

جامعة النجاح الوطنية

كلية الدراسات العليا

مسؤولية المحامي المدنية عن إخلاله بواجباته المهنية: موضوعا
وإجرائيا في ظل النظام التشريعي الفلسطيني دراسة مقارنة

إعداد

سائدة جمال حسين ولد علي

إشراف

د. علي السرطاوي

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص
بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس - فلسطين.

2015

مسؤولية المحامي المدنية عن إخلاله بواجباته المهنية: موضوعا و إجرائيا في ظل النظام
التشريعي الفلسطيني دراسة مقارنة

إعداد

سائدة جمال حسين ولد علي

نوقشت هذه الأطروحة بتاريخ 19 /2/ 2015، وأجيزت.

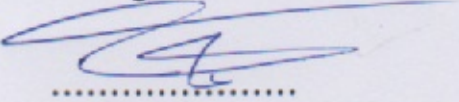
أعضاء لجنة المناقشة

1- د. علي سرطاوي / مشرفاً ورئيساً

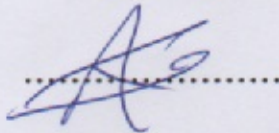
2- د. محمد عمارنة / ممتحناً خارجياً

3- د. أمجد حسان / ممتحناً داخلياً

التوقيع







الإهداء

إلى من هجر الملمات... و بذل كل جهد لأنعم بالخيرات... قدوتي الأولى أبي
الرؤوم

إلى من رأته بقلبه قبل أن تراني عيناها.... و حضنتني بأحشائها قبل يداها... أمي
الحنون

إلى زهرات حياتي أخواتي الحبيبات إلى من وقفوا إلى جانبي إخوتي العزاء
إلى من ساندني ... وساعدني ..و كان عوناً لي في كل شيء ...

إلى روح أمي التي لم تلدني التي مسكت يدي عندما خطت أولى الحروف
وعاشت تساهرنني و تدارسني وتشجعني... وتعظم إنجازاتي ..وتقلل هفواتي...
وماتت وهي تنتظر تخرجي بفارغ الصبر... عمتي المرحومة بإذن الله المربية
الفاضلة حكميه حسين ولد علي.

اهدي هذا الجهد المتواضع كثمرة من أشجار عطائهم.

الشكر والتقدير

الشكر أولاً وأخيراً لله رب العالمين الذي أنعم علي بنور الإيمان والعلم.

وأقدم بجزيل الشكر والتقدير والامتنان لأستاذي الكبير العالم الجليل الدكتور علي السرطاوي، إذ وافق على الإشراف على هذه الرسالة، وعلى سعة صدره وجزيل عطائه، واذ بذل قصارى جهده، وأعطاني من وقته الثمين، وعلمه الوفير. ما مكنتني من انجاز هذه الرسالة .

وأقدم بالشكر أيضاً لأعضاء لجنة المناقشة الذين كان لدورهم الأثر الرائع في وضع هذا العمل في قالبه القانوني الصحيح .

وأقدم بالشكر العظيم أيضاً إلى جميع أعضاء الهيئة التدريسية في كلية الدراسات العليا- قسم القانون - بجامعة النجاح الوطنية و اخص بالذكر العميد الدكتور أكرم داود على ما منحوني إياه من طيب التعامل وما زودوني به من العلم والمعرفة .

والشكر موصول إلى كل من وقف معي وساعدني خلال مسيرتي التعليمية حتى وصلت إلى الانتهاء من إعداد هذه الرسالة.

الإقرار

أنا الموقع أدناه مقدم الرسالة التي تحمل العنوان:

مسؤولية المحامي المدنية عن إخلاله بواجباته المهنية: موضوعا وإجراءيا في ظل النظام
التشريعي الفلسطيني دراسة مقارنة

أقر بأن ما اشتملت عليه هذه الرسالة إنما هي نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة إليه
حيثما ورد، وأن هذه الرسالة ككل، أو أي جزء منها لم يقدم لنيل أية درجة أو لقب علمي أو بحثي
لدى أية مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى.

Declaration

The work provided in this thesis, unless otherwise referenced, is the researcher's own work, and has not been submitted elsewhere for any other degree or qualification .

اسم الطالب: سائدة جمال حسين ولدي

التوقيع: 

التاريخ: ١٩ / ٥ / ٢٠١٥

فهرس المحتويات

الصفحة	المحتوى
ج	الاهداء
د	الشكر والتقدير
هـ	الإقرار
ط	الملخص
1	المقدمة
2	اهمية الدراسة
3	اشكالية الدراسة واستئتها
4	أهداف الدراسة
5	منهاج الدراسة
5	دراسات سابقة
8	المبحث التمهيدي: مهنة المحاماة أساسها و تطورها
8	المطلب الأول: ماهية مهنة المحاماة
11	الفرع الأول : التطور التاريخي لمهنة المحاماة
16	الفرع الثاني : الأعمال التي يقوم بها المحامي
23	المطلب الثاني :الوكالة بالخصومة في الاسلام
28	الفرع الاول: واجبات الوكيل بالخصومة وحقوقه
30	الفرع الثاني: مدى مشروعية العمل في مهنة المحاماة (الوكالة بالخصومة)
34	الفصل الاول : ماهية مسؤولية المحامي المدني
35	المبحث الأول: التكييف القانوني لمسؤولية المحامي المدنية عن إخلاله بواجباته المهنية
36	المطلب الأول: الطبيعة القانونية لالتزام المحامي المدني تجاه موكله
37	الفرع الأول :الالتزام المحامي قبل موكله هو التزام ببذل عناية
39	الفرع الثاني: الاستثناءات التي ينقلب فيها التزام المحامي الى تحقيق نتيجة
43	الفرع الثالث : مضمون التزام المحامي ببذل عناية
44	المطلب الثاني :الطبيعة القانونية لمسؤولية المحامي المدنية عن إخلاله بواجباته المهنية

45	الفرع الأول: المسؤولية العقدية
58	الفرع الثاني: المسؤولية التقصيرية
63	المطلب الثالث : نطاق مسؤولية المحامي المدنية
64	الفرع الاول: مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع
68	الفرع الثاني: مسؤولية المحامي عن فعل غيره
71	المبحث الثاني: اركان مسؤولية المحامي المدنية
71	المطلب الاول: الضرر
73	الفرع الاول: شروط الضرر الذي يسأل عنه المحامي
75	الفرع الثاني: فوات الفرصة
78	الفرع الثالث: أنواع الضرر
80	المطلب الثاني: الخطأ المهني
80	الفرع الاول : مفهوم الخطأ والخطأ المهني
84	الفرع الثاني : صور الخطأ المهني المرتكب من المحامي
88	الفرع الثالث: حالات الخطأ المفترض في فعل المحامي
91	المطلب الثالث: علاقة السببية
94	الفصل الثاني: أحكام قيام مسؤولية المحامي المدنية عن إخلاله بواجباته
94	المبحث الأول: دعوى مسؤولية المحامي المدنية
96	المطلب الأول: شروط قبول الدعوى
96	الفرع الاول: شروط قبول الدعوى بشكل عام
99	الفرع الثاني: شرط الحصول على اذن نقابة المحامين قبل التوكل ضد محامي من قبل محامي اخر
105	المطلب الثاني: وسائل اثباتها
106	الفرع الأول: إثبات العلاقة التعاقدية
108	الفرع الثاني: إثبات أركان مسؤولية المحامي المدنية
112	المطلب الثالث: الدفع الموجهة لدعوى المسؤولية
112	الفرع الأول: دفع التقادم
117	الفرع الثاني: وجود شرط المعفي من المسؤولية
119	الفرع الثالث : نفي علاقة السببية
123	المبحث الثاني: آثار ثبوت مسؤولية المحامي المدنية عن إخلاله بواجباته المهنية

123	المطلب الأول: الحكم بالتنفيذ العيني
124	الفرع الأول: الشروط العامة للحكم بالتنفيذ العيني
127	الفرع الثاني: مدى إمكانية إلزام المحامي بالتنفيذ العيني
129	المطلب الثاني: الحكم بالتعويض وطرق تقديره
134	المطلب الثالث: التأمين من المسؤولية المدنية
136	الخاتمة
136	أولاً: النتائج
138	ثانياً: التوصيات
139	قائمة المصادر والمراجع
b	Abstract

مسؤولية المحامي المدنية عن إخلاله بواجباته المهنية

دراسة مقارنة

إعداد

سائدة جمال حسين ولد علي

إشراف

د. علي سرطاوي

الملخص

تناولت هذه الدراسة مسؤولية المحامي المدنية عن إخلاله بواجباته المهنية، تجاه موكله فقط والذي يلجأ الى المحامي طالبا منه تولي مصالحه، باعتبارها تمثل حالة من حالات مسؤولية الوكيل عن الضرر الذي يلحق بموكله جراء تصرف الوكيل نيابة عن موكله وذلك من خلال أحكام قانون المحامين النظامين رقم 3 لسنة 1999 الفلسطيني و تعديلاته، ومقارنة هذه الأحكام مع قواعد المسؤولية المدنية التقصيرية في الفقه الإسلامي ومجلة الأحكام العدلية قانون المحامين الأردنيين وقانون المحامين المصريين، حيث تمت المقارنة بين هذه التشريعات والتي تعتبر جميعها أن علاقة المحامي بموكله علاقة عقديه، والواضح من قراءة هذه التشريعات أن علاقة المحامي بموكله هي علاقة وكالة ولكنها وكالة من نوع خاص، كما عرفت في الفقه الإسلامي بأنها الوكالة بالخصومة.

وتهدف هذه الدراسة إلى التعريف بمسؤولية المحامي المدنية عن إخلاله بواجباته المهنية. وذلك من خلال البحث في المسؤولية من الناحيتين الإجرائية والموضوعية، و يلاحظ أن الإطار العام لتنظيم التزامات المحامي تجاه الموكل هو العقد الذي يمثل أساس وبداية العلاقة بينهما، إلا أننا سنجد أن جوانب من هذه المسؤولية ينظمها القانون، أو تقاليد وأعراف وآداب مهنة المحاماة، بحيث يكون المحامي ملزما تجاه موكله بالتزامات فرضتها هذه القوانين ولو لم تنظم بالعقد. و مسؤولية المحامي تجاه موكله وان كانت تبدأ مسؤولية عقدية بالاستناد إلى العقد المبرم بين الطرفين والوكالة الممنوحة من الموكل إلى المحامي، إلا أن هذه المسؤولية قد تصبح تقصيرية أثناء عمل المحامي باسم موكله. وقد نظمت هذه العلاقة والمسؤولية القواعد العامة و لم تنظم بقانون خاص، ولها بعض الخصوصية بسبب خصوصية قواعد مهنة المحاماة .

لذلك فقد تناولت بهذه الدراسة البحث في هذه المسؤولية من خلال مبحث تمهيدي وفصلين، بحثت في المبحث التمهيدي التعريف بالمحامي ومهنة المحاماة، وتطورها التاريخي، وعرضت الأعمال التي يقوم بها المحامي في إطار مهنته، وهي التمثيل لدى المحاكم، وغيرها من الجهات والأشخاص الذين يتعامل معهم المحامي باسم موكله، وتقديم الاستشارات القانونية لمن يطلبها، وتنظيم العقود القانونية، وتناولت في هذا المبحث التعريف بالوكالة بالخصومة في الفقه الإسلامي، والتعريف بالمسؤولية المدنية .

وتناولت بالفصل الأول ماهية مسؤولية المحامي المدنية، حيث قمت بتعريف طبيعة التزام المحامي، هل هو تحقيق نتيجة أم بذل عناية، وبعد ذلك قمت بالبحث في طبيعة المسؤولية المدنية للمحامي تجاه موكله، هل هي مسؤولية عقدية أم تقصيرية، أم أنها خليط بين النوعين ولو في بعض جوانبها، وتناولت نطاق مسؤولية المحامي من حيث شروط مسؤوليته عن فعله الشخصي، وشروط مسؤوليته عن فعل الغير من التابعين، وشروط مسؤوليته عندما يكون شريكا في شركة محاماة.

وبحثت في المبحث الأخير من هذا الفصل أركان مسؤولية المحامي وهي الضرر والخطأ وعلاقة السببية بينهما .

وبحثت في الفصل الأخير أحكام المسؤولية المدنية، فتناولت دعوى مسؤولية المحامي، حيث تم التعريف بالدعوى وشروط قبولها، و هل يعتبر شرط حصول المحامي على إذن من النقابة لإقامة دعوى ضد زميله شرط قبول للدعوى، أم انه يجعل من المحامي معرضا للمسؤولية التأديبية فقط، وبحثت أيضا في وسائل إثبات دعوى المسؤولية، و الدفع الموجه لهذه الدعوى، وبحثت في إمكانية الحكم بالتنفيذ العيني في دعوى المسؤولية، و الحكم بالتعويض وأسس تقدير التعويض .

وخلصت في الخاتمة، إلى تحديد الاستنتاجات التي توصلت إليها حول هذا الموضوع والتوصيات التي تمثل خلاصة البحث في هذا الموضوع

المقدمة:

يعتبر نظام المسؤولية المدنية من الأنظمة القانونية المهمة التي نظمت الحقوق والواجبات سواء كانت مسؤولية عقديه أم تقصيرية أم عن الفعل الضار. ومع تطور الحياة واتساع مجالات التعامل بين المجتمعات وبين أفراد المجتمع الواحد ومؤسساته صارت الحاجة إلى التخصص مسألة ضرورية وحاجة ملحة للإنسان. ولعل اللجوء إلى القضاء إحدى الحاجات الإنسانية الاجتماعية، و لما كانت إجراءات اللجوء إلى القضاء والجهات الأخرى التي يتعامل معها الإنسان تحتاج إلى تخصص ومهارات لا يتقنها الفرد العادي لأنها تسير وفق إجراءات محددة مسبقا قد تؤدي مخالفتها إلى ترتيب التزام أو ضياع حق، فقد صار لازما على من يتجه للقضاء أو أي من هذه الجهات إن يتقن هذه الإجراءات والمهارات، ومن هنا ظهرت الحاجة الماسة لأن يتخصص أفراد من المجتمع بدراسة هذه الإجراءات والتدريب على هذه المهارات، ومن هنا ظهرت الأهمية التقليدية لمهنة المحاماة، وأصفاها بالتقليدية لان المحاماة ليست وليدة العصر الحديث فقط فقد عرفتها المجتمعات على مر التاريخ وان كانت منتشرة في مجتمع أكثر من آخر وفي فترة أكثر من أخرى واصفاها بالحاجة الضرورية الملحة لأنه وخاصة في العصر الحاضر لم تعد تقتصر على التمثيل أمام القضاء، وإنما توسعت وانتشرت ودخلت في مختلف ميادين الحياة المعاصرة، فشملت تقديم النصح و المشورة القانونية، وصياغة الوثائق والعقود، والتمثيل أمام الجهات المختصة وفي أبرام العقود، بل وحتى التدخل في حل المنازعات خارج أروقة القضاء.وفي بعض الأحيان تحتاج إلى السرعة في اتخاذ الإجراء لدرء الخطر الداهم.

انطلاقا من أهمية مهنة المحاماة، فقد أقرت معظم دول العالم تشريعات مستقلة لتنظيم هذه المهنة، لذا سارع المشرع الفلسطيني لإصدار قانون المحامين النظامين رقم 3 لسنة 1999. والذي حدد حقوق المحامي وصلاحياته، كما حدد التزاماته وواجباته المهنية، وحدد الأسباب الموجبة لقيام مسؤولية المحامي التأديبية وحتى الجزائية، لكن كغيره من التشريعات العربية خلى من تحديد أسس وأحكام مسؤولية المحامي المدنية، تاركا الأمر للقواعد العامة في المسؤولية المدنية، الواردة بمجلة الأحكام العدلية التي صدرت في عام 1286 الموافق 1869م، وقانون

المخالفات المدنية رقم 36 لسنة 1944م، وهما يمثلان القانون المدني المطبق في فلسطين. تناولت هذه الدراسة تفصيلاً مسؤولية المحامي المدنية عن إخلاله بواجباته المهنية تجاه موكله، في ظل التشريعات الفلسطينية المذكورة أعلاه، ومقارنتها بما ورد في الفقه الإسلامي حول الوكالة بالخصومة وما تناولته التشريعات الأردنية والمصرية الناظمة لمهنة المحاماة، واقتصرت الدراسة على معالجة مسؤولية المحامي المدنية عن إخلاله بواجباته المهنية من ناحية موضوعية من جهة، أي بالبحث في تكيف هذه المسؤولية وتحديد نطاقها، ومن جهة أخرى تناولت مسؤولية المحامي المدنية من ناحية إجرائية، وذلك بتعريف بدعوى مسؤولية المحامي، وشروط صحتها، والدفع الموجهة لها، والحكم الصادر بها.

أهمية الدراسة :

رغم أن مسؤولية المحامي المدنية عن إخلاله بواجباته المهنية هي أهم أشكال المسؤولية بالنسبة للأفراد، ذلك لما تقضيه من إعادة الحال إلى ما كان عليه أو جبر للضرر الذي لحقه، إلا أن المشرع الفلسطيني اغفل النص عليها تاركاً الأمر للقواعد العامة، ومن هنا تبرز أهمية هذه الدراسة، إذ أنها تعالج ماهية مسؤولية المحامي المدنية دون غيرها من أنواع مسؤولية المحامي. وذلك بتطبيق القواعد العامة على فعل المحامي و الأضرار التي تلحق بموكله جراء ما يقوم به في معرض تمثيله لهم، وذلك ضمن إطار قانون تنظيم مهنة المحاماة والأنظمة الصادرة بموجبه، وخصوصية مهنة المحاماة. هذا من الناحية النظرية (نصوص القوانين والآراء الفقيه).

كما قمت بالبحث في أحكام مسؤولية المحامي المدنية عن إخلاله بواجباته المهنية في ظل التشريع الفلسطيني، من الناحية العملية (الإجراءات والدعوى المتعلقة بهذا الموضوع)، إذ أن هذه الدراسة تبحث في أحكام دعوى مسؤولية المحامي، حيث تتناول إجراءات وشروط قبول دعوى المطالبة بالتعويض عن الضرر، والدفع الموجه لها، وكيفية الفصل في هذه الدعوى في حال ثبوت أركانها، وأسباب سقوط المسؤولية ووزن شرط الإعفاء من المسؤولية والتأمين من المسؤولية .

إشكالية الدراسة:

تبحث الدراسة في أسس قيام مسؤولية المحامي المدنية، وما هو الإخلال الموجب لمسألتة مدنيا، وطرق التعويض في حال قيام مسؤولية المحامي، خاصة مع غياب النصوص المنظمة لذلك، إذ يجب على المشرع و نظرا لأهمية هذه المسألة تنظيمها بقواعد تشريعية . خاصة و أن المشرع الفلسطيني في قانون تنظيم مهنة المحاماة قيد حرية المحامي في قبول دعوى ضد زميله بالحصول على أذن من النقابة، دون أن يحدد لذلك سقف زمني أو بيان الحكم في حال تراخي المجلس في منح المحامي الأذن، في حين أجد أن ذات المشرع نص على وجوب توقيع لائحة الدعوى من محامي مزاوول أذا الدعوى من اختصاص محكمة البداية، و ما مدى اتفاق النص الوارد في قانون نقابة المحامين مع حق اللجوء إلى القضاء الذي كفله القانون الأساسي، كما تعالج الرسالة شرط صدور قرار من النقابة بتأديب المحامي لقبول دعوى التعويض حيث أن النصوص خلت من معالجة هذه الأمور فسوف أحاول معالجها بالرسالة من خلال القواعد العامة، و الوقوف على روح النص و مقصد المشرع . وان دراسة أحكام مسؤولية المحامي المدنية عن أخلاله بواجباته المهنية تثير بعض الإشكالات التي أجملها في الأسئلة التالية والت أحاول من خلال الدراسة الإجابة عليها:

1. ما هي مهنة المحاماة؟ وما طبيعة العلاقة بين المحامي وعميلة؟ وما هي الخدمات التي يقدمها المحامي لعميله ؟
2. ما طبيعة التزام المحامي هل هو التزام بتحقيق نتيجة ؟ أم التزام ببذل عناية؟ هل مسؤولية المحامي عقدية أم مسؤولية تقصيرية ؟
3. ما هو نطاق مسؤولية المحامي؟ هل هي مسؤولية عن فعله الشخصي أم انه مسؤول عن فعل الغير ؟

4. ما هي أركان مسؤولية المحامي المدنية عن إخلاله بواجباته المهنية؟ وما هو الخطأ الموجب للمسالة؟ وما هو الضرر الموجب للتعويض؟ وهل يجب قيام علاقة سببية بين الخطأ والضرر؟

5. ما هي شروط قبول دعوى المطالبة بالتعويض عن قيام مسؤولية المحامي المدنية عن إخلاله بواجباته المهنية؟

6. ما هي الأحكام التي تصدر بدعوى في حال ثبوت مسؤولية المحامي المدنية عن إخلاله بواجباته المهنية؟

7. ما هي الأسباب المؤدية لسقوط مسؤولية المحامي المدنية عن إخلاله بواجباته المهنية؟ وما إحكام هذه الشروط؟

أهداف الدراسة :

التعريف بماهية مسؤولية المحامي المدنية تجاه موكله، من حيث طبيعتها وأركانها والتزامات المحامي، ونطاق هذه المسؤولية من حيث الأطراف والأفعال التي تنتج عنها مسؤولية المحامي، ومدى مسؤولية المحامي عن فعل الغير ودعوى مسؤولية المحامي وشروط قبولها وصحتها وأثار قيام هذه المسؤولية .

محددات الدراسة :

تبحث الدراسة في أسس قيام مسؤولية المحامي المدنية عن إخلاله بواجباته المهنية تجاه موكله، ضمن التشريع الفلسطيني و المقارنة بينه و بين الفقه الإسلامي والتشريع الأردني والمصري ، دون المسؤولية الجزائية إن كان الفعل يشكل جريمة، أو المسؤولية التأديبية أن كان الفعل يشكل مخالفة مسلكية .

منهجية الدراسة:

اعتمدت الباحثة المنهج الوصفي التحليلي في استقراء النصوص والآراء الفقهية القانونية العلمية والتي تناولت الموضوع عن طريق المقارنة ما بين الفقه الإسلامي والتشريع الفلسطيني والأردني والمصري.

معلومات الدراسة :

معلومات أولية مستقاة من الفقه الإسلامي والتشريعات الفلسطينية و المقارنة . واعتمدت الدراسة على معلومات ثانوية مستقاة من الدراسات السابقة والكتب الفقهية التي تناولت المسؤولية المدنية للمحامي بشكل خاص، والمسؤولية المدنية بشكل عام

الدراسات السابقة :

هناك دراسات سابقة في موضوع الدراسة و لكن جميعها تناولت التشريعات الخاصة بالبلد الذي صدرت به و منها

أولا : طلبية وهبة خطاب المسؤولية المدنية للمحامي: المحامي الفرد - المحامي في شركة المحاماة المدنية- رسالة ماجستير 1986 وهذه تناولت مسؤولية المحامي المدنية من حيث أركانها وطبيعتها، فيما يخص مسؤولية المحامي الفرد، أو بصفته شريكا بالشركة محاماة، أو مديرا لها، دون البحث في الدعوى .

ثانيا :الدكتور عبد الطيف الحسيني -المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية الطبيب. المهندس المعماري. المقال. المحامي. وهي رسالة دكتوراة مقدمة للجامعة اللبنانية. تناول مسؤولية المحامي بشكل مقتضب ضمن باقي أصحاب المهن وافرد لمسؤولية المحامي الباب الثالث و بحث فيه مسؤولية المحامي في قانون المحاماة اللبناني، في ظل القانون المدني اللبناني من حيث طبيعة هذه المسؤولية وأركانها ونطاقها فقط .

ثالثاً: محمد عبد الظاهر حسين - المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل 1996 و هي رسالة دكتوراة قدمت إلى جامعة القاهرة - فرع بني اسويف . وهي رسالة تناولت مسؤولية المحامي في التشريع المصري و فصلت في طبيعة العقد بين المحامي والعميل والتزامات الأطراف وأركان المسؤولية و أثارها و كل ذلك ضمن التشريع المصري

رابعاً : عبد الباقي محمود السوداني - مسؤولية المحامي المدنية عن أخطائه المهنية . هي رسالة ماجستير مقدمة للجامعة الأردنية 1999 . وهي تتناول مسؤولية المحامي المدنية في التشريع العراقي ودور المحامين في حماية النظام الاجتماعي الاشتراكي، والدور الذي يتوجب على المحامي القيام به لإتمام هذه المهمة و ثم تناول التكيف القانوني لمسؤولية المحامي ونطاقها والجزاء المترتب عليها و سقوطها ضمن التشريع العراقي.

خامساً : بريك بن عائض القريني - مسؤولية المحامي التأديبية و المدنية و الجنائية في الشريعة الإسلامية و نظام المحاماة السعودي : غير منشورة وهي رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية لسنة 2004 و تناولت المسؤولية المدنية ضمن التشريع السعودي ونظام المحاماة السعودي و تناولتها بشكل مقتضب من حيث التكيف و الأركان.

سادساً : بلال عدنان بدر- المسؤولية المدنية للمحامي عن الخطأ المهني وهي رسالة ماجستير قدمت إلى جامعة بيروت وقد تناولت هذه الرسالة مسؤولية المحامي المدنية وفقاً للتشريع اللبناني وقانون المدني اللبناني وكما عرفت المحامي والتزاماته وحقوقه وطبيعة مسؤوليته وتطبيقاتها عليها، دون بحث الآثار المترتبة على مسؤولية المحامي.

سابعاً : حبيب ركاد خليف الشبيب -المسؤولية المدنية للمحامي تجاه الموكل: دراسة مقارنة - عمان . الأردن رسالة ماجستير مقدمة لجامعة آل البيت 2008، وتناولت تعريف مسؤولية المحامي و طبيعتها في التشريع الأردني.

ثامناً : جهاد وحيد الأحمد -المسؤولية المدنية للمحامي عن الخطأ المهني . عمان الأردن . غير منشورة. 2012 قدمت لجامعة الشرق الأوسط وبحثت في مسؤولية المحامي المدنية وفق القانون

المدني الأردني وقانون نقابة المحامين الأردني و تناولت الرسالة مسؤولية المحامي وفقا للقانون والنظام التشريعي الأردني وتناولت تكيف القانوني لمسؤولية المحامي وطبيعة العقد الذي يربط المحامي بالعميل، وأركان مسؤولية المحامي من خطأ وضرر وتقدير التعويض وتقدم الدعوى. وتضيف هذه الدراسة إلى الدراسات السابقة مسؤولية المحامي المدنية تجاه موكله في التشريع الفلسطيني التي لم تتناولها أي من الدراسات السابقة أضافه إلى معالجة مسؤولية المحامي المدنية في ظل التشريعات الفلسطينية والأردنية والمصرية، التي غاب النص الواضح فيها حول هذه النقطة إضافة إلى أنها تناولت دعوى مسؤولية المحامي المدنية عن الإخلال بواجباته المهنية من حيث الإجراءات وشروط القبول وخاصة القيد على قبول المحامي الوكالة ضد زميله، واشتراط الإذن لذلك، وما يمثله هذا الشرط على حق دستوري كفله القانون الأساسي، وتناولت طرق إثبات دعوى مسؤولية المحامي والدفوع الموجه لها وطبيعة الحكم الصادر بها، هل بالتنفيذ العيني، أم بالتعويض، وفقا للتشريعات موضوع الدراسة .

المبحث التمهيدي

مهنة المحاماة أساسها وتطورها

تطور دور المهن الحرة¹ في المجتمعات المعاصرة، فأصبح يقاس تقدم المجتمعات بمدى تطور المهن الحرة فيه، ومهنة المحاماة من أهم المهن الحرة، لأن هدفها دائماً إحقاق العدالة، بالدفاع عن الحرية والحقوق، وتحكمها في ذلك تقاليد ومبادئ لها أصلها في القانون والأعراف التي تحكم هذه المهنة .

ودور المحامي في المجتمع كبير جداً، وقد يلحق المحامي ضرراً بمن لجأ إليه أثناء ممارسته لمهنته، مما يقيم مسؤوليته تجاه موكله، وحيث أن ما يهم الفرد هو جبر الضرر، الذي هو أساس المسؤولية المدنية، فمن هنا تظهر أهمية التعرف على مدى مسؤولية المحامي عن أخطائه المهنية تجاه موكله، وقبل ذلك لا بد من التعرف على مهنة المحاماة والمحامي والمسؤولية المدنية.

لذلك سوف أتناول في المبحث التمهيدي من هذه الدراسة التعريف بمهنة المحاماة، من خلال ثلاث مطالب بحث الأول في التطور التاريخي لمهنة المحاماة، وتطرق الثاني للأعمال التي يقوم بها المحامي، وتناول الأخير الوكالة بالخصومة.

المطلب الأول: ماهية مهنة المحاماة

درجت التشريعات العربية على تعريف مهنة المحاماة بنصوص مواد الأولى من قوانين مهنة المحاماة، حيث عرفت المادة الثانية من قانون المحامين النظامين الفلسطيني رقم 3 لسنة 1999

¹ تعرف المهنة الحرة بأنها كل عمل يمارسه صاحبه لحسابه الخاص ويهدف من ذلك إلى تقديم خدمة عامة وتعتمد أساساً على الملكات الذهنية والتخصص والإعداد والمران الطويل ومن أمثلتها مهنة الطبيب، المهندس، المحامي المؤتمرات العلمية لجامعة بيروت العربية، المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق، المجموعة المتخصصة في 1- المسؤولية القانونية للمهنيين، ج4: سوسولوجيا المهن، بيروت، 2001، ص. 205

مهنة المحاماة¹ بأنها (المحاماة مهنة حرة تعاون السلطة القضائية في تحقيق العدالة وتأكيد سيادة القانون وفي كفالة حق الدفاع عن حقوق المواطنين وحياتهم.)

وعرّفت المادة السادسة من قانون نقابة المحامين النظاميين الأردني رقم 11 لسنة 1976 مهنة المحاماة بـ (المحامون هم من أعوان القضاء الذين اتخذوا مهنة لهم لتقديم المساعدة القضائية والقانونية لمن يطلبها لقاء أجر ويشمل ذلك:..).

ومن جانب آخر جاء نص المادة الأولى من قانون المحاماة المصري بتعريف المحاماة³ بأنها (المحاماة مهنة حرة تشارك السلطة القضائية في تحقيق العدالة وفي تأكيد سيادة القانون وفي كفالة حق الدفاع عن حقوق المواطنين وحياتهم. ويمارس مهنة المحاماة المحامون وحدهم في استقلال ولا سلطان عليهم في ذلك الا لضمائرهم وأحكام القانون) ويرى بعض الفقه ان هذا التعريف منسجما مع التطورات الاجتماعية والسياسية وحدد صفات مهنة المحاماة⁴.

واجد ان هذه التعريفات الثلاث قد استهلكت التعريف بان المحاماة مهنة حرة، وانها تعاون او تشارك السلطة القضائية في تحقيق العدالة وفي ذلك تأكيد على دور المحاماة في البحث عن العدالة وان المحامي هو القاضي الواقف.

¹ قانون رقم (3) لسنة 1999 و الذي يحمل عنوان قانون بشأن تنظيم مهنة المحاماة المنشور في العدد 30 من وقائع الفلسطينية في الصادر بتاريخ 1999/10/10 و الذي نص في المادة 53 منه على انه يعمل به بعد 30 يوم من نشره و قد عدل اسم هذا القانون ليصبح قانون المحامين النظاميين رقم 3 لسنة 1999 و ذلك بموجب المادة الاولى من القانون بشأن تعديل [قانون تنظيم مهنة المحاماة رقم (3) لسنة 1999] رقم (5) لسنة 1999 المنشور في العدد 23 من وقائع الفلسطينية في الصادر بتاريخ 2000/2/29 و الذي نص في المادة 4 منه على انه يعمل به فور نشره

² قانون نقابة المحامين النظاميين الاردني وتعديلاته رقم 11 لسنة 1972 المنشور على الصفحة 666 من عدد الجريدة الرسمية رقم 2357 تاريخ 1972 /5 /6 و قد عدلت هذه المادة بموجب نص المادة 2 من قانون رقم 32 لسنة 1973 المنشور على الصفحة 1234 من عدد الجريدة الرسمية رقم 2429 الصادر بتاريخ 1973 /7 /1 و التي عدلت المادة السادسة من قانون رقم 11 لسنة 1972

³ قانون المحاماة المصري رقم 17 لسنة 1983 المنشور بالجريدة الرسمية العدد 12 في 1989/3/31

⁴ شلبي، محمد توفيق. : مسئولية المحامي المهنية مدنيا ... جنائيا .القاهرة .مطبعة الشرق. 1988. ص 12

المحاماة فقها هي المهنة التي تخول صاحبها المرافعة امام القضاء شفويا او بمذكرة لمساعدة ، المحكمة على فهم القانون وتطبيقه على القضية التي هي تحت النظر بمقابل أتعاب من موكله¹. وهي إحدى دعائم العدالة الثلاث ، القضاء والنيابة والمحامين ، وتلازم واحد من حقوق الإنسان الأساسية، والمتمثل بحق الدفاع عن النفس وعن الحرية وعن المال وعن الشرف².

المحامون هم طائفة من القانونيين المتخصصين في تقديم المساعدة القضائية لمن يطلبها من المتقاضين، بإبداء النصح إليهم، ومباشرة إجراءات الخصومة عنهم أمام المحاكم بطريق الوكالة مقابل الأجر³. ويضيف الى هذا التعريف " لا سلطان عليهم سوى ضمائرهم وأحكام القانون"⁴. ويرى بعض الفقه أن للمحاماة دوراً مهنيّاً مزدوجاً في المجتمع، الاول تقليدي والأخر اجتماعي، ويظهر الدور التقليدي في الدفاع و التمثيل أمام المحاكم وغيرها من المؤسسات، وتقديم الاستشارات والمعلومات⁵. ويتمثل دور المحاماة الاجتماعي في تنمية الفكر القانوني لدى أفراد المجتمع⁶، ونشر ثقافة اقتضاء الحقوق عن طريق القضاء بين أفراد المجتمع .

يرى البعض في المحاماة وسيلة لنشر و تقوية دعائم النظم السياسية، فالمحامي يدافع عن مفردات العدالة، و مفردات العدالة تختلف في النظم الرأسمالية عنها في النظم الاشتراكية، حيث أساس العدالة في النظم الرأسمالية مصلحة الفرد، بينما أساسها في النظم الاشتراكية هو مصلحة

¹ جلو، دمبا تشيرنو: المحاماة في الفقه الاسلامي و القانون (رسالة ماجستير غير منشورة) . اكااديمية نايف العربية للعلوم الامنية-الرياض. 2003. ص 99

² شلبي، محمد توفيق : مرجع سابق . ص 14

³ التكروري، عثمان : الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية و التجارية رقم 2 لسنة 2001، الطبعة الثانية بدون ناشر . فلسطين . 2009 ، ص 121

⁴ شلبي، محمد توفيق: مرجع سابق . ص 16

⁵ حسين، محمد عبد الظاهر: المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل. القاهرة، مصر: دار النهضة العربية.1996ص15

⁶ المرجع السابق ص 16 نقلا عن العاني، شاكر: نشوء المحاماة و تطورها في الحضارات الإنسانية، مجلة القضاء، بالعراق .2. 1984 م/ 124

المجتمع، و المحامي بمهنته و يسهم في إرساء مبادئ العدالة من وجهة نظر هذا النظام او ذلك¹.

بعد التعرف على مهنة المحاماة و أهميتها لابد لاكتمال البحث في ماهية مهنة المحاماة من تناول تطورها التاريخي، والأعمال التي تتضمنها مهنة المحاماة، لذا سيتناول هذا المطلب لمحة موجزة عن التطور التاريخي لمهنة المحاماة في الفرع الأول منه، و يعرض الفرع الثاني للأعمال التي يقوم بها المحامي، و يتطرق الفرع الأخير للوكالة بالخصومة في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول : التطور التاريخي لمهنة المحاماة

يشمل التطور التاريخي لمهنة المحاماة التطرق له من خلال فترتين تبحث الأولى في تاريخ المحاماة العصور القديمة، و العصور الحديثة في الدول الأوروبية، و في الدول العربية، و تبحث الأخيرة بتاريخ المحاماة في فلسطين.

أولاً : مهنة المحاماة في العصور القديمة

ظهرت المحاماة من عصر موسى عليه السلام، اذ كان لدى المصري في رجال يشتغلون أمام القضاء، وقد تطورت هذه المهنة لديهم، إذ تحولوا من الدفاع الشفهي إلى الدفاع المكتوب، حيث نشأ عندهم فن الترافع المكتوب على الحجر، و ظهر امثالهم عند الكلدانيين وأهل بابل والفرس².

وعرفت النظم اللاحقة هذه المهنة حيث ظهرت ابتداء في القرن الحادي عشر عند الرومان في مدينة بولونيا إذ أصبحت مقصداً لدارسي القانون ، و بعد ذلك امتد هذا التطور لدراسات القانونية، و على رأسها المحاماة إلى فرنسا حيث بلغ تطور مهنة المحاماة اوجه بعد صدور قانون نابليون³.

¹ سوادى، عبد الباقي محمود : مسؤولية المحامي المدنية عن أخطائه المهنية . عمان : مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع. 1999 ص 14

² التقييل، مشعل : المسؤولية التأديبية للمحامي دراسة مقارنة . عمان: دار الثقافة للنشر و التوزيع 2011 ص 53

³ جلو: دمبا تشيرنو : مرجع سابق . ص 101

كانت المحاماة تتوزع في النظم الغربية الحديثة بين المترافع الذي يتولى التمثيل والترافع أمام المحاكم، ووكيل الدعوى وهو الذي يتعاطى مباشرة مع العملاء، ويقدم لهم النصح والإرشاد دون القيام بأي إجراء أمام المحاكم، وكان لهذا النظام مساوئ تمثلت في تكليف العملاء بمبالغ طائلة وإضافة إلى توزيع الدعوى بين شخصين، ومع تطور الحياة وزيادة الحاجة إلى الاستعانة بالمحامين، الغي هذا النظام و تم توحيد فئات المتعاطين لمهنة المحاماة ، في فئة واحدة اطلق عليهم اسم المحامين، و كان ذلك في أوروبا جميعها باستثناء بريطانيا¹.

بقيت بريطانيا تأخذ بنظام مزدوج في ممارسة مهنة المحاماة حتى فترة قريبة، و لكن بعد التطور للحياة القانونية، و ازدياد مساوئ النظام المزدوج من الناحية العملية، تم دمج الوظيفتين جزئياً بحيث أصبح لوكلاء الدعوى حق تقديم و رفع الدعاوي باسم موكلهم و الترافع لدى المحاكم الصغرى، و قلصت دور المترافع على التمثيل لدى المحاكم العليا، مما أدى إلى تساؤل اعدد المترافعين، لأن وظيفتهم تخضع للمحامين وأصبح يطلق عليهم اسم مستشار الملك أو الملكة².

أما العرب في الجاهلية لم يعرفوا المحاماة كمهنة، لأنه لم يكن لديهم نظام قضائي، ولكن كانوا يستعينون بشخص أقدر من الخصم على بسط حجته و يسمونه الحجيج أو حجاجا، وغالبا ما يكون هذا الحجاج شاعرا، أو ممن يتقنون فن الخطابة³، وكان الخصم يوكل الحجاج بوكالة شفوية منها (وضعت لسانني في فمك لتحج عني) و غيرها من الألفاظ التي تعبر عن الوكالة⁴.

اتسمت فترة قدوم الاسلام من عهد الرسول صلى الله عليه وسلم ومرورا بعهد الخلفاء الراشدين والعهدين الاموي والعباسي، بللصدق في التعامل بين الناس، والامانه في القول والعمل، وكان ذلك ولا يقتصر على التصرفات العلنيه فقط ، بل ينسحب على السر والعلن. وبالتالي فقد كان

¹ سوادى ، عبد الباقي محمود: مرجع سابق . ص 29

² شحاتة، محمد نور: استقلال المحاماة و حقوق الإنسان دراسة مقارنة. القاهرة : دار النهضة العربية . 1987. ص32

³ العبيدي، دانية ماجد عبد الحميد: دور المحامي في الدعوى المدنية . بيروت : منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة

الاولى .2012. ص 24

⁴ شحاتة: محمد نور: مرجع سابق . ص 18

الخطاب والتعامل روحاني اكثر منه مادي، و عليه لم تظهر الحاجة لمن هو اعلم بالقوانين والحن بالقول (الحجج)، حيث كان المجتمع يتعامل وفق ضوابط الحرام والحلال، واعادة الحق او حمايته لا يحتاج في مثل هذه المجتمعات لمن هو اذكى واعلم، وانما الحاجة كانت للفقيه العالم بالاحكام الشرعية و كان غالبا الوالي هو الذي يتولى القضاء . وهذا لايعني ان نظام الوكاله لم يكن موجودا في تلك الحقبة فقد عرف الاسلام في زمن الصحابة الوكالة بالخصومة حيث كان الوكيل بالخصومة يتولى المرافعة و تقديم الحجج و البيئات عن موكله و يستمع الى الحكم ايضا، وكان ذلك في عهد الرسول صلى الله عليه و سلم و في عهد عمر ابن الخطاب رضي الله عنه¹، وكانت الوكالة غالبا دون اجر أي لا يتقاضى الوكيل اجرا مقابل ذلك.

وبعد اتساع الدولة الاسلامية تم الفصل بين الولاية والقضاء و ظهر نتيجة لذلك الوكلاء بالخصومة الذين كانوا يتقاضون مقابل ذلك اجر، وفي القرن الثاني للهجرة بدء الوكلاء بالخصومة يتقاضون اجرا، حيث كان الوكيل في عهد القاضي الامام ابو يوسف رحمه الله يتقاضى درهمين لقاء المرافعة في كل جلسة²، وفي القرن الرابع للهجرة وجد احتراف للوكالة بالخصومة وهم اشبه بالمحامين في هذا العصر وكان الوكلاء بالخصومة يقعون تحت رقابة و اشراف القضاء وان كانوا يتلقون اجورهم من الموكلين وهذا يشبه الى حد كبير الدور الذي يقوم به المحامي في العصر الحالي³.

وفي عصر الدولة العثمانية القديمة كانت تعرف الوكالة بالخصومة، حيث كان المتقاضون يوكلون من شاءوا من الأشخاص ليترافعوا عنهم ويدافعوا عن حقوقهم أمام القاضي، وكانوا يعتبرونها مهنة، وكان المتقاضون يوكلون في دعاويهم أهل الثقة الذين يتصفون بالعلم والفقه والبلاغة والذكاء، وكانوا يسمون في ذلك العصر (وكيل دعوى) أو (وكيل الحكم)⁴.

1 الثقيل، مشعل : المسؤولية التأديبية للمحامي دراسة مقارنة . عمان: دار الثقافة للنشر و التوزيع 2011 ص 54

2 العبيدي، دانية ماجد عبد الحميد: دور المحامي في الدعوى المدنية . بيروت : منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى . 2012. ص 26

3 المرجع السابق، ص 27

4 عبد المجيد، محمود سعد: ضوابط و احكام ممارسة مهنة المحاماة. القاهرة: المكتب الجامعي الحديث. 2009. ص 40

نتيجة لتطور المجتمع في العهد العثماني صدر أول تنظيم لمهنة المحاماة حيث اصدرت الدولة العثمانية نظام وكلاء الدعاوى في المحاكم العثمانية لسنة 1292 هجرية الصادر بتاريخ 1/13/1876م و الذي طبق فقط على عاصمة الدولة العثمانية ثم بعد ذلك صدر قانون وكلاء الدعاوى أي المحامين في 1884/5/8 و الذي طبق في محاكم الأستانة و غيرها من الممالك التابعة للدولة العثمانية، و الذي حصر مزاولة مهنة المحاماة بخريجي كليات الحقوق¹.

تأثرت تشريعات الدول العربية المتعلقة بمهنة المحاماة بعد انفصالها عن الدولة العثمانية بنظام وكلاء الدعاوى الذي كان ساريًا في الدولة العثمانية، إلا أنها أيضا تأثرت بالتشريعات السارية في دول الانتداب، لأنه كان غالبا يجب موافقة الحاكم الإداري لقيد المحامي في سجلات المحامين².

ثانياً: مهنة المحاماة في فلسطين

ظل سارياً قانون وكلاء الدعاوى العثماني أي (المحامين) الصادر في 1884/5/8م في فلسطين، حتى عصر الانتداب البريطاني، حيث حاول الانتداب البريطاني أكثر من مرة تشكيل نقابة تضم المحامين العرب و اليهود إلا أن ذلك لم يتم و شكلت ثلاث لجان للمحامين العرب، في القدس و يافا و حيفا دون أن يكون لها صفة الإلزامية³. إلى أن صدر القانون رقم 32 لسنة 1938 الذي أصدره المندوب السامي البريطاني⁴، و الذي عرف مهنة المحاماة في المادة الثانية و ألزم من يتعاطى مهنة المحاماة أن يكون مسجلاً في سجل المحامين لدى قاضي القضاة⁵.

¹ شحاتة: محمد نور : مرجع سابق . ص 40

² المرجع السابق ص 43

³ الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن: التقرير رقم 19 حول نقابة المحامين . فلسطين. تشرين الثاني/ 2000 ص22.

⁴ قانون المحامين رقم 32 لسنة 1938 و المنشور على الصفحة 113 من العدد 843 الصادر بتاريخ 1938/11/24 عن موقع المفتي <http://muqtafi.birzeit.edu> تم الدخول بتاريخ 2014/9/9 الساعة الخامسة مساء

⁵ نصت الفقرة الاولى من المادة الثالثة من قانون المحامين رقم رقم 32 لسنة 1938 على (لا يجوز لاي شخص في فلسطين ان يتظاهر ببلفه محام أو ببلفه يتعاطى مهنة المحاماة حسب تعريفها المبين في المادة الثانية من هذا القانون إلا إذا كان اسمه قد سجل في جدول المحامين من قبل قاضي القضاة وكان إما من الذين يحملون إجازة بممارسة المحاماة، منحت له بمقتضى الفقرة (1) من المادة العاشرة من هذا القانون، أو من المأذونين بممارسة المحاماة بدون هذه الإجازة، وفقاً لأحكام تلك الفقرة، أو كان النائب العام أو ممثله)

وبعد عام 1948 انضم محامو فلسطين (الضفة الغربية) إلى نقابة المحامين الأردنيين¹.

وبعد الاحتلال الإسرائيلي لكامل الأراضي الفلسطينية في عام 1967 صدر الأمر العسكري رقم 412 لسنة 1970²، الذي خول قائد المنطقة صلاحيات وزير العدالة واتبع المحامين لضابط شؤون العدالة.

و بعد عام 1967 ضمت كامل الأراضي الفلسطينية لإسرائيل، وأعلنت إسرائيل القدس عاصمة لها، و نقلت محكمة الاستئناف من القدس إلى رام الله، أعلن بعض المحامين إضرابهم عن الترافع أمام المحاكم و بقي من التزم الإضراب منتسبا لنقابة المحامين الأردنيين³، ومن لم يلتزم بالإضراب انضم إلى لجنة المحامين العرب، وأصبح للمحامين تكتلين يمثلانهم، نقابة المحامين الأردنيين، و لجنة المحامين العرب⁴. وأنشئت في غزة جمعية المحامين تتولى إدارة شؤون مهنة المحاماة في قطاع غزة.

ومع قدوم السلطة الوطنية الفلسطينية أنشأت نقابة المحامين الفلسطينيين بموجب قانون رقم 3 لسنة 1999، الذي عدل بموجب قانون رقم 5 لسنة 1999، وصدرت بموجبه أنظمة. والجدير ذكره ان هذا القانون قد ضم جميع فئات المحامين النظاميين المشار اليهم أعلاه ولكنه لم يشمل المحامين الشرعيين الذين لا يحملون إجازة محاماة نظامية لان هؤلاء ينظم عملهم قوانين وانظمه معمول به لدى المحاكم الشرعية . اما المسؤولية المدنية عن أعمالهم والتي نحن بصدد بحثها فينطبق على أعمالهم في مجال تمثيلهم لموكليهم امام المحاكم الشرعية والجهات المختصة ما ينطبق على المحامي النظامي لانهم يعملون بذات الصفة وهي الوكالة عن الغير وتمثيله كمحامين شرعيين .

