

## المسؤولية المدنية للمحامي في القانون الجزائري واجتهاد المحكمة العليا الجزائرية



حمادي عبد النور باحث دكتوراه

جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان

Abdennour\_13@live.fr

إذا كان الإجماع قد توافر على القول بمسؤولية المحامي، فإنه يغيب من ناحية أخرى فيما يتعلق بقواعد المسؤولية الواجبة التطبيق في حالة خطأ المحامي.

فبعد طرح الإتجاه الذي كان يقول بالمسؤولية التقصيرية للمحامي بحكم أن أصحاب المهن الأدبية والفنية والعلمية غير ملزمين مدنيا على تنفيذ تعهداتهم، فالطبيب الذي يعد بعلاج المريض والمحامي الذي يعد بالدفاع عن عميله لا يجبر على تنفيذ تعهداته إلا حينما يكون مسؤولا أدبيا أمام مهنته، فالإجبار على تنفيذ المحامي لتعهداته لا يكون بناء على الإتفاق مع الموكل وإنما الإجبار يكون بناء على النصوص المنظمة للمهنة<sup>(1)</sup>.

بناءا عليه نجد الغالبة من الفقهاء تذهب إلى أن العلاقة بين المحامي والعميل يحكمها العقد المبرم بينهما، وكتنتيجة لذلك فإن مسؤوليته تخضع لقواعد المسؤولية العقدية وهذا ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا.

(1) محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص 94.

لكن ومع التطور الذي لحق بالمهن الحرة عموماً وبمهنة المحاماة خصوصاً، اتَّجَهَتْ قِلَّةٌ من الفقهاء إلى ضرورة خضوع المهن لمسؤولية ذات طابع خاص ناتج عن طبيعة المهنة .

### أولاً المسؤولية العقدية للمحامي :

يُكَيَّفُ غالبية الفقه العلاقة بين المحامي والعميل على أنها علاقة تعاقدية، إلا أن وراء هذه الصياغة جدلاً فقهيًا واسعاً أدَّى إلى ميلاد عدة نظريات في الموضوع سواء في فرنسا أو في غيرها من الدُول كإيطاليا وألمانيا على سبيل المثال.

ففي إيطاليا حيث جرى نقاش حول الطبيعة القانونية لحق الدفاع، حيث نجد الفقهاء يميِّزون بين العلاقة الرَّابطة بين المحامي وعميله في الدعوى المدنية وعنهما في الدعوى الجنائية<sup>(2)</sup>. وهكذا حاول فقهاء قانون المرافعات المدنية أمثال (SATTA) الذي يرى أن الدفاع يعد بديلاً للخصم و (RETENTI) الذي يرى أن العلاقة الذاتية بين المُوكِّل والدِّفاع تُنظَّم عن طريق الوكالة وهي في الواقع وكالة فنية (MANDATO TECNICO) <sup>(3)</sup>.

بالإضافة إلى هذا فأركان العقد متوافرة في جانب الطرفين (المحامي والعميل)، أولهما حرية الأطراف في قبول التعاقد أو رفضه، ثم في تحديد إلتزامات كل منهما، فالعميل من جانبه يتمتع بحرية في اللجوء إلى ذلك المحامي أو ذاك دون قيد عليه إلا مصلحته وقدرته المالية، فهو يتجه إلى المحامي الذي يرى أنه الأفضل لرعاية مصالحه وأن في مقدوره مكافأته، ومع إزدياد حالات الممارسة الجماعية لمهنة المحاماة فإن ذلك لا يؤثر على حرية العميل في الإختيار، فهو عندما يعهد إلى محاميه بمصلحه عليه أن يتوقَّع إستعانة الأخير بزميل له.

ولا ضيَّرَ عليه ما دام المحامي الذي اختاره للدفاع عن مصالحه يضمن في مواجهته أخطاء هذا المعاون<sup>(4)</sup>.

كما أن العميل حينما يتجه إلى صاحب مهنة، عارضاً عليه مصالحه كاشفاً له بعض متاعبه، مُلتَمِساً منه المساعدة والدفاع عنه، فهذا يعني أن هناك تبادلاً للرضاء قد تم وأن عقداً قد انعقد ويُعتبر العقد مصدراً للالتزامات المتقابلة. فالمسؤولية التعاقدية تقوم بين المحامي وعميله، ما دام قد ارتبطا فيما بينهما في إطار عقدي حتى ولو كان هذا العقد شفهيًا أو ضمناً<sup>(5)</sup>. فهذه العلاقة التي تنجم عن هذه الحالة ترتب المسؤولية العقدية للمحامي، إذ المحامي بمجرد فتحه مكتبه ووضع الصفيحة الإشهارية التي يبين فيها صفته<sup>(6)</sup>، فإنه يضع نفسه في موقع الموجب أي من يقدِّم إيجاباً، وبالتالي فإن أي عميل يقبل بهذا العرض الذي تَوَجَّهَ به المحامي من خلال مكتبه، إنما يُبرم عقداً مع المحامي بصفة طبيعية وتامة.

(2) محمد إبراهيم زيد: المحاماة في النظام القضائي في الدول العربية، دار النشر بالمركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب بالرياض، بدون سنة النشر، ص 117.

(3) JENNE De Poul Piquet : Responsabilité des notaires, civile, pénale, disciplinaire, 4<sup>ème</sup> édition, 2003, p22.  
(Selon l'opinion d'une partie de la doctrine, la responsabilité Notariale est de nature contractuelle comme l'est celle des médecins, des chirurgiens, des commissaires priseurs, des avocats, elle est Fondée sur un contrat de mandat)

(4) محمد عبد الظاهر حسين: المرجع السابق، ص 147.

(5) علي علي سليمان : دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، الجزائر، 1989، ص 2 وما بعدها.

(6) تنص المادة 53 من النظام الداخلي لمهنة المحاماة "يمكن المحامي أن يضع داخل أو خارج العمارة التي يوجد بها مكتبه صفيحة لا تتجاوز 20 سم على 25 سم، وتحمل إضافة إلى صفته كمحامٍ بالجلس القضائي واحتمالاً، معتمد دون المحكمة العليا، اسمه ولقبه.

-يجب أن تحرر الصفيحة الموضوعية خارج العمارة باللغة العربية)، أنظر كذلك المادة 54 من النظام الداخلي.

وفي المقابل أيضا يتمتع المحامي بجرية مماثلة في الإختيار، فقواعد المهنة تعطي له الحق في قبول ذلك الذي جاءه يسعى طالبا مساعدته أو رفضه، وهذه المكنة تعتبر ميزة أساسية للمحامي وعلى ذلك استقرت عادات وتقاليد المهنة، وعلّة هذا المبدأ أن أداء مهنة المحاماة يتوقف بالدرجة الأولى على ضمير المحامي وإستعداده، ولذا فكان ولا بد أن تُعطى له القدرة على ترك الدفاع عن مصالح لا يجد من نفسه دافعا ولا من ضميره مُشجعا على رعايتها(7).

لكن القانون في هذه الحالة، أي حالة ترك الدعوى بعد قبولها، يفرض على المحامي أولا عدم التخلي عن العميل في وقت غير ملائم أو مناسب كما لو كانت آخر جلسة وبعدها سيصدر الحكم، فلا شك هنا في أن التخلي سيؤدي إلى ترك العميل بغير مدافع، إذ ليس في إمكانه أن يعهد بمصلحه إلى آخر ليمكن من دراسة الدعوى من جديد وإعداد دفاعه، ويَجِبُ إلتزام المحامي بأن يكون تركه للدعوى في وقت مناسب تطبيقا للقاعدة العامة في الإلتزامات، حيث أن العقد غير المحدد المدة يستطيع أحد الطرفين إلغائه بشرط تجنب الإلغاء المفاجئ أو أن يكون الإلغاء في وقت غير مناسب، وإلا عدّ متعسفا في إستعمال الحق، وهنا يُصبح من حق الموكل طلب التعويض والواقع هو أن سبب التعويض ليس تَنَحّي المحامي عن الوكالة، وإنما يكون للموكل الحق في طلب التعويض عن خطأ عدم إخطاره من قِبَل المحامي بتنحيته عن التوكيل في الوقت المناسب، ويكون التعويض بقدر ما يُحدثُ التَنَحّي من ضرر للموكل(8).

