الهيئـة الوطنـية للمحامـين بتـــونس

# محاضرة ختم التّمرين موضوعها:

## " المحامي شريك في إقامة العدل "

بتاريخ: 2019/11/21

المحامي المحاضر: حازم الفقي

المحامي المشرف علـى التّمرين: نعمان الفقي

**2020-2019**

# المـــخـــطّـــط

## المقدّمة

## الجزء الأوّل: أسس شراكة المحامي

المبحث الأوّل: أسس قانونية

المبحث الثّاني: أسس واقعيّة

## الجزء الثّاني: نجاعة شراكة المحامي

المبحث الأولى: على مستوى المقتضيات

المبحث الثّاني: على مستوى الضّمانات

« Qu’ est ce qu’ un avocat ? C’ est un particulier gradué dans une université du royaume, qui s’ est livré à un examen approfondie des lois et ordonnances, à la science générale du droit public et du droit privé, à l’ étude réfléchie des usages et des coutumes particulières et qui se consacre librement au service de ses concitoyens. Il se dévoue tout entier à la défense de ceux qui viennent puiser dans son savoir les lumières dont ils ont besoin pour soutenir leurs intérêts, maintenir leur propriété, montrer leur innocence, conserver leur honneur et assurer leur liberté. Tantôt c’ est un conseil qui éclaire les parties, tantôt c’ est un orateur qui déploie son éloquence, tantôt c’ est un conciliateur qui rapproche les esprits et devient le premier juge de ces clients qui le consultent et s’ en rapportent à son expérience, souvent c’ est un arbitre, partout c’ est un homme public dont le ministère ne peut agir que lorsqu’ il est mis en action par un tiers qui le charge de sa défense et de ses doléances »

**MONEGER J., DEMEESTER M.-L., Profession M avocat, Dalloz, Paris 2001, pages 408.**

# المقدّمة

يعرف المحامون بأنّهم ثلّة من رجال القانون غير الموظّفين يقومون بمساعدة المتقاضين بإبداء النّصح إليهم و مباشرة الخصومة عنهم أمام المحاكم عن طريق الوكالة و كفالة حقّ الدّفاع عن حقوقهم و حريّاتهم.[1]...

كما عرّف احد الفقهاء المحامين بأنّهم فئة لا تدخل في فئة الموظّفين بل مساعدون للمتقاضين من نوع خاصّ تنحصر مهمّتهم في مساعدة المتقاضين و ذلك بإعطائهم الإستشارات القانونيّة و الدّفاع عنهم أمام المحاكم عن طريق الوكالة.[2]...

و هذا التّعريف في الحقيقة يظلّ منقوصا "فمهمّة المحامي و رسالته و دوره في الخصومة و سير الجلسات و المحاكمة أكبر بكثير من أن يعدّ مجرّد مساعد للقضاء"[3]...

و في تعريف آخر أدقّ للمحاماة: "هي إحدى مؤسّسات العدالة و أهمّ ضمانات حسن سيرها لاستقلاليّتها و حريّة ضميرها أداءا لدورها." [4] ...

و لقد أولى الرومان اهتماما بليغا بالمحاماة حتّى قال بعض الفقهاء في ذلك أنّ: "لقد بلغ احتفاظ الرّومان بقدسيّة مهنة المحاماة و اعتبارها مع وظيفة القضاء في كفّتي ميزان ، أن يحلف كلّ محام و كلّ قاض عند النّظر في كلّ قضيّة من القضايا المعروضة، على أن لا يقول المحامي إلاّ الحقّ و على أن لا يقضي القاضي إلاّ بالحقّ، و كلّ منهما يقوم بدوره في جلسة القضاء عند النّظر في كلّ قضيّة"[5]...

كما جاء بالقرآن الكريم جواز الإستعانة بما هو أفصح لسانا من ذلك ما تضمّنته الأيات 33 و 34 و 35 من سورة القصص وقد ورد بها قوله عزّو جلّ: " قَالَ رَبِّ إِنِّي قَتَلْتُ مِنْهُمْ نَفْسًا فَأَخَافُ أَن يَقْتُلُونِ (33)وَأَخِي هَارُونُ هُوَ أَفْصَحُ مِنِّي لِسَانًا فَأَرْسِلْهُ مَعِيَ رِدْءًا يُصَدِّقُنِيٓ إِنِّي أَخَافُ أَن يُكَذِّبُونِ (34) قَالَ سَنَشُدُّ عَضُدَكَ بِأَخِيكَ وَنَجْعَلُ لَكُمَا سُلْطَانًا فَلَا يَصِلُونَ إِلَيْكُمَا ۚ بِآيَاتِنَا أَنتُمَا وَمَنِ اتَّبَعَكُمَا الْغَالِبُونَ (35) ".

و ما تجدر الإشارة إليه هنا أنّ فصاحة لسان المحامي و بلاغته في الخطاب و اتقانه المرافعة يجب أن يوظّف لإنارة المحكمة و إعلاء كلمة الحقّ و الحكم بالعدل و قد حذّر النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم من

---

[1] أبو الوفا أحمد: المرافعات المدنيّة والتّجاريّة– منشأة المعرف الإسكندريّة مصر – طبعة 15- 1990 ص 103.

[2] أنطاكي رزق الله: أصول المحاكمات المدنيّة والتّجاريّة– مطبعة الدّاودي دمشق سورية 1984 ص 25.

[3] مصطفى صخري، أصول مهنة المحاماة دراسة مقارنة، الطّبعة الأولى تونس، 2008، ص 11.

[4] شرفي علي، المحامون و دولة القانون – ديوان المطبوعات الجامعيّة الجزائر -1987 ص 6.
و لقد جاء بإعلان تورينو عن دور المحامي:
« L'avocat a pour mission d'assurer la protection de tout sujet de droit.
L'avocat a le droit et le devoir d'exercer son activité en faisant connaitre, comprendre et appliquer la loi tout en assurant la sauvegarde des intérêts qui lui sont confiés ».

[5] اليوسف مسلم محمّد جودت: المحاماة في ضوء الشّريعة الإسلاميّة و القوانين العربيّة – مؤسّسة الرّيّان – لبنان 2001 ص 31 و 32.

مهالك المغالطة لكسب حقّ بالباطل بقوله: " إنّما انا بشر و إنّكم تختصمون إليّ و لعلّ بعضكم أن يكون ألحن بحجّته من الآخر فأقضي له على نحو ما أسمع فمن قضيت له بحقّ أخيه شيئا فلا يأخذه فإنّما أقطع له قطعة من النّار[6]." ...

جاء بالتّشريع المصري في إطار تعريف المحاماة بالمادّة الأولى من القانون عدد 17 لسنة 1983 المتعلّق بمهنة المحاماة بأنّها مهنة حرّة تشارك السّلطة القضائيّة في تحقيق العدالة و في تأكيد سيادة القانون و في كفالة حقّ الدّفاع عن حقوق المواطنين و حريّاتهم[7] ...

و لقد عرّف المشرّع التّونسي المحاماة بالفصل الأوّل من القانون عدد 87 لسنة 1989 المؤرّخ في 7 سبتمبر 1989 المتعلّق بتنظيم مهنة المحاماة بأنّها مهنة حرّة مستقلّة غايتها المساعدة على إقامة العدل...

ثمّ تتطوّر هذا المفهوم من المساعدة إلى المشاركة بموجب الفصل الأول من المرسوم عدد 79 لسنة 2011 والمؤرخ في 20 أوت 2011 والمتعلق بتنظيم مهنة المحاماة الذي جاء فيه أنّ: " المحاماة مهنة حرة مستقلة تشارك في إقامة العدل وتدافع عن الحريات والحقوق الإنسانية"...

يختلف مفهوم الشّراكة في إقامة العدل عن مفهوم المساعدة، فالشّريك حسب معجم لسان العرب لابن منظور؛ من شرك الشّركة و الشّركة سواء، مخالطة الشّريكين، يقال اشتركنا بمعنى تشاركنا، و قد اشترك الرّجلان و تشاركا و شارك أحدهما الآخر و الشّريك و المشارك و شاركت فلانا صرت شريكه...

أمّا المساعدة (اسم) جمع مساعدات مصدر ساعد أي أعانه معونة ساعده و عاونه، قدّم له المعونة. و بذلك يكون المساعد دورا ثانويّا يسهّل إقامة العدل أمّا الشّريك فهو ذو دور رئيسي في إقامة العدل...

و العدل لغة خلاف الجور، وهو القصد في الأمور، وما قام في النفوس أنه مستقيم، مِن عَدَلَ يَعْدِلُ فهو عادل من عُدولٍ وعَدْلٍ، يقال: عَدَلَ عليه في القضية فهو عادِلٌ. وبسط الوالي عَدْلَهُ[8]. و العدل اصطلاحا هو:(أن تعطي من نفسك الواجب وتأخذه)[9] وقيل هو: (عبارة عن الاستقامة على طريق الحق بالاجتناب عما هو محظور دينًا)[10] وقيل هو: (استعمال الأمور في مواضعها، وأوقاتها، ووجوهها، ومقاديرها، من غير سرف، ولا تقصير، ولا تقديم، ولا تأخير)[11]...

---

[6] رواه البخاري و مسلم: أنظر في ذلك آل خريف محمّد بن علي بن محمّد: نظام المحاماة في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في المملكة العربيّة السّعوديّة ، مرجع سبقت الإشارة إليه ص 105.

[7] مصطفى صخري ، أصول مهنة المحاماة دراسة مقارنة ، الطّبعة الأولى تونس، 2008، ص 15.

[8] لسان العرب لابن منظور ( 11/430)

[9] " الأخلاق و السّير" لابن حزم ، ص 81

[10] " التّعريفات " للجرجاني ، ص 147.

[11] " تهذيب الأخلاق" المنسوب للجاحظ ، ص 28.

أمّا القسط: هو العدل البيِّن الظّاهر، ومنه سمي المكيال قسطًا، والميزان قسطًا؛ لأنه يصور لك العدل في الوزن حتى تراه ظاهرًا، وقد يكون من العدل ما يخفى، ولهذا قلنا: إنّ القسط هو النصيب الذي بيَّنت وجوهه، وتقسّط القوم الشيء تقاسموا بالقسط[12]. و لعلّ " المقسط" هو الّذي يأخذ نصيبه من الحقّ دون زيادة أو نقصان و لا يتعدّى على حقّ غيره، و لعلّ " القاسط" من يتولى على أقساط غيره...

أمّا عن الإنصاف فهو إعطاء النصف، والعدل يكون في ذلك وفي غيره، ألا ترى أنَّ السارق إذا قُطع قيل: إنه عدل عليه. ولا يقال: إنه أنصف، وأصل الإنصاف أن تعطيه نصف الشيء، وتأخذ نصفه من غير زيادة ولا نقصان، وربما قيل: أطلب منك النصف. كما يقال: أطلب منك الإنصاف. ثم استعمل في غير ذلك مما ذكرناه، ويقال: أنصف الشيء. إذا بلغ نصف نفسه، ونصف غيره إذا بلغ نصفه[13].

ثمّ آل التّطوّر التّشريعي إلى دسترة الشّراكة بالفصل 105 من الدستور التونسي المؤرّخ في 27 جانفي 2014 على ما يلي: " المحاماة مهنة حرة مستقلة تشارك في إقامة العدل والدفاع عن الحقوق والحريات. يتمتّع المحامي بالضّمانات القانونية التي تكفل حمايته وتمكنه من تأدية مهامه" . بذلك أقر المشرع التونسي في الفصل 105 من دستور 2014 دسترة مهنة المحاماة وأحاط المحامي بالضّمانات القانونيّة لممارسة عمله، جعلته يرتقي بدوره كمحامي من مساعد للقضاء إلى شريك في إقامة العدل[14] مع فاعل أصلي وهي الدّولة ( إقليم، شعب و سلطة)، و مساعدين أخر: أعضاء النيابة العمومية، مأموري الضابطة العدلية، قاضي التحقيق، قضاة الجلسة، كاتب المحكمة، الخبراء العدليين، قاضي تنفيذ العقوبات، أعوان السجون...

بهذا، يعتبر المحامي شريكا في إقامة العدل ويدافع عن الحقوق[15] و الحرّيّات ؛ صلاحيّاته[16] :

---

[12] " الفروق اللّغويّة " لأبي هلال العسكري، ص 428.

[13] " الفروق اللّغويّة " لأبي هلال العسكري، ص 80.