¹ الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن: مرجع سابق . ص 27

² الامر العسكري رقم 412 لسنة 1970 و المنشور على الصفحة رقم 954 من العدد 25 من المناشير والأوامر والتعيينات (الاحتلال الإسرائيلي - الضفة الغربية) بتاريخ 1971/03/01 عن موقع <http://muqtafi.birzeit.edu/> تم الدخول في 2014/9/9 الساعة 5.20 مساء

³ الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن: مرجع سابق . ص 37

⁴ عن موقع نقابة المحامين الفلسطينيين الالكتروني <http://www.palestinebar.ps> تم الدخول في 2014/9/9 الساعة 5.30 مساء

الفرع الثاني : الأعمال التي يقوم بها المحامي

حددت التشريعات موضوع الدراسة الأعمال التي يقوم بها المحامون في نصوص مواد الأولى منها¹، وقسمتها الى ثلاث اقسام هي أولاً التمثيل لدى المحاكم، وإعداد العقود، وتقديم الاستشارات، مع النص على أن ممارسة هذه الأعمال هي للمحامين فقط دون غيرهم . ويرى البعض انه وردت على سبيل المثال لا الحصر²، و أجد أنها وردت كأنواع أساسية و يندرج ضمنها كل عمل يمكن أن يقوم به أي محامي، وسيتناول هذا الفرع هذه الأعمال بالتالي:-

أولاً: التمثيل لدى المحاكم

¹ نصت المادة 2 من قانون المحاماة الفلسطيني رقم 3 لسنة 1999 على (ويزاول المحامون وحدهم مهنة المحاماة، ولا سلطان عليهم في مزاولتهم إلا لضمائرهم وأحكام القانون . وتشمل أعمال مهنة المحاماة -1- :التوكل عن الغير للدعاء بالحقوق والدفاع عنها لدى : أ- المحاكم كافة على اختلاف أنواعها ودرجاتها . ب- المحكمين ودوائر النيابة العامة . ج- الجهات الرسمية والمؤسسات العامة والخاصة -2- تنظيم العقود والقيام بالإجراءات التي يستلزمها ذلك -3- تقديم الاستشارات القانونية .) و نجد ذات النص تقريبا في القانون الأردني حيث نصت المادة 6 من قانون نقابة المحامين الاردنيين على (المحامون هم من أعوان القضاء الذين اتخذوا مهنة لهم تقديم المساعدة القضائية والقانونية لمن يطلبها لقاء اجر ويشمل ذلك: 1. التوكل عن الغير للدعاء بالحقوق والدفاع عنها: أ . لدى كافة المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها عدا المحاكم الشرعية. ب. لدى المحكمين ودوائر النيابة العامة. ج. لدى كافة الجهات الادارية والمؤسسات العامة والخاصة. 2. تنظيم العقود والقيام بالإجراءات التي يستلزمها ذلك. 3. تقديم الاستشارات القانونية.) و هو يقابل المادة 3 من قانون المحاماة المصري و التي تنص على (مع عدم الإخلال بأحكام القوانين المنظمة للهيئات القضائية وبأحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية، لا يجوز لغير المحامين مزاوله اعمال المحاماة ويعد من أعمال المحاماة: 1- الحضور عن ذوى الشأن أمام المحاكم وهيئات التحكيم والجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي وجهات التحقيق الجنائي والإداري ودوائر الشرطة والدفاع عنهم فى الدعاوى التى ترفع منهم أو عليهم والقيام بأعمال المرافعات والاجراءات القضائية بذلك. 2- ابداء الرأى والمشورة القانونية فيما يطلب من المحام . ي. 3- صياغة العقود واتخاذ الاجراءات اللازمة لشهرها أو توثيقها وتعد أيضاً من أعمال المحاماة بالنسبة لمحام ي الإدارات القانونية فى الجهات المنصوص عليها فى هذا القانون فحص الشكاوى وإجراء التحقيقات الإدارية وصياغة اللوائح والقرارات الداخلية لهذه الجهات)

² ابراهيم، هلال يوسف: شرح قانون المحاماة . الاسكندرية مصر: دار المطبوعات الجامعية . 2009 ص 39

أغلب الأفراد لا يجيدون الإجراءات أمام القضاء، لأن الإجراءات القضائية تحتاج إلى مهارات علمية، لذا يلجؤون للاستعانة بمحامٍ ليمثله¹، وأهم عمل يقوم به المحامي هو التمثيل لدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي حيث يقوم المحامي بكل ما يتعلق بالإجراءات القانونية بالحاكمة، وتشمل تقديم الطلبات، والدفع، والمرافعة الشفوية والمكتوبة²، وهو ما يعرف بالتمثيل في الخصومة³.

وتمثيل المحامي لموكله لدى المحاكم يمتاز بالحصص، أي لا يجوز لغير المحامين القيام به⁴، فلا يقبل بشكل عام أن يقوم أي شخص بتمثيل غيره لدى القضاء مهما علت درجته العلمية إلا إذا كان محامياً مزاوياً للمهنة، فنصت التشريعات على وجوب أن يكون التمثيل من خلال محامٍ مزاو⁵. وتوجد بعض الحالات الاستثنائية التي يجوز فيها التمثيل من خلال قريب أو وكالة خاصة لشخص تنضم من قبل كاتب العدل و تقتصر على الدعاوى ضمن اختصاص محكمة الصلح.

يمتاز تمثيل المحامي بالإلزامية إذ أن المشرع في بعض الأحوال أوجب أن يكون التمثيل بواسطة محامٍ وكيل لدى بعض المحاكم و في بعض الأنواع من الدعاوى⁶. علماً إن قانون

¹ عبد المجيد، محمود سعد : مرجع سابق . ص 223

² سوادى، عبد الباقي محمود : مرجع سابق . ص 178

³ الخصومة هي الأثر المباشر الناتج عن استعمال الدعوى فعند تقديم المطالبة للقاضي تنتج الخصومة القضائية، و هي تقوم على مجموعة من الإجراءات لها أشكال محددة قانوناً يجب احترامها من طرف المتداعين والقاضي وتبدأ من وقت تبلغ المدعى عليه لائحة الدعوى، وتنتهي بصدر الحكم المنهني للدعوى وتفصيل ذلك انظر التكروري، عثمان: مرجع سابق . ص 254.

⁴ عبد المجيد، محمود سعد : مرجع سابق . ص 227

⁵ الحسيني، عبد اللطيف : المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية ، الطبعة الاولى . لبنان، بيروت: الشركة العالمية للكتاب. 1987، ص 370

⁶ إذ اوجب المشرع الفلسطيني أن يحضر مع المتهم في الجنايات مهما كان نوعها محامٍ ، و أوجب على المحكمة انتداب محامي لدفاع عن المتهم الذي لا يملك القدرة المادية، و اشترط في المحامي شروط معينة وفقاً لنص المادة 244 من قانون الإجراءات الجزائية رقم 3 لسنة 2001 المنشور في العدد 38 من الوقائع الفلسطينية الصادر بتاريخ 2001/9/5 على الصفحة 94 منه و الذي نص في المادة 486 منه على أنه يعتبر ساري المفعول بعد ثلاثين يوم من نشره في الجريدة الرسمية، و اعتبر المشرع الفلسطيني توقيع المحامي على لائحة الدعوى المدنية المقدمة لدى محكمة البداية هو شرط لقبولها، حيث نصت المادة 61 من قانون اصول المحاكمات المدنية و التجارية رقم 2 لسنة 2001 المنشور في

المحامين النظاميين الفلسطينيين رقم 3 لسنة 1999 لم يفرق بين المحامين فبمجرد تسجيل المحامي في سجل المحامين المزاولين يكون له الترافع لدى جميع المحاكم النظامية على اختلاف درجاتها و نجد ذات الأمر في التشريع الأردني.

واعتربت محكمة الاستئناف الفلسطينية عدم تقديم توقيع لائحة الاستئناف من محامٍ مزاوول يعتبر باطلاً¹، و كما اعتبرت محكمة التمييز الاردنية ان كل دعوى او لائحة تقدم للمحاكم التي ورد ذكرها في المادة 2/41 من قانون نقابة المحامين الاردنين يعتبر باطلا ان لم تكن موقعة من محامٍ استاذ مزاوول².

في حين تدرج المشرع المصري في الصلاحيات الممنوحة للمحامين و ذلك حسب قدم كل منهم في المهنة، و أن يقدم طلباً بذلك إلى لجنة قبول من مجلس النقابة للقيود في ذلك السجل، حيث لا يسمح لأي محامٍ بالترايع أمام جميع المحاكم، إلا بعد أن يقيد بالقيود الخاص بهذه المحكمة³. علما

العدد 38 من الوقائع الفلسطينية الصادر بتاريخ 2001/9/5 على الصفحة 5 منه و الذي نص في المادة 244 منه على انه يعتبر ساري المفعول بعد ثلاثة اشهر من نشره في الجريدة الرسمية على (لا تقبل دعوى في محاكم البداية أو الاستئناف أو النقض دون محام مزاوول..) و ذات الأمر ينطبق على المرافعة لدى محكمة البداية بصفتها الإستئنافية، و لدى محكمة الاستئناف وفقا لنص المادة 208 من قانون اصول المحاكمات المدنية و التجارية رقم 2 لسنة 2001 التي اوجبت اشتمال لائحة الاستئناف على توقيع المحامي وذات الامر ينطبق على اللوائح التي تقدم الى محكمة النقض .
¹ انظر قرارات محكمة استئناف رام الله مدني رقم 2001/909 الصادر بتاريخ 2003/6/9 و قرار محكمة استئناف رام الله مدني رقم 2004/295 الصادر بتاريخ 2005/4/3 عن موقع muqtafi.birzeit.edu تمت الزيارة بتاريخ 2014/12/19 الساعة الخامسة صباحا

² انظر قرار محكمة التمييز الاردنية في الطعن المدني رقم 2013/1987 الصادر بتاريخ 2014/2/17 عن هيئة خماسية و القرار رقم 2014/1702 الصادر عن ذات المحكمة بتاريخ 2014/10/12 عن موقع qistas.com/jor/index تمت الزيارة بتاريخ 2014/12/19 الساعة الخامسة مساء

³ نصت المادة 31 من قانون المحاماة المصري على الشروط الواجب توافرها في المحامي الذي يجوز له الترافع امام المحاكم البدائية اهمها التدريب على اعمال المحاماة مدة سنتين و المواظبة على حضور المحاضرات و تقديم الابحاث و نصت المادة 35 على شروط قيد المحامي كمترافع أمام محاكم الاستئناف و اهمها ان يكون المحامي قد اشتغل بالمحاماة فعلاً خمس سنوات على الأقل من تاريخ قيد اسمه بجدول المحامين المقبولين للمرافعة أمام المحاكم الابتدائية و ذلك من خلال تقديم بيان رسمي بالجلسات التي يكون قد حضرها و نصت المادة 39 من ذات القانون على شروط قبول قيد المحامي بجدول المحامين امام محكمة النقض اهمها ان يكون من المحامين المقبولين أمام محاكم الاستئناف الذين يكون قد مضى على اشتغالهم بالمحاماة فعلاً أمام هذه المحاكم عشر سنوات على الأقل وكانت لهم أبحاث أو مذكرات أو فتاوى قانونية مبتكرة.

أن القضاء المصري حكم برد الطعون المقدمة من محامٍ غير مقيد في سجل المحامين المزاولين لدى محكمة النقض¹. في حين اعتبر حضور المحامي غير المسجل في سجل محكمة الاستئناف أو النقض كافياً لاعتبار موكله حاضراً بتلك الجلسة².

التمثيل أمام المحاكم لا يقتصر على حضور جلسات المحاكمة باسم الموكل أو معه، وإنما يشمل دراسة الدعوى و المعلومات التي يقدمها الموكل للمحامي، تشمل كذلك أيضاً الاتصال بالخصم أو محاميه و محاولة التوصل إلى حل ودي، و حال فشل الحل الودي يقوم بدراسة كل كلمة قدمت له من الموكل، أو الخصم، و كذلك دراسة المستندات و تحليلها و يعيد توصيفها بما يتفق و أحكام القانون، ثم تكليف الدعوى، و إعداد اللوائح، و قيدها بالمحكمة، و متابعة التبليغات، و حضور الجلسات، و ما تشمله من مناقشة أدلة، و شهود الطرفين، و تقديم مذكرات و مرافعات، حتى الوصول إلى الحكم، و بعد ذلك متابعة الاستئناف و النقض إذا لزم الأمر، أو تنفيذ الحكم، كما أن للمحامي دوراً رقابياً في متابعة ما يدون في محضر المحاكمة³.

ثانياً : إعداد العقود و توثيقها

إعداد العقود و توثيقها هي الوظيفة الثانية للمحامي، و قد نصت قوانين المحاماة عليها، و الناس تجد صعوبة عادة في إعداد العقود و توثيقها، فيلجأون إلى المحامي لإعدادها، و المحامي عند إعدادها للعقد لا يقوم بقلب أوضاع التعامل التي ألفها الناس، و إنما يعمل على جعل شروط العقد واضحة أمام المتعاقدين بشكل يكفل إستقرار المعاملات، و يسترشد بإرادة المتعاقدين فيعد عقد قانوني متفق مع حاجة العاقدين و إرادتهما، و لا حرج على المحامي ان استعان بنماذج صيغ عقود مطبوعة عند إعداد العقود لان ذلك يؤدي إلى الاستفادة من خبرات الآخرين و يؤدي إلى الرقي في الصيغة و التعبير⁴.

¹ طعن رقم 1731 لسنة 58 ق - جلسة 1988/9/5 كما ورد لدى ابو سعد، محمد شتا: قانون المحاماة رقم 17 لسنة 1983 - المعدل بالقانون 98 لسنة 1993. الاسكندرية، مصر: دار المطبوعات الجامعية 1996 ص 81

² ابراهيم، هلال يوسف: مرجع سابق . ص 40. الطعن رقم 99 لسنة 59 ق احوال شخصية - جلسة 1991/2/15

³ ابو الفضل، اسامة توفيق: رسالة المحاماة. الجزء الاول. الطبعة الاولى. دمشق: دار الطليعة الجديدة. 2004. ص 127-

ومع ذلك نص قانون المحامين النظاميين الفلسطينيين على وجوب تنظيم عقود الشركات التجارية وأنظمتها الداخلية من قبل محامٍ مزاوول¹، وكما نصت اللائحة التنظيمية رقم 1 لسنة 2009 الصادرة عن نقابة محامي فلسطين على انه يمنع على كاتب العدل التصديق على مجموعة من العقود منها الوكالات الدورية و عقود الشركات إلا بعد تنظيمها من قبل محامي مزاوول، و أن على هذا المحامي وضع ختمه الخاص على هذه المستندات وما يفيد أن هذا المستند نظم بمعرفته، وان تصادق عليها نقابة المحامين².

علما ان المادة 12 من اللائحة التنظيمية رقم 1 لسنة 2009 المذكورة على أن "المحامي ليس مسؤولاً عما يرد في السندات العدلية أو عقود الشركات وأنظمتها أو ما يرفق بها من وثائق ومستندات ويتولى صاحب الشأن تقديمها إلى الكاتب العدل أو سواه من ذوي الاختصاص بصفته المسؤول قانوناً عن صحتها". و أجد ان في ايراد نص هذه المادة إجحاف بحق المواطن الذي لجأ إلى المحامي ملزماً لينظم له العقد، لأن التنظيم كان دون مسؤولية مما يجعل الهدف من التنظيم بواسطة محامي هو الحصول على الأتعاب فقط.

يحق للمحامي الحصول على الأتعاب لقاء قيامه بإعداد و تنظيم العقد، حتى لو حصل ذلك بدون توكيل، أي دون أن يوقع للمحامي على وكالة³.

أعطى القانون الفلسطيني⁴ والأردني⁵ الحق للمحامين المزاولين جميعاً حق تحرير و تنظيم جميع العقود في حين نجد أن القانون المصري أعطى المحامي تحت التمرين حق تنظيم العقود التي

¹ نصت المادة 5/2 من القانون رقم 5 لسنة 1999 المعدل لقانون المحامين النظاميين الفلسطيني على (أ- لا يجوز أن يسجل لدى الدوائر المختصة أو أي مرجع رسمي عقد أو نظام أي شركة إلا إذا نظم و ذيل بتوقيع أحد المحامين المزاولين).

² لائحة تنظيمية رقم 2009/1 بشأن تنظيم السندات العدلية و الشركات و العقود التي تنظم من قبل المحامين و التي صادقت عليها الهيئة العامة لنقابة المحامين في جلستها المنعقدة بتاريخ 2009/4/24 و التي نصت في المادة 3 منها على (لا تنظم السندات بانواعها و عقود الشركات و انظمتها و كافة العقود و لا تقبل لدى الجهات المختصة ما لم تكن منظمة من قبل محام مزاوول ممهورة بخاتمه و توقيعه مصادق عليها من قبل النقابة)

³ صادر، راني جوزيف. و عبد النور، نجيب. اخرون : صادر في الاجتهاد المقارن المحاماة، الطبعة الاولى لبنان:صادر ناشرون . 2000 ص 209

⁴ نص المادة 2 من قانون تنظيم مهنة المحاماة و نص المادة 3 من اللائحة التنظيمية بشأن تنظيم السندات العدلية و الشركات رقم 1 لسنة 2009

⁵ نص المادة 6 من قانون نقابة المحامين النظاميين الاردني رقم 11 لسنة 1972

تقل قيمتها عن الخمسة آلاف جنية و أعطى المحامين المزاولين لدى المحاكم الابتدائية بشكل كامل واستثنى عقود تأسيس شركات المساهمة وعقود الرهن الرسمي أو تعديلها¹، أما المحامي المقيد لدى محكمة الاستئناف فله إعداد العقود وتسجيلها مطلقاً².

ثالثاً: الاستشارة القانونية

أكثر أشكال استعانة الناس بالمحامين تتمثل في طلب إبداء الرأي القانوني ، وذلك بسبب كثرة التشريعات وتشعبها وكثرة تعديلاتها³، إضافة إلى جهل الناس بالشؤون القانونية ومن حق المحامي تقاضي أتعاب عنها⁴. علماً أن الأشخاص الاعتبارية عادة ما تلجأ إلى تشكيل دائرة تتبعها لتقديم الاستشارات القانونية تعرف بالدائرة القانونية⁵، أو جب القانون على كل شركة تجارية أن تعين لها محامياً وكيلاً⁶، ولا يجوز للمحامي أن يكون مستشاراً لأكثر من ثلاث شركات.

والمحامي يجب أن يكون مزاوولاً لمهنة المحاماة عندما يعطي استشارة، لأن الاستشارة من أعمال المحاماة التي نصت عليها تشريعات المحاماة، و نجد أن المشرعين الفلسطيني والأردني لم يفرقاً بين المحامين حينما أعطوهم حق الاستشارة، في حين أن القانون المصري لم يسمح للمحامي بإعطاء الاستشارات إلا إذا قيد اسمه في قيد محكمة الاستئناف⁷.

1 نص المادة 34 من قانون المحاماة المصري قانون رقم 17 لسنة 1983

2 نص المادة 37 من قانون المحاماة المصري

3 سوادى، عبد الباقي محمود : مرجع سابق . ص 180

4 الحسيني . عبد اللطيف : مرجع سابق . ص 384

5 ابو الفضل، اسامة توفيق : مرجع سابق . ص 287

6 نص البند ج من الفقرة 5 من المادة 20 من قانون المحامين النظامين الفلسطيني المعدلة بقانون رقم 5 لسنة 1999 حيث تنص على (ج- على كل شركة مساهمة محلية أو أجنبية تتعاطى أعمالها في فلسطين أن تعين وكيلاً لها من المحامين المزاولين في فلسطين.)

7 نص المادة 37 من قانون المحاماة المصري رقم 17 لسنة 1983

ويعطي المحامي الاستشارة إما كتابةً أو شفاهةً، لتوجيه مراجعه لما ينبغي عليه القيام به في مسألة قانونية معينة أو بيان صحة مستند قانوني أو موقف¹، حيث يقوم بتحليل الوضع القانوني والوقائع المكون له و يبين حكم القانون فيه حسب اجتهاده².

تعتمد صحة الاستشارة من الناحية العملية على دقة المعلومات التي يقدمها العميل ، لان المحامي عندما يعطي الاستشارة لا يكون قد اطلع على ما لدى الخصم من مستندات أو معلومات أو وقائع³.

وتكمن أهمية الاستشارة انه يترتب عليها غالباً تحديد مصير نزاع قانوني لم يعرض على القضاء بعد لتكون واضحة لدى المراجع، و قد تحتوي على دراسة لوضع خصومة مطروحة أمام القضاء أو تحديد مصير الدفاع فيها⁴.

تختلف الاستشارة عن الفتوى القانونية، فللاستشارة تتضمن دراسة الوقائع المعروضة من الخصم وبيان موقفها القانوني سواء من ناحية التشريع، أو آراء الفقه، أو الاجتهاد قضائي المستقر، ولا يجوز ان تتضمن ما يخالف ذلك، أما الفتوى تتضمن اجتهاد المحامي ببيان احتمالات حول الوضع موضوع الفتوى، يضعها إضافة إلى مكونات الاستشارة المذكورة، ويلجأ المحامي عادة إلى الفتوى في حالة التشريعات الجديدة التي لم يستقر حولها اجتهاد المحاكم⁵.

رأي المحامي المستشار غير ملزم لمن يطلبه ، وهو بذلك يختلف عن قرار المحامي المحكم، لأن قرار المحامي المحكم له صفة إلزامية حيث يفصل في النزاع المعروض عليه ، ويستمد

¹ شلبي، محمد توفيق : مرجع سابق . ص 169

² الاحدب، عبد الحميد: مسؤولية المحامي المهنية المدنية و الجزائية ، المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق كتاب:المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين(ج2). بيروت: منشورات الحلبي . 2000 م ص 80

³ ابو الفضل، أسامة توفيق : مرجع سابق . ص 273

⁴ العبيدي . دانية ماجد عبد الحميد : مرجع سابق . ص 94

⁵ أبو الفضل، أسامة توفيق : مرجع سابق . ص 275

الإلزامية من قبول الخصمين باللجوء له ابتداءً، أما رأي المحامي المستشار يخص احد الفريقين ويبحث عن أقصى مصلحة له¹.

والمراجع ملزم بدفع أتعاب الاستشارة للمحامي وسواء استفاد منها أو لم يستفد، رغم أنها غير ملزمة للمراجع الذي يحصل عليها، في حين أن الاستشارة ملزمة للمحامي من حيث نيتها، إذا لا يجوز للمحامي أن يعطي استشارة ولا يتبع ما اقترحه فيها عند توكله في ذات النزاع من قبل ذات الخصم، كما أنها ترتب على المحامي التزاماً أدبياً بعدم إعطاء استشارة للخصم في ذات الواقعة، أو أي واقعة مرتبطة بها، وعدم التوكل للخصم.

المطلب الثاني : الوكالة بالخصومة في الإسلام

عرف العرب القضاء، وكان العرف والعادة هما مصدر الأحكام في المنازعات، و كان شيخ القبيلة هو الذي يتولى الفصل في المنازعات، وكانت المحاماة عندهم تقوم على إتقان فن الخطابة، والقدرة على الإقناع، و لم تكن مهنة منظمة².

وبمجيء الإسلام تولى الرسول صلى الله عليه و سلم الفصل بين الخصوم في المنازعات، كما أنه عهد إلى بعض أصحابه لكي يفصلوا بين الناس، وبعد انتشار الإسلام وتوسع حدود الدولة الإسلامية عهد الرسول إلى ولاته للفصل بين الناس في منازعاتهم، وكان كل ذلك سندا للكتاب والسنة، علما ان الرسول صلى الله عليه وسلم رفض الشفاعة في الحدود أو الاستعطاف للتخفيف من الحكم أو الإعفاء منه³.

كما نظم الاسلام جميع نواحي المجتمع والتعاملات بين أفراد، وذلك من خلال نصوص في القرآن والسنة النبوية، ومن ضمن المعاملات التي جاء بها الإسلام الوكالة، حيث جاء على لسان اصحاب الكهف قوله تعالى (فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرُوا أَيُّهَا أَزْكَى طَعَاماً

¹ المرجع السابق . ص 301

² شلبي، محمد توفيق : مرجع سابق . ص 32

³ شلبي، محمد توفيق : مرجع سابق . ص 32

فَلْيَأْتِكُمْ بَرِزْقٌ مِنْهُ وَلِيَتَلَطَّفَ..) ومن ذلك يستدل على أن أهل الكهف وكلوا احدهم بشراء الطعام لهم .

ورود بالسنة انه روي عن أبي داود والاثرم وابن ماجة عن الزبير بن الخريت عن أبي لبيد لمأزة بن زبار عن عروة بن أبي الجعد رضي الله عنه قال عرض النبي صلى الله عليه وسلم جلب فاعطاني دينارا فقال يا عروة (انت الجلب فاشتر لنا شاة) قال فأتيت الجلب فساومت صاحبه فاشترت شاتين بدينار فجئت أسوقهما أو أقودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعث منه شاة بدينار فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم بدينار و بالشاه فقلت يا رسول الله : هذا ديناركم وهذه شاتكم قال "وصنعت كيف؟" قال فحدثته الحديث قال " اللهم بارك له في صفقة يمينه" وفي ذلك دليل على ان الرسول صلى الله عليه وسلم وكل عروة في شراء شاه وان عروة اتجر في نقود التي سلمها له الرسول صلى الله عليه وسلم¹.

ورود بالسنة انه روي عن ابي داود و الاثرم و ابن ماجة عن الزبير بن الخريت عن أبي لبيد لمأزة بن زبار عن عروة بن أبي الجعد رضي الله عنه قال عرض النبي صلى الله عليه وسلم جلب فاعطاني دينارا فقال يا عروة (انت الجلب فاشتر لنا شاة) قال فأتيت الجلب فساومت صاحبه فاشترت شاتين بدينار فجئت أسوقهما أو أقودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعث منه شاة بدينار فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم بدينار و بالشاه فقلت يا رسول الله : هذا ديناركم و هذه شاتكم قال " و صنعت كيف؟" قال فحدثته الحديث قال " اللهم بارك له في صفقة يمينه" وفي ذلك دليل على ان الرسول صلى الله عليه وسلم وكل عروة في شراء شاه و ان عروة اتجر في نقود التي سلمها له الرسول صلى الله عليه وسلم².

وقام فقهاء المسلمين بتعريف الوكالة و بيان أحكامها، فتفقوا على انها عقد فقهاء الحنفية بأنها "اقامة الغير مقام النفس في تصرفات معلوم"³، و عرفها فقهاء الشافعية بأنها " تفويض شخص

¹ ابن قدامة، موفق الدين : المغني ج 5، لبنان، بيروت : دار الكتب العلمية . ص 201

² ابن قدامة، موفق الدين : المغني ج 5، لبنان، بيروت: دار الكتب العلمية . ص 201

³ ابن الهمام، كمال الدين محمد عبد الواحد : شرح فتح القدير . ج 7، بيروت، دار صادر، 1898 ص 138

لغيره ما يفعله نيابة عنه حال حياته مما يقبل النيابة شرعا فلا دور" ¹. وعرفها فقهاء الحنابلة بانها " استنابة جائز التصرف مثله" ² ومن ذلك يتضح ان الوكالة هي عقد جائز غير لازم، ينعقد بما يدل على الرضا من إيجاب وقبول وفيها الانابة، وتقوم على ثلاث اركان هي الموكل والوكيل والأمر الموكل به، واجمع الأئمة الاربعة على انها جائزة بكل امر الا في العبادات البدنية و حلف اليمين و الاستجواب و الشهادة ³.

وعرفت القوانين المدنية الحديثة الوكالة فنصت مجلة الأحكام العدلية ⁴ في المادة 1449 منها على " الوكالة: تفويض أحد أمره لآخر وإقامته مقامه، ويقال لذلك الشخص موكل ولمن أقامه وكيل ولذلك الأمر موكل به." وعليه فالوكالة هي من العقود الإسلامية التي لها ادلة ثبوت في الكتاب والسنة والفقهاء، وأخذت بها مجلة الأحكام العدلية وهي اول قانون مدني مكتوب طبق في البلاد العربية ومنها فلسطين والاردن، وتناولت مجلة الأحكام العدلية الوكالة بأنواعها ⁵ وصنفتها الى نوعين أساسيين هما عام و خاص، والعام هو الذي يتضمن اطلاق التصرف للوكيل في كل شئ، اما الخاص فهو ما يحدد فيه الخصوص الموكل فيه و منها الوكالة بالخصومة التي هي موضوع الدراسة في هذا الفرع ⁶.

¹ الرملي، محمد بن أحمد بن حمزة: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي رضى الله عنه، ج 5، ط. الأخيرة، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1967، ص 15

² البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين: كشف القناع عن متن الأفتاح . ج 4، بيروت، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1982 ص 461

³ القرطبي . ابو الوليد محمد بن احمد المعروف بابن رشد الحفيد : بداية المجتهد ونهاية المقتصد . ج/4 بدون طبعة . القاهرة . دار الحديث 2004 ص 85

⁴ مجلة الأحكام العدلية التي صدرت عن مجلس شورى الدولة العثمانية ورسمت بمرسوم السلطان العثماني عبد العزيز بن محمود الثاني في عام 1286 هـ الموافق 1869 م وتوطد نفاذها في عام 1293 هـ الموافق 1876م و هي تمثل القانون المدني المطبق لغاية طباعة هذه الرسالة في فلسطين.

⁵ المواد 1460 و ما تلاها من مجلة الأحكام العدلية

⁶ اللبناني، سليم رستم باز : شرح المجلة . الطبعة الثالثة مصححة ومزيدة . دار احياء التراث العربي .بيروت -

لبنان. 1986 ص 769

وتتميز الوكالة بانها رابطة قانونية بين شخصين و يكون موضوعها عمل او تصرف قانوني و التصرف القانوني¹ هو اتجاه الارادة الى احداث اثار قانونية، سواء كانت هذه الاثار هي انشاء او نقل او تعديل الحق و هي تمثل تعبير عن الارادة².

والوكالة بالخصومة هي نوع خاص من الوكالة و التي عرفها الفقه الحنبلي بأنها (إقامة الوكيل مقام الموكل في إثبات حق و على ذلك فإن الوكالة بالخصومة تخول الوكيل الإنكار عن موكله دون الإقرار عنه)³.

وعرفت الوكالة بالخصومة أيضا بأنه "إقامة جازر التصرف مثله مقام النفس فيما يقبل النيابة أمام القضاء لطلب حق أو دفع تهمة"⁴.

الوكالة بالخصومة بدلا من مهنة المحاماة في نظام الاسلام، حيث عرفت من زمن الخلفاء الراشدين فوكل علي عقيل عند أبي و وكل عبد الله بن جعفر عند عثمان. و كان هذا النظام يتلائم مع بساطة التشريع الذي جاء به الاسلام⁵.

فاعتبر اغلب فقهاء المسلمين الوكالة بالخصومة عقد رضائي بين الوكيل و الموكل، و لا يشترط فيها رضا الخصم، و تصح في طلب الحقوق، و إثباته، و إظهار الغبن، و اثبات الاستيفاء، اما الوكالة بالإقرار سواء كان الموكل حاضراً أم لم يكن فقد اختلف الفقهاء في جوازه على تفصيل أورده لاحقا في موضعه، و كما اجازوا الوكالة في التعزير و القصاص، دون الحدود، و كما اجازوا الوكالة في التعزير و القصاص⁶، دون الحدود و اليمين حيث ان المقصود المقصود من اليمين هو اظهار صدق الحالف و تعتمد على الاجلال و التعظيم و العبودية لله

¹ و التصرف القانوني يختلف عن العمل المادي او الواقعة القانونية و التي هي امر يقع يترتب عليها اثر قانوني من غير ان يكون للارادة أي دخل في انتاج هذا الاثر انظر تفاصيل ذلك مرقس، سليمان : الوافي في شرح القانون المدني المجلد الثاني (في الفعل الضار و المسؤولية المدنية) ج 2 . الطبعة الخامسة . القاهرة : بدون ناشر ص 870

² هندي، احمد : الوكالة بالخصومة . الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر . 2006 ص 16

³ البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين : المرجع السابق. ص 471

⁴ طه، تيسير : مرجع سابق . ص 38

⁵ حسين، محمد عبد الظاهر: المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل : مرجع سابق . ص 18

⁶ باشا . محمد قدرى : مرشد الحيران الى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية على مذهب الامام ابو حنيفة النعمان ملائما لعرف الديار المصرية وسائر الامم الاسلامية . الطبعة الثانية . القاهرة . المطبعة الكبرى الاميرية ،

1891 المادة 842 ص 139

تعالى، لذا لا يجوز التوكيل فيها باجماع الفقهاء، و اجاز الفقهاء الاربعة التوكيل في اثباتها الحدود اذا كانت تحتاج الى دعوى مثل حد القذف و السرقة لانها متعلقة بحقوق للعباد، ولا يجوز التوكيل فيها اذا لم يتعلق بها حق العباد و اقتصر على حق الله تعالى مثل حد الردة لان الحق فيها لله تعالى، وهو قد أمرنا بدرء الحدود والتوصل إلى إسقاطها، وبالتوكيل يتوصل إلى إيجاب الحد، فلا يجوز¹.

فاعتبر اغلب فقهاء المسلمين الوكالة بالخصومة عقد رضائي بين الوكيل و الموكل، ولا يشترط فيها رضا الخصم، و تصح في طلب الحقوق، وإثباته، وإظهار الغبن، واثبات الاستيفاء والإقرار سواء كان الموكل حاضراً أم لم يكن، وكما اجازوا الوكالة في التعزير والقصاص²، دون الحدود واليمين حيث ان المقصود من اليمين هو اظهار صدق الحالف و تعتمد على الاجلال والتعظيم والعبودية لله تعالى، لذا لا يجوز التوكيل فيها باجماع الفقهاء، و اجاز الفقهاء الاربعة التوكيل في اثباتها الحدود اذا كانت تحتاج الى دعوى مثل حد القذف والسرقة لانها متعلقة بحقوق للعباد، ولا يجوز التوكيل فيها اذا لم يتعلق بها حق العباد واقتصر على حق الله تعالى مثل حد الردة لان الحق فيها لله تعالى، وهو قد أمرنا بدرء الحدود والتوصل إلى إسقاطها، وبالتوكيل يتوصل إلى إيجاب الحد، فلا يجوز³.

وقد أخذت مجلة الاحكام العدلية بالوكالة بالخصومة في المادة 1516 منه حيث نصت على (لكل من المدعي والمدعى عليه أن يوكل من شاء بالخصومة ولا يشترط رضاء الآخر.) وبينت أحكام الوكالة بالخصومة في المواد 1516 و لغاية 1520 منها كما نصت المادة 842 من

¹ الزحيلي، وهبة بن مصطفى : الفقه الاسلامي و ادلته (الشامل للادلة الشرعية و الاراء المذهبية و اهم النظريات الفقهية و تحقيق الاحاديث النبوية و تخريجها) . ج 5 . ط 4. سوريا، دمشق . دار الفكر . 1996 ص 4067 وما تلاها

² باشا . محمد قدرى : مرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان في المعاملات الشرعية على مذهب الامام ابو حنيفة النعمان ملائما لعرف الديار المصرية و سائر الامم الاسلامية . الطبعة الثانية . القاهرة . المطبعة الكبرى الاميرية ، 1891 المادة 842 ص 139

³ الزحيلي، وهبة بن مصطفى : الفقه الاسلامي وادلته (الشامل للادلة الشرعية و الاراء المذهبية و اهم النظريات الفقهية و تحقيق الاحاديث النبوية و تخريجها) . ج 5 . ط 4. سوريا، دمشق . دار الفكر . 1996 ص 4067 و ما تلاها

مرشد الحيران على الوكالة بالخصومة على الوكالة بالخصومة و اعتبرت الوكالة بالخصومة لا تشمل الوكالة بالقبض، كما ان وكيل الخصومه لا يملك الصلح الا بالنص اما وكيل الصلح فانه يملك الخصومة لان الخصومه جزء من الصلح، بمعنى ان الوكيل بالخصومه لا يمكنه القبض الا اذا نص على ذلك صراحة في الوكالة والوكيل بالقبض لا يمكنه المخاصمه الا اذا نص على ذلك صراحة في الوكالة¹.

وقد اخذت مجلة الاحكام العدلية بالوكالة بالخصومة في المادة 1516 منه حيث نصت على (لكل من المدعي والمدعى عليه أن يوكل من شاء بالخصومة ولا يشترط رضاء الآخر.) و بينت أحكام الوكالة بالخصومة في المواد 1516 ولغاية 1520 منها كما نصت المادة 842 من مرشد الحيران على الوكالة بالخصومة واعتبرت الوكالة بالخصومة لا تشمل الوكالة بالقبض، كما ان وكيل الخصومه لا يملك الصلح الا بالنص اما وكيل الصلح فانه يملك الخصومة لان الخصومه جزء من الصلح، بمعنى ان الوكيل بالخصومه لا يمكنه القبض إلا إذا نص على ذلك صراحة في الوكالة والوكيل بالقبض لا يمكنه المخاصمه الا اذا نص على ذلك صراحة في الوكالة.

أي أن الوكالة بالخصومة هي العقد الذي يبرم بين شخص يرغب بتفويض غيره متابعة اجراءات التقاضي الخاصة ويسمى الموكل وبين الشخص الذي سيقوم بمتابعة هذه الاجراءات ويسمى الوكيل وذلك لمتابعة إجراءات التقاضي باسم الموكل.

في هذا الصدد لابد من التعرض لواجبات الوكيل بالخصومة وحقوقه، و مدى مشروعية العمل في مهنة المحاماة (الوكالة بالخصومة)، و ذلك من خلال البنود التالية:

الفرع الاول : واجبات الوكيل بالخصومة و حقوقه.

تترتب الحقوق في الشريعة الإسلامية مقابل الواجبات، فعلى الوكيل بالخصومة واجبات معينة لقاء حقوق محددة له. و من واجباته القيام بالاجراءات التي يتطلبها النزاع، و الحضور أمام القضاء في المواعيد المحددة لذلك، وبذل الجهد لإثبات حق موكله، و طلب الحكم لصالح موكله،

¹ باشا . محمد قدرى: مرجع سابق، ص 139

ويحظر عليه التوكل ضد موكله، او التنازل عن حقوقه، و الاقرار عن موكله بغير حضور الحاكم لان مثل هكذا اقرار يترتب عليه العزل كما ورد في مجلة الاحكام العدلية.¹، والاقرار عن موكله بغير حضور الحاكم لان مثل هكذا اقرار يترتب عليه العزل كما ورد في مجلة الاحكام العدلية.²

ويقع على عاتق المحامي في الاسلام واجب تحري الحق، لأن هدف المحاماة هو احقاق الحق والانتصار للعدالة، وان يتحرى الحلال ولا يستمر بالوكالة اذا ظهر له ان مطالب موكله مخالفه للشرع و عليه عدم تجاوز حدود وكالة حتى لا تكون تصرفاته عرضة للبطلان، وهو ملزم بالحفاظ على اسرار موكله، و عدم التخلي عن الوكالة في اوقات غير مناسبة، وآلا يتصرف بما وكل به لنفسه³.

وتعتبر الوكالة بالخصومة بمعظمها وكالة مأجورة و ابتداءً ذلك في القرن الثاني للهجرة، أي كان الوكيل يتقاضى أجراً لقاء المرافعة ووصل الأجر لدرهمين لقاء كل جلسة⁴. وعليه فللمحامي حق تقاضي الأتعاب لقاء الوكالة وله تقاضي الاجر لقاء أي عمل يقوم به لمصلحة موكله. ولكن لا مانع من التوكل مجاناً وهذا لا يعيب عقد الوكالة إذا كان بالاتفاق.

المحامي مخير في قبول الوكالة أو رفضها، أي لا يوجد ما يجبر المحامي على قبول التوكل بالخصومة عن الغير، لأن الوكالة بالخصومة هي عقد رضائي لا تتعقد إلا بالإيجاب والقبول⁵، وذلك خلافاً للمحامي في النظم العادية إذ انها بالرغم من نصها على حرية المحامي في قبول التوكل أو رفضه، إلا أنها أوجدت حالات استثنائية أجازت فيها للمحكمة انتداب المحامي لدفاع

¹ شاهين، اسماعيل عبد النبي : مسؤولية الوكيل في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة بالقانون الوضعي . الطبعة الاولى .

الكويت :جامعة الكويت . 1999 ص 95- 106

² نص المادة 1517 من مجلة الاحكام العدلية

³ الغزي. سليمان عبد الله عبد العزيز : المركز القانوني للمحامي في النظام السعودي دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية .

اطروحة دكتوراة. جامعة نايف العربية للعلوم الامنية . قسم العدالة الجنائية لسنة 2008 ص 88-90

⁴ حسين، محمد عبد الظاهر: المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل: مرجع سابق. ص 19

⁵ الغزي. سليمان عبد الله عبد العزيز : مرجع سابق. ص 97

عن متهم في جناية¹، أو أجازت لنقابة المحامين أن تختار محامياً توكله في الترافع في دعوى مدنية لأسباب معينة².

الوكيل بالخصومة حر في اختيار الطريق أو الأسلوب الذي يتابع فيه مصلحة موكله، فللوكيل حق اختيار أسلوب الدفاع عن موكله وحرية تقديم المستندات باسم موكله، والرد على دفع الخصم، وتقنيده حججه، ولا رقابة عليه في أداء عمله، ولكن هو مسؤول في حال التعدي والتقصير بشرط ان تكون حريته ضمن الأصول والقانون، وان لا يستعمل هذه الحرية لمخالفة القانون أو الأصول المتبعة والمدد والشكل المحدد للإجراء المطلوب لما قد يضر بموكله ويؤثر على مركزه القانوني³. وكما له الحق في إنابة غيره فيما وكل به، كله أو بعضه، بشرط ألا يرد في الوكالة شرط يقيد هذا الحق⁴.

الفرع الثاني: مدى مشروعية العمل في مهنة المحاماة (الوكالة بالخصومة)

مشروعية أي تصرف قولاً كان أو فعلاً في الإسلام، يتحدد من مدى مطابقة هذا التصرف للأحكام الشرعية، والأحكام الشرعية هي الواجب والحرام والحلال والمكروه والمندوب والمباح والبحث في حكم الوكالة في الخصومة، هو البحث تحت أي من هذه الأوصاف يندرج العمل بالوكالة بالخصومة وامتثالها كمهنة.

1. وقد عرف الإسلام نظام الوكالة بالخصومة للدفاع عن المتداعيين ووضع لهذا النظام شروط وضوابط وأصول يجب التقيد بها لإضفاء الشرعية على هذا النوع من العمل وقد ورد في القرآن الكريم ما يؤكد ذلك ويدعمه بقوله تعالى في سورة القصص (قَالَ رَبِّ إِنِّي قَتَلْتُ مِنْهُمْ نَفْسًا

¹ نص المادة 244 من قانون الاجراءات الجزائية رقم 3 لسنة 2001

² نصت المادة 95 من قانون المحاماة المصري رقم 17 لسنة 1983 على (إذا رفض عدة محامين قبول الوكالة في دعوى من الدعاوى التي يتطلب القانون اتخاذ الاجراء القانوني فيها عن طريق مكتب محام يندب مجلس النقابة الفرعية بناء على طلب صاحب الشأن محامياً لاتخاذ الاجراء القانوني والحضور للمرافعة ويحدد مجلس النقابة اتعابه بموافقة صاحب الشأن)

³ الغزي. سليمان عبد الله عبد العزيز : مرجع سابق . ص98

⁴ المرجع السابق ص 100

فَأَخَافُ أَنْ يَقْتُلُونِ (33) وَأَخِي هَارُونُ هُوَ أَفْصَحُ مِنِّي لِسَانًا فَأَرْسَلتُهُ مَعِيَ رِدْءًا يُصَدِّقُنِي إِنِّي أَخَافُ أَنْ يُكَذِّبُونِ (35) قَالَ سَنَشُدُّ عَضُدَكَ بِأَخِيكَ وَنَجْعَلُ لَكَمَّا سُلْطَانًا فَلَا يَصِلُونَ إِلَيْكُمَا بِآيَاتِنَا أَنْتُمَا وَمَنْ اتَّبَعَكُمَا الْغَالِبُونَ)¹ فهذا النص الكريم يوضح جواز الوكالة في الخصومة والاستعانة بالغير في سبيل الوصول الحق ورفع الظلم، كما جاء أيضا في سورة النساء في الآية 35 (فَاتَّبِعُوا حُكْمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحُكْمًا مِنْ أَهْلِهَا) والحكم وكيل في مخاصمة أيضا. كما صح عن النبي صلى الله عليه وسلم انه أجاز عمل الوكيل بالخصومة وحدد له ضوابط حيث قال صلى الله عليه وسلم " إنكم تختصمون إلي فليحضر من أحدكم من بعض فاقضي له على نحو ما أسمع، فمن قطعت له من أخيه شيئا فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار"².

2. كما ثبت ان علي بن أبي طالب رضي الله عنه وكل اخاه عقيلًا وقال ان للخصومات قمحاً³، وانها لتخلف، وان الشيطان يحضرها و اني ان حضرت خفت ان اغضب وان غضبت خفت الا اقول حقا و قد وكلت اخي عقيلًا فما قضي عليه فعلي وما قضي له فلي⁴.

• كما ثبت ان الائمة الأربعة اجازوا الوكالة بالخصومة لحاجة الناس لها، خاصة و ان كثير من الناس قد لا يهتدون لوجوه الخصومة، او قد لا يجدون وقتا او ان يكون الخصم غائب فيحتاج الى من يمثله و يثبت له حقه⁵. وان فقهاء المسلمين اجمعوا على مبدأ جواز الوكالة بالخصومة في مجال المطالبات والدفاع و الاثبات⁶، كما اتفقوا أنها غير جائزة في الحدود، ولكنهم اختلفوا في بعض المواضيع مثل الوكالة بالإقرار والقبض والمصالحة وتوكيل الوكيل بالخصومة : فقد ذهب المالكية و احد قولي الأحناف ومقابل الأصح عند الشافعية انه الوكالة بالإقرار صحيحة،

¹ الايات 33 و 34 و 35 من سورة القصص.

² المنذري، الحافظ زكي الدين عبد العظيم بن عبد القوي : مختصر صحيح مسلم . ط 1 ، مصر . مكتبة الايمان ، 2006، ص 203

³ قمحاً هي الأمر الشاق الذي لا يكاد يحتمل، وقحم الخصومات: ما يحمل الإنسان على ما يكرهه.

⁴ الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب : الحاوي الكبير . ج 6 ، ط 1 . لبنان - بيروت . دار الكتب العلمية . 1999 ص 495

⁵ الزحيلي، وهبة بن مصطفى : مرجع سابق . ص 4074

⁶ الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب: مرجع سابق . ص 500

وهذا ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية في المادة "1517" إذا الإقرار في حضور الحاكم، وذهب الطحاوي من الأحناف والأصح عند الشافعية أن التوكيل بالإقرار غير صحيح ، أما القبض من قبل الوكيل بالخصومة دون النص الصريح على القبض فقد ذهب جمهور الأحناف-عدا زفر- والمالكية والشافعية في الأصح عندهم إلى أن الوكيل بالخصومة يجوز له قبض ما يحكم به الحاكم، بينما ذهب زفر من الأحناف وبعض الشافعية وجمهور الحنابلة إلى أن الوكيل بالخصومة لا يملك القبض . وهذا ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية في المادة "1520"¹ .

الوكيل بالخصومة هو من يتابع الدعوى امام القضاء أي من يمتن مهنة المحاماة حاليا وهي عبارة عن عرض وجهة نظر الموكل في صورة شرعية وقانونية أمام جهة قضائية مختصة أو أي جهة ذات اختصاص وهي مهنة تساهم في إحقاق الحق وتتير السبيل أمام القضاء في تطبيق أحكام الشرع والقانون والأنظمة المعمول بها في الدولة واختلفت الآراء الفقهية الحديثة في حكم العمل بالمحاماة هل هو جائز شرعا أم محرما. ومن الفقهاء من قال أنها محرمة شرعا لأنها من الخصام والخصام منهي عنه بالإسلام، ولأنها لم تكن موجودة في النظام الإسلامي حتى القرن الثاني الهجري، وأن أصولها أوروبية، كما أنهم قالوا بحرمتها لأنها تقوم على الزيف و الباطل وقلب الحقائق، والتلاعب بالألفاظ والأحكام مما يضعف العدالة والإنصاف، وكل ذلك بقصد حصول المحامي على الأجر، وكما ان جهالة العمل الذي يتقاضى عليه المحامي الأتعاب يجعل منها أيضا عملا محرما، وهي أيضا من باب الشفاعة المحرمة بالاسلام² .

يقول اخرون ان الاشتغال بمهنة المحاماة جائز على شرط ان يقتنع المحامي ان موكله على حق، فيكون بامتهانه لهذه المهنة قد سار الى احقاق الحق والدفاع عنه، فيكون العمل بالمحاماة من باب التعاون على البر والتقوى المطلوبين في الاسلام³. يجمع الفقه الحديث على ان المحاماة اصبحت ضرورة شرعية، اما القول انها شفاعة في الحدود فهو قول غير صحيح، وذلك ان الهدف من المحاماة هو الدفاع عن الضعفاء سواء كان الضعف من ناحية اجتماعية او من ناحية

¹ الزحيلي، وهبة بن مصطفى: مرجع سابق. ص 4075

² طه. تيسير محمد عبد المحسن : المرجع السابق . ص 43

³ شاهين، اسماعيل عبد النبي : المرجع السابق 96

قانونية، ولا تؤدي بحال من الحوال الى تعطيل الحدود، اما القول انها نقل عن الغرب فهو قول لا يستقيم وروح الاسلام التي لا تمنع المنقولات ما دامت لا تتعارض مع مبادئ الشرع، اما اجر المحامي فانه لقاء جهد يبذله وهو مشروع بالاسلام¹.

¹ طه. تيسير محمد عبد المحسن : المرجع السابق 102

الفصل الاول

ماهية مسؤولية المحامي المدنية

يحكم مهنة المحاماة مجموعة من القواعد الأخلاقية والتقاليد المهنية، إضافة إلى التشريعات الناظمة لهذه المهنة، لكن تكاد تخلو التشريعات الناظمة لمهنة المحاماة أو التشريعات المدنية من تنظيم لمسؤولية المحامي، وحيث تم تركها للقواعد العامة في المسؤولية المدنية¹، لذا فان دراسة ماهية هذه المسؤولية يتطلب الرجوع إلى القواعد العامة وإسقاط أحكامها على ضوابط وأسس ممارسة مهنة المحاماة الخاصة، وهذا أدى إلى تباين آراء الفقهاء واختلاف الأحكام في ماهية مسؤولية المحامي المدنية².

كان الفقه الفرنسي القديم وعلى رأسه سافتيير يقول بمبدأ عدم مسؤولية المحامي، لدوره التقليدي في القضايا، لأنه ليس مألوفاً تحريك قضايا من الموكلين ضد المحامين³، وذهبوا إلى عدم مساءلة المحامي نهائياً عن أخطائه، مهما كانت جسامة الضرر الذي يلحق عملاءه من فعله، و ذلك لمبررات منها، أن المحامي غالباً من طبقة النبلاء، ولا توجد علاقة مباشرة بين المحامي والعميل، وإنما كانت العلاقة تتم من خلال وكيل الدعوى، وأنه لم يكن من حق المحامي تقاضي الأجر بل كان يحصل على الهدايا، وبذلك لا يمكن مساءلتهم عما يرتكبون من أخطاء، كما برر بلانيول هذا الرأي بانعدام مسؤولية المحامي لانعدام مسؤولية القاضي، وذلك لتمكينهم (المحامي والقاضي) من القيام بمهامهم بعيداً عن الدعاوي الكيدية، وبالتالي لا يقبل تقديم الدعوى ضدهم⁴، وذهب بوثير هو من الفقهاء الفرنسيين القدماء إلى القول بمسؤولية وكيل الدعوى وعدم مسؤولية المحامي، لأنه لا يملك حق تمثيل العميل⁵.

