، مدركاً أو مميزاً. أما إذا صدر عن مجنون أو صغير مميز فإنه لا يعتد به⁽³⁶⁹⁾. وقد أولى المشرع الجزائري عناية فائقة بالقاصر، وذلك من خلال وضعه تحت مسؤولية ممثليه من ولي أو وصي أو قيم وهذا ما نصت عليه المادة 44 من القانون المدني: «يخضع فاقد الأهلية، وناقصوها، بحسب الأحوال لأحكام الولاية، أو الوصاية، أو القوامة، ضمن الشروط ووفقاً للقواعد المقررة في القانون».

وطبقاً لهذا النص فإنه من لم يتجاوز 19 سنة كاملة هو غير مخول لإعطاء الموافقة للطبيب لأنه قاصر في نظر القانون، ويجب أن يحصل الطبيب على الرضا من الممثل القانوني لهذا القاصر سواء كان ولياً أو وصياً⁽³⁷⁰⁾. وبالتالي يجب أن يصدر الرضا ممن له ولاية على النفس لا المال. فإذا عالج الطبيب طفلاً أو أجرى عملية جراحية لقاصر، فليس للوصي أن يمثل القاصر، إلا بالنسبة للتصرفات المالية دون التي تتعلق بشخصه كالسر، فالذي يملك التصريح بالإفشاء هو الولي على النفس⁽³⁷¹⁾.

وقد اعتنقت محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ في سنة 1972، فقضت في قضية تتلخص وقائعها في أن داراً للنشر، نشرت كتاباً روى مغامرات عاطفية بين أحد الأساتذة واحد طلابها من القصر، طلب والد القاصر من القاضي الاستعجالي ضبط الكتاب، قامت المحكمة بضبط الكتاب وقضت بأن إفشاء الوقائع المتعلقة بالحياة الخاصة بالقاصر يجب أن تخضع لموافقة الشخص الذي يملك السلطة الأبوية عليه⁽³⁷²⁾.

(369) موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية...، مرجع سابق، ص 144.

(370) بلعربي الكريم وسعداوي محمد، "الأسس القانونية...، مرجع سابق، ص 102 و 103.

(371) د/أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 575.

الولاية على النفس هي السلطة الممنوحة لشخص معين في مباشرة تصرفات باسم ولحساب شخص آخر، وتكون في الأمور الخاصة بالشخص المولى عليه، كالتعليم والتربية، والتزويج. انظر د/ نبيل إبراهيم سعد ود/محمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون (القاعدة القانونية - نظرية الحق)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 175.

(372) د/طارق سرور، قانون العقوبات...، مرجع سابق، ص 513.

كما يجب أن تكون إرادة العميل سليمة مما يعيها قانونا. أي أن يصدر الرضا باختيار العميل وبإرادته الحرة، فلا عبرة بالرضا الصادر عن الإكراه أو التهديد، ماديا كان أو معنويا. كما أنه لا عبرة بالرضا الصادر عن إرادة مغلوطة نتيجة غش أو خداع أو حيلة أو غلط في الواقع. فكل هذه الأمور تنفي الرضا وتجرده من كل قيمة وأثر قانوني⁽³⁷³⁾.

ويجب على المريض أيضا وهو يعطي لطبيبه تصريحاً بالإفشاء، أن يكون على بينة من المرض الذي يصرح بإفشائه. ولذلك شككت بعض المحاكم في فرنسا في قيمة الإذن الصادر من المؤمن على حياته في أن يبيح للشركة كل ما يتعلق بأسباب الوفاة، لأن مثل هذا الإذن لم يصدر عن بينة لتعلقه بمرض مستقبلي يجهله المريض⁽³⁷⁴⁾. وإذا تعدد أصحاب السر، يتعين أن يصدر الرضا منهم جميعا. ومن ثم لا عبرة بالرضا الصادر عن أحدهم أو عن بعضهم. فإذا عالج طبيب زوجين من مرض تناسلي، فلا يجوز له أن يفشي سرهما إلا برضاها معا⁽³⁷⁵⁾.

ثالثا: أن يكون رضا صاحب السر قائما وقت الإفشاء

ويقصد بذلك أن يكون الرضا سابقا على ارتكاب الجريمة أو معاصرا لها، فالرضا اللاحق لوقوع الجريمة لا يرفع المسؤولية الجنائية أو الصفة الاجرامية عن الفعل⁽³⁷⁶⁾. أي يجب أن يكون الرضا قبل وقوع فعل الإفشاء، وأن يظل قائما حتى وقوعه، لكي يرفع عن الفعل صفة الخطأ ويجعله مشروعا. ولا يعتد بالرضا اللاحق لوقوع فعل الإفشاء لأن هذا الرضا لا يكون مانعا من توافر أركان الجريمة، فهو يعتبر من سبيل التسامح، وليس الرضا المنتج لأثره القانوني⁽³⁷⁷⁾.

(373) محمد عبد الودود أبو عمر، المسؤولية الجزائية...، مرجع سابق، ص 86 و 87.

(374) د/أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 577.

(375) عبد الحميد المنشاوي، جرائم القذف...، مرجع سابق، ص 147.

(376) د/محمد صبحي نجم، رضا المجني عليه...، مرجع سابق، ص 60.

(377) محمد عبد الودود أبو عمر، المسؤولية الجزائية...، المرجع السابق، ص 88.

ولا يكون للرضا اللاحق على ارتكاب الفعل، أثر في وجود الجريمة أو في مسؤولية الفاعل، وتبرير ذلك هو أنه لا يوجد في المجتمع جريمة مهما كانت قليلة الجسام لا تؤثر على النظام العام. وكل ما يمكن أن يحدثه الرضا اللاحق هو أنه يعتبر مخففا للعقوبة فقط، كما أنه من الممكن أن يكون له أثر بالنسبة للدعوى المدنية، ولكنه لا يؤثر في التكيف القانوني للفعل⁽³⁷⁸⁾.

كما أن رضا العميل بإفشاء أسرار المصرفية، لا يعني حرية البنك المطلقة، بل يلتزم بعدة واجبات من أهمها الالتزام بالوسيلة التي كانت محل للرضا سواء كانت بشكل شفوي أو كتابي أو بالنشر، والغاية التي كانت محلا للرضا، وعدم استغلال المعلومات لغايات أخرى⁽³⁷⁹⁾. بالإضافة إلى التقيد بموضوع الرضا، فالرضا بنشر الأسرار لا يعني الرضا بنشر غيرها، ولا يعني بأي حال من الأحوال النزول عن الحق في الحياة الخاصة، لأنه حق من حقوق الإنسان لا يجوز النزول عنه، فرضا الشخص بعلانية بعض أنشطة حياته أو بعلانية أسرارها يقتصر على هذه الحدود وحدها دون غيرها⁽³⁸⁰⁾.

(378) محمد صبحي نجم، رضا المجني عليه...، مرجع سابق، ص 52.

(379) ندير أرتباس، السرية المصرفية...، مرجع سابق، ص 109.

(380) د/طارق سرور، قانون العقوبات...، مرجع سابق، ص 502.

المطلب الثاني

الإفشاء في حالة الضرورة

الأصل أن يلتزم المهني بالأسرار التي ائتمن عليها أثناء أدائه لمهنته، لكن في بعض الحالات يمكن له أن يخرج عن هذا الأصل ويضحي بالسر من أجل حماية مصلحة صاحب السر، ويكون ذلك إذا كان هناك سبب قوي يجبره على ذلك، ومن بين هذه الأسباب حالة الضرورة والتي يكون فيها المهني بين واجبين، واجب مهني وهو كتم سر عميله، وواجب حماية مصلحة صاحب السر أو عائلته مما قد يلحقهم من ضرر جراء كتمه لذلك السر. ولمعرفة متى تعتبر حالة الضرورة كسبب لإجازة إفشاء السر المهني يجب تعريف حالة الضرورة (الفرع الأول) ثم تحديد شروطها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف حالة الضرورة

حالة الضرورة هي حالة الشخص الذي يتهده أو يتهدد غيره خطر، والذي مع احتفاظه بحرية الاختيار، يضطر من أجل الخلاص من هذا الخطر إلى ارتكاب جريمة تصيب شخصا آخر لا علاقة له بسبب الخطر. والغالب في حالة الضرورة أن لا يكون الخطر فيها ثمرة عمل إنسان بل وليد قوى طبيعية⁽³⁸⁰⁾. ومثال ذلك أن يقوم شخص بتحطيم باب دار اشتعلت فيه النيران لإنقاذ ساكنيه⁽³⁸¹⁾.

ولكي تقوم حالة الضرورة، يتعين أن يتوفر فعل يمثل خطرا يهدد مصلحة جوهرية يحميها القانون، ثم رد فعل في مواجهة ذلك الخطر لحماية المصلحة الجوهرية المهددة، والتي لا تستطيع النصوص القانونية العادية حمايتها⁽³⁸²⁾.