وبناءً على ما سبق فإن أكثر الفقه والقضاء يرى مسؤولية المحامي المدنية عن أخطائه المهنية مسؤولية عقدية عند إرتباطه بعقد مع عميله وأن هذه المسؤولية التي حُدِّت طبيعتها على هذا النحو هي مسؤولية المحامي عن أعماله الشخصية.

ولذلك يُحسن بنا في هذا المقام المُتعلق بمسؤولية المحامي العقدية، التكلّم عن مسؤوليته العقدية لكن عن فعل الغير وبيان متى يكون مسؤولا عن أفعال غيره سواء كانوا من المحامين يُجِلُّهم المحامي محلّه في تنفيذ التزامه أو أعوانا يساعدونه في تنفيذ كل إلتزامه العقدي أو جزء منه، وهذا نظرا لتشعب أعمال المحامي وتعددها، فمثلا تصادف أن يكون لديه عدة جلسات محاكمة في نفس التوقيت، أو عدة مراجعات في أكثر من مكان فيستعين بغيره من المحامين أو غير المحامين (المعاونون) لتنفيذ إلتزاماته كدفع الرسوم المستحقة عند رفع الدعوى أو رسوم إستخراج صور الأحكام، أو طباعة وثائق الدعوى في المكتب، في هذه الحالة يعمل الغير وفقا لتعليمات وتوجيهات المحامي وبشكل غير مستقل(9).

(7) وتأتي حالات الانتداب والمساعدة القضائية استناد واضحا على المبدأ الخاص بجرية الأطراف في التعاقد إذ تنص المادة 77 من قانون رقم 91-04 في فقرتها الرابعة، لا يسوغ للمحامي المكلف أو المعين تلقائيا وفقا للفقرات السابقة أن يرفض تقديم مساعدته من غير أن يحصل على موافقة النقيب أو مندوبه على أسباب العذر أو المنع للقيام بتلك المساعدة.

وفي حالة الموافقة وإصرار المحامي على رفضه فإن المجلس التأديبي يصدر في حقه إحدى العقوبات المذكورة في المادتين 49 و 51 من هذا القانون

(8) Mohamed Kobtan : Obligations et responsabilité de l'avocat, Office des publications, Universitaires, Alger, 1988, p 21.

(9) sorec : la responsabilité contractuelle pour autrui, thèse, paris, 1932, p108.

إذ نجد حده الغير الذي يسأل عند المدين بقوله:

D'abord : il y a tous- ceux qui co- opèrent a l'exécution de l'obligation les auxiliaires. Ceux-ci se classent en substitués et aides l'aide est celui qui développe son activité à coté du débiteurs, comme collaborateur et dont il est le subordonné direct et immédiat tandis que le « Substitu » remplace le débiteur, pour tout ou une partie de l'obligation ».

فالمسؤول هنا هو المدين في الالتزام العقدي والمتضرر هو الدائن والغير هو من إستخدمه المدين في تنفيذ التزامه.

هذا ولا يوجد نص يُقرّر بطريق مباشر القاعدة العامة في المسؤولية العقدية عن فعل الغير، على غرار النص الذي يقرر القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، ولكن يوجد نص يقرر بطريق غير مباشر مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير وهذا النص هو المادة 178 من القانون المدني (يجوز الإتفاق على أن يتحمّل المدين تبعه الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة).

وكذلك يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه".

ونقول بطريق غير مباشر لأن مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير إنما يستخلص ضمنا من هذا النص، فمادام أنه يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الخطأ الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ إلتزامه، فذلك لا يستقيم إلا إذا كان هو في الأصل مسؤولا عن خطأ هؤلاء الأشخاص، فيستطيع بالإتفاق، كما سنرى لاحقا أن ينفي عنه هذه المسؤولية، ومنه يمكن القول أن المادة 2/178 تقرر مبدأ عاما، هو أن المدين مسؤول مسؤولية عقدية عن خطأ الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ إلتزامه العقدي (10)، ومن شروط قيام مسؤولية المحامي عمّن يستخدمهم في تنفيذ إلتزاماته نجد ما يأتي:

أولاً: بما أن المسؤولية العقدية عن فعل الغير فرع من المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي، فينبغي إذن توافر شروط الأخيرة من وجود عقد صحيح بين الدائن الذي أصابه ضرر وبين المسؤول، وأن تكون هناك رابطة سببية بين الضرر وفعل الغير الذي يُسأل المدين عنه، كما يجب أن يقع عدم التنفيذ والعقد لازال قائما (11)، وهذا طبقا للقواعد العامة ومع ذلك فقد يثور في هذا الشأن سؤالان:

أولهما، ما حكم تدخل الغير في الفترة التي تسبق تكوين العقد؟ كاستعانة المحامي بمحام آخر في المفاوضات الجارية قبل إنعقاد العقد وأدى نشاط المحامي الأخير إلى قطع المفاوضات مما سبّب ضررا للطرف الآخر.

وثانيهما، ما حكم تدخل الغير في التنفيذ بعد إنقضاء العقد، وهل تترتب عندئذ المسؤولية العقدية عن فعل الغير؟

فبناء على التساؤل الأول يرى البعض أن المسؤولية العقدية عن فعل الغير تقوم حيث يوجد عقد وإذا تولى الغير نيابة عن المسؤول المفاوضة في عقد ثمّ قطعت المفاوضة فأصاب قطعها الطرف الآخر فإن المسؤولية لا تكون هنا عقدية (12).

(10) عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، بيروت، لبنان، 1966، ص 668.

(11) عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 746.

(12) عبد الرزاق السنهوري : المرجع نفسه، ص 747.

ويرى البعض الآخر أنه لا يمكن الكلام عن المسؤولية التعاقدية في الوقت الذي لا زال لم يتكوّن فيه بعد العقد ، مستندا إلى الأستاذ سفاتي الذي يقول ".... ويظهر أن المسألة قليلة الحدوث في الحياة العملية، والقرارات القضائية نادرة في هذا الموضوع ويظهر أن مثل هذه المسؤولية قبل إنعقاد العقد تكون مسؤولية تقصيرية حسب ما كتبه عبد الباقي محمود سوادي(13).

ويمكن القول أن هذه المسألة قليلة الحدوث وخاصة بالنسبة للمحامين، بحكم وضعهم الخاص فكثيرا ما يتقاضون تمهيدا للإتفاق على الدفاع في بعض القضايا أمام القضاء ثم يقطعون المفاوضة ويرفضون الدفاع لأن القواعد المهنية تحددهم، فالقانون المنظم لمهنة المحاماة يمنع المحامي من إلتزام دعوى خصم موكله(14)، أو الإلتزام بالدفاع عن قضية أمام قاضي تربطه به علاقة قرابة(15)، إلى غير ذلك من الإلتزامات المهنية(16)، كما أن طبيعة عمل المحامي تتطلب منه دراسة القضية من جوانب عديدة قبل تعهده بالدفاع عنها فقد يستعين بأحد المحامين في دراسة القضية التي ينوي التعهد بالدفاع عن صاحبها، فإذا سبب المحامي الآخر قطع المفاوضات إستنادا إلى القواعد المهنية المنوّه بها أعلاه، فلا تترتب المسؤولية العقدية لأن فعل الغير حدث قبل قيام العقد وليس بعد تكوينه.