[14] وقد كان الأستاذ فيصل الجدلاوي" المحامي لدى التّعقيب هو من اقترح هذا الفصل على أنظار مجلس الوطني التّأسيسي حتّى وقعت المصادقة عليه. (أنظر الملحق عدد 1)

[15] « Être avocat, c'est avant tout se consacrer à autrui et l'aimer, pour le défendre, pour le conseiller, pour dédramatiser une situation. C'est savoir être à certains moments le miroir grossissant qui permet au client d'être plus lucide. »

Mais c'est aussi, en sens inverse, s'efforcer de connaitre son adversaire, déterminer ses intentions, ses besoins, ses faiblesses, ses maléfices afin de mieux satisfaites à la nécessité cruelle d'une lutte sans merci.

Autrui, c'est encore l'âme du juge qu'il faut s'efforcer de pénétrer pour être mieux compris de lui, en vue de répondre utilement au questions qu'il se pose et de mieux le convaincre.

C'est enfin à l'intérieur d'un cabinet, percevoir les aspirations et les compétences de chacun à tout échelon et inculquer à ses collaborateurs l'esprit de la profession. Sans cette conscience d'autrui, il n'est pas d'avocat vrai. »
Voir, Jean-Claude Woog, pratique professionnel de l'avocat P.5-6

[16] « L'imagerie populaire ignore le plus souvent les visages multiples de l'avocat.

Pour tout, c'est celui qui incarne la défense, symbolise la liberté, représente un contre pouvoir, affirmé par son courage et son indépendance.

Pour certains, c'est le conseil, le confident, parfois l'ami qui secourt et qui oriente, certes en prenant positions mais sans jamais accepter d'être le complice.

Pour d'autres, c'est le technicien de la procédure et le détenteur des tactiques savantes qui conduisent au déroulement efficace du procès et à l'exécution rapide du jugement.

L'avocat est aussi le rédacteur des actes juridiques qui organisent les rapports entre particuliers ou les relations commerciales entre les entreprises, à l'intérieur du pays comme au-delà des frontières.

- نصح[17] الأفراد[18] والمؤسّسات[19]...
- نيابة الأطراف في القضيّة مهما كان مركزهم القانوني (مرتكب جريمة أو متضرّر...) ويدافع عنهم ويحافظ على حقوقهم ويحضر معهم وينصحهم ويقوم بجميع الإجراءات اللازمة أمام مختلف الهياكل المتدخّلة في سير الاجراءات الجزائية...
- إحترام قواعد وأخلاق المهنة خاصة في علاقته مع موّكله...
- نيابة الأشخاص فاقدي السّند حتّى يكون لهم من يدافع عليهم في إطار الإعانة العدلية أو التّسخير...
- نيابته إجباريّة في القضايا الجنائية...
- القيام بدور مهم في الدّفاع على حقوق منوّبه والحفاظ على مصالحه من كل خرق للقانون و الإجراءات...
- يتابع إجراءات التّنفيذ وظروفها بعد التّصريح بالحكم ويسعى لتمتّع منوّبه بالحقوق والضمانات الّتي ينص عليها القانون...
- له خبرة و دراية بأهداف مهنته وأخلاقياتها، وبحقوق الإنسان والحريات الأساسية التي يكرّسها القانون الوطني والدّولي[20]...

و يبدو أنّ موضوع الشّراكة في إقامة العدل قد حظي باهتمام العمادة الحاليّة للمحاماة التّونسيّة و ذلك باقتراحها مشروع قانون تأسيسي حديث لتنظيم مهنة المحاماة يعنى مباشرة بمسألة الشّراكة. و لكن في ظلّ التّشريعات الصّادرة و المتواترة في خصوص مهنة المحاماة حقّ التّساؤل التّالي:

**هل يحقّق النّظام القانوني لشراكة المحامي في إقامة العدل النّجاعة المطلوبة في تفعيلها؟**

Enfin, souvent mal perçu, l'un des rôles essentiels de l'avocat est celui du rapprochement des intérêts opposés, dans deux domaines essentiels, l'un tendant à éclairer la volonté des parties pour conclure un contrat, l'autre ayant pour fonction d'éviter l'affrontement douloureux que constitue le procès. » Voir, Jean-Claude Woog, op. cit., p.5

[17] « La pratique judiciaire, comme la discussion du contrat, fait découvrir des aspects aussi bien psychologiques et humains, qu'économiques et sociaux. Après tant d'incursions dans des domaines si variés, l'avocat, en dehors de son rôle au prétoire et au-delà de la lecture studieuse des périodiques, reçoit une aptitude à être d'une manière globale, le conseil de l'individu, de l'entreprise. » Voir, Jean-Claude Woog, op. cit., P.8-9

[18] « Conseil de l'individu, il s'efforce alors de répondre à ses préoccupations les plus intimes, à ses soucis familiaux, aux défenses des libertés qui concerne sa personne comme son patrimoine, s'attaque également aux difficultés d'ordre administratif, politique, ou pénal, en droit interne et en droit international. » Voir, op.cit, p.9

[19] « Conseil de l'entreprise et des collectivités, il pratique les nombreuses disciplines dont le contenu s'enchevêtre entre le droit privé, le droit public, le droit fiscal et l'économie, sans jamais, ici non plus , oublier les risques souvent cachés du droit pénal ». Ibidem.

[20] « A ces titres divers, il peut être considéré comme un agent de l'ordre public contribuant à la paix sociale ». Daniel Soulez-Larivière, l'advocature, éd. Ramsey, p. 265.

## الجزء الأوّل :

# أسس شراكة المحامي

تنقسم أسس شراكة المحامي في إقامة العدل إلى أسس قانونيّة ( **المبحث الأوّل)** و أسس واقعيّة ( **المبحث الثّاني** ) .

## المبحث الأوّل : أسس قانونيّة

نتخيّر تناول هذا المبحث من زاوية خصوص دسترة الشّراكة **( قسم أوّل)** و عموم تقنين الشّراكة **(قسم ثاني)**

### قسم أوّل: في خصوص دسترة الشّراكة

نصّ الفصل 105 من الدّستور التّونسي على ما يلي: " المحاماة مهنة حرة مستقلة تشارك في إقامة العدل والدفاع عن الحقوق والحريات.

يتمتّع المحامي بالضّمانات القانونية التي تكفل حمايته وتمكنه من تأدية مهامه"

بهذا أقر المشرّع التّونسي في الفصل المذكور دسترة مهنة المحاماة وأحاط المحامي بإمكانيّة تكريس الضّمانات القانونيّة لممارسة عمله الّتي من شأنها جعله يرتقي بدوره كمحامي من مساعد للقضاء إلى شريك في إقامة العدل.

ارتقت المحاماة بإقرار هذا الفصل إلى مصاف المهن الدّستورية الّتي يحميها الدّستور الذي يأتي في المرتبة الأولى في هرم القوانين قبل المعاهدات الدّولية والقوانين الأساسية والعادية والمراسيم والأوامر الحكومية والجمهورية.

و يمكن القول أن المحاماة لم تعد مهنة " حرّة ومستقلّة " فقط بل هي " مهنة حرة ، مستقلة ودستورية " وهي بالتّالي مطالبة بأن تكون أهلا لهذه المرتبة بأن تمارس مهامّها بالكيفيّة اللازمة نظرا لأنها تتعلق بالعدالة كقيمة وبالعدل تطبيقا لهذه القيمة الإنسانية وبالدّفاع عن الحقوق والحريات الإنسانية في مرتبة الشّريك مع مهنة القضاء لا في مرتبة المساعد...

### قسم ثاني : في عموم تقنين الشّراكة

كان من الممكن مواجهة النقص الحاصل في عدد القضاة في عديد المحاكم هو تفعيل القانون عدد 29 لسنة 1967 المتعلّق بنظام القضاء والمجلس الأعلى للقضاء والقانون الأساسي للقضاة في جانبه المتّصل بالتحاق المحامين الّذين تتوفّر فيهم الشّروط للعمل في سلك القضاء[21] لأنّ الشغور والنقص الحاصلين سيتسببّان في أزمة حقيقية من شأنها إعاقة المرفق القضائي وضياع حقوق المتقاضين...

[21] جاء بالفصل 32 القانون عدد 29 لسنة 1967 المتعلّق بنظام القضاء والمجلس الأعلى للقضاء والقانون الأساسي للقضاة : " يمكن أن يعيّن في أي رتبة من رتب السلك القضائي وبدون مناظرة:
أولا: الأساتذة والمكلفون بالتدريس بكليّة الحقوق والعلوم الاقتصادية والمدرسة العليا للحقوق.
ثانيا: المحامون الذين قضوا في مباشرة المهنة مدة عشر سنوات على الأقل بما في ذلك مدة التربص.
وتضبط بقرار من وزير العدل طرق تطبيق هذا الفصل. "

تدعّم دور المحامي كشريك في إقامة العدل بصدور القانون عدد 05 لسنة 2016 المنظّم للإحتفاظ، فبتدخّل المحامي منذ بداية عمليّة الإحتفاظ لمراقبة حسن سير الإجراءات القانونيّة حماية لحقوق المحتفظ بهم في محاكمة عادلة تحفظ لهم فيها جميع الضّمانات القانونيّة في أيّ من الأطوار منذ التّتبّع إلى متابعة التّنفيذ...

و يبدو أنّ اتّجاه محكمة التّعقيب أنّ ترك سبيل المتّهم على خطأ شكلي قائم على عدم ذكر تاريخ الإحتفاظ يتنافى مع حقّ المجتمع في تتبّع الجريمة و مآخذة المجرم. و أنّه لا بدّ من توفّر شرطين للخلل الشّكلي حتّى يرتّب البطلان و هما شرط الجوهريّة للعيب و شرط وجود المضرّة[22]...

و قد رابط المحامون في بطلان محاضر البحث الّتي لم يقع فيها احترام قواعد الفصل 13 مكرّر جديد المتعلّق بإجراءات الإحتفاظ أمام الجهات القضائيّة عند الإنابة بعد انتهاء الإحتفاظ و إحالة المنوّب للجهة القضائيّة المختصّة عبر التّمسّك بجزاء البطلان عند خرق أحكامه سواء بطلان محضر الإحتفاظ نفسه أو بطلان إجراءات التّتبّع عامّة أو الدّفع بآليّة الإستبعاد[23]...

ثمّ و من جهة أخرى، و في بيان علاقة المحاماة بالمؤسّسة القضائيّة، صدر بيان عن الهيئة الوطنيّة للمحامين في2011/02/17 تطالب فيه الحكومة بضرورة اتّخاذ الإجراءات العاجلة لتطهير القضاء و مراجعة النّظام الأساسي للقضاة...

و قد جاء بالقانون الأساسي عدد 34 لسنة 2016 المتعلّق بتأسيس المجلس الأعلى للقضاء على تمثيليّة المحامين في المجلس المذكور بـ 8 أعضاء محامين؛ مجلس القضاء العدلي و الّذي يضمّ من بين أعضائه 3 محامين، مجلس القضاء الإداري من بين أعضائه 3 محامين و مجلس القضاء المالي بمحاميين اثنين. و قد تمّ انتخاب أعضاء مجلس الأعلى للقضاء متركّبا من القضاة و المحامين في 23 أكتوبر 2018...

---

[22] أنظر القرار التّعقيبي في الملحق.

[23] دليل المحامي كشريك في إقامة العدل على ضوء القانون عدد 5 لسنة 2016، ص66 و ما بعده.

و قد جاء بالحكم الجناحي الإبتدائي عدد 37059/17 مؤرّخ في 2017/11/20 أنّ " دفع نائب المتّهم ... ببطلان الإجراءات ضرورة أن باحث البداية لم يحترم الإجراءات المنصوص عليها بالفصل 13 مكرّر من مجلّة الإجراءات الجزائيّة و في ذلك مساس بحقوق منوّبه الشّرعيّة.

و حيث ثبت بمراجعة محضر البحث عدد 965 المحرّر بواسطة أعوان مركز الأمن الوطني بالزّهروني بتاريخ 2017/05/03 في ضلع سماع المتّهم ... عدد 965/4 لم يقع التّنصيص على إعلام ذي الشّبهة بأنّ له الحقّ في اختيار محام للحضور معه.