(380) رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري، الجزء الأول، (الأحكام العامة للجريمة)، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية، 1976، ص 180.

(381) عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات (القسم العام، الجريمة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الرابعة، 1994، ص 96 و 97.

(382) د/عادل جبري محمد حبيب، مدى المسؤولية...، مرجع سابق، ص 245.

لم يرد نص خاص في قانون العقوبات الجزائري بشأن حالة الضرورة، وإنما نصت المادة 48 منه: «لا عقوبة على من اضطرته إلى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها».

إن عبارة النص تتصرف أساساً إلى الإكراه المادي، ولكن الفقه والقضاء الفرنسي قد توسع في تفسير النص المقابل في التشريع الفرنسي، وبعد مصدر النص الجزائري، بحيث أدخل في نطاقه الإكراه وحالة الضرورة⁽³⁸³⁾. لكن المشرع الجزائري لم يعتبر حالة الضرورة سبباً من أسباب الإباحة، بل مانعاً من موانع المسؤولية، حيث جاءت المادة 48 من قانون العقوبات تحت عنوان المسؤولية الجزائية، وعبر فيها بأنه: «لا عقوبة على من اضطرته...» وبالتالي تقوم المسؤولية في هذه الحالة لكن لا يسأل الشخص لوجود مانع وهو حالة الضرورة. ولم ينص أنه لا جريمة مثلاً نص عليه في الأفعال المبررة في المادة 39 من نفس القانون.

لكن السؤال المطروح هو هل يمكن الأخذ بهذه النظرية في جريمة إفشاء السر المهني، أي هل تعتبر سبباً لإباحة إفشاء السر المهني؟

اختلف الفقهاء حول حق الطبيب في إفشاء السر في حالة الضرورة، فيرى فريق أن النص المجرم لإفشاء سر المهنة ورد مطلقاً، بحيث لا يسمح بأي استثناء في هذا الشأن، وبالتالي لا يحق للطبيب أن يتمسك بحالة الضرورة ليدراً عن نفسه المسؤولية⁽³⁸⁴⁾، فإذا تبين للطبيب وهو يفحص خطيبين عزما الزواج، أن أحدهما مصاب بمرض معد أو وراثي، فإنه يتعين عليه أن يكتم الأمر عن الطرف الآخر حتى برضا الطرفين⁽³⁸⁵⁾، ولقد أدان القضاء الفرنسي طبيباً أخبر والد إحدى الفتيات أن خطيب ابنته نقل إليها مرضاً سريراً. وذكرت المحكمة في حيثيات هذا الحكم أنه مادام تدخل الطبيب قد أدى إلى العدول عن الزواج، فإن الطبيب يعد مسؤولاً عن الإخلال بالالتزام بالحفاظ على السر المهني⁽³⁸⁶⁾.

(383) عادل قورة، محاضرات في...، مرجع سابق، ص 97.

(384) منير رياض حنا، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 375.

(385) Dorothee DIBIE-KRAJCMAN, Informations génétiques et fonctions médicaux, les études hospitalières, Bordeaux, 2004, p 359.

Voir Sabine BOUSSARD, «Entre secret...», op.cit, p 104.

(386) د/عادل جبيري محمد حبيب، مدى المسؤولية...، مرجع سابق، ص 239.

ويرى أنصار هذا الرأي، أنه إذا سمحنا للمهنيين بأن يخالفوا أوامر القانون إتباعاً لصوت الضمير، فإن هناك من المهنيين ذوي القصد السيئ من يفشي السر لغرض في نفسه، فضلاً عما يترتب عن هذا الإفشاء من تعريض الأطباء للدعاوى التي ترفع ضدهم من الشبان الذين يحول الإفشاء بينهم وبين الزواج. وقد يترتب على هذا الإفشاء أيضاً إيذاء الطبيب. وهذا ما حدث للدكتور Delpeche الأستاذ بكلية طب "مونبوليه"، حيث تربص له أحد الشبان وقتله بغيار ناري، ثم انتحر قبل القبض عليه. وكان ذلك لاعتقاده بأن الطبيب كان السبب في حرمانه من الاقتران بالمرأة التي كان يريد الزواج بها⁽³⁸⁷⁾.

وهذا ما دفع بعض الأطباء إلى استعمال الحيلة تجنباً لمخاطر الكتمان. وهذا ما قام به أحد الأطباء لإبلاغ صاحب الشأن دون مخالفة النص القانوني، ومن ذلك حيلة التأمين على الحياة، حيث نصح خطيب فتاة كان يعاني من مرض معدي بأن يؤمن على حياته، وطلب من والد الفتاة أن تشتترط منه للزواج بابنته أن يؤمن على حياته. ولما خشي الشاب من الكشف الطبي، تظاهر بالقبول، ثم سافر إلى بلد آخر وكتب إلى والد الفتاة بعدوله مؤقتاً عن الزواج⁽³⁸⁸⁾. وبهذا أنقذ الطبيب الفتاة من المرض الذي كان سينقله لها الخطيب، دون أن يفشي سره أو يخبرها بأنه يعاني من مرض ما.

وعلى العكس من ذلك، غلب بعض الفقه تقادي الأضرار الخطيرة المترتبة على الكتمان، على قداسة السر المهني، فاتجه إلى إباحة الإفشاء بالسر المهني الطبي في مثل هذه الحالات⁽³⁸⁹⁾. وأستند هذا الجانب من الفقه وجهة نظره على أساس أن المشرع جرم الإفشاء إذا حدث بدون مبرر مشروع، وفيما عدا ذلك قد توجد ظروف تفرض على الطبيب واجب الإفشاء.

(387) موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية...، مرجع سابق، ص 129.

(388) د/أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 590.

(389) د/عادل جبري محمد حبيب، مدى المسؤولية...، مرجع سابق، ص 249.

فنظرية الضرورة هي المعيار الفاصل بين الإفشاء المشروع والإفشاء غير المشروع. ووفقا لهذا المعيار يكون من حق الطبيب أن يفشي للأب سر مرض ابنه عندما يكون من الضروري أن يعرف حالته الصحية، كما يكون له الحق في أن يخبر زوجة المريض بمرض معد تجنباً لإصابتها به⁽³⁹⁰⁾.

ويقر الأستاذ PAYEN أحد أنصار هذه النظرية أنه ينبغي السماح للطبيب بإفشاء السر تقاديا لجريمة أو معاملة سيئة، أو إجهاضاً أو مرضاً معدياً. ففي كل هذه الحالات يجب تطبيق معيار الضرورة⁽³⁹¹⁾.

وقد أخذ القضاء الفرنسي بهذه النظرية ويظهر ذلك في القضية التي تتلخص وقائعها في أن شخص ذهب إلى محام أو اعترف له بأنه هو القاتل الحقيقي لساعي البريد في حين أن الشخص المحكوم عليه لم يرتكب هذه الجريمة. وقد دفع هذا الاعتراف المحامي إلى أن يعقد اجتماعاً رسمياً في نقابة المحامين، وأثار التساؤل هل يجب عليه إبلاغ المحكمة بهذا الاعتراف؟ أم لا؟ مما حدا بالنائب العام بالترحيب بذلك، وأسفر عن إعادة النظر في القضية.

الفرع الثاني

شروط حالة الضرورة

رغم أن حالة الضرورة تبيح للأمين على السر إفشاءه، إلا أنه يجب أن تتوفر بعض الشروط لكي يكون الإفشاء مباحاً ومبرراً. وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

أولاً: يجب أن يكون هناك خطر حال يهدد شخصاً أو مالا

سواء كان الخطر يهدد الشخص نفسه أو غيره أو يهدد ماله أو مال غيره⁽³⁹²⁾. فلا يمكن للمؤمن على السر إفشاء سر عميله إلا إذا كان هناك خطر يهدده أو يهدد غيره⁽³⁹³⁾.

(390) موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية...، مرجع سابق، ص 130.

(391) د/أحمد كمال سلامة، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 593.

(392) Jean Claude SOYER, Droit pénal et procédure pénale, L.G.D.J, 12^{ème} édition, Paris, 1995, P 124.

(393) Lucien NOUWYNCK, La protection..., op.cit, p 22.

ويشمل الخطر كل ما يهدد حياة الإنسان وسلامة جسمه وشرفه واعتباره، ويجب أن يكون الخطر جسيماً، ويقصد به الخطر الذي ينذر بضرر بليغ غير قابل للإصلاح إلا بتضحيات كبيرة⁽³⁹⁴⁾. فهو الخطر الذي لا يمكن تحمله إلا بمشقة بالغة، وهو الذي يهدد النفس بإصابات بالغة أو بأذى بليغ.