أما التساؤل الثاني فيقول البعض بعدم تترتب المسؤولية العقدية عن فعل الغير بعد إنتهاء العقد، وإنما تكون المسؤولية تقصيرية خلافا للبعض الآخر الذي يرى أن العقد المنتهي إذا خلف إلتزامات تعاقدية ولم يوف الملتزم أمكن قيام مسؤوليته العقدية وإذا لم يوف بهذه الإلتزامات بفعل الغير ترتبت مسؤوليته العقدية عن فعل الغير(17). هذا ويمكن القول أن الرأي الثاني يميل إلى الصّواب بحكم أنه في الإلتزامات إيجابية كانت أم سلبية، إذا كانت من مخرّفات العقد أي تولدت عنه وتراخى في تنفيذها تكون عقدية سواء نُسب عدم التنفيذ إلى فعل المدين الشخصي أو فعل الغير، لأنها تعتبر من مستلزمات العقد(18). كما يثور التساؤل إذا ما فوّض العميل إلى محام معين أمر الدفاع عن مصالحه وتتبعها أمام جميع الجهات القضائية بمختلف درجاتها، لكن في مرحلة الطعن بالنقض(19)، أمام المحكمة العليا، يجد المحامي نفسه غير مؤهل لتمثيل موكله أمامها(20). فيضطر إلى إسناد القضية

(13) عبد الباقي محمود سوادي : مسؤولية المحامي المدنية عن أخطائه المهنية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 1999، ص 227.

(14) تنص المادة 83 من النظام الداخلي لمهنة المحاماة "لا يمكن المحامي الذي قدم استشارة إلى طرف، المرافعة في نفس القضية لصالح الطرف الخصم، ولا أن يقدم له نصائح، وكذلك لا يمكنه بعد توكيله في الدرجة الأولى من الدعوى الدفاع عن مصالح الطرف الخصم في كافة مراحل الإجراءات".

(15) تنص المادة 100 من النظام الداخلي "يمنع على المحامي المرافعة والدفاع أو التقدم للقيام بإجراء مهني أمام قاضي من أقاربه من الأصول أو عن طريق المصاهرة".

(16) كالمواد 78، 95 من النظام الداخلي لمهنة المحاماة، وأنظر كذلك المواد (27، 28، 29) من مشروع قانون المحاماة الجديد.

(17) عبد الباقي محمود سوادي : المرجع السابق، ص 227.

(18) أنظر المادة 2/107 من القانون المدني، ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الإلتزام".

(19) وهي طريق من طرق الطعن الغير العادية حسب المادة 313 من ق.إ.م.وإ.

(20) حيث تنص المادة 113 من قانون 91-04 "يعتمد أمام المحكمة العليا لتمثيل الأطراف المتخاصمين بقرار من وزير العدل:

- المحامون الذين لهم أكثر من (10) سنوات تسجيل.

- القضاة الذين لهم أقدمية (10) سنوات.

- الأساتذة المحاضرون بمعاهد الحقوق.

- المحامون المجاهدون أبناء الشهداء الذين لهم أقدمية (5) سنوات".

مع الملاحظة أن مشروع قانون المحاماة الجديدة وفي حالة ما أصبح قانونا ساري المفعول نجده زاد من مدة الاعتماد أمام المحكمة العليا حيث تنص المادة 50 منه "يعتمد أمام المحكمة العليا ومجلس الدولة بقرار من وزير العدل، حافظ الأختام:

إلى محامي معتمد لدى المحكمة العليا، هنا وحسب المادة 58 من القانون المدني(21). يبقى المحامي الوكيل مسؤولاً عنّ وكله تحت إشرافه.

لكن إذا كان العميل يعلم بعدم أهلية محاميه لتمثيله أمام المحكمة العليا، فرخص له بتوكيل محام آخر من دون تعيين، فإن المحامي الأصلي لا يُسأل إلا إذا إختار مثلاً من لا تتوفر فيه الشروط المطلوبة لإنجاز العمل القانوني المطلوب منه، أو أحسن إختياره لكن أعطاه معلومات أو بيانات حول القضية كانت هي السبب في حدوث الضرر(22).

والآن وتسليماً بما هو كائن حيث أصبح مستقراً عليه وجود علاقة تعاقدية بين المحامي والعميل. وهذا ما سايره القضاء الجزائي ففي حكم حديث له إتخذ موقفاً واضحاً بخصوص مسؤولية المحامي إذ اعتبرها مسؤولية ذات طابع عقدي تجمع بين هذا الأخير وزبونه، وإلى هذا أشار القرار المؤرخ في 2008/05/21 الصادر عن المحكمة العليا في الجزائر بقولها "يتعلق القرار المطعون ضده بضرر ناتج عن مسؤولية تعاقدية بين المحامي وزبونه"(23) بعد طرح الإتجاه الرافض لوجودها بين أرباب المهن الحرة وعملائهم، ومع هذا الخلاف بين الفقهاء مازال من - ناحية أخرى - مستمرا حول طبيعة هذه العلاقة العقدية.

ثانياً: تحديد طبيعة العقد القائم بين المحامي والزبون :

إختلفت آراء الفقهاء حينما اقتضى الأمر تحديد طبيعة العقد الذي يربط المحامي بزبونه.

الرأي الأول: يرى أن هذا العقد يعتبر عقد وكالة:

يرى بعض شُرَّاح القانون المدني أن العقد الذي يربط العميل بالمحامي هو عقد وكالة، وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي (Pothier) الذي يقول في هذا الصدد: "مما لا شك فيه أن الخدمات التي يؤديها أصحاب المهن الحرة، إنما تخضع في حقيقة الأمر لأحكام عقد الوكالة، وليس لأحكام عقد إيجار الأشخاص(24)".

وهكذا فإن أنصار هذه النظرية قد بنو فكرتهم على أساس تاريخي إذ كان القانون الروماني يميز بين المهن الحرة والحرف اليدوية التي كان يزاؤها الرقّ عادة(25).

- المحامون الذين أثبتوا ممارسة فعلية لمدة إثنى عشر (12) سنة على مستوى المجالس القضائية أو المحاكم الإدارية، على أن لا يكونوا قد تعرّضوا خلال (3) سنوات الأخيرة إلى عقوبة التوقيف وفي هذه الحالة تضاف مدة سنتين (2) للأجل المنصوص عليه في هذه المادة.

- القضاة الذين مارسوا مهامهم على مستوى المحكمة العليا ومجلس الدولة".

(21) تنص المادة 580 من ق.م.م "إذا أناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له في ذلك، كان مسؤولاً عما فعل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو، ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسؤولية".

(22) تنص المادة 2/580 ق م "أما إذا رخص للوكيل في إقامة نائب عنه دون أن يعين شخص النائب، فإن الوكيل لا يكون مسؤولاً إلا عن خطئه في إختيار نائبه أو عن خطئه فيما أصدره له من تعليمات".

(23) قرار المحكمة العليا مؤرخ في 2008/05/21-مجلة المحكمة العليا -سنة 2009-عدد01-ص121

(24) رايس محمد : المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 416.

(25) محمد لبيب شنب : شرح أحكام عقد المقاولة، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 2004، ص 46.

وأغلب أصحاب هذا الرأي قد إتجه إليه نزولا على العبارات التي استعملها المشرع عندنا جريا وراء إستعمال الوكالة في العرف الجاري، فالمشرع في معرض كلامه عن العلاقة بين المحامي وعميله في قانون المحاماة أطلق على المحامي لفظ الوكيل وأطلق على عميله لفظ الموكل، وعلى ضوء ذلك فقد كان من السهل على كثير من الفقهاء الإتجاه إلى تكييف العلاقة على أنها وكالة(26).

فالوكالة في تعريفها القانوني حسب المادة 571 من القانون المدني التي تنص "الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه".

وبقائه النص التشريعي الفرنسي بما يلي:

un, acte par le quel une personne donne à une « Le mandat ou la procuration est autre, le pouvoir de Faire quelque chose pour le mandant et en son nom ».