و حيث اقتضت أحكام الفصل 13 مكرّر من م إ ج المنقّح بالقانون عدد 05 لسنة 2016 المؤرّخ في 16 فيفري 2016 أنّه يجب أن يتضمّن المحضر الّذي حرّره مأمور الضّابطة العدليّة إعلام ذي الشّبهة بأنّ له أو لأفراد عائلته أو من يعنيه الحقّ في اختيار محام للحضور معه و طلب إنابة محام أن لم يختر ذو الشّبهة محاميا في حالة الجناية

و حيث نصّ الفصل 13 مكرّر المذكور في صيغة الوجوب و رتّب جزاء البطلان في صورة مخالفة الإجراءات المنصوص عليها بذلك الفصل.

و حيث أنّ عدم إعلام المتّهم ... من حقّه في اختيار محامي للحضور معه لدى الباحث لا سيما أنّه متّهم بجناية يعدّ خرقا للقواعد الإجرائيّة و لمصلحة المتّهم الشّرعيّة.

و حيث أنّه لحسن سير تطبيق القانون اتّجه تفعيل أحكام الفصلين 13 مكرر جديد و 199 م إ ج و القضاء بعدم سماع الدعوى لبطلان إجراءات التّتبّع ".

# المبحث الثّاني: أسس واقعيّة

يمكن تناول الأسس الواقعية في علاقة بالمؤسّسة القضائيّة **(قسم أوّل)** و في خارج العلاقة بالمؤسّسة القضائيّة **(قسم ثاني)**

## قسم أوّل : في علاقة بالمؤسّسة القضائيّة

كانت المحاماة و ما تزال و ستظلّ مهنة نبيلة تسعى إلى نصرة الحقّ و إقامة العدل و إغاثة المظلوم.

لذلك يطالب المحامي بدراسة ملف القضيّة كما ينبغي و إتقان المرافعة الممنهجة قانونا و اتّخاذ الوضوح في الطّالبات و اجتناب السّفسطة و تحريف الوقائع فتزييف الحقائق. فلا يمكن للمحامي بداهة أن يضطلع بدوره كشريك في إقامة العدل إن لم يكن **آخذا بسبب ذلك و هو العلم بالقانون..**.

" إنّ المعركة الحقيقيّة ليست بين المحامين و القضاة لأنّهما شركاء في " إقامة العدل" بل إنّها لا يمكن أن تكون إلاّ من أجل إقامة العدل. و العدل كما قال ابن خلدون أساس العمران و بدونه يعمّ الخراب"[24]...

إنّ علاقة المحامي بالقاضي من المفروض علاقة احترام متبادل تسودها روح التّعاون و التّآزر لأنّهما على حدّ قول الأستاذ مصطفى صخري " جمعت بينهما نفس مقاعد الدّراسة الجامعيّة لثلاث أو خمس سنوات أو أكثر فاصل الأشياء و أصول الأمور أنّ القاضي مهمّته إيصال الحقوق لطالبيها في الآجال المعقولة و بالطّرق القانونيّة، و أنّ المحامي المدافع عن تلك الحقوق بالطّرق القانونيّة المشروعة لإنارة المحكمة. و تجدر أن تكون علاقة المحامي بالقاضي علاقة انسجام لا قطعيّة فهيئة المحكمة مطالبة باحترام المحامي الجاد المتفاني في عمله المناضل عن مصالح موكّليه في إطار الإحترام التّام لزملائه، لحريفه، لهيئة المحكمة. و المحامي مطالب باحترام هيئة المحكمة بالمحافظة على الهدوء في الجلسات، و على المحكمة مخاطبة المحامي بلياقة و احترام...

## قسم ثاني: في خارج العلاقة بالمؤسّسة القضائيّة:

ساهمت المحاماة بإيجابيّة في الدّفاع عن القضايا العادلة كما أنّ التّاريخ يشهد لها بمساهمتها الفاعلة في الحركات الوطنيّة و التّحرّريّة **(فقرة أولى)** كذلك في المساهمة بإنارة الرّأى العام و نشر الثّقافة القانونيّة **(فقرة ثانية).**

### فقرة أولى: في الدّفاع عن القضايا العادلة:

لا يتّسع المجال للتّفصيل في مسألة دفاع المحاماة عن القضايا العادلة و نتخيّر ألاّ نذكر بعض مواقف المحامين دون الآخر عسى ألّا نوفّيهم حقّهم أو نظلم البعض الآخر بعدم ذكره أصلا و إن لم يكن له دوره علنا. لذلك نسوق مساهمة المحاماة في الدّفاع عن القضايا العادلة ذكرا لا حصرا؛ فمنها:

[24] عبد الرّزّاق الكيلاني، مقال مؤرّخ في 12 مارس 2012.

- **مساندت الهيئة الوطنيّة للمحامين للثّورات العربيّة...**
- **موقف اتّحاد المحامين العرب من الثّورات العربيّة...**
- **في حلّ الأزمة السّياسيّة:** تسلمّ الرباعي الراعي للحوار في تونس في أوسلو جائزة

نوبل للسّلام، التي حصل عليها بعد نجاحه في حلّ الأزمة السياسية التي مرت بها بلاده والحفاظ على التجربة الديمقراطية. و قد ضمّت اللّجنة الرّباعية التونسية بالإضافة إلى رابطة حقوق الإنسان، الاتّحاد العام للشغل، والاتحاد التونسي للصناعة والتجارة والصناعات التقليدية، **والهيئة الوطنية للمحامين بتونس.**

ومُنحت جائزة نوبل للسلام هذا العام تتويجا لجهود الرباعي في تمكين القوى السياسية من تجاوز خلافاتها الأيديولوجية، لتساهم في تجنيب تونس مخاطر كادت تنسف مسارها الانتقالي...

- **في دعم القضيّة الفلسطينيّة:** دعت الهيئة الوطنيّة للمحامين الأمم المتّحدة للإعتراف بفلسطين كدولة كاملة السّيادة لكي تنظمّ للأسرة الدّوليّة عبر الجمعيّة العامّة للأمم المتّحدة و ذلك برسائل وجّهت بتاريخ 2011/08/28 إلى السّيّد الأمين العام إلى الأمم المتّحدة الأمريكيّة " بنكي مون" و سفراء الولايات المتّحدة بتونس و الإتّحاد الأوروبي و بريطانيا و فرنسا و الصّين و الشّعبيّة و روسيا و الإتّحاد الدّولي للمحامين[25].

كما دعت هيئة المحامين عدّة منظّمات و أحزاب للمشاركة يوم 2011/09/15 في وقفة تضامنيّة أمام سفارة دولة فلسطين بتونس من أجل دعم مبادرة السّلطة الفلسطينيّة للإعتراف بفلسطين كدولة كاملة السّيادة لكي تنظمّ للأسرة الدّوليّة[26]...

## فقرة ثانية: في نشر الثّقافة القانونيّة

ما من شك في ان توسيع مجال تدخل المحامي اصبح يشكل يوما بعد يوم ضرورة يحتمها تطور الواقع الاقتصادي والاجتماعي من جهة وتشعب المادة القانونية من جهة أخرى. غير انه بالإضافة إلى الوظيفة التقليدية أين يكون المحامي رجل المنازعة والمرافعة، فانه لا بد ان يضطلع المحامي بمهام أخرى "des taches extra-judiciaires"كفيلة بخلق فضاءات ومجالات تدخّل ارحب واشمل يسعى من خلالها المحامي إلى ترويج جودة الخدمات القانونية التي يسديها للحريف سواء كان شخصا طبيعيا او معنويا[27].

*** المحامي والفضاء الاعلامي:**

قد يبدو للوهلة الاولى ان المحامي بعيد كل البعد عن الحقل الاعلامي بشكل عام والصّحافة بشكل خاص لكن بإلقاء نظرة على وضعية المحامي في الدول الغربية، نلاحظ ان الهياكل المهنية كثيرا ما

---

[25] أ. عبد الرّزّاق الكيلاني، المحامون في تونس: من مقاومة الإستبداد إلى ثورة الحريّة و الكرامة، 2016، ص 305.

[26] المرجع سابق الذّكر.

[27] فقياسا على الدول الاوروبية فانه في اطار الحد من التأثير السلبي لتدخل المنافسين للمهنة في المجال القانوني وفي اطار تأكيد القيمة المضافة للمحامي، فإنه من واجبنا اليوم اقتحام فضاءات ومجالات مكملة للمهنة، ولها ارتباطا وثيق بطبيعة وجوهر عمل المحامي، وتساهم في الاتصال بالحريف وجعله في امس الحاجة إلى استشارة المحامي في كافة المسائل القانونية.

تحث المحامي إلى اقتحام مجال الصحافة خاصة المكتوبة منها وذلك بتناوله مواضيع قانونية عبر الصحف اليومية تساهم في ترويج الكفاءة المهنية للمحامي.

ولعل الغاية من اقتحام المحامي لمجال الصحافة هو تحسيس الحريف بأهمية الدور الذي يلعبه المحامي في المجتمع السياسي والاقتصادي، وهو ما من شانه ان يكوّن لدى الجميع قناعة مفادها حتمية استشارة المحامي في جميع المسائل القانونية من جهة، وان يحدّ من تدخل المتطفلين والمزاحمين للمهنة في المجال القانوني من جهة أخرى.

*** المحامي والانترنت:**

شهد العالم منذ اواخر القرن الماضي ثورة هائلة في مجال الاتّصالات وخاصّة في مجال الانترنت. غير ان استغلال المحامي لهذه الوسيلة الهامة من وسائل الاتّصال لا يزال محتشما جدا رغم ما لهذا المجال من تأثير ايجابي على وضعه المهني والعلمي. فجل المحامين في الغرب ان لم نقل كلهم كوّنوا لأنفسهم مواقع على الانترنت يعددون فيها اختصاصاتهم في المجال القانوني، والخدمات القانونية التي يمكن لهم تقديمها للحريف. ولعلّ أهمية هذه الوسيلة في تطوير المهنة جعل الاتّحاد الدّولي للمحامين يؤكد على أن الانترنت هي جزء لا يتجزأ من آليات العمل بمكتب المحامي وذلك في ميثاق "توران" حول ممارسة المحاماة في القرن الواحد والعشرين.

وبالتّالي فإنّه يتّجه ان لا يتجاهل المحامي في تونس هذا الفضاء الرحب الذي يساهم بشكل مباشر في تعزيز قاعدة الحرفاء لديه ويمكنه من الاطلاع على القانون المقارن من خلال الدراسات الموجودة بمختلف مواقع الانترنت.

***المحامي والفضاء الجامعي:**

ان استبعاد المحامي من مجال التدريس بالجامعة يشكل عائقا دون استغلال خبراته في المجال القانوني والتطبيقي بشكل خاص. اذ لا يجب ان يغيب عن اذهاننا الدور الذي تضطلع به الجامعة ومدى تأثيره على مراجعة الاحكام القانونية في كافة المجالات.

ولئن ساد الاعتقاد وان دور المحامي يجب ان يقتصر على الدفاع عن حقوق المتقاضيين امام الجهات القضائية فحسب فان هذا الاتجاه "لم يراع مصلحة القضاء الذي يستفيد من افكار ودراسات الاساتذة الجامعيين ومصلحة الجامعة التي تستفيد أيضا من اجتهاد فقه القضاء وعمل المحاكم لاسيما وان المحاماة والقضاء وكليات القانون يتدارسون مادة واحدة وان مصلحة الوطن توجب ان يعملوا في اتجاه واحد "[28]

و على غرار المحاماة الفرنسيّة يكون من الأجدر مراجعة القانون التّونسي في اتّجاه اقرار حق المحامي في الجمع بين مهنة المحاماة والتّدريس بالجامعة. وتدعيما لهذا التّمشّي جاء بالفصل 52 من مشروع القانون الأساسي المنظّم لمهنة المحاماة " لا يجوز الجمع بين مهنة المحاماة و مباشرة أيّ مهنة أو نشاط آخر عدا التّدريس بمؤسّسات التّعليم العالي بالبلاد التّونسيّة " وتدعيما لهذا التّمشّي كذلك فانّه

[28] (احمد الجندوبي وحسين بن سليمة : "اصول المرافعات المدنية والتجارية " ص 79).

من واجب المحامي السّعي إلى ريادة مجال البحث العلمي وذلك بحظور الملتقيات والاجتماعات التّي يقع فيها تدارس مواضيع قانونية لما في ذلك من تأثير ايجابي خاصة من حيث تحيين معلوماته واحتكاكه بغيره من المهنيين والاساتذة الجامعيين، كما عليه المبادرة بإعداد دراسات وكتابات في المجال القانوني يقع نشرها في المجلات القانونية المختلفة[29] ...

