مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية
المجلد 16 العدد 4 (السداسي الثاني 2024م)
ص. 211 – 236

المعضلات الأخلاقية في مهنة المحاماة، كتمان جرائم الموكل نموذجا –دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون

Ethical Dilemmas in Lawyering: Concealing Clients' Crimes as a Case Study – A Comparative Study between Sharia and Algerian Law

عمر الفاروق بن نوي
جامعة غرداية، مخبر الجنوب الجزائري (الجزائر)
BENNOUI.OMARELFAROUK@UNIV-GHARDAIA.DZ

تاريخ الارسال: 2024/07/25 تاريخ القبول: 2024/10/24 تاريخ النشر: 2024/12/31

ملخص:

لعل مهنة المحاماة من أكثر المهن التي تتجاذبها أنظار وآراء مختلفة بين من يراها مهنة نبيلة تساهم في إحقاق الحق ومساعدة القضاء وبين من يراها مهنة ينجم عنها تبرئة المجرم وإدانة البريء، بواسطة ما للمحامي من ملكات لسانية ومعلومات قانونية، ومن أهم مستندات هذا الطرح أن المحامي كثيرا ما يعلم بجرم موكله وكونه مذنبا، لكنه يخفي ذلك ولا يشهد به كتمانا لسر موكله، بل قد يساعده في التملص من التهم ويصيغ معه الجواب الذي يبعده عنها، وهو ما يطرح إشكالا أخلاقيا حول مدى اتساع واجب كتمان السر وهل يلزم المحامي بالإدلاء بشهادته ضد موكله أو التبليغ عنه إن علم أنه ارتكب أو يرتكب عملا مخالفا للقوانين؟ وهذه الورقة البحثية تأتي لمحاولة للتعرف على موقف الشريعة الإسلامية أولا من مهنة المحاماة والمحاذير الأخلاقية المرتبطة بها، مع التركيز على مسألة كتمان المحامي لجرم موكله إن علم به من خلال مهنته أو بسببها وعلاقة ذلك بواجبه كمواطن في التبليغ عن الجرائم، وقد خلصت إلى أن كلا من الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري أجازا أو أوجبا على المحامي التبليغ عن جرم موكله في حالات معينة تم بيانها في البحث، مع تقييم موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة مقارنا بالتشريعات العربية.

الكلمات المفتاحية: أخلاقيات المهنة، المحاماة، الشهادة، السر المهني، الجريمة المنظمة.

Abstract:

The lawyering profession is seen both as noble for aiding justice and controversial for potentially leading to wrongful acquittals or convictions due to lawyers' skills. Critics argue that lawyers often conceal their clients' guilt to maintain confidentiality, even aiding them in evading charges, raising ethical dilemmas. This paper examines the stance of Islamic Sharia and Algerian law on whether lawyers should report their clients' crimes. Both legal systems allow or require lawyers to report crimes in specific situations. The research provides a comparative analysis, highlighting similarities and differences between the two legal frameworks.

Key words: Professional Ethics, Lawyering, Testimony, Confidentiality, Organized crime.

مقدمة:

ليس الغرض من الحديث عن الأخلاق مجرد التنظير فحسب بل الغرض الأساسي هو التطبيق، فما فائدة الحديث عن الخير المطلق إن لم نكن قادرين على تطبيق الخير الجزئي، وقد ابتدأ أهل الفكر بملاحظة هذا عندما رأوا ثلة من كبار المنظرين من فلاسفة وسياسيين ينحطون إلى أكبر دركات الخطيئة عندما يوضعون على محك الاختبار، فتم التوجه إلى البحث عن المعضلات الأخلاقيات التي تعرض للإنسان حقيقة في حياته وبالأخص في مهنته وذلك عن طريق "الأخلاقيات التطبيقية".

وإن من المهن التي تؤثر على واحد من أهم أعصاب الدولة، مهنة المحاماة التي هي جزء من منظومة العدالة التي ترسم شكل الدولة وتضمن للمواطنين فيها حفظ حقوقهم وتفرض عليهم أداء واجباتهم، فلما كانت اللغة التي تتواصل بها مؤسسة العدالة هي لغة القانون لزم أن يكون بين المواطن وبينها وسيط يحسن التعامل بلغة القانون وفكره، يقف مدافعا وموجها للمواطن إن اضطر للوقوف بين يدي القضاء وهذا الوسيط هو المحامي.

ولما كانت مهنة المحامي مهنة لها من الأهمية ما لها، ويحفها من الخطر ما يحفها، فقد تفرع عن وجودها مشكلات أخلاقية شأنها شأن المهن المهمة غيرها، وقد تصدى للحديث عنها العديد من المؤلفين تحت باب أخلاقيات مهنة المحاماة، ولعل من أهم مسائل هذا الباب مسألة الالتزام الأخلاقي للمحامي في كتمانه لأسرار موكله وتأثير ذلك على الواجب

الأخلاقي والقانوني والشرعي الذي يقتضي أن يقوم كل من له علم بجريمة واقعة أو على وشك الوقوع بالتبليغ عنها لضمان سيرورة العدالة وأمن المجتمع، فأحببت أن أنقب في هذه المسألة مستخدما وسيلة المقارنة بين الشريعة والقانون باعتبار القانون يمثل الجانب القضائي، والشريعة تمثل الجانب الدياني، وذلك للإجابة عن الإشكالية التالية: **ما تأثير التزام المحامي بكتمان السر المهني على التزامه كمواطن بأداء الشهادة في حال علم من خلال مهنته بوقوع جريمة أو احتمال وقوعها؟**

وهي الإشكالية التي تستدعي مجموعة من الأسئلة الفرعية:

ما هي المحاذير الأخلاقية في مهنة المحاماة؟ وما موقف الشريعة الإسلامية منها؟ وما العلاقة بين وجوب التبليغ عن الجرائم وكتمان السر المهني؟ وهل جعل المشرع الجزائري كتمان السر المهني مطلقا، أم أنه أوجد أبوابا يتم فيها التحلل من هذا الالتزام؟

وقصد الإجابة عن هذه الإشكالية اعتمدت في هذا البحث على المنهج المقارن أساسا مع استخدام المنهج التحليلي لتحليل النصوص القانونية والتعريفات إضافة إلى الاستعانة ببقية المناهج كالوصف والاستقراء في مواضعها وجعلت خطة هذا البحث كالتالي:

المبحث الأول: تعريف المحاماة ومشروعيتها، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف المحاماة في اللغة والاصطلاح القانوني.

المطلب الثاني: المحاذير الشرعية والأخلاقية في المحاماة وحكمها في الشرع.

المبحث الثاني: أثر الالتزام بكتمان السر المهني على الالتزام بأداء الشهادة، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حكم الإدلاء بالشهادة في الشريعة والقانون.

المطلب الثاني: كتمان السر المهني عند المحامي ومستثنياته.

والله الموفق.

المبحث الأول: تعريف المحاماة ومشروعيتها.

من المعلوم أن الحكم عن الشيء فرع عن تصوره لذا فإن مما ينبغي قبل الحديث عن المعضلات الأخلاقية وحلولها في مهنة المحاماة أن نقدم بتصور لمفهوم المحاماة وصلاحياتها ومدى تقبل الشريعة الإسلامية لها من حيث أصلها، لذا سأخصص مطلبين أتحدث في الأول عن مفهوم المحاماة في اللغة والاصطلاح القانوني، ثم أثني بمطلب أتحدث فيه عن المحاذير الأخلاقية والشرعية التي تعرض لها وموقف الشريعة الإسلامية منها.

المطلب الأول: تعريف المحاماة في اللغة والاصطلاح القانوني.

قصد التوصل إلى منظور صحيح لموقع المحاماة من منظومة العدالة سأتحدث أولا عن معنى كلمة محاماة ومحام في اللغة، ثم أعقب ذلك بالحديث عن التعريف القانوني للمحامي وصلاحياته.

الفرع الأول: التعريف اللغوي للمحاماة.

جرت العادة أن يتم تعريف المصطلح الشرعي أو القانوني من خلال النظر إلى أصله اللغوي وذلك لمعرفة التصور الذي كان حاضرا في ذهن واضع المصطلح عندما استعاره من أصله اللغوي لاستخدامه كاصطلاح مميز لشيء ما، والكلمة التي نحن بصددها هي كلمة محام أو محاماة، وأصل هذه الكلمة كما يظهر هو من الفعل حمى يحمي حيث قال الإمام الزبيدي في تاج العروس(حمى الشيء يحميه حميا بالفتح وحماية بالكسر محمية، أي منعه ودفع عنه، وحاميت عنه محاماة وحماء منعت عنه)[1] فظهر بذلك أن كلمة محاماة مشتقة من الحماية ، واستخدم في هذا المصطلح وزن مفاعلة وهو الوزن الذي يفيد المغالبة والمدافعة والمشاركة بين طرفين، وسبب ذلك هو أن المحاماة تقتضي مغالبة بين طرفين سواء بين المحامي والخصم أو محاميه.

