تعديل احكام المسؤولية المدنية

للخبير الاستشاري

Amend the civil liability provisions

of the consultant

أ.م.د. علي مطشر عبدالصاحب

Asst. Prof. Ali Mutashar Abdul Sahib

وطالبة الماجستير

أمينة كباشي فرج

Amina Kabashi Faraj

جامعة بغداد - كلية القانون

University of Baghdad- College of Law

Amal.Kabashi@Yahoo.Com

المقدمة

Introduction

اذا تم العقد بين الاستشاري وعميله مستكملا لأركانه وشروطه، افاد حكمه، أي الزم طرفيه بالتزامات معينة تجسد هذا الحكم ولا سبيل للتنصل من هذه الالتزامات او تعديلها الا اذا اتفق الطرفان على ذلك، فللعقد قوته الملزمة للطرفين التي تتجسد في جزاء الاخلال به (المسؤولية العقدية)، وحيث ان القواعد العامة للمسؤولية العقدية ليست من النظام العام، يجوز عندئذ الاتفاق على تعديلها في حدود النظام العام والاداب[1]. لذلك وللتخلص من المسؤولية التي تهددهم ازاء اخطائهم قد يعمد الخبراء الاستشاريون الى تعديل احكام المسؤولية المدنية التي يمكن ان تنجم عن اعمالهم ويتخذ هذا التعديل صور عدة اهمها الاتفاق مع المضرور على تحمله الضرر الذي يلحقه كلا او جزءا، فيفقد تبعا لهذا حقه كلا او جزءا بالتعويض، كما قد يعمدون الى تشديد مسؤوليتهم او بالاتفاق مع شخص اخر على تحمل عبئها بدلا عنهم بدفع التعويض المستحق عن الضرر، الامر الذي يقتضي البحث في مشروعية مثل هذه الاتفاقات في حال تضمينها للعقد المبرم مع الخبير الاستشاري.

سوف يكون منهجنا في هذه الدراسة هو اتباع اسلوب الدراسة القانونية المقارنة بين القانون العراقي والقانون الفرنسي والقانون المصري ، كما سنقوم بتحليل النصوص القانونية والآراء الفقهية التي نعرض لها كلما تطلب الامر من اجل بيان الملاحظات عليها وتسليط الضوء على مكامن القوة ونقاط الضعف والمعالجات التي ينبغي الاخذ بها، وذلك في ضوء ما تسفر عنه معطيات البحث والمقارنة.

سنتناول في بحثنا هذا اتفاقات تعديل احكام المسؤولية المدنية للخبير الاستشاري تشديدا او اعفاءا او تخفيفيا، في المطلب الاول ، اما التامين من المسؤولية المدنية للخبير الاستشاري، فسنبحثه في المطلب الثاني.

المطلب الاول : الاتفاقات الخاصة بتعديل احكام المسؤولية المدنية للخبير الاستشاري بالتشديد او الاعفاء او التخفيف.

المطلب الثاني : التامين من المسؤولية المدنية للخبير الاستشاري.

المطلب الاول : الاتفاقات الخاصة بتعديل احكام المسؤولية المدنية للخبير الاستشاري بالتشديد او الاعفاء او التخفيف

The first requirement: The agreements concerning the amendment of the civil liability of the expert consultant by tightening, exempting or mitigating.

تتنوع الشروط المؤثرة في المسؤولية التي تقع على عاتق الاستشاري وتتباين فحواها تبعا للتطورات الاقتصادية ودور الارادة وحرية التعاقد حيث يتم الاتفاق مسبقا بين الاستشاري والعميل وذلك في حدود القانون وقواعد النظام العام، لغرض تعديل اثار المسؤولية الناتجة عن الاخلال بالتزام عقدي، شدة او تخفيفا او اعفاءا. وقد اجاز كل من القانون المدني العراقي والمصري تعديل قواعد المسؤولية العقدية باعتبارها من اثار العقد، الذي انتجته ارادة الطرفين وهذه الارادة تستطيع ان تعدل المسؤولية الناشئة عنه، في حين ان القانون المدني الفرنسي ضيق من نطاقها.

فاتفاقات المسؤولية هي تلك التي تنظم اثار المسؤولية على غير الوجه الذي نظمت عليه في القانون، وتفترض من ثم توافر جميع عناصرها.

نتناول في هذا المطلب الاتفاقات الخاصة بتعديل احكام مسؤولية الخبير الاستشاري والاثار المترتبة عليها وذلك في فرعين :

الفرع الاول : الاتفاقات الخاصة بتشديد المسؤولية المدنية للخبير الاستشاري

الفرع الثاني : الاتفاقات الخاصة بالإعفاء والتخفيف من المسؤولية المدنية للخبير الاستشاري ومستخدميه

الفرع الأول : الاتفاقات الخاصة بتشديد المسؤولية المدنية للخبير الاستشاري

Section I : Agreements to tighten the civil liability of the consultant

اجازت **المادة ١/٢٥٩** من القانون المدني العراقي المقابلة **للمادة ٢١٧** من القانون المدني المصري، الاتفاق على تشديد المسؤولية بالقول (**يجوز الاتفاق على ان يتحمل المدين تبعة الحادث الفجائي والقوة القاهرة**)، ومثل هذا الاتفاق له صفة استثنائية، لذا يجب ان يكون قاطعا في دلالته على معناه ويتعين عدم التوسع في تفسيره[٢]، وعلى ذلك وطبقا لما تقرره القواعد العامة، اذا تضمن عقد المشورة نصا من شانه ان يشدد من مسؤولية الاستشاري الناشئة عن عدم تنفيذه التزاماته كلها او بعضا منها، عد هذا الشرط صحيحا منتجا لآثاره، تطبيقا للحرية التعاقدية اذ يحق للاستشاري ان يلزم نفسه بما شاء، وعادة لا يكون هذا التشديد بدون مقابل، فهو بمقابل يتمثل بزيادة الاجر المستحق وقت ابرام العقد[٣]. والاقرار بمشروعية الاتفاق على تشديد مسؤولية الخبير الاستشاري تؤكده الرغبة في حماية العميل، الطرف الضعيف في العلاقة العقدية في مواجهة الاستشاري صاحب التخصص الرفيع[٤].

