HNSJ Humanitarian & Natural Sciences Journal
ISSN: (e) 2709-0833
www.hnjournal.net
مجلة العلوم الإنسانية والطبيعية
مجلة علمية محكمة

عنوان البحث

الاساس القانوني للالتزام بالمحافظة على السر المهني

د. احمد نعمة عطية[1]

[1] كلية الأمام الكاظم – قسم القانون – العراق– بغداد

ahmedatea@alkadhum-col.edu.iq

تاريخ القبول: 2020/11/29م تاريخ النشر: 2020/12/01م

المستخلص

هدفت الدراسة إلى تسليط الضوء على الأهمية العلمية والعملية التي نالها موضوع السر المهني من لدن الفقه والتشريع والقضاء حيث أنه يتسم بأهميتين نظرية و علمية، فمن الناحية النظرية فإن تحليل واجب المهني سواء كان موظفاً أصاحب مهنة حرة ، في كتمان الأسرار التي يطلع عليها بحكم وظيفته ، يؤدي الى المساهمة جزئياً في تحليل علمي في مجال البحوث و الدراسات القانونية ، أما من الناحية الأهمية العلمية فمما لا شك فيه أن ثمة مصالح عامة متعلقة بالدولة أو بالإدارة العامة، أو خاصة متعلق بالأفراد ، و بما أن الموظف العام هو فرد مكلف بخدمة عامة ، و ملزم بأداء أعمال وظيفته ،و الحرص على القيام بواجباتها ، و من ذلك واجب الحفاظ على السر الوظيفي ، فان قيامه بإفشاء هذا السر يعد جريمة تأديبية، تستحق عقوبة تأديبية أما إذا كان السر خطيراً يلحق ضرراً مباشرًا بالدولة أو الإدارة أو بفرد ، فانه قد يرتب المسؤوليتين التأديبية و الجنائية. وإن الحديث عن التزام الموظف بكتمان الاسرار يرتبط بتحديد العلاقة التي تربط بين هذا الالتزام والتزامات الموظف الاخرى التي عهدت له من خلال الوظيفة.

RESEARCH ARTICLE

THE LEGAL BASIS FOR THE OBLIGATION TO MAINTAIN A PROFESSIONAL SECRECY

Dr: Ahmed Nhma Atiya[1]

[1] Private law teacher-College of Imam Al-Kadhum - Department of Law

Accepted at 29/11/2020 **Published at 01/12/2020**

Abstract

The issue of professional secrecy is considered one of the topics that have received wide attention from the fields of jurisprudence, legislation and the judiciary, as it is characterized by two theoretical and scientific importance. In theory, the analysis of the duty of the public servant to conceal secrets that he sees by virtue of his position leads to partially contributing to a scientific analysis in the field of research And legal studies, as for the scientific importance, there is no doubt that there are public interests related to the state or the public administration, or private interests related to individuals, and since the public employee is an individual assigned to a public service and is obligated to perform the duties of his job, and to be keen to carry out its duties And among this is the duty to preserve the job secret, for his disclosure of this secret is considered a disciplinary offense, which deserves a disciplinary punishment. But if the secret is dangerous and directly harms the state, the administration or an individual, then it may arrange the disciplinary and criminal responsibilities. Talking about the employee's obligation to keep secrets requires us to define the relationship between this commitment and the other obligations of the employee entrusted to him through the job.

المقدمة:

يعد موضوع السر المهني من الموضوعات التي نالت اهتماماً واسعاً من لدن الفقه والتشريع والقضاء حيث أنه يتسم بأهميتين نظرية و علمية، فمن الناحية النظرية فإن تحليل واجب الموظف العام في كتمان الأسرار التي يطلع عليها بحكم وظيفته ، يؤدي الى المساهمة جزئياً في تحليل علمي في مجال البحوث و الدراسات القانونية ، أما من الناحية الأهمية العلمية فمما لا شك فيه أن ثمة مصالح عامة متعلقة بالدولة أو بالإدارة العامة، أو خاصة متعلق بالأفراد ، و بما أن الموظف العام هو فرد مكلف بخدمة عامة ، و ملزم بأداء أعمال وظيفته ،و الحرص على القيام بواجباتها ، و من ذلك واجب الحفاظ على السر الوظيفي ، فان قيامه بإفشاء هذا السر يعد جريمة تأديبية، تستحق عقوبة تأديبية أما إذا كان السر خطيراً يلحق ضرراً مباشرًا بالدولة أو الإدارة أو بفرد ، فانه قد يرتب المسؤوليتين التأديبية و الجنائية. وإن الحديث عن التزام الموظف بكتمان الاسرار يرتبط بتحديد العلاقة التي تربط بين هذا الالتزام والتزامات الموظف الاخرى التي عهدت له من خلال الوظيفة .

الإطار النظري ومناقشة نتائج الدراسة:

أولاً- الإطار النظري :

يعد الإطار النظري بمثابة العمود الفقري للدراسة موضوع البحث، حيث يمكن من تحديد العلاقة الوثيقة بين متغيرات البحث ومفاهيم موضوع البحث ،و يتضمن الاطار النظري لدراسة موضوعنا العناصر الآتية :

1-مشكلة الدراسة:

يعد موضوع الالتزام بالمحافظة على السر المهني من المشكلات المطروحة على الساحة العلمية ضمن القانون المقارن، حيث مشكلة الدراسة تنصب على معرفة فاعلية القانون المصري والقانون العراقي في مواجهة ظاهرة افشاء السر المهني، ويمكن صياغة مشكلة الدراسة في التساؤلات التالية:

1- هل الغطاء القانوني الكافي لحماية السر المهني ، إذ لايزال يعاني من الخرق في هذا الالتزام وهو المحافظة على السر؟ .

2- كيف يستقيم الجزاء عند وجود جانب جنائي وجانب مدني لتكفل المساس بحرمة السر الشخصي والمهني على حد سواء في حالة وجود ضرر خاص وضرر عام والضرر الخاص هو الايذاء الذي يعتري الشخص في ذاته من خلال كشف السر للعامة دون رضاه، والضرر العام يتمثل في افشاء سر مملوك للدولة ممثلة بأجهزتها الادارية؟ .

2-فرضيات الدراسة: تفترض الدراسة:

1- تفترض هذه الدراسة المعالجة التقليدية للمساس بحرمة السر المهني من قبل ذوي المهن .

2- تفترض هذه الدراسة وجود نظام اداري لوضع برنامج استباقي من خلال تشريع تعليمات اخلاقيات المهن ومن ضمنها عدم المساس بالسر المهني ووجود تعهد من قبل المهني بذلك.

3-أهمية الدراسة:

يتسم موضوع الدراسة بأهميتين نظرية و علمية، فمن الناحية النظرية فإن تحليل واجب الموظف العام أو صاحب المهنة ، في كتمان الأسرار التي يطلع عليها بحكم وظيفته ، يؤدي الى المساهمة جزئياً في تحليل علمي في مجال البحوث و الدراسات القانونية ، أما من الناحية الأهمية العلمية فمما لا شك فيه أن ثمة مصالح عامة متعلقة بالدولة أو بالإدارة العامة، أو خاصة متعلق

بالأفراد ، و بما أن الموظف العام هو فرد مكلف بخدمة عامة ، و ملزم بأداء أعمال وظيفته ،و الحرص على القيام بواجباتها ، و من ذلك واجب الحفاظ على السر الوظيفي ، فان قيامه بإفشاء هذا السر يعد جريمة تأديبية، تستحق عقوبة تأديبية أما إذا كان السر خطيراً يلحق ضرراً مباشرًا بالدولة أو الإدارة أو بفرد ، فانه قد يرتب المسؤوليتين التأديبية و الجنائية

4-منهجية الدراسة:

منهجية التحليل: اتبعنا في هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي.

يستخدم هذا المنهج لدراسة المشكلات المتعلقة بالمجالات الإنسانية :

أ- التفسير بشكل علمي منظم.المنهج المذكور يعتمد عليه الباحث في جمع المعلومات الظاهرة محل الدراسة ،والبحث عن تحديد مفهومها بمستويات مختلفة.

ب- مصادر البيانات: اعتمدنا على المصادر الورقية من الكتب المنهجية والبحوث وكذلك المصادر الإلكترونية .

ج- حدود الدراسة: الحدود المكانية ، مدينة بغداد والدوائر الادارية والمهنية ذات العلاقة التابعة لها .والحدود الزمانية ، السنة الميلادية 2019-2020م.

5-هيكلة الدراسة:

تم تقسيم هذه الدراسة إلى ثلاثة مباحث، يتناول المبحث الأول فكرة العقد كأساس للالتزام بالسر المهني لدى الموظف العام والمبحث الثاني لدراسة فكرة النظام العام ضمن الاساس القانوني للسر المهني ، والمبحث الثالث يخصص لنظرية المصلحة.