¹ شلبي، محمد توفيق : مرجع سابق. ص 46

² سوادى، عبد الباقي محمود: مرجع سابق. ص 40 و بذات المعنى شلبي. محمد توفيق: مرجع سابق ص 46

³ خطاب، طلبه وهبه : المسؤولية المدنية للمحامي الفرد - المحامي في شركة المحاماة المدنية . دون طبعة. القاهرة

مصر : مكتبة سيد عبد الله وهبة . 1986 ص 10 و الذي اشار الى سافتيير جين دراسة مهنة المحاماة ص 314

⁴ حسين، محمد عبد الظاهر : المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل مرجع سابق، ص 237

⁵ شحاتة: محمد نور : مرجع سابق . ص 247

وتتطور الأنظمة المتعلقة بمهنة المحاماة، و اختفاء نظام ازدواج مهنة المحاماة، مما أدى إلى اختفاء النظام القائل بانعدام مسؤولية المحامي، و أن جعلتها مسؤولية جزئية تقوم على الخطأ الجسيم دون اليسير¹، ثم تطور الأمر إلى أن ظهر في الفقه المصري الحديث الاتجاه القائل بالمسؤولية الكاملة للمحامي تجاه موكله²، وحيث أن هناك أنظمة لم تعرف نظام المحاماة المزدوج و منها الدول العربية فنصت معظم التشريعات العربية على مسؤولية المحامي وحقه في تقاضي الأتعاب³.

مسؤولية المحامي المدنية تدور في فلك المسؤولية المدنية بشكل عام في نطاق مهني⁴، وهنا لا بد من الوقوف على التكيف القانوني لها هل هي مسؤولية عقدية؟ أم تقصيرية؟، وبيان أركانها من خطأ و ضرر وعلاقة سببية و شروط قيامها . وهذا ما سيتناوله هذا الفصل من خلال مبحثين خصص الأول لدراسة التكيف القانوني لمسؤولية المحامي المدنية عن إخلاله بواجباته المهنية، وبحث المبحث الثاني في أركان مسؤولية المحامي المدنية.

المبحث الأول: التكيف القانوني لمسؤولية المحامي المدنية

يلزم لتحديد التكيف القانوني السليم لمسؤولية المحامي المدنية الوقوف على طبيعتها ، وحدودها ليعينى وصفها وصفا صحيحا يؤدي إلى تحديد الأحكام القانونية المترتبة عليها والتي تختلف باختلاف التكيف⁵. و يكون البحث بالتكيف من خلال الوقوف على تحديد طبيعة التزام المحامي المحامي هل هو ببذل عناية أم بتحقيق نتيجة؟ و تحديد تكيف المسؤولية هل هي مسؤولية عقدية؟ أم مسؤولية تقصيرية أم غير ذلك؟ و أخيرا يجب تحديد نطاق مسؤولية المحامي هل يكون مسؤولا عما يأتيه بفعله الشخصي فقط، أم أنه يسأل عن فعل غيره ممن يعملون تحت إشرافه أو يتبطنه بهم علاقة شراكة؟ هذا ما سأحاول الإجابة عليه من خلال الثلاث مطالب التالية .

¹ بدر، بلال عدنان: مسؤولية المدنية للمحامي دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية 2007 ص 46

² حسين، محمد عبد الظاهر : المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل مرجع سابق، ص 246

³ نص المادة 3/26 من قانون المحامين النظاميين الفلسطينيين و نص المادة 55 من قانون نقابة المحامين النظاميين

⁴ خطاب، طلبه وهبه : مرجع سابق، ص 10

⁵ شلبي، محمد توفيق :مرجع سابق، ص 46

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لالتزام المحامي المدني تجاه موكله

أعمال المحامي هي أعمال أدبية فكرية، و لكن يوجد لها طبيعة مادية، حيث يأخذ التزام المحامي صورة القيام بعمل، سواء كان بالتمثيل لدى المحاكم، أو صيغة العقود، أو تقديم الاستشارات¹، و قد تكون في حالات قليلة صورة التزام المحامي هو الامتناع عن القيام بعمل مثل الامتناع عن قبول وكالة لخصم الموكل، أو إعطائه استشارة، أو عدم إفشاء أسرار موكله².

الطبيعة القانونية للالتزامات التي تنظم العلاقة القانونية بشكل عام تنقسم إلى التزامات ببذل عناية وحيث لا يلتزم فيها المدين بالوصول إلى النتيجة المرجوة، و إنما يلتزم باتخاذ الوسائل التي تؤدي للوصول إلى النتيجة، و النوع الثاني هو التزامات بتحقيق نتيجة و التي يجب فيها على المدين أن يحقق النتيجة التي ألزم نفسه بالقيام بها، و في حال عدم تحقق النتيجة تقوم مسؤوليته، و لا يدفع المسؤولية عنه سوى إثبات أن عدم تحقق النتيجة كان بسبب أجنبي مثل القوة القاهرة³.

التزام المحامي كأصل هو التزام ببذل عناية، على أساس ان المحامي ملزم بتباعد الوسيلة و لا يطلب منه تحقيق النتيجة المرجوة، ويرد على ذلك استثناءات يصبح فيها التزام المحامي التزام بتحقيق نتيجة، منها التزامه في التحرير العرائض و الوثائق المستوفية شكلها القانوني، إذ يجب أن تكون هذه الوثائق صحيحة ونافذة⁴، و القيام بالإجراءات القضائية بشكلها الذي رسمه القانون، فالتزامه هنا ينقلب إلى التزام بتحقيق نتيجة⁵. و كذلك التزام المحامي بتقديم الأوراق في

¹ المواد 2 من قانون المحامين الفلسطينيين و المادة6من قانون المحاماة الاردني و المادة 3 من قانون المحاماة المصري.

² المواد التي حددت المحظور على المحامي القيام به هي 27 و 28 من قانون المحامين الفلسطينيين و المواد

60 و61 و62 من قانون نقابة المحامين الاردنيين و المواد 65 و70 و71 و80 من قانون المحاماة المصري

³ عامر.حسين و عبد الرحيم عامر : المسؤولية المدنية التصيرية والعقدية ط 2 مصر، دار المعارف، 1979، ص28

⁴ الاحدب، عبد الحميد : مرجع سابق ص 74

⁵ قبطان، محمد: التزمات المحامي و مسؤوليته، بدون طبعة. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1993، ص 55

موعدها، و قبولها شكلا ، و هذه الحالات جميعا ينقلب فيها التزام المحامي إلى التزام بتحقيق نتيجة في مضمونه و مده، و كذلك التزامه بحضور الجلسات¹.

وتسهيلا لدراسة طبيعة التزام المحامي قبل موكله لابد من دراسة الالتزام م ببذل عناية كأصل لطبيعة التزام المحامي، ودراسة الاستثناءات التي ترد عليه، ومضمون هذا الالتزام، وهذا ما تطرق له هذا المطلب من خلال الثلاثة فروع التالية.

الفرع الأول : التزام المحامي قبل موكله هو التزام ببذل عناية

يكاد يجمع الفقه أن شكل التزام المحامي قبل موكله هو بذل عناية²، ليس تحقيق نتيجة، مهما كانت طبيعة العقد الذي يربط المحامي بعميله³. فما هو الالتزام ببذل عناية ؟

عرّف القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976⁴ الالتزام ببذل عناية في المادة 358 منه، بأنه الالتزام الذي يعتبر المدين فيه قد أوفاه إذا بذل في تنفيذه العناية التي يجب أن يبذلها الشخص العادي، ولو لم تتحقق النتيجة هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك، مع بقاء المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم⁵.

¹ خطاب، طلبية وهبة : المرجع السابق ص 108

² حسين، محمد عبد الظاهر : العلاقة القانونية بين المحامي و العميل طبيعة و اثار. القاهرة : دار النهضة العربية. 2006 ص 121 و بذات المعنى الحسني، عبد اللطيف : المرجع السابق ، ص 318 و بذات المعنى الاحمد، اشرف جهاد وحيد : المسؤولية المدنية للمحامي عن الخطأ المهني (رسالة ماجستير غير منشورة) . جامعة الشرق الاوسط. عمان . الاردن. 2012. ص 59 و بذات المعنى الاحدب. عبد الحميد : المرجع السابق ص 74

³ الحسني، عبد اللطيف : المرجع السابق ، ص 318

⁴ القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976 و الذي نشر في الصفحة 2 من العدد 2645 من الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 1/8/1976 و الذي نص في المادة الاولى منه على (يسمى هذا القانون (القانون المدني لسنة 1976) ويعمل به من 1/1 / 1977)

⁵ تنص المادة 358 من القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976 على (1- إذا كان المطلوب من المدين هو المحافظة على الشيء أو القيام بإدارته أو توخي الحيلة في تنفيذ التزامه فانه يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود . هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك. 2- وفي كل حال يبقى المدين مسؤولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم)

و الالتزام ببذل عناية هو الالتزام ببذل مجهود من شأنه ان يؤدي الى تحقيق غاية، ودون الالتزام بتحقيق الغاية ذاتها¹. و المحامي يلتزم بان يبذل الجهد الذي يفرضه العلم القانوني ليصل موكله لتحقيق النتيجة. و عليه فالالتزام المحامي قبل موكله يجب أن يكون التزام ببذل عناية، و هذا يتفق مع طبيعة الخدمة التي يقدمها المحامي لموكله و ذلك لأن الأفكار قانونية غالباً ما تكون محل خلاف، و بناء عليه تختلف الأحكام المترتبة عليها، مما يؤدي غالباً لوجود أكثر من رأي يحكم النزاع، لذلك من المستحيل التنبؤ بنتيجة الدعوى حتى يضمن المحامي تحققها، و من الاعتبارات الأخرى التي تؤدي إلى أن التزام المحامي هو التزام ببذل عناية، إن المحاماة من المهن الحرة التي يجب أن يتمتع فيها المحامي بقدر كبير من الحرية و الاستقلال، بحيث يعطى مجالاً للدراسة و تتبع الأفكار و أخذ المناسب منها²، كما أن الحصول على حكم لصالح الموكل هو أمر بيد القضاء، و ليس بيد المحامي، لذلك ما على المحامي إلا أن يبذل العناية اللازمة للوصول إلى الحكم، ويقدم كل ما يسهم في ذلك³.

ويرى الدكتور عبد اللطيف الحسيني أن "التزام المحامي هو دائماً ببذل عناية"، و لا يوجد عليه استثناءات، وإنما تقوم مسؤولية المحامي في كل مرة تظهر فيه مخالفة لقواعد المهنة، أو مخالفة لبنود الاتفاق الذي يربط المحامي بموكله، لأن الخدمة التي يقدمها المحامي لا تزيد عن كونها بذل عناية مهنية معينة تقتضيها أصول مهنة المحاماة، والعبرة ليست بكم العناية والإجراءات المبذولة، و إنما بلقن يتم بذل العناية بحذر و حيطة و اهتمام و إخلاص بالعمل فحضور المحامي للجلسات في مواعيدها هو من باب الالتزام بموجب العناية الذي يطلب من المحامي⁴.

والتزام ببذل العناية يمتد ليشمل كل أنشطة المحامي، من تمثيل الموكل أمام المحاكم أو غيرها من الهيئات القضائية، و تقديم المشورة، و تحرير العقود و العرائض⁵. حتى أن الحرص على المستندات التي يسلمها الموكل للمحامي لغايات تقديمها للمحكمة هو صورة من صور الالتزام

¹ عامر. حسين و عبد الرحيم عامر: مرجع سابق . ص 97

² الاحمد، اشرف جهاد وحيد : مرجع سابق. ص 61

³ خطاب . طلبية وهبة : المرجع السابق . ص 110

⁴ الحسيني. عبد اللطيف : المرجع السابق . ص 319

⁵ حسين، محمد عبد الظاهر : المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل المرجع السابق، ص 119

ببذل عناية، فالمحامي ملزم ببذل العناية لعدم اطلاق الغير عليها، و عدم إفشاء مضمونها و ردها للموكل بعد انتهاء الوكالة¹.

أما التشريعات موضوع الدراسة فقد نصت على أن التزام المحامي تجاه موكله هو التزام ببذل عناية، و أن يقوم المحامي بالعمل الموكل له بكل حرص و أمانة، و لم تلزمه بتحقيق نتيجة، حيث لم تنص على واجبه بأن يحقق النتيجة المتفق عليها مع موكله. حيث أرى المادة 26 من قانون المحامين النظاميين الفلسطيني رقم 3 لسنة 1999² نصت على أن المحامي يلتزم بالدفاع عن موكله بكل أمانة و إخلاص و ان يقوم بالواجبات التي يفرضها عليه القانون و انظمة النقابة و هذا اشارة واضحة لتعريف الالتزام ببذل عناية حيث لم تصرح المادة انه ملزم بتحقيق النتيجة. و نجد ذات النص في المادة 55 من قانون نقابة المحامين الأردنيين رقم 11 لسنة 1972³، و بنفس المعنى في المادة 1/63 من قانون المحاماة المصري رقم 17 لسنة 1983⁴ حيث اكدت هذه المادة على انه يبذل غاية جهده و عنايته و هذا تأكيد على نوع التزام المحامي .

الفرع الثاني: الاستثناءات التي ينقلب فيها التزام المحامي الى تحقيق نتيجة

الأصل أن التزام المحامي قبل موكله هو التزام ببذل عناية إلا أن هناك حالات استثنائية يتشدد فيها التزام المحامي ليصبح التزاما بتحقيق نتيجة، بحيث يكون مسؤولا عن تحقيق النتيجة، و هذه

¹ حسين، محمد عبد الظاهر : المرجع السابق : ص 121، قبطان . محمد : التزامات المحامي و مسؤوليته ص 54
² نصت المادة 26 من قانون المحامين الفلسطينيين على (.....2- أن يتقيد في سلوكه بمبادئ الشرف والاستقامة والنزاهة وأن يقوم بجميع الواجبات التي فرضها عليه هذا القانون وتفرضها عليه أنظمة النقابة وتقاليدها .3- أن يدافع عن موكله بكل أمانة وإخلاص وهو مسؤول في حالة تجاوزه حدود الوكالة أو خطأه الجسيم.....)

³ تنص المادة 55 من قانون نقابة المحامين الأردن ين (على المحامي ان يدافع عن موكله بكل امانة واخلاص وهو مسؤول في حالة تجاوزه حدود الوكالة او خطئه الجسيم.)

⁴ تنص المادة 63 على (يلتزم المحامي بأن يدافع عن المصالح التي تعهد إليه بكفاية و أن يبذل في ذلك غاية جهده وعنايته. ولا يجوز له النكوص عن الدفاع عن متهم في دعوى جنائية إلا إذا استشعر أنه لن يستطيع بسبب ظروفه أو ملاسبات الدعوى أن يؤدي واجب الدفاع فيها بأمانه وكفاية).

الحالات يمكن تقسيمها حسب مصدرها الى ثلاثة اقسام الأول بسبب العقد و الثاني بسبب القانون والأخير بطبيعتها¹ .

اولا :ما تم الاتفاق عليه

الالتزام هو عبارة عن الأثر القانوني للتصرف الذي تنشأه الإرادة، أي ان الأصل ان الانسان يلتزم بارادته، و قد قسمت الالتزامات الى التزام ببذل العناية ، و التزام بتحقيق نتيجة، و مر سابقا ان الالتزام ببذل العناية يتضمن الالتزام بتقديم الحرص دون ان يكون المدين مسؤولا عن تحقيق النتيجة، في حين ان الالتزام بتحقيق النتيجة ملزم بالوصول الى النتيجة المتفق عليها، ولما كانت الإرادة هي اساس انشاء اللالتزام القانوني، فقد اجاز القانون في الالتزام ببذل عناية ان يتم الاتفاق على تحويل التزام من بذل عناية الى تحقيق نتيجة². و لكن هل يجوز للعمل ان يشترط على المحامي أن يكسب له الدعوى ، و أن يضمن له المحامي الحصول على حكم لصالحه؟ بمعنى اخر هل يجوز الاتفاق على رفع التزام المحامي من بذل عناية إلى تحقيق نتيجة؟

أجد أن المراجع الفقهي المتعلقة بمسؤولية المحامي التي حصلت عليها لم تجب صراحة عن هذا السؤال، لذا يجب الرجوع إلى القواعد العامة للجوابة عن هذا السؤال ، وبالرجوع إلى مجلة الاحكام العدلية أجدها لم تنص بشكل مباشر على الالتزام ببذل عناية، وان كانت قد تناولته من خلال الالتزامات المترتبة بموجب عقد الوديعة، ونصت بالمادة 784 على اعتبار الشرط الواقع عند الايداع اذا كان ممكنا و مفيدا و الالفه لغو، وهو ذات النص الوارد في المادة..... من القانون المدني الاردني .

وعليه لا يمكن إطلاق القول بأنه يمكن الاتفاق على رفع التزام المحامي من التزام ببذل عناية إلى تحقيق نتيجة، و لكن يمكن التفريق في المحاماة بين الأعمال المادية التي يقوم بها المحامي، و الأعمال التي تتمثل نتاجا فكريا و علميا يعتمد على المهارات الذاتية، فيمكن الاتفاق

¹ الاحمد، اشرف جهاد وحيد : مرجع سابق : ص 59-67

² نص الفقرة الاولى من المادة 358 من القانون المدني

على أن المحامي ملزم بتحقيق نتيجة في الأعمال المادية، فهو ملزم بتقديم الدعوى في وقت محدد، أو أن يباشرها بنفسه، و أن لا يعهد لغيره القيام بالتمثيل لدى المحاكم، و كل ذلك من قبيل الاتفاق على الأعمال المادية. أما الالتزام بالحصول على حكم لصالح العميل فهو اتفاق مخالف للنظام العام لكون سببه غير مشروع للاعتبارات التي جعلت التزام المحامي ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة .

ثانياً: القانون

جعل القانون التزام المحامي التزاماً بتحقيق نتيجة في بعض الحالات، و ذلك من خلال بعض النصوص الواردة في قوانين تنظيم مهنة المحاماة، أو في الأنظمة، أو أعراف و تقاليد مهنة المحاماة، ومنها على سبيل المثال لا الحصر، و جوب رد المستندات التي سلمها العميل للمحامي، أو التي حصل عليها المحامي باسم موكله¹، فالمحامي ملزم بالحفاظ على هذه المستندات و ردها كما استلمها و هو التزام بتحقيق نتيجة، إلا أن المحامي غير ملزم بحفظ هذه المستندات مدى الحياة وإنما هو ملزم بذلك لفترة من زمن نصت عليها التشريعات ، منها قانون المحامين النظاميين الفلسطيني رقم 3 لسنة 1999، و قانون المحاماة المصري 17 لسنة 1983، حيث

¹ نص الفقرة الأولى من المادة 50 من قانون المحاماة الاردني و التي تنص على (على المحامي ان يسلم موكله كل ما تسلمه من النقود والاوراق الاصلية التي في حوزته عندما يطلب الموكل ذلك)في حين نجد ان القانون الفلسطيني خلى من النص على هذا الالتزام صراحة و ان كان قد تطرق لحق المحامي بحجز المستندات حتى استيفاء اتعابه المتفق عليها و هو ما يتضمن النص الضمني على وجوب رد المستندات حيث نص قانون مهة المحاماة الفلسطيني في الفقرة 2 من المادة 22 (عند وجود اتفاق على الأتعاب بين المحامي والموكل يجوز للمحامي ما يلي :.....- 2 -حجز الأوراق والمستندات المتعلقة بموكله لحين استيفاء حقه في الأتعاب المتفق عليها شريطة إلا يؤثر ذلك على أي ميعاد محدد لاتخاذ إجراء قانوني يترتب على عدم مراعاته سقوط الحق فيه .-) و نص قانون المحاماة المصري في المادة 89 على (على المحامي عند انتهاء توكيله لأي سبب من الأسبابوان يرد الى الموكل جميع ما سلمه اليه من أوراق أو مستندات ما لم يكن قد تم ايداعها في الدعوى وان يوافيه بصور المذكرات والاعلانات التي تلقاها باسمه. ولا يلتزم المحامي بان يسلم موكله مسودات الأوراق التي حررها في الدعوى أو العمل الذي قام به ولا الكتب الواردة اليه. ومع ذلك يجب على المحامي ان يعطى موكله صوراً من هذه الأوراق بناء على طلب الموكل وعلى نفقته)

الزم كل منهما المحامي بحفظ المستندات خمس سنوات،¹ و قانون نقابة المحامين الأردني رقم 11 لسنة 1972 رفع مدة التزام المحامي بحفظ المستندات الى عشر سنوات²،

ومن الالتزامات بتحقيق نتيجة الملقاة على عاتق المحامي بنصوص القانون الالتزام بعدم تجاوز حدود الوكالة الممنوحة للمحامي من العمل³، و منها أيضا وجوب قيام المحامي بالمصادقة على توقيع موكله على وكالته التي ينظمها في مكتبه⁴، فان لم يقم المحامي بذلك و أدى إلى رد دعوى الموكل أو بطلان الإجراءات فان مسؤولية المحامي المدنية تقوم في هذه الحالة أيضا .

ثالثا : طبيعة التصرف

هناك التزامات ملقاة على عاتق المحامي أثناء ممارسته لمهنته، لا يمكن أن توصف إلا أنها التزام بتحقيق نتيجة، وذلك أن طبيعة هذه الإجراءات لا تحمل بذل العناية فقط، بل يجب أن تتحقق فيها النتيجة، لأن طبيعة هذه الإجراءات لا يوجد فيها احتمالات للخسارة، أو عدم تحقق النتيجة، إذ إن الإجراء متوقف على ارادة المحامي وحده، وتقوم مسؤولية المحامي اذا لم تتحقق النتيجة في هذه التصرفات، ومنها تقديم الطعن قبل انتهاء مدته، تقديم دعوى التأمين قبل انتهاء مدة تقادم المطالبة بالتعويض، إذ إن التزام المحامي بأن يتقدم بالطعن أو الدعوى مستوفية الشروط الشكلية هو التزام بتحقيق نتيجة⁵ .

¹ المادة 3/22 من القانون الفلسطيني و التي تنص على (3 يسقط حق الموكل في مطالبة محاميه برد الأوراق والمستندات والحقوق المترتبة على عقد الوكالة بمضي خمس سنوات من تاريخ انتهاء وكالته، وتنقطع هذه المدة بالمطالبة بها بكتاب موصى عليه) و المادة 91 من القانون المصري و التي تنص على (يسقط حق الموكل في مطالبة محاميه برد الأوراق والمستندات والحقوق المترتبة على عقد الوكالة بمضى خمس سنوات من تاريخ انتهاء وكالته وتنقطع هذه المدة بالمطابقة بها بكتاب موصى عليه).

² نصت الفقرة 3 من المادة 50 قانون المحاماة الأردني على (3. يسقط حق الموكل في استعادة الاوراق والمستندات بعد مرور عشر سنوات على انتهاء القضية).

³ نصت المادة 3/ 26 من قانون تنظيم مهنة المحاماة الفلسطيني على (أن يدافع عن موكله بكل أمانة وإخلاص وهو مسؤول في حالة تجاوزه حدود الوكالة أو خطأه الجسيم .) و نصت المادة 55 من قانون المحاماة الاردني على (على المحامي ان يدافع عن موكله بكل امانة واخلاص وهو مسؤول في حالة تجاوزه حدود الوكالة او خطئه الجسيم)

⁴ نص الفقرة 4 من المادة 20 من قانون تنظيم مهنة المحاماة رقم 5 لسنة 1999

⁵ الاحمد، اشرف جهاد وحيد : مرجع سابق. ص 66

الفرع الثالث : مضمون التزام المحامي ببذل عناية

يتضمن الالتزام ببذل عناية العناصر التالية :

1 - واجب الحذر : إذ على المحامي أن يكون حذراً في علاقاته مع موكله في كل ما يقدمه لهم من معلومات و تعليمات، و أن يكون حذراً في تنفيذ بنود الاتفاق الذي يربطه بالموكل¹، و من ضمن هذا الواجب يقع على المحامي التزام بضرورة الحصول على الوكالة المناسبة من الموكل، وأن يقدم الإجراءات وفقاً للأصول التي يتطلبها القانون، من معرفة مواعيد الجلسات و حضورها، وكل ذلك حتى لا يقع المحامي في أخطاء تسبب أضراراً لموكله، وتجعل المحامي تحت طائلة المسؤولية².

2 - واجب العناية و الاهتمام : أي أن المحامي ملزم بممارسة الأعمال الإجرائية بفاعلية، و أن يضمن فاعليتها وجديتها من حيث الشكل، فيقدمها خلال أوقاتها المعينة قانوناً، لان عدم الالتزام بالمهمل القانونية يؤدي إلى إلحاق الضرر بموكله، و هذا يؤدي إلى قيام مسؤولية المحامي، و على المحامي أن يقوم بكل الواجبات القضائية التي تلزم لصحة الدعوى، سواء كانت هذه الإجراءات تجري في قاعة المحكمة أو خارجها³، وتظهر أهمية هذا الالتزام عند تقادم الزمن مثل تقادم دعوى المطالبة بالتعويض عن حوادث السير، ويظهر هذا الالتزام أيضاً، في التزام المحامي بالقيام بالشكليات التي يفرضها القانون حيث أن على المحامي بسبب معرفته القانونية و خبرته القانونية، أن يقوم بالإجراءات القانونية وفقاً للشكل الذي رسمه القانون، و ذلك توخياً للحصول على قرار لمصلحة الموكل، كما أن على المحامي أن يتحقق من كل المستندات المقدمة إليه من العميل، علماً أن الالتزام بواجب العناية و الاهتمام يبقى ضمن الالتزام ببذل عناية و لا يكون التزاماً بتحقيق نتيجة وأن وصل إلى درجته أحياناً⁴.

¹ الحسني، عبد اللطيف : مرجع سابق . ص 320

² حمدان، حسين عبد اللطيف: العنصر الاخلاقي في مسؤولية المحامي عن اخطائه المهنية : المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق كتاب:المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين(ج2). بيروت: منشورات الحلبي.2000ص59

³ حسين . محمد عبد الظاهر : العلاقة القانونية بين المحامي و العميل الطبيعية و الآثار مرجع سابق . ص 146

⁴ حمدان، حسين عبد اللطيف : مرجع سابق ، ص 59

3 - واجب الإخلاص و الإخلاص هنا بمعنى الإتقان، حيث على المحامي أن يمارس عمله وفقاً للأصول القانونية، و حسن نية و ضمير حي، فيبذل الجهد الكافي بغير تقاعس أو تكاسل أو إهمال¹، وأن يقدم كل ما في وسعه لتسريع إجراءات التقاضي، و يعلم زبونه بكل النتائج المهمة، و يتفرع عن هذا الواجب قيام المحامي بالدفاع عن موكله بنفسه، إلا إذا تضمن التوكيل نصاً يجيز له إرسال مناب عنه .

4 - واجب الحفاظ على السر المهني : المحامي ملزم بالحفاظ على الأسرار التي يطلع عليه أو حصل عليها بسبب توكله عن العميل، والسر المهني هو كل معلومة أو واقعة توصل إليها المهني بمناسبة مهنته²، علماً أن هذا الالتزام نصت عليه جميع التشريعات موضوع الدراسة³.

5 - حسن السلوك المهني (الكرامة و اللياقة) : يفرض على المحامي أن يتسم بالأخلاق الحميدة عند ممارسة مهنته، و أن يتعامل مع الزبون بكل ما يحافظ على كرامته، و أن يتقيد في تعامله معه بمبادئ الشرف و الاستقامة و النزاهة، فلا يستغل المحامي موكله في ماله أو أملاكه⁴، و أن لا يقبل وكالة ضد موكله و لا يعطي استشارة لخصم موكله فيما وكل به .

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية لمسؤولية المحامي المدنية عن إخلاله بواجباته المهنية

تقدم أن المسؤولية المدنية هي التي تقوم على الضرر الذي يلحق بالفرد من فعل شخص آخر، ومن حيث مصدر الالتزام المنشئ للمسؤولية فقد يكون إخلالاً بالالتزام عقدي أو التزام قانوني، وعليه عمد الفقه إلى تقسيم المسؤولية المدنية إلى مسؤولية عقدية و مسؤولية تقصيرية، وحيث أن مسؤولية المحامي المدنية تجاه موكله تنظم بموجب القواعد العامة إذا فما طبيعة هذه

¹ الحلوم، ماجد راغب : المسؤولية المهنية للمحامين بين الشريعة و القانون : المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق كتاب: المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين(ج2). بيروت: منشورات الحلبي . 2000ص 24

² حسين . محمد عبد الظاهر : العلاقة القانونية بين المحامي و العميل الطبيعية و الآثار. مرجع سابق ص 189 .

³ فنص عليه قانون المحامين النظاميين الفلسطينيين رقم 3 لسنة 1999 بالمادة 4/28 منه، و نص عليه قانون نقابة المحامين الأردني رقم 11 لسنة 1972 بالمادة 4/60 منه، و نص عليه و قانون المحاماة المصري 17 لسنة 1983 بالمادة 65 منه.

⁴ الحلوم، ماجد راغب : مرجع سابق، ص 25

المسؤولية؟ هل هي عقدية أم تقصيرية؟ أم نوع ثالث غير ما ذكر؟ هذا ما سيبحثه هذا المطلب من خلال فرعين يعرض الأول لمسؤولية المحامي العقدية و يبحث الثاني بالمسؤولية التقصيرية.

الفرع الأول: المسؤولية العقدية

تقوم المسؤولية التعاقدية بين أشخاص ارتبطوا فيما بينهم بعقد سواء كان خطيا أم شفويا، و قد يكون صريحا أو ضمنيا¹.

وحتى تقوم المسؤولية العقدية للمحامي لابد من وجود عقد بينهما و أن يكون هذا العقد صحيحاً ومشروعاً، وأن يكون تقصير المحامي يتعلق بعدم التنفيذ أو التنفيذ السيئ للالتزام المترتب بموجب العقد².

نثور هنا الأسئلة التالية، هل العلاقة بين المحامي و موكله علاقة عقدية؟ وما نوع هذا العقد هل هو عقد من العقود المعروفة (المسماة) أم غير ذلك؟ وللإجابة عن هذه الأسئلة لابد من عرض طبيعة العلاقة بين المحامي وموكله هل هي عقدية أم لا؟ و ثم عرض لتكييف العقد من خلال مسألتين.

المسألة الأولى: ماهية العلاقة بين المحامي و الموكل.

أن الموكل عندما يذهب للمحامي طالبا منه مباشرة قضيته ، ويقبل المحامي ذلك فهنا يحصل التقاء وتطابق للإرادتين، ومن شأنه أن يرتب آثار قانونية تتمثل في التزامات وحقوق لكلا الجانبين وهو ما يمثل العقد³.

حرية التعاقد مكفولة للمحامي و الموكل، و لهما الحق في تحديد الالتزامات لكل منهما، فللموكل اللجوء للمحامي الذي يراه انسب لرعاية مصالحه، و له أن لا يستمر مع المحامي الذي اختاره، و للمحامي حرية مماثلة في قبول التمثيل بل أن له الحق في أن لا يمثل من لا يقتنع بوجهة

¹ الحسيني، عبد الطيف: مرجع سابق، ص 313

² حسين، محمد عبد الظاهر : المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل مرجع سابق، ص 253

³ خطاب، طلبه و هبه : مرجع سابق، ص 24

نظره، أو ان كان موقف الموكل مخالف لمبادئ المحامي، كما له الحق في عزل نفسه من تمثيل هذا الموكل بشرط أن لا يضر ذلك بمصلحة الموكل¹.

يتوفر في هذا العقد السبب الصحيح، وهو الالتزامات المتبادلة، والتمثلة في قيام المحامي برعاية مصالح الموكل، والقيام بكل الإجراءات اللازمة من تسجيل الدعوى، والحضور فيها، و تقديم المذكرات، و متابعة الجلسات، و في حين يكون للمحامي الحق في الأتعاب، و نظم القانون كيفية حصول المحامي على الأتعاب في حال عدم حصوله عليها وديا، حتى أن من حق المحامي الحصول على الأتعاب في حال تم تعينه من قبل المحكمة من خزينة الدولة².

المحامي دائما يرتبط مع الموكل بعقد إلا في بعض الحالات الاستثنائية التي لا يجوز قياس غيرها عليها، أي أن أساس العلاقة بين المحامي و موكله هو العقد الذي يفرض على الفريقين تنفيذ ما اتفق عليه في إطار ما تفرضه أصول ممارسة مهنة المحاماة و قواعدها و أنظمتها بغض النظر عن طبيعة العقد³. وحيث أن العقد له آثار، فان التخلف عن تنفيذ الالتزامات المترتبة بموجب العقد، يعطي الطرف الآخر الحق في المطالبة بالتنفيذ العيني، أو متابعته⁴ قضائيا بالتعويض عند التخلف عن التنفيذ أو العيب فيه⁵. و بالتالي فمسؤولية المحامي تجاه عميله هي مسؤولية تعاقدية⁶.

المحامي يرتبط مع موكله بعقد، و أي إخلال بالالتزامات العقد هو إخلال بالتزام عقدي، وهذا ما أجمعت عليه التشريعات موضوع الدراسة، إلا أن الفقهاء اختلفوا فيما بينهم في تحديد طبيعة

¹ حسين، محمد عبد الظاهر : المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل، مرجع سابق، ص 248

² المرجع السابق ص 250-251

³ الحسيني، عبد الطيف : مرجع سابق، ص 317

⁴ ان التزام المحامي قبل موكله هو التزام قائم على الاعتبار الشخصي، و التنفيذ العيني عن طريق القضاء فيه مساس بالحرية الشخصية للمحامي لذلك يلجأ غالبا الى المطالبة بالتعويض، و هذا ما سيبيحه المبحث الثاني من الفصل الثاني من هذه الدراسة.

⁵ حسين، محمد عبد الظاهر : المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل، مرجع سابق، ص 26

⁶ السنهوري، عبد الرزاق : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد : المجلد الثاني ، الطبعة الثالثة الجديدة . لبنان: منشورات الحلبي . 2000 ص 930

هذا العقد، و تثار أهمية تحديد طبيعة العقد بين المحامي و العميل لتحديد نطاق الخطأ العقدي وبالتالي نطاق مسؤولية المحامي المدنية¹.

نصت المادة الأولى من قانون المحامين النظاميين الفلسطيني رقم 3 لسنة 1999 في تحديد أعمال المحاماة على (التوكل عن الغير للدعاء بالحقوق والدفاع عنها لدى:أ- المحاكم كافة على اختلاف أنواعها ودرجاتها . ب- المحكمين ودوائر النيابة العامة . ج- الجهات الرسمية والمؤسسات العامة والخاصة....) و عليه و استنادا لهذا النص فالعلاقة بين المحامي و العميل هي علاقة عقدية، وأطلق عليه القانون لفظ الوكالة .

نص البند ج من الفقرة (4) من المادة (20) من القانون المعدل لقانون المحامين النظاميين الفلسطيني رقم 5 لسنة 1999 على: (مع مراعاة الفقرة (ب) أعلاه من هذه المادة لا يحق لأي محام الظهور لدى أية محكمة إلا بموجب وكالة خطية موقعة من موكله ومصادق عليها من قبله أو من قبل مرجع مختص قانونياً وإذا كانت الوكالة تشمل درجات متعددة في المحاكم فيدفع رسم إبراز عنها لحساب النقابة عن كل درجة من هذه الدرجات.) و عليه فان القانون الفلسطيني حسم الأمر بوجود وجود عقد بين المحامي و الموكل حتى يتمكن من تمثيل عميله لدى المحاكم.

وتأيد ذلك بمجموعة من النصوص الواردة في قانون تنظيم مهنة المحاماة منها على سبيل المثال، المادة (9) منه التي تنص على: (يحظر على المحامي قبول الوكالة بنفسه أو بواسطة محام آخر في الأحوال التالية:....) . والمادة (24) التي تعطي المحامي حق إنهاء الوكالة إذ نصت على : (لا يجوز للمحامي أن يتنازل عن التوكيل في وقت غير مناسب، ويجب عليه أن يخطر موكله بكتاب موصى عليه بتنازله عن التوكيل وأن يستمر في إجراءات الدعوى شهراً على الأقل متى كان ذلك لازماً للدفاع عن مصالح الموكل).

وبذلك أرسى المشرع الفلسطيني قاعدة أن العلاقة بين المحامي والموكل هي علاقة تعاقدية، وهي من عقد وكالة، حيث على كل منهما التزامات متقابلة، وعليه فالمسؤولية بين المحامي

¹ شلبي، محمد توفيق : مرجع سابق، ص 104

والموكل هي مسؤولية تعاقدية، لأنها تترتب على الإخلال بالالتزامات التي رتبها العقد، واخذ القضاء الفلسطيني بهذا النهج فقضت محكمة النقض أن توقيع الوكالة من قبل الموكل للمحامين هو توكيل لهما حتى لو لم يصادق احدهما على الوكالة في حكمها رقم 2009/251 الصادر بتاريخ 2009/9/14، ويستفاد من متن هذا الحكم انه اعتبر العلاقة بين المحامي والموكل علاقة وكالة تتعقد بمجرد التوقيع من الموكل¹. وقضت محكمة استئناف رام الله ان العلاقة بين

¹ حكم محكمة النقض الفلسطينية رقم 2009/251 الصادر بتاريخ 2009/9/14 المنشور على موقع المفتي muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments تم الدخول بتاريخ 2014/9/18 الساعة العاشرة ليلا و جاء في نص الحكم (.....1- أن الوكالة الموقعة بتاريخ 2004/10/16 من الطاعن (المدعى عليه) في الدعوى خالد محمود عبد الغافر معطاة للمحامين أشجان شقور وسالم النقيب في حين أن المصادقة عليها تمت فقط من المحامي أشجان شقور منفردا. 2- أن المدعى عليه خالد المذكور تقدم بلائحة جوابية في الدعوى تضمنت في مستهلها أن وكيله في الدعوى هما المحاميان أشجان شقور وسالم النقيب في حين أن الموقع على اللائحة هو فقط المحامي أشجان شقور منفردا. 3- كما أننا ومن خلال تدقيق أوراق الدعوى وإجراءات المحاكمة التي تمت فيها نجد أن المحامي سالم النقيب قد حضر عدة جلسات أمام محكمة الموضوع وبحضور وكيل الطاعن وقد قام المحامي المذكور بتمثيل المدعى عليه في بعض إجراءات المحاكمة دون معارضة أو اعتراض على ذلك التمثيل سواء من المدعى عليه نفسه أو وكيل المدعى إلى أن تخلف عن الحضور للمحكمة في جلسة 2008/4/16 فتقرر بعد ذلك إعادة تبليغه على مدار جلستين، وفي جلسة 2008/9/25 لم يحضر رغم تبليغه موعدها بواسطة المحامي صالح أبو عيده شريكه في المكتب الذي يعمل معه في ذات المكتب (حسبما ورد في شرح المحضر) وتقرر مرة أخرى تبليغه لحضور جلسة 2008/11/4 إلا انه لم يحضر أيضاً فتقرر تبليغه مرة أخرى للحضور في جلسة 2008/12/21 التي تبليغها بالذات بتاريخ 2008/11/17 وفق ما جاء في ورقة التبليغ والتي شرح عليها (لقد انسحبنا من الملف والملف يخص الوكيل الأصيل عبد الكريم حماد). و عودة إلى أسباب الطعن المنسوبة على مدى قانونية تمثيل المحامي سالم النقيب للمدعى عليه ومدى قانونية التبليغات الصادرة له بهذه الصفة وانعكاس ذلك على المدة القانونية التي تم من خلالها تقديم الاستئناف، فإننا نجد بادئ ذي بدء أن تمثيل المحامي سالم النقيب للمدعى عليه في الدعوى 2004/124 صلح سلفيت المحالة بعد ذلك لمحكمة بداية نابلس برقم 2005/327 والمنبثق عنها الاستئناف الصادر فيه القرار المطعون فيه، هو تمثيل صحيح وقانوني إذ لما كانت الوكالة الموقعة من المدعى عليه (الطاعن) بتاريخ 2004/10/16 والتي تم إبرازها في الدعوى المشار إليها قد تضمنت توكيل المحامين أشجان شقور وسالم النقيب مجتمعين و/أو منفردين بتمثيل المدعى عليه الطاعن بالمرافعة والمدافعة والمخاصمة في القضية 2004/124 (أعيد تسجيلها برقم 2005/373) المتكونة بينه وبين المدعى طلعت صابر أبو لافي وقد تمت المصادقة على هذه الوكالة من قبل احد المحامين المذكورين وهو المحامي أشجان شقور وقد ذيلت هذه الوكالة بتوقيع المدعى عليه (الطاعن) ومهتت بخاتم المحكمة وقدمت بموجبها اللائحة الجوابية في الدعوى. ولما كان الموكل خالد المذكور لم ينكر صحة التوكيل الصادر عنه في الوكالة المشار إليها فإن عدم تصديق المحامي سالم النقيب على تلك الوكالة مع وجود تصديق للمحامي الآخر الذي يمثل معه الموكل منفردا أو مجتمعاً في ذلك التوكيل ليس من شأنه أن يجعل المحامي سالم النقيب ممثلاً غير قانوني للمدعى عليه في الدعوى وبذا فإن الطعن في صحة توكيل المحامي سالم النقيب للمدعى عليه في إجراءات المحاكمة أمام محكمة الموضوع التي أصدرت القرار المستأنف بموجب الاستئناف الصادر فيه القرار الطعن يغدو في غير محله ويكون تمثيل المحامي المذكور للمدعى عليه في الدعوى حتى نهاية

المحامي و موكله هي علاقة تعاقدية وان مسؤولية المحامي تبعا لذلك هي مسؤولية تعاقدية¹.
وأجد أن المشرع الأردني اخذ بذات الموقف الذي اخذ به المشرع الفلسطيني من ضرورة وجود عقد حيث نص على أن المحامي لا يقبل تمثيله لموكله إلا إذا ابرز منه وكالة خصوصية²، وقد حكم القضاء الأردني أن العلاقة بين المحامي و موكله هي علاقة وكالة بالخصومة، وإنها تتعقد بتوقيعها من الموكل و المصادقة عليها من المحامي و ذلك في حكم محكمة التمييز الأردنية بهيئتها العامة رقم 2005/696 الصادر بتاريخ 2005/11/28³.

المشرع المصري لم ينص صراحة على ذلك و إنما نجد من استقراء النصوص إن العلاقة بين المحامي و الموكل هي علاقة وكالة⁴. ويرى الدكتور محمد عبد الظاهر انه لا يجوز للمشرع

الإجراءات فيها أمام محكمة الموضوع واقعا في محله وينفق وصحيح القانون ويغدو ما أثير في لائحة الطعن حول هذه المسألة مستوجب الرد...).

¹ انظر استئناف مدني رقم 2010/48 الصادر عن محكمة استئناف حقوق رام الله بتاريخ 2010/9/28 عن موقع muqtafi.birzeit.edu تمت الزيارة بتاريخ 2014/12/13 الساعة السادسة مساء

² نص المادة 3/44 من قانون نقابة المحامين الاردنيين على (مع مراعاة الفقرة (2) من هذه المادة لا يحق لاي محام الظهور لدى اي محكمة الا بموجب وكالة خطيه موقعه من موكله ومصادق عليها من قبله او من قبل مرجع مختص قانونياً و اذا كانت الوكالة تشمل درجات متعددة في المحاكم فيدفع رسم ابراز عنها لحساب النقابة عن كل درجة من هذه الدرجات.) و نصت الفقرة 4 منها على (تنظم الوكالات العامة لدى الكاتب العدل ويكون اطلاق المحكمة عليها كافياً لاثبات حق المحامي في تمثيل موكله بموجبها ويجوز للمحكمة اذا شاءت ان تحتفظ بصورة عنها يصدقها رئيس القلم وتكون تابعة لرسم الابراز حسب الصورة المبينة في الفقرة السابقة) .

³ منشورات الموقع القسطاس الإلكتروني qistas.com/jor/index. تمت الزيارة بتاريخ 2014/11/24 الساعة

السابعة مساء و جاء في قرار الهيئة العامة لمحكمة التمييز الاردنية رقم 2005/696 ما يلي (...يستفاد من احكام المادة السادسة من قانون نقابة المحامين ان حق التصديق على الوكالة الخاصة التي منحها المشرع للمحامي الاستثناء من صلاحيات كاتب العدل ينحصر في البند الاول من المادة السادسة أعلاه..... فأن توقيع المحامي على الوكالة الخاصة ينحصر فقط بالتصديق على توقيع موكله على تلك الوكالة بالخصوص الموكل به تمثيلاً مع احكام المادة 63 من قانون اصول المحاكمات المدنية التي اوجبت على الوكيل ان يثبت وكالته بسند رسمي اذا كانت الوكالة عامة، و ان كانت وكالة خاصة غير رسمية وجب ان يكون مصدقا على توقيع الموكل و يكون مسؤولاً عن صحة التوقيع على التوكيل عملاً بالمادة 1/44 من قانون نقابة المحامين المشار اليها انفاو. عليه فان التوقيع على الوكالة من قبل الموكل و التصديق على ذلك التوقيع من قبل المحامي ينصرف لغايات التوكيل بالخصومة فقط . و لا يرد القول بان توقيع المحامي على الوكالة الخاصة يشمل ناحيتين، الاولى التصديق على توقيع موكله و الثانية اتفاقاً مع موكله على مقدار اتعاب المحاماة...)

⁴ حيث نصت المادة 9 من قانون المحاماة المصري على (يجوز للمحامي مزاوله أعمال المحاماة في البنوك وشركات المساهمة الخاصة والجمعيات التعاونية . وتكون علاقة المحامي بهذه الجهات علاقة وكالة ولو اقتصر عمله عليها) كما نصت المادة 58 على (لا يجوز في غير المواد الجنائية التقرير بالظن أمام محكمة النقض أو المحكمة الإدارية العليا الا

إطلاق وصف الوكالة على العلاقة بين المحامي و العميل، فالمشرع لا يعطي أوصاف و إنما هذا دور الفقه، و كان موقف المشرع جريا وراء العرف، خاصة وان المشرع في قانون البينات عدد المحامين و الوكلاء في المادة 66 أي انه اخرج المحامين من عداد الوكلاء¹.

اجمع الفقه المصري على وجود عقد يربط المحامي بالموكل، و لكن اختلف في طبيعة هذا العقد²، وهذا ما سنتعرض له فيما بعد، و أجمعوا أن وجود عقد صحيح بين المحامي وعملية هو أهم شرط لقيام المسؤولية العقدية للمحامي، و أن هذه المسؤولية لا تقوم إلا بقيام أركانها العامة وهي الخطأ و الضرر وعلاقة السببية بينهما³.

المسألة الثانية: ماهية العقد الذي يربط المحامي بموكله؟

تحديد طبيعة العقد الذي يربط المحامي بموكله أمر ضروري في دراسة المسؤولية المدنية وخاصة في تحديد الخطأ العقدي الذي يؤدي إلى قيام المسؤولية المدنية، وتظهر أهمية ذلك في القانون المصري الذي تقوم فيه المسؤولية على ركن الخطأ ، لذا لا بد من التعرض لهذه الاختلافات بشكل موجز وفقا للتالي :

أولا : عقد يدخل في نطاق القانون العام

من المحامين المقررين لديها سواء كان ذلك عن أنفسهم أو بالوكالة من الغير.) و جاء نص المادة 91 موكدا ان عميل المحامي موكل و ان العقد هو عقد وكالة حيث تنص على (يسقط حق الموكل في مطالبة محاميه برد الأوراق والمستندات والحقوق المترتبة على عقد الوكالة بمضى خمس سنوات من تاريخ انتهاء وكالته وتتقطع هذه المدة بالمطابقة بها بكتاب موصى عليه) و اكد ايضا نص المادة 92 على صفة العقد ا جاء فيها (لا يجوز للمحامي أن يتنازل عن التوكيل في وقت غير لاق و يجب عليه ان يخطر موكله بكتاب موصى عليه بتنازله عن التوكيل وان يستمر في اجراءات الدعوى شهراً على الاقل متى كان ذلك لازماً للدفاع عن مصالح الموكل. ويتعين على المحكمة تأجيل الدعوى المدة الكافية لتوكيل محام). .

¹ حسين . محمد عبد الظاهر : المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل : مرجع سابق، ص 27

² حسين . محمد عبد الظاهر : مرجع سابق، ص 253، خطاب، طلبه وهبه : مرجع سابق، ص 21

³ خطاب، طلبه وهبه : مرجع سابق، ص 19

ذهب البعض و منهم آيلتون و هو فقيه فرنسي و محمد زهير جرانه إلى أن وظيفة المحامي هي المساهمة في تسريع العدالة، ويؤدي خدمة عامة، وبالتالي فعلاقة المحامي بموكله تدخل في إطار روابط القانون العام، والعقد بينهما هو عقد من عقود القانون العام، و يعلل أصحاب هذا الرأي وجهة نظرهم بلأن المحامي يقوم بتهيئة الدعوى أمام القضاء مما يساعد على سرعة الفصل بها، وبغير وجود المحامي تتقاذفها المحاكم بعدم الاختصاص تارة و بعيوب الإجراءات تارة أخرى¹.

مبررات هذا الرأي معقولة للوهلة الأولى، حيث إذ صح اعتبار المحامي يؤدي وظيفة عامة في علاقته مع نقابته، أو عند انتدابه من المحكمة، إلا أن علاقته مع العميل تتميز بالاستقلال من حيث قبول التمثيل، و رسم طريق سير الدعوى، و للعميل الحرية المطلقة باختيار المحامي المناسب، ولهما الحق في إنهاء العلاقة².

والمحاماة مهنة حرة لا تتبع الإدارة العامة و لا بلبي شكل من الإشكال³، كما لا يوجد أي تبعية بين المحامي و أي مؤسسة أو مهنة أخرى .

ثانيا : عقد في نطاق القانون الخاص

يكاد يجمع الفقه القانوني المصري على أن العلاقة بين المحامي و عميله هي عبارة عن عقد من عقود القانون الخاص ، و اختلفوا في طبيعة هذا العقد، هل هو عقد وكالة كما أطلق عليه المشرع؟، أم هو عقد مقاوله، أو عقد عمل، أو عقد الفضالة؟ و سنعرض لهذه النظريات ومبرراتها و انتقاداتها باختصار على أن يكون آخرها عقد الوكالة .