[29] « L'effet de retour direct vers la clientèle après la parution d'un article n'aura peut être pas la limpidité mathématique mais l'article sera un plus pour le renforcement de l'image de l'avocat , de sa position en tant que spécialiste du sujet traité et de fidélisation de la clientèle existante qui appréciera de lire son conseil dans les colones de son journal » (Laurent Marlière : '' Le marketing du cabinet d'avocats '' page 70 )

## الجزء الثاني:

# نجاعة شراكة المحامي

سنتطرّق في دراستنا لهذا الجزء إلى نجاعة شراكة المحامي على مستوى المقتضيات **( مبحث الأوّل)** و كذلك على مستوى الضّمانات **( المبحث الثّاني)**. فأمّا عن دراستنا للمقتضيات فتمثّل منظورنا الذّاتي للمسائل الأوليّة للشّراكة و متطلّباتها. أمّا عن الضّمانات فلا يمكن القول بها دون نصّ قانوني يفعّلها.

# مبحث أوّل: على مستوى المقتضيات

يمكن أن تنقسم المقتضيات إلى مبدئيّة تتعلّق بمقّومات الشّراكة **( قسم أوّل )** و أخرى أوّليّة تتعلّق بتدعيم الكفاءة المهنية للمحامي **(قسم ثاني).**

## قسم أوّل : المقتضيات المبدئيّة

تتّسق صياغة الفصل 105 من دستور 2014 (المحاماة مهنة حرة مستقلة تشارك في إقامة العدل والدفاع عن الحريات والحقوق الإنسانية) مع صياغة الفصل الأول من المرسوم عدد 79 لسنة 2011 والمؤرخ في 20 أوت 2011 والمتعلق بتنظيم مهنة المحاماة الذي جاء فيه أن: " المحاماة مهنة حرة مستقلة تشارك في إقامة العدل وتدافع عن الحريات والحقوق الإنسانية". ممّا ارتفع بمستوى المهنة من مجرد فاعل غايته المساعدة في إقامة العدل إلى شريك فعلي ومدافع عن الحريات والحقوق الإنسانية وهو ما يقتضي:

- معاملة المحاماة معاملة الشّريك لا معاملة من ينشد المساعدة..

- وهو ما يقتضي كذلك من السّلطة القضائيّة وبقيّة السّلط أيضا وعموم النّاس إعلاء الاحترام لمؤسسة الدّفاع ويفترض تعزيز نسق التّفاعل مع التّقارير والمرافعات الّتي تقدمها هذه المؤسسة...

- توفير الحدّ الأدنى من العيش الكريم حتّى يضطلع المحامي بدوره في الشّراكة في إقامة العدل...

إنّ التّنصيص على مهمّة الدّفاع عن الحقوق والحريات الأساسية يقتضي تعلّق المهنة بقيمة الحرية كقيمة إنسانية كونية مشاعة ومشتركة بين الشعوب وعلى الحقوق الإنسانية بمعناها المطلق الذي يشمل كل أجيال حقوق الإنسان سواء تعلقت بالإنسان ذاته أو بمحيطه. و كذلك بالإستقلاليّة.

تتعلق حرية المحامي في كونه حرّا في قبول أو رفض النيابة فهو خاضع لمبدأ سلطان الإرادة الخاص به مع وجود بعض الاستثناءات خاصة منها المتعلقة بالتّساخير. للمحامي كذلك إمكانية التّراجع عن النّيابة شريطة عدم الإضرار بمصالح منوبه. تتأكد هذه الحرية كذلك في حرية المحامي في اختيار مكان مكتبه وفي التّرافع في جميع مناطق الجمهورية وحتّى خارج البلاد كما له الحرية في مباشرة مهنة المحاماة من عدمها...

أمّا عن الاستقلالية فتتجلّى في تنظيم المهنة وضبط طرق التّأديب فيها يتم بمعزل عن سلطة الدولة فللمحاماة هيكل مستقل يشرف على شؤونها وهو الهيئة الوطنية للمحامين التي تملك استقلالية مالية وإدارية ويتم اختيار أعضائها بالانتخاب من قبل عموم المحامين...

يتمتّع القضاة بحصانة قانونيّة و فعليّة أكّد عليها الفصل 104 من الدّستور الّذي نصّ على أنّه: " يتمتّع القاضي بحصانة جزائيّة، و لا يمكن تتبّعه أو إيقافه ما لم ترفع عنه... ". أمّا عن المحامي فحصانته مقتصرة في طور التّرافع والدّفاع أمام المحكمة...

و لعلّ القانون المصري أكثر تطوّرا في هذا المجال من القانون التّونسي إذ جاء بالمادّة 985 منه أنّه " يعاقب من أهان محاميا بالإشارة أو بالقول أو بالتّهديد أثناء قيامه بأعمال مهنته و بسببها بالعقوبة المقرّرة في القانون لمن يرتكب هذه الجريمة على أحد أعضاء هيئة المحكمة." و يكون سوّى بهذا بين المحامي و هيئة المحكمة في عقوبة الإهانة أو الإعتداء بالقول أو الفعل أو الإشارة. و قد تبنّى القانون العراقي ذات الموقف بأن اعتبر الإعتداء على محام اعتداء على موظّف عامّ[30]...

و للأسف أغفل مشروع القانون الأساسي المنظّم لمهنة المحاماة بفصله 68 التّنصيص على بند جزائي على غرار نظيره المصري. و للأسف كذلك فإنّ " الحكومات المتعاقبة قد أغفلت بعد الثّورة دور المحاماة في الدّفاع عن قيم العدالة و حقوق الإنسان و أهملت المطالب الملحّة للمحامين و على استمراريّة مرفق العدالة ومسّ من مواصلة المحاماة الإضطلاع بدورها التّاريخي في الدّفاع عن قيم العدالة و الحريّة و المساواة و النّضال من أجل الحقوق و الحرّيّات و القضاء النّاجز العادل و مشارك في المحافظة على السّلم الاجتماعي و الاستقرار"[31]...

## قسم ثاني : مقتضيات أوّليّة

ما من شك في ان السعي إلى توسيع مجالات تدخل المحامي يفترض في المقابل التفكير بجدية في تدعيم الكفاءة المهنية للمحامي حتى يتمكن هذا الاخير من مجابهة النسق المرتفع في تطور المعاملات والخدمات القانونية. ذلك ان الرقي بمهنة المحاماة إلى افضل المراتب يقتضي السعي إلى تكوين المحامي تكوينا متكاملا ومعمقا في كافة المجالات القانونية [32]. و في هذا الإطار يتنزّل بإيجابيّة الفصل 12 من مشروع القانون الأساسي المنظّم لمهنة المحاماة و النّاصّ على ما يلي : " ينظّم المعهد دورات تكوينيّة سنويّة إجباريّة بالتّنسيق مع الهيئة الوطنيّة للمحامين بقصد استكمال خبرة المحامين المباشرين كلّ ذلك حسبما يضبطه النّظام الدّاخلي للمعهد تشفع بمنح شهائد تخصّص."...

---

[30] و الحماية المقرّرة للمحامي في القانون المصري أكثر نطاقا من المقرّرة للهيئة القضائيّة الّتي بقيت قاصرة على " أثناء انعقاد الجلسة" و هو نطاق زمني محدود باعتبار أنّ مجال حماية المحاماة " أثناء القيام بأعمال المهنة أو بسببها ". فينقص القانون الجزائي التّونسي فصل يمنع الإعتداء على المحامين و يقرّر عقوبة سالبة للحريّة لحماية المحامين من التّهديدات و الإعتداءات الّتي قد تطالهم.

[31] التّقرير الأدبي للكتابة العامّة للهيئة الوطنيّة للمحامين للسّنة القضائيّة 2017-2018.

[32] وفي هذا السياق نشير إلى ان من اهم توصيات لجنة وزراء الدول الاعضاء في المجلس الاوربي الصادرة في 2000/10/25 نجد تاكيدا واضعا على "اتخاذ كل التدابير اللازمة لجعل التكوين القانوني والاخلاق العالية المستوى شرطا اوليا لدخول المهنة مع السهر على التكوين المستمر للمحامين ... ويجب ان يهدف التكوين القانوني بما في ذلك برامج التكوين المستمر إلى تقوية الكفاءة المهنية وتحسين المعلومات حول مختلف المسائل وحقوق الانسان وتكوين المحامين على احترام وحماية وتدعيم حقوق ومصالح حرفائهم والمساهمة على حسن ادارة العدالة"...

إنّ التّكوين المستمرّ للمحامي من شأنه أن يمكّنه من اسداء خدمة قانونية ذات جودة عالية لا نجدها عند بقية مسدي الخدمات القانونية و ذلك عبر :

*** التشجيع على المكاتب المتعددة الاختصاص [33] ...**

*** المناداة بتوفير النّشريّات المتضمّنة لفقه القضاء ولتبويب القوانين[34]...**

*** العمل على تقليص الاكتظاظ وكثرة الملفات بالمحاكم[35]...**

كل هذه الآليات وغيرها تهدف إلى دعم الكفاءة المهنية للمحامي وإكسابه أكثر حرفية مما يخول له تقديم خدمة ناجعة وسليمة وكفيلة بضمان حقوق الحرفاء رغم تشعب المادة القانونية وارتفاع نسق تطور المعاملات. وبذلك فإن هذه الجودة في تقديم الخدمة القانونية ستؤكد القيمة الثابتة والاضافية للمحامي مقارنة بالمتطفلين على المهنة، وهو ما من شأنه أن ينعكس بصفة ايجابية على وضعية المحامي الذي سيكون الحريف في أشد الحاجة إلى خدماته بعد أن تسعى الهيئة الوطنية للمحامين إلى القضاء على المنافسة غير المشروعة للمهنة ...

هذا و تتعدّى مقتضيات شراكة المحامي في إقامة العدل بأن يتمّ تجاوز مفهوم محدوديّة وجوبيّة إنابته في بعض القضايا كالجنايات ( الفصل141 م إ ج[36] ) و الطّفل الجانح (الفصل 77 من مجلّة حماية الطّفل[37]) إلى الوجوبيّة في جميع الأطوار. و في وجوبيّة الإنابة كذلك ضمانة لنجاعة الشّراكة...

---

[33] يقصد بالمكاتب المتعددة الاختصاص تجمع عدة اشخاص لهم اختصاصات متنوعة يسعون معا إلى تقديم افضل خدمة ممكنة للحريف دون المساس بمبادئ العمل الجوهرية لكل مهنة او تخصص فهذه المكاتب تمكن المحامي من السيطرة على التضخم الهائل للقواعد القانونية ومن المشاركة في الالمام بالمسألة المطروحة على المكتب من جميع جوانبها حتى يعطي للحريف خدمة قانونية متكاملة ومدعمة.

[34] ( بحسب الميادين التي تنظمها بالاضافة إلى تمكين المحامين من وسائل بحث متطورة تيسّر له الاطلاع على القرارات والاحكام القضائية كتخصيص برنامج معلوماتي يجمع فيه فقه القضاء ويوضع على ذمة المحامي بالمحاكم. )

[35] لما لذلك من تأثير سلبي ومباشر على جودة الدفاع الذي يروم المحامي تقديمه هذا من جهة، ومن أخرى يجعل المحامي يجابه بضعف تعليل الاحكام في القضايا التي ترافع فيها.

[36] جاء بالفصل 141 من م إ ج : " ... والاستعانة بمحام وجوبية أمام المحكمة الابتدائية المنتصبة بمقر محكمة استئناف عندما تنظر في الجنايات وكذلك أمام الدائرة الجنائية الإستئنافية بمحكمة الاستئناف. فإذا لم يعين المتهم محاميا، يعين الرئيس من تلقاء نفسه أحد المحامين للدفاع عنه (نقحت بالقانون عدد 43 لسنة 2000 المؤرخ 17 أفريل 2000".

[37] جاء بالفصل 77 من م ح ط : ".. يجب على وكيل الجمهوريّة تسخير محام إذ لم يسبق للطّفل أن انتدب محاميا للدّفاع عنه".

# المبحث الثّاني: على مستوى الضّمانات

لابّدّ للضّمانات القانونيّة لنجاعة شراكة المحاماة في إقامة العدل أن تمرّ بحصانة المحامي **(قسم أوّل)** ثمّ تفعيل دوره **(قسم ثاني)**.