فمحل الوكالة إذا عمل قانوني والمحامي يقوم في الغالب بعمل قانوني ينصرف أثره إلى عميله، أي أنه يجوز صفة تمثيلية تهيئ له إتمام التصرفات والأعمال القانونية بإسم ولحساب عميله(27).

غير أنه تجدر الإشارة إلى أن أنصار هذا الرأي "عقد وكالة" تفرعوا إلى اتجاهين:

\* الإتجاه الأول : يرى أن هذا العقد يعتبر بمثابة وكالة عادية.

\* الاتجاه الثاني : فيضفي على هذا العقد وصفا خاصا، إذ يعتبر عندهم بمثابة عقد وكالة بالخصومة.

والفرق بينهما يكمن في أننا نكون بصدد وكالة عادية إذا تعلق الأمر بوكالة أعمال، كأن يقوم الوكيل بتأسيس شركة أو بقاء رهن لفائدة موكله. أما إذا تعلق الأمر بقيام الوكيل بتمثيل موكله بخصوص نزاع معين معروض أمام القضاء فإننا نكون حينئذ أمام ما يسمى الوكالة بالخصومة، هذا مع الإشارة إلى أن الفقه في فرنسا نادرا ما يجري مثل هذه التفرقة، وأنه يلجأ إلى استخدام عبارة "عقد الوكالة" بدون تخصيص، وهو الإتجاه الذي ينتهجه القضاء المصري(28).

غير أن هذا الرأي الذي يعتبر علاقة المحامي بعميله في حكم عقد الوكالة لم يلق تأييد الكثير من الفقه خاصة بفرنسا، ومن ذلك مثلا في المواد الجزائية، فإنه من المقرر أن المحامي لا يمثل موكله المتهم، لكنه يضمن مساعدته القضائية فقط، مع الإستثناء الحاصل في مجال المخالفات، وخير دليل على ذلك أن المحامي لا يستطيع أن يتولى المرافعة إلا في حضور موكله(29).

وهذا ليس معناه أن شخصية المحامي تذوب في شخصية العميل ويصبح صوت المحامي هو المسموع لدى المحكمة مع غض الطرف عن العميل، فهذا الدور الذي للمحامي لا يسلب العميل حقه في تقديم ما يريد من دفاع أو طلبات بحيث إذا ما أصر المتهم رغم معارضة محاميه له أو إسداء النصح إليه على أن يتقدم هو شخصيا للمحكمة

(26) محمد عبد الظاهر حسين : المرجع السابق، ص 78.

(27) عبد الرزاق السنهوري : الوسيط، الجزء السابع، مرجع سابق، ص 373.

(28) حبار آمال : المسؤولية العقدية للمحامي الفرد- رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة وهران، 1999، ص 39.

(29) - Mohamed Kobtan : op , cit, p 39.

بدفاع من عنده أو بطلب إستجوابه عن أمور رأى أن مصلحته تقتضي الكشف عنها كان على المحكمة أن تجيبه إلى طلبه(30).

يُضاف إلى ذلك أن هناك بعض أحكام الوكالة لا تتماشى ومركز المحامي في علاقته بزبونه لأن الوكالة تفترض في أصلها إلزام الوكيل بتعليمات موكله(31)، وهو أمر لا يتماشى مع مبدأ الإستقلالية في مهنة المحاماة(32)، فالمحامي هو حرا في إختيار وسيلة دفاعه، دون الخضوع لأي أمر من عميله(33).

كما أنه إذا كان المقرر طبقا للمادة 1/581 من القانون المدني الجزائري أن الوكالة في أصلها تعتبر من أعمال التبرع، وأن إقترانها بعوض يبقى من قبيل الإستثناء فإن الأمر خلاف ذلك بالنسبة للمحامي في علاقته مع عميله فالمحامي له الحق في الحصول على الأتعاب جرّاء ما قام به لصالح قضية العميل(34).

وفيما يخص مسألة أن الوكالة عمل قانوني، فالمحامي إلى جانب الأعمال القانونية يقوم بأعمال مادية مثلا المرافعة أليست ضرورية للدعوى؟ وهي ليست عملا قانونيا وإنما تُعد عملا ماديا، وبالتالي لا يمكن أن تكون موضوعا لعقد وكالة(35).

نفس الأمر بالنسبة للإستشارة(36). هي عمل مادي، ويجب في هذا الصدد إبعاد فكرة ثانوية هذه الأعمال المادية أو أنها مفروضة بطريقة ضمنية، فمن الصعب تصور أن مهمة الإستشارة بالنسبة للمحامي تمثل إلزاما ثانويا يقع عليه، إذ في الحقيقة هي إلزام أصيل كباقي الإلتزامات يبدأ من اللحظة التي يتناول فيها المحامي الدعوى.

الرأي الثاني : يرى أن هذا العقد يعتبر عقد عمل:

لم يرد تعريف لعقد العمل في التشريع الجزائري وحتى الفرنسي، وقد عرفه القانون المدني المصري بالقول "هو العقد الذي يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة المتعاقد الآخر وتحت إدارته وإشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر" وهو نفس التعريف الوارد في المادة 42 من قانون العمل المصري، وقد عرف الفقه الفرنسي عقد

(30) محمد عبد الظاهر حسين : المرجع السابق، ص 84.

(31) بو عبد الله رمضان : أحكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 96.

(32) محمد أحمد لكو : مسؤولية المحامي المدنية، والتأديبية والجزائية - المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الثاني، المسؤولية المهنية للمحامين والمهندسين، بيروت، لبنان، 2004، ص 141.

(33) تنص المادة 84 من النظام الداخلي لمهنة المحاماة: "لا يخضع المحامي إلا لضميره وللقانون، فهو وحده جدير بتقديم الدعوى كما يراها ضرورية ومناسبة من أجل المصالح التي يدافع عنها، شريطة أن لا يعبر موكله عن إرادته في أن تتم استشارته وتقديم موافقته في هذا المجال".

(34) تنص المادة 83 من قانون 04-91 "يجرى الإنفاق بكل حرية بين المتقاضين والمحامي على مبلغ مقابل الأتعاب حسب الجهد الذي يبذله المحامي وطبيعة القضية ومدتها والحكمة التي ترفع إليها تلك القضية وأهمية الخدمة التي يقوم بها المحامي.

يجب على المحامي أن يسلم وصلا لموكله عن المبلغ الذي يتقاضاه منه. ولا يجوز للمحامي بأي حال من الأحوال التخلي عن واجبات الاعتدال التي تبقى من سمات مهمته".

(35) AVRIL : op , cit, p 39.

(36) Partrik Henry : le devoir de conseil de l'avocat et de l'huissier de justice, Gand, story, scientia284-p86 « l'avocat est chargé, Vis-à-vis de son client, d'une mission générale de conseil.

L'importance essentielle de ce devoir de conseil de l'avocat se trouve d'ailleurs expressément soulignée dans le vocable usuellement employé pour désigner l'avocat. il est « le conseil » de son client.

Cette obligation générale de conseil se décline sous différentes Facettes : obligation d'information, de renseignement, de mise en garde ou, encore, de conseil, il s'agit la des différentes formes que peut revêtir l'obligation général de conseil ».



العمل بأنه: "اتفاق يتعهد بمقتضاه أحد الأطراف بإنجاز أعمال مادية ذات طبيعة حرفية على العموم لصالح طرف آخر، وتحت إشرافه مقابل عوض (37).