وتقدير جسامته الخطر أمر يتعلق بالوقائع يقدره قاضي الموضوع في كل حالة على حده. وهو يستند في تقديره إلى معيار مختلط موضوعي وشخصي في نفس الوقت، وهو معيار الشخص العادي الذي يوجد في نفس ظروف المتهم عندما ارتكب الجريمة تحت ضغط الضرورة⁽³⁹⁵⁾. فنقوم حالة الضرورة بالنسبة للطبيب الذي يقتل الجنين لإنقاذ حياة الأم⁽³⁹⁶⁾.

ثانياً: يجب أن لا يكون لإرادة الفاعل دخل في وقوع الخطر

والهدف من وضع هذا الشرط، ألا يكون مرتكب الفعل تسبب عمداً في إحداث الخطر، إذ لا مفاجأة ولا عذر لمن تسبب في إحداث خطر، ثم ارتكب جريمة النجاة من ذلك الخطر. كمن يحدث حريقاً في مكان ثم يضطر للنجاة بنفسه من النيران إلى إصابة شخص اعترض طريقه. أما إذا كان الفاعل قد أحدث الخطر عن إهمال، ففي هذه الحالة لا يسأل عن ذلك لتوافر حالة الضرورة⁽³⁹⁷⁾.

(394) أكرم نشأة إبراهيم، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن، الدار الجامعية، بيروت، د.س.ن، ص 251 و 252.

(395) علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات، (القسم العام)، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص 716.

(396) عادل قورة، محاضرات في...، مرجع سابق، ص 98 و 99.

(397) أكرم نشأة إبراهيم، القواعد العامة...، مرجع سابق، ص 251 و 252.

ثالثاً: أن تكون الجريمة هي الوسيلة الوحيدة لدرء الخطر

بمعنى ألا يكون في مقدرة الفاعل منع الخطر بطريقة غير ارتكاب الجريمة. فإذا كان بوسعه رد الاعتداء بغير الجريمة فلا تقوم حالة الضرورة إذا هو ارتكب جريمة لدفع الخطر. فإذا كان بوسع من يهدده خطر، أن يفر منه بدلاً من ارتكاب الجريمة، فإنه لا يكون في حالة الضرورة إذا هو ارتكب الجريمة⁽³⁹⁸⁾. كما يشترط لقيام حالة الضرورة أن يكون الخطر جسيماً لا يمكن إصلاحه أو مواجهته إلا بتضحية كبيرة أو ارتكاب الجريمة⁽³⁹⁹⁾.

رابعاً: تناسب فعل الضرورة مع الخطر

ومؤدى هذا الشرط أن تكون الجريمة التي ارتكبها الشخص وسيلة متناسبة من حيث طبيعتها ومدى آثارها مع الخطر الذي يتهدهده. والتناسب مسألة موضوعية يقدرها قاضي الموضوع بحسب ظروف وملابسات كل قضية على حده وتطبيقاً لذلك، فإن حالة الضرورة لا تقوم قانوناً ويظل الجاني مسؤولاً جنائياً إذا ارتكب إحدى جرائم النفس لدرء خطر كان يمكن تفاديه، بارتكاب إحدى جرائم المال. أو إذا ارتكب لدفع الخطر جريمة قتل، بينما كان يكفي تفاديه ارتكاب جريمة ضرب أو إيذاء أو إذا قام الشخص بقتل مجموعة من الأفراد لدرء خطر كان يكفي تفاديه قتل أحدهم فقط⁽⁴⁰⁰⁾.

وإذا اكتملت شروط حالة الضرورة، تنتفي المسؤولية عن الفاعل سواء كان الفعل الذي قام به إيجابياً أو سلبياً، وسواء كانت جريمة عمدية أو غير عمدية وسواء كانت الجريمة واقعة على النفس أو المال⁽⁴⁰¹⁾. فإذا تخلف أحدها لا تقوم حالة الضرورة، ويعاقب الشخص على الفعل الذي قام به.

في حالة تعدد الجناة واكتملت شروط الضرورة بالنسبة لأحدهم، امتنع عقابه وحده، أما الذي لم تكتمل شروط الضرورة لديه فيعاقب على فعله.

(398) عادل قورة، محاضرات في...، مرجع سابق، ص 99.

(399) ممدوح عزمي، دراسة عملية في أسباب الإباحة وموانع العقاب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000، ص 56.

(400) سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000، ص 685.

(401) ممدوح عزمي، دراسة عملية...، مرجع سابق، ص 54.

المطلب الثالث

الإفشاء في حالة توجيه الاتهام للمؤمن على السر

قد يتعرض المؤمن على السر في بعض الأحيان لاتهامات من قبل صاحب السر، ويكون سبب ذلك إما لخطأ ارتكبه المهني أثناء تأديته لوظيفته، أو يتهم بارتكابه لجريمة ما. ففي هذه الحالات هل يحق للمهني الدفاع عن نفسه من التهمة الموجهة له، مثله مثل أي شخص عادي أم لا ؟

يمكن للمهني الدفاع عن نفسه مثله مثل أي شخص تعرض لتهمة ما، لأن حق الدفاع هو حق يكفل لكل شخص طبيعي أو معنوي، حرية إثبات دفاع موجه إليه أمام كل الجهات القضائية، عادية أم استثنائية، التي ينشئها القانون أو التي يخضع لها الأطراف بإرادتهم، والذي يضمن وينظم ممارسة هذه الحرية⁽⁴⁰²⁾.

ومن هذا التعريف يستخلص أن حق الدفاع حق مقرر لكل شخص عاديا كان أو مهنيا، فيحق للمهني إذا وجه له اتهام، الدفاع عن نفسه وتبرئة نفسه من التهمة المنسوبة إليه⁽⁴⁰³⁾. لكن المشكل هو هل يمكن له الاستعانة بالوقائع السرية من أجل الدفاع عن نفسه ؟

(402) د/عبد الحميد الشواربي، إخلال...، مرجع سابق، ص 72.

(403) تنص المادة 100 من الأمر رقم 66-155 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية: «يتحقق قاضي التحقيق حين مثول المتهم لديه لأول مرة من هويته ويحيطه علما صراحة بكل واقعة من الوقائع المنسوبة إليه وينبهه بأنه حر في عدم الإدلاء بأي إقرار وينوه عن ذلك التنبيه في المحضر فإذا أراد المتهم أن يدلي بأقوال تلقاها قاضي التحقيق منه على الفور كما ينبغي للقاضي أن يوجه المتهم بأن له الحق في اختيار محام عنه فإن لم يختار له محاميا عين له القاضي محاميا من تلقاء نفسه إذا طلب منه ذلك وينوه عن ذلك بالمحضر كما ينبغي للقاضي علاوة على ذلك أن ينبه المتهم إلى وجوب إخطاره بكل تغيير يطرأ على عنوانه ويجوز للمتهم اختيار موطن له في دائرة اختصاص المحكمة».

اختلف الفقه في هذا الشأن. ففي بداية الأمر، حظر الفقه حظرا مطلقا على المهني استعمال ما لديه من معلومات وبيانات خاصة بصاحب السر للدفاع عن نفسه⁽⁴⁰⁴⁾، حتى إذا كان سكوته من شأنه أن يتحول ضده، فعليه أن يلتزم الحفاظ على السر المهني، لأن هذا الالتزام يهدف لحماية المريض، وأن الطبيب عندما يختار مهنته قد قبل ضمنا كل التضحيات المتصلة بها. وقد كرس القضاء الفرنسي هذا الاتجاه في عدة قرارات، وجاء في إحداها أن الطبيب يتلقى السر المهني كوديعة أبدية، لا يمكن له أن يتصرف فيها، خاصة عندما يتضارب هذا السر مع مصلحة الطبيب الشخصية، حتى وإن كان للدفاع عن نفسه⁽⁴⁰⁵⁾.

تغير موقف الفقه حيث أصبح يجيز للمهني إفشاء السر المهني للسر من أجل الدفاع عن نفسه، عندما يتهم بارتكاب جريمة جنائية كالإجهاض، أو الاغتصاب، أو تعدي على الأخلاق، أو خطأ في العلاج. ففي هذه الحالة لا يلتزم الطبيب بكتمان السر، ويكون من حقه في سبيل الدفاع عن نفسه، أن يكشف عن العناصر التي من شأنها تبرئته، لأن حق الدفاع من الحقوق الأساسية المقررة للمتهم التي لا يلغونها أو يحجبها الالتزام بالمحافظة على السر⁽⁴⁰⁶⁾. فقد حكم القضاء الفرنسي بالبراءة على طبيب كان قد صور أوراقا من المستشفى ليثبت أنه لم يمتنع عن تقديم المساعدة للمريض بدليل وفاته قبل استقباله⁽⁴⁰⁷⁾.