## قسم أوّل: في حصانة المحامي:

إنّ دسترة المهنة يعني وجوبيّة احترام الدّولة وسلطاتها الثّلاث أي القضائيّة والتّشريعيّة والتّنفيذيّة لهذه الصّفة " الدّستورية " و وجوبية احترام المحاماة وإعطائها الضّمانات الكافية لممارسة مهامها[38]. وتتمثّل هذه المهام في المشاركة في إقامة العدل والدّفاع عن الحرّيّات والحقوق الإنسانيّة وذلك في إطار قانونيّ يضمن ذلك.

تتعلّق الفقرة الثانية من الفصل 105 من الدستور التونسي الجديد بإقرار تمتع المحامي بالضمانات القانونية[39] التي تكفل حمايته وتمكنه من تأدية مهامه[40] فهي بالتالي تمهّد لحصانة المحامي في عمله في تقاريره ومرافعاته ومكتبه.

تحيل هذه الفقرة لتنصيصات الفصل 47 من المرسوم المنظم للمهنة لسنة 2011 والذي جاء فيه ما يلي: " لا تترتب عن الأعمال والمرافعات والتقارير المنجزة من المحامي أثناء مباشرته لمهنته أو بمناسبتها أية دعوى ضده. ولا يتعرض المحامي تجاه الهيئات والسلطات والمؤسسات التي يمارس مهنته أمامها إلا للمساءلة التأديبية وفق أحكام هذا المرسوم"[41].

وتحيل كذلك للقرار التّعقيبي الصادر تحت عدد 3528 بتاريخ 26 ماي 2014 والذي أبدت فيه محكمة التعقيب رأيها حول الموضوع وجاء فيه: " ولئن أقر الفصل 47 المذكور مبدأ عدم تعرض المحامي تجاه الهيئات والسّلطات التي يمارس مهنته أمامها إلا للمساءلة التّأديبية فإنّه يجدر التّذكير بأن مبدأ عدم المؤاخذة غير مرتبط بذات المحامي أو بشخصه باعتبار أن كل شخص مسؤول عن تبعة أفعاله إذا كانت تدخل تحت طائلة التجريم عدا بعض الحالات الخاصة المتعلقة بفقدان العقل وعدم التمييز لصغر السن ...وإنما تجد مبررها في حماية مهنة المحاماة عند ممارستها بالوجه المبين بالقانون حتى يتمكن المحامي من القيام بالمهام المنوطة بعهدته بالأريحيّة اللاّزمة لذلك".

و تجدر الإشارة وأنّه أعفي المحامي في القانون المصري من المسؤوليّة عند ممارسة حقّ الدّفاع فقد اقتصرت المادّة 47 من القانون 17/83 أنّه " للمحامي أن يسلك الطّريقة الّتي يراها ناجحة طبقا

---

[38] لابدّ من التّكاتف في سبيل المطالبة بتسوية أوضاع المحامين و منحهم الضّمانات اللاّزمة لأداء وظيفتهم على الشّكل الّذي يعيد هيبة الحكم و الدّفاع على المستوى المطلوب. يراجع: رفيقة الكهالي مقال نشر في " مارب برس" 2012 قانون يمني.

[39] أنظر مقال لبنى المشيشي، المحامي شريك في إقامة اعدل، الأخبار القانونيّة، مجلّة القانون، عدد255/254 فيفري 2018 ص 34-35.

[40] " يتمتّع المحامي بالضّمانات القانونيّة الّتي تكفل حمايته و تمكّنه من تأدية مهامّه" الفصل 105 من الدّستور.

[41] جاء الفصل 47 من مرسوم 2011 ملغيا و معوّضا لأحكام الفصل 46 من القانون عدد87 لسنة 1989 الّذي جاء فيه أنّ المحامي لا يجري تتبّعه من أجل الثّلب أو الشّتم أو القذف أو النّميمة " إلاّ إذا ثبتت سوء النّيّة ". و أصبح المحامي محميّا بالقانون بموجب أحكام الفصل 47 عند قيامه بأعماله إذ لا يترتّب عن الأعمال و المرافعات و التّقارير المنجزة من المحامي أثناء مباشرته لمهنته أو بمناسبتها أي دعوى ضدّه و لا يتعرّض تجاه الهيئات و السّلطات و المؤسّسات الّتي يمارس مهنته أمامها إلاّ للمسائلة التّأديبيّة. و بذلك تمّ تجاوز الإعتباطيّة في تقدير سوء نيّة المحامي من قبل القضاة.

لأصول المهنة في الدّفاع عن موكّله، و لا يكون مسؤولا عمّا يورده في مرافعته الشّفويّة أو مذاكرته المكتوبة ممّا يستلزمه حقّ الدّفاع." هذا و لم تقتصر حماية القانون المصري للمحامي فيما يخصّ تنظيم المهنة فحسب بل عزّز ذلك بالمادّة 309 من قانون العقوبات و الّذي جاء به " لتسري أحكام المواد 306،305،303،302 و 308 على ما يسنده أحد الأخصام في الدّفاع الشّفوي أو الكتابي أمام المحاكم، فإنّ ذلك لا يترتّب عليه إلاّ المقاضاة المدنيّة أو التّأديبيّة"[42]...

و قد أقرّ القانون اللّبناني بدوره في المادّة 74 منه أنّ الحقّ في الدّفاع حقّ مقدّس و لذلك لا يسأل المحامي و لا يترتّب عليه أيّ دعوى بالذّمّ او القدح أو التّحقير من خلال مرافعاته الخطّيّة أو الشّفاهيّة ما لم يتجاوز حدود الدّفاع و إن خرجت عن حدود الدّفاع يصبح مسؤولا عنها مسؤوليّة مدنيّة و جزائيّة[43]..

يكون المحامي عند مباشرته لمهنة المحاماة عرضة للإيقاع به بافتعال جرائم أو أفعال غير حقيقيّة ضدّه ما دفع بالتّشريع التّونسي إلى حمايته عند تتبّعه جزائيّا، و ذلك بقواعد و إجراءات خاصّة لتتبّع المحامي جزائيّا صلب الفصل 46 من المرسوم و ذلك بأن يتمّ إعلام رئيس الفرع الجهوي المختصّ بذلك حينا و إحالته مباشرة على قاضي التّحقيق دون استنطاقه أمام باحث البداية و ذلك بحضور رئيس الفرع الجهوي أو من ينوبه[44]...

كما منع القانون التّونسي تفتيش مكتب المحامي إلاّ في حالة التّلبّس و شرط إعلام مسبّق لرئيس الفرع الجهوي المختصّ و بحضور المحامي نفسه و قاضي التّحقيق و رئيس الفرع الجهوي أو من ينوبه[45]، وليس لقاضي التّحقيق الإطّلاع على ملفّات أو وثائق لا صلة لها بالقضيّة موضوع التّعهّد" فمن الضّروري أن تكفل الحكومات بأن تمكّن المحامين من أداء جميع وظائفهم المهنيّة بدون تخويف أو إعاقة أو مضايقة أو تدخّل غير لائق على السّواء و بأن تحول دون تعريضهم للملاحقة القانونيّة أو العقوبات الإداريّة أو الإقتصاديّة أو غيرها بمناسبة قيامهم بعمل يتّفق مع واجبات و معايير و

---

[42] و قد قضت محكمة النّقض المصريّة أنّه " و لمّا كان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أنّ حكم المادّة 3095 من قانون العقوبات ليس إلاّ تطبيقا لمبدأ عامّ هو حرّيّة الدّفاع بالقدر الّذي يستلزمه و أنّ هذا الحقّ أشدّ ما يكون ارتباطا بالضّرورة الدّاعية إليه و أنّ الفصل فيما إذا كانت عبارات السّبّ و القذف بما يستلزمه الدّفاع متروك لمحكمة الموضوع". ( نقض جنائي 1993/10/24- مجموعة المكتب الفنّي س 44 ص 854 ).

[43] كما أضاف بالمادّة 75 منه أنّه " لا يجوز التّوقيف الإحتياطي في دعوى الذّمّ أو القدح أو التّحقير الّتي تقام على محام بسبب الأقوال أو كتابات صدرت عنه أثناء ممارسته مهنته و لا يجوز أن يشترك برؤية الدّعوى أحد قضاة المحكمة الّتي وقع فيها الحادث. و قد تضمّنت مبادئ الأمم المتّحدة الأساسيّة مجموعة من المبادئ كضمانات لأداء المحامين لمهامّهم تكفل الحكومات للمحامين: القدرة على أداء جميع وظائفهم المهنيّة دون تخويف أو إعاقة أو مضايقة أو تدخّل غير لائق و عدم تعرّضهم أو التّهديد بتعريضهم للملاحقة القانونيّة أو العقوبات الإداريّة و الإقتصاديّة و غيرها نتيجة قيامهم بعمل يتّفق مع واجبات و معايير و آداب المهنة المعترف بها، توفير السّلطات ضمانات حماية كافية للمحامين إذا تعرّض أمنهم إلى للخطر من جرّاء تأدية وظائفهم، أو عدم جواز أخذ المحامين بجريرة موكّليهم أو قضاياهم."

[44] و هذا ما أقرّه كذلك القانون اللّبناني بالمادّة 79 منه " باستثناء حالة الجرم المشهود لا يستوجب محام عن جريمة منسوبة إليه قبل إبلاغ الأمر لنقيب المحامين الّذي يحقّ له حضور الإستجواب بنفسه أو بواسطة من ينتدبه من أعضاء مجلس النّقابة.

و كذلك الفصل 12/69 من القانون السّوري: " في حالة الجرم المشهود يجوز توقيف المحامي أو تحريك الدّعوى العامّة بحقّه قبل إبلاغ مجلس الفرع التّابع له ليكون على علم و اطّلاع على كافّة الإجراءات المتّخذة ضدّه".

[45] جاء بالمادّة 77 من القانون اللّبناني أنّ " كلّ قرار قضائي يقضي بتفتيش مكتب محام أو بحجز أموال موجودة فيه أو بجرد موجوداته لا ينفذ إلاّ بعد انقضاء 24 ساعة على الأقلّ على إيداع صورة عنه لمركز النّقابة الّتي يتنمي إليها مع دعوى موجّهة للنّقيب لحضور الإجراءات بنفسه أو بواسطة عضو ينتدبه لهذه الغاية من أعضاء مجلس النّقابة".

أمّا في القانون السّوري فقد اكتفى بالتّنصيص على كون إجراء الحجز أو التّفتيش أو الإستجواب دون حضور رئيس مجلس الفرع النّقابي إجراءا قابلا للإبطال.

أمّا القانون المصري فقد أكّد على عدم جواز تفتيش مكتب المحامي إلاّ بمعرفة أحد أعضاء النّيابة العامّة بذلك دون أن يذكر ضرورة إعلام و حضور نقابة المحامين.

آداب المهنة المعرف بها، كما يحمل على السلطات توفير ضمانات حماية كافية للمحامين إذا تعرّض أمنهم للخطر من جرّاء تأدية و ظائفهم مع التّنصيص على عدم جواز أخذ المحامين بجريرة موكّليهم أو بقضايا هؤلاء الموكّلين نتيجة لأداء مهامّهم و وظائفهم و على عدم جواز أن ترفض أي محكمة أو سلطة إداريّة الإعتراف بحقّ أيّ محام في الحصول على المشاورة في المثول أمامها نيابة عن موكّله، ما لم يكن هذا المحامي قد فقد أهليّته طبقا للقوانين و الممارسات الوظيفيّة و طبقا لهذه المبادئ[46]...

و يبدو أنّ المشروع الحديث للقانوني الأساسي المنظّم لمهنة المحاماة[47] متّسقا بإيجابيّة مع ما سبق تبيانه و الّذي جاء **بفصله الأوّل** ما يلي: " المحاماة مهنة حرّة مستقلّة تشارك في إقامة العدل و تدافع عن الحقوق و الحرّيات.

تضمن السّلطة العموميّة للمحامي الحماية القانونيّة اللاّزمة لشخصه و مكتبه من تأدية مهامّه طبق مقتضيات الدّستور و الأحكام المبيّنة بهذا القانون."