6-الدراسات السابقة

1- دراسة كامل سلامة، احمد (1988) حيث تناولت هذه الدراسة كيفية تعامل القانون الجنائي مع فعل افشاء الأسرار المهنية .

2- دراسة صالح ، رافع ، الحق في الحياة الخاصة وضماناته في مواجهة الكومبيوتر ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1993.تناولت الدراسة جرائم الافشاء عبر الانترنت.

3- ابو السعود ، رمضان ،الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني ، المدخل إلى القانون وبخاصة المصري واللبناني ، النظرية العامة للحق ، الدار الجامعية ، 1985،.

ثانياً: نتائج الدراسة:

تشير نتائج دراسة اساس الالتزام بالسر المهني إلى النتائج التالية:

1- إن المشرع العراقي ضمن نطاق القانون المدني ، لم يضع تعريفاً مانعاً وجامعاً للإفشاء بالسر المهني ، بل ترك الأمر للفقه ، حيث اكتفى المشرع العراقي بإيراد بعض النصوص القانونية التي يتضح ان الاخلال بالالتزام بالمحافظة على السر المهني يتكون من خلال فعل الإفشاء .

2- لم يحدد بنص صريح طريقة افشاء السر المهني بل او وسائل الافشاء تتعدد وتزيد مساحة وسائل الافشاء بزيادة مدى تطور الحاصل في جميع المجالات ، فقد يحصل البوح بالسر عن طريق شبكة المعلومات الدولية أو الاتصال الهاتفي .

3- إذا وردت معلومات سرية تتصف بالصفة الشخصية في عقد معين ، فلا يجوز لاطراف العقد افشاء هذه المعلومات ، ولو لم ينص العقد على هذا الالتزام .

4- إن الاشخاص محل الالتزام بالسرية لا ينحصرون فقط باطراف العلاقة التي مصدرها الالتزام بالمحافظة على السر المهني ، بل يشمل اشخاص الخلف العام والخلف الخاص

5- يجوز تشديد مسؤولية المهني الملتزم بالمحافظة على السر بحكم وظيفته أو مهنته من خلال الاستعانة بنظام تعديل احكام المسؤولية المهني عن الالتزام بالسرية ، وكذلك التأمين من الالتزام بالسرية .

ثالثا: التوصيات: بناءً على النتائج التي تم التوصل إليها توصي الدراسة بالتالي:

1- ايراد نص صريح يحدد كيفية الأخلال بالالتزام بالسرية من خلال وضع النص على النحو الآتي (كل ما من شأنه أن يدخل المعلومات او البيانات ذات الصفة السرية المتداولة بين طرفي العلاقة –صاحب السر والمهني المؤتمن على السر– في علم الغير دون رضا صاحب السر).

2- جعل معيار (عدم رضاء صاحب السر) هو الحد الفاصل بين افشاء الأسرار وعدم افشائها .

3- وضع نص من قبل المشرع العراقي يتضمن المسؤولية عن الضرر المادي والضرر الأدبي عند افشاء السر المهني .

المبحث الأول

العقد اساس التزام الموظف بالمحافظة على السر المهني

تجد نظرية العقد أساسها في اتفاق بين العميل المودع للسر والأمين المودع لديه السر ويرتكز أنصار هذه النظرية على أنها تسمح بتفسير الالتزام بالسر المهني، فالعميل يبقى سيد سره و يستطيع أن يعفي الأمين من الالتزام به في أي وقت[1]وقد عرّف القانون المدني العراقي العقد بأنه (ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين لقبول الآخر على وجه يثب تأثره في المعقود عليه)[2] وقد عرف الفقه العراقي العقد بأنه تطابق أرادتين أو أكثر على ترتيب آثار قانونية سواء كانت هذه الآثار هي إنشاء إلزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه[3]و يكمن الغرض الأساسي من هذه النظرية في حماية صاحب السر، و إمكانية إعفائه للمودع لديه[4].وسنتناول مفهوم نظرية العقد كأساس للسر المهني(أولاً) على أن نتطرق في تقييم لهذه النظرية، لنتائجها و الانتقادات الموجهة لها (ثانيًا).

أولاً: مفهوم نظرية العقد:

عند قيام علاقة تعاقدية بين المهني كما هو الحال بالنسبة للمحامي و موكله، و الطبيب و مريضه، فإن مؤدى ذلك أن أساس الالتزام بالسر المهني هو التزام تعاقدي، هذا ما يؤكده أنصار نظرية العقد التي تفترض أن أساس التزام المهني بالسر قائم على اتفاق المؤتمن و الأمين على السر. وإذا كان أنصار هذه النظرية قد اتفقوا حول الأساس القانوني للالتزام بالسر المهني ، فإنهم اختلفوا حول طبيعة العقد المزعوم، فمنهم من كيفه بعقد وديعة ،واعتبره فريق ثان عقد وكالة بينما ذهب فريق ثالث إلى اعتباره عقد إيجار خدمة أما الفريق الأخير فلم يحدد لهذا العقد نموذجاً تقليديًا فاعتبره عقدا غير مسمى .

1 - عقد الوديعة:

أوردت المادة (718) من القانون المدني المصري تعريفاً لعقد الوديعة ونصت على أنه :" عقد يلتزم به شخص أن يتسلم من آخر ، على أن يتولى حفظ هذا الشيء وعلى ان يرده عيناً"وعقد الوديعة من العقود ذات الأهمية الكبيرة في الحياة العملية من حيث كثرة انتشاره، واستدل أنصار نظرية عقد الوديعة كأساس للسر المهني، بما نص عليه الفصل 378 من قانون العقوبات الفرنسي القديم، التي تقابلها المادة 310 من قانون العقوبات المصري التي تتكلم عن المودع لديهم الأسرار[5]وقد دُعمت هذه النظرية في فرنسا ،إذ ذهب اتجاه فقهي إلى أن أساس السر المهني عامة والسر الطبي خاصة هو عقد الوديعة ،فالأطباء لا يلتزمون بالسر إلا بسبب واقعة الإيداع ،فالطبيب كأي مودع لديه يجب عليها المحافظة على الشيء المودع لديه ، وعدم التصرف فيه إلا بإذن من المودع. [6]

ونستنتج أن أساس الالتزام بالسر المهني ناشئ عن عقد وديعة من نص المادة (437) من قانون العقوبات العراقي ((كل من علم بحكم وظيفته أو مهنته أو صناعته أو فنه أو طبيعة عمله بسر فأفشاه في غير الأحوال المصرح بها قانوناً ...)) وكذلك نص المادة

---

(1) د . أحمد كامل سلامة ، الحماية الجنائية للأسرار المهنية –ص82 ، 83.

(2) ينظر في ذلك المادة (73) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 النافذ التي عرفت العقد.

(3) د. عبدالمجيد الحكيم ،الأستاذ عبد الباقي البكري ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي –مطابع التعليم العالي ، بغداد 1986 ، ص 19.

(4) د.محمد عبد الظاهر حسنين :المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل ، دار النهضة العربية للطباعة، سنة 1996، ص 135.

(5) ينظر في هذا المعنى :د.محمد عبد الظاهر حسنين :المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل، المصدر السابق ،ص 136.

(6) أحمد كامل سلامة ، الحماية الجنائية للأسرار المهنية ، المصدر السابق –ص85.

(355) من قانون العقوبات الأردني ((كان بحكم مهنته على علم بسر وأفشاه دون سبب مشروع)) وأيضاً قانون العقوبات المصري في المادة 310((كل من كان من الاطباء او الجراحين او الصيادلة او القوابل او غيرهم مودعاً اليه بمقتضى صناعته او وظيفته سر خصوصي ائتمن عليه فأفشاه في غير الاحوال التي يلزمها القانون فيها بتبليغ ذلك يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة اشهر وبغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه مصري. ....)) أي ان السر المهني مودع لدى الأمين بحكم وظيفته أو مهنته ويقابل ذلك المادة (956) من القانون المدني العراقي التي نصت على انه ((ليس للوديع أن يستعمل الوديعة وينتفع بها دون إذن صاحبها)) وكذلك نص المادة (875) من القانون المدني الأردني التي نصت على انه ((لا يجوز للمودع لديه أن يستعمل الوديعة أو يرتب عليها حقاً للغير بغير إذن المودع)) ، مما يدل على أن الالتزام بالسر هو عقد وديعة ومن جهة أخرى فان إفشاء السر والإخلال بالوديعة يرتب على كل منهما جزاءً جنائياً نص عليه في كل من المادتين (437) من قانون العقوبات العراقي والمادة (453) من نفس القانون بالنسبة للوديعة وكذلك المادتين (355) من قانون العقوبات الأردني والمادة (422) من نفس القانون بالنسبة إلى الوديعة . لذا فان أساس السر المهني هو عقد الوديعة فالموظف لا تلتزم بكتمان السر إلا بسبب واقعة الإيداع ، لأنه مودع لديه تجب المحافظة على الشيء المودع وعدم التصرف به إلا بإذن من المودع وقد لاقت نظرية عقد الوديعة انتقادات شديدة من جانب بعض الفقهاء. [1]

وذلك لعدة أسباب نذكر منها :

أ. إن عقد الوديعة عقد تبرعي بلا مقابل ومحله أشياء منقولة. [2]وهذا لا ينطبق على السر إذ هو شيء معنوي وليس.. مادياً .