وقد اعتبر بعض الفقه أن حق الدفاع يعد سببا من أسباب الإباحة وهو مستمد من الدفاع الشرعي عن النفس، فالدعوى التي يرفعها المريض ضد الطبيب تعد بمثابة اعتداء عليه، وأن إفشاء الطبيب للسر المهني من أجل الدفاع عن نفسه بمثابة رد فعل على هذا الاعتداء، فالطبيب المهدد في سمعته يرد بالإدلاء بوقائع تمس سمعة المريض، وهذا تتناسب بين الاعتداء ورد الفعل. إلا أن هذا الرأي قد استبعد، لأن الدعوى لا تشكل خطرا محققا يتطلب ردا فوريا، والذي يعتبر شرطا من شروط الدفاع الشرعي⁽⁴⁰⁸⁾.

(404) د/محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية في مجال...، مرجع سابق، ص 129.

(405) كريمة علة، جنحة إفشاء...، مرجع سابق، ص 121.

(406) د/علي فتوح بيومي حجازي، المسؤولية...، مرجع سابق، ص 139.

(407) موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية...، مرجع سابق، ص 135.

(408) كريمة علة، جنحة إفشاء...، المرجع السابق، ص 122 و 123.

قد تكون المسائل التي تقوم بشأنها دفاع المهني عن نفسه مالية، وقد تكون دفاعا عن سمعته. فإذا كان الأمر يتعلق بالمصالح المادية، كأن يقوم نزاع بين صاحب المهنة وصاحب السر على الأتعاب المستحقة، ففي هذه الحالة يكون لصاحب المهنة حقا مشروعاً في المطالبة بالأتعاب المستحقة له، إذا رفض صاحب السر الوفاء بها⁽⁴⁰⁹⁾.

وقد يكون في سبيل الحصول على هذه الأتعاب إفشاء بعض الوقائع السرية، تأكيدا لأحقية صاحب المهنة لها، فيجوز لصاحب المهنة أن يفشي من الوقائع السرية القدر اللازم لإثبات أحقيته في الأتعاب التي يطالب بها⁽⁴¹⁰⁾. لكن يشترط عليه أن لا يفشي كل أسرار المريض، وإنما فقط الوقائع التي من شأنها أن تثبت حقه في الأتعاب. لكن القانون الفرنسي كان صارما في هذا الشأن، حيث ينص أن المصالح المالية لا تبرر للمهني إفشاء السر⁽⁴¹¹⁾، لأن السر أجدر بالحماية من المصالح المالية. كما أن معالجة الأمراض أكثر أهمية من مصلحة الطبيب في الحصول على أتعابه، لا سيما أن مهنته هذه من أنبل المهن التي لا تعتبر المال إلا مسألة ثانوية. هذا إلى جانب أن تفضيل المصلحة المادية للطبيب عن السر المهني سوف يحدث فوارق في المجتمع وعدم تكافؤ في الحق في العلاج⁽⁴¹²⁾.

(409) تنص المادة 46 من النظام الداخلي لمهنة المحاماة: «تخضع الخلافات التي تنجم ما بين المحامي وموكله بخصوص الأتعاب إلى نقيب المحامين.

وعندما يخطر المتقاضى نقيب المحامين، يطلب هذا الأخير من المحامي المعني أن يقدم له أوراق الملف والعقود الخاصة بالإجراءات مصحوبة بكشف عن المصاريف المقدمة.

وتبعا لهذه العناصر، يقدر نقيب المحامين الأتعاب ويحدد المبلغ الإجمالي المستحق للمحامي.

ويعتبر هذا القرار نافذا ويحتج به ضد المحامي الذي يجب عليه أن يخضع له تحت طائلة عقوبات تأديبية.

ولا يقبل هذا القرار الاستئناف .

وفي حالة إخطار نقيب المحامين من طرف المحامي يتم القيام بنفس الإجراءات.

ويتمثل قرار المحامين في الترخيص للمحامي برفع دعوى، إذا اقتضى الأمر، ضد موكله أمام الجهة القضائية

المختصة قصد تحصيل أتعابه».

(410) د/فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون...، مرجع سابق، ص 873 و 874.

(411) Jean berthe DE LA GRESSAYE, «Secret ...», op.cit, p 11.

(412) علة كريمة، جنحة إفشاء...، مرجع سابق، ص 125.

وفي بعض الأحيان يكون المهني متهما في سمعته أو كفاءته المهنية، سواء لإسناد له خطأ جسيم أثناء قيامه بوظيفته أو جريمة ما⁽⁴¹³⁾. ففي هذه الحالة يحق له الدفاع عن نفسه من التهمة الموجهة إليه وإذا كانت لديه ملفات متعلقة بصاحب السر، فيمكن له استعمالها كدليل لبراءته دون أن يكون قد خالف السر المهني⁽⁴¹⁴⁾. لكن بالمقابل، يجب أن تكون المصلحة التي يدافع عنها الطبيب بإفشاء السر مشروعة، بمعنى أن تكون مصلحة يحميها القانون. فإذا كان المريض يهدف بالإبقاء على السر تحقيق مصلحة غير مشروعة، كأن يريد إخفاء حقيقة حالته الصحية على جهة من الجهات كشركة تأمين، فإن إثارة هذا الالتزام لا يكون له محل، ويتعين على الطبيب ذكر الحقيقة ولا يعد انتهاكا للالتزام بالسر⁽⁴¹⁵⁾.

وهذا ما جرى في قضية "ملك الغجر" التي عرضت على محكمة النقض الفرنسية في 20 ديسمبر سنة 1967 حيث تعرض فيها غجري لحادث سير، ومن أجل التحصل على مبلغ التأمين، تظاهر بأنه عاجز عن الحركة، وطلب من الطبيب إعطائه شهادة تثبت هذا العجز. تأثر الطبيب بتحایل الغجري، وقدم له شهادة طبية تثبت عجزه وتمكنه من الحصول على مبلغ شهري من شركة التأمين. وضعت شركة التأمين الغجري تحت المراقبة الطبية، فاكتشفت أنه بصحة جيدة⁽⁴¹⁶⁾ وبهذا تم اتهام الطبيب بالتحایل على شركة التأمين باعتباره هو محرر الشهادة الطبية التي تثبت عجز الغجري.

ومن أجل إثبات حسن نيته، قام الطبيب بالإدلاء بشهادته أمام القضاء، مستعينا بوقائع سرية من أجل إثبات أنه كان ضحية استغلال من قبل الغجري للحصول على الشهادة الطبية للتحایل على شركة التأمين⁽⁴¹⁷⁾. قبلت محكمة النقض الدفاع الذي قدمه الطبيب، ولم تعتبره مفشيا للسر، باعتبار أنه من حقه الدفاع عن نفسه وإثبات حسن نيته⁽⁴¹⁸⁾.

(413) Jean brethe DE LA GRESSAYE Jean Berthe, « Secret..., op.Cit, p11.

(414) Yves LELEU et Gilles GENICOT, Le droit médical..., op.Cit, P15.

(415) د/محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية في مجال....، مرجع سابق، ص 189 و 130.

(416) J.HUREAU et D.POINTOUT, L'expertise médicale..., op.cit, 32.

(417) Georges BOYER CHAMMAR et Paul MONZEIN, La responsabilité..., op.Cit p 277.

(418) M.SARANET, «Secret professionnel, police et justice », in Le secret professionnel, les études hospitaliers, Paris, 2002, p 42.

ويحق للطبيب أو أي مهني آخر الدفاع عن نفسه إذا وجه له اتهام بعدم كفاءته. وهذا ما حصل في قضية جرت وقائعها أمام محكمة باريس في فبراير 1966، حيث تعرض ملاكم لإصابة في عينيه بعد إجرائه لمقابلة، وأخبره الطبيب بعدم إمكانية ممارسته لمهنته بعد هذه الإصابة⁽⁴¹⁹⁾، علما أن الملاكم قد قام بفحص طبي قبل المباراة، وأخبره الطبيب بعدم وجود أية إصابة في عينيه. قام الملاكم واستنادا للشهادة الطبية القديمة، باتهام الطبيب الذي قدم له تلك الشهادة الطبية. دافع الطبيب عن نفسه متمسكا بتلك الشهادة، وأكد أن الإصابة التي تعرض لها حديثة، ونتجت عن المباراة الأخيرة التي قام بها، وتمسك الملاكم بأن ذلك يشكل إفشاء للسر المهني، لكن المحكمة حكمت بحق الطبيب في الدفاع عن نفسه⁽⁴²⁰⁾.