وهذا الاشتقاق اللغوي يفيد أن المحامي ليس مبينا لوجهة نظر موكله فقط بل يأخذ على عاتقه حماية موكله من جور القضاء أو خطئه هذا من الناحية المثالية أما من الناحية الواقعية فقد يوفر له حماية حتى من أخذ عقابه المستحق أو حماية من شدة العقوبة،

[1] الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ط المجلس الوطني للثقافة، الكويت، تحقيق مصطفى حجازي، ط2001، ج37 ص477.

وإنما أشرت إلى هذا حتى يتسنى لنا فيما بعد مقارنة فكرة المحاماة كما هي في القوانين الوضعية مع فكرة الوكالة أو الوكالة في الخصومة في الشريعة الإسلامية.

ومما يستفاد من تعريف الزبيدي أن المحاماة تدور حول الدفع والمنع، فأما الدفع فهو دفع الأذية عن المحمي وهذا ظاهر العلاقة بالمحاماة كمهنة، فإن المحامي يدفع عن موكله خطر الخسارة في القضايا، ولكن الذي يلفت النظر هو موضوع المنع فإن المقصود بالمنع أن يمنع الحامي عن الشخص أو الشيء المحمي ما يضره ومنه كلمة حمية فإن معناها المنع من تناول بعض الأطعمة ويقال فيها حماه الطبيب أكل كذا وكذا أي منعه ومنه قول الشاعر كعب الغنوي[2]:

تقول سليمى ما لجسمك شاحبا كأنك يحميك الشراب طبيب

وعلاقة المحاماة بهذا أن المحامي قد يمنع موكله من قول أو فعل ما يضر بقضيته وهذا أيضا جزء من مهمة المحامي فلو ترك الموكل ليتحدث على هواه لعاد على قضيته بالضرر، ولذا لا يمكنني أن أغادر هذا المقام دون أن أشيد بالاختيار الموفق لهذا المصطلح للدلالة على هذه المهنة.

الفرع الثاني: التعريف القانوني للمحامي وصلاحياته.

ليس من عادة النصوص القانونية أن تقدم تعريفات جامعة مانعة للمصطلحات التي ترد فيها، ومع ذلك فقد ورد في الجريدة الرسمية[3] في العدد المتضمن أحكام المحاماة تعريف يقرب مفهوم هذه المهنة، حيث جاء في المادة2 ما نصه [المحاماة مهنة حرة ومستقلة تعمل على حماية وحفظ حقوق الدفاع وتساهم في تحقيق العدالة واحترام مبدأ سيادة القانون] ويظهر جليا أن هذا التعريف واسع يشمل كثيرا من الوظائف التي يقوم بها العاملون في سلك العدالة ولعل الغرض من هذا التعريف لفت انتباه المحامين إلى الغرض السامي التي ينبغي أن تنبني مهنتهم حوله.

[2] ابن الشجري، مختارات شعراء العرب، تحقيق محمد البجاوي، دار الجيل، بيروت، ط.1، 1992، ص107.

[3] ع.50 الأربعاء 30أكتوبر 2013، المتضمن قانون المحاماة وهو القانون رقم 13 07- المؤرخ في 24 ذي الحجة عام 1434 الموافق 29 أكتوبر سنة 2013 يتضمن تنظيم مهنة المحاماة.

وللعثور على تعريف مناسب لمهنة المحاماة لا بد من الرجوع إلى الفقه للبحث فيه، وقد وجدت عدة تعريفات لمهنة المحاماة عزفت عن ذكرها لأنها لا توضح حقيقة عمل المحامي فلم أرد التطويل بذكرها، وإنما أكتفي بتعريف واحد لعله يوضح حقيقة هذه المهنة وهو أن [المحامي هو الشخص الذي خوله النظام القانوني مساعدة العدالة عن طريق تقديم المشورة القانونية للأفراد والتمثيل الإجرائي للمتقاضين والدفاع عن حقوقهم وحرياتهم أمام القضاء][4] وفي هذا التعريف نقاط لابد من الوقوف عندها، أولها قوله "خوله النظام" وهذا يفيد أن مهنة المحاماة لا يمكن أن يقوم بها أي أحد وإنما تستلزم ترخيصا من الهيئة المسؤولة، وهذا يظهر فرقا جليا بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية التي تتيح للخصم أن يوكل مكانه من شاء ليترافع عنه[5]، إلا أن هذا التقييد الوارد في القانون الوضعي مبرر وذلك لضبط هذا الباب الخطير وتخويل أشخاص مؤهلين لتولي الترافع وهو يشبه اشتراط الشريعة الإسلامية للعدالة في العديد من الأبواب أبرزها الشهادة.

وثاني الملاحظات قوله "خوله النظام القانوني مساعدة العدالة" وفي هذا ملمح أخلاقي هو أن المحامي مساعد للعدالة لا مضاد لها فينبغي أن يتوخى المحامي ذلك فيكون ولاؤه للعدالة والحق لا لموكله فقط وهو ما يضع المحامي أمام تساؤل أخلاقي في حال علم أن الحق ليس مع موكله بين تقديم مصلحة موكله أو مصلحة العدالة، والنص القانوني الذي ابتدأنا به يشير إلى أن المحامي يقدم مصلحة العدالة، لكن التنظير وحده لا يكفي إن لم يكن للمحامي الضمير الديني والأخلاقي الذي يوجهه للصواب في مثل هذه المسألة.

وآخر هذه الملاحظات قوله" والدفاع عن حقوقهم وحرياتهم" فهذا يفيد أن حدود مساعدة المحامي لموكله هو الدفاع عنه وحمايته من هضم حقه، وهذا أيضا يطرح التزاما أخلاقيا أمام المحامي بأن لا يساعد موكله لأخذ أكثر من حقه أو الإفلات من العقاب إن كان مستحقا له وهذه الأمور تبين عظم المسؤولية الملقاة على عاتق المحامي ووجوب تحليه بموازين أخلاقية دقيقة تبين له كيفية مواجهة المعضلات التي تعرض له أثناء ممارسته لمهنته.

[4] قاضي هشام، أخلاقيات وأصول مهنة المحاماة وفقا لتنظيم مهنة المحاماة الجزائري، دار المفيد للنشر والتوزيع، ط2010، ص23

[5] بشرط توفر الشروط العامة للوكالة ينظر: وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الاسلامي والقضايا المعاصرة، دار الفكر، دمشق، 2012، ص750.

أما الصلاحيات التي خولها القانون للمحامي فقد بينتها المواد من 5إلى7 من قانون المحاماة[6] وتتلخص في كونه مخولا لتمثيل الموكلين أمام القضاء، وتقديم الاشارة لهم والنيابة عنهم في اتخاذ التدابير القانونية والطعون وتسليم واستلام الأموال والمطالبة أو التنازل عن الحقوق والسعي لتنفيذ الأحكام القضائية.

وهذه الأمور هي أصول صلاحيات المحامي وتتفرع عنها جزئيات كثيرة، وهذه الصلاحيات الممنوحة للمحامي وكذا علاقته بموكله تخوله أن يطلع على الكثير من الأسرار ويعرف خبايا لا يمكن أن يطلع عليها غيره سواء في سلك العدالة أو غيره، لذا فرض عليه حفظ السر المهني الذي يطلع عليه أثناء ممارسته لمهامه أو بمناسبتها، إلا أن هذا الكتمان لا ينبغي أن يكون على إطلاقه وسيأتي بيان ذلك.

المطلب الثاني: المحاذير الشرعية والأخلاقية في المحاماة وحكمها في الشرع.

تعتور مهنة المحاماة مجموعة من المحاذير الأخلاقية جعلت منها محط جدل بين علماء الشرع الذين رأى بعضهم أن مفاسد مهنة المحاماة أكثر من نفعها، ورأى غيرهم أن مهنة المحاماة ضرورة لا بد منها ورأى أنها رغم ما قد يعتريها من مفاسد إلا أنها لا بد أن توجد وتضبط بحيث يستفاد منها ويتجنب مفاسدها، وفيما يلي عرض لأهم المحاذير الاخلاقية في مهنة المحاماة وموقف علماء الشرع منها.

الفرع الأول المحاذير الأخلاقية في مهنة المحاماة.

