المشورة القانونية كأساس لمسؤولية المحامي المدنية

بقلم الأستاذ الدكتور: رايس محمد[1] و الدكتور / حمادي عبد النور

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة تلمسان

تمهيد

المشورة القانونية هي الآراء القانونية الشّفوية أو المكتوبة المعطاة من المحامي للموكل بمناسبة تصرف قانوني أو دعوى قضائية أو دلك الرأي الذي يساعد الزبون تجنب صعوبة أو نزاع في المستقبل، وهذه المشورة تعتبر جزء من أنشطة المحامي اليومية .

إنّ للالتزام بتقديم المشورة من طرف المحامي غالبا ما يكون قبل إبرام العقد ، إذ يجتمع الزبون مع المحامي لتلقي هده الخدمة منه، فهل الالتزام بالمشورة هو ذاته الالتزام بالإعلام؟ و هل لهدا الالتزام نفس القوة القانونية قبل التعاقد؟ مثل ماله بعد التعاقد؟ .

مما لا شك فيه أن للمشورة السابقة عن التعاقد أهمّية كبرى، نظرا للدور الكبير الذي يلعبه هذا الالتزام في تنوير المتعاقد وتبصيره بكلّ مكنونات العقد الذي يُراد إبرامه، و لهده الدعوى التي سيُقْدِم عليها الزبون، وما ينطوي عليه من معلومات جوهرية، يكون لها الأثر البالغ في تكوين رأي من أجل إنشاء مركز قانوني معيّن. فهذا الالتزام القانوني يقع على عاتق أحد الراغبين في التعاقد، أو على كلاهما، للتبصير بالمعلومات الجوهرية في العقد، خاصّة وقد أصبح على غير أهل الاختصاص والخبراء، العلم والإحاطة بها، بطريقة تُمكّن الراغب في التعاقد أن يُكوِّن رضاء حرّا ومستنيرا.

ومن هنا يتّضح وجوب الاعتراف بالالتزام بالإعلام وتقديم المشورة، حتى قبل إبرام العقد، فهي ضرورة لا مفرّ منها، حتى نتجنّب وقوع إرادة المتعاقد في عيوب الرضاء كالغلط مثلا، وذلك بهدف استقرار المعاملات، وتوخّيا للتوازن بين المراكز القانونية التي يُحدثها العقد، لأنّ من أهداف العقد السامية، هي نشر روح التعاون بين أطرافه، وإشاعة فكر التضامن بين أفراد الجماعة.

ولا يُنقص هذا المبدأ القانوني المتمثل في وجوب الالتزام بتقديم المشورة والإعلام قبل التعاقد، أنّ مصلحة أحد المتعاقدين قد تُضار من جرّاء هذا الالتزام، أو أنه قد يستفيد من هذا الالتزام في أحوال أخرى، عندما يكون دائنا بهذا الالتزام، فمراكز الأفراد من هذا الالتزام غير قارّة، بل متغيّرة، فمن هو مدين به هذه المرّة، يُصبح دائنا به في المرّة الموالية.

وواضح أنّ النظريات التقليدية كنظرية التراضي التي تكفل حماية للمتعاقد إذا ما شاب رضاءه عيب من عيوب الرضا، مثل الغلط والتدليس والإكراه، أو نظرية الضمان، كضمان العيب الخفي أو ضمان التعرّض والاستحقاق، لا تُغني عن وجوب الإقرار والاعتراف بمبدأ الالتزام القانوني للراغب في التعاقد بحقه في الحماية في مجال التعامل، نظرا للصعوبات الكبيرة التي يُواجهها المتعاقد في الإثبات حتى يستفيد من الحماية التي تكفلها له النظريات التقليدية، في حين أنّ الالتزام بالمشورة والإعلام قبل التعاقد يكفل حماية أوفر وصيانة أوسع لمصالح الراغب في التعاقد، فيكفيه أن يُثبت وجود معلومات متّصلة بالعقد، كان يجهل جلّها قبل إبرامه للعقد، وكان الجانب الآخر في العقد على علم بها، ولكنه أخفاها عنه ولم يُفصح بها له وكتمها عنه، رغم علمه حاجته إليها، ممّا جعله

يُقدم على التعاقد، حتى ولم لم يكن قد وقع في غلط، وحتى ولو لم يكن هناك عيب خفي، فالالتزام بالمشورة و النصح قبل التعاقد لا يلعب دور المصحّح للمراكز القانونية، ولا دور المعدّل لها، بل يلعب دورا وقائيا، تفاديا للوقوع في المطبّات القانونية، فالالتزام بالمشورة و النصح قبل التعاقد، التزام قانوني يُكمّل نقص النظريات التقليدية ويسُدّ العيوب التي تعتريها ويملأ الفراغ الذي يبدو عليها.

ومن هذا المنطلق نحاول دراسة هذا الالتزام دراسة تأصيلية، ولو بصورة وجيزة جدّا (مطلب أوّل)،ثم نعرج على مسؤولية المحامي المدنية عن تقديم المشورة بإعتبارها إلتزاما قانونيا (مطلب ثانٍ).

المطلب الأول: تأصيل الالتزام بالمشورة و النصح قبل التعاقد.

استغرب جانب من الفقه إمكانية تقرير الالتزام قبل التعاقدي، المتمثل في وجوب إعلام و تقديم المشورة للمتعاقد الثاني قبل التعاقد، باعتبار ذلك التزاما عاما مصدره القانون، بحجة أنّ القانون لا يشتمل على نص قانوني، يُجبر أحد المخاطبين بأحكامه على التمسّك بهذا المسلك والقيام بهذا الالتزام، لا لشيء سوى لكون مثل هذا الالتزام يتعارض مع مبدأ سلطان الإرادة، إذ أنّ هذا المبدأ يُعطي للفرد الحق في السكوت والصمت، في المرحلة السابقة على التعاقد، فكيف يلتزم الشخص في هذه المرحلة بالالتزام بالمشورة و الإعلام تجاه شخص آخر؟.