وفي بهذا يمكن القول أن من حق المهني الاستعانة بالوقائع السرية من أجل الدفاع عن نفسه، لكن بشرط أن يكون هذا الدفاع أمام القضاء، وأن يتقيد المهني بإفشاء الأمور التي من شأنها أن تساعد في الدفاع عن نفسه فقط، فليس له أن يفشي كل أسرار موكله⁽⁴²¹⁾، وقد تم إدانة طبيب بجنحة إفشاء السر المهني الطبي لأنه قدم شكوى ضد أحد مرضاه، إلا أنه لم يقتصر في شكواه على الأفعال التي ألحقت به ضررا، بل تعداها إلى ذكر وقائع سرية غير لازمة⁽⁴²²⁾.

(419) Jean brethe_DE LE GRESSAYE, «Secret...», op.cit, p11.

(420) موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية...، مرجع سابق، ص 136.

(421) M.SEPANET, «Secret...», op.cit, p 42.

(422) جريمة علة، جنحة إفشاء...، مرجع سابق، ص 127.

الخاتمة:

يعتبر السر المهني من المواضيع البالغة التعقيد، والتي تثير مشكلات يتسع مداها من الناحيتين القانونية والعلمية، حتى أن أكاديمية العلوم السياسية والأخلاقية في فرنسا رصدت للبحث فيه جائزة مالية عام 1925. والواقع أن أهميته تتبع من مقتضيات الحياة الاجتماعية وتنوع روابطها⁽⁴²³⁾.

ويعد إفشاء السر المهني من الجرائم الماسة بالشرف والاعتبار. والحكمة من تجريمها هو أن للمجتمع مصلحة عليا في كتمان بعض الوقائع التي يجب أن تبقى سرا، فضلا عن أن صاحب السر، غالبا ما يأتمن عليه شخصا معينا بحكم وظيفته أو مهنته أملا في خير يعود عليه، كالمريض الذي يأتمن طبيبا على مرض خطير يعاني منه. والمتهم الذي يعهد إلى محام بأمر الدفاع عنه مفضيا إليه وحده ببعض ظروف جريمته. فإذا أفشى أي من الطبيب أو المحامي، أو من يشبههما في عمله، ما ائتمن عليه، انهارت الثقة بين أرباب هذه المهن وعمالئهم، وتعطلت بالتالي مصالح هامة يحرص المجتمع على رعايتها⁽⁴²⁴⁾.

لم يتفق الفقه على تعريف واحد للسر المهني، ذلك أن تحديد السر مسألة نسبية تختلف باختلاف الظروف. وما يعتر سرا بالنسبة لشخص قد لا يعتبر كذلك بالنسبة لآخر. وما يعتبر سرا في ظروف معينة لا يعتبر في أخرى. وبوجه عام يعد سرا كل ما يعرفه المهني أثناء أو بمناسبة ممارسة وظيفته أو مهنته، وكان في إفشائه إضرارا بصاحبه.

ويقوم السر المهني على أساسين، أساس عقدي يقوم بموجبه صاحب السر بإدلاء بأسراره للمهني، ويلتزم هذا الأخير بالمحافظة على السر وكتمانها. وأساس يتعلق بالنظام العام، يقوم على المصلحة الاجتماعية التي دعت المشرع إلى التدخل لتجريم الإفشاء.

وباعتبار السر المهني جريمة يعاقب عليها القانون، يشترط لقيامها توافر ركنيها المادي والمتمثل في إفشاء واقعة ذات طبيعة سرية من شخص مؤتمن على السر، وركنها المعنوي والمتجسد في القصد الجنائي، الذي يشترط توجه إرادة المؤتمن على السر إلى إفشاء السر.

(423) عبد الباقي محمود سوادي، مسؤولية المحامي...، مرجع سابق، 1996، ص 206.

(424) عبد الحميد الشواربي، شرح قانون...، مرجع سابق، ص 285.

لكن رخص القانون في بعض الحالات لمن ائتمن على سر، أن يفشيهِ دون أن يوقعه تحت طائلة العقاب، وذلك من أجل حماية مصلحة أولى بالحماية من السر المهني، وقد تكون هذه المصلحة عامة أو خاصة.

وقد أولت المجتمعات المتقدمة هذا الموضوع أهمية بالغة جدا نتيجة لثقافتها ووعيتها القانونيين، فلم يتم التهاون أو التردد في رفع الدعاوى أمام القضاء ضد أي إفشاء للسر. على عكس مما هو عليه الحال في مجتمعاتنا⁽⁴²⁵⁾. فلا نجد أي أثر لحكم قضائي متعلق بالسر المهني. ويعود ذلك إلى خشية ذبوع السر على نطاق أوسع. فالقرار أو الحكم بالإدانة يجب أن يتضمن الأسباب التي استند إليها. أي بيان الواقعة التي استوجبت العقاب، وظروفها، وذكر الأمر الذي أفشاه المتهم، والذي اعتبره الحكم من الأمور السرية التي يتطلب من المتهم كتمانها، والنص القانوني الذي استندت إليه المحكمة في حكمها. ولهذا اعتقد أن لجوء الأفراد إلى القضاء يساعد على إذاعة السر، ولعل هذا هو السبب في سكوتهم عن المطالبة بحقوقهم، لأنه يترتب عليها المزيد من الإفشاء للسر المهني⁽⁴²⁶⁾.

بالإضافة إلى هذه الأسباب، هناك أسباب أخرى قانونية وعملية. فأما الأولى، فتتمثل في وجود نقائص في النصوص المتعلقة بالسر المهني، فلم يخصص له المشرع الجزائري سوى مادتين، هما المادة 301 والمادة 302 من قانون العقوبات. بالإضافة إلى وجود عدة ثغرات في المادة 301، حيث خص المشرع الجزائري بالذكر الأشخاص العاملين في المجال الطبي، وهذا نقلا عن المادة 378 من قانون العقوبات الفرنسي، مع العلم أن المشرع الفرنسي عدلها بموجب المادة 13/226 من قانون العقوبات الجديد، والذي ذكر فيها الأشخاص الملزمين بالسر بشكل عام دون تحديد.

وتكشف المادة 301 غموضا فيما يخص حالات الإباحة، حيث ذكر المشرع حالتين، وهما الإبلاغ والشهادة أمام القضاء في قضايا الإجهاض، رغم وجود حالات كثيرة للإباحة في مجالات أخرى لم يذكرها، خلافا للمشرع الفرنسي الذي عدد هذه الحالات في المادة 14/226 من قانون العقوبات الجديد.

(425) موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية...، مرجع سابق، ص 171.

(426) ندير ارتباس، السرية المصرفية...، مرجع سابق، ص 210.

أما من الناحية العملية نجد غياب للسر المهني خاصة في المستشفيات، فالمعمول به هو تعليق بطاقات المرضى على أسرته، مع العلم أن هذه البطاقات تحتوي على كل المعلومات المتعلقة بهم، وهي معلومات سرية وهذا ما يسمح لأي زائر الاطلاع عليها وهذا ما يحقق فعل الإفشاء بكل سهولة. وهذا ما دفع الدول المتقدمة خاصة فرنسا باعتماد طرق أخرى وذلك باستعمال الأعلام الآلي للمحافظة على أسرار المرضى وبالتالي لا يتسنى لأي أحد الحصول على هذه المعلومات والاطلاع عليها إلا المعني بالأمر شخصياً⁽⁴²⁷⁾.

لكن رغم التطور الحاصل من أجل الحفاظ على السر المهني، إلى أن هذا لم يمنع من ظهور وسائل أخرى تسهل إفشاء السر المهني وعلى نطاق واسع خاصة الإنترنت حيث ظهرت الجرائم المعلوماتية التي يستخدم فيها الإعلام الآلي كوسيلة لتنفيذ الجرائم وغلبا يكون ذلك من أجل الحصول على المعلومات، كما أن هذه الوسيلة أضحت جد خطيرة رغم أن لها عدة مزايا معترف بها، إذ سبق التنديد بشأنها في الدول المتقدمة لما تشكله من خطر على الحياة الخاصة للأفراد من جهة، ولخرقها للسر المهني من جهة أخرى⁽⁴²⁸⁾.

وفي الأخير نأمل أن يساير المشرع الجزائري المشرع الفرنسي في التعديلات التي وضعها بشأن موضوع السر المهني، كما نتمنى أن يستخدم النظام الذي يستخدم في الدول المتقدمة في حفظ أسرار الأشخاص بالإضافة إلى زرع الوعي بخطورة جريمة إفشاء السر المهني والإضرار التي قد تسببها خاصة وأنها تتعلق بشرف وكرامة الأشخاص. بالإضافة أن السرية المهنية تلعب دور هام في حياة الإنسان ، فهي تعمل على تعزيز الثقة بين المهني وصاحب السر، حيث يطمئن صاحب السر وهو يتعامل مع المهني ويفضي له بأخص أسرار، كما يهدف إلى حماية المصلحة العامة والتي تعتبر الدافع إلى وضع نصوص قانونية لمعاقبة مرتكب جريمة إفشاء السر المهني.