ب. إن الأشياء التي تكون محلاً لعقد الوديعة يمكن استردادها لأنها ترد على شيء منقول وملموس وذلك خلافاً للسر الذي لا يمكن استرداده ممن أؤتمن عليه او مطالبته برده .

ج. أن طبيعة السر تختلف عن طبيعة الأشياء ومن ثم يكون من المستحيل تطبيق أحكام الوديعة على السر ولا يلتزم المودع لديه برد السر كما يلتزم المودع لديه الوديعة بردها ، وخاصة أن الموظف قد يعلم بالسر بمناسبة ممارسة مهنته ولا يودع لديه.

د. إن عقد الوديعة في القانون المدني العراقي والقانون المصري وغالبية القوانين الأخرى من العقود العينية التي لا تتم إلاّ بالقبض وهذا لا ينطبق على السر المهني لان الموظف لا يقبض شيئاً عندما يعلم بالسر من زبونه .

ولهذا ولكل ما تقدم هجر الفقهاء نظرية عقد الوديعة ولا يمكن الاستناد عليها أساساً للالتزام القانوني بالسر المهني لذا لابد من البحث عن نظرية أخرى .

---

[1] احمد كامل سلامة ، المصدر السابق ، ص86 .

[2] يرى الدكتور السنهوري أنه يغلب أن يكون الشيء المودع منقولاً إذ أن المنقول أحوج إلى الحفظ من العقار ولكن لا شيء يمنع من أن يودع العقار ، فيعهد شخص إلى شخص أخر بحراسة منزله مدة سفره . د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، ج1 ، دار النهضة العربية ، 1964. ص695 .

2 – عقد الوكالة :

عرفت المادة (699) من القانون المدني المصري ، والمادة (665) من القانون المدني السوري ، والمادة (699) من القانون المدني الليبي ، والمادة (716) من القانون المدني القطري ، الوكالة فنصت على أن : (الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل) ، واما القانون المدني العراقي فقد عرفها في مادته (927) بأنها : (عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم) وهو تعريف قريب من التعريف السابق ، وهكذا بقية التقنيات العربية. [1]

طبيعة عقد الوكالة :

1 – ان عقد الوكالة من عقود التراضي من حيث المبدأ ، ولكن إذا كان محل الوكالة تصرفاً شكلياً فلا بدّ من توافر شكله القانوني ، وهذا ما نصت عليه معظم القوانين المدنية[2]، ولذلك فالوكالة في البيع والشراء ، والإجارة ، والقرض ، والصلح ، والمقاولة ، والوديعة ، والكفالة ، ونحوها من العقود الرضائية ، واما الوكالة في الهبة بالنسبة للواهب فيجب لانعقادها أن تكون في ورقة رسمية كالهبة نفسها ، والوكالة في الرهن الرسمي بالنسبة للراهن فقط يجب أن تكون في ورقة رسمية كالرهن نفسه ، وكذلك التوكيل في عقد الشركة يجب أن يكون مكتوباً ولو في ورقة عرفية وإلاّ كان باطلاً (م507م م) .

2 – ان عقد الوكالة من عقود التبرعات إلاّ إذا اشترط فيه صراحة أو ضمناً ، وهذا ما نصت عليه المادة (729 م.قطري) وبقية القوانين العربية حيث نصت على أن : (الوكالة تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك ، أو يستخلص ضمناً من حالة الوكيل) ومن آثار ذلك أيضاً أن الأصل في الوكالة أن تكون بدون أجر ، وإذا كانت بأجر تخضع هذه الأجور لتقدير القاضي ، وهذا ما نصت عليه القوانين المدنية مثل المادة (709م.مصري) والمادة (675م.سوري) والمادة (709م.ليبي)والمادة (729م.قطري) والمادة (940م.عراقي) .

3 – عقد الوكالة من العقود غير الملزمة للطرفين من حيث المبدأ وهذا ما نصت عليه نصوص القوانين المدنية ، وبناء على ذلك فإنه (يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة ، أو يقيدها ، ولو وجد اتفاق يخالف ذلك ، فإذا كانت الوكالة بأجر فإن الموكل يكون ملزماً بتعويض الوكيل

عن الضرر الذي لحقه من جراء عزله في وقت غير مناسب ، أو بغير عذر مقبول) المادة : (715 م.مصري) (681 م. سوري) (715 م. ليبي) (810 م. عراقي) (735 م. قطري)وتهدف هذه النظرية إلى تقريب الالتزام بالسر من عقد الوكالة ، ففي عقد الوكالة يكون الوكيل ملزماً بالتصرف لمصلحة الموكل وبذلك ينشأ الالتزام بالسر المهني مباشرة أو بطريق غير مباشر من الواجب المفروض على الوكيل أن لا يتصرف بما يضر بمصالح موكله[3] وأهم نقد يوجه إلى فكرة عقد الوكالة أن الوكالة تنتهي بموت الموكل أو العمل محل الوكالة في حين أن الموظف يستمر بالالتزام بالمحافظة على السر المهني حتى بعد انتهاء الوظيفة [4]

4 – العقدغيرالمسمى:

---

[1] السنهوري : الوسيط ط. دار النهضة العربية ، القاهرة 1964 ،ج7 ، ص 371 .

[2] مثل المادة (700) من القانون المدني المصري ، والمادة (700) م. ليبي ، والمادة (666) ؛ مدني سوري والمادة (718) مدني قطري

[3] هذا ما نصت عليه المادة (927) من القانون المدني العراقي المرقم (40) لسنة 1951 .

[4] د. علي حسين نجيدة ، التزامات الطبيب في العمل الطبي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1990م ، 249 .

من أهم الآراء التي حاولت تأسيس الالتزام بالسر المهني على أساس العقد ، بعدعقدالوديعة ، الرأي الذي ذهب إليه الفقيه شارمانتيه ، الذي أقر بوجود عقد غير مسمى كأساس للالتزام بالسر

، منطلقاً من عدم كفاية عقد الوديعة كأساس الالتزام بالسر المهني [1] ،يقوم على الرضا المتبادل بين المودع والمودع لديه ، فهو عقد من جانب واحد ويجب أن يتدخل عقد من نوع آخر لإعفاء الأمين من الالتزام بالسر[2].

5 – عقد ايجار الخدمات كأساس لالتزام بالسر المهني :

إنّ عقد الايجار من عقود الائتمان ينشئ للمؤجر الحق في قبض ثمن الإيجار وينشأ للمستأجر الحق في الاستلام والانتفاع بالعين المؤجرة، وأن يكون محل الإيجار أمانة لدى المستأجر لمدة معينه ينتفع به خلالها فيما وقع عليه الاتفاق ثم يردها للمؤجر في الوقت وبالشكل المتفق عليه ضمن عقد الإيجار[3].وتتجسد علاقة عقد ايجارالخدمات بالسر المهني في أنّ صاحب المهنة بعد اطلاعه على المعلومات والمعارف، تنشأ عن ذلك علاقة تتضمن مجموعة من الالتزامات والحقوق على عاتق الطرفين، فصاحب المهنة يطلع بحكم مهنته على المعلومات والوثائق السرية ويقدم خدماته وفقا للإشكالات المطروحة، ومثال ذلك في مجال الملكية الفكرية فعند تجربة الاختراع لمعرفة ما إذا كان قابل للتطبيق الصناعي، ومدى ملائمة هذا الاختراع للشروط القانونية من طرف أهل الخبرة الفنية كرجل الحرفة، فيقوم صاحب السر أو الاختراع بالكشف عن سر اختراعه، فهناك التزامات متقابلة، في احتفاظ رجل المهنة على سر الاختراع ويرّد على الاتجاه القائل بعقد إيجار الخدمات كأساس للالتزام بالسر المهني ، أنه يترتب على عقد إيجار الخدمات الالتزام بنتيجة، بينما التزام صاحب المهنة أو المؤتمن على السر يكون ببدل عناية دون أن يتكفل بضمان نتيجة معينة[4].

ثانيًا: تقييم نظرية العقد :

من نتائج نظرية العقد أن رضا المودع والمودع لديه ضروري لإباحة إفشاء السر المهني ،فالإفشاء من جانب واحد غير كاف لإعفاء طلب الإفشاء من الأمين ،فلهذا الأخير الحق في الإفشاء من دون عقاب[5].