والسؤال هنا ، عن كيفية إعمال هذا النوع من الشروط ، او بالأحرى ماهي صور الاشتراطات التي تؤدي الى تشديد مسؤولية الخبير الاستشاري ؟

في الواقع ان شرط تشديد المسؤولية المدنية للخبير الاستشاري له صور متعددة منها:

أولاً : الاتفاق على ان يتحمل الاستشاري تبعة الحادث المفاجئ او القوة القاهرة، اذ يستطيع الاستشاري ان يورد بإرادته نصا صريحا يقطع بتحمله تبعة السبب الاجنبي، وهو ما نصت عليه **المادة ١/٢٥٩** من القانون المدني العراقي، وما يلاحظ على مثل هذا الاتفاق انه يقيم المسؤولية العقدية للاستشاري على مجرد الضرر، فهل يؤثر على الاعتراف بقيام المسؤولية العقدية للاستشاري؟

يرى جانب من الفقه[٥]، ان مثل هذا الاتفاق يقوم به المدين بدور المؤمن لمصلحة الدائن اذ يضمن الاستشاري للعميل جبر ما قد يلحقه من ضرر، رغم عدم صدور خطأ منه ، بينما يرى البعض الاخر[٦]،ان الراي محل نظر، ذلك ان توافر ركن الضرر باعتباره الركن الوحيد، لايحول دون الاعتراف بقيام المسؤولية العقدية عند الاخلال الناجم عن العقد. وهي حالة استثنائية من الاصل العام الذي يستلزم توافر الاركان الثلاثة لقيام المسؤولية العقدية، استلزمها الاختلاف

بدرجة العلم والمعرفة وما ينشا عنه من اختلال في المراكز العقدية الذي يتوجب معه حماية الطرف الضعيف في العقد، كما ان تشديد المسؤولية في مثل هذه الحالة اعتراف من المشرع بما للارادة من سلطان في ابرام الاتفاقات، ووضع الاشتراطات، التي لا تتضمن اخلالا بالنظام والآداب العامة في المجتمع، وهذا يوجب الاعتراف بمسؤولية الاستشاري العقدية عند الاخلال الناشئ عن عقد تقديم المشورة.

ثانياً : الاتفاق على جعل التزام الخبير الاستشاري، التزاما بتحقيق نتيجة في الاحوال التي يكون التزاما ببذل عناية. ذلك ان التزام الخبير الاستشاري المنصرف لتحقيق الملائمة الوظيفية شأنه شان سائر المهنيين هو التزام ببذل عناية، وفي ذلك تقول محكمة النقض الفرنسية (ان المهني المتخصص يلتزم بان يتبع من الوسائل العناصر ما يساعده على بلوغ التزاماته وتنفيذها تنفيذا امينا صحيحا[٧])، بحيث تبرا ذمة الاستشاري متى عجز العميل عن اثبات اخلال الاستشاري ببذل العناية المطلوبة وفقا لما هو متعارف عليه بين ارباب المهنة، فالمستشار يقوم بإداء ذهني يعبر فيه عن خلاصة فكره وتخصصه في موضوع المشورة[٨]،وتتحقق هذه الصورة بتعهد الاستشاري صراحة بضمان تحقيق نتيجة للعميل، فهو يستطيع الخروج عن الاصل العام في التزاماته، بان يتعهد بتقديم التزاما محددا تجاه العميل، فيضمن للأخير الملائمة الوظيفية فضلا عن الملائمة الفنية للاستشارة[٩]، وعدم حصول النتيجة التي التزم بها الاستشاري (يكون كافيا) لتحقق مسؤوليته دونما حاجة لأثبات خطأ في جانبه[١٠].

ثالثاً : الاتفاق على ان يتحمل الاستشاري الضرر غير المتوقع ، فالأصل ان المدين في المسؤولية العقدية لا يسأل الا عن الضرر المباشر المتوقع الا اذا ارتكب غشا او خطاءاٍ جسيما، وقت ابرام العقد فيسأل عندئذ عن الضرر المباشر كله متوقعا كان ام غير متوقع. وذلك ما يستفاد من نص **المادة ١٦٩** من القانون المدني العراقي والتي تقابلها **المادة ٢٢١** من القانون المدني المصري **(فاذا لم يرتكب المدين غشا او خطأ جسيما فلا يجاوز في التعويض ما يكون متوقعا عادة وقت التعاقد من خسارة تحل او كسب يفوت)**، عليه يجوز الاتفاق على ان يتحمل الاستشاري مسؤولية ما قد يلحق العميل من ضرر من جراء ما يقترفه ومعاونوه من اخطاء حتى التي لم يكن بالوسع توقعها وقت التعاقد ، فهو يتحمل الاضرار كافة، نزولا عند اتفاقه الصريح بتحمله لها رغم عدم ارتكابه خطأ جسيما او غشا[١١]. ومرد جواز الاتفاق على تشديد مسؤولية الخبير الاستشاري في هذه الصورة ، هو قصر التزام الاستشاري على تعويض الضرر المتوقع، مبناه قرينة مفترضة تستند الى الارادة الضمنية للمتعاقدين، وهذه القرينة بسيطة يمكن هدمها اذا

وجد نص صريح في العقد يقضي بتحمل الاستشاري المسؤولية عن الضرر غير المتوقع الى جانب الضرر المتوقع[١٢].

رابعاً : الاتفاق على تشديد مسؤولية الاستشاري بتوسيع نطاق ومضمون التزامه، ففي مجال التشييد والبناء يمكن للمهندس الاستشاري مد الضمان العشري الى خارج النطاق المحدد له قانونا او اطالة مدته، ومثل هذه الشروط جائزة ، فالعميل يرغب دائما في ان يحصل على مدة ضمان اطول اذا قبل الاستشاري بذلك[١٣].

من كل ما تقدم يتضح ان اتفاقات المسؤولية عموما ما هي الا تطبيقا لمبدا الحرية التعاقدية ويجوز طبقا لهذه الحرية ان يكون محل الاتفاق تشديد المسؤولية، وذلك بزيادتها عما تقضي به القواعد العامة[١٤].

الفرع الثاني: الاتفاقات الخاصة بالإعفاء والتخفيف من المسؤولية المدنية للخبير الاستشاري ومستخدميه:

Section II: Agreements on exemption and mitigation of civil liability for consultant and his users:

سنقسم الكلام في هذا الفرع على ثلاث نقاط وكالاتي:

أولاً :- الاتفاقات الخاصة بالإعفاء من المسؤولية المدنية للخبير الاستشاري

First: Agreements on exemption from civil liability of consultant

اتفاقات رفع المسؤولية او الاعفاء منها هي تلك التي ينزل فيها احد طرفيها عن حقه في التعويض قبل الاخر اذا اصابه ضرر ، يكون الاخير مسؤولا عنه ، او ملتزما بتعويضه. وتأخذ شكل بنود في العقد يطلق عليها بنود رفع المسؤولية. فموضوع الاتفاق هو اعفاء المدين من النتائج المالية المترتبة على خطئه الذي يفترض توافر جميع عناصر المسؤولية قبله، وتبدو هذه الاتفاقات في دائرة العلاقات العقدية وضعا مخالفا لطبيعة الاشياء، اذ يكون الشخص ملتزما ولا يكون مسؤولا امام الدائن عن عدم الوفاء بالتزامه، ولا يتسنى للأخير مطالبة المدين عن الاخلال به[١٥].