أما عن التشريع الجزائري فقد حذا حذو الكثير من تشريعات العمل الأجنبية، إذ لم يعرف عقد العمل في مختلف التشريعات المتعاقبة من بينها قانون علاقات العمل الحالي حيث نصّت المادة الثامنة منه على أنه "تنشأ علاقة العمل بعقد كتابي أو غير كتابي وتقوم هذه العلاقة على أية حال، بمجرد العمل لحساب مستخدم ما، وتنشأ عنها حقوق المعنيين وواجباتهم وفق ما يحدده التشريع والتنظيم والاتفاقات الجماعية وعقد العمل" ومن ثم أكد على الأخذ بالفكرة الحديثة لعلاقة العمل التي تُكرّس الإهتمام بالجانب الموضوعي للعمل وتوسيع دائرة ووسائل وطرق الحماية للعمال

ومن خلال هذه التعاريف التي تكاد تكون متطابقة فإن ما يشدّ إنتباهنا فيها هو عنصر الإدارة والإشراف الذي يكون لرب العمل (38).

إذا قورن العقد الذي يربط الخامي مع موكله بعقد العمل، فحسب التعريفات السابقة فإن العنصر الذي يفتقر إليه عقد الخامي مع موكله، هو عنصر الإدارة والإشراف والذي هو عنصر أساسي في عقد العمل، وهذا ما لا وجود له في علاقة الخامي بالعميل (39)، فالخامي يقوم بعمله بإستقلالية تامة وإن كان يتقاضى أتعاب لكن لا يخضع لأي تبعية (40). أما بالنسبة للمحامي الذي تعاقّد مع شركة معينة للدفاع عن مصالحها بصفة دائمة مقابل مرتب شهري أو سنوي (41)، فهنا يكون العقد الذي أبرمه الخامي مع الشركة هو عقد عمل وينطبق عليه وصف العامل (42).

(37) جلال مصطفى القرشي : شرح قانون العمل الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984، ص 130.

(38) محمد سعيد جعفرور : نظريات في صحة العقد وطلانه في القانون المدني والفقّه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 1998، ص 10.

(39) محمد أحمد لكو: مسؤولية الخامي المدنية والتأديب والجزائية - منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء الثاني، بيروت، لبنان، 2004، ص 140.

(40) تنص المادة 1 من قانون تنظيم مهنة المحاماة 91-04 "المهام مهنة حرة ومستقلة تعمل على احترام حقوق الدفاع، وتساهم في تحقيق العدالة وتعمل على احترام مبدأ سيادة القانون وضمان الدفاع عن حقوق المواطن وحرياته".  
وتقابلها المادة 52- من مشروع تعديل قانون المحاماة السابق.

<sup>3</sup> قرار المحكمة العليا رقم 318213 بتاريخ 2004/02/17 "بدعوى أنه يعاب على الحكم المطعون فيه أن المحكمة الاجتماعية غير مختصة للفصل في النزاع كما سبق للطاعن وأن آثاره أمام المحكمة الابتدائية بحجة أن المطعون ضده مساهم في الشركة وبالتالي فهو ليس عاملا أجيرا كما تنص على ذلك المادة 02 من القانون 90-11 المؤرخ في 21-04-1990 المتعلق بقانون العمل والتي تعتبر عاملا أجرا كل الأشخاص الذين يؤدون عملا يدويا أو فكريا مقابل مرتب في إطار التنظيم ولحساب شخص آخر طبيعي أو معنوي عمومي أو خاص يدعى المستخدم وأن النزاعات التي تتعلق بهذه الشركة تختص بها المحكمة التجارية وليس القسم الاجتماعي.  
لكن بمفهوم القانون وكما سبق توجه من قبل المحكمة الابتدائية فإن المطعون ضده الذي قدم كشوفات الراتب الشهري عن العمل الذي يؤديه في المنصب الذي يشغله لدى الشركة يثبت أنه تربطه علاقة عمل بهذه الشركة".

القرار منشور في قانون العمل في ضوء الممارسة القضائية، الطبعة الرابعة، منشورات بيرتي، 2008، ص 2.

(42) ولهاصى سمية بدر البدور : حق العامل في الاستمرار في علاقة العمل وحقه في السلامة الجسدية في ظل التحولات الاقتصادية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجليلي ليايس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2006، ص 120.

الرأي الثالث : يرى أن هذا العقد يعتبر عقد مقاوله :

يذهب هذا الرأي إلى أن العقد الذي يربط المحامي بالعميل هو عقد المقاوله (43)، ذلك أن المحامي يبقى مُلزمًا بأداء عمل لقاء أجر، وبذلك يعتبر مقاولًا، لأنه يقوم بعمله على وجه الإستقلالية، وأنه هو الذي يُحدّد طريقة المرافعة، والحل الذي يراه أصلح لعميله، وبناءً على ما سبق فهذا الرأي مُقتنعاً بمبدأ الإستقلالية الذي يُمارس من خلاله وفي إطاره مهنته، ومُبيناً أن المحامي يقوم بعمله لصالح عميله غير خاضع له وبالتالي فإنه يعتبر في مركز المقاول الذي يؤدي عملاً لصالح آخر مقابل أجر يتناسب وأهمية العمل الذي قام به، وهذا يتلاءم كثيراً مع وضع المحامي الذي يؤدي مهمة محدّدة - الدفاع في قضية مثلاً - بدون أن يكون خاضعاً لرابطة أيا كانت من التبعية للعميل، كما أن أتعبه لها علاقة بالعمل المؤدّي فعلاً وليس بالعمل المتعهد به (44).

كما ذهب البعض إلى أن شأن المحامي شأن الطبيب والمهندس يقوم بعمل لمصلحة شخص آخر، أي يُسخر خدماته للغير مقابل مبلغ نقدي يأخذ شكل الأتعاب، ويختلف بحسب ظروف كل قضية على حدة، وفي نظرهم أنه مادام الأمر يخص أداء خدمة مقابل بدل مالي (أتعاباً)، فإنه يبقى عقد مقاوله (45).

وقد وجد هذا الرأي تأييداً لدى الفقه المصري الذي يرى أن الأعمال التي يقوم بها المحامي تُعتبر مجرد أعمال مادية في مجموعها ولا تدخل ضمن التصرفات القانونية، وإن كان يُقَرُّ بأنه يغلب عليها الجانب الفكري، وقد رتّب على ذلك أن الأعمال التي تصدر من المحامي في علاقته بعميله من مرافعة وإعطاء المشورة هي أعمال مادية وليست أعمالاً قانونية، وأن أساسها هو عقد المقاوله بين الطرفين على أن لا يخضع في أداء هذه الأعمال لرقابة وتوجيه عميله (46).

على أن هذا الرأي وإن كان قد لقي صداه عند الكثير من الفقه القانوني إلا أنه لقي انتقاداً شديداً أيضاً، ذلك أن عقد المقاوله يخضع في أصله لأحكام قانونية مغايرة تماماً للعلاقة بين المحامي والعميل.

كما أن عقد المقاوله يُعتبر من العقود الملزمة، وهو أمر غير متوافر في العلاقة بين المحامي والعميل، إذ بإمكان العميل أن يعزل المحامي بإرادته المنفردة وأن يستبدله بمحام آخر أثناء سريان الدعوى (47)، وهو أمر غير ممكن في إطار عقد المقاوله، إذ المقرر في عقد المقاوله أنه لا يستطيع أي من الطرفين إلغاءه بإرادته المنفردة، فإن قام أحدهما بذلك فإنه يُصبح حينئذ ملزماً بتعويض الطرف الآخر عن الأضرار التي ألحقها به.

(43) عرّف المادة 549 من ق.م، "المقاوله عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر".

(44) Mazeaud : contrat d'entreprise, Encycl.- Dalloz 1979, tome 3, N1.

(45) محمد جابر الدوري : مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشأة الثابتة، ماجستير - بغداد - 1975 - ص 28.

(46) محمد لبيب شنب : شرح أحكام عقد المقاوله، دار النهضة العربية، 1962، مصر، ص 48.

(47) تنص المادة 81 من قانون 91-04 "يمكن إبطال توكيل المحامي في أي وقت كان من أوقات الدعوى على أن يقوم الموكل بإخباره بذلك".