وهكذا تجد هذا الجانب من الفقه يَرُدّ تأصيل هذا الالتزام ـ المشورة و النصح ـ قبل التعاقد إلى أساس أخلاقي، فهو في نظرهم لا يعدو أن يكون واجبا أخلاقيا، تفرضه الأعراف و لمعاملات والعادات والتقاليد

الحسنة المتعارف عليها لدى المحامون التي تنبني على مبادئ الأخلاق، ممّا يجعل هذا الالتزام، يفتقر إلى عنصر الإلزام والإجبار، وبالتالي إلى الركن المعنوي للقاعدة القانونية، حتى يتوجّب تطبيقها إمّا عن طيب خاطر أو قهرا وجبرا. غير أنّ إنكار المشروعية على مثل هذا الالتزام لا يلقى التأييد والمؤازرة.

ولعلي أزعم أنّ مردّ هذا الموقف الفقهي السابق، في بعض من جوانبه، إلى قلة العناية بالالتزام بالمشورة و النصح قبل التعاقد، إذ أنه لم ينل حظه الوافر من الدراسة من قِبل المتعاملين في حقل القانون، والدارسون له، إلاّ منذ رهط من الزمن.

وهكذا عرّفه بعض من الفقه على أنه ﴿تنبيه أو إعلام طالب التعاقد بمعلومات من شأنها إلقاء الضوء على واقعة ما، أو عنصر ما، من عناصر التعاقد المزمع إبرامه، حتى يكون الطالب على بيّنة من أمره، بحيث يتخذ قراره الذي يراه مناسبا على ضوء حاجته وهدفه من إبرام العقد[3].

كما عرّفه بعض الفقه الآخر على أنه التزام سابق على التعاقد يتعلّق بالتزام أحد المتعاقدين، بأن يُقدّم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد، البيانات اللازمة لإيجاد رضاء سليم كامل متنوّر على علم بكافة تفصيلات هذا العقد، وذلك بسبب ظروف واعتبارات معيّنة قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد، أو صفة أحد طرفيه أو طبيعة محلّه، أو أيّ اعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما، أن يُلمّ ببيانات معيّنة أو يُحتّم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر، الذي يلتزم بناء على جميع هذه الاعتبارات، بالالتزام بالإدلاء بالبيانات[4]

ونحن نرى بأنه التزام بإدلاء ببيانات معيّنة من أجل لفت انتباه الطرف الآخر أو تحذيره، وهو التزام قانوني عام يسبق وجود العقد قصد إعلام المتعاقد الآخر، أو أحد الأغيار، إعلاما صحيحا صادقا بجميع المعلومات والبيانات الجوهرية المفيدة في العقد الذي سيتم إبرامه، والتي لا يصل إلى معرفتها لوحده من أجل تكوين رضاء سليم وحر كامل، ومستنير.

ويُلاحظ ممّا سلف ذكره أنّ هذا الالتزام لا يستمدّ وجوده من العقد اللاحق عليه، إذ المنطق يأبى أن يوجد التزام قبل مصدره. فهذا القول يُجانبه الصواب وينأى عن الحقيقة.

بيد أنّ الالتزام بتقديم المشورة و الإعلام قبل التعاقد التزام قانوني يستمدّ وجوده من مبادئ القانون[5]، و من القوانين الخاصة على غرار القانون المنظم لمهنة المحاماة الذي تنص المادة 5 منه على أن يقدم المحامي النصح و الاستشارات القانونية، و نفس الأمر قضت به المادة 40 من القانون الداخلي لمهنة المحاماة التي نصت على أن المحامي يتولى تقديم النصائح و الاستشارات القانونية المكتوبة و الشفوية أضف إلى ذلك أنّ الالتزام بالمشورة والإعلام قبل التعاقد يقع على عاتق أطراف العقد أولا، وعلى الغير ثانيا، حتى ولو لم يكن طرفا في العقد المراد إنجازه، وهذه النتيجة وإن كانت محلّ سجال لدى بعض فقهاء القانون الوضعي، فإنها على غير ذلك لدى البعض الآخر، خاصّة إذا كانت مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا من مصادر القانون، طبقا لنص المادة الأولى من القانون المدني[6] التي توجب على القاضي تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية، إذا لم يجد نصا تشريعيا يحكم المسألة التي تُعرض عليه، والتزام الغير الذي ليس طرفا في العقد بإعلام أحد المتعاقدين أو كلاهما معا، التزام قائم وموجود

في الفقه الإسلامي، وذلك لِما رواه وائلة بن الأسقع عن رسول الله صل الله عليه وسلم أنه قال: "لا يحلّ لأحد أن يبيع شيئا، إلاّ بيّن ما فيه، ولا يحلّ لأحد يَعْلَمُ ذلك إلاّ بَيَّنَهُ"[7].

كما روى عقبة بن عامر أنّ رسول الله صل الله عليه وسلم قال: "المسلم أخو المسلم، لا يحلّ لمسلم باع من أخيه بيعا وفيه عيب إلاّ بيّنه"[8].ولا ينبغي أن يُنسينا هذا الكلام عن التأكيد بأنّ الالتزام بتقديم المشورة و الإعلام قبل إنجاز العقد، هو التزام سابق عن وجود العقد، ينشأ ويقوم قبل أن ينشأ العقد، ممّا يجعله يختلف عن الالتزام المترتب عن عقود المشورة Le contrat de conseil[9]. ثم هل هدا الأخير يختلف عن الإلتزام بالإعلام التعاقدي الذي ينشأ عن العقد؟[10].