وتعد هذه الاتفاقات جائزة في نطاق المسؤولية العقدية، الا التي تنشأ عن غش المدين وخطئه الجسيم، ذلك ان مثل هذه الاتفاقات لا تخلو من فائدة في الوقت الحاضر الذي اتسع فيه

نطاق المسؤولية على نحو يهدد نشاط الافراد ويعرقل روح الاقدام عندهم فيمكنهم بهذا الاتفاق اقامة المشاريع الجريئة التي تعود بالنفع على الجماعة[١٦].

إذ قد يتفق الاستشاري مع العميل على اعفائه من المسؤولية الناشئة عن خطئه، فإلى أي مدى يمكن تقبل مثل هذا الشرط في عقد تقديم المشورة، وبعبارة ادق ما مدى صحة مثل هكذا شرط؟ وماهي الآثار المترتبة عليه؟

على الرغم من اهمية اتفاقات رفع المسؤولية من الناحية العملية ودقة المسائل التي تثيرها من الناحية القانونية، نجد ان المشرع الفرنسي اغفل تنظيمها في المجموعة المدنية، عدا الشرط الجزائي الذي بين حكمه في نصوص خاصة ، الامر الذي دفع الفقه الفرنسي الى البحث عن مدى صحتها وتحديد الاثار التي تترتب عليها، اما القضاء فقد كان يقضي ببطلان هذه الاتفاقات، وحتى بعد اعترافه بها ، ظل لايرتب عليها سوى اثار محدودة[١٧].

قصر الفقه الفرنسي[١٨] صحة هذه الاتفاقات على الخطأ اليسير، واستثنى حالتي الغش والخطأ الجسيم، ولم يرتب القضاء سوى اثر محدود هو نقل عبء الاثبات من المدين الى الدائن، وتظهر فائدته في الحالات التي يكون فيها التزام المدين التزاما بتحقيق نتيجة، مثل التزام الاستشاري بتحقيق الملائمة الفنية وهي (ان تأتي المشورة المقدمة الى العميل متفقة والاصول العلمية والفنية للمهنة التي ينتمي اليها بتخصصه متى كانت هذه الحقائق وتلك الاصول من المبادئ المستقرة بين ارباب المهنة[١٩])، حيث يكون في هذه الحالة على المدين ان يثبت تحقق النتيجة لدرء المسؤولية عن نفسه، ومع وجود شرط الاعفاء في العقد ينتقل عبء اثبات تقصير المدين وعدم تحقق النتيجة الى عاتق الدائن لإمكان المطالبة بالتعويض، اما اذا كان المدين ببذل عناية كما هو الحال بالتزام الاستشاري بتحقيق الملائمة الوظيفية ويقصد بها (وجوب ان تأتي الاستشارة المقدمة للعميل صالحة لإشباع احتياجته[٢٠])، تكاد تنعدم الفائدة من تضمين العقد لشرط الاعفاء من المسؤولية، لان عبء اثبات خطا المدين يقع على عاتق الدائن بحسب الاصل[٢١].

وقد برر هذا الاثر بالاستعانة بفكرة جواز الجمع بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية الناشئة عن العقد، باعتبار ان سقوط المسؤولية العقدية لا يؤثر على المسؤولية التقصيرية لتعلق احكام الاخيرة بالنظام العام، غير انه واجه النقد بشدة من حيث قصر اعمال شرط الاعفاء من المسؤولية على الخطأ اليسير، وهذا الخطأ لا يتصور ان يأتي مخالفا للنظام العام، هذا من جانب[٢٢]، ومن جانب اخر ينكر البعض من الفقه على قواعد المسؤولية التقصيرية تعلقها بالنظام

العام[٢٣]، اذ يعتبرون اكثر احكامها وليس جميعها من النظام العام، ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، فلا يستطيع الاشخاص تعديل احكام دعواها من حيث الاثبات والتقادم، اما من حيث حكم تحققها وهو التعويض، فيجوز ان يمسه وصف يعدل فيه. وغير ذلك لا يسلم الفقه بمجموعه بإمكانية الجمع بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية[٢٤]، لان حكمة تشريع المسؤولية جبر الضرر، فلا يجوز للمضرور ان يثري على حساب المسؤول، بان يتقاضى اكثر مما يلزم لجبر ضرره، ولا يصح الزام المسؤول الا بتعويض واحد، يقدر بقدر الضرر الذي تسبب فيه[٢٥]. فالخطأ مهما تنوعت صفاته لا يبيح الا حقا واحدا في التعويض، والحق الواحد لا يتعدد بتعدد الوسائل المؤدية اليه[٢٦].

بالإضافة إلى أن قصر اثر الاتفاق على نقل عبء الاثبات يخالف ارادة المتعاقدين، حسبما افصحا عنه في الاتفاق بعبارات قاطعة الدلالة، بانصرافها الى رفع مسؤولية المدين ولو كان عدم تنفيذه لالتزامه يرجع الى خطأ منه، ويكون القاضي احل ارادته محل الارادة المشتركة للعاقدين مخالفا بذلك ابسط قواعد تفسير العقود، فاتفاق رفع المسؤولية اما ان يكون باطلا فلا يترتب عليه اثرما، واما ان يكون صحيحا فيتعين ان يرتب الاثر الذي اراده طرفاه[٢٧]، امام كل تلك الانتقادات عدل القضاء الفرنسي عن موقفه، واعترف لاتفاقات الاعفاء بأثرها كاملا وفقا لما اتفق عليه في حدود الخطأ اليسير[٢٨]، ما يعني استبعاد الخطأ الجسيم والغش من نطاق الاعفاء[٢٩]. لكنه يرفض تطبيقه اذا راه مجحفا من خلال التضييق في تفسيره او بإفراغه من قوته الملزمة بوجه او باخر ،وزيادة عدد الحالات التي حرمت هذه البنود زيادة كبيرة على نحو يزعزع وجود مبدا صحة اتفاقات نزع المسؤولية ويهدده[٣٠]، و انكار علم الدائن له، حيث يجب لنفاذ بند رفع المسؤولية في مواجهة الدائن ان يكون الاخير قد قبله مع العلم بحكمه، ويتعين على المدين ان يقيم الدليل على قبوله له قبل ابرامه[٣١].

اما في مصر، فقد اعترف المشرع بصحة اتفاقات رفع المسؤولية عن الخطأ الشخصي اليسير، فيكون لاتفاق الاعفاء اثر مطلق، بحيث لا تقوم مسؤولية المدين ولو اثبت الدائن ان الاخلال بالالتزام العقدي يرجع الى خطا يسير اقترفه المدين، ولا يستطيع الدائن بأثبات هذا الخطأ، ان يتخلص من اثر بند الاعفاء[٣٢].