هذا من جهة ومن جهة أخرى إن عقد المقاولة وإن كان يقوم على أساس أداء المقاول عملا ماديا لفائدة زبونه، فإن ذلك لا يصلق بالنسبة للمحامي الذي لا تقتصر مهمته على إسداء المشورة أو المرافعة، لأنه قد يقوم بأعمال أخرى ملاصقة لمهنته مثل تسجيل الإستئناف، وتقديم الطعون بالنقض (48).

كما أن المقاول في عقد المقاولة يمارس نشاطا تجاريا على خلاف المحامي الذي يعد عمله عملا مدنيا دون خلاف (49).

إذن يتضح مما سبق سرده أن العقد الذي يربط المحامي بعميله يختلف عن عقد المقاولة في نواحي شتى مما يستوجب إستبعاد وصف المقاولة عليه.

الرأي الرابع : يرى أن هذا العقد يعتبر من عقود القانون العام:

إن الآراء التي سبق عرضها تنصب على البحث في طبيعة العقد مع المحامي في دائرة القانون الخاص، أي في دائرة العقود المدنية، أما في هذا الرأي فسأعرض الإتجاه الذي يضع العلاقة بين الزبون و المحامي في نطاق القانون العام، حيث يرى هذا الإتجاه أن المحامي يساعد في تسيير مرفق عام ألا وهو القضاء، ويساهم في تقديم خدمة عامة للعدالة ومرفقها، فوظيفة المحامي هي قبل كل شيء خدمة عامة ولذلك فإن علاقته بالعميل تدخل في إطار روابط القانون العام لتعلق مهنته بمرفق عام، فيجب أن لا ننسى أن الإستشارات والمذكرات والمرافعات وكل ما يؤديه المحامي يُشكل جزء كبيرا من مهمة العدالة (50). على أساس أن المحامي يقوم بتهيئة الدعوى أمام القضاء، ويساعد بذلك على سرعة الفصل في الخصومات خاصة وأن معظم اللاجئين إلى القضاء يجهلون الإجراءات التي تجعل دعواهم مقبولة لدى المحاكم (51).

وبالتالي يحتاج الأمر إلى متخصص حتى يهيئ الدعوى تهيئة صحيحة للفصل فيها بما يؤدي إليه ذلك من تقليص فترة ركودها في المحكمة وما ينتج عنه من سرعة حصول أصحاب الحقوق على حقوقهم وإستقرار مراكزهم، وبتخلف دور المحامي تظل الدعوى تتقاذفها أيدي المحاكم تارة لعدم الإختصاص وأخرى لنقص أو عيب في الإجراءات وقد ينتهي الأمر إلى رفضها لفوات الميعاد ويتعطل بذلك مرفق العدالة عن أداء جانب كبير من مهامه، ويلاحظ أن أصحاب هذا الإتجاه قد انطلقوا في طرحهم من فكرة أن المحامي يساعد في تسيير مرفق عام بإعتباره مساعدا للعدالة في أداء مهمتها للجميع (52).

لكن وبالرغم من كون المحامي يشترك في إدارة مرفق عام هو مرفق العدالة إلا أن الإعتبارات التي توصل إليها بعض الفقه ومنهم (Appleton) تخرج عن إطار إلتزامات المحامي تجاه عملائه، ولا تأتلف إطلاقا مع طبيعة مهنة الحاماة، فالمحامي ليس موظفا، والموظف لا يكون مسؤولا بصورة شخصية إلا في حالة الخطأ الشخصي الخارج عن أداء

(48) فتحي والي: الوسيط في القضاء المدني، دار النهضة العربية، مصر، 1980، ص 367.

(49) أنظر نص المادة 02 من القانون التجاري الجزائري التي تحدد الأعمال التجارية، بحسب الموضوع.

(50) APPLETON : op-cit, p 395.

(51) عبده جميل غصوب: مسؤولية المحامي المهنية المدنية بين النظرية والتطبيق منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء الثاني، بيروت، لبنان، 2004، ص 101.

(52) محمد عبد الظاهر حسين : المرجع السابق، ص 53.

الوظيفة أو بسببها أو بمناسبة، بينما المحامي مسؤول دائما بصورة شخصية، سواء بوجود الخطأ الفادح أو بوجود الخطأ البسيط (53).

ومن جهة أخرى المحامي يمارس مهنته باستقلالية مطلقة ويعود له قبول المهمة المعروضة عليه أو رفضها، بينما الموظف ملزم بإنجاز العمل المسند إليه الداخلة ضمن وظيفته، سواء كان مقتنعا به أم لا (54). كما أنه ينجر عن إعتبار المحامي موظفا عاما إستعارة قواعد المسؤولية التي تنطبق على الموظفين العموميين وإعمالها في حالة مخالفة المحامي لإلتزاماته (55)، بما في ذلك من إمكانية تطبيق أحكام مسؤولية المتبوع عن فعل التابع، إذ المحامي بهذه الصفة يعتبر تابعا للدولة والدولة أو السلطة العامة هي المتبوع، وهنا يُثار التساؤل عن حق المضرور من خطأ المحامي في الرجوع على الدولة مطالبا إياها بالتعويض من جراء خطأ تابعها؟ وهذا مُحال التسليم به ومحذور إدراكه ويدفعه الواقع العملي الذي لم يشهد في فرض من فروضه دعوى مقامة من العميل ضد الدولة مطالبا بالتعويض عن خطأ المحامي الذي أكدنا مرارا أنه يمارس مهنة حرة ولا تربطه أي رابطة تبعية بالسلطة العامة (56)، كما أن الحالات التي تتم فيها إنتداب المحامي من قبل المحكمة وحالات المساعدة القضائية التي يستند إليها أنصار هذا الرأي هي حالات إستثنائية، والإستثناء لا يُقاس عليه.

الرأي الخامس : العقد الذي يربط المحامي بعميله عقد غير مسمى :

بعد إستعراضنا الآراء التي قيلت في تكييف العقد الذي يربط المحامي بعميله والإتجاهات التي ظهرت في هذا الشأن، نُحدّد الآن الإتجاه المؤيد من السواد الأعظم من الفقه القانوني وهو الذي يقول أنه عقد من طبيعة خاصة « Sui- Generis »، وهو ما أيّله الحكم الصادر عن محكمة إيكس بتاريخ 14/06/1905 "الإتفاق الحاصل بين المحامي وزبونه لا يعتبر في حقيقته عقد وكالة، كما أنه لا يعتبر عقد عمل، وإنما يعتبر عقدا غير مسمى" (57).

وهذا العقد الغير المسمى يصطلح عليه "بعقد الحاماة" أو "عقد الدفاع" يتولى فيه المحامي الدفاع عن مصالح الزبون سواء تعلّق الأمر بتقديم الإستشارات القانونية أو النصائح، أو تلك المساعي التي يقوم بها المحامي لدى الجهات الإدارية، أو تلك الإجراءات القانونية المرتبطة بالدعاوى والخصومات فهو عقد من العقود التي لم يتكفل القانون العام بتنظيم أحكامه، بل أبانَ قانون الحاماة بعض أوجهه ومعامله، فهو يخضع أولا لقواعد الكتاب الثاني من القانون المدني الجزائري المتعلق بصحة العقود وآثارها وشروط صحة عقد الحاماة هي نفسها الشروط التي نص عليها القانون المدني، وهي الرضا وأهلية التعاقد والمحل الممكن (58)، وشرعية السبب (59). ولقد فرّق الفقه المدني

(53) حسين بن شيخ آت ملويا، نظام التعويض في المسؤولية الإدارية، الكتاب الثالث، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص 14.

(54) حبار آمال: المسؤولية المدنية للمحامي - رسالة دكتوراه، جامعة وهران، 2006، ص 73.

(55) Avril : op,cit, p 55.