رأيت أن أتحدث عن المحاذير الأخلاقية في مهنة المحاماة قبل الخوض في حكمها في الشريعة الإسلامية لأن علماء الشرع إذ اختلفوا في حكم المحاماة، فإنما كان اختلافهم نتيجة تقديرهم لهذه المحاذير، فمنهم من رأى أن هذه المحاذير التي سنشير إليها واقعة لا محالة فحكم بالحرمة، ومنهم من رأى أن هذه المحاذير يمكن الاحتراز منها، أو رأى أنها ضئيلة مقارنة بفوائدها، وهذا هو رأي الأغلب، ولا بد من التنبيه إلى أن قولنا محاذير لا يفيد أنها أشياء يقوم بها المحامون جميعهم، أو أنها موجودة في أصل المهنة، ولكن المقصود أنها أشياء ينبغي أن يحذر منها وما من مهنة في العالم إلا وفيها محاذير دقت أو جلت، وأول هذه المحاذير القول إن مهنة المحاماة تتسبب في تضييع الحقوق، فمتى كان المحامي أكثر خبرة،

[6] ع.50، الأربعاء 30أكتوبر 2013، المتضمن قانون المحاماة.

وأوسع اطلاعا، كان له إمكانية أكبر للفوز بمصلحة موكليه والإضرار بخصمه، وعادة ما يكون توكيل محامين أكثر خبرة من مصلحة أصحاب المال، عكس أصحاب الدخل المحدود أو المعدوم الذين لا يمكنهم تحمل نفقات المحامي البارع، مما يجعل العدالة غير متحققة[7]، وثانيها تحول العدالة التي ينبغي أن تكون سلطة مستقلة تابعة للدولة، إلى ميدان للمتاجرة والتربح على عاتق المتخاصمين ويزيد من كلفة اللجوء إلى التقاضي، مما يجعل الناس تعزف عن اللجوء إلى القضاء وثالثها أن وجود المحامين يمنع القاضي من التفاعل والتحدث المباشر مع أطراف النزاع، مما يسبب له شحا في الاطلاع وتصور القضايا، لأن المحامين أعرف بأساليب المراوغة والخطاب من عامة الناس وقد ورد نص قديم على هذه المشكلة لعبد الرحمن بن نصر الشيرازي حيث يقول[فإذا حضر الخصمان عند الحاكم فإن الحق يظهر سريعًا من كلامهما إذا لم يكن لهما وكيل، فكأن ترك الوكلاء في هذا الزمان أولى من نصبهم، إلا أن يكون هناك امرأة غير برزة أو صبي، فحينئذ يوكل عنها الحاكم وكيلًا.][8]

ورابعها عدم التزام المحامين بالدفاع عن صاحب الحق، فالمحامي دائما في صف موكله حتى ولو كان مجرما، مما يساهم في عدم تحقيق الردع العام والخاص[9] وخامسها أن التزام المحامي بحماية موكله و كتمان أسراره قد يمنعه من أداء واجب إدلاء الشهادة، إن علم بشيء يساعد في تنوير القاضي وإحقاق الحق، ولعل هذه هي أبرز المحاذير التي دفعت من قال بحرمة المحاماة إلى اتخاذ هذا الموقف، إلا أن المجيزين لهذه المهنة قد أخذوا هذه الأمور بعين الاعتبار، لذا كثر التأليف في مجال اخلاقيات المحاماة، و وضع المشرع العديد من الضوابط والقيود التي تنظم هذه المهنة، وتضمن تحقيق العدالة، كما لا ينبغي أن يغفل، عن جانب الالتزام الخلقي والديني لدى المحامين، الذي يفترض أن يمنعهم من كل التعاملات اللاأخلاقية، أثناء مزاولتهم لمهنتهم.

الفرع الثاني: موقف علماء الشرع من مهنة المحاماة.

[7] ينظر، أبو الأعلى المودودي، نظرية الإسلام وهديه في السياسة والقانون والدستور، ترجمة جليل حسن الإصلاحي، طبعة سنة 1967 بدون ذكر دار الطبع ص220 .

[8] عبد الرحمن بن نصر الشيرازي، نهاية الرتبة في طلب الحسبة، نشر السيد الباز العريني، مطبعة لجنة القاهرة للتأليف والترجمة والنشر ط1946 ص115.

[9] أبو الأعلى المودودي، المرجع نفسه، ص.222.

لم يكن موقف علماء الشرع من مهنة المحاماة واحدا، خصوصا في بداية ظهورها كمهنة، فذهب ثلة من فقهاء الشريعة إلى حرمة هذه المهنة، ومن أبرزهم الشيخ أبو الأعلى المودودي، والدكتور عبد الله عزام[10]، والدكتور خادم حسين[11]، وقد تمحورت أدلتهم على حرمة هذه المهنة على الجانب المقاصدي، حيث إن هذه المهنة لم تكن موجودة بشكلها الحالي في صدر الإسلام ولا بعده إلا أنهم بنوا رأيهم في التحريم على وجود أضرار تنجر عن هذه المهنة، وقد قدمنا في الفرع السابق هذه المحاذير التي ذكروها بما يغني عن إعادتها هنا، لكن سأسوق نقلا عن أبي الأعلى المودودي عن المحاماة يظهر فيه شدة نكيره على هذه المهنة حيث يقول (هذه المهنة هي من أكبر معايب النظام الحاضر للمحكمة، بل لعله أكبرها وأشنعها، ولا يمكن أن تقال أي كلمة في تبرير بقائها من الوجهة الخلقية أما من الوجهة العملية، فليس هناك حاجة حقيقية لأعمال المحكمة لا يمكن سدها بغير طريق محاماة...)[12] فيلاحظ أنه يشدد النكير على هذه المهنة، ويرى أنها غير أخلاقية، ويرى أنها غير ضرورية لنظام العدالة وقد قدم مقترحا لاستبدالها، لكن مقترحه في الحقيقة معقد ويظهر أنه لا يفي بالغرض، أما جمهور علماء الشرع فذهبوا إلى جواز هذه المهنة، ورأوا أن أدلة المانعين لا تعدو أن تكون محترزات لا تطعن في أصل المحاماة فإذا أمن منها عن طريق التنظيم من طرف السلطة، فلا عيب في المحاماة، ولا توجد مهنة إلا وفيها بعض المحاذير كالتجارة والطب وغيرها ولا يتصور منعها مطلقا، فالواجب إصلاحها لا إلغائها، وقد كان لدى المجيزين لهذه المهنة مستندات من نصوص الشرع منها قوله تعالى حكاية عن سيدنا موسى (وأخي هارون هو أفصح مني لسانا، فأرسله معي ردا يصدقني إني أخاف أن يكذبون)[13] ووجه الدلالة أن سيدنا موسى طلب أن يكون أخوه هارون محاججا لفرعون وقومه مكانه لأنه أفصح منه، وهذا يشبه حال الموكل مع محاميه.

ومن السنة استند على قول سيدنا رسول الله ﷺ (إنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له على نحو ما أسمع منه، فمن قطعت

[10] ينظر كتابه العقيدة وأثرها في بناء الجيل، دار بيت المقدس، طبع سنة 2019 فقد أطال في نقد القانون الوضعي والتحاكم إليه عملا بمبدأ الحاكمية، اقتداء بسيد قطب.

[11] كتب مقالا عن المحاماة في الشريعة الإسلامية في مجلة الأمة القطرية، العدد الرابع والثلاثون، سبتمبر 1982.

[12] أبو الأعلى المودودي، المرجع السابق، ص219.

[13] القصص، الآية 34

له من حق أخيه شيئا فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار)[14] وهذا الحديث أصل في هذا الباب، فقد أثبت به النبي ﷺ أن العجز عن البيان قد يكون سببا في إضاعة الحق، وأغلب الناس لا يجيدون الجدال خصوصا في قاعة المحكمة، فوجود المحامين حل لهذه المشكلة، لأنهم وإن كانوا في حد ذاتهم مختلفين في القدرة على البيان، إلا أن عندهم الحد اللازم من الكفاءة في هذا الباب واحتجوا أيضا بأن المحاماة نوع من الوكالة وقد انعقد الإجماع على جوازها عموما[15]، ونص العلماء على جواز الوكالة في الخصومة، وروي ذلك عن جمع من الصحابة أبرزهم الإمام علي ﷺ الذي وكل عقيلا للتقاضي مكانه، ثم وكل عبد الله بن جعفر[16].

ولعل رأي المجيزين أرجح إن توخى المحامي العمل المشروع واجتنب المحاذير التي نبه عليها المانعون هذا والقوانين تحاول أن تضمن تحييد هذه المشاكل المذكورة بعدة أساليب لا يتسع المحل لذكرها.

المبحث الثاني: أثر الالتزام بكتمان السر المهني على الالتزام بأداء الشهادة.

[14] متفق عليه.

[15] ينظر، د.عبد الكريم محمد الطير، أحكام المحامي في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مقال في مجلة الدراسات الاجتماعية، العدد الثالث، عدد خاص س2007 ص136.