وتطبيقا لما تقرره القواعد العامة في القانون المدني العراقي، ليس هناك ما يحول دون الاتفاق على الاعفاء من اية مسؤولية تترتب على تنفيذ المدين لالتزامه العقدي عدا ما ينشا عن غشه او خطائه الجسيم، **فالمادة ٢٥٩ / ٢**من المدني العراقي ، **والمادة ٢١٧ / ٢**من المدني

المصري، التي تنص(**وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي ....**). يتبين من النص المتقدم ان فحوى هذا الشرط هو اعفاء المدين من المسؤولية العقدية التي يفترض توافرها بكامل عناصرها القانونية، فالشرط لايعدم المسؤولية انما يعفي من تبعتها المتمثلة بدفع التعويض لجبر الضرر، ولابد من الاتفاق على الشرط بين المتعاقدين قبل تحقق المسؤولية، وبخلافه لا نكون ازاء شرط يخضع **للمادة ٢٥٩ /٢** وانما ازاء صلح يخضع لأحكام الصلح[٣٣].

اما العلة من حظر هذا الشرط في حالتي الغش والخطأ الجسيم ، فانها تكمن في عدم جواز تعليق الالتزام على شرط ارادي محض، لان تعليقه على مثل هكذا شرط يساوي عدمه ، فالالتزام خاضع لإرادة المدين وحده ، وهو مالا ينسجم مع فكرة الالتزام نفسها[٣٤]. فالغش[٣٥]هو تعمد الاخلال بالالتزام العقدي بصرف النظر عن قصد المدين من هذا الاخلال، فلا يخل المدين بالتزامه عمدا الا لتحقيق مصلحة له على حساب الدائن او بغية الاضرار به[٣٦]،اما الخطأ الجسيم فهو العجز الكلي عن الوفاء بالالتزامات الذي ينم عن جهل بأصول المهنة والوقائع المكونة للخطأ ،اما مدى نسبتها للمدين فهي مسالة واقع تخضع لتقدير قاضي الموضوع[٣٧]. على ان بطلان شرط الاعفاء من المسؤولية فيما تعلق بخطأ او غش صدر عن الاستشاري لا يحول دون حقه في التمسك بالإعفاء اذا كان ما صدر عنه من اخلال لا يتجاوز نطاق الخطأ اليسير[٣٨].

وفي مجال الخبرة الاستشارية يرى جانب من الفقه[٣٩]، ضرورة التمييز بين اشتراط المستشار اعفائه من المسؤولية، لعدم قدرته على اداء التزامه بتقديم المشورة (الاداء الرئيسي في العقد)، فذلك شرط يهدم العقد من اساسه، فالأخصائيون لا يجوز لهم ان يضمنوا عقودهم شروطا تؤدي الى اعفائهم من المسؤولية عن ادائهم لالتزاماتهم العقدية التي هي من صميم اختصاصاتهم ، اذ ان عدم تنفيذ العقد ينطوي على خطا جسيم يخرجه عن نطاق الاعفاء[٤٠]، وبين اشتراطه اعفائه من المسؤولية، حيث لا تؤدي المشورة الى النتائج المرجوة التي يهدف العميل الى تحقيقها بواسطة حصوله على مشورة ملائمة، وبعبارة اخرى عدم ضمان المستشار ملائمة المشورة لأغراض العميل، فمثل هذا الشرط يجب التعويل عليه الى الحد الذي لا يخالف مقتضيات العقد[٤١]، وهي فكرة مقاربة لفكرة الالتزامات الجوهرية او الاساسية، وهي الالتزامات التي تحدد طبيعة العقد وماهيته، بحيث يكون استبعادها مؤديا الى تغيير في العقد او الى بطلانه، او بطلان الشرط وحده[٤٢].

فالالتزام بتقديم المشورة يعد التزاما جوهريا واساسيا في العقد، وتضمن العقد شرط الاعفاء منه يهدم العقد من اساسه كما بينا ذلك سابقا. ان استقراء التشريعات العراقية والمقارنة، يدعوان للتمييز بين الاستشاري في مجال التشييد والبناء من ناحية والاستشاري في مجالات اخرى، من ناحية ثانية ، من حيث اشتراط الاعفاء من المسؤولية ففي مجال التشييد والبناء نجد **المادة ٨٧٠** من القانون المدني العراقي **والمادة ٦٥٣** من القانون المدني المصري و**المادة ١٧٩٢** المستحدثة بالقانون **رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨** من القانون المدني الفرنسي، تقرر بطلان كل اتفاق من شانه اعفاء المهندس الاستشاري من المسؤولية خلال مدة الضمان سواء تعلق الامر بمدة الضمان او مقدار التعويض، وذلك من اجل حماية ارواح الناس وممتلكاتهم وحماية اصحاب العمل قليلي الخبرة في مجال البناء ولغرض الزام المهندس الاستشاري ببذل جهد اكبر حتى يبقى البناء قائما لمدة عشر سنوات بالإضافة الى كثير من هذه العيوب لا تظهر الا بعد فترة من تسليم البناء[٤٣].

اما في المجالات الاخرى غير مجال البناء والتشييد انقسم الفقه بين رافض ومؤيد لمشروعية مثل هذا الاتفاق، فالرافض له حرم شروط الاتفاق على رفع المسؤولية في نطاق عقود المشورة، وصاحب هذا الراي **SAVATIER** الذي يرى ان شروط الاعفاء تتعارض مع طبيعة عقد المشورة، وان القضاء يحرم تطبيقها فيه، وان اشُترطت يكون مصيرها البطلان، لأنها ترد على اداءات متميزة تعد من النظام العام[٤٤]، وان اعفاء المهني العالم بأصول وقواعد مهنته يحول دون فائدة العميل غير المتخصص من المشورة المطلوبة[٤٥]، وهو ما افصح عنه القضاء الفرنسي صراحة بالنسبة للموثق والاستشاري القانوني، وليس هناك ما يمنع من اعماله بالنسبة لسائر العقود الاستشارية، التي يكون محلها تقديم الدعم الفني المتمثل بالمشورة المقدمة للعميل[٤٦]. اما الاستاذة viney فقدت ايدت شرط الاعفاء من المسؤولية واعتبرت ان الراي الاول مغالى فيه هي، وان المستقر عليه هو جوازه لعدم وجود نص قانوني صريح يحرم مثل هذه الاتفاقات، ولا يوجد ما يمنع من اعمال القواعد العامة في هذه العقود، فالاعتراف في الحرية العقدية وسلطان ارادة المتعاقدين كلاهما تسمحان بالاعتداد بهذه الاتفاقات مع وجود بعض المحددات لهذا المبدا[٤٧]. فلا يجوز من حيث المبدأ للاستشاري ان يعفي نفسه من المسؤولية عن الغش والخطأ الجسيم ، كما ان الاتجاه الحالي الذي يأخذ به القضاء الفرنسي ويتبناه هو حماية المستهلك المتعاقد مع الطرف الاقوى فنيا وتقنيا بدعوى حماية المستهلك من الشروط التعسفية[٨٦]، وليس له الاحتجاج بالشروط التي تتعلق بالإعفاء الا فيما بين المتعاقدين دون الغير، وفقا للمبادئ العامة في نسبية اثر القوة الملزمة للعقد، ويكون للغير الذي يلحقه ضرر من خلال تنفيذ

الاستشاري لالتزاماته، دعوى مسؤولية تقصيريه وليس للمستشار الاحتجاج بهذا الشرط في مواجهته[٤٩].