(56) محمد عبد الظاهر حسين : المرجع السابق، ص 56.

(57) اسماعيل غاتم، قانون العمل، القاهرة، 1961، ص 117.

(58) حيث الإلتزام الذي يكون محله عملا أو امتناعا عن عمل فيجب أن يكون المحل فيه ممكنا. فإذا كان محل الإلتزام مستحيلا فإن الإلتزام لا يقوم ويكون العقد باطلا لأنه لا

التزام بمستحيل (à l'impossible nul n'est tenu) - أنظر عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - المرجع السابق - ص 383

(59) بلحاج العربي : النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، (التصرف القانوني والإرادة المنفردة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص

الفرنسي في مجال العقود بين شروط الصحة وشروط الإنعقاد التي إعترف بها القانون الفرنسي بعدما كان يخلط بينهما أما القانون المدني الجزائري فلازال يخلط بين هذه الشروط.

وشروط الإنعقاد هي الرضا والمحل والسبب، وهي أركان لا ينعقد العقد بدونها أما شروط الصحة فهي تخص إما محل العقد الذي يشترط عدم مخالفته للنظام العام أو الآداب، وإما الرضا الذي يجب أن يكون سليماً من كل العيوب كالتدليس، والغلط، خالياً من الهوى الجامح أو الطيش البين الذي يمكن أن ينتاب رضا أحد المتعاقدين فيجعله عرضة للإستغلال من الطرف الآخر الذي قد يستفيد من أدوات تجاوز القدر الذي إلتمز الطرف الآخر به والذي تعاقدا الطرفان من أجله ويكون العقد في هذه الأوضاع قابلاً للإبطال أو الفسخ بسبب الغير(60).

غير أنه إذا إستحال علينا تصور نشوء عقد محاماة مخالف للنظام العام أو الآداب العامة فإنه قد يقع أن يتم هذا العقد تحت تأثير التدليس أو الغلط أو بسبب عدم تبصر الموكل نفسه، وبالتالي فالحمي الذي يؤهم مؤكّله بأن جميع الشروط متوافرة لنجاح دعواه على غير الحقيقة، يُعتبر مدلساً، ويكون رضا الموكل مشوباً بعيب التدليس في هذه الحالة (61).

كما أن عيب الغلط يكون محققاً، ويكون رضا الموكل معيباً مثلاً الشخص الذي يوكل محامياً معيناً ثم يظهر أنه كان يقصد أن يعهد بمصالحه إلى محام آخر، فيكون قد وقع في غلط في شخص المحامي.

وبناء على هذه الأسباب يكون عقد المحاماة قابلاً للإبطال والحق للموكل المضرور مطالبة المحامي بالتعويض.

إذن فعقد المحاماة لم يتم تنظيمه وتسطير أحكامه في القانون المدني الجزائري كباقي العقود المسماة، ولذلك فهو عقد غير مسمى يستمد أحكامه من الإتفاق الخاص بين طرفيه وكذلك من العادات المهنية، والقواعد المفروضة عن طريق اللوائح المنظمة للمهنة(62). وبالتالي تبقى التقاليد المهنية لمهنة المحاماة تُسد العجز الذي يعترى هذه النصوص ويمكن القول أن هذا الإتجاه وحده الذي يتماشى مع طبيعة إلتمام المحامي، ويراعي خصوصيات مهنة المحاماة، على خلاف الآراء السابقة، التي حاولت أن تقيس حكم علاقة المحامي بعميله بعلاقات أخرى مغايرة ومختلفة من حيث الأساس، والطبيعة عن مهنة المحاماة(63).

ثالثاً التوجه نحو المسؤولية المهنية للمحامي القائمة على أساس الخطأ المهني :

إذا كان الفقه قد جرى على التمييز بين نوعين من المسؤولية المدنية، هما المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، فالمسؤولية العقدية تنشأ بمناسبة إخلال المحامي بإلتزام عقدي، أما المسؤولية التقصيرية تتمخض عن الإخلال بإلتزام قانوني.

بيد أننا نجد اتجاهها فقهيها حديثاً يعتبر أن مسؤولية المحامي هي ذات طبيعة مهنية، إذ يُفند محاولة إخضاع المحامي إلى هذا التقسيم الثنائي بخصوص المسؤولية المدنية والبحث عن صورة أخرى تتلاءم ووضع القانوني وبالتالي تأكيد

(60) علي فيلاي : الإلتزامات (العمل المستحق للتعويض)، موفم للنشر والتوزيع-الجزائر، الطبعة الثانية، 2007، ص 15.

(61) Mohamed Kobtan, op,cit, p 23.

(62) وهو القانون رقم 91-04 المتعلق بمهنة المحاماة، وكذلك القانون الداخلي لمهنة المحاماة الموافق عليه بالقرار الوزاري الصادر بتاريخ 1995/09/04، علماً أنه يوجد مشروع قانون يعدل القانون رقم 91-04 في طريق المصادقة عليه، وقد سبق أن استدللتنا ببعض مواده.

(63) محمد عبد الله حمود : المسؤولية التأديبية للمحامي في القانون الإماراتي، والمقارن -مجلة الشريعة والقانون- العدد 21-2004، ص 221.

ذاتية المسؤولية المهنية، حيث أن القوانين لم توضع لتطبق على كل مواطني الإقليم أو الوطن، ولكن لكي تطبق على مجموعات من الأفراد يمكن تمييزهم عن طريق المهنة التي يباشرونها(64).

Les lois sont faites non pas pour les hommes qui sont nationaux d'un état ou habitant son territoire, mais pour des groupes d'hommes reconnaissables à la profession qu'ils exercent.

هذا ويضيف بعض الفقه إذا كان للمسؤولية المدنية وبنفس تقنياتها الوقاية من الأخطار وردع المخل وإصلاح الضرر، فسيعفينا هذا وبلا شك، من الإنشغال بالبحث عن أساس جديد للمسؤولية المدنية.

كما أن المركز المهني للشخص أصبح يؤثر على ما يتمتع به من حقوق وما يترتب عليه من إلتزامات(65). وهذه الخصوصية لمسؤولية المحامي تتأتى من:

أولاً: الواجبات الأدبية أو الأخلاقية التي تعد واجبا عاما مفروضا على الجميع، ولكن لا تؤدي مخالفتها في كثير من الحالات إلى توقيع جزاء مدني، فهذه تحتل في مهنة المحاماة نطاقا مهما من حيث قوتها، إذ يُنظر إليها باعتبارها إلتزامات قانونية تُمارس تأثيرا واضحا على المحامي في ممارسته لنشاطه(66)، بل وتسيطر على باقي الإلتزامات المدنية التي يفرضها القانون أو العادات أو تلك التي تنتج عن العقد، ومن هذه الإلتزامات الصديق الذي يفرض على المحامي إلتزاما قد يراه البعض حقا للموكل ألا وهو ضرورة رفض التمثيل أو الدفاع عن مصالح متعارضة، وقد يجهل العميل وجود ذلك الإلتزام أو يعتبره عديم الأهمية ولكن خصوصية مهنة المحاماة والأهمية المعطاة للإلتزامات الأدبية تقتضي مراعاة عدم الترافع أو تمثيل خصوم متعارضة مصالحهم(67).

ثانيا: إرتباطا بالفكرة السابقة يجد هذا الرأي أن معظم إلتزامات المحامي في مواجهة العميل والمجتمع تجد مصدرها في القانون والعادات المهنية التي تحظى بأهمية كبرى في العلاقات المهنية حيث اعتبرت منذ زمن طويل مصدرا أساسيا لإلتزامات المهني، المحامي، وتكونت منها القوانين والأنظمة الداخلية للنقابات، فالإلتزام الواقع على المحامي هو في الغالب مستقل عن العقد، لذلك فإنه مع غياب الإشتراط الصريح من جانب العميل على إلتزامات المحامي، فإنها تظهر كإلتزامات يفرضها القانون أو توجبها العادات المهنية. بحيث تستوي إثارة العميل لها مع عدمها، وهذا يكشف الدور الضعيف لإرادة الأطراف في تحديد إلتزاماتهم، كما يظهر التدخل الواضح من جانب المشرع في التضييق من مبدأ حرية الإرادة للموكل لا يحدد الإلتزامات التي ينتظرها من المحامي ولكن هذه الإلتزامات تُستنتج من تعريف كلمة المحامي(68).