[16] أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، سنن البيهقي الكبرى تحقيق: محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، (1414هـ - 1994م ج6، ص: 81.

سندرس في هذا المبحث كلا من واجب كتمان السر المهني المفروض على المحامي والعلاقة بينه وبين الالتزام بأداء الشهادة، وذلك عن طريق الحديث عن حكم أداء الشهادة وحكم كتمانها، ثم الحديث عن واجب كتمان السر المهني ومدى التزام المحامي به ومستثنياته، بالمقارنة بين الشريعة والقانون في ذلك.

المطلب الأول: حكم الإدلاء بالشهادة في الشريعة والقانون.

إن أداء الشهادة أداة من أهم الأدوات التي تساعد أجهزة العدالة على أداء مهامها، لذا تم تخصيص أبواب للحديث عنها في كامل التشريعات، وفيما يلي عرض لحكم أداء الشهادة في كل من الشريعة والقانون.

الفرع الأول: حكم أداء الشهادة في الشريعة الإسلامية .

ورد الحديث عن الشهادة وأدائها في عدة آيات قرآنية وأحاديث نبوية، ومن الآيات القرآنية قوله تعالى (وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ)[17] وقد نهى الله سبحانه وتعالى عن كتمانها بقوله (وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ)[18] وغير هذه الآيات كثير، وقبل الخوض في مضمون الأمر بأداء الشهادة نقدم بتعريف الشهادة، فقد تعددت تعريفات العلماء لها نذكر منها تعريفا واحدا مختصرا تجنبا للإطالة، وهو تعريف القطب الدردير المالكي (وهو إخبار حاكم عن علم ليقضي بمقتضاه)[19] وهذا التعريف من أنسب التعاريف للشهادة، لأنه يخرج الشهادة عند غير الحاكم، ويقيد الشهادة بالعلم، أي التيقن، فيخرج من ذلك الظن والتخمين، وقوله ليقضي بمقتضاه يخرج ما ليس له فائدة لعمل القاضي.

أما حكم الشهادة فيتبين بالإشارة إلى أن عملية الشهادة تنقسم إلى قسمين، أولها تحمل الشهادة، وهو أن يحضر الشخص، مختارا أو مطلوبا ليشاهد حدثا أو عقدا، أو أمرا

17[سورة الطلاق، الآية1]

18[سورة البقرة،الآية283]

[19]أبو البركات الدردير، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، دار إحياء الكتب العربية، د.ت، ج4، ص164

ذا بال ليوثق حصوله، ويؤدي شهادته عندما يطالب به، وهذا الشق قد اتفق العلماء على أنه واجب كفائي[20] أي أن الأمة يجب أن يوجد فيها من يشهد على ما يتطلب الشهادة، فلا يتصور أن يعزم الرجل على عقد زواجه، فلا يجد من يشهد ذلك، فمعنى كونه واجبا كفائيا أن الأمة تأثم بعدم وجود من يتحمل الشهادة ومن يتحمل الشهادة يكون واجبا عليه أداؤها حينما تطلب منه، وهذا بدهي، وإلا فما فائدة شهادته؟ أما من لم يقصد التحمل وشهد على شيء بدون اختياره، فإنه يكون ملزما بأداء الشهادة، إذا علم ذهاب الحق بتأخره عن أداء الشهادة كأن يكون الشاهد الوحيد مثلا، وقد صرح كثير من فقهاء المذاهب بوجوب الحضور لأداء الشهادة إذا طلبت منهم، لقوله تعالى (وَلا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا)[21] وقد حكى الشوكاني[22] القول بأن كتم الشهادة من الكبائر استدلالا بقوله تعالى (وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ)[البقرة- 283] ولو نظرنا إلى المسألة من منظور أخلاقي بحت، لوجدنا أن من علم بمعلومة تساهم في تحقيق العدالة ورد الحقوق إلى أهلها، ودفع الظلم عنهم فعليه أن يبادر بأداء شهادته، فلو امتنع جميع الناس عن أداء الشهادة لعمت الفوضى، وضاعت الحقوق، وصار المجتمع ككل متواطئ في الإجرام، والشريعة الإسلامية تجعل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أصلا من أصولها، وفرضا على المستطيع لتفعيل دور الرقابة المجتمعية والمساهمة في تطهير المجتمع، وأداء الشهادة عندما تطلب أو لا يوجد من يؤديها وجه من هذه الأوجه.

وقبل أن نغادر هذا المقام، نشير إلى أن للشريعة مستثنيات على وجوب الشهادة منها عدم الشهادة في الحدود إن لم يترتب على ذلك ضرر للغير كالزنا أو السرقة إن لم تتم أو أمكن رد المسروق لأصحابه دون رفع القضية للقضاء ومنها كتمان الشهادة إن علم صاحب الحق بكون شخص شاهدا ولم يطلب منه الشهادة أما إن كان صاحب الحق لا يعلم فيجب إعلامه ويسقط وجوب الشهادة إن وجد من ينوب عنه في أداءها ككثرة الشهود ومنها كتمان الشهادة إذا خاف الشاهد الضرر على نفسه لقوله تعالى (ولا يضار كاتب ولا شهيد)[البقرة-

[20] ينظر المرجع نفسه، ص164 فما بعدها

[21] [البقرة- 282]

[22] الشوكاني محمد بن علي، فتح القدير، تحقيق يوسف الغوش، دار المعرفة بيروت، الطبعة4 سنة، 2007 ص195.

282] والضرر يقدر بقدره[23] وفي حال المحامي فإن شهادته على موكله فيها ضرر عليه إلا أن ذلك يجب أن يقاس بالضرر الذي يسبب للخصم، وامتناعه عن الشهادة ضد موكله لا تعني دفاعه عنه رغم علمه بجوره في القضية ومنها كتمان الشهادة إن كانت لا تنفع أو لا تقبل كأن كانت على من علمت خصومته معه .

الفرع الثاني: حكم أداء الشهادة في القانون الجزائري.

ينحو القانون الجزائري في مسألة أداء الشهادة منحى الشريعة الإسلامية، ومنحى غيره من القوانين الوضعية، حيث يوجب قانون الإجراءات الجزائية الجزائري على كل من يكون للقاضي فائدة في سماع شهادته أن يحضر إذا استدعي، وإلا أحضر بالقوة العمومية، وذلك حسب المادة 88، وفيها (يستدعي قاضي التحقيق أمامه بواسطة أحد أعوان القوة العمومية كل شخص يرى فائدة من سماع شهادته)[24] ويفرض القانون على كل متخلف عن الحضور بالإدلاء بشهادته عقوبات مبينة في المادة 97، فالمسألة في القانون الجزائري هي فرض لا تطوع، لكن ينبني على ذلك أن من لم يطلب منه أداء الشهادة، فليس مؤاخذا على كتمانها، ولكن ذلك ليس على إطلاقه ففي القانون الجزائري يعاقب على التكتم على الجرائم في حال علم بوقوعها، أو الشروع فيها حسب المادة 181[25] من قانون العقوبات والمادة91/1 من قانون العقوبات وغيرها، وهي بذلك نوع من أنواع الجرائم السلبية.

والقوانين الوضعية ومنها القانون الجزائري، أكثر تشددا من الشريعة الإسلامية في مسألة كتمان الشهادة، فالحالات التي يجوز فيها كتمان الشهادة في الشريعة أكثر مما هي في القانون، والعقوبة على الكتمان أشد في القانون، ولذا فقد أكد قانون الإجراءات الجزائية على مسألة العقوبة في المادة 223 بعد المادة 97، وفي ما سقناه من المواد كفاية في الدلالة على أن أداء الشهادة في القانون واجب، وهذه من الأمور التي يتعاضد فيها القانون مع

[23] ينظر، د. نمر محمد نمر، المسوغات الشرعية لكتمان الشهادة، مقال منشور في "المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية"، المجلد الثالث، العدد (2)، 1428هـ/ 2007م.

[24] قانون الإجراءات الجزائية الجزائري معدل و متمم وفق آخر تعديل، سنة2019.

[25] ورد فيها: " فيما عدا الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 91، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 1.000 إلى 10.000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يعلم بالشروع في جناية أو بوقوعها فعلاً ولم يخبر السلطات فورًا"

الشريعة، فالقانون يوجب على من علم شيئا، واستدعاه القاضي للشهادة أن يحضر، والشريعة توجب على من علم شيئا ذا بال أن يبلغ، ولو لم يستدعه القاضي وأحرى لو استدعاه، وفي هذا جمع بين القضاء والديانة[26]، فمن لم يمتثل للقاضي سيستجيب لضميره الديني والعكس، وهذا من أهداف الأخلاق التطبيقية التي تهدف للعمل على دعم القواعد القانونية بالضمير الأخلاقي، والقانون نص في كل موضع يوجب فيه الشهادة والتبليغ على أن ذلك ينبغي ألا يخل بالواجبات التي يفرضها سر المهنة، ومنها المادة 91 من ق.ع، وكتمان المحامي لأسرار موكله داخل في هذا الباب، إلا أنه ليس على إطلاقه، فهناك أوقات يفرض فيها على المحامي أن يبلغ ، وهذه المسألة ستبحث فيما يتبع من هذا البحث لنعلم حدود واجب كتم السر المهني لدى المحامي.