نافلة القول أنّ المدين بالالتزام بالإعلام أو الإفصاح قبل التعاقد، ليس ملزما بالبوح وتقديم كلّ المعلومات التي يحوزها، بل ملزم بإعطاء المعلومات الجوهرية التي لا يُمكن للطرف الآخر الوصول إليها بوسائله الخاصة، والتي تُساهم في أن يتخذ هذا الأخير قراره بخصوص العقد المراد إبرامه. وهكذا صاغ الفقه الفرنسي مبدأ على شكل قاعدة عامّة في الالتزام قبل التعاقدي، مفادها وجود التزام بنصح و إعلام كلّ من لا يستطيع الاستعلام بنفسه[11].

وغني عن البيان التأكيد على أنّ المعلومات أو البيانات التي ينبغي على المدين الإدلاء بها وتقديمها إلى الدائن، مسألة لا تستوجب دائما وجوب مراعاة المماثلة المطلقة أو المطابقة التامة مع الحقيقة، وهو ما يُطلق عليه بالإعلام المطابق L'information conforme، بل قد تكون أحيانا معلومات مقاربة للحقيقة فقط، وهو ما يُطلق عليه الإعلام التقريبي

L'information approximative، فهذه الحالة تتحكّم فيها اختلاف الظروف المحيطة، وأحوال الواقع[12].

ونظرا لكون لفظ الإعلام، من الألفاظ الواسعة المعنى، الكثيرة المغازي، فتحوي المعلومات البسيطة، كما يدخل فيها النصح أو التحذير، وجب علينا أن نُميّزه عن لفظ المعلومة (فرع أوّل)، كما أنّ التمييز بين لفظي الالتزام والواجب من النقاط التي أثارت نقاشا واسعا، واختلافا بين الفقهاء (فرع ثان)، أضف إلى ذلك هل أنّ فكرتي المعلومة والمشورة هما فكرتين متماثلتين، أم أنّ بينهما اختلاف وتباين (فرع ثالث).

الفرع الأول: التفرقة بين الإعلام والمعلومات
L'information et le renseignement.

يستعمل كثير من فقهاء القانون[13] لفظي الإعلام والمعلومات، وهم في كلا الحالتين يقصدون نفس الدلالة ونفس المعنى باستعمال اللفظين معا.

غير أنّ بعض الفقه الآخر يعتقد أنّ لفظ المعلومة لها أصل قضائي، وذلك لأنّ الالتزام بالمعلومات، حسب هذا الرأي، يُنبئ بوجود واجب ضمني في بعض العقود، أمّا لفظ الإعلام فيُمكن ردّه إلى الأصل التشريعي، وذلك لأنّ الالتزام بالإعلام واجب قانوني يفرضه التشريع، خاصّة على بعض المتعاملين الحرفيّين، وبعض الشركات المتخصّصة بتقديم الدعاية مثلا[14].

ونحن إذ نميل إلى الاعتقاد أنّ المنفعة والفائدة ضئيلة جدا، بل تكاد تكون منعدمة بين محاولة التفرقة بين لفظي الإعلام والمعلومات، وأنّ مثل

هذه المحاولات، لا تعدو أن تكون ضربا من اللغو و الشطط، لأنها عديمة القيمة القانونية، وفضلا عن ذلك فهي نقاش واهٍ لا طائل منه، ومع ذلك ليس من الحرج في شيء التقرير، أنّ لفظ الإعلام يُعدّ من الألفاظ الأكثر شمولا ودلالة من لفظ المعلومات، خاصّة وأنّ القانون يميل إلى هذا الاتجاه أكثر[15].

الفرع الثاني: التفرقة بين لفظي الالتزام والواجب L'obligation et le devoir.

الالتزام L'obligation في الفن القانوني، هو ذلك الاستئثار بأداء معيّن عن طريق المدين، فهو حق شخصي منظور إليه على أساس مركز المدين[16]، أي باعتبار وجهه السلبي، لكونها الناحية الغالبة في الحقوق الشخصية، فالالتزام كما نراه، هو حالة قانونية يلتزم بمقتضاها شخص معيّن بأداء مالي معيّن، قد يكون إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل[17]. وللالتزام مصادر متنوّعة ومتعدّدة، بعضها إرادي وبعضها الآخر غير إرادي.

في حين أنّ الواجب Le devoir، يستمدّ وجوده دائما من النص التشريعي، فهو يُشير إلى بعض التصرّفات ذات الوجود الدائم والمستمر، ويُبيّن السلوك الذي ينبغي نهجه وإتباعه، حتى ولو كان مصدر هذا السلوك أخلاقيا، مثل واجبات الأزواج فيما بينهم، وواجبات البنوّة، وواجبات الأبوّة، أو حتى تلك الواجبات التي فرضها القانون بصفة عامّة دون أن يخصّ بها شخصا بذاته، كتلك الواجبات المفروضة على الموظف أو التاجر ...الخ.

وهكذا يرى أصحاب هذا الرأي أنّ لفظ الواجب يُستخدم مع لفظ المشورة، في حين أنّ لفظ الالتزام، يُستعمل مقرونا بلفظ المعلومات. والحقيقة أنّ المتأمّل في هذا الاختلاف من جانبه الفني، والممحّص لجانبه القانوني، لا يجد ما يدعوه إلى إقرار هذه التفرقة بين لفظي الواجب والالتزام، والأخذ بها، فلا جدوى من ورائها ولا نفع منها، بالإضافة إلى أنها غير واضحة، على الأقل، بالمفهوم الاصطلاحي والفني للفظين من الناحية القانونية[18].

الفرع الثالث: التمييز بين فكرتي المعلومة والمشورة Le renseignement et le conseil.