(64) رايس محمد: المرجع السابق- ص 404.

(65) عبد الباقي محمود سوادى: المرجع السابق، ص 164.

(66) محمد أحمد لكو: مسؤولية المحامي المدنية والتأديبية الجزائية- المجموعة المختصة في منشورات الحلبي الحقوقية في المسؤولية القانونية للمهنيين- 2004، الجزء الثاني، ص 144.

(67) تنص المادة 78: من النظام الداخلي لمهنة المحاماة- لا يمكن المحامي المرافعة ولا الدفاع عن قضية يكون فيها الطرف الخصم أحد زملائه...".

(68) راجع المواد 76 وما بعدها من القانون 91-04 المتعلق بمهنة المحاماة وكذا المواد 61 وما بعدها والمادة 80 وما بعدها، من النظام الداخلي لمهنة المحاماة.

وإذا أراد الأطراف تعديل الإلتزامات المفروضة من القانون أو العادات سواء بزيادتها أم إنقاصها لما استطاعوا، مثلاً في علاقة المحامي بموكله تنتفي كل الإشتراطات الخاصة بالتخفيف من مسؤولية المحامي، فأى شرط مقتضاه أن يبذل المحامي في ممارسته لمهنته عناية أو حرصاً أقل مما تفرضه القواعد المهنية طبقاً لمعيار الرجل المهني المعتاد يقع باطلاً (69)، على الرغم من موافقة الموكل أحياناً عليه، لذلك إن الإلتزامات المفروضة على المحامي هي في معظمها إلتزامات مهنية أكثر منها عقدية، إذ أن المحامي مهني أكثر منه متعاقد، أي هو يخضع لقواعد مهنية تفرض عليه إلتزامات بنفس الطبيعة التي قد لا تجد مصدرها في العقد نفسه، وهذا لا يقود إلى إنكار العقد كأساس للعلاقة بين المحامي والعميل، بل يصبح دور العقد إعطاء إشارة البدء للمحامي في تنفيذ الإلتزامات التي يفرضها القانون أو العادات، باعتبارها قواعد عامة ومجردة، ذات صفة اجتماعية، وهي مقترنة بجزء يوقع على طائفة المحامين.

وما يؤكد التوجه نحو نظام المسؤولية المهنية ما سبق ذكره فيما يتعلق بدرجة الخطأ إذ يقدر بمعيار الرجل المهني الممتاز الذي يحل محل معيار رب الأسرة العادي، وبذلك تظهر خصوصية المسؤولية المهنية للمحامي، فالخطأ المهني يختلف عن كل من الخطأ العقدي والخطأ التقصيري، ويوجد بين فكرتيهما، فالجمهور ينتظر من المهني أكثر مما ينتظره من الشخص المعتاد، لأن المهني متخصص، ويملك التجهيزات الفنية ويتلقى أجراً عما يقدمه من خدمة، وعليه يكون من الطبيعي ألا يُقاس سلوكه بسلوك الرجل المعتاد، وإنما يُقاس سلوكه بسلوك مهني يباشر مهنة مماثلة، ومن نفس درجة التخصص الفني، وبالتالي فإن الخطأ المهني المستقل يؤكد تحطّي المسؤولية المهنية للتقسيم الثنائي للمسؤولية المدنية (70).

وفيما يتعلق بمقدار التعويض، يذهب الفقه التقليدي إلى أن التعويض كامل في المسؤولية التقصيرية ولا يكون كذلك في المسؤولية العقدية إلا في حالة الغش أو الخطأ الجسيم، لكن من الصعب في علاقة المحامي بموكله توقع أي ضرر عند التعاقد ولذلك فإن مسؤوليته ستمتد إلى أبعد من الأضرار التي يمكن توقعها عند إبرام العقد، جراً احتفاظه بجزية واسعة في الدفاع عن مصالح موكله (71).

أخيراً فيما يتعلق بأسباب عدم المسؤولية أو تحديدها كفارق بين المسؤولية العقدية والتقصيرية، فنجد أنها مقبولة في نطاق الأولى وأنها غير مشروعة ومرفوضة في الثانية لمخافتها للنظام العام، وبالتطبيق على مسؤولية المحامي نجد أن تحديده لمسؤوليته في شكل مبلغ معين كتعويض لا يقدم أي مصلحة لأنه ملزم بتأمين مسؤوليته المدنية وأن آثار مسؤوليته سوف يتحملها المؤمن عن المؤمن له بخصوص مسؤوليته المدنية عن الأضرار التي يسببها للغير (72).

إذن كل هذه القواعد تتصورها قواعد خاصة بأصحاب المهن عموماً، ومهنة الحاماة على وجه الخصوص وهي متعلقة بأساليب وركائز المهنة، وإقرار المسؤولية المهنية للمحامي الذي ينحرف على السلوك المعتاد والمألوف للمحامين الملتزمين، هي إحدى الحلول المناسبة لخلق توازن بين الأطراف من جهة وبين الوضع القانوني للمهنة، وبين الوضع العملي المتسارع التطور لهذه المهنة.

(69) بلال عدنان بدر: المرجع السابق، ص 67.

(70) سليمان بن عبد الله عبد العزيز الغزي: المرجع السابق، ص 311.

(71) عبد الظاهر حسين: المرجع السابق، ص 279.

(72) حروزي عز الدين: المرجع السابق، ص 221.

والتركيز على ضرورة هذا التوجه، لا يعني أن تخلق لدى المحامي ذلك التوجس أو الخوف من شبح مسؤوليته، فيقلل ذلك من عزمته وروح المبادرة عنده، وهنا تحضرني تلك المقولة الرائعة للفرنسيين الذين يقدرون المحامي كشخص والمحاماة كمهنة، ويقرّون أن المحاماة ليست في متناول الجميع بل يجب في صاحبها أن يكون نزيها قويا وليس صاحب سجل إجرام، أو صبي فاقد التمييز، أو متعديا على حقوق أصوله ...

Naturellement tous peuvent devenir avocats. Non pas tous ! En effet, selon les lois de jadis, la Fonction d'avocat ne peut pas être exercée par un sourd, un muet, un Furieux, un moins de dix sept ans, une Femme, un Serviteur, un aveugle, un infâme, un hérétique, un monarque et un chanoine, la profession est aussi interdite à ceux qui exercent, un art vil et mécanique, aux est même interdite à celui qui a manqué militaires, aux Fils illégitimes, la profession d'avocat de respect à ses parents, à celui qui n'a pas défendu, Sa patrie à celui qui a exercé une activité Scandaleuse, ou qui a eu des mœurs dissolues ou qui a vécu dans des lieux de prostitution (73).

وخلاصة القول إن للقانون مفاهيمها إذا كانت لا تبدو سهلة للشخص العادي فهي كذلك حتى بالنسبة لأصحاب الإختصاص في كثير من الأحيان.

وإن سعينا هذا الذي بذلنا فيه جهدنا، بعد تأمل جاد، لا يعدو أن يكون محاولة متواضعة لتوضيح بعض القواعد والوقوف عليها، وإنطلاقا من إحساسنا بالتقدير العميق إتجاه القضاء الجزائري الذي يعمل جاهدا على إرساء عائم دولة القانون، ليزامن العصر ومستجداته وهو يستقبل الألفية الثالثة .

(73) Remo Danovi : l'avocat et le reflet de son Image- Deuxième édition- Paris -1998, p 10.