¹ آيلتون و هو فقيه فرنسي و محمد زهير جرانه : المحاماة و ادابها و تقاليدها، مجلة المحاماة سنة 40 ص 1369 كما اشار اليهما حسين . محمد عبد الظاهر : العلاقة القانونية بين المحامي و العميل الطبيعية و الآثار : مرجع سابق، ص 147

و سوادى . عبد الباقي : مرجع سابق، ص 76

² شلبي . محمد توفيق : مرجع سابق، ص 68

³ شحاته . محمد نزر : مرجع سابق، ص 148

1- عقد المقاولة : نظراً للاستقلال الذي يمارس فيه المحامي مهنته، دون أن يكون خاضعاً له، فإنه يعتبر في مركز المقاول الذي يؤدي عملاً لأخر مقابل اجر يتناسب و أهمية العمل الذي قام به¹.

وترد المقاولة على الأعمال المادية أما أعمال الفكر فهي لا تدخل في أعمال المقاول، لذلك ذهب الدكتور السنهوري إلى اعتبار أن مهام المحامي هي خليط من الأعمال القانونية التي تستتبع أعمالاً مادية وتلحق بها، و ذهب إلى أن عقد المقاولة هو المطبق في حال كانت الأعمال الغالبة هي الأعمال المادية، أما إذا غلبت أعمال الفكر على الأعمال التي يقدمها المحامي للعميل طبق عقد الوكالة، و كل ذلك طالما لم يكن بالإمكان فصل الأعمال عن بعض².

2- عقد عمل : قال بعض الفقهاء الفرنسيين أن العلاقة بين المحامي و الموكل هي علاقة عمل يمثل فيها الموكل رب العمل، و يقوم المحامي لصالح هذا الموكل بأعمال مهنة المحاماة لقاء أجر³، و عرفت المادة 24 من قانون العمل الفلسطيني⁴ عقد العمل الفردي بأنه (هو اتفاق كتابي أو شفهي صريح أو ضمني يبرم بين صاحب عمل و عامل لمدة محددة أو غير محددة أو لإنجاز عمل معين يلتزم بموجبه العامل بأداء عمل لمصلحة صاحب العمل و تحت إدارته وإشرافه، و يلتزم فيه صاحب العمل بدفع الأجر المتفق عليه للعامل) .

يظهر من التعريف السابق أن أهم ما يميز عقد العمل هو التبعية بين العامل و رب العمل، لذا وجه انتقاد إلى أصحاب هذه النظرية بان هذه التبعية الواجب توافرها في عقد العمل تتنافى مع الاستقلال الذي تتطلبه مهنة المحاماة، و انه لا يتصور قيام علاقة التبعية بين المحامي و

¹ هذا رأي بلانيول كما اشار اليه حسين . محمد عبد الظاهر: العلاقة القانونية بين المحامي و العميل الطبيعية و الآثار :

مرجع سابق، ص 55

² السنهوري . عبد الرزاق : مرجع سابق، ج 8 ص 16

³ الفقيه الفرنسي ريبيروراست كما اشار اليه سوادي . عبد الباقي : مرجع سابق، ص 67

⁴ قانون العمل الفلسطيني رقم 7 لسنة 2000 المنشور على الصفحة 7 من العدد 39 من الوقائع الفلسطينية الصادر بتاريخ 2001/11/25 و الذي نص في المادة 141 من على العمل به بعد ثلاثين يوماً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

العميل¹، وقد حاول أنصار الرأي الرد على الانتقاد الموجه لالتبعية، إن التبعية الموجودة بين العميل والمحامي، أن المحامي ملزم بالقيام بما يطلبه الموكل، و لا يشترط أن تكون التبعية مطلقاً بل يكفي بعلاقة العامل برب العمل التبعية التنظيمية دون الفنية، ويرى آخرون أن علاقة المحامي بالموكل تكون علاقة عمل في حالة كون المحامي يمثل مؤسسة أو شركة و يتابع عمله لديها في مقرها و يتبع نظمها الإدارية من حيث تنظيم ساعات العمل وغيره².

وأجد أنه لا مجال لتكييف العقد بين المحامي و موكله على أنه عقد عمل استناداً للحرية، و الاستقلال المطلوب في ممارسة مهنة المحاماة خاصة مع نص قانون المحاماة على أن مهنة المحاماة حرة، و أن لا سلطان على المحامي في أداء مهنته إلا لضمير³. وحتى القانوني⁴ الذي يعمل لدى شركة في مقرها لا يعتبر محامياً، لأن القانون اشترط المكتب المستقل⁵، إلا في حالة عمل المحامي لدى محامي آخر وهنا لا يكون علاقة المحامي مع العميل و إنما تكون علاقة المحامي علاقة عمل مع المحامي صاحب المكتب .

4- العلاقة بين المحامي والعميل هي علاقة فضالة⁶: و الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزماً بذلك، و يكون رب العمل

¹ خطاب، طلبه و هبه : مرجع سابق، ص 39

² سوادى . عبد الباقي : المرجع السابق . ص 68

³ نصت المادة 2 من قانون المحامين النظاميين الفلسطيني رقم 3 لسنة 1999 على (المحاماة مهنة حرة تعاون السلطة) و نصت المادة 1/20 من ذات القانون (وفقاً لأحكام القانون يتمتع المحامي بالحقوق والامتيازات التالية : أ- اختيار الأسلوب الذي يراه مناسباً في دفاعه عن موكله ...)

⁴ و سمي قانوني لأنه غير مسجل في سجلات نقابة المحامين حيث ان المخول بالمثول امام القضاء هو الحاصل على شهادة قانون ومسجل لدى نقابة المحامين و ذلك سندا للمادة 26 من قانون المحامين النظاميين الفلسطيني رقم 3 لسنة 1999

⁵ نصت المادة 26 من قانون المحامين النظاميين الفلسطيني رقم 3 لسنة 1999 على (يجب على المحامي ما يلي : 1- ان يكون له مكتب لائق مكرس لأعمال المحاماة.)

⁶ الفضالة هنا من التفضل و هي تعني قيام شخص بتولي امر من الامور في عمل يستوجب السرعة و العجلة و ذلك لحساب شخص آخر حيث يكون غير مجبر على ذلك و لا موكل فيه و لا منهي عنه و قد يكون العمل مادياً و قانونياً و في الحالتين يجب ان يكون عاجلاً ، و ذلك حسب ما عرفها القضاء الفلسطيني في حكم محكمة استئناف رام الله رقم 384/1986 الصادر بتاريخ 1986/10/7 المنشور لدى عواد، نصري إبراهيم: مجموعة المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة الاستئناف في الدعاوي الحقوقية لعامين 1987/1986، القدس : مطبعة المعارف، 1988، ص 625

ملزماً بتعويض الفُضولي، لكي لا يثرى رب العمل على حساب الفُضولي بلا سبب، و سبب التزام الفُضولي هو القانون، وإذا أجاز رب العمل ما قام به الفُضولي انقلب الفُضولي لوكيل¹، وقد نصت مجلة الأحكام العدلية على الفضالة ونص القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 على الفضالة بالمادة 301 منه²، كما نص عليها القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948³. حيث يعتبر المحامي فضولياً في حال تجاوزه حدود الوكالة التي تربطه بالعمل هذا رأي محكمة استئناف ديجون، وذهب إلى ذلك الفقيه بوات⁴، وهو رأي يكيف جزءاً من علاقة المحامي بموكلها بأنها فضالة⁵، و لكن هذا الرأي لم يجد في الفقه العربي سوى المعارضة لان الفضالة تتعارض مع جوهر مهنة المحاماة لأن الفُضولي ملزم بمتابعة العمل حتى يتمكن الأصيل من متابعته بنفسه، وهو ما لا يتأتى للمحامي، وقد رفضت فكرة الفضالة من قبل محكمة

كما عرف القانون المدني الفضالة ان يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون ان يكون ملزماً بذلك. و استناداً لاحكام المادة 1/ 310 من القانون المدني لا يجوز للدائن الرجوع بما دفعه عن المدين دون امره الا اذا توفرت شروط المادة 301 من ذات القانون وهي اذن المحكمة او اوجبه الضرورة او قضي به عرف و اذا لم يثبت من قام بالتصرف (الفُضولي) اية حالة من الحالات الواردة في المادة 301 من القانون المدني الاردني، لا يحق له الرجوع على من اجري التصرف لمصلحته بما اداه عنه من الدين. و انظر تفصيل ذلك بموجب قرار محكمة التمييز الاردنية رقم 2004/2637 و هي بهذا المعنى تختلف عن الفُضولي و الذي هو من الفُضول الذي نصت عليه المواد 112 من مجلة الاحكام العدلية بانه (الفُضولي: هو من يتصرف بحق الغير بدون إذن شرعي) و ان تصرفاته تكون موقوفة على اجازة صاحب المال بالبيع حسب نص المادة 378 من مجلة الاحكام العدلية و صاحب المأجور حسب المادة 447 من مجلة الاحكام العدلية و المادة 171 من القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976

¹ سلطان، انور : مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني، الطبعة الثانية مزيدة و منقحة . عمان: المكتب القانوني 1998 ص 475

² تنص المادة 301 من القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976 على (من قام بفعل نافع للغير دون أمره ولكن أذنت به المحكمة أو أوجبه ضرورة أو قضي به عرف فإنه يعتبر نائباً عنه وتسري عليه الأحكام التالية.)

³ تنص المادة 188 من القانون المدني المصري رقم رقم 131 لسنة 1948 على (الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب آخر، دون أن يكون ملزماً بذلك)

⁴ اشار اليهما خطاب، طلبه وهبه : مرجع سابق، ص 95

⁵ حسين .محمد عبد الظاهر : العلاقة القانونية بين المحامي و العميل البيعة و الآثار : مرجع سابق، ص93

النقض المصرية إذ اعتبرت أن الوكالة العامة لا تخول المحامي القيام بالإجراء بل لا بد من توافر الوكالة بالخصومة¹.

5- الوكالة: تعرف الوكالة بأنها : تفويض واحد أمره لآخر وإقامته مقامه في ذلك الأمر ويقال لذلك الواحد موكل ولمن أقامه مقامه وكيل ولذلك الأمر موكل به².

ذهب جانب كبير من الفقه إلى تكليف العلاقة بين المحامي و العميل على أنها عقد وكالة، و ذلك لاعتبارات اجتماعية و أخرى قانونية، وتتمثل الاعتبارات الاجتماعية، في أن الوكالة ترد على أعمال قانونية، و أعمال المحاماة هي أعمال تتسم بالرفعة، لذلك وجد أن تكليف العلاقة على أنها وكالة، يلبي هذه الاعتبارات، أم الأعمال المادية فهي تدخل في باب الخدمات . و تتمثل الاعتبارات القانونية للتكليف علاقة المحامي بالعميل وكالة هي أن الوكالة تعطي الطرفين الحق في إنهاؤها في أي وقت، و هذا يحقق استقلال مهنة المحاماة³.

وكالة المحامي هي وكالة بالخصومة، ويعتبرها البعض وكالة خاصة أو من نوع خاص، لأنها وكالة فريدة من نوعها، فهي تخول المحامي رفع الدعوى، ومتابعة إجراءاتها، والحضور بجميع الهيئات القضائية والعدلية⁴.

إلا أن هذا الرأي لم يسلم من الانتقادات لعدم انطباق جميع أحكام عقد الوكالة على جميع التزامات المحامي، وصورة علاقته بالعميل، ولكن قام أنصار تكليف العقد على أنه عقد وكالة بالرد على هذه الانتقادات. لذلك سأقوم بإيراد الانتقادات و الردود عليها مباشرة كما يلي:

¹ قرار محكمة النقض المصرية رقم 28/316 الصادر بتاريخ 19/6/1963 المشار اليه لدى خطاب، طلبه وهبه : المرجع السابق ، ص 96

² نص المادة 1449 من مجلة الاحكام العدلية و عرفت مجلة الاحكام العدلية الوكالة بالخصومة في المادة 1516 منها بانها(لكل من المدعي والمدعى عليه أن يوكل من شاء بالخصومة ولا يشترط رضاه الآخر .) و عرفها القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 بالمادة 699 منه بانها (الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل) و عرفتها المادة 833 من القانون القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 (الوكالة عقد يقيم الموكل بمقتضاه شخصا آخر مقام نفسه في تصرف جائز معلوم).

³ خطاب، طلبه وهبه : مرجع سابق، ص 80

⁴ قبطان . محمد : مرجع سابق، ص 46

أ - المحامي يقوم بالأعمال باسمه لا باسم موكله، في حين أن الأصل أن الوكيل يقوم بالأعمال باسم موكله و لحسابه، لأن العقد هو عقد مقاوله¹، و أجد أن هذا القول في غير محله لان جميع آثار الإجراءات التي يقوم بها المحامي تنصرف لموكله، ولا يلتزم بها شخصيا.

ب - إن المحامي مستقل في أداء مهام وظيفته، في حين أن الأصل أن الوكيل يخضع لتعليمات موكله، لان الوكيل يتصرف باسم العميل و لحسابه، و بالتالي من حق الموكل أن يملى عليه شروطه، و يرد على هذا الرأي أن المحامي يمارس عملا مستقلا لمصلحة العميل، و صحيح أن المحامي لا يتقيد بخطة عمل يرسمها له ميل، ولكن ذلك لا يؤدي إلى إذابة شخصية العميل، فللعامل أن يبدي دفاعه و رغباته و على المحامي احترامها و تنفيذها²، كما أن المحامي لا يقدم على القيام بأعمال غير مكلف بها³، بل إن تجاوزه لحدود الوكالة يجعل من هذه التصرفات غير ذات أثر⁴، و أجد أن استقلال المحامي هو في طريقته الفنية في تنفيذ الإجراء وهذا غالبا لا يكون للعميل رأي فيه لأنه ليس صاحب خبرة قانونية .

ج- الأصل أن الوكالة ترد على الأعمال القانونية فقط دون الأعمال المادية في حين أن المحامي يقوم باسم موكله بأعمال مادية و أعمال قانونية، و يرد على هذا الانتقاد انه لا ينال من عقد الوكالة إن تضمنت بعض الاعمال المادية لأن الأصل أن الأعمال التي يقوم بها المحامي هي أعمال مادية لها صفة الأفكار الأدبية و لا يمكن أن تكون أعمال مهنة المحاماة فكرية قانونية بحتة⁵.

د- الأصل أن الوكالة من عقود التبرع في حين أن للمحامي حق تقاضي الأتعاب، و يرد على هذا الانتقاد أنه لا يوجد ما يمنع تقاضي المحامي للأتعاب من العميل لأنها منظمة بموجب

¹ رأي الفقيه جلاسون حسبما اشار اليه خطاب، طلبه و هبه : مرجع سابق، ص 85

² حسين، محمد عبد الظاهر : العلاقة القانونية بين المحامي و العميل البيعة و الآثار : مرجع سابق، ص 88

³ بدر . بلال عدنان : مرجع سابق، ص 84

⁴ العبيدي . دانية ماجد عبد الحميد : مرجع سابق، ص 89

⁵ خطاب، طلبه و هبه : مرجع سابق، ص 82

القانون¹، و أجد أن القانون عرف أنواع مختلفة من الوكالات التي تكون مقابل أجر مثل الوكالة بالعمولة². وعليه وبما أن قانون المحاماة أعطى الحق المحامي بالأ تعاب فلا يوجد ما يمنع ذلك.

هـ - الأصل أن الوكالة عقد رضائي ينعقد بإرادة الموكل و إيجاب الوكيل، و يمكن أن تتعقد الوكالة بين المحامي و العميل في حالة حضور العميل إلى مكتب المحامي و الاتفاق على أن يقوم المحامي بتمثيله، في حين أن ذلك غير ممكن في حال الانتداب من قبل المحكمة أو في حالة المساعدة القضائية. و يرد على هذا الانتقاد أن هذه الحالات هي حالات استثنائية لا يقاس غيرها عليها، ولا تشكل سببا لتغيير الأصل، ويمكن اعتبار المحامي في هذه الحالة نائبا قانونيا³. ويعتبر العقد الذي يربط المحامي بموكله هنا من العقود التي تتم عن طريق السلطة العامة و التي تفتقد إلى ركن الرضا، مثل عقد البيع بالمزاد العلني.

واستنادا إلى ما تقدم من نصوص نجد أن التشريعات موضوع الدراسة قررت ب أن علاقة المحامي بموكله هي علاقة تعاقدية، و هي عبارة عن عقد وكالة، وهي وكالة من نوع خاص، و هذا الرأي المستقر عليه قضاء أيضا إذ نجد أن محكمة النقض الفلسطينية في أكثر من حكم لها اعتبرت أن العلاقة بين المحامي و العميل تقوم بعقد وكالة⁴.

¹ بدر. بلال عدنان : مرجع سابق، ص 84

² نص المادة 80 من قانون التجارة رقم 12 لسنة 1966 المنشور على الصفحة 469 من العدد 1910 من الجريدة الرسمية الأردنية الصادر بتاريخ 1966/3/30 و الذي نص في المادة 1/ 1 منه ان يعمل به بعد مرور ثلاثة أشهر من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

³ شلبي . محمد توفيق : المرجع السابق. ص 81

⁴ نقض مدني رام الله 2004/120 الصادر بتاريخ 2004/11/20 الذي يعتبر أن المحكمة ملزمة باعتبار المحامي ممثلا لأحد الأطراف بعد إiraz وكالة من الطرف للمحامي. و نقض مدني رام الله 2012/869 الصادر بتاريخ 2014/1/27 و الذي قضى بأن تصريح المحامي على ضبط الجلسة انه انسحب من و كالتة بتمثيل موكله و مصادقة المحكمة على ذلك بالاستجابة الى طلبه بالانسحاب يمثل إنهاء للعلاقة التعاقدية و هي الوكالة بين المحامي و موكله. موقع المفتي <http://muqtafi.birzeit.edu> تمت الزيارة في 2014/7/15 الساعة العاشة مساء و غيرها من الأحكام التي تمت الإشارة إليها على الصفحة 39 من هذا البحث

الفرع الثاني : المسؤولية التقصيرية

يحكم ممارسة مهنة المحاماة قانون، يبين الحقوق والواجبات الملقاة على عاتق المحامي، ووسع القانون من نطاق المهام الملقاة على عاتق المحامي فشملت التمثيل و الاستشارة و تنظيم العقود، والمحامي في تمثيل موكله يرتبط معه بوكالة،و لكن لا تقتصر محددات آثار العقد على أحكام الوكالة فقط، بل إن الواجبات و الحقوق المعطاة للمحامي توسعت كثيرا بموجب التشريعات النازمة لمهنة المحاماة، لتشمل حقوقا و واجبات لم ينص عليها بالعقد أو لم يتم الاتفاق عليها بين الأطراف، وعليه فمسؤولية المحامي تقوم بدون حاجة لان يكون مرتبط بعقد مسمى و منصوص عليه بالقانون¹. لذلك ظهر من يناادي بالمسؤولية التقصيرية للمحامي، و هم يستندون في ذلك الى إنعدام العقد بين المحامي و الموكل، و سأعرض فيما يلي لأفكار، و آراء القائلين بانعدام العقد، والردود التي وجهت لهم تباعا من خلال مسألتين .

المسألة الأولى - حجج و آراء الرافضين لوجود العقد بين المحامي و العميل:

1- يستند الرافضين لوجود عقد بين المحامي و عميله إلى أساس روماني قديم، يذهب إلى عدم إمكانية وجود عقد بين المهني و العميل، لأن عمل المحامي هو عمل عقلي، و هو من أعمال النبلاء، التي لا يمكن معها إلزام المهني على القيام بالتزامه².

2- مستحيل جبر المهني على تنفيذ التزامه لأن الأعمال التي يؤديها أصحاب المهن الأدبية والعلمية، لا يمكن أن تكون بنفسها أو بذاتها موضوعا لعقد³، وبالتالي يخضع المهني عند تقصيره بالتنفيذ، أو إخلاله به إلى قواعد المسؤولية التقصيرية⁴.

¹ الحسيني، عبد اللطيف : مرجع سابق، ص 314

² حسين، محمد عبد الظاهر : المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل : مرجع سابق، ص 254

³ الفقيه كوليجم و برى ورو كما اشار اليهما سوادي . عبد الباقي : مرجع سابق، ص 105

⁴ حسين، محمد عبد الظاهر : العلاقة القانونية بين المحامي و العميل طبيعة و اثار ص 29 و بدر ، بلال عدنان :

مرجع سابق، ص 57

3- كما يرون بأن التزام المحامي بالدفاع و التمثيل و غيره ، لا يكافئ التزام العميل بدفع الأتعاب، وهذا يؤدي إلى عدم توازن التزامات العقد، و بالتالي عدم صحته، و انعدام وجوده¹.

4- التزام المحامي بالدفاع عن قضية العميل إنما يعد من قبيل المجاملة، و المجاملة لا تكون محلاً للتعاقد، بل هي من باب علاقة بين أصدقاء، فالمهني هو أشبه بصديق يؤدي خدمة، و لكن القول بذلك يؤدي إلى أن الموكل بالمقابل لا يجبر على أداء الأتعاب لانعدام العقد بينهم²، لكن لم يقبل أنصار رفض العقد بهذه النتيجة بحجة أن الالتزام بأداء الأتعاب تقوم على أساس الهبة أو العطفية، اعترافاً منه بمجهود المهني أو على أساس الوعد بالمكافأة³. و هذا يتنافى مع ما نص عليه قانون المحاماة من حق المحامي بالأتعاب .

5- طبيعة المصالح المعهود بحمايتها للمحامي في بعض الأحيان تكون شخصية بالنسبة للعميل، فقد تكون متعلقة بجسمه مباشرة، أو بحياته الخاصة و أسراره، أي أنها أحيانا غير مالية، و من المعروف أن هذه المصالح لا تكون محلاً للعقود⁴.

6- انعدام العقد بسبب انعدام أثره حيث يمكن لأي من أطرافه الرجوع في إرادته في أي لحظة. و ذلك تطبيقاً لمبدأ استقلال المحاماة⁵ .

المسألة الثانية: الردود و الحجج التي وجهت لتنفيذ هذه الآراء فكانت على النحو التالي:-

1- التزام المهني هو التزام بلقيام بعمل، و لا يجبر المهني على القيام بالعمل، كما لو ارتبط القيام بعمل بمواعيد و انقضت ، أو كان العمل فيه إخلال بحريته الشخصية ، لذا يسار إلى التعويض عن عدم التنفيذ إذا رجع إلى خطئه و تقاعسه عن الأداء⁶، وإطلاق هذه الحجة يعطي

¹ شلبي، محمد توفيق : مرجع سابق، ص 92

² الفقيه ريومونت كما اشار اليه حسين .محمد عبد الظاهر : العلاقة القانونية بين المحامي و العميل البيعة و الآثار :

مرجع سابق، ص 17

³ حسين . محمد عبد الظاهر : المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل : مرجع سابق، ص 30

⁴ بدر. بلال عدنان : مرجع سابق، ص 58

⁵ سوادى . عبد الباقي : مرجع سابق، ص 103

⁶ حسين . محمد عبد الظاهر : مرجع سابق، ص 31

مجالات لإفلات المحامي حتى من المطالبة بالتعويض. وهذا غير صحيح لأن انعدام الجبر على التنفيذ لا يمنع من قيام المسؤولية، و بالتالي المطالبة بالتعويض¹. خاصة و انه اليوم لا فرق بين عمل يؤديه الإنسان بيده أو عقله فكلاهما موضوع لعقد².

2- يقوم بالمال كل عمل يقوم به الإنسان سواء كان يدويًا أو عقليًا، و عليه فهذا العمل يصلح لان يكون محلا لتعهد مدني ملزم، ناتج عن عقد نشأ من تطابق الإرادات، فعندما يحضر العميل طالبا من المحامي التعهد بالدفاع عن مصالحه و يقبل المحامي بذلك يقوم العقد³.

3- إن المحاماة تمس مباشرة شخصية الموكل و شرفه، و لكن العقد لا يتضمن التعامل في الحقوق الشخصية من بيع و شراء، و إنما يهدف للدفاع عنها. وبالتالي يكون التعامل منصبا على نشاط ممكن تقييده بالمال و يخضع لتعاقد⁴.

4- الذين أكدوا عدم وجود العقد استندوا على الحالات الاستثنائية ، التي يندم فيها تلاقي الإرادات و بالتالي يندم وجود أركان العقد⁵.

5- أما القول بانعدام العقد لتمكن أي من أطرافه من إنهائه في أي لحظة، فيه تجاهل لطبيعتها القانونية الخاصة للعقود غير محددة المدة ، وهي العقود الجائزة بالمجلة ، التي يمكن أن توقف بإرادة احد الأطراف، و لكن بشروط معينة منها التتبيه في الوقت المناسب، و استمرار المحامي في متابعة الدعوى، أو مصالح مولئه لمدة شهر حتى يتدبر العميل أمره⁶.

هناك اتجاه في الفقه لم ينكر العلاقة العقدية بين المحامي والموكل، ولكن أنكر قيام المسؤولية العقدية للمحامي، هو من قال بالمسؤولية شبه التقصيرية، حيث يرى الفقيه الفرنسي fosse، كما

¹ بدر ، بلال عدنان : مرجع سابق، ص 56

² المرجع السابق . ص 58

³ حسين . محمد عبد الظاهر : المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل : مرجع سابق، ص 30

⁴ بدر. بلال عدنان : مرجع سابق، ص 58

⁵ حسين . محمد عبد الظاهر : المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل : مرجع سابق، ص 28

⁶ المرجع السابق، ص 263

ورد رأيه لدى بلال بدر إن مسؤولية المحامي المدنية هي مسؤولية تقصيرية أو (شبه التقصيرية) حيث قارب العلاقة بين المحامي و العميل من علاقة الفضولي، يستند في ذلك إلى أن الخطأ العقدي يتوفر عند عدم التنفيذ، إما عند الإخلال بالتنفيذ أو التأخر به فيقع على الدائن الإثبات، وهنا فأن قواعد المسؤولية التقصيرية هي الواجبة التطبيق، إن مسؤولية المحامي بالتعويض تتعدى الأضرار المتوقعة إلى الأضرار غير المتوقعة و هذه مسؤولية تقصيرية¹. ولكن يرد على وجهة النظر هذه أنه لا يمكن الانطلاق من العقد كأساس للعلاقة بين المحامي والعميل إلى تطبيق قواعد تجمع بين نوعي المسؤولية².

و أجد أن الاعتبارات التي قال بها أنصار المسؤولية التقصيرية لم ترق لهدم نظرية العقد. فهي لم تقدم تفسيراً مطلقاً يوضح جميع متطلبات مسؤولية المحامي تجاه موكله، خاصة ان الألتزامات الأساسية التي تترتب على المحامي تكون بموجب الاتفاق مع موكله، مع وجود التزامات تلقى على المحامي بموجب القانون وآداب المهنة . واستنادا لما تقدم و لنصوص القانون أجد أن العلاقة بين المحامي و الموكل هي علاقة عقدية ، وأن المسؤولية التي تقوم تبعاً لذلك هي المسؤولية العقدية.

مسؤولية المحامي تجاه الغير عن العلاقة بينه و بين موكله هي مسؤولية تقصيرية، والمحامي في ذلك يخضع لقواعد المسؤولية المدنية العامة³. وهذه المسؤولية خارج نطاق هذا البحث. يوجد حالات تكون فيها مسؤولية المحامي تجاه موكله مسؤولية تقصيرية، و أساس ذلك هو أن خطأ المحامي في هذه الحالات يكون نتيجة إخلال بواجب قانوني بحت و هذه الحالات هي :

1 -حالة الانتداب من قبل المحكمة أو في حالة المساعدة القضائية⁴.

¹ بدر ، بلال عدنان : مرجع سابق، ص 58-63 نقلا عن فوس اطروحة حول المسؤولية المدنية للمحامي

² حسين، محمد عبد الظاهر : المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل : مرجع سابق، ص 253

³ الحسيني، عبد الطيف : مرجع سابق، ص 316

⁴ الغزي. سليمان عبد الله عبد العزيز : المركز القانوني للمحامي في النظام السعودي دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية . اطروحة دكتوراة . أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية . الرياض . السعودية . 2008 ص 310

2 - في حال رتب الإخلال بالمسؤولية العقدية مسؤولية جنائية، و هي نادرة الوقوع باستثناء إفشاء السر المهني ، فإذا قامت مسؤولية المحامي الجنائية نتيجة إخلاله بواجبات العقد، فإن مسؤوليته تكون عن الفعل الضار، و الدعوى تكون تابعة للدعوى الجزائية¹، مثل قيام المحامي باختلاس ما سلم له من موكله بسبب الوكالة، أو على حساب تلك الوكالة، فهذا الفعل يشكل جريمة اساءة أمانة سندا لنص المادة 423 من قانون العقوبات الأردني رقم 16 لسنة 1960²، و لكن أجد أن قيام هذه الجريمة لا ينفي المسؤولية العقدية لأن العقد هو شرط لقيام الجريمة، و الإخلال يكون أيضا بتنفيذ عقد الوكالة لأن من واجبات المحامي تنفيذ العقد بأمانة و إخلاص .

3 -حالة افشاء السر المهني، نصت معظم القوانين على أن إفشاء السر الم هني يؤدي لقيام مسؤولية المحامي المدنية، بل ونص القانون على أن ذلك يعرض المحامي لعقوبة جنائية³.

4- قبول الوكالة عن خصمين في ذات الدعوى، حيث يعتبر هذا الالتزام امتداداً للمحافظة على السر المهني، ولأن احدي الوكالتين باطلة⁴ .

و أرى أن مسؤولية المحامي المدنية هي مسؤولية عقدية استناداً الى العلاقة التعاقدية التي تربط المحامي بالعميل، و حتى في الحالات التي لا يشترط فيها ان تنظم وكالة بين المحامي و العميل كما في حالة الاستشارة، أو تنظيم العقود، فإن العلاقة تبقى عقدية لانه يوجد دائما ارتباط ايجاب بقبول لقيام المحامي بالعمل، فلا بد من صدور القبول من المحامي حتى يباشر بتقديم الاستشارة أو تنظيم المستندات، و القول بان هناك التزامات نظمها القانون، أو أعراف و تقاليد مهنة المحاماة، فلا يوجد ما يمنع قانونا من تنظيم بعض الالتزامات التي تلقى على عاتق أحد الاطراف، و ذلك لضمان تحقيق توازن العقد و حماية الطرف الضعيف فيه .

¹ الشيب . حبيب ركاد : المسؤولية المدنية للمحامي تجاه الموكل دراسة مقارنة (رسالة ماجستير غير منشورة) . جامعة ال البيت. الاردن. عمان .لسنة 2008 ص 54

² قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960 المنشور على الصفحة 374 من الجريدة الرسمية رقم 1487 الصادر بتاريخ 1960/5/1

³ شلبي. محمد توفيق : مرجع سابق، ص 105

⁴ الغزي. سليمان عبد الله عبد العزيز : مرجع سابق، ص 311

المطلب الثالث : نطاق مسؤولية المحامي المدنية

يتمتع المحامي بحصانة مهنية¹ أثناء قيامه بمهام مهنته، إلا أن هذه الحصانة لا تحول دون مسأله في حال حصل ضرر لموكله، بسبب إخلاله بموجب العناية و الحذر المطالب بالتزامها أثناء أدائه لمهام مهنته، سواء كانت مهامه التوكل عن المتقاضين، أو تمثيلهم لدى المحاكم، أو أداء المشورة لهم، أو إعداد العقود باسمهم².

اتسع نطاق مسؤولية المحامي المدنية، نظراً لاتساع نطاق نشاطات مهنة المحاماة، حيث كثر تعرضه للوقوع بالخطأ الذي يقيم مسؤوليته³.

الأصل أن يمارس المحامي مهنته منفرداً أي من خلال مكتب خاص به، و تقوم مسؤوليته نتيجة الأضرار التي تلحق موكله، و هو ما يعرف بمسؤولية المحامي الفرد، و هذه المسؤولية غالباً عقديّة⁴.

يسأل المحامي اتجاه موكله عن الضرر الذي يلحق موكله نتيجة خطأ، أو تعديه، و لكن هل يسأل المحامي عن الأضرار التي تلحق موكله من خطأ العاملين بمكتبه من موظفين أو محامين أو محامين متدربين؟ و إن كان يسأل فما حدود هذه المسؤولية؟ و ما شروط قيامها؟ و هل يسأل المحامي الشريك في شركة محاماة عما يلحق بموكله أي من شركاء هذه الشركة من أضرار؟ و ما هي حدود هذه المسؤولية؟ هذا ما سأتناوله في هذا المطلب من خلال فرعين بحث الأول بتعريف مسؤولية المتبوع في القوانين موضوع الدراسة و بحث الثاني في مدى مسؤولية المحامي عن أعمال غيره.

¹ الحصانة التي يتمتع بها المحامي هي عدم مسألته عما يرد في مرافعاته الشفوية أو الكتابية حيث كفل القانون له هذه الحصانة منها المادة 1/20 من قانون المحامين النظاميين الفلسطينيين رقم 3 لسنة 1999 و تشمل هذه الحصانة ما يصدر منه امام القضاء و هي متعلقة بالنظام العام أي لا يجوز للمحامي التنازل عنا انظر تفصي ذلك شلال، نزيه نعيم : **حصانة المحامي : ط / 1** لبنان . بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية 2010 ص 43

² الحسيني، عبد الطيف : مرجع سابق، ص 367

³ مرقس، سليمان : الوافي في شرح القانون المدني المجلد الثاني (في الفعل الضار و المسؤولية المدنية) (ج 2 المرجع سابق ص 409

⁴ خطاب . طالبة وهبة : مرجع سابق، ص 15

الفرع الأول : مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع

خلت التشريعات موضوع الدراسة النازمة لمهنة المحاماة من بيان تفاصيل أو أساس مسؤولية المحامي المدنية عن أخطاء الغير المهنية، لذلك يحتكم إلى القواعد العامة في التشريعات محل الدراسة، باستثناء أن قانون المحاماة المصري أقام مسؤولية المحامي الأصيل عن فعل المحامي المناب¹، وأوجب عليه مراقبة العاملين في مكتبه في المادة 75 منه².

في حين ان مجلة الأحكام العدلية لم تعرف مسؤولية التابع عن أفعال تابعيه بشكل مباشر حيث أقامت مجلة الأحكام العدلية المسؤولية عن الفعل الشخصي فقط ، و بل يرى الباحث ربيع أبو حسن أنها لم تعترف بمسؤولية التابع عن أعمال تابعه نهائياً³.و يستند في ذلك لنص المادة 778 منها التي أقامت مسؤولية الخادم المستودع عن إتلاف الوديعة⁴ . ولكن من استقراء نصوص مجلة الاحكام العدلية أجدتها أشارت الى حالات تقوم فيها مسؤولية الأمر في حالة الجبر⁵، ومن الأمثلة على هذه الحالات مسؤولية الأجير الخاص الذي يأمره مستأجره برش الماء في فناء دكانه، فالأمر يضمن ما يلحقه رش الماء من ضرر، و الأب الذي يأمر ابنه بإشعال النار في أرضه فتنتقل الى أرض غيره فالأب هنا ضامن لان أمره صح فاننتقل الفعل اليه، و يشترط في هذه الحالات أن يكون الأمر صحيحاً و لا يلحق الضرر بالغير في ظاهره، أي لم يأمر الأب ابنه

¹ نصت المادة 56 من قانون المحاماة المصري رقم 17 لسنة 1983 على (للمحامي سواء كان خصماً أصلياً أو وكيلاً في دعوى أن ينيب عنه في الحضور أو المرافعات أو في غير ذلك من إجراءات التقاضي محامياً آخر تحت مسؤوليته دون توكيل خاص ما لم يكن في التوكيل ما يمنع ذلك).

² نصت المادة 75 من قانون المحاماة المصري رقم 17 لسنة 1983 على (يلتزم المحامي بالإشراف على الموظفين العاملين بمكتبه ومراقبة سلوكهم والتحقيق من أنهم يؤدون ما يكلفون به بأمانة وصدق. وللمحامي أن يصدر توكيلاً لواحد أو أكثر من العاملين بمكتب للاطلاع نيابة عنه وتقديم الأوراق واستلامها لدى أية جهة وكذلك استلام الأحكام واتخاذ إجراءات تنفيذها وتسوية الرسوم والأمانات واستردادها. ويقبل أن يكون هذا التوكيل مصدقاً من النقابة الفرعية المختصة.)
³ أبو حسن . ربيع ناجح راجح : مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه في مشروع القانون المدني الفلسطيني دراسة مقارنة ، جامعة النجاح الوطنية . نابلس، فلسطين . 2008.ص2

⁴ تنص المادة 778 من مجلة الاحكام العدلية على (إذا وقع شيء من يد خادم المستودع على الوديعة فتلفت يكون الخادم ضامناً.)

⁵ تنص المادة 89 من مجلة الاحكام العدلية على (بضاف الفعل إلى الفاعل لا الأمر ما لم يكن مجبراً.)

بإحراق أرض الغير ابتداءً، أو كان اليوم ريح و لا تشعل النار في مثله، أو كانت أرض الجار قريبة بحيث يصلها شرار النار غالباً¹.

في حين عرف قانون المخالفات المدنية وهو قانون بريطاني ساري المفعول في فلسطين²، مسؤولية التابع و هو ما أطلق عليه مسؤولية المخدم عن أعمال خادمه³، وإقام العلاقة بينهما على حق المخدم بمراقبة الخادم⁴، في المادة الثانية منه، أما المادة الثانية عشر منه فقامت مسؤولية المخدم عن أعمال الخادم على إقرار المخدم، أو إجازته للفعل، أو أنه كان يتدخل في الأعمال التي تدخل في عمل الخادم، و استثنى من ذلك حالة أن المخدم لم يختار الخادم. أو أن الفعل كان نتيجة تعدي من الخادم الا اذا كان المخدم قد أجاز الفعل.

أخذ القضاء الفلسطيني بمسؤولية المتبوع عن تعويض الضرر الذي يلحقه التابع بالغير نتيجة العلاقة بينهم، و أقام هذه المسؤولية على أن التابع يتلقى الأمر من المتبوع، و يعتبر أداة من أدواته لتنفيذ الأمر فقضت محكمة استئناف رام الله بمسؤولية بلدية الخليل عن الأضرار التي ألحقها الشركات المنفذة لمشروع مد خط الصرف الصحي إذ جاء في حكمها (... فمن مجمل ما

¹ اللبناني، سليم رستم باز: المرجع السابق، ص 59

² قانون المخالفات المدنية رقم 36 لسنة 1942

³ نص قانون المخالفات المدنية في المادة 2 منه على تعريف المخدم و الخادم حيث جاء النص على (وتعني لفظة "المخدم" الشخص الذي يملك، بالنسبة إلى شخص آخر، الرقابة التامة على الوجه الذي يؤدي فيه ذلك الشخص الآخر عمله للشخص الأول، ولا يكون هو نفسه خاضعاً لمثل تلك الرقابة بشأن العمل نفسه. "والخادم" هو الشخص الذي يكون عمله خاضعاً لهذه الرقابة)

⁴ نص قانون المخالفات المدنية في المادة 12 منه على مسؤولية هذا المخدم و التي تنص على (1) إيفاء بالغايات المقصودة من هذا القانون، يتحمل المخدم تبعاً أي فعل يأتيه خادمه: إذا كان المخدم قد أجاز ذلك الفعل أو أقره، أو إذا كان الفعل قد ارتكبه خادمه في سياق العمل الموكول إليه: ويشترط في ذلك ما يلي: أولاً: لا يتحمل المخدم تبعاً أي فعل يأتيه شخص لم يكن خادمه، فوض إليه خادماً من خدمه أمر القيام بالعمل الموكول إليه دون تفويض صريح أو ضمني من المخدم. ثانياً: أن الشخص المجبر بحكم القانون على استعمال خدمات شخص آخر لا رأي له في اختياره، لا يتحمل تبعاً أية مخالفة يأتيها ذلك الشخص الآخر في سياق العمل الموكول إليه. (2) يعتبر الخادم أنه ارتكب الفعل في سياق العمل الموكول إليه، إذا كان قد أتى ذلك الفعل بصفته خادماً وخلال تأدية واجبات عمله العادي أو الواجبات المقترعة عن عمله، حتى ولو كان الفعل عبارة عن قيامه بفعل إجازة المخ دوم، على غير وجهه الصحيح، أما إذا كان الخادم قد ارتكب الفعل بغية تحقيق مآربه الخاصة، لا بالنيابة عن مخدمه، فلا يعتبر أنه أتى ذلك الفعل في سياق العمل الموكول إليه. (3) إيفاء بالغايات المقصودة من هذه المادة، يعتبر "الفعل" شاملاً "الترك". (4) ليس في هذه المادة ما يؤثر في التبعة المترتبة على أي خادم لفعل ارتكبه ذلك الشخص.)

تقدم نجد أن هذا المشروع هو من المشاريع الخاصة ببلدية الخليل و هي المسؤولة عنه كون ان المدعى عليها الثانية و الثالثة هي شركات مقاولات قامت بتنفيذ المشروع لصالح البلدية و عليه فان ما توصل اليه قاضي الموضوع صحيح وواقع في محله حين اعتبر أن المنشئ لهذا المشروع و هو بلدية الخليل و هي المسؤولة عن التعويض دون غيرها، و أن المدعى عليهما الثانية و الثالثة هما مجرد أداة تم استخدامها في تنفيذ المشروع لذا فإننا نقرر رد هذا البند من الاستئناف.... علما أن الفقه و القضاء قد استقر على مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه غير المشروعة هي مسؤولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور و كون أن البلدية هي صاحبة المشروع و هي التي قامت بالمشروع من خلال المدعى عليهما الثانية و الثالثة فان مسؤوليتها عن التعويض عن الضرر الحاصل أصبح في حكم المؤكد ..¹

القانون المدني الأردني نص على مسؤولية التابع عن فعل المتبوع²، و أقامها على أساس الرقابة، و قد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، أن إقراره لهذه القاعدة لا يعتبر من باب افتراض الخطأ الذي بني عليه القانون المصري، و إنما هو لسد إملاق التابع، و قد وجد في الإسلام حالات يسأل فيها شخص غير مرتكب الفعل بالتعويض منها دية القتل خطأ على العاقلة³.

إجاز القانون الأردني لمتولي الرقابة أن يتخلص من المسؤولية عن التعويض إن أثبت أنه قام بواجب الرقابة المفروض عليه قانونا، حيث أساس هذه المسؤولية على سلطة المتبوع في مراقبة

¹ قرار محكمة استئناف القدس المنعقدة في رام الله الصادر بالاستئناف مدني رقم 2010/60 الصادر بتاريخ 2010/6/10 عن موقع المقتفي <http://muqtafi.birzeit.edu> تم الدخول في 2014/11/4 الساعة السادسة مساء

² نصت المادة 288 من القانون المدني الأردني على (1 - لا يسأل أحد عن فعل غيره ومع ذلك، فللمحكمة بناء على طلب المضرور إذا رأت مبررا أن تلزم بأداء الضمان المحكوم به على من أوقع الضرر أ- من وجبت عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو حالته العقلية أو الجسمية إلا إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة، أو أن الضرر كان لا بد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية. ب - من كانت له على من وقع منه الإضرار سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه ولو لم يكن حرا في اختياره 2- إذا كان الفعل الضار قد صدر من التابع في حال تأدية وظيفته أو بسببها به)

³ المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني - الجزء الاول، الطبعة الثالثة، اعداد المكتب الفني بإدارة المحامي ابراهيم ابو رحمة . عمان الاردن - مطبعة التوفيق . 1992 ص 317

التابع، وهي تقوم على أساس الكفالة مع الدفع بالتجريد أي عدم وجود أموال لدى ملحق الضرر¹.

أما في مصر فقد أقام القانون المدني المصري مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع على أساس الرقابة و سلطة التوجيه²، وقد أخذ المشرع الفلسطيني بذات النص المصري حيث نجد نفس النص ورد في المادتين 192 و 193 منه، و عليه فأن أساس هذه المسؤولية يقوم على أساس الكفالة دون الدفع بالتجريد³.

وفقها فقد اختلفت النظريات التي تحدد أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، الى مذهبين الأول هو المذهب الشخصي و الآخر على أساس الضرر وهم أصحاب المذهب الموضوعي⁴.

التفسيرات للمذهب الشخصي ايضا تفرعت لعدة نظريات أهمها من أقامها على أساس الخطأ المفترض، وهو خطأ الرقابة و التوجيه أو الخطأ في اختيار المتبوع⁵. ومنهم من أقامها على أساس نظرية النيابة لأن التابع نائب عن المتبوع فكما يلتزم الأصيل بفعل النائب يلتزم المتبوع بفعل التابع⁶.

أما أصحاب المذهب الموضوعي فقد أقاموا المسؤولية على أساس الضمان أو الضمان القانوني وتبرر هذه النظرية بلأن المتبوع مسؤول عن التابع و يملك قبله سلطة تمكنه من منع تابعه من إلحاق الضرر بالغير⁷.

¹ ابو الحسن، ربيع راجح ناجح : مرجع سابق . ص 105

² نصت المادة 174- (1) يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى كان واقعا منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها. (2) وتقوم رابطة التبعية، ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابع ه، متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته وفي توجيهه. و نصت المادة منه على 175- للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها الغير مسئولاً عن تعويض الضرر.

³ ابو الحسن، ربيع راجح ناجح: مرجع سابق. ص 105

⁴ المرجع السابق ص 109

⁵ السنهوري . عبد الرازق: مرجع سابق. ص 1178

⁶ شلبي . محمد توفيق : مرجع سابق. ص 119

⁷ ابو الحسن، ربيع راجح ناجح : مرجع سابق. ص115

الفرع الثاني: مسؤولية المحامي عن فعل غيره

غالباً ما يضم مكتب المحامي محامين متدربين، أو محامين مزاولين يستعين بهم المحامي في انجاز أعماله، أو تنفيذ التزاماته، و تقوم مسؤولية المحامي المدنية تجاه الموكل عن فعل الغير، وذلك استثناء عن الأصل الذي يقضي مسؤولية الشخص عن فعله¹.

يمكن تصنيف الغير الذين يستعين بهم المحامي إلى صنفين، الأول يمكنه القيام مقامه بأداء العمل كاملاً ويسمى في هذه الحالة البديل، حيث يمكنه تنفيذ المهمة بشكل مستقل عن المحامي وهم غالباً من المحامين المزاولين، بعد أن يحددها له م المحامي، أما الطائفة الأخرى فهي معاونون الذين يعملون وفقاً لتعليمات المحامي بشكل غير مستقل، من المحامين المتدربين والموظفين الإداريين².

المحامي يكون مسؤولاً قبل موكله عما يأتيه تابعوه من أفعال، ويشترط لقيام مسؤولية المحامي عن فعل الغير ما يلي :

1 - أن تقوم أركان المسؤولية المدنية في الفعل الذي أتاه الغير (التابع) وهي الضرر، والخطأ (التعدي) الذي أتاه التابع، وعلاقة سببية بينهم¹.

2 - وجود عقد بين المحامي و الموكل المضرور، أو تكليف من جهة للمحامي بتمثيل الموكل.

3 - وجود علاقة تبعية بين المتسبب بالضرر و المحامي المسؤول عن تعويض الضرر، وشكل علاقة التبعية أن يكون المتسبب بالضرر مكلفاً من قبل المحامي اتفاقاً أو قانوناً للقيام بالعمل³.

تصنف الأخطاء التي ترتكب من قبل البدلاء و تلحق ضرراً أ بالموكل و التي يسأل عنها المحامي نوعين تصنف كما يلي:

¹ بدر ، بلال عدنان : مرجع سابق. ص 102

² المرجع السابق ص 101

³ سوادى . عبد الباقي محمود : مرجع سابق. ص 230

أولاً: أخطاء نتيجة التمثيل لدى المحاكم، و أبرز صور هذا الخطأ هو تجاوز الوكيل لحدود وكالته، مثل عدم وجود نص في وكالة المحامي يبيح له إنابة غيره عنه في تنفيذ الإجراء، أو وجود منع فهذا يكون الإجراء الذي أتاه المناب باطل، وهذا يلحق ضرراً بالموكل، ما كان ليلحقه لو نفذ المحامي الإجراء بنفسه¹. و أجد أن الخطأ هنا هو خطأ الأصيل و ليس خطأ التابع، لأن من واجب الأصيل أن ألا يتجاوز حدود وكالته خاصة و أن قانون المحاماة نص على الإنابة في حال الضرورة .

ثانياً: التنفيذ المعيب الذي يأتيه أي من تابعيه مثل الخطأ في تقديم الإجراءات ، مما أدى إلى خسارة الموكل لدعواه أو عرضه لخسارة، فإن المحامي الأصيل يكون مسؤولاً قبل موكله على أساس سوء اختياره للمحامي المناب، ويسمح وفقاً للقواعد العامة للوكيل أن يتخلص من المسؤولية إن أثبت أنه أحسن اختيار المناب، و كان نص الوكالة يسمح للمحامي الأصيل بإنابة غيره. وذلك سندا لنص المادة 1466 من مجلة الأحكام العدلية التي اعتبرت الوكيل الثاني وكيلاً للموكل و لا ينعزل بعزله². ويرى جانب من الفقه أن الوكيل المناب يكون مسؤولاً قبل الموكل مثل الوكيل الأصيل، و يعفى الأصيل من المسؤولية³.

أعطى قانون تنظيم مهنة المحاماة المحامين الحق في إنشاء شركات بين المحامين تتعاطى مهنة المحاماة⁴، وهذه الشركات هي من الشركات المدنية التي نص عليها القانون المدني حيث لم ينظم قانون مهنة المحاماة الفلسطيني أيّاً من أحكام هذه الشركات باستثناء وجوب إشعار النقابة

¹ بدر، بلال عدنان: مرجع سابق. ص 108

² تنص المادة 1466 من مجلة الأحكام العدلية على (ليس للوكيل أن يوكل غيره في الخصوص الذي وكل به إلا أن يكون قد أذن له الموكل بذلك أو قال له اعمل برأيك فعلى هذا الحال للوكيل أن يوكل غيره. ويصير الشخص الذي وكله الوكيل بهذا الوجه وكيلاً للموكل ولا يكون وكيلاً لذلك الوكيل حتى لا ينعزل الوكيل الثاني بعزل الوكيل الأول أو بوفاته.)