المطلب الثاني: كتمان السر المهني عند المحامي و مستثنياته .

إن من الالتزامات المهنية والأخلاقية الكبرى في المهن التي تتيح لمزاوليها للاطلاع على معلومات وأسرار تخص عملائهم أو الجهة التي توظفوا فيها، أن يكونوا أمناء، ولا يستخدموا هذه الأسرار، ولا يذيعوها بغير إذن صاحب السر، ومن هذه المهن مهنة الطبيب، ومهنة المحاماة وغيرها، فما مفهوم كتمان السر المهني؟ وما حدوده و مستثنياته؟

الفرع الأول: مفهوم كتمان السر المهني لدى المحامي.

يتضمن عمل المحامي الوساطة والوكالة بين الموكل، وبين القاضي، وهو بحكم هذا الدور الذي يلعبه يكون موضع ثقة من موكله، وجسرا ومصفاة للمعلومات التي بحوزة الموكل، حيث يحصل المحامي على كل معلومة يمكن أن تكون لها علاقة بالقضية، فيقوم بتنقيحها وتحليلها لاستبقاء ما يفيد في المرافعة، ويحتفظ ببقية المعلومات، سواء في ذاكرته أو كوثائق ومستندات، مما يجعل لديه مخزونا مهما من المعلومات لا يمكن أن يحصل لغيره ومن هذا المنطلق، فإن المحامي ملزم بكتمان السر المهني، الذي يعرف بأنه (عبارة عن كل واقعة أو معلومة أو أمر يعلم به الشخص، سواء أفضى إليه به أو علمه نتيجة تجربة، أو ملاحظات، أو سماع أو رؤية بمناسبة ممارسته لمهمته أو بسببها، وكان لصاحب السر أو

[26] د. أحمد بن محمد المصباحي، مصطلحا الديانة والقضاء عند الأصوليين والفقهاء، العدد (18) المجلد (5) أبريل-يونيو 2018م ص60

غيره من الوسط المهني مصلحة مشروعة في كتمانه، ويترتب عن إفشاءه أو الإفضاء به ضرر لصاحبه)[27] فمضمون السر المهني حسب التعريف، هو الوقائع والمعلومات التي اطلع عليها المعني بالكتمان، مهما كانت طريقة اطلاعه، سواء كانت بالإخبار المباشر ، أو كان ذلك نتيجة تجربة أو ملاحظة، وهذا القيد يصدق بالأصالة على المهن الطبية، لأن الطبيب يحصل على معلوماته من خلال الفحص ولو بدون إخبار المريض له، وهذا قد يصدق على المحامي، فهو من خلال خبرته وعلمه بالقانون قد يتمكن من تحليل المعلومات التي يمنحها له الموكل، أو يراجع الأوراق التي قدمها له فيتحصل له من خلال ذلك معلومات قد لا يكون الموكل نفسه على علم بها أو يكون غير منتبه لها، فهذا داخل في السر المهني مثل السماع والرؤية، وهذا سبب تقييد هذا التعريف وغيره بقيد «أثناء ممارسته لمهنته أو بسببها» فمثل هذه المعلومات يحصل عليها المحامي أثناء ممارسته لمهنته غالبا، وقد تصل إليه بسبب كونه محاميا، وذلك كتشاوره مع زملائه، أو لجوء الناس إليه بسبب كونه محاميا، ولو لم يكونوا عملاء[28].

وقد أوجب المشرع الجزائري على المحامي كتمان السر المهني وذلك في المادة 13 من القانون المنظم للمحاماة[29] كما تم النص على وجوب كتمان السر المهني واستثناؤه من حالات التفتيش في المادة 45 من قانون الإجراءات الجزائية[30] وكذلك المادة 91 من ق.ع.ج[31].

وكتمان المحامي للسر المهني فيه فائدة كبرى لمصلحة المحاماة لأنه يعزز ثقة الوكلاء في المحامي وفيه مصلحة للناس بالحفاظ على خصوصياتهم وأسرارهم[32].

---

[27] محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم الخاص، الطبعة السادسة ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2005 ص 110.

[28] ينظر: خلفة سمير، "المسؤولية الجزائية للمحامي عن إفشاء السر المنهي" المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، مج 60: ع.02، 2023 ص 105

[29] ورد فيها: "يمنع على المحامي إبلاغ الغير بمعلومات أو وثائق تتعلق بقضية أسندت إليه، أو الدخول في جدال يخص تلك القضية، مع مراعاة الأحكام التشريعية التي تقتضي خلاف ذلك"

[30] ورد فيها: " تتم عمليات التفتيش التي تجري طبقا للمادة 44 أعلاه على الوجه الآتي.... غير أنه يجب عند تفتيش أماكن يشغلها شخص ملزم قانونا بكتمان السر المهني أن تتخذ مقدما جميع التدابير اللازمة لضمان احترام ذلك السر "

[31] ورد فيها: "مع عدم الإخلال بالواجبات التي يفرضها سر المهنة...يعاقب بالسجن المؤقت.... كل شخص علم... ولم يبلغ عنها السلطات "

[32] فائق سليم هوير خميس الجنابي، مسؤولية المحامي المدنية الناشئة عن افشاء السر المهني (دراسة مقارنة)، رسالة ماجيستير، جامعة الشرق الأوسط، س 2020 ص33.

ويشترط في السر أن يكون مهما يترتب على كتمانه مصلحة لصاحب السر أو للوسط المهني، أو يترتب على إفشائه ضرر[33]، ويشترط في هذه المصلحة أن تكون مشروعة، وهذا القيد هو أهم نقطة في التعريف باعتبار العلاقة بموضوع بحثنا، فإذا قيدت المصلحة بكونها مشروعة، خرجت بذلك المصالح غير المشروعة كمصلحة المجرم بكتم جريمته، أو المخططين للحصول على حق غير حقه، أو من يرغب في الشروع في الجريمة في كتمان خططهم، فكل هذه الأمور لا تدخل في السر المهني الذي يتوجب على المحامي كتمانه، ولذا سنتحدث فيما يلي عن مستثنيات كتمان السر المهني لنتعرف أكثر على هذه المسألة ونناقشها من زواياها الشرعية والقانونية.

الفرع الثاني: مستثنيات كتمان المحامي للسر المهني في القانون الجزائري.

ذكرنا سابقا أن كتمان السر المهني للمحامي هو واجب أخلاقي قبل أن يكون قانونيا، إلا أن بعض الأشياء أوجب من بعض وبعض الحقوق أشمل من بعض ومن بينها حق المجتمع، فهو أشمل من حق الفرد، هذا إذا كان حق الفرد مشروعا، فما بالك لو لم يكن مشروعا، وهذا يوجب أن يكون هناك باب يسمح للمحامي من التحلل بالتزامه من كتمان السر المهني إذا رأى أن مصلحة المجتمع والنظام العام تقتضي ذلك، وهو ما أشارت له المادة 13 من قانون المحاماة الجزائري، والتي جاء فيها "يمنع على المحامي إبلاغ الغير بمعلومات أو وثائق تتعلق بقضية أسندت إليه، أو الدخول في جدال يخص تلك القضية، **مع مراعاة الأحكام التشريعية التي تقتضي خلاف ذلك**" فهذا نص من المشرع على أن كتمان السر المهني ليس مطلقا، بل هناك أحكام تقضي بخلاف ذلك، فالأصل أن إذاعة المحامي للسر المهني جريمة يعاقب عليها القانون، لكن هناك مستثنيات لهذا الأصل، إلا أن المشرع لم يسرد هذه المستثنيات في هذا الموضع من قانون المحاماة، بل تركها على قلتها متناثرة في القوانين، كقانون العقوبات وقانون مكافحة الفساد، وحبذا لو يتم ذكر هذه المستثنيات في قانون المحاماة، فهي من الأهمية بمكان.

[33] خلفة سمير، مرجع سابق، ص108.

ومن خلال التتبع لم أجد سوى مجموعة قليلة من النصوص على عدم الاعتداد بالسر المهني في الجرائم[34] وهي:

1- العلم بجريمة تهريب المهاجرين غير الشرعيين:

حيث جاء في المادة 303 مكرر 37 من قانون العقوبات الجزائري ما نصه: "كل من علم بارتكاب جريمة تهريب المهاجرين، **ولو كان ملزمًا بالسر المهني**، ولم يبلغ فورًا السلطات المختصة بذلك، يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج" وهذا نص صريح في وجوب التبليغ لمن علم بهذه الجريمة ولو كان ملزما بكتمان السر المهني كما في حالة المحامي.