يرى جانب من الفقه[19] أنّ ثمّة فارق بين المعلومة من جهة، والمشورة من جهة أخرى، ذلك أنّ كلّ مشورة تشتمل بالضرورة على المعلومة، غير أنّ العكس غير صحيح، إذ أنّ المعلومة لا تعدو أن تكون بعضا أو جزءا من المشورة، فلا تُماثلها ولا تُساويها، بحيث أنّ المعلومة هي مجرّد إعلام أو تبصير يُقدّم بطريقة محايدة دون أن تشتمل في حدّ ذاتها على حثٍّ أو دفع، من أجل اتخاذ موقف أو تبنّي مركز ما.

وبعبارة أخرى فإنّ المعلومة تُقدّم إلى الطرف الآخر بصورة محايدة، تكاد تكون طريقة تقديمها سلبية، دون تشجيعٍ من تُوجَّه إليه على القيام بتصرّف ما، بخلاف المشورة التي توجب على صاحبها ومقدّمها بذل عناية عادية في تمكين زبونه من المعلومة الفنية التي تتوافق والمعطيات العلمية، والقواعد المسلّم بها في مجال تخصّصه والمهنة التي يمتهنها، فهي تعني أكثر من أن يُقنعه بفكرة ما، أو بمعلومة بسيطة أو سلبية، بل حثّ وتوجيه يُعطيه للعميل حتى يتخذ موقفا معيّنا.

في حين يرى جانب آخر من الفقه[20] أنّ لفظي المعلومة والمشورة، لفظين متماثلين ويدلان على نفس الدلالة والمعنى، ولا فرق بينهما. وإلى هذا ذهب القضاء الإنجليزي.

ونحن نرى أنّ المشورة، وإن كانت معلومة في حدّ ذاتها، إلاّ أنها تزيد عنها، كونها تنطوي على أثر خطير، فهي تُهيّئه وتُشجّعه على صنع قراره، وتُساعده وتُزيل الخوف من نفسه لاتخاذ موقف، وتبنّي رأي في اتجاه ما، من الإشكال المطروح عليه والذي يُواجهه.

أمّا المعلومة فإنها لا تصل بصاحبها إلى هذا الحدّ، إذ يقتصر دورها على إحاطة طالبها علما بسيطا بأمرها، ولا يصل دورها إلى التأثير المباشر في رأي متلقيها، لأنّ أهميتها بالنسبة لمن تُوجّه إليه تكون أقلّ من أهمية الاستشارة، فالمعلومة لا نصح فيها ولا توجيه، في حين أنّ الاستشارة تنطوي على النصح والتوجيه، وهي ذات تأثير بالغ في اتخاذ أيّ قرار حاسم لمواجهة المشكلة المطروحة عليه[21] ممّا يعني أنّ المشورة تحوي البيانات ذات الطابع الجوهري في المساعدة على تكوين الرضاء الحرّ، من أجل إبرام العقد أو عدم إبرامه، بل إنّ المشورة تقتضي تبصير الطرف الآخر بمدى ملاءمة التصرّف القانوني مع أهدافه ومدى صلاحيته لإشباع حاجاته ومبتغياته المشروعة والقانونية، وهذا ما لا نجده في مجرّد المعلومة.

وهكذا أوجب قانون التأمين لفت نظر المتعامل مع شركات التأمين[22]، وحتى قبل إبرامه لعقود التأمين إلى شروط التعاقد وحقوق المتعاقدين، وشروط البطلان أو السقوط للحق. وعدم القيام بذلك، يُعدّ خرقا للالتزام بالإفضاء للمعلومات والإفصاح عنها، ذلك أنّ عقد التأمين ينبني على روح التعاون بين كلّ من المؤمّن والمستأمن، ممّا يوجب على كلا الطرفين

أن يتحلّيا بالصدق والأمانة، لأنّ عقد التأمين من العقود التي تتجلى فيها بصورة واضحة و بارزة، فكرة حسن النية، ، وهكذا يجب على المؤمِّن أن يُخبر المؤمَّن بكلّ المعلومات عنه، قبل العقد[23]، وذلك حتى يتمكّن المؤمِّن من تقدير الأخطار التي يتوجّب عليه تغطيتها، لكون الخطر هو جوهر عملية التأمين. علما وأنّ المشرّع المدني[24] بيّن في المادة 82 منه، فحوى الغلط بقوله "يُعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء، يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك، نظرا لشروط العقد ولحسن النية...".

مما لا ريب فيه أن ما يقال على عقد التأمين يصدق أيضا على عقد الدفاع، دلك أن الزبون يتقدم إلى المحامي ليقدم له ما يغيب عن علمه ويُحجب عن مداركه، و هو يثق فيما يقال له من طرف المحامي و يأخد كلامه بحسن نية و صدق.

يُستخلص من استقراء هذا النص، أنّ القانون يعتد بالبيانات اللازمة التي تُنوّر رضاء الطرف الآخر وتبصّره بما هو مقْدم عليه، حتى يتمّ منعه من الوقوع في غلط جوهري، وهذا هو الشيء الذي يتنافى مع فكرة حسن النية المنصوص عليها في ذات النص القانوني.

كما أنّ القانون[25] يوجب توافر سلامة رضاء المشتري ـ للخدمات ـ وعلمه بالأوصاف الأساسية للشيء المبيع، ولا يتحقق هذا إلاّ إذا كان المشتري عالما بالمبيع، علما كافيا حتى قبل إبرام العقد وإنجازه، بحيث يكون على دراية بأوصاف المبيع وخصوصياته.