ومع ترجيحنا للراي الثاني الا اننا نميل الى عدم التوسع في مثل هذه الاتفاقات في مجال الخبرة الاستشارية، لما ترتبه من نتائج ضارة، لأنها تشجع على التراخي في تنفيذ الالتزامات وعدم الاكتراث بحقوق الغير على نحو يؤدي الى الحاق الخسارة بالأموال، بل والمساس بسلامة الاشخاص ويزعزع الثقة بالروابط القانونية، اذ يكون المدين اقل حرصا على تأدية التزاماته متى استشعر عدم المسؤولية عن الاخلال بتلك الالتزامات[٥٠].

وفي الوقت الذي يسير التشريع الفرنسي نحو التضيق لمثل هذه الاتفاقات كما بيناه، وعلى الرغم من اهمية الدور الذي يقوم به الاستشاري المتمثل بسد العوز الفني للعميل للمعلومات محل الاستشارة، الا ان العلاقة بينه وبين عميله في العراق مازالت تخضع للقواعد العامة في المسؤولية، وهذه الاخيرة اذا كانت تكفل حماية العميل في حالة الاتفاق على تشديد مسؤولية الاستشاري الا انها عاجزة عن توفير هذه الحماية في مواجهة المحترف عند الاتفاق على الاعفاء، وهذا يتطلب تنظيم تشريعي للخبرة الاستشارية من جميع الجوانب، ولاسيما مسؤولية الاستشاري، يكون التشدد احد سمات هذه المسؤولية باعتباره مهنيا محترفا، اقر بقدرته على التصدي والبحث في مسائل يتطلب بحثها او دراستها علما او فنا لا يتوافر الا لصفوة المتخصصين.

ثانياً : الاتفاقات الخاصة بالإعفاء من المسؤولية المدنية الناشئة عن خطا مستخدمي الخبير الاستشاري :

Second: Agreements concerning the exemption of the consultant from the civil liability arising from his users' mistake:

تسري احكام المسؤولية العقدية على المسؤولية عن فعل الغير، وتبعا لذلك فان شرط الاعفاء لا يخضع لأحكام المسؤولية التقصيرية ، التي يقع باطلا طبقا لإحكامها كل شرط يتضمن اعفاء المدين من المسؤولية تنص المادة ٢٥٩ / ٣ من القانون المدني العراقي على (يقع باطلا كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع). فقد ذهبت اغلب التشريعات[٥١]، جواز الاعفاء من المسؤولية عن فعل الغير وان ارتكب غشا او خطا جسيما ،اذ

نصت المادة ٢/٢٥٩ من المدني العراقي (٠٠٠ يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي الا التي تنشأ عن غشه او عن خطأه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين ان يشترط عدم مسؤوليته من الغش او الخطأ الجسيم الذي يقع من اشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه).

وبالرغم من عدم وجود نص تشريعي في فرنسا يقرر مدى جواز الاتفاق على اعفاء المدين من المسؤولية عما يقترفه الاشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه من اخطاء ، فقد استقر الفقه في فرنسا على جواز مثل هذه الاتفاقات في الحدود التي يجوز للمدين فيها ان يشترط اعفائه من المسؤولية الناجمة عن خطئه الشخصي وذلك يعني استبعاد مثل هذه الاتفاقات في حالتي الغش والخطأ الجسيم[٥٢]. وذلك ينسجم مع اساس المسؤولية العقدية عن فعل الغير، التي تقوم على اساس الضمان القانوني، وسببه يرجع الى ان الغير يقوم مقام المدين ويحل محله ويمثل امتدادا لشخصه، فمن المنطقي ان يأخذ شرط الاعفاء عن فعل الغير حكم شرط الاعفاء عن فعل المدين الشخصي. فمما يتنافى مع مقتضيات حسن النية ان يعف الاستشاري نفسه من المسؤولية الناشئة عن غش الغير الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه وخطئهم الجسيم، اذ يمثل ذلك تشجيع لمحاولات التواطؤ والاحتيال الذي يصعب على العميل في كثير من الاحيان اثباته للتوصل الى صدور الغش من الاستشاري ، ناهيك عن ان مثل هذا الشرط الاخير الذي يستعين بالغير في مركز قانوني افضل من ذلك، الذي يعتمد على نفسه دون ان يكون هناك سبب قانوني يبرر هذا التفضيل[٥٣]، كما ان القول باعفاءه من المسؤولية الناشئة عن اخطاء تابعيه من شانه ان يؤدي الى اعفائه من كل مسؤولية قد تترتب على التزامه[٥٤].

يتضح ان اتجاه المشرع العراقي وكذلك المصري كان مغايرا لما ذهب اليه الفقه الفرنسي، اذ قصر الاخير نطاق مشروعية الاعفاء من المسؤولية الناشئة عن فعل الغير على الخطأ اليسير، تأسيسا على القواعد العامة، فيسال المدين عن خطا تابعيه كما لو كان قد صدر عنه شخصيا[٥٥]، ان المشرع العراقي في **المادة ٢/٢٥٩** لم يعتبر الغش والخطأ الجسيم الصادر عن المستخدمين غشا او خطا جسيما في جانب المدين، والحقيقة ان السماح للخبير الاستشاري بان يضمن عقده مع العميل مثل هذا الشرط، من شانه ان يجعل الاستشاري الذي يمارس نشاطه عن طريق مكتب استشاري في وضع افضل من الاستشاري الفرد. وهذا واقعا ما تسمح به القواعد العامة في المسؤولية ، ازاء عدم وجود احكام قانونية تسري على الاستشاري ما عدا ما ورد في مجال التشييد والبناء.