2- العلم بجريمة الاتجار بالبشر:

حيث جاء في المادة 303 مكرر 10من قانون العقوبات ما نصه: "كل من علم بارتكاب جريمة الاتجار بالأشخاص، **ولو كان ملزماً بالسر المهني**، ولم يُبلغ فوراً السلطات المختصة بذلك، يُعاقب بالحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج"

3- العلم بجريمة الاتجار بالأعضاء:

حيث ورد في المادة 303 مكرر 25من قانون العقوبات ما نصه: "كل من علم بارتكاب جريمة الاتجار بالأعضاء، **ولو كان ملزماً بالسر المهني**، ولم يُبلغ فوراً السلطات المختصة بذلك، يُعاقب بالحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج"

5- العلم بجريمة التهريب:

ورد في القانون رقم 17-05 المتعلق بمكافحة التهريب ما نصه: " المادة 18: يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 50,000 دج إلى 500,000 دج، كل شخص ثبت علمه بوقوع فعل من أفعال التهريب ولم يبلغ عنها السلطات العمومية المختصة.

[34] لا أزعم أنني استقرأت جميع النصوص التي فتحت الباب لتجاوز السر المهني بل يمكن أن يوجد غيرها، لكن هذا ما أمكنني جمعه.

- تضاعف العقوبة إذا كان الشخص ممن توصل إلى معرفة هذه الأفعال بحكم وظيفته أو مهنته" فالمحامي إذا علم بهذه الجريمة بهذه الجريمة من خلال مهنته داخل في هذا النص".[35]

6- العلم بالجرائم المالية كالتزوير وتبييض الأموال:

ولعل من أوضح النصوص في القوانين الجزائرية على عدم الاعتداد بالسر المهني في جريمة ما بالنسبة للمحامي، نص المادة 19 من القانون 01/05 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب[36]، حيث أوجب على المحامي الإخطار بالشبهة المالية إذا وصلت إلى علمه عن طريق ممارسته لمهنته، وذلك حيث قال (يخضع لواجب الإخطار بالشبهة...كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم، في إطار مهنته بالاستشارة أو بإجراء عمليات إيداع أو مبادلات.... لاسيما على مستوى المهن الحرة المنظمة، **وخصوصا مهن المحامين** والموثقين) وهذا نص صريح في الدلالة على وجوب إخطار السلطات، إن علم المحامي بجريمة مالية، إلا أن المشرع لم يكتف بذلك، فزاده تأكيدا بنص المادة 22 من القانون المذكور، حيث قال (لا يمكن الاعتداد بالسر المهني أو السر البنكي في مواجهة الهيئة المتخصصة) ثم رتب في نص المادة 32 عقوبات مالية على كل من يمتنع عن أداء واجب الإخطار، تتراوح بين 100,000 دينار جزائري إلى 1,000,000 دينار جزائري، دون الإخلال بعقوبات أشد.

ويشمل هذا الواجب بالإفشاء كل جرائم الأعمال المتعلقة بالأموال أي المتعلقة بالنقد والقرض، أو جرائم الشيكات، أو المخالفات الضريبية والجمركية أو مخالفات البورصة أو المبادلات وغيرها[37].

7- العلم بجريمة تمويل الإرهاب وتبييض الأموال وانتشار أسلحة الدمار الشامل:

أصدر المشرع الجزائري القانون رقم23-01 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما

[35] قانون رقم 17-05 مؤرخ في 29 ذي القعدة عام 1426 الموافق 31 ديسمبر سنة 2005، يتضمن الموافقة على الأمر رقم 06-05 المؤرخ في 18 رجب عام 1426 الموافق 23 غشت سنة 2005 والمتعلق بمكافحة التهريب.

[36] قانون رقم 06-01، مؤرخ في 21 محرم عام 1427، الموافق 20 فبراير سنة 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم.

[37] ينظر: زعنون فتيحة، إباحة إفشاء السر المهني في مجال قانون الأعمال، مجلة القانون والعلوم السياسية المجلد الخامس العدد 1، س2019، ص64.

وجعل المحامي بموجب المادة 02 منه من الخاضعين لهذا القانون حيث عرف الخاضعين بقوله: "الخاضعون المؤسسات المالية والمؤسسات **والمهن غير المالية المحددة الملزمة** بتطبيق التدابير الوقائية...ثم بين المراد بالمؤسسات والمهن غير المالية المحددة بقوله: " كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس نشاطات غير تلك التي تمارسها المؤسسات المالية، بما في ذلك المهن الحرة المنظمة، **لا سيما المحامون** عندما يقومون بمعاملات ذات خصائص مالية لحساب موكليهم"

ثم أوجب على جميع الخاضعين والمؤسسات المسؤولة عن الرقابة عليهم "تبليغ الهيئة المتخصصة دون تأخير بأي معلومات تتعلق بعمليات أو وقائع مشبوهة يمكن أن تكون لها علاقة بتبييض الأموال، تمويل الإرهاب، أو تمويل انتشار أسلحة الدمار الشامل، أو عدم احترام واجب الإخطار بالشبهة التي وصلت إلى علمهم في إطار الرقابة والإشراف" وذلك في المادة 10مكرر02 من القانون المذكور.

والذي يمكن أن نلاحظه من خلال النصوص السابقة هو أن الجرائم التي يتم فيها تجاوز مبدأ كتمان السر المهني هي الجرائم المنظمة التي هي "عبارة عن مجموعة من الجرائم تستهدف المجتمع عامة وتعتمد على تنظيم هرمي مؤسسي.... وتقوم بأعمال إجرامية كالتهريب والاتجار بالمخدرات وتبييض الأموال والاتجار بالبشر"[38] وقد لاحظ المعتنون بهذا النوع من الجرائم أن المشرع أولاها عناية خاصة من حيث توسيع سلطات التحقيق والمحاكمة[39] إلا أن المشرع لم يطرد في ذلك مع جميع الجرائم المنظمة كالترويج للمخدرات وتوزيع المنشورات المعادية للدولة وشبكات الإجهاض وغير ذلك، مما جعل التساؤل يطرح عن الأساس الذي بنى عليه المشرع تجويزه بل إيجابه للتبليغ في الحالات السابقة متجاوزا للسر المهني أهي حالة الضرورة أم المصلحة المحمية غير المشروعة؟[40] .

[38] محمد الحاج عيسى بن صالح، مكافحة الجريمة المنظمة في التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، ع.02 ، مج. 06 ، س2022 ص 1851.

[39] محمد الحاج عيسى بن صالح، المرجع نفسه، ص1858.

[40] ينظر: مهديد هجيرة، "التزام المحامي بكتمان السر المهني في التشريع الجزائري" المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 11، العدد 02 (عدد خاص) 2020، ص570

فإذا كان المشرع قد تشدد في بعض الجرائم المالية صيانة للمال العام، فإن صيانة الأرواح أولى، ولذا فإن واجب الكتمان أيضا ينبغي أن يستثنى منه أيضا الشروع في الجنايات أو إخفائها وهو عكس ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 181 من قانون العقوبات حيث قال: " فيما عدا الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 91، يعاقب كل من يعلم بالشروع في جناية أو بوقوعها فعلاً ولم يخبر السلطات فورًا بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 1000 إلى 10000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين" والحالة المنصوص عليها في المادة 91 هي قوله: " مع عدم الإخلال بالواجبات التي يفرضها سر المهنة..." وهذا دليل على الاعتداد بالسر المهني في حالة الجنايات.

ولو أن المشرع الجزائري نحا نحو المشرع المصري الذي نص في المادة 65 من قانون المحاماة[41] أن "على المحامي أن يمتنع عن أداء الشهادة على الوقائع أو المعلومات التي علم بها عن طريق مهنته، إذا طلب منه ذلك من أبلغها إليه، **إلا إذا كان ذكرها له بقصد ارتكاب جناية أو جنحة**" وهو تصريح بأن الجناية والجنحة إذا كانت بصدد الوقوع من قبل الموكل تستثنى من واجب الكتمان في التشريع المصري، ومثل ذلك قانون المحاماة العراقي الذي ورد في المادة 46 منه: " لا يجوز للمحامي أن يفشي سرًا اؤتمن عليه أو عرفه هو عن طريق مهنته، ولو بعد انتهاء وكالته، إلا إذا كان ذلك من شأنه منع ارتكاب جريمة"[42] والمشرع السعودي الذي جاء في لائحته التنفيذية على نظام المحاماة تحت المادة23 " لا يعد من إفشاء السر ما يلي :أ – الشهادة على موكله أو مستشيره .ب – الإدلاء بالوقائع والمعلومات بقصد الدفاع عن مصالح موكله إذا طلبه منه، أو أذن له في ذلك، أو اقتضاه الترافع .ج – إذا كان يترتب على الإفشاء منع وقوع جناية كان قد ذكرها له موكله أو مستشيره .د – إذا استفسرت منه الجهات عن معلومات ووقائع معينة"[43].