وكذلك نجد المشرّع قد اعتبر العيب الخفي الذي يعتري الشيء المبيع، ويُنقص من قيمته أو نفعه، ولم يُعلم به المتعاقد نظيره يكون قد أخلّ بالتزام

الإفضاء والإفصاح للمشتري بجميع المعلومات الأساسية الواجب الإفصاح عنها، ممّا يُلزمه بضمان تلك العيوب، ولو لم يكن عالما بها، ولا عارفا بوجودها[26].

يتّضح من استقراء هذه النصوص وأحكامها أنّ غاية المشرّع تهدف إلى خلق نوع من التوازن في مراكز المتعاقدين، حتى قبل التعاقد، يؤسّس للمسؤولية قبل التعاقدية، على أساس التساوي في العلم بين أطراف العقد قبل إبرامه.

ولأن التهاون في تقديم المشورة و النصح قد ترتب مسؤولية المحامي، فيجب تقديمها للزبون بكل عناية وحرص ضمير، إذ يجب على المحامي ألا يعطي من الآراء إلا السديد، فلا شيء أخطر من الخطأ في القانون، فإذا كان متردّدا فليأخذ كل الوقت الضروري للتفكير في الأمر مليا و بتأني، وليؤجل الجواب إلى موعد قادم يضربه لمن يطلب الاستشارة القانونية.

لهذا فإن النظرة الفاحصة إلى الالتزام بالمشورة تبين أنها لا تتعلق فقط بمساعدة فنية ترتبط بقواعد المهنة التي يمارسها المحامي ،وإنما أيضا بمساعدة إنسانية فالموكل لا يعهد فقط إلى المحامي بمصالح ذات طابع فني وإنما يعهد إليه على نطاق واسع بشخصه بما يثيره هذا المصطلح من مصالح متعددة.

المطلب الثاني : مسؤولية المحامي المدنية عن تقديم المشورة باعتبارها إلتزاما قانونيا

يتعين على المحامي وهو بصدد مباشرة الدعوى تقديم المشورة والنصح لموكله حول القضية وملابساتها،وحول الجوانب القانونية المطبقة فيها من أجل دحض إدعاءات الخصم،وخاصة بعد الدور الذي أصبح يلعبه المحامي كمساهم في تحقيق العدالة جنبا إلى جنب مع القضاة ،وهذا

طبقا للمواد 02 و09 من قانون 13/ 07،إذ عليه الإجتهاد في إظهار الحقيقة وتنوير العدالة بوضع علامات واضحة في طريقها تهتدي بها لتصل إلى النطق بحكم نهائي لا يشوبه أي عيب .

وفي هذا فإن المحامي لا ينسى زبونه فلا بد من مؤازرته والحرص على مصالحه والسعي لتحصيل حقه عن طريق القضاء بأقل تكلفة ممكنة.

الفرع الأول : الالتزام بتقديم المشورة

هذا ويُعد الإلتزام بتقديم المشورة القانونية ،من الالتزامات الرئيسية الملقاة علة عاتق المحامي بصفته مهني متمرس وصاحب تخصص وإحتراف في ميدان والقانون والتقاضي،حيث تنص المادة 05 من قانون المحاماة على أن" يقوم المحامي بتمثيل الأطراف ومساعدتهم ويتولى الدفاع عنهم ،كما يقدم لهم النصائح والإستشارات القانونية"[27]

ومما يؤكد هذه النظرة وصحتها أن القوانين في كثير من الدول قد أكدت على وجود هذا الإلتزام وقيامه في حق المحامي بإعتباره إلتزاما من أهم الالتزامات وأخطرها. الشيء الذي يسمح بتوقيع الجزاء ضد المحامي في حالة الإخلال بهذا الإلتزام، علما وأن تقديم الإستشارة القانونية وكذا النصح والإرشاد مهمة مقتصرة على المحامين دون سواهم من باقي عامة الناس حيث تنص المادة 43 من النظام الداخلي لمهنة المحاماة التي تتكلم عن مهام المحامي ومنها "...تقديم النصائح والإستشارات القانونية المكتوبة والشفوية وإعتباره المختص حصريا بذلك في كل قضية مطروحة أمام القضاء".

إن خطورة وأهمية الإلتزام بتقديم المشورة تفرض على المحامي تقديم مشورته كاملة وواضحة، بحيث لا يتذرَّع أو يَختفي وراء شخصية موكله أو مستواه العلمي فالموكل سواء كان مهنيا، له ثقافة قانونية، أو جاهلا فالمسألة سيان أمام المحامي في الحصول على حقهم من الإستشارة القانونية الكافية النافية للجهالة[28].

كما يتجلى واجب النصح والإرشاد بخصوص المسائل الإجرائية،فقبل بدء المحامي في سلك طريق الطعن،عليه أن يخبر بذلك موكله الذي يتمتع بالصلاحية دون غيره في إتخاذ إجراء الطعن من عدمه،وأي خروج عن هذا يعرضه للمساءلة ،بل ويتعين على المحامي بالموازاة مع ذلك إخبار موكله بمواعيد حتى يتمكن من إتخاذ قراره برفع الطعن خلالها ،وعليه بالمقابل إذا لم يخبر المحامي الزبون بمواعيد الطعن ونتج عن ذلك فوات فرصة بعدم رفع القضية في ميعادها،هنا تقوم مسؤولية المحامي المدنية[29]

هذا ويلتزم المحامي بعد إخبار الزبون بمواعيد الطعن وطرقها وكيفية تنفيذها بأن يعطي وجهة نظره المعللة حول جدوى الطعن،ويقوم مسؤولية المحامي المدنية إذا لم يخبر الزبون بوجود طريق طعن منتج أو أخبره ولكن نصحه بعدم سلكه مع توافر فرصة جيدة لنجاح القضية إذا تم الطعن فيها،وهذا الإتجاه أخذت به محكمة النقض الفرنسية وذهبت أبعد من ذلك إذ جعلته إلتزام مطلق، ووسَّعت من نطاقه ليشمل حتى في نوعية الإجراء القانوني الواجب التطبيق مع إعلام الموكل بسلبياته، وهذا يبين إرادة محكمة النقض الفرنسية وحِرصها على تأكيد الإلتزام والتشديد فيه، والدفاع عن الموكل ليأخذ حقه كاملا وافيا من الإستشارة الواضحة[30].