وللسر حسب هذه النظرية صفة النسبية فالقول بإعفاء الأمين من جانب المودع لديه بالشهادة أمام المحكمة نابع من الطابع التعاقدي ،فرض الأمين والمودع لديه يمكن من تجاوز سياج الصمت الذي يفرضه الالتزام بالسر المهني ،ففكرة النسبية هي الفكرة الوحيدة المقبولة من الناحية الاجتماعية والقانونية لاستجابتها لمقتضيات العدالة [6] ومهما حاول أصحاب النظرية العقدية تفسير أو محاولة تبرير الأساس القانوني للالتزام بالسر المهني ،فإن هذه النظرية تعرضت لمجموعة من الانتقادات يمكن إجمالها فيما يلي:

1- إن القول بتأسيس السر على أساس العقد يترتب عليه بالضرورة إعمال مقتضيات المادة 161 من القانون المدني المصري حيث تنص على ما يأتي :(في العقود الملزمة للجانبين اذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين ان يمتنع عن تنفيذ التزامه اذا لم يقم المتعاقد الاخر بتنفيذ ما التزم به) ،وعليه فإنه حسب مضمون هذا النص

---

[1] د.محمد عبد الظاهر حسنين :المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل ، المصدر السابق ، ص 138.

[2] د . أحمد كامل سلامة ، الحماية الجنائية للأسرار المهنية ، المصدر السابق ، ص89 ، 90.

[3] عبد العزيز سعد، جرائم التزوير وخيانة الامانة واستعمال المزور ، دار الهومة ، الطبعة 3 ، 2006 ، ص141.

[4] د. محمود صالح العادلي ، الحماية الجنائية لالتزام المحامي بالمحافظة على أسرار موكليه ، دراسة مقارنة ، الناشر دار الفكر الجامعي الإسكندرية، سنة النشر 2003 ص.38.

[5] أحمد كامل سلامة ، الحماية الجنائية للأسرار المهنية ، المصدر السابق –ص91.

[6] أحمد كامل سلامة ، الحماية الجنائية للأسرار المهنية ، المصدر السابق –ص93 بند 57.

القانوني في حالة عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه يحق للطرف الآخر الامتناع عن تنفيذا لالتزام المقابل ،و هو الأمر الذي يخالف الواقع ،فالسر المعهود به إلى المحامي مثلاً لا يجوز لهذا الأخير إفشاؤه في حالة امتناع موكله عن دفع الأتعاب.

2- إن نظرية العقد تنظر لالتزام الأمين بسر المهنة ،لحظة استقباله للزبون والتفاوض معه بشأن المهام التي يرغ بهذا الزبون في تكليفه بها وكأن علاقة الطرفين تدور فحسب في دائرة الإيجاب والقبول ،ومحلا لعقد ومستلزماته متجاهلة الدور الاجتماعي ،الذي يمكن أن يقوم به صاحب المهنة ،فمثلا المحامي يمارس وظيفة اجتماعية تتمثل في إقامة العدالة و إحلالها[1].

إن الالتزام بالسر المهني يتم بمجرد الدخول إلى المهنة التي تتطلب كتمان الأسرار الملقاة من خلالها ،وذلك بأداء القسم بالمحافظة على السر المهني ،واستنادا إلى نصوص القانون الجنائي ،أو القوانين المنظمة للمهن وبالتالي الالتزام بالكتمان يكون قبل أي تعاقد كما ينشأ بغض النظر عن إبرام العقد.

3- إذا كانت المصلحة الشخصية لصاحب السر هي المبرر لوجوب الكتمان ،ومن ثم يكون الإفشاء مباحاً بموافقة صاحب السر ،فهذا يخالف الواقع ذلك لأن رضاء صاحب السر بإفشائه لا ينفي عنه الصفة الجرمية ذلك لإضراره بالمجتمع ، ولزعزعته للثقة المتطلبة في ممارسة بعض المهن[2].

المبحث الثاني

نظرية النظام العام كأساس لالتزام الموظف بالمحافظة على السر المهني

إزاء قصور نظرية العقد كأساس للالتزام بالسر المهني ، وأمام الانتقادات التي وجهت إليها ، بحث الفقهاء عن أساس آخر للالتزام بالمحافظة على السر المهني، و خلصوا إلى أن أساس الالتزام به هو تعلقه بالنظام العام، الذي يحدد مصدره في المصلحة الاجتماعية ، و تحقيق المصلحة العامة[3]. إن النظام العام[4] فكرة قوامها المصلحة العامة ولقد اختلفت أراء الفقهاء كثيراً في تعريف النظام العام وتحديد نطاقه ألا أنها جميعاً تدور حول المصلحة العليا للمجتمع سواء أكانت هذه المصلحة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو أدبية [5]. فيعتبر من النظام العام الحريات كالحرية الشخصية وحرية الإقامة وحرية التنقل وغيرها ويعتبر من النظام العام أيضاً حقوق العمال وواجباتهم وقوانين التسعير الإجباري وغيرها . ففكرة النظام العام فكرة واسعة لا يمكن حصرها في أمور

---

[1] د. محمود صالح العادلي : الحماية الجنائية لالتزام المحامي بالمحافظة على أسرار موكليه ، المصدر السابق ، ص 17

[2] د. محمود صالح العادلي : الحماية الجنائية لالتزام المحامي بالمحافظة على أسرار موكليه ، دراسة مقارنة ، الناشر دار الفكر الجامعي الإسكندرية، سنة النشر 2003 ، ص 17 .

[3] د. أسامة قايد ، المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة ، دراسة مقارنة ، المصدر السابق ، ص14 .

[4]) للمزيد حول فكرة النظام العام :يراجع د. محمد عيد غريب ، النظام العام الإجرائي ومدى الحماية التي يكفلها له القانون الجنائي ، دراسة تحليلية تأصيلية لمجال النظام العام الإجرائي –والجزاءات التي تكفل حمايته في ضوء أحكام القانونين المصري والفرنسي وآراء الفقه وأحكام القضاء 2000م رقم 2 ، ص 7.

[5] د.انور سلطان ، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني ، الجامعة الاردنية ، ط1 ، عمان ، 1987.

معينه ولكن يمكن وضع أطر عامة لها تجب مراعاتها وكل تصرف مخالف لها جزائه البطلان .

وذهب العديد من الشراح إلى أن الأساس القانوني للسر المصرفي يقوم على المصلحة الاجتماعية التي دعت المشرع إلى التدخل لغرض احترام السر المهني وتحريم إفشائه ورتب على ذلك نتائج معينه تنم عن الصفة المطلقة للسر[1].

أولاً :مبررات الأخذ بنظرية النظام العام:

يرجع السبب الرئيسي في تجريم إفشاء السر حسب أنصار نظرية النظام العام ، لما يشكله من خطر اجتماعي عام مستقل عن النتائج التي قد تحدث للشخص صاحب السر، فالمشرع لا يتدخل لحماية مصالح خاصة أو بهدف ضمان تنفيذ اتفاق بين الأطراف إنما راعى ضرورة حماية النظام العام الاجتماعي، الذي يشكل التزاماً مطلقًا لا يتوقف عن إرادة أي من الطرفين[2].فالنصوص التشريعية الخاصة بالسر المهني تنم عن تأييد مطلق للنظام العام ، نظراً لما ينجم عن مخالفة السر من إضرار بالمصلحة العامة .لكن الإشكال المطروح هنا أن أصحاب هذه النظرية لم يحددوا النظام العام ، هل هو مطلق لا يمكن الخروج بمقتضاه عن الالتزام بالسر حتى ولو أضر بمصلحة اجتماعية أخرى؟

أم هو نسبي يجوز مخالفته أحياناً ؟في رأيي إن المطلق أمر نادر الوجود ، و بالذات في الأحكام القانونية ، فوقائع الحياة ليست متشابهة ، إذ أن المرونة تقتضي أن تكون هذه الأحكام نسبية و ليست مطلقة و بالتالي فالنظام العام هو ذو طابع نسبي وليس مطلق .

و يرى الأستاذ محمود صالح العادلي أن للنظام العام مفهوماً مرناً فهو نظام عام داخلي أو خارجي وهذا راجع حسب الواقعة محل البحث، مثال ذلك إذا كان الطبيب أثناء قيامه بمعالجة شخص أجنبي، اكتشف أنه أحد الأفراد الذين استعانت به دولته في القيام بعملية عسكرية ضد دولة عدو ، فهنا النظام العام المقصود سيكون النظام العام الخارجي، وهل من مصلحة الدولة التي ينتمي إليها الطبيب أن يحافظ على السر، أم ليس من مصلحتها ذلك، وعلى ضوء الترجيح بين المصلحتين يلتزم الطبيب بالكتمان أو بالإفشاء و نفس الأمر ينطبق على المحامي[3].

حيث أن المشرع قصد فرض السر على بعض الأشخاص كواجب عليهم بمقتضى الحالة والمهنة ، و تأكيداً للثقة المفروضة في بعض المهن[4].

و قد أخذ الفقه الفرنسي نفس منحى القضاء، إذ أن جريمة الإفشاء بالسر المهني تعد إخلالاً بواجب قانوني يفرضه قانون العقوبات، لا إخلال بحق المجني عليه[5] ، و هذا راجع لعدة أسباب هي :

1- تجنب المخالفات العديدة للسر المهني .