فلو كان هناك نص مثل هذه النصوص لكان أحسن وأوضح، رغم أنها لم تشر إلى الجرائم التي حدثت بالفعل أو التي هي مستمرة كجريمة إخفاء المسروقات والظاهر أن

[41] قانون رقم 18 لسنة 1983 بإصدار قانون المحاماة وفقاً لآخر تعديل صادر في 8 يوليو 2020.

[42] قانون المحاماة العراقي رقم 173 لسنة 1966.

[43] اللائحة التنفيذية الصادرة بموجب القرار الوزاري رقم 4649 وتاريخ 08/06/1423هـ، وذلك في بيان المادة 11 من نظام المحاماة السعودي المعتمد بالمرسوم الملكي رقم م/38 بتاريخ 1422/07/28 هـ –قرار مجلس الوزراء رقم 199 بتاريخ 1422/07/14 هـ

الاستثناء يسري على هذه الأخيرة أيضا بجامع المصلحة في كل منهما إذ يمكن في هاته الحالات اتخاذ اجراءات عكس الجرائم التي حدثت بالفعل.

الفرع الثالث: موقف الشريعة الإسلامية من تعارض كتمان السر المهني مع وجوب الشهادة

إن الشريعة الإسلامية في الأصل توجب كتمان السر إلا إن كان في إفشاءه مصلحة شرعية وقد جاء في قرارات مجمع الفقه الإسلامي عن ضرورة حفظ أصحاب المهن والوظائف الأسرار التي يطلعون عليها بحكم وظائفهم: (يتأكد واجب حفظ السر على من يعمل في المهن التي يعود الإفشاء فيها على أصل المهنة بالخلل، كالمهن الطبية، إذ يركن إلى هؤلاء ذوو الحاجة إلى محض النصح وتقديم العون، فيفضون إليهم بكل ما يساعد على حسن أداء هذه المهام الحيوية، ومنها أسرار لا يكشفها المرء لغيرهم حتى الأقربين إليه)[44] فالأصل أن المحامي مؤتمن على سر موكله إلا إن كانت هناك مصلحة شرعية في الإبلاغ، والإخبار عن الجرائم المحتمل وقوعها أو الحقوق المنهوبة هي مصلحة شرعية تحفظ الضرورات الخمس.

ولم يتطرق فقهاء الشريعة لهذه المسألة لأن المحاماة لم تكن شائعة بل كانت على جهة الوكالة بالخصومة كما بيناه سابقا والوكالة في الخصومة يشترط فيها أن تكون على حلال ولا يجوز أن يكون المرء وكيلا على حرام كالدفاع عن مجرم لتبرئته وفي ذلك يقول ابن فرحون المالكي[45] " من وكل ابتداءً إضرار لخصمه، لم يمكن من ذلك" ويقول في موضع آخر: " مسألة : ولا تجوز الوكالة عن المتهم بدعوى الباطل، ولا المجادلة عنه قال ابن العربي في أحكام القرآن في قوله تعالى : (ولا تكن للخائنين خصيماً) [النساء : ١٠٥] إن النيابة عن المبطل المتهم في الخصومة لا تجوز، بدليل قوله تعالى لرسوله عليه الصلاة والسلام:

[44] فتاوى مجمع الفقه الإسلامي، السر في المهن الطبية، العدد العشرون، السنة الخامسة، عام 2007/1414.

[45] ابن فرحون، برهان الدين أبو الوفاء المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، تحقيق جمال المرعشلي، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة 2003 ص 132.

(واستغفر الله إن الله كان غفورا رحيما) [النساء : 106] [46] أي أن الأمر بالاستغفار دليل على أن الفعل غير مشروع.

كما اشترط في وكيل الخصومة أن لا يخاصم عن موكله في إثبات أمر أو نفيه وهو لا يعلم بحقيقة أمره[47]، وذلك حتى لا يكون معينا على الباطل مخالفا لقوله تعالى: {وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان}[48]

ومن الفروع الفقهية المتعلقة بالوكالة عن الخصومة في سياق الموضوع ما ذكره الفقهاء من الخلاف في لزوم إقرار الوكيل على موكله مثلما ذكره المرغيناني في الهداية شرح البداية بقوله: " . قال-أي القدوري- وإذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي: جاز إقراره عليه، ولا يجوز عند غير القاضي عند أبي حنيفة ومحمد استحساناً، إلا أنه يَخْرُجُ من الوكالة، وقال أبو يوسف: يجوز إقراره عليه وإن أقر في غير مجلس القضاء وقال زفر والشافعي: لا يجوز في الوجهين، وهو قول أبي يوسف أولاً، وهو القياس؛ لأنه مأمور بالخصومة، وهي منازعة، والإقرار يضاده لأنه مسالمة..."[49]

وقال ابن فرحون المالكي: إذا أسقط من التوكيل ذكر الإقرار عليه أو الإنكار عنه كان توكيلا ناقصا ولزم الموكل إتمامه على ذلك.."[50] أي أن للوكيل أن يقر على موكله بالقبض أو عدم الدفع، على خلاف في بعض الجزئيات، وهذه الفروع متعلقة بالخصومة في الأموال والبحث فيها عن لزوم الإقرار من عدمه، إلا أنها لا تشمل حالة كون الموكل مجرما لأن الدفاع عنه في هذه الحالة لا يجوز أصلا، وبالتالي فلا تتصور مسألة كتمان وكيل الخصومة لجناية موكله "فإذا سقط الأصل سقط الفرع"[51].

---

[46] المرجع نفسه ص136.

[47] وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص759.

[48] سورة المائدة، الآية:02

[49] المرغيناني، برهان الدين أو الحسن علي بن أبي بكر الحنفي، الهداية شرح بداية المهتدي، دار الكتب العربية، ط 2018، ج5ص524.

[50] ابن فرحون، مرجع سابق، ص 132.

[51] القاعدة 50 من مجلة الاحكام العدلية.

والذي يترجح لنا أن الواجب الموازنة بين المصلحة والمفسدة وبين المفسدة والمفسدة الأشد منها وبالتالي فإن المحامي ملتزم بالإبلاغ عن الجرائم إن علم بها من خلال مهنته وكان كتمانها يسبب ضررا أكبر من الإبلاغ عنها، وله أن يكتم ما كان عكس ذلك كما في الصور التي ذكرناها في مستثنيات الشهادة، كأن تكون الجريمة في حق الله لا حق العباد كشرب الخمر أو تعاطي المخدرات في زمننا وارتكاب الفاحشة ونحوها، لكن الشريعة لا تجيز للمحامي أن يدافع عن متهم إن علم أنه مبطل في دعواه لقوله تعالى(ولا تكن للخائنين خصيما)[النساء-105] والخصيم هو من ينافح ويجادل عن شخص ما[52]، فينبغي أن يكون المحامي يهدف لنصرة الحق لا لنصرة الباطل، فإن علم أن موكله مذنب فالأولى له أن يعمل على إقناعه بالاعتراف بذنبه والسعي في حصوله على التخفيف عن طريق التعاون مع العدالة أو أن يدافع عنه لئلا يعاقب بأكثر من العقوبة التي يستحقها لا أن يدافع عنه للتنصل من العقوبة، وبهذا نضمن أن يكون المحامي مساندا للعدالة وخادما لها.

الخاتمة:

من خلال ما قدمناه في البحث يتضح لنا مجموعة من النتائج أهمها:

1- أن مهنة المحاماة هي من الأهمية والخطورة بمكان فهي أداة تساعد منظومة العدالة على بلوغ أهدافها، لكنها قد تكون كذلك أداة و وسيلة للمجرمين للتهرب من العدالة والتملص من رد الحقوق لأهلها، لذا فإن مهنة المحاماة هي ميدان خصب لدراسات الأخلاقيات التطبيقية ينبغي أن يولى مزيدا من الاهتمام.

2- عرضنا لمناقشة معضلة كتمان السر المهني على المحامي في حال علم من خلال مهنته بمعلومات تفيد القاضي في الحكم الصحيح وذلك في صورة شهادة المحامي ضد موكله، وبينا أن كلا من الشريعة والإسلامية والقانون الوضعي إذ أوجبا على المحامي و وكيل الخصومة كتمان السر المهني فإنهما فتحا الباب للتبليغ عن الجرائم المرتكبة أو التي بصدد الوقوع إن لم يكن في ذلك ضرر بالغ على المحامي.