هذا وتنتفي تماما مسؤولية المحامي المدنية إذا أخبر الزبون بتوافر طرق الطعن وحتى مواعيدها ،وتقدم الزبون كتابة بقراره سواء بالقبول أو الرفض للطعن ،وكذلك في حالة ما إذا تقدم المحامي إلى الزبون سائلا إياه عن مدى سلوك طريق الطعن ،لكن لم يتلقى المحامي أي رد من زبونه،وأفصح عن الإفصاح عن موقفه[31].

أضف إلى ذلك وجوب تنبيه الزبون إلى الُمهل القانونية لرفع الدعوى أو لاتخاذ إجراء من الإجراءات الواجبة على إعتبار أنه من واجب المحامي تقديم النصيحة في هذا الشأن لزبونه[32]. وهذا ما أكدته المحكمة العليا بخصوص قضية تم رفعها ضد موثق ،في قرار حديث لها بشأن فرض واجب النصح والإرشاد على المهنيين حيث قالت بصريح العبارة﴿تقوم مسؤولية الموثق ويُلزم بالتعويض في حالة عدم قيامه بدوره القانوني الإيجابي المتمثل في التأكد من صحة العقود الموثقة ونصح وإرشاد الطرفين بما يحقق انسجام اتفاقاتهما والقوانين السارية .

لا تعتبر الشهادة التوثيقية شرطا لرفع الدعوى وإثبات الصفة مادامت التركة تنتقل من المورث إلى الورثة بمجرد الوفاة﴾[33].

ومن إختصاصات المحامي المهنية، عرض مُجمل السلبيات والإيجابيات لكل طريق على موكله لكي يختار ما يراه، وينحصر دور المحامي في إرشاد الموكل وإعطائه النصح الكافي لتسهل عملية الإختيار، كما يظل تحت تصرف موكله في تنفيذ كل رغباته وتعليماته، ولكي يتخلص المحامي من المسؤولية الناتجة عن الأضرار التي قد تقع بسبب سوء إختيار الطريق الأنجع والأصلح للتقاضي، يقع على عاتقه إخطار موكله كتابة لكي يوضح له طُرق التقاضي الممكنة مع ذكر كل إيجابياتها وسلبياتها[34].

وهذا ما جاء في إحدى قرارات مجلس الاستئناف الفرنسي الذي نص على خرق المحامي لإلتزامه بتقديم مشورة واضحة عندما لم يُعلم موكله عن سلبيات الإجراء الذي يزعَم القيام به للحصول على الطلاق، بأنه سوف يسمح لزوجته بالرجوع عليه ومطالبته بأداء تعويض، واعتبر المجلس هذا خطأ قاصرا في حق المحامي[35].

الفرع الثاني: نطاق المشورة القانونية ؟

بدءا بالنسبة لطبيعة إلتزام المحامي عند تقديمه للمشورة القانونية فهو ملتزم ببذل عناية عموما ،بمعنى المحامي لا يضمن إستيعاب الزبون أو الموكل لهذه الإستشارة،إذ من الصعوبة القول بالنسبة للعمل القانوني أن المستشار مدين بإلتزام بتحقيق نتيجة أو غاية[36].

فإذا سلمنا بقيام مسؤولية المحامي المدنية عند تقديمه لإستشارة قانونية في قضية محسومة من الجانب القانوني ،ونتج عن هذه الإستشارة ضرر ،ففي الجانب الآخر نقر مع البعض[37] أن المحامي الذي يقدم إستشارة قانونية في أمر أو إشكالية غير محسومة قانونيا ،بحيث عرض وجهة نظره ،يكون غير مسؤول عن ما ينتج من جراء تنفيذ وجهة النظر تلك.

حيث لا يُطلب من المحامي أن يكون دوما متعمقا في أية مسألة تطرح عليه كتعمق الأخصائي، لكن المطلوب منه حدا أدنى من المعلومات الحقوقية،إذ أنه إذا كانت صفة المحامي غير كافية لجعله معصوما عن الخطأ فإنها بالمقابل لا يجب أن تشكل له صك براءة مطلقة تؤدي دوما إلى إعلان عدم مسؤوليته فإضافة إلى الخطأ الفادح والإهمال يوجد الخداع والغش اللّذين يُرتّبان أيضا على المحامي مسؤولية مهنية مدنية، ونية الإضرار تحتل درجة

عالية في سُلَّم أخطار الخطأ والمحامي الذي نصح زبونه بإقامة دعوى غير قائمة إطلاقا، وخاسرة سلفا بهدف واحد هو إستيفاء أتعابا منه، أو لأنه تآمر مع خصمه على مصالحه يكون في مواجهة المسؤولية المدنية والجزائية والتأديبية ما في ذلك شك[38].

ومن الحدود الأخرى لإلتزام المحامي بتقديم المشورة القانونية،لا بد من الإشارة إلى عدم إمكانية مساءلة المحامي إذا قدم المشورة لموكله بناءا على اجتهاد قضائي قائم وبالتالي تمت خسارة الدعوى ،لأن الإجتهاد من الممكن نقضه بآخر،وهذا لا يلقي باللوم على المحامي،بل هو من طبيعة التباين في وجهات النظر القانونية حول القضايا المعروضة على ساحات المحاكم ،كما يعفى المحامي من المسؤولية في حالة ما إذا قرر الزبون سلك طريق قانوني إرتآه مناسبا رافضا ما أملاه عليه محاميه،فهنا لا يسأل المحامي لأن المشورة لم تكن منه بل الموكل تصرف من تلقاء نفسه[39].