كما ان الخبير الاستشاري لا يستطيع ان يدفع مسؤوليته عن عدم تنفيذ التزامه او التنفيذ المعيب الا بأثبات السبب الاجنبي، كما ان مستخدمي الاستشاري ليس من الغير، لانه هو الذي دفع بهم وادخلهم لمساعدته في تنفيذ التزامه دون ان يكون لإرادة العميل أي دخل في هذا الاختيار، وغير ذلك فان حظر الاتفاق على اعفائه من المسؤولية عن خطئه الشخصي، الهدف منه تحقيق المصلحة العامة، لذا فان السماح لمثل هذه الاتفاقات فيما يتعلق بأخطاء تابعيه أيا كانت درجة جسامة الخطأ يفوت معه الغرض المبتغى من الحظر[٥٦].

بناءا على ما تقدم نجد ان **المادة ٢/٢٥٩**، التي تسمح للاستشاري بان يضمن عقده مع العميل شرطا معفيا من المسؤولية عما يصدر من تابعيه من غش او خطا جسيم، لا توفر الحماية للعميل، الامر الذي يستلزم وجود تنظيم تشريعي ويحقق التوازن بين طرفي العقد ويضمن حقوق كل منهما، ويساعد على النهوض بمهنة الخبرة الاستشارية.

ثالثاً : الاتفاق على تخفيف المسؤولية المدنية للخبير الاستشاري

Third: The agreement to mitigate the civil liability of the consultant

قد يعمد الخبير الاستشاري الى ادراج شرط او اكثر في العقد، يهدف منه الى التخفيف من مسؤوليته دون ان يصل الى حد منها كلية.

فما مدى مشروعية مثل هذه الشروط ؟ وما هو الاثر المترتب عليها ؟ وما هي صورها ؟

اتفاقات تخفيف المسؤولية بصورة عامة، هي تلك التي بمقتضاها يخفض التعويض عن قدر الضرر الذي يستوجبه، او تنقص المدة التي يجوز اثنائها رفع دعوى المسؤولية، بحيث يتعين في الحالة الاولى قدرا اقل من التعويض الذي يلتزم المسؤول بدفعه ، وتحدد الحالة الثانية لرفع دعوى المسؤولية مدة اقل من المدة المقررة في القانون لتقادم هذه الدعوى[٥٧].

في الواقع ليس ثمة ما يمنع من ادراج مثل هذا النوع من الشروط في العقد الاستشاري من حيث المبدأ، اذ تعتبر مثل هذه الاتفاقات اقل خطورة من اتفاقات الاعفاء من المسؤولية العقدية، فلا يتعدى اثرها التخفيف من المسؤولية دون ان تصل الى الاعفاء كلية[٥٨] منها.

اذا كان الفقه والقضاء في فرنسا والتشريع في كل من مصر والعراق قد اعترف بصحة اتفاقات الاعفاء، يكون بديهيا ان يعترفا في نفس الحدود بصحة اتفاقات التخفيف، فهي اعفاء جزئي، تكون صحيحة في حدود الخطأ اليسير.

لقد رتب القضاء الفرنسي على اتفاقات تخفيف المسؤولية اثرا نهائيا، فلا يلتزم المدين الا بحدود التعويض المتفق عليه، ولو اثبت الدائن ان عدم تنفيذ الالتزام يرجع الى خطا يسير من المدين او مساعد له[٥٩]. اما في القانون المدني المصري يترتب على اتفاقات التخفيف اثر مطلق، مالم يكن الاخلال بالالتزام مكونا لجريمة جنائية، حيث تقوم مسؤوليته التقصيرية[٦٠]. وهو ما قررته القواعد العامة في المادة **٣/٢٥٩ من** القانون المدني العراقي.

ويعد من قبيل شروط تخفيف مسؤولية الخبير الاستشاري:

١- ان يقرر الاستشاري عدم الالتزام بدفع تعويض يزيد عن الاجر المستحق، او انه لا يعد مسؤولا اذا ما قام بإعمال اضافية، غير المهام الاساسية المنصوص عليها في العقد، او يكون مسؤولا بمبلغ معين[٦١]،او انه في حالة الخطأ الثابت لا يلتزم بالتعويض، انما يلتزم بإعمال مكملة لإعادة الشيء الى حالته الاولى[٦٢].

٢- ان يحدد الاستشاري بداية انه ملتزم ببذل عناية، ومن ثم فان العميل لكي يقيم المسؤولية في حقه لابد ان يثبت الخطأ والضرر الذي لحقه والعلاقة السببية[٦٣].

ولابد من القول ان شروط تحديد مسؤولية الخبير الاستشاري جائزة في نطاق المسؤولية العقدية، الا انها مقيدة، ولا تسري في حالتي الغش والخطأ الجسيم[٦٤].

على الرغم من فائدة هذا النوع من الاتفاقات في مجال الخبرة الاستشارية، وفي الوقت الذي اتسع فيه نطاق المسؤولية على وجه يهدد نشاط الافراد ويعرقل روح الاقدام عندهم، اذ يمكن بهكذا نوع من الاتفاقات ان تمهد الطريق لمشروعات جريئة تعود بالنفع العام على الجماعة كما اسلفنا، بالإضافة الى مبدا سلطان الارادة، وان الافراد ادرى بتحقيق مصالحهم واقدر على تنظيم علاقاتهم، فقد يرى العميل ان مصلحته في قبول شرط يرفع او يخفف مسؤولية الاستشاري، اذا كان ما يحصل عليه في مقابل الرضا به يفوق في نظره الضرر الذي ينجم عنه[٦٥]. ومع ذلك وللثقة التي يوليها العميل لمستشاره وانفراد الاخير بأسرار المعرفة الفنية التي تعد جوهر عقد المشورة، نرى حصرها بنطاق ضيق وعدم التوسع في فرضها، لان ذلك شانه شان اتفاقات الاعفاء يزعزع الثقة بالروابط القانونية ويجعل الاستشاري اقل حرصا في تأدية التزاماته.

المطلب الثاني : التأمين من المسؤولية المدنية للخبير الاستشاري

The second requirement: Insurance from the civil liability of the consultant :

ان تحقيق التوازن العقدي والمساواة الفعلية بين اطراف العلاقة التعاقدية له اثر كبير على حسن تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، وذلك ما دفع المشرع والفقه للتدخل على وجه الخصوص اذا ما كان احد اطراف العلاقة محترفا، يملك من الخبرة والدراية والتفوق يفوق ما يعرفه الطرف الاخر، الى تشديد التزاماته ومسؤوليته الى حد جعلها (أي المسؤولية) تقوم على الضرر دون اثبات أي خطأ.

ولكن قد تؤدي المبالغة في حماية احد الاطراف الى نتائج عكسية احيانا، كعزوف المحترفين عن ممارسة انشطتهم، بسبب خوفهم من الاحكام المشددة للمسؤولية التي قد يتعرضون لها، مثل بطلان اتفاقات التخفيف والاعفاء من المسؤولية كما سبق وبيناه، وهذا يستدعي البحث عن وسيلة لتحقيق التوازن في مصالح الطرفين، تحمي المحترف (الاستشاري) دون ان تخفف من التزاماته ومسؤولياته[٦٦].