(427) Marie Dominique FLOZAT- AUBA et Sami- paul TAWIL, Droit des malades..., op.cit, p 36.

(428) مالك بن علي، "السر....، مرجع سابق، ص 21.

قائمة المراجع

أ- باللغة العربية:

1- الكتب:

- 1- د/أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص الجزء الأول، دار هومه الجزائر، 2005.
- 2- _____، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الثاني (الجرائم الاقتصادية وبعض الجرائم الخاصة)، دار هومه، الجزائر، 2006.
- 3- د/أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية للأسرار المهنية، مطبعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، 1988.
- 4- د/أحمد محمد بدوي، جريمة إفشاء الأسرار والحماية الجنائية للكتمان المصرفي، سعد سمك، القاهرة، 1999.
- 5- أكرم إبراهيم نشأت، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن، الدار الجامعية، بيروت، د.س.ن.
- 6- د/بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، دار ومكتبة حامد، عمان، 2002.
- 7- بلعليات إبراهيم، أركان الجريمة وطرق إثباتها في قانونه العقوبات الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
- 8- د/جلال وفاء محمدين، دور البنوك في مكافحة غسيل الأموال، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001.
- 9- جندي عبد المالك، الموسوعة الجنائية، الجزء الثاني، دار العلم للجميع، الطبعة الثانية، بيروت، د.س.ن.
- 10- حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية، (الجزء الثاني)، إصدار الدار العربية للموسوعات، القاهرة، د.س.ن.
- 11- حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني (الخطأ)، دار وائل، عمان، 2006.
- 12- حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993.

- 13- **خالد محمد شعبان**، مسؤولية الطب الشرعي (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2008.
- 14- **د/رمضان جمال كمال**، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2005.
- 15- **د/رؤوف عبيد**، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثامنة، 1985.
- 16- **رضا فرج**، شرح قانون العقوبات الجزائري، الجزء الأول، (الأحكام العامة للجريمة)، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية، 1976.
- 17- **سمير عبد السميع الأودن**، مسؤولية الطبيب الجراح والتخدير ومساعدتهم (مدنيا وجنائيا وإداريا)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
- 18- **سليمان عبد المنعم**، النظرية العامة لقانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000.
- 19- **شريف الطباخ**، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في ضوء الفقه والقضاء، الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.
- 20- **د/طارق سرور**، قانون العقوبات القسم الخاص (جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- 21- **د/عادل جبري محمد حبيب**، مدى المسؤولية المدنية عن الإخلال بالالتزام بالسر المهني أو الوظيفي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.
- 22- **عادل قورة**، محاضرات في قانون العقوبات (القسم الجريمة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الرابعة، 1994.
- 23- **عباس علي محمد الحسيني**، مسؤولية الصيدلي المدنية عن أخطائه المهنية (دراسة مقارنة)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999.
- 24- **د/عبد الحميد الشواربي**، شرح قانون العقوبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991.
- 25- _____، الإخلال بحق الدفاع في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.س.ن.

- 26- عبد الحميد المنشاوي، جرائم القذف والسبب وإفشاء الأسرار، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000.
- 27- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم العام)، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة السادسة، 2005.
- 28- د/ عبد الله أوهابيه، شرح قانون الإجراءات الجزائية (التحري والتحقيق)، دار هومه، 2005.
- 29- د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
- 30- عدنان إبراهيم سرحان، شرح القانون المدني العقود المسماة (المقولة-الوكالة-الكفالة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- 31- عز الدين الديناصري ود/ عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الخامسة، 1996.
- 32- عباس العبودي، شرح قانون الإثبات المدني، دار الثقافة، عمان، 2005.
- 33- عصام أنور سليم، النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.
- 34- علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات (القسم العام)، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2000.
- 35- علي عصام غصن ود/ عبد جميل غضوب، الخطأ الطبي، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2006.
- 36- د/ غسان رباح، قانون العقوبات الاقتصادي (الجرائم الاقتصادية والقضاء المالي في التشريعات العربية)، بيروت، منشورات بحسون الثقافية، بيروت، 1990.
- 37- كريم عشوش، العقد الطبي، دار هومه، الجزائر، 2007.
- 38- د/ فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996.
- 39- د/ مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.

- 40- محمد توفيق اسكندر، الخبرة القضائية، دار هومه، الجزائر، 2002.
- 41- محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات (القسم العام)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
- 42- د/محمد سعيد جعفر، مدخل إلى العلوم القانونية (الوجيز في نظرية القانون) ، دار هومه، الجزائر، 2009.
- 43- محمد عبد الحميد الألفي، الحماية القانونية للمحامين وحضورهم في القضايا الجنائية، دار محمود، د.ب.ن، 1999.
- 44- د/محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية للمحامي اتجاه العميل، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- 45- _____، المسؤولية في مجال طب وجراحة الأسنان، دار النهضة العربية القاهرة، 2003.
- 46- محمد عبد الودود أبو عمر، المسؤولية الجزائية عن إفشاء السر المصرفي، دار وائل للنشر، الأردن، 1999.
- 47- د/محمد صبحي نجم، رضا المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية (دراسة مقارنة)، دار الثقافة، عمان، 2001.
- 48- _____، شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم الخاص)، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، الجزائر، 2005.
- 49- _____، قانون العقوبات القسم العام (النظرية العامة للجريمة)، دار الثقافة، عمان 2006.
- 50- محمد محده، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، (الجزء الثالث)، دار الهدى، عين مليلة، 1992.
- 51- محمد يوسف ياسين، المسؤولية الطبية (مسؤولية المستشفيات والأطباء والمرضى)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.
- 52- د/محمود القبلاوي، المسؤولية الجزائية للطبيب، الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.
- 53- محمود عبد الباقي سوادي، مسؤولية المحامي المدنية عن أخطائه المهنية، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1996.

- 54-د/محمود صالح العدلي، النظرية العامة في حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.
- 55- _____، الحماية الجنائية لالتزام المحامي بالمحافظة على أسرار موكله (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.
- 56- _____، النظرية العامة في حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي (دراسة مقارنة في القانون والفقه الإسلامي)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.
- 57- مخلص إبراهيم الزعبي، حقوق المواطن، دار الثقافة، عمان، 2005.
- 58- منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدلة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الخامسة، 1989.
- 59- _____، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
- 60- موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء السر المهني، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1998.
- 61- نائل عبد الرحمن الطويل وناجح داود رباح، الأعمال المصرفية والجرائم الواقعة عليها، الجزء الأول، دار عمان، 2000.
- 61- د/ نبيل إبراهيم سعد ود/محمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون (القاعدة القانونية - نظرية الحق)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.
- 62- نبيه صالح، النظرية العامة للقصد الجنائي، دار الثقافة، عمان، 2004.
- 63- د/هشام عبد الحميد فرج، الأخطاء الطبية، مطابع الولاء الحديثة، عمان، 2007.
- 64- هلاي عبد الله أحمد، حقوق الدفاع في مرحلة ما قبل المحاكمة بين النمط المثالي والنمط الواقعي (في فرنسا ومصر والمملكة العربية السعودية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.

2- المذكرات:

- 1- **حكيمه دموش**، المركز القانوني للجنة المصرفية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون (فرع قانون الأعمال)، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006.
- 2- **خالد رميح تركي المطيري**، البنوك وعملية غسل الأموال، رسالة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، معهد البحوث والدراسات، القاهرة، د.س.ن.
- 3- **راضية ركروك**، البنوك وعمليات تبيض الأموال، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون (فرع قانون الأعمال)، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006.
- 4- **عباس عبد الغني**، مسؤولية المصرفي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير (فرع قانون الأعمال)، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005.
- 5- **عنان داود**، التزام الطبيب بالحفاظ على السر الطبي، رسالة لنيل شهادة الماجستير (فرع القانون الخاص-تخصص عقود ومسؤولية)، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، 2000-2001.
- 6- **غضبان نبيلة**، المسؤولية الجنائية للطبيب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون (فرع قانون المسؤولية المهنية)، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009.
- 7- **كريمة تدريست**، النظام القانوني للبنوك في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2003.
- 8- **كريمة علة**، جنحة إفشاء السر المهني الطبي، بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، 1998.
- 9- **ندير أرتباس**، السرية المصرفية ما بين المبدأ والمسؤولية المترتبة عن إفشاءها، مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون (فرع قانون الأعمال)، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2007.