---

[1] د . أحمد كامل سلامة ، الحماية الجنائية للأسرار المهنية ، المصدر السابق –ص97.

[2] د. محمد عبد الظاهر حسنين ، المصدر السابق ، ص 139 و 140 .

[3] د.محمود صالح العادلي ، المصدر السابق ، ص49 .

[4] د . أحمد كامل سلامة ، الحماية الجنائية للأسرار المهنية ، المصدر السابق –ص99.

[5] د. أسامة قايد ، المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة ، دراسة مقارنة ، المصدر السابق ، ص 14 .

2- تجنب التدخل المتزايد للدولة في القضايا المرتبطة بالسر المهني عامة و السر الطبي خاصة ، فنظرية السر المطلق تمنع المحاكم من التدخل في تقدير كل حالة على حدة.

3- كان للقسم الطبي لأبقراط أثره الكبير في اعتبار السر الطبي التزاماً قانونياً و قاعدة شرف مطلقة لدى الأطباء مما أكد لديهم وجوب احترام ما يعهد به إليهم من أسرار[1].

ثانياً: النقد الموجه إلى نظرية النظام العام : رغم وجاهة هذه النظرية فقد تعرضت بدورها لمجموعة من الانتقادات نجملها في النقاط الأتية:

1- لم تحدد هذه النظرية المقصود بالنظام العام الذي يختلف حسب التطورات الاقتصادية و الاجتماعية و السياسية و الأخلاقية، كما يختلف بإختلاف الزمان و المكان ، ومن مجتمع لآخر[2] .

2 - يؤدي إعمال هذه النظرية إلى انتهاك حق مودع السر في إفشائه أو الترخيص بإفشائه، فالمفهوم المطلق للكتمان ينسحب على مودع السر والأمين عليه في نفس الوقت، وبذلك يكون إفشاء السر محظوراً حتى ولو كان بناء طلب صاحبه، لأن الالتزام بكتمانه لا يقبل الإسقاط لتعلقه بالنظام العام.

3- لم يحدد أنصار هذه النظرية ما المقصود بالنظام العام، وهل هو مطلق لا يمكن الخروج عليه بصفة مطلقة حتى ولو تعلق الأمر بصاحب السر نفسه، مما يجعل الأمر متناقضًا فالأصل أن السر مقرر لمصلحة صاحب السر ولا يمكن الاحتجاج بالسر في مواجهته.

4 -إن تأسيس الالتزام بالسر المهني على النظام العام يعطي للمهني فرصة للاحتماء خلف الصمت المطلق لحماية نفسه من أي دعوى قد تقام ضده سترا لخطئه المهني ، ودفاعاً عن مصالحه الشخصية لا عن مصالح العميل، و بذلك يتمكن من الإفلات من المسؤولية ومن ثم تؤدي هذه النظرية إلى الابتعاد عن الهدف الأساسي الذي من أجله تقررت حماية السر المهني[3].

5- تحول هذه النظرية أحياناً دون تحقيق العدالة ، فواجب الكتمان المطلق يمنع التبليغ عن الجرائم ، في حين أن المصلحة العامة تقتضي الكشف عنها حماية للمجتمع [4] .

المبحث الثالث

نظرية المصلحة المزدوجة كأساس لالتزام الموظف بالمحافظة على السر المهني

تعتبر نظرية المصلحة المزدوجة ، الأنسب لتبرير الحماية الجنائية للسر المهني ، حيث أنها تتجاوز عيوب النظريتين السابقتين ، و تتميز بالمرونة الكافية التي تجعلها موجهة لقاعدة الكتمان لمصلحة المجتمع، حيث أنها تبرر حالات يكون فيها الإفشاء ملحاً، نظراً لوجود مصلحة اجتماعية، تفوق المصلحة الاجتماعية من تجريم إفشاء الأسرار ، و تتلخص نظرية المصلحة في أن حماية القانون لسر المهنة، تستند إلى مصلحة أقرها القانون في كتمانها، و من ثم إذا وجدت في إفشاء سر المهنة مصلحة أعلى و أسمى

---

[1] د . أحمد كامل سلامة ، الحماية الجنائية للأسرار المهنية ، المصدر السابق –ص100 ، 101.

[2] د. موفق علي عبيد ، المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء السر المهني ، مكتبة دار الثقافة و التوزيع عمان ، سنة الطبع 1998 ، ص 84 .

[3]محمد ربيعي ، حماية السر المهني في مجال التوثيق ، مقال منشور بمجلة الإشعاع العدد33 ، يونيو 2008 ص 96.

[4] د. أسامة قايد: المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة ، دراسة مقارنة ،المصدر السابق ، ص 16.

من المصلحة في كتمانه ، و يعترف بها القانون، فإنه يقوم سبب لإباحة الفعل المجرم، و يضفي على فعل الإفشاء صفة مشروعة يجعله مباحاً[1].

وقد ذهب أنصار هذه النظرية إلى أن السر المهني يهدف إلى تحقيق حماية مزدوجة حيث أنه يقوم بحماية المصلحة الخاصة لصاحب السر في علاقته بالمهني هذا من ناحية ومن ناحية أُخرى فإنه يهدف إلى حماية المصلحة العامة للمجتمع بما في ذلك حماية المهن الحرة ذاتها وضمان قيام المهني بممارسة مهنته على نحو أفضل من أجل الصالح العام[2] لذا فإن علة حماية السر لدى صاحبه تكمن في اعتبار السر جزءً من الحرية الشخصية المكفولة بموجب الدستور وان لهذه الحرية جوانب عديدة منها ما يتصل بالجانب الشخصي أو الجانب الاجتماعي للشخص أو حتى الجانب المالي، وفي نفس الوقت يمكن اعتبار علة الحماية القانونية لسر المهني في حماية المجتمع والمصلحة العامة ذلك لان إفشاء السر يخل بالثقة العامة الواجب توافرها في ممارسة المهنة ، وإذا كان مضمون هذه النظرية يشير إلى امتداد الحماية القانونية إلى الحرية الشخصية باعتبار ان السر يشكل جزءً مهماً منها ، وفي ذات الوقت حماية المصلحة العامة لذا لابد من التطرق بشيء من التفصيل حول الحرية الشخصية والمصلحة العامة باعتمارهما محلاً للحماية القانونية .

الفرع الأول : الحماية القانونية للحرية الشخصية :

رغم ما أكدته وماتوصلت إليه لجنة الخبراء في المجلس الأوروبي بصدد بحثها لمسألة حقوق الإنسان ،حيث انتهت إلى أنه لا يوجد مفهوماً عاماً متفق عليه لحرمة الحياة الخاصة سواء في التشريعات أو على مستوى القضاء ،أو من ناحية الفقه. والحق في الحرية الشخصية أو الحياة الخاصة يرتكز على عنصر الخصوصية والخصوصية في اللغة هي ما ينفرد به الإنسان لنفسه دون غيره من الأمو والأشياء وتكون حرمة الحياة الخاصة هي التي يختصها الإنسان لنفسه بعيدا عن تدخل الغير[3]

و يطلق عليه أيضاً اسم «Droit à la vie privée» ويسمى الحق في حرمة الخاص[4]. « Droit à l’intimité » والحق في الالفة » « Droit Au Secret » الحقفيالسرية. « Droit à l’inviolabilité de la vie privée » ، والحق في حرمة الحياة الخاصة Doit de l’individu à »[5]و حق الفرد في المحافظة على فرديته « La tranquilité» .protégersapersonne. «، والسكينة وتعني أيضاً حائط الحياة الخاصة،

وقد ذهب جانب من الفقه إلى تعريف الحرية الشخصية من حيث أهميتها على أنها المصدر الأساسي والمحور الرئيسي الذي تدور في فلكه باقي الحقوق والحريات العامة ، وبالتالي فأن حماية الحرية الشخصية بما تشتمل عليه من حقوق ينعكس إيجابا على

---

[1] د.محمود نجيب حسني :شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية ،1987 ، ص 642.

[2] د. مصطفى عبد الجواد ، التزام المحامي بالحفاظ على اسرار العميل ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005م ، ص 142.

[3]حمزة عبد الرحمن جمال الدين ، الحق في الخصوصية في مواجهة حق الإعلام ، القاهرة ، دارالنهضة العربية ، 2005 ص24.