ومن الوسائل التي يمكن ان تكون ناجحة في حماية المحترفين بمن فيهم الخبير الاستشاري، دون المساس بمصالح عملائهم، وهو ايجاد شخص لديه قدرة مالية يستطيع تغطية الاثار المالية للمخاطر التي من الممكن ان تنتج عن ممارسة المهنة والتي قد تعجز قدرة الخبير الاستشاري عن مواجهتها، ذلك هو التأمين من المسؤولية، الذي لا تخفى اهميته في المحافظة على حقوق المضرورين، والحرص على جبر الاضرار الناتجة عن الانشطة مهنية المختلفة، حيث تحل شركة التأمين محل المسؤول في دفع التعويض[٦٧]، وذلك من خلال عقد يبرم بين الطرفين. وامام ما يحمله هذا النوع من التامين ومن صفات ومزايا وفوائد، الا ان المشرع العراقي لم يعطه ما يستحقه من الاهتمام. ذلك يدعونا للتعرف على خصائص عقد التامين من المسؤولية المهنية في فرع أول، ثم البحث في التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية للخبير الاستشاري في فرع ثان

الفرع الاول : خصائص عقد التأمين من المسؤولية المهنية

الفرع الثاني: احكام التأمين الالزامي من المسؤولية المدنية للخبير الاستشاري

الفرع الاول : خصائص عقد التأمين من المسؤولية المهنية

Section I: Characteristics of the contract of insurance from professional liability

التأمين نظام يرتكز على فكرة التعاون ، اذ يفترض وجود عدة اشخاص يشتركون في حالة واحدة وهي الخشية من نتائج حادث ما ، قد يقع مستقبلا فيعرض بعضهم من دون تحديد او تعين سابق لخسائر مادية ، قد تكون من الفداحة احيانا بحيث تشل النشاط الاقتصادي لمن تقع عليه، ولغرض تفادي هذه النتيجة فان هؤلاء الاشخاص عندما يبرمون عقود التامين مع المؤمن انما يعبرون ضمنا ودون اتفاق سابق عن استعدادهم للتعاون في تحمل ما قد يتحقق من هذه الخسائر موزعة عليهم جميعا كل بمقدار ما دفعه من قصد التامين ، ليقتصر دور المؤمن على تنظيم هذا النوع من التعاون وتنفيذ عملية التوزيع[٦٨].

تتمثل فكرة التأمين من المسؤولية بخشية الاستشاري من ان يكون مسؤولا عما يصيب الغير من ضرر، فيقوم بأبرام عقد تامين ينقل بموجبه تبعة تعويض ذلك الضرر عن كاهله، الى طرف اخر يرضى بذلك، هو المؤمن، بحيث يؤمن نفسه من رجوع الغير عليه في المسؤولية. فالغرض من التأمين من المسؤولية هو جبر الضرر الذي يصيب المؤمن له (الاستشاري) في ذمته المالية نتيجة انشغالها بدين المسؤولية، التي يسأل عن ادائها اتجاه الغير المضرور. والمقصود بالمسؤولية هنا، هو المسؤولية المدنية، اما المسؤولية الجزائية فلا يجوز التأمين منها حتى لو كانت مجرد غرامة مالية، لان ضمانها يتعارض مع النظام العام والآداب العامة[٦٩] .

التأمين بصورة عامة وكما عرفته **المادة ٩٨٣** من القانون المدني العراقي **((عقد به يلتزم المؤمن ان يؤدي الى المؤمن له او الى المستفيد مبلغا من المال، او ايرادا مرتبا او أي عوض مالي اخر، في حالة وقوع الحادث المؤمن ضده، وذلك في مقابل اقساط او اية دفعة مالية اخرى يؤديها المؤمن له للمؤتمن))**. اما التأمين من المسؤولية المهنية الذي يعتبر احد انواع التأمين من الاضرار[٧٠]، فهو عقد يتعهد بمقتضاه المؤمن بضمان المستأمن من الاضرار الناتجة عن رجوع الغير عليه بالمسؤولية، مقابل قسط يلتزم المستأمن بدفعه له[٧١]. كما عُرف على انه عقد يضمن المؤمن بموجبه المؤمن له من الاضرار التي تلحق به ، بسبب رجوع الغير عليه بالمسؤولية، مقابل اقساط يدفعها المؤمن له[٧٢]، حيث تحل شركة التامين محل الاستشاري في دفع التعويض، وهنا قد يبدو وجود بعض الشبه بين التأمين من المسؤولية وبين شرط الاعفاء من المسؤولية، ففي كلا الوضعين لا يدفع الاستشاري تعويضا، اذ يتولى المؤمن دفع التعويض بدلا

عنه في الوضع الاول، ويكون المضرور قد اعفاه في الوضع الثاني[٧٣]. على ان هذا التشابه يقف عند هذه النتيجة الظاهرية[٧٤].

وفي الحقيقة ان هذين الوضعين مختلفان اختلافا جوهريا في مركز كل من الاستشاري والمضرور، فالمضرور في التامين من المسؤولية يحصل على التعويض المناسب، الذي يعادل الضرر وتختلف بالنسبة اليه جهة الدفع فقط. بينما يفقد حقه نهائيا في التعويض، في الاعفاء من المسؤولية، ويعتبر الاخير من التصرفات الضارة ضررا محضا بالنسبة للمضرور، اما الاستشاري فلا يتغير مركزه، فهو بدون التامين يدفع التعويض لكن من خلال التأمين يدفعه اقساط مالية للمؤمن، وكل ما في الامر انه يدبر وسيلة لدفع التعويض. بينما يعتبر الاعفاء بالنسبة للاستشاري تصرفا نافعا نفعا محضا، لأنه يتخلص من عبء المسؤولية حقيقة وليس ظاهرا كما في التأمين من المسؤولية[٧٥].وينفرد التأمين من المسؤولية فضلا عن ذلك بطبيعة خاصة متميزة عن اتفاق رفع المسؤولية ، الذي يترك على عاتق الدائن (العميل)وحده كل الضرر الذي لحقه، ويتمثل في الدور الذي يقوم به المؤمن الذي ينحصر في ادارة الاموال التي يجمعها من الاقساط التي يؤديها المؤمن لهم، معتمدا على فن الاحصاء ليدفع لتلاشي الضرر بتوزيعه على عدد هائل من المؤمن لهم[٧٦].