# قسم ثاني: في فعاليّة دور المحامي

إنّ فعاليّة دور المحامي يتمحور في جوهره حول غايتين اساسيتين : من خلال حماية بعض المجالات في الميدان القانوني والقضائي من تدخل غير المحامي فيها **(فقرة أوّلى)** ، و من خلال وجود بعض المجالات الاخرى في الميدان نفسه في حاجة إلى تدخّل المحامي ليمنحها النجاعة المطلوبة **(فقرة ثانية).**

## فقرة أولى: مجالات في حاجة إلى حماية

إنّ تدخّل غير المحامي في بعض المجالات القانونية والقضائية اصبح يشكل اليوم اما نوعا **من المنافسة غير المشروعة (1)** أو نوعا **من الممارسات غير المشروعة (2)** لا يتماشى مع نبل مهنة المحاماة وشرفها وحق المواطن في الدّفاع عن نفسه بنزاهة واعتمادا على كفاءة معرفية. مما يتحتّم معه التّدخل لحماية هذه المجالات وتخصيصها بالمحامي.

### 1/ الحماية من المنافسة الغير مشروعة:

نقصد خصوصا مجال تحرير العقود الخاضعة للترسيم بالسجل العقاري **(أ)** و المتداخلين في المهنة **(ب)**

**أ- المحامي وتحرير العقود الخاضعة للتّرسيم بالسّجلّ العقّاري:**

لئن مكن الفصل 377 مكرر م ج ع المحامين المباشرين من غير المتربصين ان يتولوا تحرير الصكوك والاتفاقات الخاضعة للترسيم بالسجل العقاري ، إلاّ أنّه في ذات الوقت أسند الاختصاص للإدارة لتحرير مثل هذه الكتائب ونقصد بذلك حافظ المكلية العقارية ، والمديرون الجهويّون وكذلك اعوان ادارة الملكية العقارية المكلفون بمهمة التحرير. ولعل ذلك ينسجم مع ما ورد بالفصل 316 من نفس المجلة

---

[46] الأ. منجي الغريبي، " موجز الضّوابط القانونيّة و الأخلاقيّة في ممارسة مهنة المحاماة" ص3 و 4.
" لقد ناضل المحامون من أجل الحصول على ضمانات تمكّنهم من التّعهّد بمهامّهم دون تراجع أو تململ خاصّة عندما سعى النّظام البائد إلى " حشر المحامين في وضع قانوني يتّسم بالهشاشة و ضعف الضّمانات القانونيّة"، ليخرج المحامي من عنق الزّجاجة و يكون شريكا فعليّا في إقامة العدل.

[47] الملحق عدد 3

من كون ادارة الملكية العقارية مكلفة بتحرير العقود المتعلقة بالعقارات المسجلة[48] ...
ان اقرار اختصاص ادارة الملكية العقارية بتحرير العقود المتعلقة بالعقارت المسجلة مقابل تعريفة مؤسسة على جدول معاليم على النحو المذكور انفا، يعد شكلا من اشكال المنافسة غير المشروعة لعمل بقية محرري العقود في هذا المجال عامة، ولعمل المحامي خاصة نظرا وان المصلحة المادية للحريف تفرض عليه التحرير لدى اعوان الادارة بمعلوم بسيط يعتبر رمزيا مقارنة مع اجرة المحامي التي ترتبط بمستواه المعرفي ونوع الخدمة التي يسديها في هذا المجال او غيره من المحررين المختصين بتحرير هذه العقود ...

ولعل ذلك من شانه او يؤدي حتما إلى تقليص تدخل المحامي في ميدان التحرير، والحال وانه الاجدر من غيره على الاضطلاع بهذه المهام بالنظر إلى كفاءته القانونية، واحتكاكه اليومي بعمل المحاكم وما يفرزه من فقه قضاء يتعلق بما قد ينجر عن تحرير هذه العقود من اشكاليات على صيعد التطبيق بمناسبة ما يطرح بشأنها من نزاعات. وهذا الالمام المعرفي للمحامي (نظريا وتطبيقيا) يمكنه من اسداء افضل الخدمات في ميدان التحرير بصورة تجعله مميزا عن غيره بما ان دور المحامي سيكون وقائيا بالحد من النزاعات التي تنشا عن تحرير العقد بتقديمه للإرشاد والنصح استنادا لا فقط على نص القانون بل على تطبيقاته القضائية...

**ب- المحامي والمتداخلين في المهنة:**

*** المحامي والوكالة على الخصام:** حجر الفصل 26 من القانون عدد 87 المؤرخ في 1999/09/07 المتعلقة بتنظيم مهنة المحاماة الوكالة على الخصام لغير المحامين . وحتى في القضايا التي تكون فيها انابة المحامي غير وجوبية ، فانه حصر الاشخاص الذين بإمكانهم انابة غيرهم لدى القضاء في ثلاث هم الاصول والفروع والازواج وشريطة الادلاء بتوكيل خاص في الغرض علما وان الفصل 1118 م ا ع يوجب ان يكون التوكيل على الخصام بالحجة العادلة.

وفي مقابل هذا التحجير ، نجد ان المشرع مكن بالفصل 204 من مجلة الشغل المتقاضين من الاستعانة لدى دائرة الشغل اما بعامل او بصاحب عمل مباشر لنفس مهنتهم او انابة احدهم عنهم . ويكفي في الوكالة هنا ان تكون محررة على ورق عادي او بأسفل مطلب الدعوى او نسخته ...

ان قراءة مجمل هذه الاحكام تستدعي ابداء ملاحظتين على الاقل:

**ملاحظة الاولى :** لقد ثبت من خلال الواقع العملي للمحاكم وان عديد الاشخاص غير الاصول والفروع والازواج ينوبون غيرهم امام القضاء بمجرد تقديمهم لتواكيل خطية معرف فيها بالإمضاء لا غير. ونلمس ذلك بالخصوص في القضاء الاستعجالي وقضاء الناحية والمحكمة العقارية وغير ذلك من الميادين. ولعل قبول هؤلاء الوكلاء من القضاء يعد خرقا واضحا لأحكام القانون، ويشكل في الوقت ذاته

[48] وقد نص الفصل 2 من القانون عدد 84 لسنة 1992 المؤرخ في 1992/08/06 على انه "تضبط بامر المبلغ الواجب دفعه مقابل تحرير العقود من طرف ادارة الملكية العقارية. "
وبالاطلاع على التعريفة التي تضبط معلوم تحرير العقود من قبل ادارة الملكية العقارية نجد وانها جاءت في شكل جدول كالاتي:
-عقد بقيمة ثلاثون الف دينار المعلوم المستوجب ثلاثون دينارا.
-المبلغ الذي يفوق 30 الف دينارا والى حد 60 الف دينار.% 0.2 !
-المبلغ الذي يفوق 30 الف دينارا والى حد 60 الف دينار.% 0.1 !

حدا لعمل المحامي ومنافسة غير مشروعة للمهنة بتداخل أطراف تنقصهم المعرفة القانونية وغير مؤهلين قانونا للنيابة امام القضاء. وهنا يكون من الضروري تعاون الهيئة مع القضاء وحرص المحاكم على مراقبة سلامة التّواكيل ومدى مطابقتها لأحكام القانون للحدّ من مثل هذه الممارسات.

و تجدر الإشارة و أنّ مشروع القانون الأساسي المنظّم لمهنة المحاماة لا يزال متشبّثا باستثناء هذه المجالات من استئثار المحامي بالنّيابة فيها. ( يراجع **الفصل 2-1** من مشروع القانون)

**ملاحظة الثانية :** لئن منح القانون في المادة العرفية امكانية الانابة لغير المحامي و باجراءات مبسطة، فان ذلك سيكون حتما على حساب ضمان نجاعة الدفاع لا سيما امام التشعب الذي تشهده مادة قانون الشغل في السنوات الاخيرة يعود إلى عديد المعطيات نذكر منها بالخصوص التّنقيحات التي فرضها الواقع العملي وما افرزه من تحيل على القانون واستغلال ثغراته للتلاعب بحقوق الاجير خاصة في ميدان عقد الشغل المحدد المدة، والضمان الاجتماعي، والمنح وغيرها من المجالات هذا من جهة. ومن أخرى ، تأثر قانون الشغل بالأوضاع الاقتصادية للمؤسسة خاصة في صورة مرورها بصعوبات حيث منحها القانون الاولية في الانقاذ ولو على حساب حقوق عملتها.

ولعل هذا التّشعّب يفرض وبالضرورة تدخل رجل القانون لأنه يعتبر الاكثر كفاءة للدّفاع وحماية المصالح بصورة تمكن من تحقيق غاية التّشريع دون المساس بحق على حساب الاخر ، وللحد من الممارسات المقنعة لبعض الاشخاص والناجمة عن ثغرات القانون خدمة لمصالحهم على حساب طرف ضعيف في العلاقة الشغيلة اراد له المشرع توفير الحماية.

## 2/ الحماية من الممارسات غير المشروعة:

يقصد بالممارسات غير المشروعة جملة التصرفات المستترة تحت غطاء القانون بصورة تحد من عمل المحامي او تؤدي إلى تشويه سمعة المهنة ونبلها . وهذه الممارسات تتخذ احد المظهرين الآتيين :

. **المظهر الاول** : يتمثل في تدخل عديد المهنيين كالمستشارين الجبائيين والمحاسبين والكتاب العموميين وممارستهم لعمل المحامي من تحرير عرائض وتقارير وعقود واذون وشكايات ... والحال وان مثل هذه الاعمال تعد من ذات وطبيعة مهنة المحامي.

وقد ثبت من خلاص الواقع العملي وان المحاسب او المستشار الجبائي يضطلع بهمة "الدفاع " خلال كامل اطوار التقاضي خاصة ميدان قانون الاعمال ويكون عمله هذا مستترا اذ ان المتقاضي هو الذي يظهر امام القضاء ويقدم ما دونه له المحاسب او المستشار الجبائي من ملحوظات ولن يتحمل هذا الاخير أي عناء وفي ذلك.

وفي هذا الاطار ، يمكن ان نلاحظ في القانوني الفرنسي ، وان كان مسموحا للخبراء المحاسبين بإعطاء الاستشارات القانونية ، فذلك مقيد بأمرين اثنين : الاول ان تكون هذه الاستشارات لفائدة

المؤسسات التي يباشر فيها مهمة الحسابيات بصورة متواصلة ، والثاني ان تكون هذه الاستشارات داخلة وفي علاقة مباشرة بالأعمال المحاسبية المكلف بها فقط[49] ...

نفس الشيء يلاحظ بالنسبة للكتبة العموميين الذين اصبح تدخلهم في الميدان القضائي شاسع جدا . والحال وان هؤلاء المتداخلين ليست لهم الكفاءة القانونية الكفيلة بضمان حقوق المتقاضين.

كما ان عملهم هذا يعد تعطيلا لعمل القضاء لعدم تمرسهم بمادة الاجراءات التي تعد من جوهر التنظيم القضائي هذا فضلا عما تشكله مثل هذه الممارسات من مزاحمة غير مشروعة لمهنة المحاماة.

ولعل ذلك ما يحتم تدخل المشرع للحد منها وحماية هذه المجالات وخصها بالمحامين دون غيرهم لضمان الدفاع الناجع للمتقاضي عن حقوقه وذلك بإقرار جزاء لكل مجاوزة وتطفل على المهنة [50].

و للأسف فإنّ مشروع القانون المنظّم لمهنة المحاماة لا يزال محافظا على إمكانيّة التّمثيل لدى المصالح الجبائيّة و الإداريّة دون الوجوبيّة. ( يراجع الفصل 2-5)

. **المظهر الثاني** : يتمثل في تفشي استجلاب الحريف بصور غير مشروعة. و أصل هذا الداء يكون اما بواسطة سماسرة مهمتهم السعي في توجيه الحريف للمحامي بطرق غير مشروعة وفي مقابل ذلك يتقاضون اجراء من المحامي. واما بنزول المحامي بالأجر إلى حد لا يليق بشرف المهنة ولا يتماشى مع كفاءة المحامي العلمية ونوعية الخدمة التي يسديها.

وهنا يأتي دور الهيئة في المراقبة والتصدي لمثل هذه الممارسات التي تمس من نبل المهنة وسمعتها بما يمنحه لها القانون من سلطة في المجال التأديبي.