[4]**Dictionnairejuridique ، par MAMDOUH HAKKI ، librairie du liban ، 1991 ، P. 157.**

[5]**Dictionnaire des thémesjurdiquesetcommerciaux ، par YOUSSEF CHALLAH ، librairie du liban ، P. 166**

حماية باقي الحريات العامة ، والعكس صحيح [1] وذهب البعض الآخر إلى القول بأن أهمية الحرية الشخصية ضمن نطاق الحريات العامة لا يحول مطلقاً دون تكاملها أو تعاضدها ، فكثر ما تحتاج ممارسة حرية ما من الناحية الواقعية إلى ضمان العديد من الحريات الأخرى التي قد يدرجها الفقهاء تحت أصناف مختلفة[2]. وتناولت غالبية دساتير العالم حماية الحرية الشخصية ومنها نص المادة (23) من الدستور العراقي الصادر عام 1970 وكذلك تنص المادة السابعة من الدستور الأردني لسنة 1952 ((إن الحرية الشخصية مصونة)) حيث أن الدستور قد كفل الحرية الشخصية وما يتبعها من احترام الحياة الخاصة للمواطن وصون كرامته وأدميته[3]. وكذلك تنص المادة (10) الفقرة (2) من الدستور الجديد للاتحاد السويسري المعمول به منذ الأول من يناير (2000)((لكل إنسان الحق في الحرية الشخصية وخاصة في سلامته البدنية والنفسية وفي حرية التنقل ...))[4]. وموضوع حماية الحرية الشخصية كان مثار اهتمام الاتفاقيات الدولية ومنها على وجه الخصوص اتفاقية GATT الخاصة بالتجارة الدولية إذ تنص المادة (39) القسم السابع من هذه الاتفاقية وتحت عنوان حماية المعلومات السرية على ما يأتي :

1- ((أثناء ضمان الحماية الفعالة للمنافسة غير المنصفة حسب ما تنص عليه المادة (10) مكررة من معاهدة باريس (1967) ، تلتزم البلدان الأعضاء بحماية المعلومات السرية وفق الفقرة (2) والبيانات المقدمة للحكومات أو الهيئات الحكومية وفقاً لأحكام الفقرة(3))) .

2- للأشخاص الطبيعيين والاعتباريين حق منع الإفصاح عن المعلومات التي تحت رقابتهم بصورة قانونية لآخرين أو حصولهم عليها أو استخدامهم لها دون الحصول على موافقة منهم بأسلوب يخالف الممارسات التجارية النزيهة[5] ، طالما كانت تلك المعلومات: -

أ- سرية من حيث إنها ليست بمجموعها أو في الشكل والتجميع الدقيقين لمكوناتها، معروفة عادة أو سهلة الحصول عليها من قبل أشخاص في أوساط المتعاملين عادة في النوع المعني من المعلومات .

ب - ذات قيمة تجارية نظراً لكونها سرية .

ج - أخضعت لإجراءات معقولة في إطار الأوضاع الراهنة من قبل الشخص الذي يقوم بالرقابة عليها من الناحية القانونية بغية الحفاظ على سريتها .وتقتضي حرمة الحياة الخاصة أن يكون للإنسان الحق في إضفاء السرية على مظاهرها وأثارها ، ومن هنا كان الحق في السرية وجهاً مقابلاً للحق في الحياة الخاصة ولا ينفصل عنه في أية حال من الأحوال [6] ، ويرتبط الحق في

---

[1] د. عدنان حمودي الجليل ،نظرية الحقوق والحريات العامة ، القاهرة ، 1975 ، ص 377.

[2] د. احمد فتحي سرور ، الضمانات الدستورية للحرية الشخصية في الخصومة الجنائية ، مجلة مصر المعاصرة ، العدد 348 ، السنة الثالثة والستون ، 1972 ، ص 145 .

[3] عبد القادر العطير ، سر المهنة المصرفي في التشريع الاردني ، دار الثقافة ، ط1 ، عمان ، 1996.ص21 .

[4] الدستور الجديد للاتحاد السويسري المعمول به منذ اول يناير عام 2000 .

[5] في تطبيق هذا الحكم تعني عبارة أسلوب يخالف الممارسات التجارية النزيهة على الأقل ممارسات كالإخلال بالعقود والإخلال بسرية المعلومات المؤتمنة والحض على ذلك وتشمل الحصول على معلومات سرية من جانب أطراف ثالثة كانت تعرف أو أهملت إهمالاً جسيماً في عدم معرفة أن حصولها على هذه المعلومات انطوى على استخدام هذه الممارسات .

[6] د. احمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1979 ، ص254 .

السرية ارتباطاً وثيقاً بالحق في الحياة الخاصة ، ولم يغب هذا الارتباط عن بعض الفقهاء الفرنسيين ، فالحق في الخصوصية حسب رأي الفقيه كاربونييهCarbonnier القطاع السري الذي يمتلك فيه الفرد القدرة على الابتعاد عن الغير ، والحق في الحياة الهادئة وتلك هي الفكرة التي انطلق منها القضاة في تحديدهم لفكرة الحياة الخاصة[1]. ولقد قضت المحاكم الإنكليزية تطبيقاً لذلك بموجب التزام المصرف بالسر حرصاً على مصالح الزبون ففي قضية Tournier V. National Proviticial& union bank of England كان تورينار زبوناً لدى المصرف المدعى عليه وفي إبريل سنة 1952 صار حسابه مديناً بمبلغ تسعة جنيهات تقريباً فوقّع مستنداً وافق فيه على دفع هذا المبلغ على أقساط أسبوعية قيمة كل منها جنيه واحد موضحاً به اسم وعنوان الشركة التي يعمل فيها وهي شركة كيفيون ، ولما لم يقم بالوفاء قام مدير فرع المصرف المدعى عليه بالاتصال بالشركة التي يعمل فيها المدين حيث جرت بينه وبين اثنين من مديريها محادثة كشف خلالها عن حقيقة رصيد المدين مضيفاً إلى ذلك أن الزبون لا يفي بوعوده وانه يراهن بكثرة ، ونتيجة لهذه المحادثة فصل المدعي من عمله فأقام دعوى يطالب فيها المصرف بالتعويض عن التشهير به وإخلاله بالسر المصرفي .وقد قضي لمصلحة المصرف أمام محكمة أول درجة ، واستأنف المدعي الحكم فقضت محكمة الاستئناف لمصلحته وجاء في أسباب الحكم ((أن الالتزام بالسر المصرفي يشمل ما إذا كان الحساب ذا رصيد مدين أو دائن ومقدار هذا الرصيد ويمتد الالتزام إلى كل المعاملات التي تدرج في الحساب والى الضمانات المعطاة بخصوص هذا الحساب)) [2]. ولاشك في أن هذا الحكم هو غاية في الدقة والعدل ذلك لأن محكمة الاستئناف قضت لمصلحة الزبون حفاظاً على مصلحته المادية التي تأثرت فعلا من جراء إفشاء السر المصرفي الذي ارتكبه المصرف المدعي عليه والذي ترتب عليه فصل المدعي من عمله وحرمانه من وسيلة مشروعة للكسب . لذا يتضح لنا أن السرية المصرفية مقررة بالدرجة الأولى لحماية مصالح الزبون وحريته الشخصية التي تعتبر الذمة المالية إحدى مظاهرها وحماية لروابط الثقة بين الأفراد[3]، لذلك أوجب القانون الجنائي في معظم التشريعات على بعض المهنيين التزاماً بحفظ الأسرار المعهودة إليهم من زبائنهم حفاظاً على هذه الثقة ومراعاة لمصالح الزبائن وضماناً لحرياتهم الشخصية[4].

من ذلك ما نصت عليه المادة (437) من قانون العقوبات العراقي المرقم 111 لسنة 1969 المعدل حول إفشاء الأسرار بأن : ((يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين وبغرامه لا تقل عن إحدى وخمسين ألف دينار ولا تزيد عن مائتان وخمسين ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من علم بحكم وظيفته أو مهنته أو صناعته أو فنه أو طبيعة عمله بسر فأفشاه في غير الأحوال المصرح بها قانوناً أو استعمله لمنفعته أو منفعة شخص أخر ، ومع ذلك فلا عقاب إذا أذن بإفشاء السر صاحب الشأن فيه أو كان إفشاء السر مقصوداً به الأخبار عن جناية أو جنحة أو منع ارتكابها)) ،فلكل فرد (الحق في حماية حياته الخاصة) خصوصا ما تعلق منها بأحاديثه الخاصة أو الهاتفية أو مراسلاته أو صوره الشخصية ، وقد تقررت الحماية الجنائية لهذا الحق بمقتضى المادة (238) عقوبات عراقي التي نصت : (يعاقب بالسجن مدة لاتزيد على سبع سنوات أو بالحبس كل موظف أو مستخدم في دوائر البريد

---

[1] رافع خضر صالح ، الحق في الحياة الخاصة وضماناته في مواجهة الكومبيوتر ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1993 ، ص20 .

[2] chereleyetsmart : leading cases in the law of banking، London 1953 P 6 ، 8

مشار إليه عند : احمد كامل سلامة ، الحماية الجنائية لأسرار المهنة ، المصدر السابق ، ص68 .

[3] علي جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، القاهرة، 1989 ، ص181 .