3- المقالات:

- 1- الكريم بلعربي ومحمد سعيداوي، «الأسس القانونية التي يقوم عليها احترام رضا المريض»، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد الخاص الثاني، 2008، ص ص 91-113.
- 2- رضا هميسي ومحمد لموسخ، «حماية الحياة الخاصة للمريض في ظل القانون الطبي»، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة سيدي بلعباس، العدد الثالث، 2007، ص ص 159-172.
- 3- رياض دنش وفيصل نسيغة، «جريمة إفشاء السر المصرفي في التشريع الجزائري»، الملتقى الوطني الأول حول الجرائم المالية، جامعة قالمية 24 و 25 أبريل، 2007، ص ص 55-63.
- 4- زاهية حورية سي يوسف، «دور البنوك في مكافحة عمليات تبييض الأموال، الملتقى الوطني حول مكافحة الفساد وتبييض الأموال»، يومي 10 و 11 مارس 2009 كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص ص 1-12.
- 5- عبد الحق قريمس، «مدى مسؤولية البنوك عن الإخلال بالالتزامات المقررة للوقاية من تبييض الأموال»، الملتقى الوطني حول مكافحة الفساد وتبييض الأموال، يومي 10 و 11 مارس 2009، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص ص 1-18.
- 6- لحسن بن شيخ، «جنتة إفشاء الأسرار»، مجلة الشرطة الصادرة عن المديرية العامة للأمن الوطني، العدد 52، جويلية 1995، ص ص 15-18.
- 7- د/محمد رايس، «مسؤولية الأطباء عن إفشاء السر المهني»، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد الخاص الأول، 2008، ص ص 7-54.
- 8- مالك بن علي، «السر المهني»، نشرة المحامي الصادرة عن منظمة المحامين، ناحية سطيف، العدد 5، مارس 2007، ص ص 20 و 21.
- 9- ميلود زنكري، «جريمة تبييض الأموال ومخاطرها على النظام المصرفي (حالة النظام المصرفي الجزائري)»، مداخلات الملتقى الوطني الأول حول الجرائم المالية في

ظل التحولات الاقتصادية والتعديلات التشريعية، كلية الحقوق والآداب والعلوم الاجتماعية، جامعة 8 ماي 45 قالمة، يومي 24 و 25 أفريل 2007، ص ص 155-162.

4- النصوص القانونية:

أ- النصوص التشريعية:

- 1- مرسوم رئاسي رقم 96-38 مؤرخ في 7 ديسمبر سنة 1996 يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996 (ج ر عدد 76) معدل ومتمم.
- 2- أمر رقم 66-155 مؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية (ج ر عدد 48) الصادرة في 10 يونيو 1966 معدل ومتمم.
- 3- أمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون العقوبات (ج ر عدد 49) الصادرة في 11 يونيو 1966 معدل ومتمم.
- 4- أمر رقم 70-20 مؤرخ في 19 فبراير 1970 يتعلق بالحالة المدنية (ج ر عدد 21) الصادرة في 27 فبراير 1970.
- 5- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني (ج ر عدد 78) الصادرة في 30 سبتمبر 1975 معدل ومتمم.
- 6- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة (ج ر عدد 24) الصادرة في 12 يونيو 1984 معدل ومتمم.
- 7- قانون رقم 85-05 مؤرخ في 16 فبراير سنة 1985 يتعلق بحماية الصحة وترقيتها (ج ر عدد 35) الصادرة في 17 فبراير 1985 معدل ومتمم.
- 8- قانون رقم 86-12 مؤرخ في 19 غشت 1986، يتعلق بنظام البنوك والقرض، (ج ر عدد 34) الصادرة في 20 غشت 1986 (ملغى).
- 10- قانون رقم 90-10 مؤرخ في 14 أبريل سنة 1990 يتعلق بالنقد والقرض (ج ر عدد 16) الصادرة في 18 أبريل 1990 (ملغى).

- 11- قانون رقم 90-17 مؤرخ في 31 يوليو سنة 1990 يعدل ويتم القانون 85-05 المؤرخ في 16 أبريل سنة 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها (ج ر عدد 35) الصادرة في 15 غشت 1990.
 - 12- قانون رقم 91-04 مؤرخ في 8 يناير 1991 يتضمن تنظيم مهنة المحاماة (ج ر عدد 2) الصادرة في 9 يناير 1991.
 - 13- أمر 03-11 مؤرخ في 26 أوت سنة 2003 يتعلق بالنقد والقرض (ج ر عدد 52) الصادرة في 27 غشت 2003.
 - 14- قانون رقم 05-01 مؤرخ في 6 فبراير سنة 2005 يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما (ج ر عدد 11) الصادرة في 9 فبراير 2005.
 - 15- قانون رقم 06-22 مؤرخ في 31 يوليو سنة 2006 يعدل ويتم الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية، (ج ر عدد 84) الصادرة في 24 ديسمبر 2006.
 - 16- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية (ج ر عدد 21) الصادرة في 23 أبريل 2008 .
 - 17- قانون رقم 09-02 المؤرخ في 25 فبراير 2009 يتضمن المساعدة القضائية (ج ر عدد 15) الصادر في 8 مارس 2009.
- ب- النصوص التنظيمية:**
- 1- مرسوم تنفيذي رقم 91-110 مؤرخ في 27 أبريل 1990 يتضمن القانون الأساسي الخاص بالقابلات (ج ر عدد 22) الصادرة في 15 مايو 1991.
 - 2- مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 6 يونيو سنة 1992 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب (ج ر عدد 52) الصادرة في 8 يوليو 1992.
 - 3- مرسوم تنفيذي رقم 02-127 مؤرخ في 7 أبريل سنة 2002 يتضمن إنشاء خلية معالجة الاستعلام المالي وتنظيمهما وعملهما (ج ر عدد 23) الصادرة في 7 أبريل 2002.
 - 4- قرار مؤرخ في 17 نوفمبر 1990 يتضمن الأمراض المعدية الواجب التبليغ عنها (غير منشور).

- 5- قرار مؤرخ في 4 سبتمبر سنة 1995، يتضمن الموافقة على النظام الداخلي لمهنة المحاماة (ج ر عدد 48) الصادرة في 14 غشت 1996.
- 6- نظام رقم 05-05 مؤرخ في 15 ديسمبر 2005، يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما (ج ر عدد 26) الصادرة في 23 أبريل 2006.

ب- باللغة الفرنسية:

1-Ouvrages :

- 1- **BOYER CHAMMARD (George) et MONZEIN (Paul)**, La responsabilité médicale, presses universitaire de France, Paris, 1974.
- 2- **DE BERNARDINIS (Christophe)**, Les droits du malade hospitalisé, heures de France, Paris, 2006.
- 3- **DE POULPIQUET (Jeanne)**, Responsabilité des notaires (civile, disciplinaire, pénale), Dalloz, paris, 2003.
- 4- **DIBIE-KRAJCMAN (Dorothee)**, Informations génétiques et fonctions medicals, les etudes hospitalières, Bordeaux, 2004.
- 5- **DORSENE-DOLIVET (Annick)**, La responsabilité du médecin, Economica, Paris, 2003.
- 6- **DUPONT (Marc) et ESPER (Claudine) et PAIRE (Christian)**, Droit hospitalier établissements publics et privé, Dalloz, Paris, 3^{ème} édition, 2001.
- 7- **EOGER (Marcel)**, Le secret professionnel de l'avocat devant la justice, libre justice, Paris, 1967.
- 8- **FLOUZAT-AUBA (Marie Dominique) et TAWIL (Sami-Paul)**, Droit des malades et responsabilité des médecins mode d'emploi, Marabout, Paris, 2005.
- 9- **HANNOUZ. (M.M) et HAKEM. (A.R)**, Précis de droit médical (l'usage des praticiens de la médecine et du droit), office des publications universitaires, Alger, 1993.

- 10- **HAMELIN (Jacques) et DAMIEN (André)**, Les règles de la profession d'avocat, Dalloz, Paris, 8^{ème} édition, 1995.
- 11- **HUREAU. (J) et POITOUT. (D)**, L'expertise médicale en responsabilité médicale et en réparation du préjudice corporel, Masson, Paris, 2005.
- 12- **JEREZ (Olivier)**, Le blanchiment de l'argent, revue banque édition, Paris, 2003.
- 13- **LARGUIER (Jean) et LARGUIER (Anne-Marie)**, Droit pénal spécial, Dalloz, Paris, 12^{ème} édition, 2002.
- 14- **LECLERCQ (Cléo)**, Devoirs et prérogatives de l'avocat, Delta, Beyrouth, 1999.
- 15- **LELEU (Yves-Henri) et GENICOT (Gilles)**, Le droit médical aspects juridiques de la relation médecin patient, De Boeck, Paris, 2001.
- 16- **MALICIER. (D), MIRAS. (A), FEUGLET. (P), FAIVRE. (P)**, La responsabilité médicale (données actuelles), ESKA, Paris, 2^{ème} édition, 2005.
- 16- **MONEGER (Joël) et DEMEESTER (Marie-lucie)**, Profession avocat, Dalloz, Paris, 2001.
- 17- **RASSAT (Michèle-Laure)**, Droit pénal spécial (les infractions contre les biens, la famille, les mœurs et la paix publique), Dalloz, Paris, 4^{ème} édition, 1976.
- 18- **SAURY (Robert)**, Manuel de droit médical, Masson, Paris, 1989.
- 19- **SELLES (Laurent)**, Le secret professionnel et le signalement, édition MB formation, Paris, 2003.
- 20- **SOYER (Jean-Claude)**, Droit pénal et procédure pénale, L.G.D.J, Paris, 12^{ème} édition, 1995.
- 21- **VERON (Michel)**, Droit pénal spécial, Armand Colin, Paris, 8^{ème} édition, 2000.
- 22- **WELSCH (Sylvie)**, Responsabilité du médecin, LITEC, Paris, 2003.
- 23- **WILFRID (Jean-Didier)**, Droit pénal des affaires, Dalloz, Paris, 2^{ème} édition, 1996.