3- رغم أن المشرع الجزائري عمم 3الأمر بالتبليغ عن الجرائم في قانون العقوبات إلا أنه لم يصرح بوجوب تبليغ المحامي عن جنايات موكله إلا في حالات قليلة يمكن أن تدرج تحت

[52] حسنين محمد مخلوف، كلمات القرءان، القاهرة 1956، بدون معلومات نشر، ص52.

فئة الجرائم المنظمة كحالة الجرائم المالية وتبييض الأموال حيث أوجب عليه الإخطار بالشبهة، وفي حالة العلم بتهريب المهاجرين غير الشرعيين وحالة الاتجار بالبشر وحالة الاتجار بالأعضاء أما حالة العلم بالجناية أو التحضير لها فلم يستثنها من واجب كتمان السر المهني.

4- الأساس القانوني الذي يعتمده المشرع في الاستثناء من كتمان السر المهني في الحالات التي ذكرناها ملتبس فالعلم بالجناية كالقتل أو الاختطاف أو التحضير لهما أخطر من العلم بالشبهة المالية ومع ذلك لم ينص المشرع على استثناءها من وجوب كتمان السر المهني كما فعل في الحالات المذكورة.

وفي هذا الصدد نقدم بعض الاقتراحات التي من شأنها خدمة هذا الموضوع وهي:

1- إيراد نص قانوني صريح يحرر المحامي من التزامه بكتمان السر المهني في حال تضمن هذا السر معلومات عن جريمة خطيرة واقعة أو بصدد الوقوع، حفاظا على مصلحة المجتمع على غرار ما فعله المشرع المصري والعراقي.

2- تعميم فكرة النص القانوني المضمن في قانون مكافحة الفساد الذي يلزم المحامي بالإبلاغ عن الفساد المالي[53] والنصوص الواردة في قانون العقوبات عن عدم الاعتداد بالسر المهني في حالة تهريب المهاجرين والاتجار بالبشر والاتجار بالأعضاء ليشمل المسائل الجنائية الخطيرة التي تضر بمصالح الآخرين أو أمن البلد لأنها أكثر أهمية.

3- إلزام المحامي بعدم الدفاع عن قضية يعتقد أنها غير عادلة[54]، وهذا المقترح قد يكون فرضه عسيرا قانونيا وقضائيا لأن المحامي يمكن أن يزعم اقتناعه بعدالة القضية، ولكن هذا لا يخلصه من الالتزام الشرعي والأخلاقي وهو ما يقتضي التكامل بين القضاء والديانة فعلى المحامي أن يحاول إقناع موكله بالاعتراف بجرمه إن كان في اعترافه إرجاع لحق الآخرين لا تحمل الدفاع عنه وهو يعلم أنه مبطل في دعواه.

[53] سبقت الإشارة إليها وهي المادة 22 من القانون المذكور حيث قال (لا يمكن الاعتداد بالسر المهني أو السر البنكي في مواجهة الهيئة المتخصصة)

[54] نص على هذا الشرط القانون السعودي في اللائحة التنفيذية شرح المادة 11 بقوله: " على المحامي ألا يتوكل عن غيره في دعوى أو نفيها وهو يعلم أن صاحبها ظالم ومبطل، ولا أن يستمر فيها، إذا ظهر له ذلك أثناء التقاضي"

4- العمل على تقوية الوازع الديني والحس الأخلاقي لدى ممتهني المحاماة عن طريق إقامة الدورات والندوات في أخلاقيات المهنة، لأنها الضمانة الأكبر لعدم ميلهم إلى المصالح الشخصية على حساب الحق.

وهذا ما تيسر إيراده في هذا البحث من عرض وحلول مقترحة لهذه المشكلة الأخلاقية والله أعلم وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا، والحمد الله أولا وأخيرا.

قائمة المصادر والمراجع:

المواد القانونية:

-قانون الإجراءات الجزائية الجزائري معدل ومتمم وفق آخر تعديل، سنة 2019.

-الأمر رقم الأمر رقم 156-66 المؤرخ في مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق الموافق 8 يونيو سنة يونيو سنة 1966، الذي يتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم وفق آخر تعديل 2012.

-قانون رقم 13-07 مؤرخ في 24 ذي الحجة عام 1434 الموافق 29 أكتوبر سنة 2013 يتضمن تنظيم مهنة المحاماة.

-قانون رقم 17-05 مؤرخ في 29 ذي القعدة عام 1426 الموافق 31 ديسمبر سنة 2005، يتضمن الموافقة على الأمر رقم 06-05 المؤرخ في 18 رجب عام 1426 الموافق 23 غشت سنة 2005 والمتعلق بمكافحة التهريب.

-قانون رقم 06-01، مؤرخ في 21 محرم عام 1427، الموافق 20 فبراير سنة 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم.

-القانون المصري رقم 18 لسنة 1983 بإصدار قانون المحاماة وفقاً لآخر تعديل صادر في 8 يوليو 2020.

-قانون المحاماة العراقي رقم 173 لسنة 1966.

-اللائحة التنفيذية الصادرة بموجب القرار الوزاري رقم 4649 وتاريخ 08/06/1423هـ، وذلك في بيان المادة 11 من نظام المحاماة السعودي المعتمد بالمرسوم الملكي رقم م/38 بتاريخ 1422/07/28 هـ – قرار مجلس الوزراء رقم 199 بتاريخ 1422/07/14 هـ.

الكتب:

-أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، (1414هـ - 1994م).(

-ابن الشجري، مختارات شعراء العرب، تحقيق محمد البجاوي، دار الجيل، بيروت الطبعة الأولى 1992.

-ابن فرحون، برهان الدين أبو الوفاء المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، تحقيق جمال -- المرعشلي، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة 2003.

-أبو الأعلى المودودي، العقيدة وأثرها في بناء الجيل، دار بيت المقدس، طبع سنة 2019.

-أبو الأعلى المودودي، نظرية الإسلام وهديه في السياسة والقانون والدستور، ترجمة جليل حسن الإصلاحي، طبعة سنة 1967.

-أبو البركات الدردير، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، دار إحياء الكتب العربية، بدون سنة طبع.
-الشوكاني محمد بن علي، فتح القدير، تحقيق يوسف الغوش، دار المعرفة بيروت، الطبعة الرابعة، 2007.
-الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ط المجلس الوطني للثقافة، الكويت، تحقيق مصطفى حجازي، ط2001.
-عبد الرحمن بن نصر الشيرازي، نهاية الرتبة في طلب الحسبة، نشر السيد الباز العريني، مطبعة لجنة القاهرة للتأليف والترجمة والنشر، ط1946.
-قاضي هشام، أخلاقيات وأصول مهنة المحاماة وفقا لتنظيم مهنة المحاماة الجزائري، دار المفيد للنشر والتوزيع، ط2010.
-حسنين محمد مخلوف، كلمات القرءان، القاهرة 1956، بدون معلومات نشر.
-خلفة سمير، "المسؤولية الجزائية للمحامي عن إفشاء السر المهني"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 60، العدد 02، السنة 2023.
-د. أحمد بن محمد المصباحي، مصطلحا الديانة والقضاء عند الأصوليين والفقهاء، العدد (18) المجلد (5)، أبريل-يونيو 2018.
-د. عبد الكريم محمد الطير، أحكام المحامي في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مقال في مجلة الدراسات الاجتماعية، العدد الثالث، عدد خاص، 2007.
-د. نمر محمد نمر، المسوغات الشرعية لكتمان الشهادة، مقال منشور في "المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية"، المجلد الثالث، العدد (2)، 1428هـ/ 2007م.
-زعنون فتيحة، إباحة إفشاء السر المهني في مجال قانون الأعمال، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد الخامس، العدد 1، 2019.
-محمد الحاج عيسى بن صالح، مكافحة الجريمة المنظمة في التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، العدد 02، المجلد 06، 2022.
-محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم الخاص، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2005.
-المرغيناني، برهان الدين أو الحسن علي بن أبي بكر الحنفي، الهداية شرح بداية المهتدي، دار الكتب العربية، ط 2018.
-مهديد هجيرة، "التزام المحامي بكتمان السر المهني في التشريع الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 11، العدد 02 (عدد خاص)، 2020.
-فائق سليم هوير خميس الجنابي، مسؤولية المحامي المدنية الناشئة عن إفشاء السر المهني (دراسة مقارنة)، رسالة ماجيستير، جامعة الشرق الأوسط، 2020.
-فتاوى مجمع الفقه الإسلامي، السر في المهن الطبية، العدد العشرون، السنة الخامسة، عام 2007/1414.
-وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الاسلامي والقضايا المعاصرة، دار الفكر، دمشق، 2012.