لكن هل تقوم مسؤولية المحامي عند جهله بالقانون أو الإجتهاد المستقر والثابت؟

فهذه المسألة تتعلق بمايسمى بإشكالية الأمن القانوني فيمكن أن يُسأل المحامي عن تقصيره في توجيه ملف موكله ،وخاصة متى تعلق الأمر بجهل القانون أو بجهل الإجتهاد المستقر أو الثابت jurisprudence établie في القضية ، حيث جاء في قرار لمحكمة استئناف bourges "وحيث إن مسؤولية المحامي تقوم ليس فقط بسبب عدم مراعات قواعد القانون الوضعي ولكن أيضا بسبب جهل الإجتهاد الثابت ،حيث تتعلق القضية بإثارة دعوى ضد مقاول البناء في إطار المسؤولية العشرية طبقا لما تقضي به المادة 1792 مدني فرنسي، فقام المحامي برفع دعوى إستعجاليه من أجل الوقوف على عيوب

البناء ،وقد دأب قضاء محكمة النقض على أن الدعوى الإستعجالية ليس لها أثر واقف بالنسبة لمدة التقادم ،ومنه يكون المحامي قد فوت على الموكل فرصة كسب دعوى ضد البائع وهذا يُعد خطأ ارتكبه المحامي بجهله لقواعد القانون الوضعي والإجتهاد المستقر والثابت ،حيث يتعلق الأمر بجهل بيّن لقواعد ابتدائية règle élémentaires يُفترض في المحامي العلم بها وتطبيقها.

لكن إذا رافع المحامي في قضية تتعلق بقانون جديد وقام بتفسير هذا القانون خلافا لما سيكون عليه القضاء مستقبلا فإنه لا يكون قد أخل بالتزاماته تجاه زبونه على أساس أنه في غياب الإجتهاد القضائي المؤكد certaine عند استشارة المحامي فإنه بتفسيره قانونا جديدا خلافا لما سيكون عليه القضاء مستقبلا ،لا يكون المحامي قد أخل بإلتزاماته[40].

خاتمة

بعد طرح إشكالية مسؤولية المحامي على أساس الإلتزام بتقديم مشورة قانونية من قبل هدا الأخير ،نرى أن هذه المشورة في حد ذاتها تُعد إلتزاما قانونيا على عاتق المحامي لا يمكنه التملص منه ،إلا أن كيفية تقديم هذه المشورة ،كلها تباينت فيها وجهة القضاء بإعتبارها من مسائل الواقع،وما دام مجال الإستشارة القانونية واسعا بشساعة العلوم القانونية وبروز فكر جديد يسمى بعولمة القانون وتداخله مع الفنون العلمية الأخرى ،هذه النقطة هي التي دحضت بها إشكالية تقديم ما يسمى ب"إستشارة مثالية" وهي التي يتعين على المحامي تقديمها لزبونه،خصوصا إذا ما تعلق الأمر بملف يحتمل أكثر من وجهة نظر وأكثر من نص قانوني،مما يجعل موقف المحامي من هذا الأمر أو ذاك يتباين و يختلف على ما قد يؤول له النزاع في آخر المطاف، نظرا لتعدد وجهات النظر في مجال القانون ،إذ الدخول في فحوى المشورة

بشكل دقيق سيؤدي إلى متاهة لا يمكن الخروج منها خصوصا مع المحامين وهم رجال القانون الذي يصعب دحض حجتهم، غير أن الإحجام عن تقديم المشورة أو تقديمها ناقصة بينٌ نقصها يقيمُ مسؤولية المحامي المدنية ما في دلك شك.

الهوامش

[1]–أستاذ التعليم العالي –كلية الحقوق والعلوم السياسية– جامعة تلمسان، و محامي معتمد لدى المحكمة العليا ومجلس الدولة.

–أستاذ محاضر قسم ب ،قسم الحقوق–المركز الجامعي بلحاج بوشعيب–عين تموشنت

[2]–راجع حول دلك د. بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، دار هومة ، الجزائر 2014 ص 19 و ما بعدها، و انظر كدلك دة. سهير منصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، مصر، 1990، ص..41

[3]– د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض العقود، دار النهضة العربية، مصر، 1982، ص.16.

[4]–كمبدأ حسن النية قبل التعاقد ومبدأ عدم التعسف في الحق. راجع المادة 124 مكرر من القانون 05/ 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 والمادة 41 من القانون المدني.

5– راجع القانون رقم 13/ 07 المؤرخ في 29/ 10/ 2013 المتضمن مهنة المحاماة ج ر رقم 55 لسنة 2013، و كدا القانون الداخلي المؤرخ في 19/ 12/ 2015 ج ر رقم 28 لسنة 2015

[6]– تنص المادة الأولى من القانون المدني على أنه: ﴿يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

[7]–راجع مسند الإمام أحمد بن حنبل، مؤسسة قرطبة، مصر، ج3، ص.491.

[8]–راجع سنن ابن ماجة، ج2، ص.755.

9–R.Savatier–La profession de conseil juridique–Recherche pour un statut–Dalloz–1969–Chro. 145.

[10]–العقد الطبي ... يتولّد عنه التزام بإعلام المريض بجميع ...

[11]– Le principe est admis aujourd'hui: «Qu'il y a obligation d'informer celui qui ne peut pas s'informer.».

[12]–د. خالد جمال أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، مصر، ص.86.