2-Articles :

- 1- **BLANCHARD (Bernard)**, « avocat » recueil Dalloz, N°12 et 22 mars 2007, pp 825-827.
- 2- **BOIN NESPOULOUS (Sophie)**, « La violation du secret professionnel », in Le secret professionnel, sous la coordination d'Anne-Marie duguët, les études hospitalières, Paris, 2002 pp 13-20.
- 3- **BOUSSARD (Sabine)**, « Entre secret médical et ordre public sanitaire : le médecin, messenger de l'information génétique familiale » in Nouvelles frontières de la santé nouveaux rôles et responsabilité du médecin, sous la direction de Florence BELLIVIER, Dalloz, Paris, 2006.
- 4- **DE LA GRESSAYE (Jean brethe)**, « Secret professionnel », juris classeur, Janvier 1977. pp 1-12.
- 5- **HARICHAUX-RAMU (Michel)**, « Secret du malade », juris classeur, droit civil, fasc. 440-N° 2, 1993. pp 11-18.
- 6- **NOUWYNCK (Lucien)**, « La position des différents intervenants psycho médico-sociaux face au secret professionnel dans le travail avec las justiciables », revue de droit pénal et criminologie, N° 1 janvier 2001, pp 3-28.
- 7- **Sapanet. (M)**, « Secret professionnel, police et justice », in le secret professionnel sous la coordination d'Anne-Marie duguët, les études hospitalières, Paris, 2002 pp 35-42.
- 8- **SENTOU (Tessa)**, « Le grand secret, Le secret général et absolu en jurisprudence », in Le secret professionnel, sous la coordination d'Anne-Marie duguët, les études hospitalières, Paris, 2002 pp 27-34.
- 9- **SIKSIK (Georges)**, « Secret professionnel et expertise médicale », in Le secret professionnel sous la coordination d'Anne-Marie DUGUET, les études hospitalières, Paris, 2002 pp 43-52.
- 10- www.santé-dz.com

3- Codes :

1- LUCAS (André), Code civil, LITEC, Paris, 24^{ème} édition, 2005.

2- MAYAUD (Yves) et GAUET (Carole), code pénal, Dalloz, Paris, 106^{ème} édition, 2009.

4- Arrêts :

1- Cour de cassation, chambre criminelle, N°99-85563, 18 octobre 2000,
www.legifrance.gouv.fr

2- Cour de cassation, chambre criminelle, N° 10-88263, 11 juin 2002,
www.legifrance.gouv.fr

الموضوع

4.....	مقدمة.....
8.....	الفصل الأول: إفشاء السر المهني جريمة.....
8.....	المبحث الأول: مفهوم السر المهني.....
9.....	المطلب الأول: تعريف السر المهني.....
9.....	الفرع الأول: تعريف السر المهني على أساس الضرر.....
12.....	الفرع الثاني: تعريف السر المهني على أساس التفرقة بين الوقائع.....
16.....	الفرع الثالث: تعريف السر المهني على أساس اتجاه إرادة المودع.....
20.....	المطلب الثاني: أساس الالتزام بالسر المهني.....
20.....	الفرع الأول: الأساس النظري للالتزام بالسر المهني.....
21.....	أولاً: نظرية العقد كأساس للالتزام بالسر المهني.....
21.....	I- مضمون نظرية العقد.....
22.....	أ- نظرية عقد الوديعة.....
22.....	1- مضمون النظرية.....
23.....	2- نقد النظرية.....
24.....	ب- نظرية عقد الوكالة.....
24.....	1- مضمون النظرية.....
25.....	2- نقد النظرية.....
26.....	ج- نظرية عقد إيجار الخدمة.....
26.....	1- مضمون النظرية.....
26.....	2- نقد النظرية.....
27.....	د- نظرية العقد غير المسمى.....
27.....	1- مضمون النظرية.....
27.....	2- نقد النظرية.....
28	II- نقد نظرية العقد.....
30.....	ثانياً: نظرية النظام العام كأساس للالتزام بالسر المهني.....

1- مضمون نظرية النظام العام.....	30
2- نقد نظرية النظام العام.....	32
الفرع الثاني: الأساس القانوني للالتزام بالسر المهني.....	34
أولاً: الأساس القانوني للالتزام بالسر المهني وفقاً للقواعد العامة.....	34
1- الدستور.....	34
2- قانون العقوبات.....	36
3- قانون الإجراءات الجزائية.....	36
ثانياً: الأساس القانوني للسر المهني وفقاً للقوانين المهنية الخاصة.....	38
1- في المجال الطبي.....	38
2- في مجال المحاماة.....	39
3- في المجال المصرفي.....	40
المبحث الثاني: أركان جريمة إفشاء السر المهني.....	43
المطلب الأول: إفشاء واقعة ذات طابع سري.....	43
الفرع الأول: فعل الإفشاء.....	43
الفرع الثاني: وقوع فعل الإفشاء لواقعة ذات طابع سري.....	50
المطلب الثاني: وقوع فعل الإفشاء من أشخاص مؤتمنين على السر.....	53
الفرع الأول: الأشخاص المؤتمنين على السر وفقاً للمادة 301 من قانون العقوبات.....	53
أولاً: الأطباء والجراحون.....	54
ثانياً: الصيادلة.....	55
ثالثاً: القابلات.....	56
الفرع الثاني: الأشخاص المؤتمنين على السر وفقاً للقوانين المهنية الخاصة.....	57
أولاً: في المجال الطبي.....	58
ثانياً: في مجال المحاماة.....	59
ثالثاً: في المجال المصرفي.....	61
المطلب الثاني: القصد الجنائي.....	63
الفرع الأول: العلم بوجود واقعة سرية.....	64

66.....	الفرع الثاني: توجه الإرادة إلى إفشاء السر
69.....	الفصل الثاني: الإفشاء المشروع للسر المهني
69.....	المبحث الأول: الإفشاء المقرر للمصلحة العامة
70.....	المطلب الأول: الإفشاء المقرر للمصلحة العامة بنص قانون
70.....	الفرع الأول: في مجال الحالة المدنية
71.....	أولاً: التبليغ عن الولادات
74.....	ثانياً: التبليغ عن الوفيات
76.....	الفرع الثاني: التبليغ عن الأمراض المعدية
79.....	الفرع الثالث: التبليغ عن الجرائم
86.....	المطلب الثاني: الإفشاء المقرر للمصلحة العامة بترخيص من القضاء
86.....	الفرع الأول: الشهادة أمام القضاء
91.....	الفرع الثاني: أعمال الخبرة
96.....	الفرع الثالث: التفتيش والحجز
102.....	المبحث الثاني: الإفشاء المقرر للمصلحة الخاصة
102.....	المطلب الأول: الإفشاء برضا صاحب السر
103.....	الفرع الأول: مفهوم رضا صاحب السر
110.....	الفرع الثاني: شروط رضا صاحب
110.....	أولاً: أن يكون الرضا صريحا أو ضمنيا
112.....	ثانياً: أن يكون الرضا صحيحا وصادر عن بينة
113.....	ثالثاً: أن يكون رضا صاحب السر قائما وقت الإفشاء
115.....	المطلب الثاني: الإفشاء في حالة الضرورة
115.....	الفرع الأول: تعريف حالة الضرورة
118.....	الفرع الثاني: شروط حالة الضرورة
118.....	أولاً: يجب أن يكون هناك خطر حال يهدد شخصا أو مالا
118.....	ثانياً: يجب أن لا يكون لإرادة الفاعل دخل في وقوع الخطر
119.....	ثالثاً: أن تكون الجريمة هي الوسيلة الوحيدة لدرء الخطر

119.....	رابعاً: تناسب فعل الضرورة مع الخطر
120.....	المطلب الثالث: الإفشاء في حالة توجيه الاتهام للمؤمن على السر
127.....	خاتمة
130.....	قائمة المراجع
143.....	الفهرس