³ بدر، بلال عدنان: مرجع سابق. ص 114

⁴ نصت الفقرة 2 من المادة 20 من قانون تنظيم مهنة المحاماة على (يجوز إنشاء شركات مدنية بين المحامين في مكتب واحد لممارسة مهنة المحاماة، على أن تشعر النقابة خطياً بقيام الشركة خلال مدة لا تزيد على ثلاثين يوماً من تاريخ تكوينها أو من تاريخ انضمام محام جديد إليها وينطبق ذلك في إشعار النقابة على قيام تعاون بدون شراكة بين محامين اثنين أو أكثر في مكتب واحد.)

خلال شهر من تكوينها، و إنه يحظر على الشريك أن يكون شريكاً بأكثر من شركة محامة واحدة، وانه يحظر عليه التوكل ضد شركائه بنفس الشركة¹ .

وبناء على ما تقدم يرجع إلى أحكام القانون المدني للوقوف على أحكام هذه الشركات، و مسؤولية كل شريك عن أعمال شركائه، و نجد أن هذا النوع من الشركات نظمته مجلة الأحكام العدلية تحت اسم شركات الأعمال²، و نصت المادة 1387 على (كل واحد من الشريكين وكيل الآخر في تقبل العمل فالعمل الذي تقبله أحدهما يكون إيفاءه لازماً عليه وعلى شريكه المفاوضة في ضمان العمل حيث أن العمل الذي تقبله أحد الشريكين يطلب المستأجر إيفاءه من أيهما أراد وكل واحد من الشريكين يكون مجبوراً على إيفاء العمل فليس لأحدهما أن يقول هذا العمل تقبله شريكي فلنا لا أخالطه.) .

وأما عن مسؤولية الشركاء تجاه العملاء فنجد أن المادة 1392 من مجلة الأحكام العدلية تنص على (الشريكان بضمان العمل يستحقان الأجرة فإذا عمل أحد الشريكين وحده والآخر لم يعمل كما لو مرض أو ذهب إلى محل آخر أو جلس بطالاً فيقسم الربح والأجرة بينهما على الوجه الذي شرطاه). كما نصت المادة 1393 على (إذا تلف أو تعيب المستأجر فيه بصنع أحد الشريكين فيكون ضامناً بالاشتراك مع الشريك الآخر والمستأجر يضمن ماله أياً شاء منهما ويقسم هذا الخسارة بين الشريكين على مقدار الضمان. مثلاً إذا عقدا الشركة على تقبل الأعمال وتعهدها مناصفة فيقسم الخسار أيضاً مناصفة، وإذا عقدا الشركة على تقبل الأعمال وتعهدها ثلثين يقسم الخسار أيضاً حصتين وحصاة.)

¹ نصت المادة 27 من قانون المحامين النظامين الفلسطيني على (1- لا يجوز للمحامي أن يكون شريكاً في أكثر من شركة واحدة للمحامة. 2- لا يجوز للمحامين الشركاء أو المتعاونين في مكتب واحد أن يترافع أحدهم ضد الآخر ولا أن يمثلوا في أية دعوى أو معاملة لفريقين مختلفي المصالح....)

² نصت المادة 1385 من مجلة الأحكام العدلية على (شركة الأعمال عبارة عن عقد شركة على تقبل الأعمال، فالأجيران المشتركان يعقدان الشركة على تعهد والتزام العمل الذي يطلب ويكلف من طرف المستأجرين سواء كانا متساويين أو متفاضلين في ضمان العمل يعني سواء عقدا الشركة على تعهد العمل وضمانه متساويا أو شرطاً ثلث العمل مثلاً لأحدهما والثلثان للآخر.)

ينطوي هذا النوع من الشركات على وكالة من أحد الشركاء للآخر في قبول العمل من العملاء وأداء العمل و ليس للعميل أن يطلب أن يتم العمل من خلال أحد الشركاء فقط دون الآخر، وأن له مطالبة أيهما بالقيام بالعمل، و أن كلا الشريكين مسؤول بالتضامن عن أداء العمل .

مسؤولية الشريك عن الأخطاء التي يرتكبها الشركاء و تلحق أضراراً بالغير مسؤولية تضامنية، حسب نص المادة 1393 من مجلة الأحكام العدلية، طالما كان العمل قد تم باسم الشركة و أثناء قيام الشراكة، وتكون مسؤولية الشركاء تضامنية مع الشركة في ذمتها المالية التي يمثلها المدير.

وأخيراً بالنسبة لمسؤولية المحامين المتعاونين من خلال مكاتب متعددة، دون أن يكون بينهم عقد شركة، فهنا أجد أن كتب الفقه قد خلت من بيان أحكام مسؤولية كل منهم عن نشاط الآخر، ولكن أجد أنه ينطبق عليهم نفس الأحكام المتعلقة بمسؤولية التابع عن عمل المتبوع، وذلك سنداً لنص المادة 27 / 2 من قانون تنظيم مهنة المحاماة، ذلك لأن احدهم يمثل وكيلاً والآخر مناباً.

المبحث الثاني : أركان مسؤولية المحامي المدنية

تقوم المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية على ثلاث أركان، هي الضرر والخطأ (تعدي) وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر. وقد تناولت في هذا المبحث أركان المسؤولية في ثلاث مطالب متتابعة، وسأبدأ بالضرر باعتباره الركن الأهم بين اركان المسؤولية المدنية.

المطلب الاول : الضرر

يعرف الضرر فقهاً بأنه (الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه او بمصلحة مشروعة له، سواء كان ذلك الحق او تلك المصلحة متعلقاً بسلامة جسمه او عاطفته او بماله او شرفه او اعتباره)¹.

¹ مرقس. سليمان : مرجع سابق. ص 133

والضرر هو الركن الأهم في المسؤولية المدنية، إذ لا تقوم المسؤولية الا بقيام الضرر، و اذا لم يتوفر لم تتحقق المسؤولية المدنية، وان كانت تصرفات المدين تشكل خطأ، فاذا انتفى الضرر فلا مسؤولية ولا تعويض¹.

وجبر الضرر (التعويض عن الضرر) هو المصلحة التي تدفع المتضرر لتقديم دعوى المسؤولية، اذا لا تقبل الدعوى دون مصلحة للمدعي فيها²، ذلك حسب نص المادة 3 من قانون اصول المحاكمات المدنية و التجارية رقم 2 لسنة 2001³.

قوانين مهنة المحاماة لم تعالج قواعد مسؤولية المحامي، وإنما تركتها للقواعد العامة لذلك فان تقدير الضرر في مسؤولية المحامي تنطبق عليه نفس القواعد العامة التي تحكم المسؤولية العقدية، مع مراعاة خصوصية علاقة المحامي بالوكيل، وخاصة وان التزام المحامي هو التزام ببذل عناية و ليس تحقيق نتيجة، و عليه فان مجرد خسارة الموكل لدعواه لا يعني توافر الضرر من جانب المحامي، أي ينظر للضرر بصرف النظر عن نتيجة العمل او الأجراء الذي أتاه المحامي⁴.

بناء على ما تقدم ماهي الشروط الواجب توافرها في الضرر حتى تقوم مسؤولية المحامي؟ و ما مدى مسؤولية المحامي عن فوات الفرصة من موكله؟ و ما هي انواع الضرر التي يمكن ان تكون موضوع التعويض في مسؤولية المحامي؟ هذا ما سيتناوله هذا المطلب بشيء من التفصيل من خلال ثلاث فروع.

¹ السعيد. هشام ابراهيم : المسؤولية المدنية لمعاوني القضاء (الكتبة - المحضون امناء السر - الخبراء - المترجمون)

دراسة مقارنة. دار قباء للطباعة و النشر والتوزيع : القاهرة ص 130

² حسين، محمد عبد الظاهر : المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل المرجع السابق، ص 398 وبذات المعنى سلطان

انور : مرجع سابق: ص 328

³ تنص المادة 1/ 3 من قانون اصول المحاكمات المدنية و التجارية رقم 2 لسنة 2001 و الذي ينص على (- لا تقبل

دعوى أو طلب أو دفع أو طعن لا يكون لصاحبه مصلحة قائمة فيه يقرها القانون.)

⁴ الحسيني. عبد اللطيف : مرجع سابق . ص 351

الفرع الأول: شروط الضرر الذي لقيام مسؤولية المحامي

يشترط في الضرر الذي يلحق الموكل من خطأ المحامي ما يشترط في الضرر الناتج عن المسؤولية العقدية، و أول هذه الشروط ان يكون شخصياً¹، وهذا الشرط امتداد لشرط المصلحة في الدعوى، إذ لا يجوز ان يكون الضرر قد أصاب شخصا غير المدعي².

يجب أن يمس الضرر مصلحة مشروعة للمتضرر، لان العدالة لا يمكن ان تحمي إلا المصالح التي تستقيم مع قواعد و المبادئ المشروعة³.

يفترض بالضرر الذي يصلح لتقوم على أساسه المسؤولية المدنية التالي:-

اولاً: أن يكون محققاً

الضرر المحقق يقوم على عنصرين الأول هو مبدأ الضرر، والآخر هو مقداره، والضرر المحقق في مبدأه هو الذي يكون واضحاً من حيث كونه نتيجة لفعل المسؤول بالتعويض، ويكون مقدار الضرر محقق بان يكون معلوم المقدار، مثل سقوط حق الموكل في استيفاء الدين ثابت بسند بالتقادم بسبب تأخر المحامي في تقديم دعوى المطالبة، فهنا يكون الضرر واضحاً من حيث كونه نتج كاملاً عن فعل المحامي، وواضحاً في مقداره بحيث لا يتجاوز قيمة الدين الأصلي⁴.

والضرر المحقق له صورتان الأولى الضرر الحال، والثانية هي الضرر المستقبلي والحال هو الذي وقع بالفعل فظهرت اثاره على ارض الواقع ، ويمكن للقاضي ان يقدره لغايات حساب

¹ مرقس: سليمان : مرجع سابق . ص 149 و شخصياً أي ان الضرر او الاذى أصاب شخص طالب التعويض عن الضرر، و يستوي أن يكون طالب التعويض شخص طبيعى أو شخص معنوي.

² الحسيني .عبد اللطيف : مرجع سابق. ص 352

³ دواس، امين : مرجع سابق. ص 84

⁴ قبطان . محمد : مرجع سابق . ص 59

التعويض عنه¹، وقد درج القضاء على التعبير عنه بالضرر الفعلي الذي أوجبت على المضرور أثباته²، مثل حالة سقوط الحق بالمطالبة بقيمة الدين ثابت بسند دين .

ويشكل الضرر المستقبلي الصورة الأخرى للضرر المحقق، و هو المحقق وقوعه لتحقق سببه ولكن تراخت نتائجه و أثاره للمستقبل، أي انه سيقع حتما كنتيجة مباشرة للفعل، و له صورتان الأولى ما أمكن تقديره والثانية ما لا يمكن تقديره لعدم اتضاح نتائجه³، والضرر المستقبلي القابل للتقدير هو ما أمكن للقاضي تقدير نتائجه، وبالتالي أمكنه تقدير مقدار التعويض الجابر له⁴، مثل سقوط الحق بالمطالبة عن تعويض نتيجة إصابة خلفت نسبة عجز عن الكسب اذ أن التعويض هنا يكون عن الكسب الذي لن يتمكن المدعي من جنيه بسبب العجز. والصورة الأخرى من صور الضرر المستقبلي هو ما لم تتضح نتائجه ولكن تحقق سببه، أي لا يمكن تقدير قيمته كاملا، مثل التعويض عن خطأ المحامي بعدم تقديم الدعوى⁵.

إذا خالط الضرر بعض الشك في إمكانية وقوعه، فإنه يدخل في مجال الاحتمال وبالتالي فإنه لا تعويض عن هذا الضرر لانتهاء شرط التحقق فيه⁶، وهو الذي لا يعرف إذا ما كان سيقع في المستقبل أم لا فلا تعويض عنه⁷.

¹ بلال . بدر عدنان : مرجع سابق . ص 161

² قرار محكمة التمييز الاردنية رقم 50 / 2014 الصادر بتاريخ 18/6/2014 موقع /qistas.com/jor/index تاريخ الدخول 2014/12/5 الساعة الرابعة مساء

³ مرقس : سليمان : مرجع سابق ص 139

⁴ قرار محكمة التمييز الاردنية بهيئة خماسية رقم 3433/2002 الصادر بتاريخ 2/2/2002 و الذي جاء فيه (... وفقا للاصول المقررة ان يكون التعويض جابرا للضرر المحقق أي الضرر الذي تحققت نتائجه فعلا او كان وقوعها محققا في المستقبل متى امكن تقديرها وتحديد الضرر الناشئ عنها ..) وانظر قرار محكمة التمييز الاردنية بهيئة خماسية

2011/3432 الصادر بتاريخ 23/1/2012 موقع /qistas.com/jor/index تمت الزيارة بتاريخ 2014/12/5 الساعة الرابعة مساء

⁵ حسين، محمد عبد الظاهر : المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل مرجع سابق، ص 402

⁶ سوادى . عبد الباقي محمود : مرجع السابق . ص 117

⁷ قرار محكمة التمييز الاردنية رقم 1366 / 2001 الصادر بتاريخ 15/2/2000 موقع /qistas.com/jor/index تمت الزيارة بتاريخ 2014/12/5 الساعة السادسة مساء و جاء فيه (يشترط في الضرر الواجب التعويض عنه ان يكون

ثانياً: ان يكون الضرر مباشراً و متوقعاً

الضرر المباشر هو ما كان نتيجة طبيعية لفعل المحامي ، و قضت محكمة التمييز الاردنية ان يكون الضرر نتيجة طبيعية لفعل المضرور، كما العلاقة بين العلة و المعلول¹. و هذا ما سيبحث في علاقة السببية في مطلب لاحق. اما الأضرار غير المباشرة فلا تعوض نهائياً حتى لو كان نتيجة الغش أو الخطأ الجسيم².

والضرر متوقع فهو ما انصرفت إليه الإرادة وقت التعاقد³، أما الإضرار غير المتوقعة فلا تعوض إلا في حالي الغش أو الخطأ الجسيم⁴.

الفرع الثاني

مدى اعتبار فوات الفرصة ضرراً

ربح الدعوى امام القضاء هو امر احتمالي،حيث لا يشترط ان يربح الموكل كل دعوى او كل طعن يتقدم بها الى القضاء . فدائماً هناك احتمال للربح او الخسارة، فهل تفويت الفرصة بسبب فعل المحامي يؤدي الى قيام مسؤوليته ام لا؟ و هل هناك خصوصية لذلك ؟

موضوع تفويت الفرصة باللجوء الى القضاء مثار خلاف بين الفقهاء ، فذهب فريق من الفقه الفرنسي استنادا لاحكام محكمة (اكس) الفرنسية الى ان تفويت الفرصة بعرض النزاع على القضاء بحد ذاته ضرر يقيم المسؤولية ويوجب التعويض،لانه يمس حق الموكل في انتهاز

محققا اما الضرر محتمل الوقوع و هو ما لم يقع و لا يعرف ماذا كان سيقع في المستقبل ام لا فلا تعويض عنه و الضرر الحال فقد يكون حالاً أي وقع فعلاً و قد يكون مستقبلاً) .

¹ قرار محكمة التمييز الاردنية بهيئة خماسية رقم 2012/3178 الصادر بتاريخ 2012/11/14 و القرار رقم 2007/633 الصادر بتاريخ 2007/5/15 موقع qistas.com/jor/index/ تمت الزيارة بتاريخ 2014/12/5 الساعة الرابعة مساء

² سوادى . عبد الباقي محمود :مرجع سابق .ص 96

³ ³ قرار محكمة التمييز الاردنية بهيئة خماسية رقم 2006/276 الصادر بتاريخ 2006/5/16 موقع

qistas.com/jor/index/ تمت الزيارة بتاريخ 2014/12/5 الساعة السادسة مساء

⁴ المذكرة الايضاحية للقانون المدني الاردني : مرجع سابق. ص 401

فرصة، ويحرمه من محاولة النجاح، و لا يق وم الضرر بمقدار الكسب الذي فات، و انما في ضوء الفرصة و مدى تحقق النجاح لو سارت الامور وفقا لمجراها المألوف، و ينطبق ذات الامر على تفويت فرصة الطعن، لانه لا يمكن اعتبار أي حكم معصوم عن التعديل، وعليه يحكم على المحامي في حال تفويت الفرصة بتعويض عن فوات الفرصة حتى لو كان مبلغا رمزيا لان القاضي ياخذ في عين الاعتبار مدى نجاح الفرصة¹ .

ويذهب الدكتور محمد عبد الظاهر حسين و هو من انصار هذا الرأى ان فوات الفرصة في اللجوء الى القضاء هو حرمان من تحقيق كسب احتمالي او التخلص من خسارة محتملة ضرر مزدوج، حيث يشكل ذلك تحقق لضرر محتمل في فوات الكسب المحتمل و تحقق للخسارة المحتملة، اضافة الى الضرر المحتمل الذي يشكله موضوع الحق² . ويرى القاضي بلال بدر ان المحامي مسؤول عن فوات الفرصة، لانه حرم الموكل من استعمال حقوقه القانونية و هذا يشكل ضرر ايضا³.

ويرى اصحاب وجهة النظر الاخرى و منهم الدكتور عاطف النقيب اللبناني، انه لا ينظر للفرصة الفائتة الا اذا توافرت ظروف و معطيات تجعل للفرصة مجالا كبيرا للتحققها او تكسبها طابعا جديا وليس احتماليا فقط . أي على الموكل المتضرر ان يثبت ان كسبه للدعواه امام المحكمة كان مؤكدا لولا ان فوت عليه المحامي الفرصة⁴، حيث يرى ان عدم رفع دعوى غير مقبولة يعود بالنفع على العميل و المجتمع، حيث يوفر على العميل النفقات و اتعاب المحاماة، كما يوفر وقت المحكمة حيث لا يشغل القضاء بدعوي غير مقبولة، بل يجد ان على القاضي ان يبحث النزاع الاصلي ومستنداته وبياناته للوقوف على احتمالية نجاح العميل في دعواه او

¹ Aix. en -provence 27-11-1976, I,p.261 اشار اليها حسين، محمد عبد الظاهر: المسؤولية المدنية للمحامي

تجاه العميل . مرجع سابق، ص408

² مرجع سابق: ص 409

³ بلال. بدر عدنان : مرجع سابق.ص 165

⁴ النقيب . عاطف : النظرية العامة للمسؤولية عن الفعل الشخصي، الخطأ و الضرر . بيروت 1999:عويديات.1984.

طعنه¹، وعليه فان دعوى الموكل تغدو غير مسموعة اذا كان لا يملك بينات جديّة تدعم موقفه².
مجلة الاحكام العدلية لا تقبل التعويض عن فوات الفرصة، وان كانت اقرت الضمان عن المنافع التي تحقق فواتها، في حين أن قانون المخالفات المدنية فقد اجاز التعويض عن الكسب الفائت و الفرصة الفائتة و هذا يستشف من نص المادة 60 منه³، واما القانون المدني الاردني لم ينص على التعويض عن فوات الفرصة، و لكن يستخلص ذلك من نص المادة 363 منه و التي تنص على (إذا لم يكن الضمان مقدرًا في القانون أو في العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلا حين وقوعه).

اما القضاء الاردني فقد الزم المحامي بالتعويض عن تفويت فرص الطعن اذ قضت محكمة التمييز الاردنية (المحامي الذي يفوت على موكله المدد القانونية المقررة في إجراءات الخصومة القضائية و إجراءات التنفيذ يعتبر مقصرا في بذل العناية اللازمة في تنفيذ ما وكل به اعمالا لحكم المادة 2/841 من القانون المدني، وان التقصير كهذا يرتب على المحامي مسؤولية الضمان بما يساوي الضرر الواقع فعلا حين وقوعه بمفهوم المادة 363 من القانون المدني)⁴.

وارى انه يجب اعتبار المحامي مرتكباً خطأً يوجب التعويض في حال ثبت تفويت فرصة اللجوء الى القضاء، حيث اجد من الواقع العملي ان الموكل يلجأ الى المحامي يطلب استشارته في موضوع دعواه، وبعد ذلك يتم الاتفاق على اللجوء الى القضاء، فيجب في هذه الحالة و تطبيقاً لمبدأ النزاهة والشرف المنصوص عليه بالمادة 2/26 من قانون المحامين النظامين الفلسطيني، ان يرفض التوكيل، وان يبين للعميل ان الدعوى غير مقبولة، لا ان يخلق الامل لدى الخصم بقصد الاحتيال و قبض الاتعاب، و بعد ذلك يحتج بان الدعوى غير مقبولة، بل ان شرف المهنة

¹ SAVATIR (R),TRAITE, op. cit.T,11,no.846 المشار اليه لدى حسين، محمد عبد الظاهر: المسؤولية

المدنية للمحامي تجاه العميل . مرجع سابق، ص408

² الحسيني .عبد اللطيف : مرجع سابق. ص 355

³ دواس، امين : مرجع سابق، ص 88

⁴ قرار محكمة التمييز الاردنية رقم 1982/768 الصادر بتاريخ 2012/11/14 و القرار رقم 1986/480 الصادر

بتاريخ 1986/9/20 موقع /qistas.com/jor/index تمت الزيارة بتاريخ 2014/12/5 الساعة السابعة مساء

يقضي انه في حال تبين للمحامي ان الدعوى غير مقبولة بعد التوكل ان يخطر العميل بذلك قبل فوات الفرصة، لانه قد يؤدي كسب بعض الوقت من اللجوء الى القضاء الى تحقيق الربح او تخفيف الخسارة، كما يمكن ان يؤدي عرض النزاع على القضاء الى الاقرار من قبل الخصم في حال كان سبب عدم القبول هو انعدام البيّنات القانونية.

الفرع الثالث: أنواع الضرر

الأضرار محل التعويض نوعان مادي و أدبي. والأضرار التي يسببها المحامي لموكله غالباً تكون مادية و قد تكون أحياناً أضراراً أدبية¹،

يعرف الضرر المادي بانه كل مساس بالحقوق الشخصية أو المالية أو أي مصلحة مشروعة، مثل المساس بسلامة الجسم أو صحته، إذا ترتب على ذلك مثلاً نفقات علاج، أو افتقاد القدرة على الكسب، والحقوق المالية مثل حق الملكية أو ما شكل انتقاص في الذمة المالية².

أما الضرر الأدبي هو كل مساس بشرف الشخص واعتباره كما في القذف والسب، وكل ألم يصيب الإنسان في جسمه أو عاطفته، وهو الضرر الذي لا يمس الذمة المالية و إنما يسبب فقط آلاماً معنوية للمتضرر³.

ويشترط في نوعي الضرر المادي والأدبي أن يكون محققاً، و قد يلحق الموكل ضرر مادي فقط وقد يترافق مع ه ضرر معنوي، مثل تشوه الجسم الذي يسبب نقصان بالقدرة على الكسب، وقد يكون الضرر المعنوي مجرد من الضرر المادي مثل الألم الذي يصيب الوالدين في عاطفتها بسبب فقدان ولدهما⁴.

¹ شلبي . محمد توفيق : مرجع سابق. ص 57

² مرقس . سليمان : مرجع سابق. ص 137

³ اللصاصمة . عبد العزيز : مرجع سابق ص 89

⁴ سلطان . انور : مرجع سابق. ص 332

اختلفت التشريعات في موقفها من التعويض عن الضرر المعنوي إلا أن الإجماع يكاد ينعقد على التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية التقصيرية دون المسؤولية العقدية. أما في فلسطين فخلت مجلة الأحكام العدلية من النص على نوع الضرر الواجب التعويض، و لكن نصت على وجب إزالة الضرر بقدر الإمكان¹، و يرى جانب من الفقهاء أن هذه النصوص لا تشمل التعويض عن الأضرار الأدبية²، في حين نص قانون المخالفات المدنية رقم 36 لسنة 1944 في المادة الثانية منه على (وتعني لفظة "الضرر" الخسارة أو التلف الذي يلحق بمال، أو سلب الراحة أو الأضرار بالرفاه الجسماني أو السمعة أو ما إلى ذلك.) في حين أن القضاء الفلسطيني قضى بالتعويض عن الأضرار الأدبية في المسؤولية التقصيرية دون المسؤولية العقدية³.

أقر القانون المدني الأردني بالتعويض عن الأضرار المادية دون التعويض عن الأضرار الأدبية⁴، وهذا ما ذهب له القضاء الأردني فقد قضى بالتعويض عن الأضرار المادية في المسؤولية العقدية دون التعويض عن الضرر الأدبي⁵.

نص القانون المدني المصري على أن التعويض عن الإخلال بالعقد يشمل الضرر الأدبي أيضاً¹. أيضاً¹. كل ضرر تسبب به المحامي نتيجة ممارسته لعمله سواء كان مادياً أو معنوياً فهو محل

¹ نصت المادة 20 من مجلة الاحكام العدلية على(الضرر يزال) و نصت المادة 31 منها على(الضرر يدفع بقدر الإمكان)

² دواس، أمين : مرجع سابق، ص 91

³ قرار محكمة الاستئناف في رام الله رقم 2010/344 الصادر بتاريخ 2011/2/16 و الذي جاء فيه (و نحن و امام هذه الحالة و ثبوت المسؤولية التقصيرية و الضرر المادي و المعنوي للمستأنفة نتيجة فعل الطبيب المستأنف عليه الثاني مست = =الاذى بجسم المريضة المستأنفة و قد استتبع ذلك نقصا في وضعها المالي و في عواطفها و معنوياتها من خلال أيداء الجسد و الذي يستتبع تكاليف علاجه و مصاريف و حول الضرر المعنوي (دون الموت)، فالتعويض حق للمصاب (المضرور) من حيث المبدأ) عن موقع muqtafi.birzeit.edu تم الدخول في الساعة التاسعة مساء بتاريخ 2014/10/5

⁴ و نصت المادة 267/ من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 على (يتناول حق الضمان الضرر الأدبي كذلك . فكل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المتعدي مسؤولاً عن الضمان 2- ويجوز أن يقضى بالضمان للأزواج وللأقربين من الأسرة عما يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب)

⁵ قرار محكمة التمييز الاردنية بهيئة خماسية رقم 2005/2816 الصادر بتاريخ 2006/1/2 موقع

qistas.com/jor/index/ تمت الزيارة بتاريخ 2014/12/5 الساعة السابعة مساء

للتعويض، فما يصيب الموكل في كيانه الاجتماعي نتيجة خطأ أو تقصير المحامي محلاً للتعويض²، مثل الضرر المعنوي الذي يلحق الموكل نتيجة إفشاء أسرارهِ الأسرية التي عهد بها إلى المحامي.

المطلب الثاني : الخطأ المهني

الخطأ هو الركن الثاني الذي تقوم عليه مسؤولية المحامي المدنية، و هو اساس المسؤولية المدنية في القانون المدني المصري، و قانون المخالفات الفلسطيني رقم 36 لسنة 1944، بخلاف مجلة الاحكام العدلية و القانون المدني الاردني التي تعتمد الضرر كأساس للمسؤولية المدنية، وسيبحث هذا المطلب في مفهوم الخطأ و الخطأ المهني في الفرع الأول، و صور خطأ المهني المرتكب من قبل المحامي من خلال الفرع الثاني، و يبحث الفرع الثالث في حالات الخطأ المفترض في فعل المحامي.

الفرع الاول : مفهوم الخطأ و الخطأ المهني

تفرض قواعد و اصول مهنة المحاماة التزامات على المحامي، سواء كانت بشكل القيام بعمل او الامتناع عن عمل، على المحامي ان يقوم بها، و من المتفق عليه ان الاخلال بهذه الالتزامات تقيم ما يعرف بخطأ المحامي، فما هو خطأ المحامي ؟ و ما هي مواصفات خطأ المحامي حتى تقوم مسؤوليته المدنية و هل خطأ المحامي نوع واحد او اكثر ؟.

الخطأ فقها هو الاخلال بواجب قانوني سواء قام هذا الالتزام الذي اخل به بموجب عقد و هنا تقوم المسؤولية العقدية، او بموجب قانون و هنا تقوم المسؤولية التقصيرية³، و يشترط ان يؤدي

¹ نصت المادة 222 من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 01948 - (1) يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق، أو طالب الدائن به أمام القضاء.
(2) ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب.

² حسين، محمد عبد الظاهر : المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل. مرجع سابق. ص 399

³ سوادى، عبد الباقي محمود : مرجع سابق. ص 78

هذا الخطأ الى الحاق ضرر بالغير، هذا هو الخطأ العادي ، اما اذا كان الخطأ نتيجة الاخلال بالاصول العلمية و الفنية لمهنة معينة كان الخطأ مهني¹.

عرفت مجلة الاحكام العدلية الخطأ بالإضرار حيث جاء في نص المادة 19 (لا ضرر ولا ضرار). والاضرار يستلزم الفعل(او عدم الفعل) الذي نشأ عنه الضرر و عرف قانون المخالفات المدنية المعدل الخطأ التقصيري بلفظ التقصير و عرفه بانه (أي فعل قام به شخص، أو تقصير شخص عن القيام بأي فعل، أو تقصير شخص في استعمال الحذق أو اتخاذ الحيطة على الوجه ..)²

يتكون الخطأ الذي يقيم المسؤولية المدنية من ركنين الاول مادي و الاخر معنوي، و يعرف الركن المادي بانه فعل التعدي، او كل ما يكون له طبيعة مادية تلمس بالحواس، و له شكلين الاول فعل ايجابي مثل افشاء اسرار العملاء،و الاخر سلبي مثل الامتناع عن حضور جلسة

¹ يكن، زهدي : المسؤولية المدنية او الاعمال غير المباعة ، الطبعة الاولى : المكتبة العصرية بيروت ، لبنان ص 68
² هذا نص المادة 2/ 2 من القانون المعدل لقانون المخالفات المدنية رقم 5 لسنة 1947 الانجليزي و فصل هذا القانون عناصر التقصير في المادة 5 منه ب (إتيان فعل لا يأتيه شخص معتدل الإدراك ذو بصيرة في الظروف التي وقع فيها الفعل، أو التخلف عن إتيان فعل لا يتخلف شخص كهذا عن إتيانه في الظروف التي وقع فيها التقصير، (ب) أو التخلف عن استعمال الحذق أو اتخاذ الحيطة في ممارسة مهنة، أو حرفة، أو صنعة مما يستعمله أو يتخذه شخص معتدل الإدراك ذو بصيرة من ذوي الكفاية في تلك المهنة، أو الحرفة، أو الصنعة في مثل تلك الظروف. بالنسبة لشخص آخر يكون الشخص الذي أتى الفعل أو تخلف عن إتيانه أو عن استعمال الحذق أو اتخاذ الحيطة على النحو المشار إليه أعلاه، مديناً له بواجب يقضي عليه أن لا يأتي ذلك الفعل، أو أن يتخلف عن إتيانه، أو عن استعمال الحذق أو اتخاذ الحيطة، حسب مقتضى الحال. (2) إيفاء بالغايات المقصودة من الفقرة (1) يعتبر كل شخص أنه مدين بواجب لجميع الأشخاص ولصاحب أية أموال ينتظر من شخص معتدل الإدراك أن يتوقع تضرر هؤلاء الأشخاص أو تلك الأموال من جراء إتيانه فعلاً أو تقصيره عن إتيان فعل أو تخلفه عن استعمال الحذق أو اتخاذ الحيطة على الوجه المنوه به في البندين (أ) و(ب) من الفقرة (1) ويشترط في ذلك أن لا يكون صاحب أي مال غير منقول أو مشغله مديناً بهذا الواجب فيما يتعلق بحالة ذلك المال غير المنقول أو صيانته أو عمرانه إزاء أي شخص لمجرد أنه مأذون له بأن يكون في ذلك المال أو عليه أو بأن يكون له مال فيه أو عليه إلا بقدر ما يترتب عليه من واجب إنذار ذلك الشخص المأذون له، بوجود خطر مستور، أو تهلكة مخفية في ذلك المال أو عليه، مما يعلم بوجوده صاحب المال أو مشغله، أو مما يصح الافتراض أنه لا بد وأن يكون عالمًا بوجوده. وإيفاء بالغايات المقصودة من هذه الفقرة الشريطية، تعني عبارة "الشخص المأذون له" الشخص الذي يحل بوجه شرعي في مال غير منقول دون: (1) أن يكون له أية علاقة بأي عمل من الأعمال التي يكون لمشغل المال مصلحة فيها، أو (2) أن يكون قائماً بوجه شرعي باداء واجب عام بموجب أحكام أي تشريع أو خلاف ذلك وتشمل هذه العبارة أيضاً ضيوف مشغل المال غير المنقول الذين لا يدفعون أجراً عن ضيافتهم (3) كل من سبب بإهماله ضرراً لشخص آخر يعتبر أنه ارتكب مخالفة مدنية".

المحاكمة . اما ال ركن المعنوي وهو الإدراك ويجب أن يكون هذا الشخص مدركاً لأعمال التعدي التي قام بها سواء اتاها بقصد أو وقعت منه بغير قصد¹ .

خطأ المحامي المهني فهو عبارة عن الاخلال بالاصول العلمية و الفنية لمهنة المحاماة²، و يجب ان يكون متصلاً بها³.

التزام المحامي هو التزام ببذل عناية كما تقدم، و عليه فخطأ المحامي لا يقوم اذا لم يكسب الدعوى التي وكل به ا، او ينجح في المهمة المكلف بها، ولكن اذا لم يبذل العناية المنفق عليها وفقاً لما تقتضيه من حيطة و حذر، وما تقضي به قواعد قوانين المحاماة و لوائح آداب المهنة و شرف مهنة المحاماة .قامت مسؤولية المحامي المدنية المهنية⁴ . و غالباً ما تنص قواعد آداب المهنة على قواعد تعد مخالفتها خطأ مهني⁵ .

نص قانون المحامين النظامين الفلسطيني رقم 3 لسنة 1999 في المادة 29 منع على (كل محام أخل بواجباته المنصوص عليها في هذا القانون وفي الأنظمة الصادرة بمقتضاه أو في لائحة آداب المهنة التي يصدرها المجلس أو تجاوز واجباته المهنية أو قصر في القيام بها أو قام بتضليل العدالة أو أقدم على عمل يمس شرف وآداب المهنة أو تصرف في حياته الخاصة تصرفاً يحط من قدر المهنة يعرض نفسه للعقوبات التأديبية...)⁶ و تعتبر هذه الصور- و ان كان

¹ الثقيل. مشعل : مرجع سابق .ص.81

² خطاب . طلبة وهبة : مرجع سابق. ص 129

³ بدر ، بلال عدنان : مرجع سابق.ص.132

⁴ سوادى، عبد الباقي محمود : مرجع سابق. ص.85

⁵ قرار محكمة العدل العليا الاردنية رقم 1998/182 (هيئة خماسية) تاريخ 10/10/1998 موقع qistas.com/jor/index/ تمت الزيارة بتاريخ 2014/12/5 الساعة الرابعة مساء و الذي جاء فيه (..بما ان الثابت من ملف المستدعي لدى نقابة المحامين، المبرز في الدعوى ان المستدعي ارتكب مخالفة مسلكية لاخلاله بواجبات المهنة وتضليل العدالة بما يمس شرف المهنة وكرامتها ويؤثر على سمعتها وقد روعيت كافة الضمانات الاساسية للدفاع امام المجلس التأديبي ولدى مجلس النقابة وان المجلس مارس الصلاحيات المخولة له قانوناً واصدر قراره بناء على قناعته بالوقائع الثابتة. وبما ان النتيجة التي انتهى اليها المجلس مستخلصة استخلاصاً سانغاً من وقائع ثابتة في الاوراق والعقوبة تتناسب مع المخالفة المسلكية فان القرار المشكو منه لا يخالف القانون...)

⁶ نجد ان هذا النص يقابل نص المادة 63 من قانون نقابة المحامين الاردنيين رقم 11 لسنة 1972 و الذي جاء فيه (كل محام اخل بواجبات مهنته المنصوص عليها في هذا القانون وفي الانظمة الصادرة بمقتضاه او في لائحة آداب المهنة التي

النص عليها لغايات العقوبات التأديبية- هي من اشكال خطأ المحامي الموجب مسألته مدنيا في حال ادى هذا الاخلال الى الحاق الضرر بالموكل، و اجد ان نقابة المحامين الفلسطينيين لم تقم باصدار لائحة اداب المهنة حتى الان،و ارى ان ذلك يشكل خلافاً على النقابة ان تعمل على استكماله حتى تحدد بعض الاسس لما يعتبر خطأ مهنياً.

العناية المطلوب من المحامي القيام بها هي عناية المحامي المعتاد أي المعتدل بين المحامين من حيث الخبرة والعلم والعناية، ولا يقاس ما يقدمه المحامي على اساس الوسط بين الناس العاديين¹، وتحدد القوانين و الانظمة الخاصة بمهنة المحاماة درجة العناية المطلوبة و معيارها².

معيار المحامي المتوسط هو معيار موضوعي،و ينطبق في حال كان هناك تخصص في مهنة المحاماة أي انه يتشدد في مسألة المحامي المتخصص في مجال معين اذا كان العمل الذي اتاه يدخل في اختصاصه، فيكون المعيار المحامي المتوسط المتخصص في ذلك المجال، مثال المحامي المتخصص في الدعاوي الجنائية يتشدد في تحديد الخطأ الذي يقع منه في القضايا الجنائية³. وتجدر الإشارة الى ان معيار تحديد خطأ المحامي يتصرف المحامي الوسط بين المحامين هو معيار موضوعي يأخذ فيه الظروف الخارجية المحيطة بالمحامي عند إقدامه على التصرف من حيث الزمان والمكان⁴.

بصدرها مجلس النقابة بموافقة الهيئة العامة او تجاوز واجباته المهنية او قصر في القيام بها او قام بتضليل العدالة او اقدم على عمل يمس شرف المهنة وكرامتها او تصرف في حياته الخاصة تصرفاً يحط من قدر المهنة، يعرض نفسه للعقوبات التأديبية التالية....)

¹ السنهوري : عبد الرزاق : مرجع سابق: ص 932

² شلبي . محمد توفيق : مرجع سابق. ص 55

³ بدر بلال عدنان : مرجع سابق. ص136 و بذات المعنى حسين، محمد عبد الظاهر : المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل. مرجع سابق، ص 335

⁴ حسين، محمد عبد الظاهر : المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل . مرجع سابق. ص 334

الفرع الثاني : صور الخطأ المهني المرتكب من المحامي

تقديم الاستشارات القانونية من المهام التي يقوم بها المحامي و تتمثل في تحليل الوضع القانوني وتحديد الوقائع¹، و يعتبر المحامي مخطأ في تقديم الاستشارة في حال انه لم يقدم الاستشارة أصلاً إذ أن التزامه في تقديم الاستشارة هو التزام بتحقيق نتيجة ، و يقع عليه اثبات انه ادى الاستشارة او ان القوة القاهرة منعتة من تقديمها².

يعد المحامي مرتكباً للخطأ المهني في مجال الاستشارة القانونية على سبيل المثال، اذا لم يتم بتحديد الشكل، او قالب القانوني الذي يجب ان يقدم الاجراء القانوني فيه للعميل الذي يطلب الاستشارة³، مثل انه لم يذكر للعميل ان عقد البيع الاموال غير المنقولة يجب ان يتم لدى المرجع الرسمي⁴، وكذلك اذا لم ينبه العميل للمدد التي يجب ان يتم الاجراء خلالها، مثل ان دعوى الشفعة يجب ان تقدم للمحكمة خلال شهر من تاريخ العلم بما لا يتجاوز السنة اشهر من تاريخ توقيع العقد الرسمي⁵.

انتشر في هذه الايام موضوع استشارات المحامين عن بعد، و هو ما يتم من خلال مواقع محامين عبر الانترنت حيث يقوم طالب الاستشارة بعرض سؤاله على محامي من خلال موقعه المفترض ويتقاضى المحامي مقابل الاجابة اتعاب بوسيلة الكترونية، و هذه الاستشارات تتشابه

¹ الأحدث. عبد الحميد : المرجع السابق ص 80

² حسين، محمد عبد الظاهر : المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل. مرجع سابق، ص 341

³ المرجع السابق ص 343

⁴ نص قانون التصرف في الأموال غير المنقولة قانون رقم (49) لسنة 1953 في المادة 2 منه على (ينحصر إجراء جميع معاملات التصرف في الأراضي الأميرية والموقوفة والأموال والمسقات والمستغلات الوقفية وإعطاء سندات التسجيل بها في دوائر تسجيل الأراضي.) و هو قانون نشر على الصفحة 577 من العدد رقم 1135 من الجريدة الرسمية الأردنية الصادر 1953/3/1 و الذي نص في المادة 1 منه على انه يعمل به بعد مرور شهر على نشره في الجريدة الرسمية.

⁵ نص قانون معدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم 51 لسنة 1958 في المادة 2 منه على (1- على الرغم مما ورد في المادتين (41 و 44) من قانون الأراضي العثماني والمادة (1660) من المجلة: أ - لا يمارس حق الأولوية أو الشفعة بمقتضى أي من المواد المذكورة أعلاه من جانب أي شخص بعد مرور ستة أشهر على تاريخ الفراغ القطعي أو البيع في دوائر التسجيل....) و هو قانون نشر على الصفحة 50 من العدد رقم 1410 من الجريدة الرسمية الأردنية الصادر 1959/1/1 و الذي نص في المادة 1 منه على انه يعمل به بعد مرور شهر على نشره في الجريدة الرسمية.

تماماً مع الاستشارات التي تقدمها مكاتب المحامين ، و ان اختلفت في الوسيلة، و معطي الاستشارة القانونية عن بعد يخضع لذات قواعد المسؤولية التي يخضع لها المحامي¹.

1 - و تجدر الاشارة الى ان قانون تنظيم مهنة المحاماة نص في الفقرة الاولى من المادة 20 منه على (1- وفقاً لأحكام القانون يتمتع المحامي بالحقوق والامتيازات التالية : أ- اختيار الأسلوب الذي يراه مناسباً في دفاعه عن موكله ولا يكون مسؤولاً عما يورده في استشاراته أو مرافعاته كتابة أو شفاهة مما يستلزمه حق الدفاع أو الاستشارة...) و نص قانون نقابة المحامين الاردنين رقم 11 لسنة 1972 في المادة 39 منه على (للمحامي ان يسلك الطريق التي يراها ناجحة في الدفاع عن موكله و لا يكون مسؤولاً عما يورده في مرافعاته كتابة او شفاهة مما يستلزمه حق الدفاع، كما لا يكون مسؤولاً عن الاستشارات التي يعطيها عن حسن نية.) و من ذلك نجد ان المشرع الاردني قد نص صراحة على انعدام مسؤولية المحامي عن الاستشارات القانونية التي تصدر عن المحامي بحسن نية، وبمفهوم المخالفة فان مسؤولية المحامي تقوم عن الاستشارة في حال الغش او الخداع او الاهمال الجسيم، وهو بذلك يجاري مبدأ قديماً جرى عليه الفقه مدة من الزمن مؤداه ان المحامي غير مسؤول عن الاخطاء التي قد يرتكبها بحسن نية في تقديمه للاستشارة، و ذلك لان العميل غير ملزم اطلاقاً باتباع الاستشارة².

في حين اجد ان المشرع الفلسطيني نص على ان المحامي لا يكون مسؤول عن ما يرد في الاستشارات والمرافعات من الفاظ، دون ان يعفيه من المسؤولية التامة عن الاستشارات كما ذهب المشرع الاردني و اجد ان موقف المشرع الفلسطيني كان موقفاً اكثر بحذف عجز المادة رقم 39 من القانون الاردني وذلك لان اساس المسؤولية المدنية في فلسطين كما الاردن يقوم على الضرر، وليس الخطأ وبالتالي فان أي عمل يقوم به المحامي و يلحق ضرر بموكله يقيم مسؤوليته دون التطرق لحسن النية او انعدامها طالما خرج هذا العمل على اصول المهنة .

¹ بدر. بلال عدنان : المرجع السابق :ص 229

² حسين . محمد عبد الظاهر : مرجع سابق ص 335

يقوم المحامي بتحرير العقود و المستندات و هو ملزم بان يكون العقد او العمل القانوني الذي اتاه صحيحا و نافذا، وهو التزام بتحقيق غاية و عليه يعد المحامي مرتكبا خطأ مهنياً في حال كان العقد الذي حرره غير صحيح أي غير مستوفي عناصره الاساسية، او غير نافذ من الناحية القانونية¹، مثل ان يحرر عقد بيع ارض تمت بها اعمال التسوية خارج الموقع الرسمي. و اذا تحققت هذه الشروط للمحررات انقلبت مسؤولية المحامي الى مسؤولية بذل عناية .

كما ان المحامي يقوم بتمثيل موكله لدى المحاكم ، و الهيئات ذات الاختصاص القضائي، و المحامي ملزم اثناء القيام بهذا العمل بواجب الحرص و الحذر و العناية، و ان يقوم بهذا العمل بكل اخلاص و امانة، و ان الاخلال بهذه الواجبات يعرض المحامي للمسؤولية المدنية²، و هذا ما درجت على النص عليه القوانين موضوع الدراسة³.

والمحامي ملزم بالقيام بالاجراء مستوفيا شكله القانوني ، والتزامه بذلك هو التزام بتحقيق نتيجة، وكل تأخير في القيام بالعمل او تخلف عن القيام به يقيم مسؤولية المحامي اذا ترتب على ذلك ضرر بالموكل⁴. ومن ذلك قضت محكمة التمييز الاردنية بمسؤولية المحامي المدنية في حال قام

¹ الأحدث. عبد الحميد : مرجع سابق . ص 79 :

² سوادي، عبد الباقي محمود : مرجع سابق. ص84

³ نصت المادة 26 من قانون المحامين النظامين رقم 3 لسنة 1999 على (يجب على المحامي ما يلي2- أن يتقيد في سلوكه بمبادئ الشرف والاستقامة والنزاهة وأن يقوم بجميع الواجبات التي فرضها عليه هذا القانون وتفرضها عليه أنظمة النقابة وتقاليدها. 3- أن يدافع عن موكله بكل أمانة وإخلاص وهو مسؤول في حالة تجاوزه حدود الوكالة أو خطأه الجسيم...) و نص نقابة المحامين النظاميين الاردنيين رقم 11 لسنة 1972 في المادة 54 منه على (على المحامي ان يتقيد في سلوكه بمبادئ الشرف والاستقامة والنزاهة وان يقوم بجميع الواجبات التي يفرضها عليه هذا القانون وتفرضها عليه أنظمة النقابة وتقاليدها.) و نص في المادة 55 منه على (على المحامي ان يدافع عن موكله بكل امانة و اخلاص وهو مسؤول في حالة تجاوزه حدود الوكالة او خطئه الجسيم.) في حين لم يرد نص مماثل في القانون المصري و ان كان عدم النص لا يؤدي الى الاخلال بهذا الالتزام لان اعراف و تقاليد مهنة المحاماة تفرض الالتزام بهذه الواجبات اضافة الى ان القسم اوجب على المحامي القيام بعمله بكل امانة و اخلاص .

⁴ حسين، محمد عبد الظاهر : المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل مرجع سابق، ص 348

باسقاط حق موكله الشخصي القضية الجزائية التي موضوعها اصدار شيك بدون رصيد دون عوض او مقابل¹ .

يعتبر افشاء السر الموكلين التي يطلع عليها المحامي بسبب مهنته من الاخطاء التي توجب مسألته، اعتبر البعض هذا الخطأ من الاخطاء التقصيرية، التي تمثل اخلافاً بواجب العناية²، لان القانون يفرض على المحامي المحافظة على الاسرار المهنية حتى لو لم ينص عليها الاتفاق الذي يربط المحامي بالموكل حيث ان الحفاظ على السر المهني من النظام العام³.

يقوم خطأ المحامي بافشاء السر حتى لو افشى السر لشخص واحد، و لو كان الافشاء لاجزاء من المعلومات التي عرفها او كلها، سواء كانت المعلومات وصلت له عن طريق موكله او عن طريق الملف او المستندات او التحقيق، وسواء كان الافشاء شفاهة او كتابة، و حتى لو كان الافشاء للمحامي زميل بقصد الحصول على النصح و الارشاد⁴.

الاسرار المهنية هي المعلومات التي تكون بطبيعتها أسرار او التي يذكر العميل للمحامي بوجود المحافظة عليها بطي الكتمان لحماية مصلحة له⁵.

¹ قرار محكمة التمييز الاردنية رقم 2002/2861 الصادر بتاريخ 2002/11/27 موقع qistas.com/jor/index/ تمت الزيارة بتاريخ 2014/12/5 الساعة السابعة مساء و جاء فيها (ان قيام المحامي الوكيل باسقاط حق موكله في القضية الجزائية و موضوعها شيك بدون رصيد و ذلك دون عوض او مقابل او التزام الفئ على المشتكى عليه صاحب الشيك خطأ كافيًا لتحقق المسؤولية العقدية و من ثم مسؤولية المحامي الوكيل عن تعويض موكله عما اصابه من ضرر ..) و نظر كذلك حكم محكمة التمييز رقم 2010/658 الصادر بتاريخ 2011/13 موقع qistas.com/jor/index/ تمت الزيارة بتاريخ 2014/12/5 الساعة السابعة مساء

² الحسيني . عبد اللطيف : مرجع سابق: ص 324

³ حبيب . عادل صبري محمد : مدى المسؤولية المدنية عن الاخلال بالالتزام بالسر المهني او الوظيفي : دار الفكر الجامعي الاسكندرية مصر 2003 ص 81

⁴ حسين، محمد عبد الظاهر : المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل مرجع سابق، ص 362

⁵ شلبي . محمد توفيق : مرجع سابق: ص 147

افشاء الاسرار التي يطلع عليها المحامي بسبب مهنته يتعبّر فعلاً مجرماً يعاقب فاعله بعقوبة جزائية¹، ومن باب المحافظة على الاسرار المهنية يعفى المحامي من الشهادة لدى المحاكم حول هذه المعلومات²، علماً ان المحامي يعتبر غير مخول بهذا الواجب اذا طلب منه العميل الافشاء، ولكن لا يجوز للمحامي افشاء الأسرار بناء على طلب الورثة لان الورثة لا يملكون هذا الحق³.