[13]– Jean Alisse–L'obligation de renseignement dans les contrats–Thèse–Paris 2–1975–p. Voir aussi: A.Jourdain–Le devoir de se renseigner: Contribution à l'étude de l'obligation de renseignement–Dalloz–1983–p.139.

[14]–راجع عكس هذا الرأي عند:

15-F.M.Muriel, Essai d'une théorie de l'obligation d'information dans les contrats, Thèse, Paris 1, 1991, p.07.

16- راجع المواد 352 و379 من القانون المدني. على سبيل المثال. ويلاحظ أنّ القانون يُقرّر التزاما بالضمان على عاتق الضامن، ومن أهم هذه الضمانات الالتزام بإعلام المتعاقد الآخر بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة بالوضع القانوني للشيء محلّ الالتزام بالضمان.

17- راجع: د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1976، ص.504.

18- يلاحظ المتتبع للقانون المدني الجزائري أن المشرع قد أورد عرضا، تعريف الالتزام في تعريفه للعقد في المادة 54 منه، منتهجا بذلك طريق القانون الفرنسي وما فعله بشأن المادة 1101 من التقنين المدني الفرنسي.

20- Voir: F.M.Muriel-Op.cit., p.05. Elle disait: «Il parait, en définitive, que la distinction ainsi opérée par une partie de la doctrine entre le devoir et l'obligation, n'est pas d'une très grande utilité…».

21- Savatier-Le contrat de conseil professionnel en droit privé-Dalloz-1972-p.137.

22- د. السيد محمد اليماني، تقديم المعلومات والاستشارات المصرفية ومسؤولية البنك عنها تجاه العميل، مجلة الدراسات القانونية، تصدر عن كلية الحقوق، أسيوط، مصر، 1979، ص.41.

23- د. سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص.63.

24- راجع المادة 21 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمين الصادر بتاريخ 25/ 01/ 1995، ج.ر. رقم 13، ص 07.

25- لمزيد من التفصيل، راجع: المواد 07 و15/3 من قانون التأمين المؤرخ في 25/ 01/ 1995.

26- راجع المادة 82 من القانون المدني الجزائري الصادر بتاريخ 29/ 09/ 1915 المعدل والمتمم بمقتضى القانون 05/ 10 المؤرخ في 20/ 06/ 2005.

27- راجع نص المادة 352 من القانون المدني.

28- راجع قرار المحكمة العليا 21/ 07/ 199، م.ق، 2000، ع2، ص.88 وما بعدها.

29- -راجع القانون رقم 13/ 07 المؤرخ في 24 ذي الحجة عام 1434 الموافق ل29 أكتوبر سنة 2013 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة –ج ر –عدد55

30- – patrik henry : le devoire de conseil de l'avocat et de l'huissier de justice, gand, story, scientia ,2006,p 105 « L'avocat ne peut toute fois, se réfugient derrière la compétence particulière de son client pour réfuter toute obligation de conseil, tout client, qu'il soit professionnel ou profane, a le droit d'obtenir un conseil éclairé de la port de son avocat »

31- -Civ , 1ére,26avril2000,No.99-11,025,juris-data,No2000-0011665

32- – carla chamass : l'obligation d'information à échelle. D'intensité variable vers une théorisation de l'obligation de conseil, thèse- Montréal, 2008, p 57 « La cour de cassation considère qu' il résulte de l'article 1315 du code civil que l'avocate est tenu à une obligation particulière d'information et de conseil vis-à-vis de son client ,notamment sur l'opportunité du procès, et qu'il incombe de prouver qu'il a

exécuté cette obligation, c'est arrêt marque une volonté de la cour de cassation de renfoncer, l'obligation de conseil de l'avocat et de défendre, le client qui est en droit de recevoir une pleine et complète information.

=Ce devoir de conseil de l'avocat est absolu, et renforcé en cas de rédaction d'actes.

Ainsi, il a été jugé que la présence d'un avoué dans la procédure d'appel , ou les compétences personnelles du client ne dispensent pas l'avocat de son devoir de conseil »

[3]3—سمية أبو فاطمة:شركة المحاماة المدنية(دراسة مقارنة)-رسالة دكتوراه-كلية الحقوق-جامعة طنطا-2006-2007-ص207

[3]4—رايس محمد: المسؤولية المدنية للمحامي-مجلة الحقوق-جامعة الكويت-عدد3-سنة 39-سنة 2015-ص272

[3]5-- قرار المحكمة العليا 13/ 12/ 2006 -مجلة المحكمة العليا- عدد2 -2008 – ص243

[3]6--حمادي عبد النور:المسؤولية المدنية للمحامي اتجاه الزبون-رسالة دكتوراه-كلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة تلمسان-2015-2016-ص324

[37]– perron (X) : l'obligation de conseil– thèse –Rennes, 1992, p63 « Dans un arrêt du 20 avril 2005, la cour d'appel de paris reproche à l'avocat un manquement à son obligation de conseil en ce qu'il avait omis d'informer son client sur les conséquences d'une procédure de divorce par demande acceptée procédure qui permettait Ultérieurement à son épouse de lui réclamer une prestation compensatoire, contrairement à une procédure de divorce aux torts exclusifs »

[38]- –PERRON(X) :l'obligation de conseil–Thèse–Rennes,1992–P25 « De manière générale, l'avocat n'est pas tenu à une obligation de résultat mais à une obligation de moyens »

[3]9—سمية أبو فاطمة-المرجع السابق-ص204

[4]0—حمادي عبد النور :المرجع السابق-ص327

[41]–Jean–Claude Beaujour :l'avocat conseil de partie dans procédure de médiation commerciale–Gazette du Palais–N13à15–année 2013–P11

[4]2—حمادي عبد النور:المرجع السابق-ص 136