[4] انظر على سبيل المثال نص المادة 378 من قانون العقوبات الفرنسي والمادة 272 من قانون العقوبات الهولندي والمادة 458 عقوبات بلجيكي والمادة 355 عقوبات أردني .

والبرق والتلفون وكل موظف أو مكلف بخدمه عامه فتح أو اتلف أو أخفى رسالة أو برقية أو أودعت أو سلمت للدوائر المذكورة أو سهل لغيره ذلك أو أفشى سرا تضمنه الرسالة أو البرقية . ويعاقب بالعقوبة ذاتها من أفشى ممن ذكر مكالمة تلفونية أو سهل لغيره ذلك)[1].

نستنتج من هذا أن القانون يفرض على الأشخاص الذين يطلعون على أسرار الغير بحكم وظيفتهم أو مهنتهم المحافظة على تلك السرية وإلا تعرضوا للعقوبات الجنائية والجزاءات المدنية فلا يجوز اطلاع الغير على السر بأية طريقة كانت[2]. وهكذا يبدو أن حماية الحق في الحرية الشخصية لا يمكن أن تتحقق إلا عن طريق السرية ، إذ هي محور حياة الإنسان المطمئنة الآمنة .

.الفرع الثاني : الحماية القانونية للمصالح العامة:

تعرف المصلحة العامة ((بأنها ليس ما يتعلق بأمن الدولة فحسب بل كل ما يمكن أن يضر بالسياسة الخارجية وطوائف الدولة والتحقيقات الحكومية والسياسة التجارية وبحقوق وامتيازات البرلمان والمشرع ، وكل ما يمكن أن يضر بالاتفاق بين طوائف المجتمع المختلفة))[3].

و توجد علاقة وثيقة بين نطاق حرمة الحياة الخاصة وطبيعة النظام السياسي السائد في الدولة ،ففي الدول الديمقراطية حيث تحترم الحريات وتقدسها ،يتسع نطاق حرمة الحياة فإن الدول ذات النظم الديكتاتورية ، حيث تتسع هيمنة « الخاصة للأفراد نسبياً ،وعلى العكس الدولة على الأفراد ، لا تلقى الحريات الفردية بل وكذا العامة سوى مكانة ضئيلة ويكون نطاق حرية الافراد ضيقاً[4] حيث لا تعطي أهمية كبيرة لاحترام حرمة الحياة الخاصة ،وكذلك الحال بالنسبة لنظم الحكم التي ترى أنه من الضروري لبقائها السيطرة على الأفراد ،فأي تعارض بين الضرورات السياسية والحياة الخاصة يجب أن ينتهي لمصلحة السياسة [5] فضلاًعلى أن النظم الشمولية والبيروقراطية غالباً ما ترفض الاعتراف بحرمة الحياة الخاصة للحد من سلطاتها ،وبذلك لا تحظى حرمة الحياة الخاصة للإنسان بأي حماية تذكر من مواجهة الدولة ،فنجد مثلاً نشاط البوليس السري وانتشاره في كل مكان وقيامه بالتجسس على ويعد خير مثال لذلك ماحدث في مصر قبل قيام« ماسمى بحركة التصحيح في 15 مايو 1971 ،حيث تم اعلان الاحتجاج على عمليات الاعتداء على خصوصيات الأفراد واستنكار ماوقع منها ،وذلك بأحراق القائمين بالسلطة ، وعلى رأسهم رئيس الجمهورية ، مئات الملفات السرية والأشرطة التي سجلت عليها الأحاديث وإذا كان الحق في خصوصية الفرد أو المصلحة الخاصة للفرد في حماية السر لا يجد الحماية الكافية في بعض الأنظمة السياسية ، فإنه يمكن القول أن الحماية القانونية تظهر إذا اتصل السر بالمصلحة العامة ، ومثال ذلك الفعل الذي يؤدي إلى كشف سر من اسرار الجمهورية العراقية وافشاء الاخبار مما يضر بالمصلحة

---

[1] د. رمضان أبو السعود ، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني ، المدخل إلى القانون وبخاصة المصري واللبناني ، النظرية العامة للحق ، الدار الجامعية ، 1985 ، ص522 .

[2] تقابلها المادتان (309) و(309 ، مكرر أ) من قانون العقوبات المصري حيث تم إضافة هاتين المادتين بموجب التعديل رقم 37 لسنة 1972 وهما منقولتان بصيغة مقاربة من القانون الفرنسي المادة (368) والمادة (372) من قانون العقوبات حيث تم أضافت هذه المواد بموجب القانون رقم 70 ، 643 الصادرة في 17 يوليو 1970.

[3] د.أحمد كامل سلامة –المصدر السابق ، ص 75.

[4] حسين عبدالله ، حرية الصحافة ، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي ، القاهرة ، دارالنهضة العربية 1994 ، ص452.

[5] د.حسام الدين كامل الأهواني ، الحق في احترام حرمة الحياة الخاصة ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، القاهرة ، 1978 ، ص10.

الوطنية ويعتبر ذلك دليل على موقف بعض التشريعات ، في حين نجد الفقه ومن خلال النظرية المزدوجة في العلة من وراء حماية السر المهني ، يحاول التوفيق بين المصلحة الخاصة للفرد والمصلحة العامة التي هي محل اهتمام الدولة ، فالسر المهني وفقاً لهذه النظرية يهدف إلى حماية المصلحة الخاصة لصاحب السر وأيضاً إلى حماية المصلحة العامة للمجتمع في نفس الوقت وهذا يحقق الحماية للمصلحتين معاً العامة والخاصة بدلاً من التضحية بإحداهما كما هو الحال في النظريات السابقة ويترتب على ذلك انه إذا أعفى صاحب السر المهني من الالتزام بعدم افشائه للسر المهني والمحافظة عليه فإنه مع ذلك يظل المهني ملتزماً بالصمت و المحافظة على السر وذلك لأن صاحب السر عندما أعفى المهني أو الموظف من الالتزام بالسرية فإنه يكون في هذه الحالة قد تصرف في مصلحته الخاصة دون أن يكون له الحق في التصرف في المصلحة العامة والتي تعود على المجتمع بصفة عامة والمهن بصفة خاصة ، الأمر الذي يترتب على ذلك أن ارادة العميل بمفردها تكون غير قادرة على انهاء هذا الالتزام بالسرية[1] وعلى سبيل المثال فإعفاء المريض الطبيب من الالتزام بالمحافظة على السر الطبي الخاص به وعدم افشائه إلا أن الطبيب يظل ملتزماً بالصمت والمحافظة على ذلك السر وذلك لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة للمجتمع بما في ذلك حماية المهنة من خلال عدم فقدان الثقة في اربابها .ويمكن القول أن نظرية المصلحة المزدوجة تتبنى فكرة نسبية الالتزام بالسر المهني حيث يرى البعض أنصار هذه النظرية أن التزام المهني بالسر وعدم افشائه في حقيقة الأمر يقوم على اساس نسبي[2] وقد ذهب بعض الفقه على اثر ذلك إلى أن التزام المهني بالسر له طبيعة مزدوجة فهو واجب وحق في أن واحد فهو واجب ينشأ على عاتق المهني تجاه الكافة ولا يستطيع أن يفضي بهذا السر إلا في الحالات الإستثنائية والتي أجازها له القانون وهو أيضاً حق بالصمت حتى ولو تعارض ذلك مع حسن سير العدالة حيث أنه لا يجوز اجبار المهني أو الموظف على افشاء السر حتى ولو كان تم الإفضاء بالسر إليه بقصد ارتكاب جريمة جناية كانت ام جنحة وذلك لأن المشرع جعل افشاء الموظف للسر لدرء الجريمة قبل وقوعها امراً اختيارياً[3].

الخاتمة

من خلال صفحات البحث ، ومضمون النظريات التي حاولت وضع اساس لفكرة الالتزام بالمحافظة على السر المهني ، نجد أن السر لمالكه يعد من اسمى العناصر المكونة للحرية الشخصية كما أنه محاط بحماية قانونية بالغة الاثر ، إذ في نظر الشخص صاحب السر يعد مكنة وميزة لا يمكن اعارتها للغير إلا في حدود سماح مالك السر وأيضاً في الحدود التي يسمح بها القانون ، فالسر المهني من حيث الصفة ، فيعد من الاشياء المكونة للحرية الشخصية لصاحب السر ولا يمكن اختراقها إلا في اطار الضرورة كالأسرار التي تصب اباحتها مصلحة عاجلة للبلد مثلاً ، وتتعلق بالسيادة الوطنية ، كوجود ضرر محتمل يقع على البلد ففي هذا المثال لابد من اباحة السر للسلطات المعنية ، لغرض دفع الضرر ، ومن حيث المكانة القانونية فقد ارتقى السر مكانة الحق في الحماية القانونية له ، وينصب اثر الحث على مجرد الحماية بعدم البوح بالسر المهني ،وقد فرض المشرع على بعض المهنيين ، كالأطباء وموظفي الدوائر الرسمية التزام مسبق ، مفاده عدم استعمال السر الذي منحه شخص ما للموظف على أن يكون بمناسبة الوظيفة ، فمجرد عدم تنفيذ هذا الالتزام يعد فعل الموظف خطأ يسأل عليه الموظف ، فعنصر الضرر موجود هو نشر السر الذي منح للموظف من خلال مراجعيه ، لان نطاق الاباحة من حيث الاشخاص كان قد خصص مقدماً للموظف فقط ، فإذا اباح

---

[1] د. مصطفى عبد الجواد ، التزام المحامي بالحفاظ على اسرار العميل ، المصدر السابق ، ص 143وما بعدها .