الفرع الثالث: حالات الخطأ المفترض في فعل المحامي

نص قانون المحامين النظامين الفلسطينيين على طائفة من الاعمال التي يقوم فيها الخطأ المفترض للمحامي، حتى لو لم يلحق الموكل او الغير ضرر، وهو بذلك خالف الاصل المنصوص عليه في مجلة الاحكام العدلية التي تقيم المسؤولية على الضرر، ولعل ذلك يرجع الى ان المسؤولية التأديبية تفرض الاخلال بالتزام ملقى على عاتق المحامي يفرضه القانون لذلك نص قانون المحامين النظاميين الفلسطيني رقم 3 لسنة 1999 و قانون نقابة المحامين الاردني رقم 11 لسنة 1972 على هذه الحالات وهي التالية :

1- حالة تجاوز حدود الوكالة⁴: اوجب قانون المحامين النظاميين على المحامي ان يحصل على توكيل خاص من موكله ليمثله لدى المحاكم حيث لا يجوز للمحامي الظهور لدى أي محكمة الا بموجب وكالة خاصة موقعة من موكله⁵، و التزام المحامي بواجب الحذر يقتضي منه ان يلتزم

¹ نص قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960 في المادة 355/3 منه على (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات كل من: 3...- كان بحكم مهنته على علم بسر وأفشاءه دون سبب مشروع.)

² نص قانون البيئات رقم 4 لسنة 2001 المنشور على الصفحة 226 من الوقائع الفلسطينية رقم 38 الصادر بتاريخ 2011/9/5 في المادة 67/1 منه على (1- لا يجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم عن طريق مهنته أو صنعتهم، بوقائع أو معلومات أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفتهم، ما لم يكن ذكرها له مقصوداً به ارتكاب جنائية أو جنحة. 2- يجب على الأشخاص المذكورين في الفقرة أعلاه أن يؤدوا الشهادة على تلك الوقائع أو المعلومات متى طلب منهم من أسرها إليهم على ألا يخل ذلك بأحكام القوانين الخاصة بهم.)

³ حبيب . عادل صبري محمد : مرجع سابق: ص 87

⁴ نص 3/26 من قانون المحامين النظاميين الفلسطينيين رقم 3 لسنة 1999 ونص المادة 55 من قانون نقابة المحامين الاردنيين رقم 11 لسنة 1972 .

⁵ نص من المادة 20/4 من قانون المحامين النظاميين الفلسطينيين على (ج- مع مراعاة الفقرة (ب) أعلاه من هذه المادة لا يحق لأي محام الظهور لدى أية محكمة إلا بموجب وكالة خطية موقعة من موكله ومصادق عليها من قبله أو من قبل مرجع مختص قانونياً وإذا كانت الوكالة تشمل درجات متعددة في المحاكم فيدفع رسم إبراز عنها لحساب النقابة عن كل

بتعليمات الوكيل والتي تحدد بموجب الوكالة، فالمحامي ملزم باتمام الاجراءات التي وكل بها ، و في حال تجاوز المحامي هذه الحدود تقوم مسؤوليته، و يحق لموكله مطالبته بالتعويض، و يحكم بالتعويض على المحامي بالقدر الذي تجاوز فيه حدود الوكالة¹.

2- حالة الخطأ الجسيم: و هذه الحالة نص عليها المشرع الفلسطيني و الاردني ايضا دون ان يحدد مفهوم الخطأ الجسيم و قد درج الفقه على تعريف الخطأ الجسيم بانه (الجهل الفاضح بالمبادئ الاساسية للقانون او الجهل -الذي لا يغتفر بالوقائع الثابتة بملف الدعوى و كذلك الإهمال وعدم الحيطة بالغى الخطورة في مباشرة رجال القضاء لاعمال وظائفهم) ². و عرفه القضاء المصري بانه (الخطأ الفاحش الذي يبلغ من جسامته ان يدل بذاته على نية الغش لولا ان الحدود تدرأ بالشبهات، فهو خطأ لا يعلوه في سلم الخطأ درجة، و لا ينقصه ليصبح غش الا سوء النية) ³. و اجد ان تعريف الخطأ الجسيم لم يكن محددا حيث لم يتمكن الفقه من تحديد الخطأ ابتداءً حتى يتحدد الجسيم منه.

يرى الفقيه الفرنسي لالو أن الخطأ المهني لا يكون الا جسيما، و عليه يجب مسألة المحامي عن أي خطأ مهما كان يسيرا و تمكين المتعامل معه من المطالبة بجبر ضرره ⁴. علما ان الدكتور محمد عبد الظاهر حسين يرى ان لتحديد درجة الخطأ المرتكب أهمية في تحديد مقدار التعويض⁵.

درجة من هذه الدرجات.) و نجد ذات النص في المادة 44 في الفقرة 3 منه على (مع مراعاة الفقرة (2) من هذه المادة لا يحق لاي محام الظهور لدى اي محكمة الا بموجب وكالة خطيه موقعه من موكله ومصادق عليها من قبله او من قبل مرجع مختص قانونياً و اذا كانت الوكالة تشمل درجات متعددة في المحاكم فيدفع رسم ابراز عنها لحساب النقابة عن كل درجة من هذه الدرجات.)

¹ الحسيني، عبد اللطيف : مرجع سابق. ص 334

² سوادى . عبد الباقي محمود : مرجع سابق. ص 90

³ قرار محكمة استئناف طنطا الصادر بتاريخ 1971/12/27 مجلة المحاماة العددان الخامس و السادس، السنة الثانية و

الخمسون .1972، ص113، رقم 85 مشار اليه لدى خطاب ، طلبة وهبة : مرجع سابق: ص 142

⁴ حسين، محمد عبد الظاهر : المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل: مرجع سابق، ص 380

⁵ المرجع السابق، ص 385

وارى ان درجة الخطأ لا تؤثر في تقدير قيمة التعويض ، لان الهدف من التعويض هو جبر الضرر، و ليس ايقاع العقاب و قد يكون ذلك مجديا في حالة تحديد طبيعة العقوبة التأديبية.

و قد خلى القانون المحاماة المصري من النص على الخطأ الجسيم كشرط لمسألة المحامي علما ان القانون المدني المصري يقيم المسؤولية على الخطأ . و ذهب الفقه المصري و على رأسه الدكتور السنهوري الى ان الخطأ الذي يسأل عنه المهني هو الخطأ الجسيم¹.

3- قبول وكالة عن طرفين متخاصمين في دعوى واحدة او تقديم استشارات لخصم موكله بذات الدعوى التي كان وكيلاً فيها او في دعوى متفرعة عنها². فلا يجوز للمحامي ان يمثل مصالح متعارضة لان ذلك يتنافى مع موجب الاخلاص الملزم به المحامي في تعامله مع عملائه، و من ذلك ايضا ان المحامين المشتركين في مكتب واحد يسري عليهم ذات المنع³. علما ان الاخلال بهذا الواجب يقيم المسؤولية التأديبية اضافة الى المسؤولية المدنية في حال توافر اركان المسؤولية المدنية، بل ان محكمة العدل الفلسطينية اعتبرت ان الوكالة عن الخصم باطله و قررت عدم قبول تمثيل المحامي لموكله بعد ان كان وكيلاً لخصمه⁴.

¹ السنهوري . عبد الرزاق : مرجع سابق. ص 331

² نص المادة 3/27 من قانون المحامين النظامين الفلسطيني رقم 3 لسنة 1999 (لا يجوز للمحامي أن يقبل الوكالة في الحالات التالية:- أ- عن طرفين متخاصمين في دعوى واحدة . ب- ضد موكله بمقتضى وكالة عامة . ج- ضد شخص كان وكيلاً عنه، في نفس الدعوى أو الدعاوى المتفرعة عنها ولو بعد انتهاء وكالته . د- ضد جهة سبق أن أطلعتة على مستنداتها الثبوتية ووجهة دفاعها مقابل أتعاب استوفأها منها سلفاً).

³ قبطان .محمد : التزامات المحامي و مسؤوليته . ديوان المطبوعات الجامعية . الجزائر . 1993 ص 117

⁴ قرار محكمة العدل العليا الفلسطينية رقم 2005/16 تاريخ 2006/4/12 موقع muqtafi.birzeit.edu تمت الزيارة بتاريخ 2014/12/13 الساعة الحادية عشر صباحا و الذي جاء فيه(و حيث ان الاستاذ بهيج التميمي قد ظهر في هذه الدعوى بصفته وكيلاً عن المستدعى ضدها الرابعة لجنة التنظيم المحلية في الخليل في مواجهة موكله السابق المستدعي في هذه الدعوى عيسى عبد الحفيظ الكبيجي و في ذات الموضوع الذي كان وكيلاً فيه . و حيث ان المادة 27 من قانون نقابة المحامين النظامين الفلسطينيين رقم 3 لسنة 1999 تنص على انه لا يجوز للمحامي ان يقبل الوكالة ضد شخص كان وكيلاً عنه في نفس الدعوى او الدعاوي المتفرعة عنها ولو بعد انتهاء وكالته فان المحكمة تقرر عدم قبول ظهور الاستاذ بهيج التميمي وكيلاً عن المستدعى ضدها الرابعة في هذه الدعوى ..)

المطلب الثالث : علاقة السببية

يجب أن يكون الخطأ الذي أتاها المحامي هو السبب المباشر في حدوث الضرر لقيام المسؤولية المدنية للمحامي، ويجب أن يكون هذا السبب محققا ومباشرا، أي يجب أن يكون الفعل الضار كافيا بوقائعه وعناصره لإحداث الضرر، و هو ما يعرف برابطة السببية¹.

السببية ركن جوهري في المسؤولية، و هي ركن مستقل عن باقي أركان المسؤولية، و هي بلغة أخرى قيام الصلة بين فعل المدين و الضرر الذي لحق الدائن، و تفسر ذلك محكمة استئناف رام الله (.. علاقة السببية أي أن يكون الخطأ هو السبب في الضرر، أي قيام علاقة سببية بين الخطأ و الضرر، إذ قد يوجد ضرر ليس سببه الخطأ و إنما أسباب أخرى..)² و قد تكون هذا الصلة واضحة كل الوضوح، وقد تكون غير واضحة بسبب أن الخطأ قد يكون احد العوامل المتسببة بالضرر، أو أن الخطأ قد يؤدي إلى أضرار متعددة ومتلاحقة أحيانا³.

تطبيقا للقواعد العامة يجب لقيام مسؤولية المحامي أن يكون الضرر نتيجة طبيعة لعدم الوفاء بالالتزام، أو للتأخير في الوفاء به، أي يجب إن يكون فعل المحامي هو السبب المباشر للضرر الذي لحق الموكل . ذلك أن مجلة الأحكام العدلية تقيم المسؤولية على المباشر دون المتسبب في المسؤولية العقدية⁴، و في تفسير ذلك قررت محكمة التمييز الأردنية بان(..يتضح من نص المادة 924 من مجلة الأحكام العدلية انه لا يكفي لكي تتحقق المسؤولية أن يقع الضرر على السائل و خطأ من المسؤول و إنما يجب أيضا أن يكون الضرر الذي أصاب الأول هو نتيجة للخطأ الواقع من الثاني..)⁵ .

¹ مرقس .سليمان الوافي في شرح القانون المدني المجلد الثاني مرجع سابق . ص 455

² قرار محكمة استئناف رام الله رقم 2009/107 تاريخ 2010/4/6 عن موقع muqtafi.birzeit.edu تاريخ الزيارة 2014/12/13 الساعة الواحدة ظهرا

³ السعيد . هشام ابراهيم : مرجع سابق ص 148

⁴ نصت المادة 90 من مجلة الاحكام العدلية (إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر) و نصت المادة 93 منها على (المباشر ضامن وان لم يتعمد)

⁵ قرار محكمة تمييز حقوق رقم 1972/258 هيئة خماسية الصادر بتاريخ 1972/8/13 موقع

qistas.com/jor/index/ تمت الزيارة بتاريخ 2014/12/13 الساعة العاشرة صباحا

النتيجة التي ينتظرها الموكل من علاقته بالمحامي هي نتيجة احتمالية أو ظنية، و عليه فان عدم نجاح دعوى الموكل لا يؤدي حتما إلى قيام مسؤولية المحامي، و إنما يجب أن يثبت أن الضرر الذي لحق بالعميل هو بسبب خطأ أو تعدي المحامي¹.

انتفاء وجود رابطة السببية يعني انتفاء مسؤولية المحامي عن الضرر، و من ذلك رد دعوى مسؤولية المحامي عن إخلاء الم مؤسسة، إذا قصر في التثبت من وجود رهونات عليها عند تحرير عقد البيع، لان سبب الإخلاء كان التأخر في دفع أجرة المبنى الذي تشغله المؤسسة².

يصعب إثبات علاقة السببية بين الفعل و الضرر بشكل عام، وذلك لتعدد أسباب الضرر التي تجعل من الصعب ربط أحد الاسباب بالضرر، خاصة و أن الموكل غالبا ما يبالغ في تقدير الضرر الذي لحقه من المحامي، والمبالغة تكون مبنية على أسباب لا علاقة للمحامي بها، أو أن يكون هناك خطأ من جانب الموكل أسهم في الضرر إضافة إلى خطأ المحامي، حيث لا يعفى المحامي في هذه الحالة من المسؤولية و إنما تقوم مسؤوليته جزئيا، و من هذه الصور عدم قيام الموكل الذي يطلب الإستشارة بإمداد المحامي بكامل المعلومات عن موقفه، إضافة إلى تقصير المحامي في دراسة ما سلم له من معلومات لتحديد موقف العميل، و هنا يتحمل العميل الجانب الأكبر من المسؤولية لخفاء معلومات جوهرية³.

نتيجة لصعوبة تحديد رابطة السببية و إثباتها وتحديد الضرر المباشر أو غير مباشر، ترك أمر تقديرها للمحاكم الموضوع دون رقابة عليها من محكمة القانون، و ذات الصعوبة تبرز في حال تعدد الأسباب حيث من الصعب تقدير السبب المباشر للضرر، و عليه لا يجوز استبعاد كل عامل ساهم في وقوع الضرر، و هنا تعتبر جميع العوامل التي أدت إلى وقوع الضرر أسبابا متعادلة في تحمل المسؤولية⁴.

¹ حسين، محمد عبد الظاهر : المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل. مرجع سابق، ص 417

² بلال . بدر عدنان : مرجع سابق .ص170

³ حسين، محمد عبد الظاهر : المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل. مرجع سابق، ص 426

⁴ سوادى .عبد الباقي محمود : مرجع سابق . ص 121

وتجدر الإشارة إلى أن مسؤولية المحامي تقوم عن فعل الغير الذي يرتبط معه بعقد متى ثبتت مسؤولية هذا الغير عن الضرر الذي لحق العميل¹ .

و نفي علاقة السببية من قبل المحامي يكون إما بإثبات السبب الأجنبي و هو احد صور ثلاث،الأولى الحادث الفجائي أو القوة القاهرة ،والثانية خطأ المضرور، و الأخيرة خطأ الغير . أو بإثبات أن خطأ المحامي ليس هو السبب المنتج للضرر² .

¹ شحاتة . محمد نور : مرجع سابق. ص 259

² التقييل .مشعل : مرجع سابق. ص 114

الفصل الثاني

أحكام قيام مسؤولية المحامي المدنية عن إخلاله بواجباته

أهم حكم يترتب على قيام مسؤولية المحامي المدنية تجاه موكله هو حق موكله بالمطالبة بالتعويض، و لما كان من النادر أن يقوم المحامي بجبر الضرر من تلقاء نفسه، فلا يبقى امام الموكل المتضرر الا اللجوء الى وسيلة يجبر فيها المدين على جبر الضرر، و ازالته، وعلى رأس هذه الطرق هو اللجوء الى القضاء من خلال اقامة دعوى مدنية للمطالبة بجبر الضرر، سواء بالتنفيذ العيني ان كان له مجال، او المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق بالموكل من فعل المحامي .

وقد يتفق المحامي والمتضرر على اللجوء إلى التحكيم، ولكن حتى هذه الوسيلة تعتبر من الوسائل الاختيارية بالنسبة للمحامي التي تتوقف على إرادته، وعليه فان الوسيلة الوحيدة التي تعطي الموكل المتضرر اقتضاء حقه من المحامي هي دعوى المسؤولية، لذلك س يبحث هذا الفصل من الدراسة في دعوى المسؤولية المدنية التي تقام على المحامي في المبحث الأول من هذا الفصل و يتناول المبحث الثاني من هذا الفصل الآثار المترتبة على ثبوت مسؤولية المحامي المدنية.

المبحث الأول : دعوى مسؤولية المحامي المدنية

الدعوى بشكل عام لها معنيين الأول موضوعي، و الآخر إجرائي، والموضوعي هو ما يدخل في القانون المدني : حيث تعتبر وسيلة أو مكنة لحماية الحقوق، تمكن صاحب الحق اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقه أو حمايته ، وبذلك هي عنصر من عناصر الحق، و أما المعنى الإجرائي و هو اللفظ الذي يطلق على الطلب الذي يقدم للقضاء¹.

¹ التكروري .عثمان: مرجع سابق. ص 251

و قد عرفت المادة (1613) من مجلة الأحكام العدلية بأنه (هي طلب أحد حقه من آخر في حضور الحاكم، ويقال للطالب المدعي وللمطلوب منه المدعي عليه.) عليه فالدعوى هي طلب الحق في حضور الحاكم، و بغير حضور الحاكم فان الطلب لا يكون دعوى¹. فالدعوى المدنية لها اتصال وثيق بالقانونين المدني و المرافعات، إلا أن فقهاء القانون المدني غالباً ما يغفلون شرح الدعوى تاركين أمرها لشراح قانون المرافعات².

عرفت الدعوى بأنها وسيلة الإكراه القانونية لاقتضاء الحق من المحقوق الذي يتمتع عن أداءه طوعاً، و هي مصاحبة للحق من حيث منشأها فهي تنشأ معه، و تستمر باستمراره فتسقط بانتهاء الحق أو اقتضائه، و هي متزوجة بتنوع الحق الذي تحميه³.

وتشترك دعوى مسؤولية المحامي مع غيرها من الدعاوي بان لها طرفين، يسمى مقدمها مدعي وغالباً ما يكون المدعي في هذه الدعوى هو الموكل المضرور من فعل المحامي، وهذا المدعي قد يكون شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً، سواء كان المحامي قد توكل عنه بناء على اتفاق بينهما، أو أنه تولى الدفاع عنه بناء على تكليف من المحكمة، و قد يكون المدعي لحقه الضرر شخصياً، أو أنه نائب عن المتضرر سواء كانت الإنابة اتفاقية مثل الوكيل، أو إنابة قانونية مثل الولي أو الوصي، وقد يكون المدعي الخلف العام للمتضرر، أو دائن المتضرر الذي يرفع دعوى غير مباشرة للحفاظ على حقوق مدينه⁴.

المدعى عليه في دعوى مسؤولية المحامي المدنية، هو المحامي المسبب للضرر، سواء كان مسؤول عن فعله أو عن فعل غيره. وقد يكون المحامي شخص، و قد تكون شركة أي م جموعة محامين ولهم شخصية اعتبارية تمثلهم. وفي حال وفاة المحامي تكون المسؤولية على تركته، إذ تتحمل الشركة التعويض عن الضرر، سندا على قاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون، أي أن هذه

¹ اللبناني. سليم رستم باز: مرجع سابق. ص 907

² سوادى . عبد الباقي محمود : مرجع سابق. ص 266

³ الخوري .فارس : اصول المحاكمات الحقوقية دروس نظرية و عملية . الطبعة الثانية، الدار العربية للنشر و التوزيع،

عمان . الاردن 1987 ص 130

⁴ شلبي، محمد توفيق : مرجع سابق. ص 184

التركة هي المسؤولة عن التعويض، و هي التي تخاصم في دعوى مسؤولية المحامي، و لا توزع الا بعد سداد الديون، أما الخلف الخاص فلا يسأل عن التعويض، إلا إذا أجمعت في جانبه من جديد أركان المسؤولية المدنية¹.

دعوى مسؤولية المحامي المدنية قبل موكله هي دعوى كغيرها من الدعاوي المدنية لها شروط صحة و وسائل إثبات، و دفع توجّه لها، و هذه الأمور توجد و تطلب في كل الدعاوي، و لكن يوجد في بعض الأحيان مميزات لها في دعوى مسؤولية المحامي عن غيرها نظرا لخصوصية مهنة المحاماة وخصوصية العلاقة بين المحامي و الموكل لذلك سيبحث هذا المبحث في الجوانب التي تتميز فيها دعوى مسؤولية المحامي عن غيرها من خلال ثلاث مطالب يتناول الأول شروط قبول الدعوى، يتعرض الثاني لوسائل الإثبات في هذه الدعوى، و يتناول الأخير الدفع الموجه لها .

المطلب الأول : شروط قبول الدعوى

يجب أن تتوفر في أي دعوى شروط معينة، و بغير توافر هذه الشروط تحكم المحكمة برد الدعوى، دون التعرض لموضوعها أو بحثه و هي ما تعرف بشروط الصحة²، و هذا ما سيبحث به هذا المطلب من خلال الفرع الأول أما الفرع الثاني فيبحث في شرط وجب الحصول على اذن نقابة المحامين قبل قبول أي وكالة ضده .

الفرع الأول: شروط قبول دعوى بشكل عام

من اهم الشروط العامة لقبول الدعوى المدنية بشكل عام ما يلي:-

1 - المصلحة : أبرز شروط صحة الدعوى أن يكون لرافعها مصلحة في تقديمها، و المصلحة هي المنفعة المشروعة، مادية أو أدبية التي يحاول المدعي الحصول عليها بنتيجة الحكم الفاصل

¹ سلطان ، انور : مرجع سابق. ص 390

² الخوري .فارس : مرجع سابق. ص 237

بالدعوى¹، ويجب أن تكون المصلحة قانونية أي موضوعها المطالبة بحق أو مركز قانوني بتقريره إذا نوزع فيه، أو دفع العدوان إذا اعتدي عليه².

ويجب أن تكون هذه المصلحة شخصية و مباشرة للمدعي، أي لا تقبل الدعوى من فضولي لم يلحقه أي ضرر³، وقائمة أي مؤكدة و ليست احتمالية، سواء كانت حالة أو مستقبلية، و المصلحة من النظام العام تتعرض له المحكمة من تلقاء نفسها⁴.

ونصت قوانين أصول المحاكمات المدنية على وجوب توافر المصلحة بكل دعوى أو طلب أو دفع يقدم للمحكمة بل و اعتبرته الركن الأساسي لقبول الدعوى و جعلته من النظام العام الذي تتعرض له المحكمة من تلقاء نفسها، و بل و ذهب القانون المصري إلى حد فرض غرامة على المدعي في حال عدم توافر المصلحة في دعواه⁵.

تتمثل المصلحة في دعوى مسؤولية المحامي المدنية في الحصول على تعويض عن الضرر الذي أصاب الموكل و هو المدعي نتيجة فعل المحامي، و قد تكون المصلحة بالمطالبة بإصلاح

¹ التكروري. عثمان : مرجع سابق. ص 259

² المرجع السابق : ص 260-266

³ الخوري. فارس : مرجع سابق. ص 134

⁴ التكروري. عثمان : مرجع سابق. ص 266

⁵ نص قانون اصول المحاكمات المدنية و التجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 - و المنشور على الصفحة 5 من العدد 38 الوقائع الفلسطينية الصادر بتاريخ 2001/9/5 و الذي قرر في المادة 293 منه على سريانه بعد ثلاث اشهر من نشره- في المادة 3 منه على (1- لا تقبل دعوى أو طلب أو دفع أو طعن لا يكون لصاحبه مصلحة قائمة فيه يقرها القانون. 2- تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه. 3- إذا لم تتوافر المصلحة وفقاً للفقرتين السابقتين قضت المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى.) كما نص قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني رقم 24 لسنة 1988 في المادة 3 منه المادة (3) على (1- لا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون. 2- تكفي المصلحة المحتملة اذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه.) و نص قانون المرافعات المصري رقم 13 لسنة 1968 في المادة 3 منه ايضا على(لا تقبل أي دعوى كما لا يقبل أي طلب أو دفع استناداً لأحكام هذا القانون أو أي قانون آخر، لا يكون لصاحبه فيها مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون .ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الإستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه.وتقضى المحكمة من تلقاء نفسها، فى أى حالة تكون عليها الدعوى،بعدم القبول فى حالة عدم توافر الشروط المنصوص عليها فى الفقرتين السابقتين .ويجوز للمحكمة عند الحكم بعدم قبول الدعوى لانتفاء،شرط المصلحة أن تحكم على المدعى بغرامة إجرائية لا تزيد عن خمسمائة جنية إذا تبين أن المدعى قد أساء استعمال حقه فى التقاضى)

الضرر¹. وفعل المحامي الذي نتج عنه الضرر يجب أن ينطوي على إخلال بقواعد و تقاليد مهنة المحاماة، لان الضرر وحده دون إخلال لا يكفي لقيام الحق بالتعويض الذي يمثله المصلحة².

الإخلال الذي يرتكبه المحامي قد يكون بعدم التنفيذ المحامي الوكيل لالتزامه الموكل به، أو تأخره بالتنفيذ، أو سوء التنفيذ، و أن يسبب هذا الإخلال ضرر معلوم و مباشر و محقق للموكل، والتعويض عن هذا الضرر يشكل مصلحة الموكل، و ينبغي أن تظل المصلحة قائمة حتى انتهاء الدعوى³.

2 - شرط الأهلية فيمن يمارس الدعوى : حيث يجب أن تتوفر الأهلية القانونية - أي أهلية الأداء⁴ - فيمن يباشر الدعوى، بغض النظر عن أهلية صاحب الحق، فقد يكون صاحب الحق قاصراً أو محجوراً عليه، فهنا تباشر الدعوى من وليه أو وصيه، و إلا كانت غير صحيحة، علماً أن هؤلاء لهم أن يقيموا عنهم وكلاء أي محامين، و لكن لا تقبل الدعوى من الوكيل المحامي عن القاصر مباشرة بل يجب أن تكون من ولي القاصر أو وصيه⁵.

وشرط الأهلية هو شرط واجب توفره في المدعي و المدعى عليه⁶ أي المحامي في دعوى مسؤولية المحامي، فيجب أن يكون المحامي متمتعاً بالأهلية القانونية وقت مفاصمته، و هذا

¹ سوادى . عبد الباقي محمود : مرجع سابق. ص 267

² شلبي، محمد توفيق : مرجع سابق. ص 188

³ سوادى . عبد الباقي محمود : مرجع سابق. ص 268

⁴ مناط اهلية الاداء هو بلوغ سن الرشد فمن بلغ سن الرشد و كان مدركا تمتع باهلية الاداء و الذي يحدد سن الرشد في فلسطين و الاردن هو قانون الاحوال الشخصية الذي يحمل رقم (61) لسنة 1976

⁵ الخوري .فارس : مرجع سابق. ص135 و نصت المادة

⁶ نصت المادة 79 من قانون اصول المحاكمات المدنية و التجارية رقم 2 لسنة 2001 على (يجب أن يكون كل من طرفي الخصومة متمتعاً بالأهلية القانونية التي تتعلق بها الدعوى وإلا وجب أن ينوب عنه من يمثله قانوناً، فإن لم يكن له ممثل قانوني تعين المحكمة المختصة من يمثله.)

الشرط هو شرط ابتداء و استمرار¹، أي إذا فقد أي من الخصوم أهليته القانونية خلال الدعوى انقطعت الخصومة لحين تنصيب نائب قانوني له².

3- وجود الصفة : ان يكون المدعي صاحب الحق في المطالبة و الدفاع³، و هو ما يعبر عنه بوجود الحق المطالب به بموجب الدعوى و يجد البعض ان هذا الشرط ليس من شروط صحة الدعوى وانما هو من شروط قبولها لان الدعوى ترفع لتقرير وجود الحق و اقتضائه، و ان شرط المصلحة يغني عنه⁴. و أجد ان الصفة هنا يكون لها وصف موضوعي يتعلق بوجود الحق موضوع الدعوى و لها صفة إجرائية تتمثل في الصلاحية لمباشرة إجراءات التقاضي.

الفرع الثاني : شرط الحصول على إذن نقابة المحامين قبل

التوكل ضد محامي من قبل محامي اخر

غالبا ما يقوم الموكل المتضرر من فعل المحامي باللجوء إلى محامي اخر، ليقوم المحامي الأخير بتقديم الدعوى ضد المحامي زميله، وتمثيل الخصم أي المدعي، خاصة وان قوانين أصول المحاكمات المدنية الفلسطينية والاردني والمصري، نصت على وجوب ان توقع لائحة

¹ الشريدة . محمد ابراهيم : حق الدفاع امام القضاء المدني . دار الكتاب الحديث. القاهرة . مصر . 2009 ص 19
² نصت المادة 1/ 128 من قانون اصول المحاكمات المدنية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 على (ينقطع السير في الدعوى بحكم القانون بوفاة أحد الخصوم أو فقدان أهليته أو بزوال صفة من كان يمثله إلا إذا كانت الدعوى مهية للحكم في موضوعها)

³ الشبيب . حبيب ركاد : المسؤولية المدنية للمحامي دراسة مقارنة (غير منشورة). رسالة ماجستير . جامعة ال البيت عمان، الاردن . 2008 . ص 59

⁴ سوادى . عبد الباقي محمود : : مرجع سابق. ص 268

الدعوى التي تقدم إلى محكمة البداية من محامي مزاول¹. ونصت قوانين تنظيم مهنة المحاماة على ان لا يقبل تمثيل الخصم امام محاكم البداية والاستئناف إلا من خلال محامي².

سندا لهذه النصوص لا يجوز ان تقدم أي دعوى امام محكمة البداية أي اذا كانت قيمة المطالبة فيها تزيد على الحد الصلحي الا من خلال محامي³. والمحكمة تقضي برد الدعوى المقدمة من محامي غير مزاول من تلقاء نفسها لان هذه النصوص متعلقة بالنظام العام⁴.

ونصت قوانين تنظيم مهنة المحاماة موضوع الدراسة جميعها ، و دون استثناء على ان من واجبات المحامي ان يتقدم بطلب الحصول على اذن من نقابة المحامين قبل التقدم بالدعوى ضد زميله، او التوكل ضده . فنص قانون المحامين النظاميين الفلسطيني رقم 3 لسنة 1999 في المادة 26/ 5 منه ينص على (يجب على المحامي ما يلي:..... 5- ألا يقبل الدعوى ضد زميل له أو ضد المجلس قبل إجازته من قبل المجلس.)

ونصت المادة 62 من قانون نقابة المحامين الاردنيين رقم 11 لسنة 1972 على (على المحامي ان لا يقبل الوكالة في دعوى ضد زميل له او ضد مجلس النقابة قبل اجازته من قبل النقيب.)

¹ حيث نصت المادة 61 من قانون اصول المحاكمات المدنية رقم 2 لسنة 2001 على (لا تقبل دعوى في محاكم البداية أو الاستئناف أو النقض دون محام مزاول.) و نصت المادة 63 من قانون اصول المحاكمات الاردني رقم 24 لسنة 1988 (مع مراعاة ما ورد في قانون نقابة المحامين وقانون محاكم الصلح على يجوز للمتدعين (من غير المحامين) أن يحضروا أمام المحاكم لنظر الدعوى إلا بواسطة محامين يمثلون بمقتضى سند توكيل.)

² حيث نصت المادة (5/20) المعدلة بموجب المادة 2 من قانون رقم 5 لسنة 1999 الفلسطيني المنظم لقانون مهنة المحاماة الفلسطيني على ب- لا يجوز النظر في الدعوى أمام محكمة العدل دون محام مزاول ولا تقبل لائحة استئنافية أو لائحة دعوى أو لائحة جوابية أمام محكمة البداية دون أن تكون موقعة من محام مزاول.)

³ نص المادة 39 من قانون اصول المحاكمات المدنية و التجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 و المعدلة بالمادة 1 من قانون رقم 5 لسنة 2005 بتعديل قانون اصول المحاكمات المدنية و التجارية الذي حدد قيمة المطالبات التي تنظرها محاكم الصلح بمبلغ عشرة الاف دينار، و نص المادة 1/42 من قانون المرافعات المدنية المصري الذي حدد الحد الاعلى

للدعاوي التي تنظرها المحاكم الجزئية بمبلغ عشر الف جنية، و المادة 1/3 من قانون محاكم الصلح الاردني

⁴ انظر حكم محكمة العدل العليا الفلسطينية رقم (2010/213) تاريخ 2011/3/13 و حكم محكمة استئناف رام الله رقم 2001/769 تاريخ 2001/10/17 و حكم محكمة استئناف رام الله رقم 2000/445 تاريخ 2000/9/2 موقع muqtafi.birzeit.edu تمت الزيارة بتاريخ 2014/12/13 الساعة الثالثة مساء، و انظر قرار محكمة التمييز الاردنية رقم 11 لسنة 1998 تاريخ 1998/4/5 و تميز رقم 1041 / 1999 تاريخ 1999/11/21 موقع qistas.com/jor/index/ تمت الزيارة بتاريخ 2014/12/13 الساعة الثالثة عصرا .

ونصت المادة 68 من قانون المحاماة المصري رقم 17 لسنة 1983 على (يراعى المحامى فى معاملاتہ لزملائہ ما يقضى به قواعد اللياقة وتقاليد المحاماة وفيما عدا الدعاوى المستعجلة يجب عليه ان يستأذن مجلس النقابة الفرعية التى يتبعها المحامى اذا اراد مقاضاة زميل له. كما لا يجوز فى غير الدعاوى المستعجلة وحالات الادعاء بالحق المدنى ان يقبل الوكالة فى دعوى أو شكوى مقدمة ضد زميل له الا بعد استئذان رئيس النقابة الفرعية التى يتبعها المحامى. واذا لم يصدر الاذن فى الحالتين المبينتين بالفقرتين السابقتين خلال خمسة عشر يوماً كان للمحامى اتخاذ ما يراه من إجراءات).

ولكن هل يعتبر هذا القيد شرط لصحة الدعوى؟ او شرط لقبولها؟ و ما مصير الدعوى اذا قدمت دون الحصول على هذا الاذن؟ و الا يتعارض هذا الشرط مع حق المواطن باللجوء الى القضاء؟ وهل يعتبر عدم رد النقابة نهائياً فى القانونين الاردني و الفلسطيني اجازة ضمنية؟

والجدير بالذكر انه قضى بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة 68 من قانون المحاماة المصري وذلك لانها تضع قيود على حق التقاضي المكفول للجميع و هي الفقرة التى تنص على (كما لا يجوز فى غير الدعاوى المستعجلة وحالات الادعاء بالحق المدنى ان يقبل الوكالة فى دعوى أو شكوى مقدمة ضد زميل له الا بعد استئذان رئيس النقابة الفرعية التى يتبعها المحامى).¹

¹ حيث قضى بعدم دستورتها بموجب الحكم الصادر فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقمى 228 لسنة 35 قضائية، و 241 لسنة 26 قضائية . كما اشير له لدى ابراهيم . هلال يوسف : شرح قانون المحاماة . بدون طبعة. دار المطبوعات الجامعية . الاسكندرية 2009 ص 91 .

و جاء فى تفاصيل الحكم بعدم الدستورية المذكور اعلاه ما يلي (...وحيث أن الأصل فى سلطة المشرع فى مجال تنظيم الحقوق — على ما جرى به قضاء هذه المحكمة — هو إطلاقها ما لم يقيدھا الدستور بقيود معينة تبين تخوم الدائرة لا يجوز أن يتدخل المشرع فيها هادماً لتلك الحقوق أو مؤثراً فى محتواها بما ينال منها، فلا يكون تنظيم المشرع لحق ما سليماً من زاوية دستورية إلا فيما وراء هذه الحدود، فإن اقتحمها بدعوى تنظيمها انحل ذلك عدواناً عليها. وحيث أن المعايير والخصائص التى يقوم عليها التنظيم النقابى، هي التى قننها الدستور فى مجمل أحكامها — بنص المادة "56" — التى تحتم إنشاءه وفق أسس ديمقراطية يكون القانون كافلاً لها راعياً لدوره فى تنفيذ الخطط والبرامج التى استهدفها، مرتقياً بكفايتها، ضامناً تقيد من يسهمون فيها بسلوكهم الاشتراكي، فلا يتصلون من واجباتهم أو يعملون على نقيضها، ودون إخلال بحقوقهم المقررة قانوناً، وهو ما يعنى أن أفراد النقابات بنص المادة "56" المشار إليها لا يعدو أن يكون اعترافاً بأهمية وخطورة المصالح التى تمثلها، وعن اتصالها بالحقوق المقررة لأعضائها، وما ينبغى أن يتخذ من التدابير للدفاع عنها فى مجموعها وتوكيداً لضرورة أن يظل

باستعراض النصوص السابقة أجد ان نص القانون الفلسطيني يحظر قبول الدعوى أي ان قبول التمثيل خارج القضاء لا يوجد ما يمنعه، مثل التوكل عن خصم المحامي و ارسال الاخطار له، و غيرها من الاجراءات السابقة على الدعوى . في حين ان القانون الاردني و النص المصري الملغي قد حظر الوكالة، واجد ان حظر التوكل و ان كان فيه تشدد اكثر الا انه يعتبر ايضا حظر على حرية التقاضي .

العمل النقابي متقدماً فلا ينحاز لمصالح جانبية أو يضع من القيود ما يعطل مباشرة الآخرين لحقوقهم في الحدود التي نص عليها الدستور .

وحيث أن مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون – وبقدر تعلقه بالحدود التي تباشر فيها هذه المحكمة ولايتها – مؤداه، وعلى ما جرى عليه قضاؤها، أنه لا يجوز أن تخل السلطان التشريعية أو التنفيذية في مجال مباشرتها لاختصاصاتها التي نص عليها الدستور بالحماية المتكافئة للحقوق جميعها، سواء في ذلك تلك التي قررها الدستور أو التي ضمنها المشرع، ومن ثم كان هذا المبدأ عاصماً من النصوص القانونية التي يقيم بها المشرع تمييزاً غير مبرر تنتافر به المراكز القانونية التي تتماثل عناصرها، فلا تكون وحدة بنيتها مدخلاً لوحدة تنظيمها، بل تكون القاعدة القانونية التي تحكمها إما مجاوزة باتساعها أو ضاع هذه المراكز، أو قاصرة بمداها عن استيعابها، إذا كان ذلك، وكان النص الطعين أنشأ قيداً على اختصاص المحامي في أية دعوى أو شكوى مؤداه وجوب أن يقوم زميله باستئذان النقابة الفرعية قبل قبوله الوكالة في إقامة الدعوى أو تقديم الشكوى، بما يجعل المحامي المختصم – من ناحية – في مركز قانوني مميز دون أن يستند هذا التمييز إلي مصلحة مبررة، وأوجد – من ناحية أخرى – تفرقة بين المدعين وفقاً للمهنة التي يمارسها من يريدون اختصاصه، رغم ما هو مقرر من أن الناس جميعاً لا يتمايزون فيما بينهم في مجال حقهم في النفاذ إلي قاضيهم الطبيعي، في نطاق القواعد الإجرائية أو الموضوعية التي تحكم الخصومة القضائية، ولا في مجال التداعي بشأن الحقوق المدعى بها، وفق مقاييس موحدة عند توافر شروطها، إذ ينبغي دوماً أن يكون للخصومة الواحدة قواعد موحدة سواء في مجال اقتضائها أو الدفاع عنها أو الطعن في الأحكام التي تصدر فيها.

وحيث أن الدستور – وفق ما هو مقرر في قضاء هذه المحكمة – نظم حق الدفاع محدداً بعض جوانبه، مقررراً كفالته كضمانة مبدئية أولية لعدم الإخلال بالحرية الشخصية، ولصون الحقوق والحريات جميعها، سواء في ذلك التي نص عليها الدستور أو التي قررتها التشريعات المعمول بها، ما ورد في شأن هذا الحق حكماً قاطعاً، حين نص في الفقرة الأولى من المادة "69" منه على أن حق الدفاع أصالة أو بالوكالة مكفول، لما كان ما تقدم، وكان النص الطعين يستلزم حصول المحامي على إذن النقابة الفرعية قبل قبول الوكالة في دعوى أو شكوى ضد زميل له، فإنه يشكل قيداً غير مبرر على حق الدفاع يؤول إنكاراً لحق كل متقاض يريد إقامة دعوى ضد محام في اختيار محام للدفاع عن مصالحه. ومن حيث أنه ضوء ما تقدم يكون النص الطعين مخالفاً للمواد (40، 56، 68، 69) من الدستور .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة " 68" من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم 17 لسنة 1983 وألزمت الحكومة المصروفات، ومبلغ مائتي جنيه مقابل أتعاب المحاماة.) انظر تفاصيل ذلك على

موقع <http://www.mohamoon-montada.com> تمت الزيارة بتاريخ 2014/8/16 الساعة الثانية عشر ظهرا

خلت احكام القضاء الفلسطيني من التعرض لنص المادة 5/26 من قانون المحامين النظاميين في الدعاوي المدنية، واستقر اجتهاد القضاء الاردني على ان عدم الحصول على اذن بالتوكل ضد المحامي من نقابة المحامين الاردنيين لا يؤدي الى بطلان الدعوى، و لا يؤدي لعدم قبولها، وان كان يشكل مخالفة مسلكية تستتبع العقوبة التأديبية¹. وكذلك فعل القضاء الاداري الاردني فقد اعتبر ذلك مخالفة مسلكية تعطي لمجلس التأديب الحق في ايقاع العقوبات التأديبية².

اعتبر القضاء المصري ان مخالفة المحامي لنص هذه المادة 68 من قانون المحاماة المصري هو مخالفة مهنة لا ترتب بطلان الاجراء³. واجد ان هذه الاحكام صدرت قبل صدور حكم المحكمة الدستورية القاضي بعدم دستورية الفقرة الثانية من هذه المادة .

¹ و انظر قرار محكمة التمييز الاردنية رقم 2491 لسنة 1999 تاريخ 2000/3/26 و الذي جاء في نصوصه (يستفاد من المادة 62 من قانون نقابة المحامين، أن هذا النص لم يحدد ما يترتب على عدم حصول المحامي على اجازة من قبل النقيب لقبول دعوى ضد زميل له او ضد مجلس النقابة، وحيث ان البطلان لا يتقرر الا بنص، فان عدم حصول المحامي على اجازة نقيب المحامين لتقديم الإستئناف ضد زميله لا يجعل الإستئناف باطلاً) و تميز رقم 1998/663 تاريخ 1998/8/31 و الذي جاء في نصوصه (تقضي المادة 62 من قانون نقابة المحامين النظاميين رقم 11 لسنة 1972، بأن على المحامي أن لا يقبل الوكاله في الدعوى ضد زميل له قبل اجازته من قبل النقيب، إلا أنه لم يرد في هذا القانون ما يترتب البطلان على مخالفة أحكام هذه المادة، مع الإشارة إلى أنه قد يترتب عليه مخالفة مسلكية على عدم التقيد بأحكام هذه المادة.) عن موقع qistas.com/jor/index/ تمت الزيارة بتاريخ 2014/12/13 الساعة الثالثة عصرا.

² و انظر قرار محكمة العدل العليا رقم 2012/497 الصادر بتاريخ 2013/2/19 و الذي جاء في مبادئه (يُعتبر القرار الصادر عن مجلس النقابة بإيقاع عقوبة المنع من مزاولة المهنة على المحامي موافقا لأحكام القانون إذا لم ينقيد بالأخذ بإذن المخاصمة المنصوص عليه بالمادة (6/4) من لائحة آداب وسلوك المهنة وثبت مخالفته لأحكام المادة (72/2) من قانون نقابة المحامين، وفقا لنص المادة (63/1 ج) من ذات القانون) عن موقع qistas.com/jor/index تمت الزيارة بتاريخ 2014/12/13 الساعة الثالثة عصرا

³ حيث جاء في الطعن رقم 2604 لسنة 59 ق -الصادر عن محكمة النقض المصرية في جلسة 1991/7/10 (..ان عدم الحصول على الاذن و ان كان يعرض المحامي للمحاكمة التأديبية طبقا للمادة 98 من ذلك القانون لان واجب الحصول على الاذن انما يقع على عاتق المحامي دون موكله، الا انه لا يبطل عمله . لما كان ذلك، و كان الحكم المطعون فيه، وقد انتهى الى رفض الدفع المبدى من الطاعن ببطلان تعجيل الدعوى امام محكمة الاستئناف لعدم حصول محامي المطعون ضده على اذن مسبق من نقابة المحامين الفرعية فانه يكون قد انتهى الى نتيجة الصحيحة و لا يعيبه ما يفسده ما يكون قد اشتملت عليه اسبابه من اخطاء قانونية اذ لمحكمة النقض تصحيح هذه الاسباب دون ان تنتقضه و يضحى النعي عليه بهذا السبب على غير اساس) و هو ذات الاجتهاد الذي خلصت اليه ذات المحكمة في الطعن رقم 2232 لسنة 55 قضائية

واجد هذا النص و بالرغم مما جاء من انه لا يبطل عمل المحامي و انما يشكل مخالفة مسلكية تستبع المسألة التأديبية، الا انه يشكل قيد على حرية التقاضي المنصوص عليها بالقانون الاساسي الفلسطيني و الدستور الاردني و المصري، و موثيق حقوق الانسان لان قوانين الاصول لم تقبل الدعوى ان لم تقدم من محامي و امام محكمة البداية و الاستئناف، وهذا دفع متعلق بالنظام العام، و غالبا المواطن يجهل الاجراءات حتى امام محاكم الصلح، و عليه فان المواطن يكون بين خطر ان يجد محامي يقبل بان يتقدم بالدعوى ضد زميله و بالتالي يرتكب مخالفة مسلكية، و اما ان لا يجد من يتوكل له و في هذا اهدار لاهم حق من حقوق الانسان و هو اللجوء الى قاضيه الطبيعي .

واجد ان المحكمة الدستورية المصرية الغت نص الفقرة الثانية من المادة 68 من قانون المحاماة المصري و المتعلقة بالتوكل الا ان ما تبقى من نص المادة 68 المذكورة و نص المادة 5/26 من قانون المحامين الفلسطينيين و نص المادة 62 من قانون نقابة المحامين الاردنيين ايضا غير دستورية و تتعارض مع حق اللجوء الى القضاء، و في اطار فهم مبررات النص و هي الحد من الدعاوي الكيدية على المحامين، اجد ان الافضل و الاقرب الى العدالة هو ترتيب جزاء على الدعاوي في حال ثبت كيديتها، افضل من مصادرة حق التقاضي لان الخصم محامي قياسا على دعوى مخاصمة القضاة و اعضاء النيابة العامة التي علقها المشرع على مجرد اخطار لمجلس القضاء الاعلى دون الاذن و ربطها بالكفالة¹ .

و اتمنى من المشرع الفلسطيني الغاء هذه المادة لانعدام دستورتيتها خاصة، و انها لم تقيد المجلس باصدار الاذن خلال مدة معينة، كما انها لم تلزم المجلس بسماع الطرفين لمحاولة التوصل لحل، او حتى ان المجلس غير ملزم باشعار المحامي بوجود هكذا طلب، او صدور الاذن بمخاصمته .

الصادر بجلسة 1991/2/24 و الطعن رقم 2433 لسنة 56 قضائية الصادر بجلسة 1990/2/13 انظر تفاصيل ذلك ابو سعد محمد شتا : مرجع سابق.ص 112-114

¹ المادة 153 و ما تلاها من مواد من قانون اصول المحاكمات المدنية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001

المطلب الثاني : وسائل اثبات دعوى مسؤولية المحامي

للاثبات اهمية كبيرة في مجال القانون فهو يحول الحق من مجرد امل الى مركز قانوني مستقر وحق ثابت¹، حيث نصت قوانين الاثبات في المواد المدنية و التجارية على عدة انواع من وسائل الإثبات القانونية منها المحررات (الرسمية و العرفية) ، وهو شهادات (الشهود والخبرة)، والقرائن القاطعة²، هذه الوسائل التي تكون بيد المدعي لاثبات دعواه ، و يضاف اليها لاقرار واليمين، وهذه تعتمد على الخصم³. و المدعي هو من يثبت عناصر دعواه⁴، وهو من يبدأ بالاثبات⁵، ويشترط في الوقائع محل الاثبات ان تكون متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها وجائزاً قبولها⁶. وحيث ان مسؤولية المحامي هي مسؤولية تعاقدية، و التزام المحامي هو التزام ببذل عناية⁷، فان عناصر الدعوى الواجبة الاثبات حتى تجاب هذه الدعوى هي اولا العلاقة التعاقدية بين المحامي والموكل، و اركان المسؤولية التعاقدية هي الضرر الذي لحق الموكل، و الخطأ او التعدي من قبل المحامي، وعلاقة السببية بينهما، و يجب ان تثبت هذه العناصر بطرق الاثبات المقبولة قانوناً لاثباتها⁸. وهذا ما سيبحث في هذا المطلب من خلال فرعين تناول الاول اثبات العلاقة التعاقدية، و بحث الثاني في اثبات اركان المسؤولية .

¹ الشبيب . حبيب ركاد: مرجع سابق. ص 66

² عددها المادة 7 من قانون البينات الفلسطيني رقم 5 لسنة 2001 حيث نصت على (طرق الإثبات هي: 1- الأدلة الكتابية. 2- الشهادة. 3- القرائن. 4- الإقرار. 5- اليمين. 6- المعاينة. 7- الخبرة).

³ الخوري. فارس : مرجع سابق. ص 441 كما

⁴ نصت المادة 3 من قانون البينات الفلسطيني رقم 5 لسنة 2001 على (على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه.)

⁵ نصت المادة 119 /1 من قانون اصول المحاكمات المدنية و التجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 على (1- للمدعي حق البدء في الدعوى إلا إذا سلم المدعى عليه بالأمر المبينة في لائحة الدعوى وادعى أن هناك أسباباً قانونية أو وقائع إضافية تدفع دعوى المدعي، فيكون عندئذ حق البدء في الدعوى للمدعى عليه.)

⁶ نصت المادة 4 من قانون البينات الفلسطيني رقم 5 لسنة 2001 على (يجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها وجائزاً قبولها.)