## فقرة ثانية : مجالات في حاجة إلى محامي

يفتقد المحامي في عديد الميادين سواء كان في غير مجال النّزاعات **(1)** أو في مجالها **(2).**

### 1/ في غير مجال النّزاعات:

نخصّ بالذّكر دون الحصر مجال المؤسّسات الإقتصاديّة **(أ)** ، تحرير العقود **(ب)**، وجوبيّة

**أ- المحامي والمؤسّسات الاقتصادية :**

ان ما يميز ميدان الاعمال في بلادنا اليوم هو تعدد القوانين المنظمة له . وهذا التعدد ذو وجهتين : فمن وجهة القانون الداخلي ، نلاحظ وان التنظيم القانوني للاعمال عرف تطورا كميا هائلا في القواعد القانونية وذلك في مجالات عدة مترامية الاطراف (جباية ، تجارة ، شركات ، منافسة ) .

---

[49] )l'article 22 de l'ordonnance no 45 -2138 du 19/09/1945 modifiée par la loi no 94-679 du 8 aout 1994(

[50] وعلى هذا الاساس، يكون من المتجه النسج على منوال القوانين المقارنة التي تجعل من النيابة والترافع امام المحاكم من اختصاص المحامي دون سواه . ومن الاستشارة القانونية ميدانا مخصصا للمحامي دون سواه ايضا . وفي هذا الاطار نشير إلى الفصل الثالث من القانون المصري المعدل سنة 1992 الذي ينص صراحة : " بانه **لا يجوز لغير المحامي مزاولة اعمال المحاماة** وتعد من اعمال المحاماة :

-الحضور عن ذوي الشان امام المحاكم وهيئات التحكيم والجهات الادارية ذات الاختصاص القضائي وجهات التحقيق الجنائي والاداري ودوائر الشرطة والقيام باعمار المرافعات والاجراءات القضائية.

-ابداء الراي والمشورة القانونية.

-صياغة العقود واتّخاذ الاجراءات اللاّزمة لشهرها او توثيقها ."

وفي نفس السياق ، فان القانون الفرنسي المنظم لمهنة المحاماة ينص في فصله 4 **بان الوكالة والنيابة والمرافعة هي من اختصاص المحامين دون سواهم** . كما ان القانون الفرنسي المعدّل في 1990/12/31 ادمج المستشارين القانونيين في سلك المحاماة وخص المحامين دون سواهم بالاستشارة القانونية.

أمّا عن القانون الاجنبي ، فان الانفتاح الاقتصادي على العالم الخارجي الذي يسير بنمو مستمر ، يتحتم معه الالمام بالأنظمة القانونية المقارنة حتى يتحقق للمؤسسة الاقتصادية اثناء عملها بالخارج التأطير المناسب والمتكامل[51].

ومن هذا المنطلق ، اصبح متحتما اليوم على المؤسسة الاقتصادية ان يكون إلى جانبها محاميا يمنحها قيمة مضافة من خلال تطور وتنوع الخدمات التي يقدمها لها حتى تتمكن من العيش في مامن من كل المخاطر والارتقاء بها إلى الافضل خاصة وانها تعمل في مناخ اقتصادي تحكمه المنافسة والجودة.

وعلى هذا الاساس ، فانه من المتجه الاسراع باقرار وجوبية وجود المحامي من ضمن الهياكل الفاعلة بالمؤسسة الاقتصادية خاصة بالنسبة للشركات ذات الاهمية كشركات الاسهم ، والشركة ذات المسؤولية المحدودة التي لها راس مال مرتفع والتي فرض فيها المشرع وجود مراقب للحسابات .
فحاجة مثل هذه المؤسسات إلى رجل قانون يكون إلى جانبها في كل اعمالها وعلاقاتها لا يقل اهمية عن حاجتها لمراقب لحساباتها ممّا يقتضي تكريس تعاون جدّي بين محامي المؤسسة ومراقب حساباتها حتّى نمكنها من خدمة معمقة ومتكاملة مبنية على جميع المعطيات القانونية والجبائية والمحاسبة[52]...

ولمّا كان عمل المؤسسة الاقتصادية، بالخصوص منها الشركات، يرتكز بالأساس في تنظيمه إلى عقود واتفاقات تكوينها (les statuts ) ، فان تحرير الكتائب المتضمنة لها يشكل احد اهم الجوانب في نشاط المؤسسة ووجودها. لذلك كان لا بد من اعطائه الاهمية القصوى بالنظر إلى ما يتطلبه من حنكة والمام بالتقنيات التعاقدية وبالنتائج القانونية المنجرة عنها . وعليه ، فانه يكون من الاجدر تخصيص المحامي بتحرير القوانين الاساسية للشركات لأنه يبقى الاقدر من غيره للاسباب المبينة سابقا على ذلك خاصة وان المشرع قد اقر في عديد من العقود وجوبية تحريرها بواسطة المحامي ، وهذه العقود على اهميتها لا ترقى إلى اهمية الاتفاقات المؤسسة للشركات لما لها من تأثير مباشر على النظام العام الاقتصادي.

**ب- المحامي وتحرير العقود:**

إلى جانب عقود تاسيس الشركات المشار اليها انفا ، فان عديد العقود الاخرى اصبحت تقتضي في تحريرها تدخل رجل القانون ونعني بذلك المحامي. ولعل هذا التدخل تفرضه اعتبارات عدة تختلف بحسب طبيعة كل عقد وما يترتب عنه اثار قد لا تقتصر على طرفيه فحسب، بل تهم عديد المصالح الاخرى. ومن بين هذه العقود وعلى سبيل الذكر لا الحصر نورد ما يلي :

---

[51] ولعل المؤسسات الاقتصادية في اشد الحاجة اليوم إلى من يؤطرها من الناحية القانونية وذلك في كامل مراحل وجودها منذ التكوين إلى الحل والتصفية مرورا بكل التغييرات الهيكلية والعوامل الطارئة على وجودها من اندماج وانقسام وتجمع وهنا يظهر المحامي الشخص الاكثر نجاعة في مجال تقديم الخدمات القانونية للمؤسسة الاقتصادية خاصة بالنظر إلى طبيعة عمله واحتكاكه اليومي بالمحاكم مما يمكنه، وخلافا لبقية مقدمي الخدمات القانونية، من اسداء خدمات قانونية للمؤسسة تكون في جانب هام منها مستندة على البعد التطبيقي والعملي للقاعدة القانونية وهذا عين ما تطلبه المؤسسة الاقتصادية التي هي في حاجة إلى خدمة سريعة وفاعلة لا إلى استشارات نظرية مطولة لا تتلاءم مع حاجياتها.

[52] وقد رأى بعض الفقهاء في تونس وعلى راسهم الاستاذ نور الدين الغزواني ان وجود المحامي بشركة تجارية يسهل عمل الشركة ويساعد على تطبيق القانون الاساسي تطبيقا سليما وينقص من النزاعات والقضايا وهو ما انتهجه المشرع الفرنسي منذ قانون 31 / 12 / 1971 وكذلك المشرع المغربي بقانون المحاماة الصادر خلال 1979.

***وجوبية المحامي في تحرير عقد بيع العقارات غير المسجلة:** ان بيع العقار غير المسجل لا يختلف فيما يترتب عنه من التزامات واثار عن تلك المترتبة عن بيع العقار المسجل . ولذلك يبقى من المفارقات اخضاع هذا الاخير إلى وجوبية تحريره من اشخاص مختصين واعفاء الاول من ذلك خاصة وان بيع العقار غير المسجل يقتضي التثبت قبل التحرير من عديد المعطيات الهامة[53]. ولعل جملة هذه المعطيات وغيرها لا يمكن ان يتحقق نجاحها الا اذا ما اسندنا اختصاص التحرير إلى اشخاص لهم الكفاءة والالمام القانوني بمثل هذه الجوانب وعلى راسهم نجد المحامي.

*** وجوبية المحامي في تحرير عقد الشغل المحدد المدة:** بالنظر إلى ما يتطلبه ذلك من توفير حد ادنى من الحماية للاجير باعتباره طرفا ضعيفا في العلاقة الشغلية خاصة وان هذا النوع من العقود لا يضمن له الاستقرار في العمل هذا من جهة ، ومن أخرى ، فقد ثبت من خلال الواقع العملي استغلال المؤجرين للثغرات الموجودة في نصوص القانون للتحيل والمساس بحقوق العملة وهو ما يفسر تدخل المشرع في مناسبات لمزيد احكام وتنظيم عقد الشغل المحدد المدة.

وبالتالي ، فان اقرار وجوبية المحامي لتحرير عقد الشغل المحدد المدة يكون الكفيل الوحيد لضمان حقوق العامل في هذا المجال بمنع كل تحيل او تعسف من المؤجرين.

***وجوبية المحامي في تحرير البعض من عقود الكراء :** ونذكر بالخصوص هنا عقد الكراء التجارية وعقد الكراء الفلاحي...

***وجوبية المحامي في تحرير العقود المتعلقة بالأسهم والحصص والقيم المنقولة والرقاع ...**

***وجوبية المحامي في تحرير العقود المتعلقة بالملكية الصناعية والفكرية...**

وما يمكن استخلاصه من جملة هذه الامثلة وان المعرفة القانونية اصحبت اليوم الركيزة الاساسية لتحرير العقود حتى نضمن لها النجاعة والبقاء للحفاظ على استقرار المعاملات المتعلقة بها من جهة ، ومن أخرى ، حتى نحقق الحماية القانونية المنشودة لكل طرف في العلاقة التعاقدية . و لقد ثبت من خلال الواقع العملي للمحاكم وان العقود المحررة من غير الاشخاص ذوي الكفاءة القانونية كالكتائب العمومي وغيره تكون في اغلبها مصدرا لعديد النزاعات القضائية يكون من السّهل التّقليص منها باقرار وجوبية المحامي في التّحرير .

## 2/ في مجال النّزاعات

توجد عديد النّزاعات القضائيّة الّتي لا يزال انابة المحامي فيها غير وجوبية . والحال أنّها أصبحت اليوم في أشدّ الحاجة إلى حضور المحامي إلى جانب المتقاضي ضمانا لحقوق الدّفاع نظرا للتشعب المتزايد الذي تشهده المادة القانونية والناتج عن التضخم الكمي للقواعد القانونية اذ يكون

---

[53] والتي منها :

- صحة سندات الملكية وتسلسلها وان كانت مدعمة بالحوز من عدم ذلك.
- صبغة العقار موضوع البيع نظرا لما لها من اهمية في تحديد رضا المتعاقد. وبالفعل ، فقد طرحت صبغة العقار عديد النزاعات امام المحاكم متعلقة بطلب ابطال عقود البيع او فسخها من ذلك تمس المشتري بان شراءه للعقار كان لغاية بناء مسكن في حين وان القوانين او التراتيب العمرانية لا تسمح بذلك.
- عدم وجود تحملات على العقار مهما كان شكلها او مصدرها وكذلك كل ما من شانه ان يشكل مانعا للتحرير.
- اعلام المشتري بضرورة خصم نسبة على الثمن بعنوان اداء على القيمة الزائدة العقارية خاصة وان المشرع اوجب هذا الخصم حتى في صورة عدم وجود اية قيمة زائدة عقارية ورتب عن عدم القيام بذلك جزاءات جد صارمة اذ يصبح المشتري متضامنا في دفعها مع البائع.

من الصعب على غير المحامي - بالنظر لكفاءته المعرفية والمهنية – الالمام بها مع تقتضيه من تأويل وتقديم الخاص على العام وغير ذلك من الامور التي تعد من ذات وطبيعة تطبيق القاعدة القانونية على وقائع وجوهر النزاعات المطروحة امام القضاء . فالانتقال بنص القانون من تجرده إلى تطبيقاته العمليّة ليس أمرا سائغا للعموم.

وعلى هذا الاساس ، فان الاقرار وبجوبية المحامي في هذا الاطار من شانه ان يساهم في ضمان المحاكمة العادلة ، ويكون عمل المحامي مشاركا للقضاء في اقامة العدل.

ومن بين هذه النزاعات نذكر ما يلي :

-جعل انابة المحامي وجوبية امام المحكمة العقارية خاصة في مادة التّسجيل الاختياري ومطالب التحيين وذلك بالنظر إلى ان الواقع العملي اثبت وان الملفات المنشورة امام المحكمة العقارية والتي يغيب فيها المحامي تبقى في الكثير من الاحيان معلقة لعدم حرص وقدرة المتقاضي على متابعة الملف بصورة دائمة ، مما نتج عنه بقاء اغلب الاحكام التحضيرية بدون تنفيذ إلى ان يؤول الامر إلى صدور احكام بالرفض بشأنها . ولعل هذا الوضع يشكل عرقلة لعمل القضاء، ويؤدي إلى تراكم الملفات امام المحكمة العقارية دون اية جدوى . والحال وان الاتجاه التشريعي يرمي إلى الحرص على تسوية وضعية الرسوم العقارية وتخليصها من الجمود ...