[2] د.عبد الرشيد مأمون –عقد العلاج بين النظرية والتطبيق ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1986م ، ص 84.

[3] د. طلبة وهبة خطاب ، المسئولية المدنية للمحامي الفرد والمحامي في شركة المحاماة المدنية ، مكتبة سيد عبد الله وهبة ، القاهرة ، 1986م ، ص 206.

الموظف السر ، لا يكون السر متصف بهذه الصفة ، فيتحول من سر خفي إلى خبر عام متاح للكافة ، وبذلك مخالفة صريحة للالتزام بالمحافظة على السر المهني . وقد توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى بعض النتائج :

6- إن إفشاء الموظف لأسرار الوظيفة العامة ، يمثل إخلالاً بأحد التزاماته الوظيفية وهذا الإخلال يكون خطأ شخصياً من جانبه يترتب عليه أضرار مادية أو أدبية لحقت بالغير ، فإنه يكون مسؤولاً عن تعويض هذه الأضرار سواء كان الغير الإدارة أم الأفراد ، وتعد المسؤولية هنا مسؤولية تقصيرية ، ولا يهم بعد ذلك صور هذا الخطأ ، فالموظف يلزم بالتعويض إن كان ما قام به من إفشاء لأسرار الوظيفة عن عمد أو أهمال أو تقصير ، وهذه المسؤولية يمكن أن تقوم اثناء وجود الموظف في الخدمة أو بعد انتهائها

7- تقوم المسؤولية المدنية بتوافر خطأ أدى إلى حصول أضرار لا يمكن تداركها سواء توافر سوء القصد أم لم يتوافر ويمكن حصر هذا الخطأ في إفشاء الأسرار سواء كانت أسرار الحياة الخاصة – أو الأسرار الوظيفية – فبذلك تتحقق تلك المسؤولية.

8- يستثنى من المساءلة المدنية الموظف الذي أفشى سراً تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيسه الاداري. ووجود المسؤولية المدنية لا يقصد منه شخص الموظف الذي قام بفعل الإفشاء وإنما المقصود فعل الإفشاء ذاته ،لأن هدف المسؤولية المدنية يكمن في جبر الضرر الذي سببه الإفشاء دون زجر وعقاب فاعله ولهذا فهي مسؤولية مدنية وليست جزائية.

9- أن المسؤولية المدنية للموظف العام تتحقق في حالتين: الأولى هي مسؤوليته عن عمله الشخصي، أيّ عن العمل غير المشروع الذي ينسب إليه شخصياً. أما الحالة الثانية فتتعلق بمسؤوليته عن العمل غير المشروع الذي ينسب إلى الغير، وقد رأينا أنها تقتصر على مسؤوليته بوصفه متوليا للرقابة. أما ما عدا ذلك من أحكام المسؤولية المدنية فلا تتحقق في جانبه بوصفه موظفا عاما . ومما يلاحظ على هاتين الحالتين للمسؤولية أنهما تستندان إلى الخطأ، بمعنى أن المسؤولية المدنية للموظف العام لا تقوم إلا إذا نسب إليه خطأ عند ارتكابه الفعل غير المشروع، أما إذا لم ينسب إليه خطأ فلا يتحمل المسؤولية عن الأضرار التي تنسب إليه، وهو كما ذكرنا يمثل ضمانة مهمة للموظف العام. وفي تفصيل ذلك نجد أولاً أن مسؤولية الموظف العام عن عمله الشخصي تقاس، كما رأينا، بمعيار موضوعي هو معيار الرجل المعتاد إذا وضع في مثل ظروفه، وهو في هذه الحالة يكون معيار الموظف العادي الذي يصلح لان ينسب إليه الخطأ بركنيه المادي والمعنوي. الركن الأول يمثل الفعل الضار نفسه، أما الركن الثاني فهو التمييز، وهو متحقق في كل موظف . وهكذا فإن اسناد الخطأ إلى الموظف يكون متوافرا بمعناه الصحيح فتحمله المسؤولية عن فعله الضار يكون بناء على نسبة الخطأ إليه وعبء ذلك يقع على عاتق المضرور. ذلك أن اثبات الخطأ يقع على عاتق المدعي في دعوى المسؤولية، وهو المضرور الذي يقع عليه أيّضا عبء اثبات الضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر. واذا كان هناك شك فانه يكون لمصلحة المدعى عليه وهو الموظف فلا يستحق المضرور تعويضا واذا مارس الموظف العام عمله ولم ينسب إليه خطأ فانه لا يكون مسؤولا عما ترتب على ذلك من اضرار بالغير.

قائمة بأهم مصادر البحث:

1- . أسامة قايد، المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، مطبعة دار النهضة العربية القاهرة ، سنة 1986

2- احمد فتحي سرور ، الضمانات الدستورية للحرية الشخصية في الخصومة الجنائية ، مجلة مصر المعاصرة ، العدد 348 ، السنة الثالثة والستون ، 1972 .

3- احمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1979

4- أحمد كامل سلامة ، الحماية الجنائية للأسرار المهنية

5- انور سلطان ، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني ، الجامعة الاردنية ، ط1 ، عمان ، 1987.

6- حسام الدين كامل الأهواني ، الحق في احترام حرمة الحياة الخاصة ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، القاهرة ، 1978 .

7- حسين عبدالله ، حرية الصحافة ، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي ، القاهرة ، دار النهضة العربية 1994 .

8- حمزة عبد الرحمن جمال الدين ، الحق في الخصوصية في مواجهة حق الإعلام ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 2005.

9- د.محمد عبد الظاهر حسنين :المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل ، دار النهضة العربية للطباعة، سنة 1996

10-الدستور الجديد للاتحاد السويسري المعمول به منذ اول يناير عام 2000 .

11-رافع خضر صالح ، الحق في الحياة الخاصة وضماناته في مواجهة الكومبيوتر ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1993 .

12-رمضان أبو السعود ، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني ، المدخل إلى القانون وبخاصة المصري واللبناني ، النظرية العامة للحق ، الدار الجامعية ، 1985 .

13-سعيد إبراهيم الأعظمي ، جرائم التجسس في التشريع العراقي ، دراسة مقارنة ، دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، 1981م .

14-طلبة وهبة خطاب ، المسئولية المدنية للمحامي الفرد والمحامي في شركة المحاماة المدنية ، مكتبة سيد عبد الله وهبة ، القاهرة ، 1986م .

15-عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، ج1 ، دار النهضة العربية ، 1964

16-عبد الرشيد مأمون –عقد العلاج بين النظرية والتطبيق ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1986م .

17-عبد العزيز سعد، جرائم التزوير وخيانة الامانة واستعمال المزور ، دار الهومة ، الطبعة 3 ، 2006

18-عبد القادر العطير ، سر المهنة المصرفي في التشريع الاردني ، دار الثقافة ، ط1 ، عمان ، 1996.

19-عبدالمجيد الحكيم ،الأستاذ عبد الباقي البكري ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي –مطابع التعليم العالي ، بغداد 1986

20-عدنان حمودي الجليل ،نظرية الحقوق والحريات العامة ، القاهرة ، 1975 .

21-علي حسين نجيدة ، التزامات الطبيب في العمل الطبي ، دار المهضة العربية ، القاهرة ، 1990م

22- محمد ربيعي ، حماية السر المهني في مجال التوثيق ، مقال منشور بمجلة الإشعاع العدد33 ، يونيو 2008 .

23-محمد عيد غريب ، النظام العام الإجرائي ومدى الحماية التي يكفلها له القانون الجنائي ، دراسة تحليلية تأصيلية لمجال النظام العام الإجرائي –والجزاءات التي تكفل حمايته في ضوء أحكام القانونين المصري والفرنسي وآراء الفقه وأحكام القضاء 2000م

24-محمود صالح العادلي ، الحماية الجنائية لإلتزام المحامي بالمحافظة على أسرارموكليه ، دراسة مقارنة ، الناشر دار الفكر الجامعي الإسكندرية، سنة النشر 2003

25-محمود نجيب حسني :شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية ،1987 .

26-مصطفى عبد الجواد ، التزام المحامي بالحفاظ على اسرار العميل ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005م

27-موفق علي عبيد ، المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء السر المهني ، مكتبة دار الثقافة و التوزيع عمان ، سنة الطبع 1998 .