⁷ بعكس الالتزام بتحقيق نتيجة حيث لا يلزم الدائن الا باثبات عدم تحقق النتيجة و يكون الخطأ مفترض من جانب الدائن. انظر تفاصيل ذلك بدر . بلال عدنان : مرجع سابق.ص 148

⁸ حسين . محمد عبد الظاهر : المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل : مرجع سابق. ص 390

الفرع الاول : اثبات العلاقة التعاقدية

العلاقة بين المحامي و موكله هي علاقة تعاقدية، و لم يشترط قانون المحاماة شكلا محددًا للعلاقة بين المحامي و الموكل فقط اشترط ابراز وكالة لدى التمثيل لدى المحاكم¹، و عليه فان هذه الوكالة و ان كانت تكفي لاثبات وجود العلاقة التعاقدية بين الموكل والمحامي الا انها لا تمثل كامل العلاقة التعاقدية بين المحامي و الموكل، حيث لا تظهر فيها التعليمات من الموكل، او الاتعاب المتفق عليها².

المستندات الخطية اهم وسائل اثبات العقود المقبولة قانونا، طالما كانت قيمة الالتزامات المثبتة فيها تزيد على قيمة معينة³، و هي المئتي دينار اردني في فلسطين، و لكن في مجال علاقة المحامي بموكله درجت العادة و العرف على عدم تحرير عقود تثبت التزامات الأطراف، لذا فان الاثبات يكون فقا لحكم المادة 2/71 من قانون البيئات الفلسطينية التي تنص على (يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة في الحالات التالية:.....2- إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي، أو إذا كان العرف والعادة لا يفضيان بربط الالتزام بسند كتابي،) و عليه يغدو مقبولا ان يثبت وجود العلاقة و تفاصيل الالتزامات بين المحامي

¹ نص الفقرة 4 من المادة 20 من قانون المحاماة الفلسطيني و المعدلة بالمادة 2 من قانون بشأن تعديل قانون المحامين النظامين الفلسطيني رقم 5 لسنة 1999

² حسين . محمد عبد الظاهر : المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل : مرجع سابق. ص 388

³ نصت المادة 1/68 من قانون البيئات رقم 5 لسنة 2001 على (1- في المواد غير التجارية إذا كان الالتزام تزيد قيمته على مائتي دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه، ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك.) و نجد ذات النص تقريبا بقانون البيئات الاردني مع تعديل القيمة لمئة دينار حيث تنص المادة 28 من قانون البيئات الأردني قانون رقم (30) لعام 1952 على (في الالتزامات التعاقدية، تراعى في جواز الاثبات بالشهادة وعدم جوازه الاحكام الآتية: 1- أ إذا كان الالتزام التعاقدية في غير المواد التجارية تزيد قيمته على مائة دينار أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز الشهادة في اثبات وجود الالتزام او البراءة منه ما لم يوجد اتفاق او نص يقضي بغير ذلك) و هذه النصوص تقابل نص المادة 60 من قانون الاثبات في المواد المدنية و التجارية رقم 25 لسنة 1968 المصري و التي تنص على (في غير المواد التجارية اذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على خمسمائة جنية او كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود في اثبات وجوده او انقضائه ما لم يوجد اتفاق او نص يقضى بغير ذلك)

والموكل بشهادة الشهود وذلك تطبيقاً لنص المادة المذكورة¹، تجدر الإشارة هنا الى ان الموكل أي المدعي مطلوب منه اثبات وجود العرف و العادة التي لا تربط الالتزام بسند كتابي ايضاً².

خلى قانون الاثبات المصري من نص يقضي بجواز الاثبات بشهادة الشهود اذا كان العرف والعادة لا يربطان الالتزام بالكتابة، لذلك ذهب بعض الفقه الى ان الثقة و طبيعة العلاقة بين المحامي و الموكل تشكل استحالة مطلقة في حصول الموكل على مستند كتابي، او مانع مادي من الحصول على دليل كتابي³، وهو ما يندرج تحت حكم المادة 63 من قانون الاثبات المصري التي تجيز الاثبات بشهادة الشهود⁴. وكما ان الوسيلة الاكثر استخداماً في اثبات العلاقة بين المحامي والمدعي هي المراسلات المتبادلة بين الطرفين، وان هذه المراسلات او المحادثات الهاتفية او البرقيات يمكن من خلالها اثبات العلاقة و الخطأ الذي ارتكبه المحامي⁵.

اجد انه يمكن الاستناد لمبدأ ثبوت الكتابة المنصوص عليه في قانون البينات الفلسطيني رقم 5 لسنة 2001⁶ لاثبات التزامات المحامي المدعى عليه في حال توافر بعض الرسائل، او

¹ تقابل المادة 71 / 1 من قانون البينات الفلسطيني المادة 30 من قانون البينات الاردني و التي تنص على (يجوز الاثبات بالشهادة في الالتزامات التعاقدية حتى لو كان المطلوب تزيد قيمته على مائة دينار: 1- إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة... 2- إذا وجد مانع مادي او أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي او إذا كان العرف والعادة لا يقضيان بربطها بسند. ..)
² يعتبر العرف المحلي أو المهني من الوقائع المادية، و على الخصم الذي يتمسك به أن يقوم بإثباته، بوسائل الإثبات المختلفة، كالشهادة والخبرة، لانه من الصعب على القاضي إدراكه أو تحديد مضمونه، و بناء على ان العرف المهني هو واقعة مادية لا يجوز التمسك بوجوده أمام محكمة النقض لأول مرة. و من ذلك ما ذهبت له محكمة التمييز الاردنية في قرارها الحقوقي رقم 803 / 1995 الصادر من هيئة خماسية بتاريخ 22/6/1995 المنشور على الصفحة 1442 من عدد مجلة نقابة المحامين بتاريخ 1/1/1996 و الذي جاء فيه (حيث جاء فيه (ان المادة الرابعة من قانون التجارة رقم 12 / 1966 و ان اوجبت على القاضي تطبيق العرف السائد ضمن الشروط الواردة فيها الا ان عبء اثبات العرف يقع على المدعية اضافة الى ان مثل هذا الدفع من حقوق الخصوم و لا يجوز للمميز اثارته لأول مرة امام محكمة التمييز)

³ حسين . محمد عبد الظاهر : المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل : مرجع سابق.ص389

⁴ تنص المادة 63 من قانون الاثبات المصري على (يجوز كذلك الاثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب اثباته بدليل كتابي: - اذا وجد مانع مادي او ادبي يحول دون الحصول على دليل كتابي ب - اذا فقد الدائن سنده الكتابي بسبب اجنبي لا يد له فيه)

⁵ حسين . محمد عبد الظاهر : المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل : مرجع سابق. ص 390 و 391

⁶ نصت المادة 71/1 من قانون البينات على (يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة في الحالات التالية: 1- إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة، ويعتبر في حكم ذلك كل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال.) و تقابلها المادة 1/30 من قانون البينات الاردني و التي تنص على (يجوز

المكاثبات او الاتصالات بين المدعي و المحامي ، و حيث تعتبر هذه المستندات ادلة غير قاطعة في الاثبات، و لكن تجعل من الحق المدعى به قريب الاحتمال و يجب ان تقدم بينات اخرى لاثبات العلاقة المذكورة.

وذهبت محكمة التمييز الاردنية الى اعتبار التوكيل الثابت بموجب توقيع الموكل على صك الوكالة و تصديق المحامي على هذا التوكيل، دليلا على وجود العقد بين المحامي و الموكل ¹ . كما اجازت ذات المحكمة توجيه اليمين الحاسمة لاثبات وجود العقد و الاتفاق بين المحامي و الموكل².

يشهد الواقع العملي بصعوبة وجود شهود على الاتفاق الذي جرى بين المحامي و الموكل، خاصة وان موضوع العلاقة غالبا ما يكون من الاسرار التي تمس شخص الموكل ، و التي يلجأ فيها الى السرية و عدم اصطحاب الشهود معه، رغم سهولة اثبات العلاقة بين الموكل و المحامي لكن الوقوف على تفاصيل الالتزامات هو الامر الصعب نوعا ما .

الفرع الثاني : اثبات اركان مسؤولية المحامي المدنية

تقوم المسؤولية المدنية على ثلاث اركان، و يجب على المدعي في دعوى مسؤولية المحامي اثباتها و هي التالي:

الإثبات بالشهادة في الالتزامات التعاقدية حتى لو كان المطلوب تزيد قيمته على مائة دينار: 1 - إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة. ومبدأ الثبوت بالكتابة هو كل كتابة تصدر عن الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود المدعى به قريب الاحتمال) و نص المادة 1/62 من قانون الاثبات المصري و التي تنص على (يجوز الاثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب اثباته بالكتابة اذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة. و كل كتابة تصدر من الخصم و يكون من شأنها ان تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال تعتبر مبداء ثبوت بالكتابة)

¹ قرار محكمة التمييز الاردنية رقم 1964/440 الصادر بتاريخ 1964/12/17 عن موقع / qistas.com/jor/index تمت الزيارة بتاريخ 2014/12/14 الساعة السابعة مساء

² قرار محكمة التمييز الاردنية رقم 1996/1687 الصادر بتاريخ 1996/11/5 عن موقع / qistas.com/jor/index تمت الزيارة بتاريخ 2014/12/14 الساعة السابعة مساء

اولا اثبات الخطأ :

المدعي ملزم باثبات الخطأ المرتكب من المحامي لان التزام المحامي هو التزام ببذل عناية، و الخطأ الواجب اثباته ان المحامي لم يبذل العناية المتفق عليها، او انه لم يقدم العناية الواجب تقديمها من المتوسط بين المحامين قانونا او وفقا لتقاليد المهنة¹، او ان يثبت ان التنفيذ الجزئي او التنفيذ المعيب².

ويلجأ غالبا للخبرة لاثبات الخطأ في المسؤولية المهنية، أو التحقق من وقوعه، لكن في دعوى مسؤولية المحامي و لتشابه التخصص بين المحامي و القاضي،حيث ان كل نشاطات و مهام المحامي تتم في اطار تنظيمي و قانوني يعلمه القاضي، و هو من يقدره و اخبر الناس في وقوع الخطأ من المحامي من عدمه فان القاضي هو الخبير في تقدير وقوع الخطأ من عدمه من المحامي. ولا يستعان بالخبرة لتقدير ذلك الامر³. و اجد هنا ان على المدعي اثبات الوقائع التي يستخلص منها القاضي وقوع الخطأ، و له في ذلك حرية باستخدام وسيلة الاثبات التي تتوفر له، أي مثلا ان يقدم محاضر الدعاوي التي تثبت ارتكاب المحامي لخطأ، او ان يقدم صورة عن العقود او الاستشارة التي تشتمل على العيب، و القاضي يستخلص من هذه الوقائع ما يوصف بانه خطأ.

حال كان الخطأ الذي اتاه المحامي هو عدم التنفيذ كاملا، فان المدعي يكون ملزم باثبات انعدام التنفيذ، و خاصة في الحالات التي يقترب فيها التزام المحامي من تحقيق النتيجة، مثل عدم تقديم الاستئناف في موعده او تقديمه بعد فوات المدة حيث يعتبر ذلك خطأ موجب للمسألة بحد ذاته. ولكن ماذا لو اثبت المدعي انه تعاقد مع المحامي على ان يكسب له المحامي الدعوى بنسبة 100% فهل يكفي اثبات خسارة المحامي لدعوى لاثبات خطأه ؟ يرى الدكتور بلال بدر ان هذا

¹ شلبي.محمد توفيق: مرجع سابق. ص 191

² بدر. بلال عدنان : مرجع سابق. ص 147

³ الحسيني عبد اللطيف : مرجع سابق. ص 350

الاتفاق غير مخالف لنظام العام، و خسارة الدعوى تشكل خطأ مفترض من جانب المحامي لانه الزم نفسه بتحقيق النتيجة¹.

ثانياً: اثبات الضرر

يجب على المدعي اثبات الضرر الذي لحقه من خطأ المحامي، لان الضرر هو اساس المسؤولية المدنية، اذ لا يكفي ان يثبت الخطأ ووجود العلاقة بين الطرفين دون الضرر ، وعدم اثبات الضرر الفعلي يكون سببا لرد الدعوى² ، والضرر يثبت بوسيلتين الاولى اثبات مظاهر الضرر الخارجية، وهذه تثبت بكافة طرق الاثبات، وقيمة الضرر و هذه غالباً ما تقدر تقدير اً وفقاً لعدة عوامل مادية و احياناً معنوية، و يرى الدكتور عبد اللطيف الحسيني ان القاضي هو الاقدر ايضا على تقدير الضرر الذي لحق المدعى من خطأ المحامي و بالتالي احتساب قيمة التعويض عنه، خاصة و انه الاخير في خفايا و تقاليد المهنة، و قد تراوحت قيمة التعويضات التي حكم بها عن خطأ المحامي من مبلغ رمزي الى بمبلغ طائلة³.

وهناك جانب الاخر من الفقه يرى ان تقدير الاضرار الناتجة عن الخطأ المهني للمحامي قد تتطوي على جوانب فنية يجهلها القاضي ، و ان كانت متعلقة بالفن القانوني، الا انها ترتبط بمعطيات و وقائع محيطية بالتصرف، مثل الضرر الناتج عن فقدان الحق بالتعويض عن اصابة جسدية، فهي تحتاج الى خبرة طبية، و كذلك اذ تعلقت الدعوى الاصلية بناوحي هندسية او تجاربه او حتى اجتماعية . أي لابد للمحكمة من الاستعانة بالخبرة الفنية، لتقدير العناصر التي تجهلها المحكمة و لا يجوز لها ان تقحم نفسها بها، و ارى انه و برغم ان الحكم الاخير بمقدار التعويض للمحكمة و لكن من العدالة ان يقدر الضرر من اصحاب الاختصاص⁴.

¹ بدر بلال عدنان : مرجع سابق. ص 154

² قرار محكمة التمييز الاردنية رقم 2014/564 الصادر بتاريخ 2014/7/3 عن موقع /qistas.com/jor/index تمت الزيارة بتاريخ 2014/12/14 الساعة السابعة مساء و الذي جاء فيه (ان رد الدعوى لعدم تقديم المميز بيئة على مقدار الضرر الفعلي الذي لحق به نتيجة اخلال المميز ضدها في مسؤوليتها العقدية تجاهه يكون صحيح ...)

³ الحسيني عبد اللطيف : مرجع سابق. ص 359 و بذات المعنى بدر. بلال عدنان : مرجع سابق. ص 179

⁴ حسين، محمد عبد الظاهر : المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل : مرجع سابق. ص 433

ذهبت محكمة بداية جنين الى انه يتعين على المدعي ان يقدم بينة تثبت ان استمرار دعواه-التي شطبت - و تم البت فيها سواءً صلحاً او حكماً لا تحقق للمدعي المبالغ المطالب بها بتلك الدعوى او أي جزء منها، و ان البينة المقدمة من قبل وكيل المدعي في دعوى مسؤولية المحامي لم تثبت ذلك و بالتالي فما قدم من بينات غير كافي للحكم¹.

و اجد ان للمحكمة تقدير التعويض في الخطأ الذي خلف ضرر مادي محدد المقدار، مثل عدم تقديم دعوى مطالبة بمبلغ مثبت بموجب سند في موعدها، فقيمة الضرر هنا ممكن تقديرها من المحكمة لثبوت الضرر و إمكانية حصره، اما في دعاوي التي موضوعها المطالبة بضرر مادي غير محدد المقدار او ضرر معنوي فانها تتطلب خبرة بالاساس لتقدير الضرر و قيمته، و هنا لابد للمحكمة من الاستعانة بالخبرة لتقدير قيمة الضرر الناتج عن الخسارة اللاحقة بسببها، و ان كانت المحكمة غير ملزمة بالحكم بالمبلغ المقدر كاملاً بل لها ان تزيد عليه في حال وجد ضرر اخر، او تنقص منه مراعاة لان المدعي ما كان ليحصل على كامل الضرر المقدر ، او مراعاة لظروف احاطت الدعوى الاصلية.

ثالثاً : اثبات علاقة السببية

يجب ايضاً على المدعي اثبات علاقة السببية بين الخطأ و الضرر الذي لحقه، أي ان يثبت ان الضرر الذي لحقه كان بسبب مباشر من تقصير المحامي او خطأه . واثبات هذه العلاقة هو من اصعب الامور التي تواجه المدعي، حيث يوجد حالات تتقطع بها علاقة السببية بين فعل المحامي والضرر مثل ان يقدم المدعي دعوى مسؤولية مطالباً المحامي بقيمة مؤسسة تجارية له بيعت بالمزاد العلني نتيجة ديونه، و يتبين ان المدعي ترك المؤسسة نتيجة اخلاءه من العقار لا بسبب الديون التي وكل المحامي بمتابعة امرها².

¹ حكم محكمة بداية جنين رقم 2009/127 الصادر بتاريخ 2014/5/28 تم الحصول على نسخة من الحكم رغم ان هذا الحكم لم يكتسب الدرجة القطعية حيث تم الطعن به استئنافاً بموجب استئناف رام الله رقم 2014/528 و الذي لم يبت به بعد.

² الحسيني عبد اللطيف : مرجع سابق. ص 362

اجد ان صدور قرار من لجنة التأديب في نقابة المحامين بإدانة المحامي بالفعل المشكو منه من المدعي، يعتبر حجة على وقوع الخطأ من المحامي، ويبقى على المدعي اثبات باقي عناصر دعواه، المتمثلة بالضرر و علاقة السببية بينهما.

المطلب الثالث

الدفع الموجهة لدعوى مسؤولية المحامي المدنية

المحامي المدعى عليه له ان يدفع الدعوى المقامة ضده بدفع تؤدي الى سقوط مسؤوليته عن ما لحق الموكل من ضرر، و تتمثل هذه الدفع اما باثبات وجود شرط يعفي المحامي من المسؤولية، او ان ينفي علاقة السببية بين فعله و الضرر، و ذلك من خلال اثبات القوة القاهرة او اثبات ان الفعل كان بسبب خطأ الغير او المضرور، و اخيرا قد يكون له ان يدفع الدعوى بالتقادم¹، هذه الدفع تتشابه غالبا في جميع انواع الدعاوي و لوجود خصوصية لعلاقة المحامي بموكله، فبعض هذه الدفع لها خصوصية فيما يتعلق بمسؤولية المحامي تجاه موكله، هذا ما سيبحث فيه هذا المطلب من خلال ثلاث فروع، و لان التقادم هو دفع غير متعلق بالنظام العام وان لم يثره المدعى عليه ابتداءً سقط حقه في اثارته سأعرض له ابتداءً، وذلك في الفرع الاول، و يبحث الثاني في لشرط المعفي من المسؤولية، و يتعرض الاخير الى نفي علاقة السببية.

الفرع الاول : دفع التقادم

التقادم هو مضي المدة المقررة قانونا التي يمتنع على المحاكم بفواتها سماع الدعوى بحق من الحقوق، وهي في دعوى الدين و غيرها أي المسؤولية العقدية خمسة عشر عاما²، و الذي

¹ شلبي.محمد توفيق: مرجع سابق. ص 209

² نصت المادة 1660 من مجلة الاحكام العدلية على (لا تسمع دعوى الدين والوديعة والملك والعقار والميراث وما لايعود من الدعاوي إلى العامة ولا إلى أصل الوقف في العقارات الموقوفة، كدعوى المقاطعة أو التصرف بالإجارتين والتولية المشروطة والغلة بعد أن تركت خمس عشرة سنة.) و تقابل هذه المادة المادة 374 من القانون المدني المصري و التي تنص على (يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التي ورد عنها نص خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات التالية.-) و تقابل المادة 449 من القانون المدني الاردني التي تنص على (لا ينقضي الحق بمرور الزمان

يسقط هو الحق باقامة الدعوى دون الحق المطالب به، الذي يتحول الى حق طبيعي فقد وسيلة المطالبة به، وهو ضروري لاستقرار المعاملات و الاطمئنان لها ، و لولاه لدخل الناس في منازعات لا تنتهي¹.

نص قانون المحامين النظامين الفلسطيني رقم 3 لسنة 1999 في الفقرة الثالثة من المادة 22 منه على (يسقط حق الموكل في مطالبة محاميه برد الأوراق والمستندات والحقوق المترتبة على عقد الوكالة بمضي خمس سنوات من تاريخ انتهاء وكالته، وتتقطع هذه المدة بالمطالبة بها بكتاب موسى عليه) ومن هذا النص يكون تقادم دعوى مطالبة المحامي هي خمس سنوات، سواء كانت المطالبة بالمستندات، او أي حقوق ترتبت بموجب الوكالة، و تحسب هذه المدة من تاريخ انتهاء الوكالة، و في تحديد وقت انتهاء الوكالة ذهب محكمة استئناف رام الله الى انها تبدأ من تاريخ انتهاء تمثيل المحامي لموكله بصدور الحكم النهائي اذ بذلك تتقطع العلاقة بين المحامي و الموكل².

ولكن لا تسمع الدعوى به على المنكر بانقضاء خمس عشرة سنة بدون عذر شرعي مع مراعاة ما وردت فيه أحكام خاصة .

¹ سوادي . عبد الباقي محمود: مرجع سابق. ص 281 نقلا عن عبد المجيد الحكيم . مصادر الالتزام . ص 273
² انظر استئناف مدني رقم 2010/48 الصادر عن محكمة استئناف حقوق رام الله بتاريخ 2010/9/28 عن موقع muqtafi.birzeit.edu تمت الزيارة بتاريخ 2014/12/13 الساعة السادسة مساء و الذي جاء في نصوصه (...و اننا و بالرجوع الى احكام المادة 22 من قانون المحامين نجدها قد وردت تحت الفصل التاسع ضمن باب حقوق المحاميو جاءت في الفقرة 3 لتعطي ميعاد سقوط لحق الموكل /الزبون بالرجوع على محاميه لمطالبته برد الاوراق و المستندات و الحقوق المترتبة على عقد الوكالة بمضي خمس سنوات من تاريخ انتهاء الوكالة، و من خلال وقوفنا على هذا النص نجد بان المشرع قد اورد عبارة (الحقوق المترتبة على عقد الوكالة) بشكل مطلق دون تحديد الامر الذي يجعل تقادم أي حق للموكل تجاه محاميه يسقط بمرور خمس سنوات من تاريخ عقد الوكالة و بالتالي نجد بان قانون المحامين هو القانون و اوجب التطبيق على العلاقة بين المستأنف و المستأنف عليه و ليس مجلة الاحكام العدلية كما ورد بالحكم المستأنف كما لا تنطبق قانون المخالفات المدنية سيما و اشرنا سابقا بان العلاقة مبنية على اساس مسؤولية عقدية و ليست تقصيري، و بتدقيق التواريخ لغايات حساب المدد نجد بان المستأنف كان قد تقدم بالدعوى الاساس التي شطبت و التي رتبنا المسؤولية ابتداء بتاريخ 1998/9/15 و قدم الاستئناف على قرار الشطب و الرجوع حمل رقم 2004/59 ثم قدم طعنا بالنقض بصفته وكيل للمستأنف عليه حمل الرقم 167 و قد صدر حكم محكمة النقض المذكورة بتاريخ 2004/12/28 و كان هذا اخر تمثيل للمستأنف عن موكله المستأنف عليه و بالتالي يعتبر هذا التاريخ هو تاريخ انتهاء الوكالة و عودة الى الدعوى الاساس المقدمة للتعويض نجدها قد وردت بتاريخ 2009/6/10 أي تكون الخمس سنوات المنصوص عليها

صحيح ان مسؤولية المحامي هي مسؤولية عقدية، و عليه الاصل ان تقادم دعوى المطالبة المترتبة عليها هو خمسة عشر عاما تطبيقا للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة 1665 مجلة الاحكام العدلية هي تبدأ من الوقت الذي يتحقق فيه الالتزام و يستطيع الدائن المطالبة به¹، الا ان هذه المدة اذا تعلقت بحقوق المترتبة على الوكالة كانت خمس سنوات على اعتبار ان قانون المحامين النظامين هو قانون خاص بالنسبة لمجلة الاحكام العدلية التي تمثل القانون المدني الفلسطيني.

واجد ان نص المادة 3/22 من قانون المحامين النظامين الفلسطيني ينطبق على جميع الاعمال التي يقوم بها المحامي لان المحامي عندما يقوم باعداد العقود او تقديم الاستشارة تقوم بينه و بين موكله وكالة ضمنية و هذا ايضا ما ذهبت له محكمة استئناف رام الله ، و التي نفت ان تقوم المسؤولية التقصيرية بين المحامي و موكله نهائيا² .

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 3/22 من قانون المحامين النظامين الفلسطيني المذكورة أعلاه نصت على أن مدة التقادم تقطع بكتاب موسى عليه أي كتاب عبر البريد المسجل و انقطاع مدة

بالمادة 3/22 من قانون المحامين النظاميين لم تمض عند اقامة دعوى التعويضات اذ يتبقى حوالي ستة اشهر لانتهائها بخلاف ما اورده وكيل المستأنف من ان اخر اجراء كان في 2003/11/30 لذلك نقرر رد هذا السبب لمخالفته القانون وواقع الدعوى و اوراقها ...)

¹ دواس .امين : مرجع سابق. ص 155

² انظر استئناف مدني رقم 2010/48 الصادر عن محكمة استئناف حقوق رام الله بتاريخ 2010/9/28 المذكور اعلاه عن موقع muqtafi.birzeit.edu تمت الزيارة بتاريخ 2014/12/13 الساعة السادسة مساء و الذي جاء في نصوصه (... كما يجدر بنا التأكيد على ان القوانين الحديثة في مظم الدول و منها لدينا في فلسطين قد نظمت مهنة المحاماة و أصول ممارستها و عينت المهام الملقاة على عاتق المحامي و الحقوق التي تترتب له و قد سمحت بتوسيع نطاق مهامه لتشمل الى جانب حق المدافعة و حق الاستشارة حق تمثيل الزبون و تمثيل الزبون و المحامي في تمثيله للزبون انما يقوم بذلك بمقتضى عقد الوكالة لكن عقد الوكالة هذا و ان كان يتضمن قواعد خاصة بالوكالة الا ان عدم تنفيذ بنوده او تنفيذها تنفيذاً سيئاً يرتب مسؤولية المحامي تجاه زبونه عن اخلاله بصحة تمثيله اذ ان العقد الذي يرتبط فيه المحامي مع زبونه لا يقتصر بالضرورة على أحكام عقد الوكالة هذا لانه و ان كان اساس المسؤولية الا انه لا يمكن تشبيه العقد الذي يرتبط فيه المحامي مع زبونه بانه عقد وكالة حصري تتحصر اثاره بتطبيق احكام الوكالة فقط علما بان العلاقة بين المحامي و زبائه توسعة كثيرا لتشمل امورا و قيام نشاطات تفوق ما يفترضه عقد الوكالة من ذلك نخلص الى ان العلاقة بين المستأنف و المستأنف عليه هي علاقة عقدية وما ينتج عنها من مسؤولية هي مسؤولية عقدية أما ما اثاره وكيل المستأنف في البند ثانيا من ان المسؤولية تقصيرية مستندا على ما ورد في لائحة الدعوى الاساس فهذا الدفع مخالف للقانون..)

التقادم يؤدي الى بدء سريان المدة من جديد، وهذا يشكل خروجاً على القواعد العامة التي تنص على أن الإجراءات القضائية هي التي تقطع التقادم¹.

وأجد أن هناك حالات تقوم فيها مسؤولية المحامي التقصيرية و التي مر ذكرها سابقاً، و في هذه الحالة يكون تقادم الدعوى هو تقادم دعوى المسؤولية التقصيرية، و هي سننلق، و ذلك سندا لنص المادة 68 من قانون المخالفات المدنية² و تحسب من تاريخ وقوع الفعل أو التقصير المشكو منه أو من تاريخ توقف الضرر³.

أما القانون الأردني فلم ينص على مدة تقادم فيما يتعلق بدعوى مسؤولية المحامي إذ أنه نص على أن مدة تقادم حق الموكل باسترجاع المستندات هي عشر سنوات⁴، و تخضع دعوى المسؤولية المدنية للمحامي تجاه موكله لقواعد القانون المدني للمادة 449 من القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976، والتي جعلت مدة التقادم خمسة عشر سنة، إلا إذا كانت المسؤولية ناشئة عن جرم أو فعل شكل مسؤولية تقصيرية فإن مدة التقادم هي ثلاث سنوات سندا للمادة 1/272 منه . علماً أن القانون المدني الاردني المذكور رقمه أعلاه قصر مدة تقادم الدعوى المرفوعة من المحامي على موكله إلى خمس سنوات سندا لنص المادة 451 منه، أي

¹ انظر قرار محكمة التمييز الاردنية رقم 2002/349 الصادر بتاريخ 2002/6/18 عن موقع qistas.com/jor/index/ تمت الزيارة بتاريخ 2014/12/12 الساعة الثامنة مساء و بذات المعنى انظر استئناف مدني رقم 2008/317 الصادر عن محكمة استئناف حقوق رام الله بتاريخ 2009/6/22 عن موقع muqtafi.birzeit.edu تمت الزيارة بتاريخ 2014/12/15 الساعة التاسعة مساء

² تنص المادة 68 من قانون المخالفات المدنية على (لا تقام الدعوى لمخالفة مدنية، إلا إذا ابتدأت الدعوى:(أ) خلال سنتين من وقوع الفعل أو الإهمال أو التقصير المشكو منه،(ب) أو خلال سنتين من توقف الضرر إذا كانت المخالفة المدنية تسبب ضرراً يستمر من يوم إلى آخر، أو (ج) خلال سنتين من التاريخ الذي لحق فيه الضرر بالمدعي إذا لم يكن سبب الدعوى ناشئاً عن إتيان فعل أو التقصير في إتيان فعل بل عن ضرر ناجم عن إتيان فعل أو عن التقصير في إتيان فعل، أو (د) خلال سنتين من تاريخ اكتشاف المدعي للمخالفة المدنية أو من التاريخ الذي كان من وسع المدعي أن يكتشف فيه المخالفة لو أنه مارس القدر المعقول من الانتباه والمهارة، إذا كان المدعي عليه قد أخفى المخالفة بطريق الاحتيال

³ دواس .امين : مرجع سابق. ص 133

⁴ انظر نص المادة 50 /3 من قانون نقابة المحامين الاردنيين رقم 11 لسنة 1972

أن المحامي لا يستطيع مطالبة العميل عن الحقوق التي تترتب له بسبب عمله و مهنته بانقضاء
الخمس سنوات¹.

وأجد ان قانون المحاماة المصري رقم 17 لسنة 1983 نص في المادة 91 منه على أن مدة
التقادم المانع من سماع دعوى الموكل تجاه المحامي الوكيل تنقضي بمضي خمس سنوات²،
ونصت المادة 86 قانون المحاماة المصري رقم 17 لسنة 1983 على ان مدة تقادم دعوى
المحامي هي خمس سنوات³، ونصت 376 من القانون المدني المصري على ان دعوى حقوق
المحامي وغيره من المهنيين مثل الأطباء والصيدالة والمهندسين تتقادم بخمس سنوات، شرط ان
يكون موضوع الدعوى هو المطالبة بحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل من أعمال
مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات⁴.

اما الدفع بالتقادم ليس من النظام العام، و انما هو مقرر لمصلحة المدين⁵، هو دفع شكلي و يجب
اثارته قبل أي دفع اخر، وابداء أي دفع اخر مثل انعدام المسؤولية او ان قيمة المبلغ مطالب بها
مبلغ بها او سبق باقرار تؤدي الى فقدان الحق في اثارته و اثباته⁶. والتقادم المانع من سماع

¹ الاحمد، اشرف جهاد وحيد : مرجع سابق. ص 95

² تنص المادة 91 من قانون المحاماة المصري رقم 17 لسنة 1983 على (يسقط حق الموكل في مطالبة محاميه برد
الأوراق والمستندات والحقوق المترتبة على عقد الوكالة بمضي خمس سنوات من تاريخ انتهاء وكالته وتقطع هذه المدة
بالمطالبة بها بكتاب موصى عليه)

³ تنص المادة 86 من قانون المحاماة المصري رقم 17 لسنة 1983 على (يسقط حق المحامي في مطالبه موكله أو
ورثته بالتعاب عند عدم وجود اتفاق كتابي بشأنها بمضي خمس سنوات من تاريخ وفاة الموكل حسب الأحوال وتقطع
هذه المدة بالمطالبة بها بكتاب موصى عليه).

⁴ نصت المادة 376 القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 على (تتقادم بخمس سنوات حقوق الأطباء
والصيدالة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماصرة والأساتذة والمعلمين، على أن تكون هذه الحقوق
واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات.)

⁵ انظر قرار محكمة التمييز الاردنية الحقوقي رقم 1959/272 المنشور على صفحة 349 لسنة 1964 عن موقع
qistas.com/jor/index/ تمت الزيارة بتاريخ 2014/12/13 الساعة السادسة مساء.

⁶ نص المادة 1667 من مجلة الاحكام العدلية

الدعوى هو الذي لم يكن لمانع اما اذا كان التقادم لمانع فانه لا يعتبر مسقطا لدعوى المطالبة،
مثل الصغر او السفر خارج البلاد¹.

الفرع الثاني

وجود شرط المعفي من المسؤولية

و من الوسائل التي يملك المحامي فيها دفع مسؤوليته الدفع بشرط الاعفاء من المسؤولية، حيث
يشترط المحامي على الموكل عند ابرام العقد ان المحامي غير مسؤول عن أي ضرر يلحق
الموكل من الوكالة، فما قانونية هذا الشرط؟ و ما اثره على حق الموكل في الحصول على
التعويض من فعل المحامي .

الاصل ان مسؤولية المحامي هي مسؤولية عقدية، واجاز بعض الفقه اء القانون و استنادا
للنصوص التشريعية في نطاق المسؤولية العقدية الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية ، و ذلك
ضمن شروط على اساس اعتبار ان الارادة هي التي تنشئ العقد و لها ان تحدد اثاره و لانه امر
غير متعلق بالنظام العام²، فيما رأى اخرون من الفقهاء الى جواز الاتفاق، و لكن بحدود معينة
اهمها ان ال يتضمن الاعفاء من الغش او الخطأ الجسيم، و ان يكون الاعفاء من الاضرار التي
تصيب صحة الانسان³، فيما رأى اخرون من الفقهاء القديمين و الحديثين ان التعويض عن
الضرر الناشئ عن المسؤولية سواء كانت عقدية او تقصيرية هو من النظام العام الذي لا يجوز

¹ نصت المادة 1663 من مجلة الاحكام العدلية على (والمعتبر في هذا الباب أي في مرور الزمن المانع لاستماع الدعوى
ليس هو إلا مرور الزمان الواقع بلا عذر، وأما الزمان الذي مرَّ بعذر شرعي ككون المدعي صغيراً أو مجنوناً أو معتوها
سواء كان له وصي أو لم يكن أو كونه في ديار بعيدة مدة سفر أو كون خصمه من المتغلبة فلا يعتبر، مثلاً لا يعتبر
الزمان الذي مر حال صغر المدعي وإنما يعتبر من تاريخ وصوله إلى حد البلوغ. كذلك إذا كان لرجل مع احد المتغلبة
دعوى ولم يمكنه الادعاء لامتداد زمان تغلب خصمه ووجد مرور الزمان لا يكون مانعاً لاستماع الدعوى، وإنما يعتبر
مرور الزمان من تاريخ زوال التغلب.)

² السنهوري. عبد الرزاق : مرجع سابق. ج /1 . ص 673

³ عامر. حسين و اخر : المسؤولية المدنية التقصيرية و العقدية . ط/2. دار المعارف. القاهرة. 1979 ص 567

الاتفاق على مخالفته، و خاصة ان ايراد هكذا شرط يؤدي الى اهدار سبب العقد ، و هو يعطي لشروط الاذعان غطاء تشريعي يمرره دون تدخل القضاء¹.

ويجمع الفقه في موضوع الشرط المعفي من المسؤولية على التمييز في مجال المسؤولية العقدية بين الخطأ الناجم عن العمد و الخطأ الجسيم ، و بين الخطأ اليسير في انفاذ الشرط المعفي من المسؤولية، حيث لم يجيزه جميع الفقه و القضاء في الحالة اولى² ، بل ان القانون المدني المصري قد نص على عدم جواز الاعفاء في حالتي الغش و الخطأ الجسيم³ ، و اجازة البعض في حالة الخطأ اليسير⁴.

اوردت قوانين المحاماة نصا يقضي بمسؤولية المحامي في حالتي الغش و الخطأ الجسيم، و هذا يعني ان أي اتفاق على الاعفاء من المسؤولية المدنية في أي من هاتين الحالتين هو باطل لتعارضه من نص امر⁵. ومع ذلك لا يوجد ما يمنع من ايراد مثل هكذا نص يقضي باعفائه من باقي الاخطاء، و استنادا لغياب المنع في التشريع .

الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية في اطار علاقة المحامي بموكليه نادر الحدوث لعدم الحاجة اليه، لان التزام المحامي هو التزام ببذل عناية، و لأن هذا الشرط ايضا يخالف مقتضيات العدالة التي تقوم عليه مهنة المحاماة، حيث يعطي امتياز لطرف القوي الخبير من ناحية قانونية⁶.

ايراد هذا الشرط فيه اجحاف بحقوق الموكل الذي غالبا يجهل القانون¹ ، و ارى ان و في هذا الشرط ضرر للموكل فهو يتنازل عن شئ لا يعرفه بعد، حيث لم يظهر مقدار الضرر الذي سيلحق به، كما انه يعطي مجالا ليتخاذل المحامي ويتراخي في الدفاع عن مصالح موكله .

¹ نصره . احمد سليم فريز: الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري (رسالة ماجستير غير منشورة).

جامعة النجاح الوطنية نابلس ، فلسطين 2006 ص 63

² مرقس . سليمان : : مرجع سابق. ص 380

³ نص المادة 217 مدني مصري

⁴ سوادي . عبد الباقي محمود : مرجع سابق. ص 330

⁵ نص المادة 3/26 من قانون المحاماة الفلسطيني و نص المادة 55 من قانون نقابة المحامين الاردنيين

⁶ سوادي . عبد الباقي محمود : مرجع سابق. ص 333

ويجوز ان يبزم اتفاق لاحق بين المحامي والموكل يقضي باعفاء المحامي من التعويض و لكن بعد وقوع الضرر، فهذا لا يعفي من المسؤولية وانما يقنن اثارها بعد ان ظهرت² .

الفرع الثالث : نفي علاقة السببية

وكما يستطيع المحامي ان يدفع مسؤوليته ايضا من خلال نفي علاقة السببية بين فعله والضرر، وهو ما يعرف بالسبب الاجنبي عن المدين، ويشترط ان يكون السبب الاجنبي من حيث اصله أي غير ممكن توقعه ولا تلافيه، ومن حيث نتيجته أي لا يمكن معالجة ما ينشأ عنه من ضرر³. وتطبيقات ذلك من خلال اثبات ان الضرر كان بسبب القوة القاهرة، أو خطأ المضرور أو فعل الغير، وهذا دفع للمسؤولية المدنية بشكل عام و ليس لمسؤولية المحامي بشكل خاص⁴.

تعرف القوة القاهرة او كما يطلق عليها البعض (الحادث الفجائي) بانها : امر غير متوقع حصوله و غير ممكن تلافيه يجبر الشخص على الاخلال بالالتزام⁵، ويرى البعض ان هناك فرق بين القوة القاهرة والحادث الفجائي، تتميز القوة القاهرة باستحالة دفعها استحالة مطلقة وانعدام امكانية دفعها، وانها امر خارجي لا دخل للارادة فيه فهي غير متوقعة، وهي تجعل من تنفيذ الالتزام مستحيلا مثل حدوث زلزال، في حين ان الحادث الفجائي استحالة دفعه نسبية، ومرد الحادث الفجائي هو الامر داخلي متصل بنشاط المدين كانهجاء آلة⁶.

¹ شلبي. محمد توفيق : مرجع سابق. ص 219

² سوادي . عبد الباقي محمود : مرجع سابق. ص 334

³ سلطان ، انور : مرجع سابق. ص 487

⁴ نصت المادة 165 من القانون المدني المصري (إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك) و نصت المادة 261 من القانون المدني الاردني على (إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كافة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك .)

⁵ مرقس. سليمان : مرجع سابق. ص 486

⁶ سلطان ، انور : مرجع سابق. ص 382

يعتبر حادث سرقة حقيبة المحامي و فيها مستندات تخص موكله من قبيل القوة القاهرة التي تعفي المحامي من المسؤولية تجاه موكله عن ضياع هذه المستندات، لان حادثة السرقة تعتبر من قبيل القوة القاهرة .و حدوث زلزال او فيضان منع المحامي من الوصول الى المحكمة لتقديم الاستئناف بموعده من قبيل القوة القاهرة¹.

اما عن شروط سقوط مسؤولية المحامي المدنية بسبب القوة القاهرة هي ذات ا لشروط المنصوص عليها في القواعد العامة في المسؤولية المدنية،و هي التالي :

1 -اولا ان يكون حصوله او وقوعه خارج عن ارادة الانسان، فصدور قرار من مجلس التأديب على محامي يمنعه من مزاوله مهنة المحاماة،لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة المسقطه لمسؤوليته عن عدم تنفيذ التزامه بتقديم الاستئناف خلال مدته القانونية، فان المحامي يكون مسؤولا عن تقويت الفرصة على موكله لان منع المحامي من مزاوله المهنة يرجع الى خطأه².

2 -عدم امكانية توقعه، لان امكانية التوقع تجعل من المدين مقصرا في عدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة لدفع نتائجه، وهذه الخاصية لا تتوفر الا للحوادث التي لا يمكن توقع حدوثها في هذا الوقت حتى من اشد الناس حيطة، والمعيار هو معيار موضوعي. ومن ذلك لا يمكن اعتبار الفيضان الموسمي من قبيل القوة القاهرة لانه من الممكن توقعه عند معظم الناس³.

3 -ان يستحيل على الانسان دفع الحادث، فلا يكفي لقيام القوة القاهرة انعدام امكانية التوقع، بل يجب ان يصاحب ذلك جعل الالتزام مستحيل التنفيذ، فاذا كان التنفيذ ممكن و لكن مرهقا للمدين كان، فان الوصف القانوني له ظرف طارئ⁴، وليس قوة القاهرة⁵، و فاستحالة التنفيذ المشترطة هي المطلقة، مادية ومعنوية وعامة، أي يجب ان يكون التنفيذ مستحيلا على أي شخص في نفس

¹ شلبي.محمد توفيق : مرجع سابق. ص 213

² سوادى . عبد الباقي محمود : مرجع سابق. ص 327 و بذات المعنى شلبي.محمد توفيق : مرجع سابق. ص 214

³ سلطان ، انور : مرجع سابق. ص 382

⁴ الظرف الطارئ لا يعفي من المسؤولية و انما يؤدي الى تخفيف الالتزام بالقدر الذي يعود فيه التوازن الى العقد انظر

تفاصيل ذلك سلطان ، انور : مرجع سابق. ص 286

⁵ شلبي.محمد توفيق : مرجع سابق. ص 214

الظروف، فإذا كانت الاستحالة قاصرة على المدين دون غيره فلا يعتبر الحادث قوة قاهرة و لا يعفي من المسؤولية¹.

إذا توافرت هذه الشروط في الحادث الذي احاط بتنفيذ التزام المحامي كان للمحامي طلب اسقاط مسؤوليته لأن الضرر الذي لحق المدعي كان بسبب القوة القاهرة وليس بسبب فعل المحامي، وعلى المحكمة ان تثبت ان القوة القاهرة هي السبب الوحيد في وقوع الضرر، فإذا تبين ان فعل المدين تشارك مع القوة القاهرة، فهنا لا مجال لان تشارك القوة القاهرة في التعويض الذي لحق الدائن بل يتحمل المدين التعويض كاملاً². ويكون للمدعي في هذه الحالة اثبات ان الحادث كان متوقع او بالامكان دفعه لنفي القوة القاهرة .

يعتبر فعل المضرور التطبيق الثاني للسبب الاجنبي في دفع مسؤولية المحامي، وهو ان يثبت المدعى عليه ان الضرر الذي لحق المدعي كان بفعل المدعي، او ان فعل المدعي واهماله هو الذي ادى الى زيادة هذا الضرر، وبذلك يكون ثبت ان للضرر سبب اجنبي غير خطأ المدعى عليه³.

يلجأ المدين غالباً لاثبات ان الضرر كان بفعل المضرور عندما يكون الخطأ مفترض من جانبه، فقرينة الخطأ المفترض تزول امام ثبوت علاقة السببية الحقيقية بين الفعل الضرر. وهنا يكون على المضرور ان يتحمل وحده نتائج الضرر ولا حق له بالمطالبة بالتعويض⁴. مثل ان يأخذ المدعي المستندات التي تثبت دعواه من المحامي، ولا يرجعها لتقديمها بالوقت المناسب للمحامي ليقدمها الاخير للمحكمة، رغم ان المحامي طالبه بها، فهنا يكون فعل المدعي هو السبب بالضرر.

¹ سلطان ، انور : المرجع السابق ، ص 383

² المرجع السابق. 383

³ مرقس. سليمان : مرجع سابق. ص 491

⁴ سوادى . عبد الباقي محمود : مرجع سابق. ص 328

وقد يكون خطأ المضرور ساهم في زيادة الضرر، أي ان يكون الضرر مشترك بين خطأ المدعى عليه والمضرور، فهنا تنتظر المحكمة فان كان خطأ احدهما قد استغرق خطأ الاخر تحمل الاول التعويض كاملاً¹، وان كان بإمكان القاضي تعيين نصيب كل منهم حكم على المدعى عليه بالتعويض بمقدار نصيبه من الضرر². مثال ذلك ان يخطأ المحامي في توجيه اليمين الحاسمة لخصم موكله رغم وجود البيانات الكافية معه لاثبات الحق، فيقوم الخصم بردها على موكل المحامي فينكل الاخير عن حلف اليمين المردودة .

واخيراً قد يدفع المحامي الدعوى بان المسبب للضرر هو فعل الغير، أي شخص اخر ليس المحامي ولا المتضرر، ويجب ان يثبت ان فعل الغير يشكل خطأ و الا فلا اثر له على مسؤولية المتضرر، كما يشترط ان لا يكون الغير ممن يسأل عنهم المدعى عليه . و انه ليس من تابعي المحامي المدعى عليه³.

يجب ان يثبت ان خطأ الغير هذا استغرق خطأ المحامي، و هنا تنتفي علاقة السببية بين خطأ المحامي و الضرر، و يعفى المحامي من المسؤولية، اما اذا ثبتت علاقة السببية بين الفعلين و الضرر الذي لحق المدعي، اصبح الاثنان مسؤولين عن التعويض، و توزع المسؤولية بينهما وفقاً لنسبة خطأ كل منهما⁴ .

¹ يستغرق احد الفعلين الاخر اذا كان احد الفعلين يفوق الاخر بجسامته بان ان كان متعمد، سواء كان العمد بعفل المدعي او المدعى عليه و هنا المتعمد يستغرق فعله الاخر او بسبب رضا المضرور بالفعل حيث يجد البعض ان هذا الرضا يعطي فعل المدعي المتضرر جسامته تستغرق فعل المدعى عليه . و الصورة الاخرى للاستغراق هو ان يكون احد الفعلين نتيجة لفعل الاخر فالفعل الاول يستغرق التالي انظر تفاصيل ذلك سلطان ، انور : المرجع السابق. ص385 و ما تلاها

² شلبي.محمد توفيق : مرجع سابق. ص 210

³ سلطان ، انور: مرجع سابق. ص 387

⁴ سوادى . عبد الباقي محمود انور: مرجع سابق. ص329

المبحث الثاني : اثار ثبوت مسؤولية المحامي المدنية عن اخلاله بواجباته المهنية

التزام المحامي كباقي الالتزامات المدنية يشغل ذمة المحامي بالمدىونية، و يفرض عليه تنفيذ التزامه طوعا، فان تخلف المدين بالالتزامات العادية عن تنفيذ التزامه طوعا يجبر على تنفيذ التزامه جبرا، أي يمكن للدائن اللجوء الى السلطات العامة لجبر المدين على التنفيذ، و هنا نفرق بين حالة قيام المدين بتنفيذ الالتزام عينا كان تنفيذ عيني، و اذا لم تتوفر شروط هذا التنفيذ كان للدائن الحصول على التعويض¹ .

فالتنفيذ العيني بشكل عام لا يحكم به إلا إذا توافرت شروط نطلبها القانون، و الا يحكم بالتعويض هذا ما سالتاوله في هذا المبحث حيث يتناول المطلب الأول الحكم بالتنفيذ العيني وومدى انطباق ذلك على علاقة المحامي بالموكل يتعرض المطلب الثاني للحكم بالتعويض و نتناول في المطلب الاخير التأمين من مسؤولية المحامي

المطلب الاول : الحكم بالتنفيذ العيني

الوفاء اصلا هو اداء ذات ما التزم به المدين، و يجب على الدائن المطالبة باداء الالتزام المنفق عليه، و يجبر المدين على التنفيذ العيني طالما كان ذلك ممكنا، و يجوز للمدين ان يعرض الوفاء العيني، وله ان يرفض الوفاء بالمقابل طالما كان التنفيذ العيني ممكنا و شروطه متوافرة² . و قضت محكمة التمييز الاردنية ان من المقرر قانونا ان الاصل هو تنفيذ الالتزام عينا، و لا يصار الى عوضه - وهو التنفيذ بطريق التعويض - الا اذا استحال التنفيذ العيني او كان مرهقا للمدين³ .

¹ الفار . عبد القادر : احكام التزام اثار الحق في القانون المدني . الطبعة الثالثة منقحة و مزيدة . دار الثقافة للنشر و التوزيع . عمان . الاردن 1996 ص 14

² علي . عادل حسن : الاثبات - احكام الالتزام . طبعة الاولى . زهاء الشرق . القاهرة . مصر 2008 ص 322

³ انظر قرار محكمة التمييز الاردنية حقوق رقم 2001/1841 (هيئة خماسية) الصادر بتاريخ 2001/9/17 عن موقع qistas.com/jor/index/ تمت الزيارة بتاريخ 2014/12/13 الساعة السادسة مساء

و التنفيذ العيني هو تنفيذ ما تم الاتفاق عليه بين الموفي والموفي له، سواء كان محل الدين دفع مبلغ من النقود او تسليم شئ او القيام بعمل او الامتناع عن عمل¹. فاذا طالب دائن المدين و لجأ الى المحاكم و جب على المحكمة ان تتحقق من توافر شروط صحة التنفيذ العيني. علما ان للدائن الخيار بين طلب التنفيذ العيني او طلب التعويض.