-جعل انابة المحامي وجوبية لدى قضاء الناحية خاصة بالنظر إلى تطور مجال نظرها في الدعوى من ثلاثة الاف دينار إلى سبعة الاف دينار. هذا فضلا عن ان عديد الدفوعات التي من الممكن التمسك بها تغيب عن المتقاضي وخاصة منها تلك التي لا تهم النظام العام كالاختصاص الترابي ، والتقادم...

-جعل انابة المحامي وجوبية في المادة الجزائية لما لهذه المادة من خطورة على حقوق الانسان والنظام العام وما تقتضيه من ضرورة ضمان محاكمة عادلة للمتهم تتوفر فيها كل السبل الكفيلة للدفاع عن نفسه . ولعل وجود محامي إلى جانبه يعد اهم ركيزة في ضمان ذلك.

وفي هذا الاطار نفسه ، يكون من المتحتم ايضا توسيع مجال منح التساخير لفائدة من تعوزهم الامكانيات قصد تكليف محام ليشمل مادة الجنح والمخالفات ولا يكون مقتصرا عن الجنايات.

-جعل انابة المحامي وجوبية امام الدوائر الجبائية : نلاحظ بخصوص النيابة في النزاعات الجبائية وانها كانت من بين الاهتمامات والاصلاحات التي اعلن عنها رئيس الدولة منذ 2002/11/07 . وعليه ، فانه من المتجه العمل على تكريسها خاصة وان اقرار النيابة الوجوبية للمحامي امام هذه الدوائر يتماشى مع قانون المرافعات المدنية والتجارية (الفصل 68 و69 ) هذا من جهة ، ومن أخرى ، فإنّ المتقاضي يكون في أشد الحاجة إلى من يشد ازره في النزاع الجبائي بالنظر إلى تعقد المادة الجبائية وكثرة النصوص المتعلقة بها والتنقيحات الدائمة المدخلة عليها.

-اقرار حق المواطن في الاستعانة بمحام خلال كامل مراحل الابحاث الاولية وامام النيابة العمومية وذلك لضمان الشرعية المطلوبة في البحث عن الادلة في المادة الجزائية حفاظا عن حقوق الاشخاص ، وصد كل التجاوزات الممكنة خاصة وان عناية التّشريع متجهة لذلك الى حد وأنّه اعطاها مكانة

دستورية بإضافة فقرة جديدة للفصل 12 من الدستور تنص على خضوع الاحتفاظ للرقابة القضائية وتحجر تعريض أي كان للاحتفاظ او الايقاف التّعسفي[54] .

-جعل انابة المحامي وجوبية في مادة الاحوال الشّخصية نظرا وأنّ هذه المادّة تطرح إشكالا قانونية لا تقلّ أهمّية عن تلك التي نجدها في النّزاعات التي تنظر فيها المحكمة الابتدائية وتكون فيها انابة المحامي وجوبية خاصة وان مادة الاحوال الشّخصية تهتم بالأسرة الركيزة الاولى في المجتمع وتتأثر بعديد المعطيات الاخرى كالبيولوجيا والابحاث الاجتماعية مثلما هو الشأن في مادة اثبات النسب واسناد الابوة وحماية الابناء وحضانتهم. ...

-تعميم وجوبية المحامي في كامل دعاوى تجاوز السلطة...

و لقد مكّن الفصل 2 من مرسوم المحاماة المحامي من نيابة الأشخاص والذّوات المعنويّة والدّفاع عنهم أمام جميع الهيئات الاداريّة. و آن الأوان لتعميم وجوبيّتها و لئن نلاحظ في الواقع العملي أنّ نيابة المحامي امام الادارة بقيت مهمشة وينقصها التنظيم والاحكام خاصة بالنظر إلى بعض المضض الذي يمكن ان يجابه المحامي احيانا في قبول نيابته من طرف بعض الجهات الادارية[55] ...

ان تكريس وجوبية انابة المحامي في الميادين والنّزاعات المذكورة انفا وغيرها مما هي في حاجة إلى تدخل المحامي ، لا يمكن ان تضمن له النّجاح إلا بفتح مجال التحاور بشأنها بين الهيئة والسلط المعنية وتكوين لجان عمل مشتركة وقارة تعمل بصفة دورية ومسترسلة في الغرض حتى يتحقق الدعم الكافي لتفعيل دور المحامي...

[54] والملاحظ وان حضور المحامي مع ذوي الشأن في دوائر الشرطة نجده مكرسا في العديد من الانظمة القانونية المقارنة من ذلك ما نصت عليه المادة الثالثة من قانون المحاماة المصري من ان حضور المحامي لدى الجهات المكلفة بجمع الاستدلالات في المادة الجزائية يعد من اعمال المحاماة – واقرار مثل هذا الاجراء يحمل في طياته الحيلولة دون حالات القبض دون وجه حق ، والحجز غير المشروع والتعسف في تنفيذ الاوامر القضائية ضد الافراد.

[55] ولهذا ، يكون من الضروري العمل على تحسيس الادارات بحق المحامي في النيابة وحثها على التعامل معه بصورة تضمن حقوق المنظور الاداري.

# الخاتمة

تعد المحاماة من المهن الحرة العريقة في التاريخ، والتي تهدف بالأساس إلى تقديم المساعدة القضائية والقانونية إذ بات من المتحتم على الأشخاص أمام تشعب المادة القانونية الاستعانة بمن لهم الكفاءة والاختصاص. لذلك تأتي المحاماة، حسبما نص عليه القانون الأساسي المنظم لها، لتشارك القضاء في اقامة العدل وتؤمن الدفاع عن حقوق المتقاضين وحرياتهم واموالهم واعراضهم، وتساهم في ضمان المحاكمة العادلة...

من المعلوم ان المفهوم التقليدي للخدمات القانونية يحصر دور المحامي في مجال ضيق يتمثل في الدفاع عن حقوق المتقاضيين سواء كانوا اشخاصا طبيعيين او ذواتا معنوية امام الجهات القضائية. غير ان هذا المفهوم لا ينسجم مع تطور الاوضاع الاقتصادية والاجتماعية، اذ لا يجب ان يقتصر دور المحامي على الترافع امام القضاء قصد حماية الحق على اثر نشوب نزاع ما، وانما عليه التفتح على محيطه الخارجي واتباع اساليب عمل جديدة قادرة على مجابهة تحديات العصر الحديث. فضلا عن كل ذلك فانه على المحامي السعي إلى تقديم خدامات قانونية تتسم بالجودة والحرفية والنجاعة وهو ما يقتضي دعم الكفاءة المهنية للمحامي...

لكن لا يمكن للمحامين آداء رسالتهم على الوجه الاكمل الا بتوفر الظروف الموضوعية الكفيلة بذلك ومن بينها حماية مجال العمل وايجاد تغطية اجتماعية دائمة وتنظيم الدخول إلى المهنة. اذ ان كل تهميش او تقليص لدور المحامي من شانه ان يكون له الاثر السلبي والمباشر على جودة الخدمات القانونية مع ما يترتب عن ذلك من اختلال في النظام القضائي وسير العدلة.
وعلى هذا الاساس ، فان تفعيل دور المحامي بتطوير المهنة والعمل على توسيع مجالات تدخلها اصبح اليوم الشغل الشاغل لكل الهياكل والمنظمات ذات النظر على الصعيدين الداخلي والدولي . من ذلك ان الاتحاد الدولي للمحامين نجد به لجنة قارة خاصة بمستقبل المحامي وتعتني بتطور المهنة ووضع المحاماة ودورها على المستويين الداخلي والخارجي من خلال نظرة متطورة للخدمات القانونية الممكن تقديمها مع محاولة اقتراح اساليب عمل جديدة تتلاءم مع تطور الاوضاع في شتّى المجالات. وفي نفس السياق ، فقد اتخذ المجلس الاوروبي جملة من التوصيات حول تطوير المهنة ومنها التوصيات المتخذة في 25 / 10 / 2000 التي تهدف اساسا لتدعيم دور المحامي في المجتمع السياسي والاقتصادي والاجتماع...

و لقد تبيّن من خلال الواقع العملي و الفعلى و أنّ قوّة المحاماة في اتّحاد موقفها و هياكلها و كأنّها أوتيت كلّ الضّمانات ./.

# الفهرس


## المقدّمة

## الجزء الأوّل : أسس شراكة المحامي

### المبحث الأوّل : أسس قانونيّة
قسم أوّل: في خصوص دسترة الشّراكة
قسم ثاني : في عموم تقنين الشّراكة

### المبحث الثّاني: أسس واقعيّة
قسم أوّل : في علاقة بالمؤسّسة القضائيّة
قسم ثاني: في خارج العلاقة بالمؤسّسة القضائيّة:
فقرة أولى: في الدّفاع عن القضايا العادلة:
فقرة ثانية: في نشر الثّقافة القانونيّة

## الجزء الثاني: نجاعة شراكة المحامي

### مبحث أوّل: على مستوى المقتضيات
قسم أوّل : المقتضيات المبدئيّة
قسم ثاني : مقتضيات أوّليّة

### مبحث الثّاني: على مستوى الضّمانات
قسم أوّل: في حصانة المحامي
قسم ثاني: في فعاليّة دور المحامي
فقرة أولى: مجالات في حاجة إلى حماية
1/ الحماية من المنافسة الغير مشروعة:
أ- المحامي وتحرير العقود الخاضعة للترسيم بالسجل العقاري
ب- المحامي والمتداخلين في المهنة
2/ الحماية من الممارسات غير المشروعة:
فقرة ثانية : مجالات في حاجة إلى محامي
1/ في غير مجال النّزاعات:
أ- المحامي والمؤسّسات الاقتصادية :
ب- المحامي وتحرير العقود:
2/ في مجال النّزاعات

## الخاتمة

# المراجع

## مراجع باللّغة العربيّة:


- مصطفى صخري " أصول مهن المحاماة"، دراسة مقارنة، الطَّبعة الأولى تونس،2008
- دليل المحامي شريك في إقامة العدل على ضوء القانون عدد 5 لسنة 2016.
- العميد عبد الرّزّاق الكيلاني، " المحامون في تونس من مقاومة الإستبداد إلى ثورة الكرامة"
- محاضرة ختم تمرين الأستاذة نورهان الرّغيني، " المحامي شريك في إقامة العدل"، الفرع الجهوي للمحامين بنابل،2019.
- الأستاذان عليّ الزّريبي و الحبيب الكشو، " من أجل تدعيم دور المحامي في تونس القرن الواحد و العشرون "، الملتقى العلمي بمدينة الحمّامات أيّام 28، 29 و 30 جانفي 2005.
- (احمد الجندوبي وحسين بن سليمة : "اصول المرافعات المدنية والتجارية " ص 79).
- رفيقة الكهالي مقال نشر في " مارب برس" 2012 قانون يمني.
- أنطاكي رزق الله: أصول المحاكمات المدنيّة والتّجاريّة– مطبعة الدّاودي دمشق سورية 1984
- اليوسف مسلم محمّد جودت: المحاماة في ضوء الشّريعة الإسلاميّة و القوانين العربيّة – مؤسّسة الرّيّان – لبنان 2001 .
- أبو الوفا أحمد: المرافعات المدنيّة والتّجاريّة– منشأة المعرف الإسكندريّة مصر – طبعة 15- 1990
- لبنى المشيشي، المحامي شريك في إقامة اعدل، الأخبار القانونيّة، مجلّة القانون، عدد255/254 فيفري 2018 ص 34-35.


## مراجع باللّغة الفرنسيّة:


- MONEGER J., DEMEESTER M.-L., ProfessionM avocat, Dalloz, Paris 2001, pages 408.

- Laurent Marlière . «le marketing du cabinet d’avocats :communication , relations publiques , publicité »,Editions d’Organisation,1999 deuxième tirage 2000.
- Daniel Soulez-Larivière, l’advocature, éd. Ramsey.
- Jean-Claude Woog, pratique professionnel de l’avocat.


**المراجع القانونيّة:**


- الدّستور
- مجلّة الإجراءات الجزائيّة
- مجلّة حماية الطّفل
- مرسوم عدد 79 لسنة 2011 المؤرّخ في 20 أوت 2011 متعلّق بتنظيم مهنة المحاماة.
- مشروع القانون الأساسي للمحاماة

# الملاحق