سيعرض هذا المطلب شروط التنفيذ العيني بشكل عام في الفرع الاول و محاولة مطابقتها مع التزام المحامي و يتناول الفرع الثاني امكانيات الزام المحامي بالتنفيذ العيني.

الفرع الاول

الشروط العامة للحكم بالتنفيذ العيني

تقضي القواعد العامة بوجود توافر شروط على القضاء التحقق من ثبوتها حتى يحكم بالتنفيذ العيني، وهي :

1- ان يكون التنفيذ العيني ممكنا: اذا استحال التنفيذ العيني امتنع على المحكمة الحكم به، سواء كانت الاستحالة بسبب اجنبي، او كانت بخطأ المدين، و ذلك لانعدام الجدوى من المطالبة بالتنفيذ العيني، واستحالة التنفيذ ترجع الى سببين الاول بسبب طبيعة الالتزام ، والثاني بسبب فوات الوقت².

الأستحالة بسبب طبيعة الالتزام متصورة في كافة اشكال الالتزام باستثناء الالتزام باداء النقود ، و يعد من الاستحالة بسبب طبيعة الالتزام اذا كان التنفيذ الجبري يتعلق بالحرية الشخصية للمدين فلا يجبر المدين على التنفيذ الجبري، و انما يهدد بالغرامات المالية فان اصر على رفض تنفيذ الالتزام فلا يجبر على التنفيذ العيني³.

¹ الفار. عبد القادر : مرجع سابق. ص 25

² علي . عادل حسن : مرجع سابق. ص 323

³ الفار. عبد القادر : مرجع سابق. ص 60

والتزامات المحامي لموكله هي التزامات متصور فيها أستيحالة التنفيذ بسبب طبيعة الإلتزام، اذ توكيل المحامي يدخل فيه الاعترار الشخصي للمحامي الوكيل، والجزء الاكبر منه هو الإلتزام بالقيام بعمل و فيه مساس بحرية المحامي الشخصية، اذ يستحيل الزام المحامي بالترافع عن الموكل حتى لو فرض عليه القاضي غرامة، ومن المتصور ايضا حصول استيحالة التنفيذ العيني في التزام المحامي بالامتناع عن عمل، حيث لا يلجأ الى التنفيذ العيني في حال قيام المحامي بتقديم استيشارة لخصم موكله لان الاستشارة و الخطأ قد صدرت. و كما ان استيحالة التنفيذ العيني في التزام المحامي متصورة في الإلتزام بالتسليم حيث لا يمكن جبر المحامي على تسليم المستندات ان ثبت انها هلكت .

والشكل الاخر للاستحالة هي الاستحالة بسبب الزمن حيث قد ينقض الميعاد المحدد لتنفيذ الإلتزام و في هذه الحالة يصبح التنفيذ مستحيلًا بسبب الوقت¹، مثل ان ينقض ميعاد تقديم الطعن لدى المحكمة مما يجعل الزام المحامي بتقديمه بعد مضي المدة مستحيلًا لانعدام جدواه.

2- ان لا يكون التنفيذ العيني مرهقا للمدين : التنفيذ المرهق هو الذي يترافق مع ضرر جسيم للمدين، فاذا ترافق التنفيذ الجبري مع ضرر جسيم للمدين وجب ان لا يحكم به، و هذا الاعترار هو من اعتبارات العدالة الذي كان نتاج تطور احكام الإلتزام، و يشترط ان لا يؤدي اعتبار التنفيذ العيني مرهق للمدين للاحاق ضرر جسم بالدائن لان مصلحة الدائن هي الاولى بالرعاية من مصلحة المدين، وقاضي الموضوع هو الذي يقدر فيما اذا كان التنفيذ العيني مرهقا ام ان عدمه يلحق ضرر جسيم بالدائن². مثال ان يكون تسليم المستندات التي سلمت للمحامي يلحق به ضرر جسيم، مثلا لان هذه المستندات قد ارتبطت بها اسرار موكلين اخرين، و تسليمها للموكل الذي سلمها للمحامي يعني افشاء هذه الاسرار، في حين ان الموكل طالب التسليم لا يحتاج هذه المستندات، و لم تعد منتجة له باي شكل فقط يطلب تسليمها لغايات الاحتفاظ بها فقط . فهنا الحكم بالتسليم يلحق بالمحامي ضررا جسيما يتمثل في مسألته تأديبيا .

¹ سوادي . عبد الباقي محمود : مرجع سابق. ص 286

² الفار. عبد القادر : مرجع سابق. ص 60

3- ان يطلب الدائن التنفيذ العيني . هذا الشرط يستخلص ضمنا لان القضاء لا يتدخل الا اذا قدم له طلب للتنفيذ العيني، فاذا توافرت شروطه حكم به، و ان لم يطلبه الدائن و طلب التعويض مباشرة كان على المحكمة ان تحكم بالتعويض، و للدائن ان يطلب التنفيذ العيني او ان يطلب التنفيذ بطريق التعويض و هذا مبدأ استقر عليه اجتهاد المحاكم الاردنية¹.

وللمدين ان يعرض التنفيذ العيني في حال طلب الدائن التعويض، و في هذه الحالة على المحكمة اجبار الدائن على قبول التنفيذ العيني ان كان مستوفي شروطه²، و يرى البعض ان المقصود بهذا الشرط هو الاعذار الذي يسبق اللجوء للقضاء، فان امتثل المدين و قام بتنفيذ الالتزام كان التنفيذ اختياري، وان امتنع المدين عن التنفيذ العيني جاز اللجوء الى القضاء لاجبار المدين على التنفيذ العيني³.

4- ان يكون بيد الدائن سند تنفيذ واجب النفاذ . ان مجرد وجود الحق لا يكفي بل يجب ان يكون حق الدائن ثابتا و مؤكد و واضحا، و يتصف الحق بهذا الوصف متى كان ثابتا بموجب سند تنفيذي قطعي، أي لا يمكن للمدين انكار التزامه، و الاسناد التنفيذية هي احك ام المحاكم، و الاوراق التجارية⁴، وفي مجال التزام المحامي فان حكم القانون يعتبر سندا تنفيذيا، حيث الزم القانون المحامي برد المستندات التي تسلم له، و عليه فهذا الحق ثابت للموكل بموجب حكم القانون .

¹ انظر قرار محكمة التمييز الاردنية (حقوق) رقم 2000/3386 (هيئة خماسية) تاريخ 2001/4/24 و الذي جاء في نصوصه (ان الهيئة العامة لمحكمة التمييز وبقرارها الصادر بتاريخ 25 /1 /1998 في القضية رقم (97 /2212) ارست مبدأ مفاده (ان للمدعي الخيار بطلب أي من طريقي التنفيذ العيني او التعويض) وفقا للصلاحيية المخولة له بنص المادة (56) من قانون اصول المحاكمات المدنية وبحدود المادة (360) من القانون المدني) عن موقع qistas.com/jor/index/ تمت الزيارة بتاريخ 2014/12/17 الساعة السابعة مساء

² سوادى . عبد الباقي محمود : مرجع سابق. ص 287

³ الفار. عبد القادر : مرجع سابق. ص 60

⁴ سوادى . عبد الباقي محمود : مرجع سابق. ص 288 نقلا عن البكري. عبد الباقي، شرح القانون المدني العراقي -

الجزء الثالث - تنفيذ الالتزام ز مطبعة الزهراء -بغداد 1971 . ص 39

5- ان يكون سبب الامتناع عن التنفيذ، او تأخيره غير مشروع . في الالتزامات المتقابلة قد يكون سبب امتناع المدين عن التنفيذ هو امتناع الدائن ايضا عن تنفيذ التزامه المتقابل، وهنا يكون امتناع المدين مبررا ومشروعا، وحالات الامتناع عن التنفيذ بسبب التقابل بالالتزامات اربعة ، المقاصة و الفسخ و حق الحبس والدفع بعدم التنفيذ¹.

الفرع الثاني : مدى امكانية الزام المحامي بالتنفيذ العيني

التنفيذ العيني هو ما يعرف بالضمان العيني، وهو اعادة الحال الى ما كانت عليه و يؤدي الى اصلاح الضرر تماما² .

والتنفيذ العيني غير متصور في مجال التزامات المحامي، الا ان التزام المحامي بالتسليم المستندات حيث نصت عليه المادة 22 من قانون المحامين النظامين الفلسطينيين³ رقم 3 لسنة 1999 والتي تنص على (عند وجود اتفاق على الأتعاب بين المحامي والموكل يجوز للمحامي ما يلي :..... 2- حجز الأوراق والمستندات المتعلقة بموكله لحين استيفاء حقه في الأتعاب المتفق عليها شريطة إلا يؤثر ذلك على أي ميعاد محدد لاتخاذ إجراء قانوني يترتب على عدم مراعاته سقوط الحق فيه . 3- يسقط حق الموكل في مطالبة محاميه برد الأوراق والمستندات

¹ سوادى . عبد الباقي محمود: مرجع سابق. ص 288 نقلا عن البكري عبد الباقي : مرجع سابق. ص 39

² سلطان، انور: مرجع سابق. ص 399

³ و نجد ان احكام هذا النص تقابل نص المادة 50 من قانون نقابة المحامين الاردنيين و التي تنص على (1- على المحامي ان يسلم موكله كل ما تسلمه من النقود والاوراق الاصلية التي في حوزته عندما يطلب الموكل ذلك . 2- عند وجود اتفاق كتابي على الاتعاب يحق للمحامي حبس النقود والاوراق بما يعادل مطلوبه اما في حال عدم وجود اتفاق كتابي فيرفع الامر الى مجلس النقابة مع حق الوكيل بالاحتفاظ بما في حوزته من نقود واوراق وطلب الحجز على اية اموال للموكل لنتيجة الفصل في النزاع حول الاتعاب . 3- يسقط حق الموكل في استعادة الاوراق والمستندات بعد مرور عشر سنوات على انتهاء القضية .) و نص المواد 90 من قانون المحامين المصريين و التي تنص على (عند وجود اتفاق كتابي على الاتعاب يحق للمحامي حبس الاوراق والمستندات المتعلقة بموكله أو حبس المبالغ المحصلة لحسابه بما يعادل مطلوبة من الاتعاب التي يتم سدادها له وفق الاتفاق. و اذا لم يكن هناك اتفاق كتابي على الاتعاب كان للمحامي أن يستخرج صورا من هذه الاوراق والمستندات التي تصلح سنداً له في المطالبة وذلك على نفقة موكله ويلتزم برد الصور الاصلية لهذه الاوراق متى استوفى من موكله مصروفات استخراجها. وفي جميع الاحوال يجب أن يراعى الا يترتب على حبس الاوراق والمستندات تفويت أي ميعاد محدد لاتخاذ اجراء قانوني يترتب على عدم مراعاته سقوط الحق فيه) و نص المادة 91 من و التي جاء فيها (يسقط حق الموكل في مطالبة محاميه برد الاوراق والسمتندات والحقوق المترتبة على عقد الوكالة بمضى خمس سنوات من تاريخ انتهاء وكالته وتتقطع هذه المدة بالمطابقة بها بكتاب موسى عليه)

والحقوق المترتبة على عقد الوكالة بمضي خمس سنوات من تاريخ انتهاء وكالته، وتتقطع هذه المدة بالمطالبة بها بكتاب موسى عليه .) حيث نظمت هذه المادة حق المحامي بحبس المستندات وحددت شروط الواجب توافرها في طلب التنفيذ العيني من قبل الموكل و هي :- 1- وجود اتفاق بين المحامي و الموكل .

2- ان يكون الموكل قد دفع الاتعاب و مستحقات المحامي المادية كاملة.

3- ان يكون الطلب رد المستندات خلال خمس سنوات من انتهاء الوكالة، او ان تقطع هذه المهلة بكتاب موسى عليه .

وعليه فان المحامي ملزم بالتنفيذ العيني للزامه بتسليم المستندات، في حال انتهاء التوكيل ، ويعفى من هذا الالتزام في حال عدم استيفائه للاتعاب او أي مصاريف. واكثر التزامات المحامي لا يمكن جبره على تنفيذها لتعلقها بحريته الشخصية¹.

حيث ان شخص المحامي محل اعتبار، وان اغلب التزامه متعلقة بحريته الشخصية منها الحضور مع الموكل في المحكمة، واعداد المرافعة، و تحضير العقود، و في حال امتنع المحامي عن تنفيذ هذه الالتزامات فانه وفقا للمادة 356 من القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976² يجوز للدائن ان يرفض الاداء من غير المحامي الذي اتفق معه، كما يجوز له ان يقوم بالعمل بواسطة محامي اخر على نفقة المحامي المدين، بعد الحصول على اذن من القضاء،³ علما ان

¹ سوادي . عبد الباقي محمود : مرجع سابق. ص 290 و بذات المعنى شلبي محمد توفيق : مرجع سابق. ص 195

² تنص المادة 356 من القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976 على (1- إذا كان موضوع الحق عملا واستوجبت طبيعته أو نص الاتفاق على أن يقوم المدين به بشخصه جاز للدائن أن يرفض الوفاء به من غيره . 2- فإذا لم يقم المدين بالعمل جاز للدائن أن يطلب إنفاذ من القضاء بالقيام به على نفقة المدين أو تنفيذه دون إذن إذا استوجبت الضرورة ذلك.)

³ و يقابل هذا النص نص ال مادة 208 من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 و التي تنص على (في الالتزام بعمل، إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الذين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين) و نص المادة 209 من ذات القانون و التي تنص على (1- في الالتزام بعمل، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القضاء في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنا.

(2) ويجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين، دون ترخيص من القضاء. (

الفقرة الثانية من هذه المادة تطبق في حالات الضرورة او الحقوق التي يخشى عليها من الوقت، ام في حالات التي لا يتوفر لها الضرورة فان الدائن عليه ان يلجأ لطرق التي رسمها القانون لاستيفاء الحق.¹

المطلب الثاني : الحكم بالتعويض و طرق تقديره

التعويض هو البديل عن التنفيذ العيني، ويعرف التعويض انه عبارة عن مبلغ من النقود، أو أي ترضية من جنس الضرر، يساوي المنفعة التي كان يحصل عليها الدائن لو نفذ المدين التزامه على النحو الذي يقضي به مبدأ حسن النية في التعامل.²

ويلجأ الى التعويض في حالات، منها استحالة التنفيذ العيني بخطأ المدين، او كان التنفيذ العيني غير ممكن لانه مرتبط بشخص المدين و المدين ممتنع عن التنفيذ، او ان الدائن لم يطلب الا التعويض و لم يعرض المدين التنفيذ العيني، او كان في التنفيذ العيني ارهاق للمدين.³

ويشترط للحكم بالتعويض شروط منها وجوب الاعذار⁴، والاعذار هو مطالبة الدائن للمدين بتنفيذ الالتزام بالصورة التي يحددها القانون، علما ان القانون المصري عدد اشكال الاعذار⁵، اما القانون المدني الاردني لم ينص على شكل الاعذار او طريقه، و الاعذار هو الذي يجعل المدين

¹ مذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني ص 393

² الذنون، حسن علي: النظرية العامة للإلتزام، ج1، ط2. بغداد - الأردن: دار وائل للنشر والتوزيع. 2004. ص91.

³ الفار. عبد القادر: المرجع السابق . ص 68

⁴ نصت المادة 361 من القانون المدني الاردني على : (لا يستحق الضمان إلا بعد أضرار المدين ما لم ينص على غير ذلك في القانون أو في العقد.) و يقابل هذا النص المادة 218 من القانون المدني المصري و التي تنص على (لا يستحق التعويض إلا بعد أضرار المدين، ما لم ينص على غير ذلك.)

⁵ نصت المادة 219 من القانون المدني المصري (يكون أضرار المدين بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم الأضرار عن طريق البريد على الوجه المبين في قانون المرافعات، كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذوراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر.)

مقصرا بالتنفيذ، و بالتالي قيام مسؤولية المدين عن التعويض، و المدين لا يعتبر مخلا بالتنفيذ الا اذا طالبه الدائن بالتنفيذ و قصر¹ .

و خلت مجلة الاحكام العدلية من النص على وجوب الاعذار حتى يستحق المدعى التعويض، و قد استوفي هذا النقص بموجب نص المادة 175 من قانون اصول المحاكمات الحقوقية رقم 42 لسنة² 1952،

قد يتنازل المدين عن حقه بالاعذار حيث يتفق ابتداءً على اعتبار المدين معذر بمجرد حلول الاجل، و هذا الاتفاق جائز³.

تراخي الدائن باعذار المدين يعتبر من قبيل التسامح من قبل الدائن بمطالبة المدين بالالتزام، و الاعذار هو الذي يقطع قرينة التسامح لانه يفترض امكانية التنفيذ و اصرار الدائن عليه⁴.

ويسقط الاعذار في حالات استثنائية نص عليها بالقانون المدني المصري و القانون المدني الاردني⁵، حيث لا يشترط الاعذار للصحة المطالبة بالتعويض في هذه الحالات، وهي في حال اصبحت التنفيذ مستحيلًا بفعل المدين، مثل انتهاء مدة الاستئناف، او ان التنفيذ اصبحت غير مجدي بفعل المدين، او اذا صرح المدين كتابة انه لا ينوي تنفيذ التزامه، او اذا استحال على

¹ علي .عادل حسن: مرجع سابق. ص 345

² قانون اصول المحاكمات الحقوقية رقم 42 لسنة 1952 و المشور على الصفحة 288 من العدد رقم 1113 من الجريدة الرسمية الاردنية الصادر بتاريخ 16/6/1952 و قد الغي هذا القانون بصدور قانون اصول المحاكمات المدنية و التجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 عن موقع المفتي تمت الزيارة بتاريخ 2014/12/19 الساعة العاشرة مساء

³ الفار.عبد القادر: مرجع سابق . ص70

⁴ الفار.عبد القادر: مرجع سابق . ص 71

⁵ نصت المادة 220 من القانون المدني المصري على (لا ضرورة لأعذار المدين في الحالات الآتية: (أ) إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين. (ب) إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع. (ج) إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك. (د) إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه.) و نصت المادة 362 من القانون المدني الاردني على (لا ضرورة لأعذار المدين في الحالات الآتية : 1- إذا اصبحت تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين. 2- إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع. 3- إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين انه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك. 4- إذا صرح المدين كتابة انه لا يريد القيام بالتزامه)

المدين التنفيذ بسبب ظروف احاطت به، او ان التعويض كان عن عمل غير مشروع مثل افشاء المحامي للسر المهني¹. ومن استعراض الحالات السابقة نجد ان مطالبة المحامي بالتعويض غالبا لا تتطلب الاعذار²، لان غالبا ما يكون التزام المحامي بالتنفيذ قد اصبح مستحيلا، او غير ذي جدوى بفعله، كما في حالة تفويت فرصة القيام بالإجراءات في وقتها. أو في حالة اخلال المحامي بالتزام الحذر او الجدية في الدفاع عن مصالح موكله اذ يصبح التنفيذ مستحيلا و بالتالي لايلزم الاعذار .

فرق القضاء الاردني من حيث وجب الاعذار كشرط لاستحقاق التعويض بين حالتين، الاولى هي حالة التعويض عن عدم التنفيذ الذي يجبر الضرر الناشئ عن تقصير المدين، و الاخرى هي التعويض عن التأخير وهو يجبر الضرر الناشئ عن مجرد تأخر المدين حيث اوجب الاعذار في التعويض عن التأخر في التنفيذ، دون الاعذار عن انعدام التنفيذ³.

والتعويض عن التأخير في التنفيذ يجتمع تارة مع التنفيذ العيني اذا نفذ المدين التزامه متأخرا، ويجتمع تارة اخرى مع التعويض عن عدم التنفيذ اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه تنفيذا عينيا والاجماع منعقد على ان الاعذار واجب في التعويض عن التأخر في التنفيذ، اما التعويض عن عدم التنفيذ .

ويشترط لصحة المطالبة بالتعويض ان يثبت توافر كامل اركان المسؤولية المدنية، من ضرر و خطأ وعلاقة سببية بينهما، و يقع اثبات هذه الشروط على الدائن⁴.

والتعويض عن الضرر يكون اما عن التأخر بالتنفيذ، وقد يجتمع هذا التعويض مع التنفيذ العيني⁵، و قد يكون التعويض عن انعدام التنفيذ و هنا لا يمكن ان يجتمع هذا النوع من التعويض

¹ سوادى . عبد الباقي محمود: مرجع سابق . ص 293

² المرجع السابق . ص 295

³ انظر قرار محكمة تمييز حقوق رقم 2005/199 الصادر بتاريخ 2005/9/19 عن موقع

qistas.com/jor/index/ تمت الزيارة بتاريخ 2014/12/19 الساعة السابعة مساء

⁴ الفار .عبد القادر: مرجع سابق. ص 69

⁵ انظر قرار محكمة تمييز حقوق رقم 2005/199 : مرجع سابق.

التعويض مع التنفيذ العيني، و لكن يمكن ان يجتمع مع التعويض عن تأخير في التنفيذ، و لا يعتبر الالتزام بالتعويض التزام جديد و انما هو من طرق تنفيذ الالتزام¹.

يهدف التعويض الى وضع الدائن في نفس المركز القانوني الذي كان يمكن ان يكون فيه لو نفذ المدين التزامه في موعده²، لذلك فان تقدير التعويض امر متروك للمحكمة و ذلك وفقا لاسس حددها القانون بنصوص³.

حدد المشرعين المصري و الاردني ثلاث طرق لتقدير التعويض الواجب دفعه من المدين جبراً للضرر الذي يلحق بالدائن نتيجة لإخلال المدين بتنفيذ التزامه العقدي، الاولى ارادة طرفي العقد، وهو ما يسمى بالتعويض الاتفاقي، يتفق فيه على تحدد مقدار التعويض الواجب في حال إخلال أحد طرفيه بأي من الالتزامات المترتبة عليه، أما الطريق الثانية للتعويض ما حدده القانون، ولها شكلين ام نسبة محددة مثل الفائدة القانونية على التأخير بالتنفيذ، او بتحديد اسس معينه يحسب على اساسها التعويض مثل الاسس الواردة في قانون التأمين لتعويض مصابي حوادث الطرق، و الاخيرة هي التعويض القضائي الذي يقدره القاضي بالاعتماد على ما يقدم له من بينات⁴.

نادرا في مجال العلاقة بين المحامي و موكله ما يتم الاتفاق مسبقا على قيمة التعويض في حالة الاخلال بالالتزامات، خاصة و ان طبيعة التزام المحامي هو ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، و الحرية التي يتمتع بها المحامي في ممارسة مهنته، الامر الذي لا يمكن معه ضمان نتائج، و كما خلى القانون الناظم لمهنة المحاماة من اسس لتحديد التعويض، و يقتصر الامر في مجال التعويض بنص القانون على الفوائد التأخيرية التي تفرض على المحامي في حال تسلم مبالغ

¹ علي .عادل حسن: مرجع سابق. ص 344

² شلبي.محمد توفيق: مرجع سابق.ص 206

³ نصت المادة (363) من القانون المدني الأردني على أنه (إذا لم يكن الضمان مقدراً في القانون أو في العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه)، وتتص كذلك الفقرة (1) من المادة (221) من القانون المدني المصري على أنه (1- إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص القانون، فالقاضي هو الذي يقدره،....)

⁴ صالح. حازم ظاهر عرسان : مرجع سابق. ص18

لموكله، و استخدمها لصالحه من وقت استلامها، فهنا يفرض عليه فوائد تأخيرية ، و عليه فان طريق التعويض الغالب عن مسؤولية المحامي، هو التعويض القضائي¹.

يشمل التعويض ما لحق المدعي من خسارة و ما فاتته من كسب، و هو بذلك يشمل الضرر المباشر المادي والادبي، وعلى القاضي ان يراعي الظروف و الملابسات التي يكون فيها المضرور، أي ان يكون التعويض جابرا للضرر دون زيادة او نقصان، و مكافئا له، لان المبالغة في التعويض عن الضرر تجعل من الدائن مثرى بدون سبب على حساب المدين²، ولكن يرى البعض ان على القاضي ان يزيد التعويض في حال الخطأ الجسيم و ذلك لمجازاة هذا الخطأ³، و اجد ان القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976 نص على هذه الحالة في المادة 360 منه حيث نص على (إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ حددت المحكمة مقدار الضمان الذي تلزمه المدين مراعية في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين) .

القاضي هو من يقدر قيمة التعويض ومهمته يسيرة في حال التعويض عن الضرر المادي، حيث نص المشرعين المصري⁴ والاردني⁵ على عناصره، فحدده القانون المصري بالخسارة والكسب

¹ سوادي . عبد الباقي محمود : مرجع سابق. ص 308

² شلبي.محمد توفيق: مرجع سابق. ص 205

³ علي .عادل حسن : مرجع سابق. ص 351 نقلا عن اسماعيل غانم فقرة 47 و الذي يرى ان الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري تؤيد اعتبار جسامه الخطا عرصرا في تقدير التعويض

⁴ نصت المادة 221 منه على (1) إذا لم يكن التعويض مقدرًا في العقد أو بنص في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعه الدائن أن يتوقا ببذل جهد معقول. (2) ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم لمدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد.

⁵ المادة 363 منه تنص على : إذا لم يكن الضمان مقدرًا في القانون أو في العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلا حين وقوعه

الفئات، ووصفه القانون الاردني بالضرر الواقع. والقاضي يقدر التعويض بقدر الضرر وقت وقوعه . اما اذا كان الضرر متغيرا بمرور الزمن كان على القاضي اخذ ذلك بعين الاعتبار¹ .

اما تقدير الضرر الادبي فهو ليس بالامر الهين لانه يتعلق بجبر ضرر نفسي و معنوي، و هو يحتاج غالبا لتقدير من الخبراء . و اشكال التعويض هي التعويض النقدي، أي النقود و هو يحكم في حالتي الضرر المادي او المعنوي، ولكن التعويض غير النقدي قد يحكم فيه في حالة الضرر المعنوي مثل النشر الحكم في احدى الصحف على نفقة المدعى عليه² .

المطلب الثالث : التأمين من المسؤولية المدنية

مع ازدياد نشاط المحامي ، و ازدياد نطاق مسؤوليته ظهرت ضرورة زيادة ضمانات المتضرر، وذلك بالتأمين من المسؤولية، حيث نجد اساسا لذلك بنص المادة 3 من قانون التامين رقم التي تنص على (أعمال التأمين :.... ي- التأمين ضد أخطار المهنة.)

التأمين من المسؤولية يتضمن ضمانات اكيدة للمتضرر تحميه من الاخطار التي يسببها مرتكب الضرر، ويزيل عبء التعويض عن المحامي و الذي يمكن ان يكون معسرا، و تشمل التغطية التأمينية المسؤولية المدنية النتيجة عن ممارسة مهنة المحاماة، سواء كان شكل الممارسة الترافع بالمحاكم، او تقديم الاستشارة، او حتى تنظيم العقود³ .

يقتصر التأمين على التعويض عن المسؤولية المدنية فقط دون المسؤولية الجنائية، او التأديبية، اذ تلزم شركة التأمين مع المحامي في تعويض الاضرار التي تلحق الموكل، اذا ثبت ان هذه الاضرار لحقت الموكل من فعل المحامي، المتمثل بالاهمال او الخطأ⁴ .

¹ سوادى . عبد الباقي محمود : مرجع سابق . ص 315

² المرجع السابق . ص 203

³ الحسيني، عبد اللطيف : مرجع سابق . ص 408

⁴ سوادى . عبد الباقي محمود : مرجع سابق . ص 334

والعدالة تقتضي عدم تحمل الموكل للاضرار بسبب اعسار المحامي¹، و التأمين الاجباري يهدف الى جبر الضرر، بصورة تضامنية، وقد طبق هذا النظام في انجلترا، حيث يوجد صندوق لتأمين الموكلين من الاضرار التي تلحق بهم بفعل وكلائهم².

واجد انه من المستحسن لو ان المشرع الفلسطيني ينص على نظام تأمين اجباري للمحامين من المسؤولية المدنية، حيث ان ذلك يعود بالنفع على الموكلين و المحامين معا، حيث ان قانون المحاماة الفلسطيني سمح للمحامي حديث العهد بالمحاماة بالتوكل باكبر القضايا و لدى كافة المحاكم وينظم كافة العقود، وان وجود نظام التأمين يحمي هذا المحامي من خطر التعويض خاصة و ان امكاناته المادية تكون متواضعة يحميه من خطر الفشل و عدم التقدم بالمهنة بسبب خطأ ارتكبه في بداية مزاولته لمهنة المحاماة، كما ان وجود جهة مسؤولة عن التعويض يحقق للمحامي قدر اكبر من الحرية في ممارسة المهنة حيث لا يكون الخوف من التعويض سببا للحد من انطلاق المحامي بابتكار افكار جديدة في مجال المحاماة.

اما بالنسبة للمواطن فهو يكفل له حقه بالتعويض، فيكون بمثابة صمام الامان الذي يدفعه لتعامل مع المحامي باريحية و تسليمه كامل المستندات، او الاسرار .

¹ الحسيني، عبد اللطيف : مرجع سابق. ص 409

² سوادى . عبد الباقي محمود : مرجع سابق. ص 336

الخاتمة

اولا :النتائج

المحامي من اهم المهنيين الذين يساهمون بتطور المجتمع و تقدمه، اذ انه احد العناصر الرئيسية التي تركز عليها العدالة، ويشارك القضاء في تحقيقها، و عند تقصيره في أداء واجبات مهنته تقوم مسؤوليته تجاه من وكله.

وتشمل اعمال المحاماة الترافع في المحاكم، وتقديم الاستشارات، وتنظيم العقود، وعرف الاسلام، المحاماة بنظام عرف بالوكالة بالخصومة.

والتزام المحامي تجاه موكله هو التزام ببذل عناية، وبناء عليه فليس كل اخفاق، يتحقق على يد المحامي موجب لمسؤوليته، وان على الموكل يقع اثبات ان المحامي لم يبذل العناية المطلوبة منه.

مسؤولية المحامي المدنية تجاه موكله هي مسؤولية عقدية، وفي حالات استثنائية تكون مسؤولية تقصيرية، و التي تقوم على ضرر وخطأ علاقة سببية بينهما، والمحامي مسؤول عن فعله الشخصي و عن فعل غيره من التابعين له، سواء كانوا بدلاء ام مساعدين.

وان مسؤولية المحامي لم تحظ بالنص عليها في التشريعات النظمة لمهنة المحاماة، و هذا يخضعها للقواعد العامة في المسؤولية التي لا تتلائم كثيرا مع طبيعة المهنة، و طبيعة العلاقة بين الموكل و المحامي، اذ يوجد التزامات تلقى على عاتق المحامين و يسؤلون عنها و لو لم ينص عليها الاتفاق مع الموكل .

كما نجد ان اساس المسؤولية المدنية في فلسطين هو الضرر، ويشترط ان يكون الضرر قد نجم عن تعدي و هو الخطأ، ونص قانون المحامين النظاميين الفلسطينيين على الغش والخطأ الجسيم كاساس مفترض لمسألة المحامي.

كما ان دعوى المسؤولية التي يقيمها الموكل على المحامي لم ينص المشرع على أي تنظيم لها، ولم يراعي خصوصية المهنة في عدم وجود علاقة تعاقدية بين المحامي ومن يمثله كما في حالة الانتداب من قبل المحكمة . كما ان المشرع الفلسطيني كما باقي التشريعات موضوع الدراسة قد اورد نص على تقييد هذه الدعوى، بان منع المحامي من قبول دعوى ضد زميله و هذا يشكل تعارضاً مع مبدأ دستوري وهو حرية اللجوء الى القضاء.

ان القاء عبء اثبات الخطأ على الموكل هو عبء كبير قد لا يتحقق للمتضرر مما يؤدي لضياع الا الحقوق.

لم ينظم المشرع شرط الاعفاء من المسؤولية و لم ينص على عدم قانونيته مراعاة لطرف الذي يجهل القانون و هو الموكل المتضرر،

لم ينص القانون على وجب الزام المحامي بالتأمين من المسؤولية المدنية و هذا ادى الى مضاعفة الاضرار التي تلحق بالمدعي المتضرر، و خاص اذا كان الوضع المادي للمحامي متدهو او ان لديه قدرة على اخفاء امواله.

ثانياً: التوصيات

بالاعتماد على ما توصلت إليه الباحثة من نتائج، فإنها توصي بالآتي

- 1 - اتمنى على المشرع الفلسطيني النص صراحة على مسؤولية المحامي المدنية عن اخلاله بواجباته المهنية تجاه موكله.
- 2 - اتمنى على المشرع الفلسطيني ان ينص صراحة على مسؤولية المحامي في حال ضياع المستندات، او افشاء الاسرار، او الاخلال بواجبات التي تكاد تصل الى مرتبة الالتزام بتحقيق نتيجة، و ان يعفي المدعي في هذه الحالات من عبء الاثبات.
- 3 - اتمنى على المشرع الفلسطيني ان يعالج و بالنص الصريح موضوع شركات المحاماة، و ان يبين بصريح النص مدى مسؤولية كل شريك عن اعمال الشركاء الاخرين،
- 4 - اتمنى على المشرع الفلسطيني النص صراحة على حد ود مسؤولية المحامي عن افعال تابعيه.
- 5 - اتمنى على المشرع الفلسطيني الغاء نص الفقرة الخامسة من المادة 26 من قانون المحامين النظامين الفلسطيني لانعدام دستوريتها.
- 6 - اتمنى على المشرع الفلسطيني الزام المحامي بالتأمين من المسؤولية .

قائمة المصادر والمراجع

أولاً : المصادر

1. القانون الاساسي الفلسطيني
2. الامر العسكري رقم 412 لسنة 1970
3. قانون الاجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2001
4. قانون البيئات الفلسطيني رقم 5 لسنة 2001
5. قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني رقم 24 لسنة 1988
6. قانون اصول المحاكمات المدنية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001
7. قانون التأمين الفلسطيني رقم (20) لسنة 2005
8. قانون التجارة رقم 12 لسنة 1966
9. قانون التصرف في الأموال غير المنقولة الاردني رقم (49) لسنة 1953
10. قانون العقوبات الاردني رقم 16 لسنة 1960
11. قانون العمل الفلسطيني رقم 7 لسنة 2000
12. قانون المحاماة المصري رقم 17 لسنة 1983
13. قانون المحامين الفلسطيني رقم 32 لسنة 1938
14. قانون المحامين النظاميين الفلسطيني رقم (3) لسنة 1999
15. القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976

16. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948

17. قانون المرافعات المصري رقم 13 لسنة 1968

18. قانون بشأن تعديل (قانون اصول المحاكمات المدنية و التجارية الفلسطينية رقم 2

لسنة) 2001 رقم 5 لسنة 2005

19. القانون بشأن تعديل [قانون تنظيم مهنة المحاماة رقم (3) لسنة 1999] رقم (5) لسنة

1999

20. قانون معدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم 51 لسنة 1958

21. قانون نقابة المحامين النظاميين الاردنيين رقم 11 لسنة 1972

22. مجلة الاحكام العدلية

ثانيا : المراجع

كتب الفقه الاسلامي

1. ابن الهمام، كمال الدين محمد عبد الواحد : شرح فتح القدير . ج 7، بيروت، دار صادر، 1898 .

2. ابن قدامة، موفق الدين : المغني ويليه الشرح الكبير ، الجزء الخامس، لبنان- بيروت، دار الكتب العلمية، 1972.

3. باشا . محمد قدرى : مرشد الحيران الى معرفة أحوال الانسان في المعاملات الشرعية على مذهب الامام ابو حنيفة النعمان ملائما لعرف الديار المصرية وسائر الامم الاسلامية . الطبعة الثانية . القاهرة . المطبعة الكبرى الاميرية ، 1891.

4. البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين: كشاف القناع عن متن الأقتناع . ج 4، بيروت، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1982.

5. الرملي، محمد بن أحمد بن حمزة: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي رضى الله عنه ، ج 5، ط. الأخيرة، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1967.

6. الزحيلي، وهبة بن مصطفى : الفقه الاسلامي وادلته (الشامل للادلة الشرعية والاراء المذهبية واهم النظريات الفقهية وتحقيق الاحاديث النبوية وتخرجها) . ج 5 . ط 4. سوريا، دمشق . دار الفكر . 1996 .

7. القرطبي . ابو الوليد محمد بن احمد المعروف بابن رشد الحفيد : بداية المجتهد و نهاية المقتصد . ج/4 بدون طبعة . القاهرة . دار الحديث 2004 .

الكتب القانونية

1. ابراهيم، هلال يوسف: شرح قانون المحاماة . الاسكندرية مصر: دار المطبوعات الجامعية. 2009

2. ابو الفضل، اسامة توفيق: رسالة المحاماة. الجزء الاول. الطبعة الاولى. دمشق: دار الطليعة الجديدة. 2004.

3. ابو سمرة، عماد محمود : المسؤولية المدنية لمأمور الضبط القضائي (التعويض عن الاعمال الخاطئة) دراسة مقارنة، مصر. دار الفكر و القانون للنشر و التوزيع . 2008.

4. ابوسعاد. محمد شتا- قانون المحاماه. القاهرة :الدار القانونية لمطبوعات الجامعية. 1996.

5. احمد. ابراهيم سيد: مسؤولية المحامي فقها وقضاء . الطبعة الاولى . الاسكندرية: المكتب الجامعي الحديث . 2004

6. الألفي، محمد عبد الحميد: الحماية القانونية للمحامين وحضورهم في القضايا الجنائية ، القاهرة : المكتبة القانونية دار محمود. 1999

7. بدر ، بلال عدنان: المسؤولية المدنية للمحامي دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية 2007

8. التكروري، عثمان : الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية و التجارية رقم 2 لسنة 2001، الطبعة الثانية بدون ناشر . فلسطين . 2009
9. التونجي، عبد السلام : مؤسسة المسؤولية في الشريعة الاسلامية ، الطبعة الاولى. طرابلس، ليبيا: جمعية الدعوى الاسلامية العالمية . 1994
10. الثقيل، مشعل : المسؤولية التأديبية للمحامي دراسة مقارنة . عمان: دار الثقافة للنشر و التوزيع 2011
11. حسين، محمد عبد الظاهر: العلاقة القانونية بين المحامي و العميل الطبيعة و الاثار. القاهرة : دار النهضة العربية.2006
12. حسين، محمد عبد الظاهر: المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل. القاهرة، مصر: دار النهضة العربية.1996
13. الحسيني، عبد اللطيف : المسؤولية المدنية عن الاخطاء المهنية، الطبعة الاولى . لبنان، بيروت: الشركة العالمية للكتاب. 1987
14. خطاب، طلبه و هبه : المسؤولية المدنية للمحامي الفرد -المحامي في شركة المحاماة المدنية .دون طبعة. القاهرة مصر :مكتبة سيد عبد الله و هبة .1986
15. الخوري .فارس : اصول المحاكمات الحقوقية دروس نظرية و عملية . الطبعة الثانية، عمان . الاردن: الدار العربية للنشر و التوزيع، 1987
16. درعاوي، داود سليمان: موقف القاضي من الادلة الملزمة في الاثبات " المدني و التجاري" دراسة مقارنة. الطبعة الاولى .رام الله .2005
17. دواس، امين: مجلة الاحكام العدلية و قانون المخالفات المدنية ، المعهد القضائي الفلسطيني،2010
18. السعيد، هشام ابراهيم : المسؤولية المدنية لمعاوني القضاء . القاهرة : دار قباء للطباعة و النشر و التوزيع . 1998م
19. سلطان، انور : مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني ، الطبعة الثانية مزيدة و منقحة . عمان: المكتب القانوني 1998

20. سنهوري، عبد الرزاق احمد: الوسيط في شؤح القانون المدني الجديد الجزء الاول . نظرية الالتزام المجلد الاول . الطبعة الثالثة الجديدة. بيروت .لبنان :منشورات الحلبي الحقوقية.2000
21. سنهوري، عبد الرزاق احمد: الوسيط في شؤح القانون المدني الجديد الجزء الثاني . نظرية الالتزام المجلد الثاني. الطبعة الثالثة الجديدة. بيروت.لبنان:منشورات الحلبي الحقوقية.2000
22. سنهوري، عبد الرزاق احمد: الوسيط في شؤح القانون المدني الجديد الجزء الخامس . نظرية الالتزام المجلد الاول . الطبعة الثالثة الجديدة. بيروت .لبنان :منشورات الحلبي الحقوقية.2000
23. سوادي، عبد الباقي محمود : مسؤولية المحامي المدنية عن أخطائه المهنية .عمان : مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع. 1999
24. سويد، عبد الوهاب علي: اوراق المحامي- القضاية - الادارية - المكتبية، الاجندات - الملفات. الطبعة الاولى. عمان : بدون ناشر، 1993
25. شاهين، اسماعيل عبد النبي : مسؤولية الوكيل في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة بالقانون الوضعي. الطبعة الاولى. الكويت: جامعة الكويت . 1999.
26. شاهين، اسماعيل عبد النبي : مسؤولية الوكيل في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة بالقانون الوضعي . الطبعة الاولى . الكويت :جامعة الكويت . 1999
27. شتات. اسامه احمد- قانون المحاماه الجديد رقم 98 لسنة 1992. مصر، القاهرة: دار الكتب القانونية. 1996.
28. شحاتة، محمد نور: استقلال المحاماة و حقوق الإنسان دراسة مقارنة . القاهرة : دار النهضة العربية . 1987.
29. الشريدة، محمد ابراهيم: حق الدفاع امام القضاء المدني ، القاهرة : دار الكتاب الحديث.2009

30. شلبي، محمد توفيق. : مسئولية المحامي المهنية مدنيا ... جنائيا . القاهرة : مطبعة الشرق. 1988.
31. صادر، راني جوزيف و عبد النور، نجيب : صادر في الاجتهاد المقارن (المحاماة) ، طبعة الاولى. لبنان : المنشورات الحقوقية، 2000
32. عبد المجيد، محمود سعد: ضوابط و احكام ممارسة مهنة المحاماة . القاهرة: المكتب الجامعي الحديث. 2009
33. العبيدي، دانية ماجد عبد الحميد: دور المحامي في الدعوى المدنية . بيروت : منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى . 2012.
34. علي . عادل حسن : الاثبات - احكام الالتزام . طبعة الاولى . القاهرة: زهاء الشرق. مصر 2008
35. الفار . عبد القادر : احكام التزام اثار الحق في القانون المدني . الطبعة الثالثة منقحة و مزيدة . عمان. الاردن : دار الثقافة للنشر و التوزيع . 1996
36. قبطان، محمد: التزامات المحامي و مسؤوليته، بدون طبعة. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1993
37. اللبناني، سليم رستم باز : شرح المجلة . الطبعة الثالثة مصححة و مزيدة . بيروت - لبنان: دار احياء التراث العربي. 1986
38. اللصاصمة، عبد العزيز : المسؤولية المدنية التقصيرية الفعل الضار اساسها وشروطها. الطبعة الاولى . عمان الاردن : الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر و التوزيع . 2002.
39. مرقس، سليمان : الفعل الضار : الطبعة الثانية منقحة و مزيدة . القاهرة: دار النشر للجامعات المصرية . 1956م
40. مرقس، سليمان : الوافي في شرح القانون المدني القسم الثاني المجلد الثاني (في الفعل الضار والمسؤولية المدنية) القسم الثاني -في المسؤوليات المفترضة . الطبعة الخامسة . القاهرة : بدون ناشر 1992

41. مرقس، سليمان : الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات المجلد الاول (في الفعل الضار المسؤولية المدنية) القسم الاول في الاحكام العامة . الطبعة الخامسة . القاهرة : بدون ناشر 1992

42. هندي، أحمد: الوكالة بالخصومة ، بدون طبعة .الإسكندرية :دار الجامعة الجديدة، 2006

ثالثا: قرارات المحاكم

عواد، نصري إبراهيم: مجموعة المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة الاستئناف في الدعاوي الحقوقية لعامين 1986/1987، القدس : مطبعة المعارف، 1988

رابعا: وقائع المؤتمرات

1 -المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق كتاب:المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين(ج2). بيروت: منشورات الحلبي . 2000.

2 -موقع المقتفي و يحتوي على احكام المحاكم الفلسطينية

3 -موقع القسطاس و يحتوي على احكام المحاكم الاردنية

خامسا : الرسائل العلمية

1. ابو حسن . ربيع ناجح راجح : مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه في مشروع القانون المدني الفلسطيني دراسة مقارنة (رسالة ماجستير غير منشورة) ، جامعة النجاح الوطنية . نابلس، فلسطين . 2008.

2. الاحمد، اشرف جهاد وحيد : المسؤولية المدنية للمحامي عن الخطأ المهني (رسالة ماجستير غير منشورة) . جامعة الشرق الاوسط. عمان . الاردن. 2012.

3. الشبيب . حبيب ركاد : المسؤولية المدنية للمحامي تجاه الموكل دراسة مقارنة (رسالة ماجستير غير منشورة) . جامعة ال البيت. الاردن. عمان .لسنة 2008
4. الغزي. سليمان عبد الله عبد العزيز : المركز القانوني للمحامي في النظام السعودي دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية . (اطروحة دكتوراة غير منشورة). اكااديمية نايف العربية للعلوم الامنية . قسم العدالة الجنائية لسنة 2008
5. القريني، بريك بن عائض : مسؤولية المحامي التأديبية و المدنية و الجنئية في الشريعة الاسلامية و نظام المحاماة السعودي (رسالة ماجستير غير منشورة). اكااديمية نايف العربية للعلوم الامنية. الرياض. 2004م
6. جلو، دمبا تشيرنو: المحاماة في الفقه الاسلامي و القانون (رسالة ماجستير غير منشورة). اكااديمية نايف العربية للعلوم الامنية- الرياض . 2003.
7. صالح. حازم ظاهر عرسان : التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه (دراسة مقترنة) (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة النجاح الوطنية . نابلس. فلسطين . 2011
8. طه. تيسير محمد عبد المحسن: الوكالة بالخصومة (فقه المحاماة في الشريعة الاسلامية). (رسالة ماجستير غير منشورة). الجامعة الاردنية . الاردن. عمان. 1994
9. نصره . احمد سليم فريز: الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري . (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة النجاح الوطنية . نابلس. فلسطين 2006
- سادسا: منشورات المؤسسات
- الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق الموطن: التقرير رقم 19 حول نقابة المحامين . فلسطين. تشرين الثاني/2000 .

سابعاً: المواقع الإلكترونية

WWW.fatwa.islamweb.net (1

/http://www.palestinebar.ps (2

http://muqtafi.birzeit.edu (3

qistas.com/jor/index (4

An-Najah National University

Faculty of Graduate Studies

**The Civil Responsibility of the Lawyer for breach
of Professional Duties. Subject and procedural in
Palestinian Legislative system
A comparative study**

By

Sai'da Jamal Hossein Wild Ali

Supervisor

Dr. Ali Sartawi

**The Thesis is Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements For
the Degree of Master of Privet Law, Faculty of Graduate Studies, An-
Najah National University, Nablus Palestine.**

2015

The Civil Responsibility of the Lawyer for breach of Professional Duties. Subject and procedural in Palestinian Legislative system

A comparative study

By

Sai'da Jamal Hossein Wild Ali

Supervisor

Dr. Ali Sartawi

Abstract

This study aims at investigating in Civil Liability of the Lawyer towards his client's according to the Palestinian law lawyers systems , and compared it with Jordanians Bar Association Law, and Lawyers Law Egyptians, it compared between the rules of the law of civil responsibility in three laws. They are considered the relationship between the lawyer and his client Contractual relationship. And almost similar in some exceptional cases does not consider the relationship contractual between them. e.g. delegacy from the court. And Commissioned by the Bar Association. The three legislation express the relationship between the lawyer and the client as the agency. from a special type. And known in Islamic jurisprudence as the agency litigation.

Notice the obligations of the lawyer towards his client regulate according to the contract, other times by law, traditions, custom , and literature of the legal profession, so the lawyer requested towards his client in same obligations imposed by the these laws although it did not organize by the contract between them.

The Important problem of this study incurs in having no special provisions related to the civil responsibility of the lawyer regarding his breach of professional duties according the three laws. and the most important research point had mentioned by this study is condition of get licence fram Bar Association to legalization the establishment of a lawsuit against lawyer from other lawyers, or pleading in it, and haw this condition constitutes a breach of human rights, Right to litigate.

So this study divided into preliminary chapter, and pair folds. explain in preliminary chapter definition of legal profession, and the historical development of it, and clarified duties of lawyer, which delineated to representation in courts, and other jurisdictions .Legal consultations .Organization of legal . In this chapter explain definition of Agency Antagonism. and explain definition civil responsibility.

In first fold, clarified definition the civil responsibility of the Lawyer, by pair chapter, in the first one refined the lawyer legal nature commitment is it achieve the purpose or follow the way?, And then I've cleared the nature of the civil responsibility of the lawyer towards his client, is it contractual liability, or Imprecision? then And restriction scope civil responsibility of the lawyer in terms the conditions of his responsibility for His personal, and in terms the conditions of his responsibility for another personnel of, such as his an employee, a partner in the law firm. And discussed in the last chapter of first fold the components civil responsibility of the lawyer ,which divided to Injury, mistake and causal relationship between them

At the last fold elucidate the civil responsibility lawyer suit, by light at the conditions of acceptance it, and Is the condition of getting permission to lawyer from the Bar Association to establishment a lawsuit against his colleague considered condition acceptance of the suit, or is it makes a lawyer exposure to punitive responsibility only. and also discussed the means of proving liability suit, and directed defenses to this lawsuit, search in the possibility of donations judgment implementation in this lawsuit, or the Judicial most be compensation material, and what the basis estimating compensation.

Concluded in the finale, to determine conclusions, on this topic and recommendations, the most recommendation is wished the Palestinian Legislator to be adopted by lay down special provisions determining the civil responsibility of the lawyer , and I wished the Palestinian Legislator eliminates the requirement of Permission from to lawyer from the Bar Association to establishment a lawsuit against his colleague.