اما الخصائص التي يتميز بها عقد التأمين من المسؤولية المهنية، فترتبط بمجاله وتنشأ من نطاقه، اضافة الى خضوعه للقواعد والخصائص العامة التي يتميز بها أي عقد[٧٧]. فالمجال الذي يبرز فيه التأمين من المسؤولية بما له من صفات واحكام، قد لا نجدها غيره من المجالات، يؤثر على القواعد التي تحكم التأمين، ويمكن القول ان عقد التأمين من المسؤولية يتمتع بذات الخصائص التي يتسم بها أي عقد تأمين وهي:

اولاً : عقد احتمالي[٧٨]،لايعرف اطرافه وقت ابرامه على وجه التحديد التزامات كل منهما، وقد نظمه المشرع في الباب الرابع من القانون المدني عندما تناول العقود الاحتمالية .

ثانيا: يعتبر من عقود الاذعان[٧٩]، اذ لا يكون في وسع الاستشاري سوى قبول او رفض بنوده ، وليس في امكانه مناقشة شروطه[٨٠]، ذلك ان شركات التأمين هي صاحبة المركز الاقتصادي القوي، مما يتيح لها فرض التزامات على عاتق طالب التأمين، حاول الفقه والقضاء الفرنسي للتخفيف من حدة الاذعان، من خلال اشتراط تدخل الدولة في صياغة بنود وثيقة التأمين والرقابة على تنفيذها، وكذلك اعتادت المحاكم على تفسير بنود العقد لمصلحة المؤمن له على انه الطرف المذعن، وفسرت أي شك لمصلحته، الا ان المنافسة الحرة بين شركات التأمين كان لها الاثر الاكبر في تخفيف الاذعان، من خلال التوسع في القدر الممنوح للمتعاقد معها في مناقشة بنود

العقد والاعتراض عليه، واصبح للمتعاقد حرية الاختيار بين نماذج وثائق التأمين التي تطرحها الشركات المختلفة على الراغبين في التأمين[٨١].

ثالثاً: من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي، وذلك يعود الى الاهمية التي تعطى للنشاط الشخصي للمؤمن له، اذ لا يقبل المؤمن استبدال شخص اخر محل المؤمن له، مما يوجب له احترام ارادة المؤمن الذي اودع ثقته بشخص بعينه، من الصعب افتراض وجودها في شخص اخر[٨٢].

اما خصائص عقد التأمين عندما يثار بصدد مسؤولية مهنية ، مثل مسؤولية الخبير الاستشاري، فهي:

اولاً : عقد التأمين عقدُ مهني، يغطي الاخطار التي تنتج عن اخطاء المهنيين اثناء ممارسة المهنة كالأخطار المرتبطة بممارسة المهنة[٨٣].

ثانياً : عقدُ الزامي، يلتزم بموجبه المهني الممارس لمهنته، بأبرامه لضمان النتائج المالية للأخطار التي تقع منه اثناء الممارسة[٨٤].

ثالثاً :عقد تعويضي، اذ يقصد به تعويض الضرر الذي يلحق المستأمن (الاستشاري) نتيجة مطالبة الضحية له (العميل) وهو تأمين من الدين يتعلق بالجانب السلبي للذمة المالية، فالضرر الذي يريد المستأمن تجنبه دين المسؤولية او بعبارة اخرى الالتزام بالتعويض[٨٥] .يهدف بالإساس الى تعويض المهني عن الخسارة التي تلحق به نتيجة الحكم عليه بمبلغ التعويض المستحق للعميل، ولا يقصد منه سوى ان يظل المؤمن له في ذات الوضع الذي يكون فيه لو لم تقم مسؤوليته[٨٦]. **وهو ما يترتب عليه نتيجتان**[٨٧] **:** الاولى، لا يمكن ان يتجاوز مبلغ التعويض مقدار الضرر الواقع، وان كان يمكن ان يقل عنه بالاتفاق مسبقا على ذلك، فهذا النوع من التامين وسيلة لدرء الخسارة وليس لتحقيق الكسب، و الثانية تتمثل في عدم امكان تحديد مبلغ التأمين من جانب المؤمن مقدما، الا في اللحظة التي يقع فيها الضرر، وهو ما يعد نتيجة طبيعية للنتيجة الاولى.

رابعاً : لا يستفيد من الضمان الا الغير المضرور، فالعقد لا يعمل الا في مواجهة الغير الذي لحقه الضرر، من جراء فعل المهني ،وهذا ما تحرص على النص عليه شركات التأمين في وثيقة التأمين[٨٨].

فمن هو الغير في مجال التأمين من المسؤولية المهنية ؟

الاصل ان اثر العقد لا ينصرف الى غير المتعاقدين[٨٩]،وهذا ما تقرره **المادة ١٤٢** من القانون المدني العراقي، التي تقابلها **المادة ١٥٢** من القانون المدني المصري وعليه يكون الغير

كل الاشخاص الذين لا يرتبطون باي عقد مع الاستشاري. ذلك قد يعني استبعاد عملاء الاستشاري لوجود عقد يربط بينهما الا ان الوضع ليس كذلك في مجال المهن الحرة، فغالبا ما يطلق على المتعامل لفظ العميل، فيما يتعلق بضمان الاخطاء التي يرتكبونها في مواجهته ، فالعميل يعتبر من الغير بالنسبة لضمان اخطاء المهني التي تسببت له بالأضرار. كما ان البحث في نية طرفي عقد التأمين يوضح اتجاهها باستمرار في المهن الحرة الى اعتبار العميل من الغير، لغرض استفادة المؤمن له من الضمان في حالة اصابة العميل بضرر نتيجة خطئه. ويستبعد من الضمان الاشخاص المرتبطون مع الاستشاري بعقد عمل فلا يضمن التامين المسؤولية المهنية الاضرار التي تلحق بالعميل او المستخدمين، لان هذه الاضرار يمكن ضمانها بعقود اخرى، وكذلك الاشخاص المرتبطون معه بعقد شركة كما لو اضر الاستشاري بأحد شركائه في المكتب الاستشاري، فان عقد التأمين لا يغطي هذه الاضرار[٩٠].

خامساً : اشتراط لمصلحة الغير: ترتيبا على اجبارية التامين من المسؤولية المهنية، أي انه مفروض بحكم القانون على الاستشاري، وليس له خيار بصدده. ثار تساؤل عن مدى اعتباره اشتراط لمصلحة الغير؟

والاشتراط لمصلحة الغير تصرف قانوني، يتم بين شخصين ولكن تنفيذه متعلق بثلاثة اشخاص، هم العاقدان والشخص الثالث الذي اشترط له الحق، ويقال له المنتفع[٩١]، وقد عالجه الشرع العراقي في **المادة ١٥٢** من القانون المدني بالنص على ((١- **يجوز للشخص ان يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، اذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية ،مادية كانت او ادبية .٢- ويترتب على هذا الاشتراط ان يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد يستطيع ان يطالبه بوفائه مالم يتفق على خلاف ذلك، وللمتعهد ان يتمسك قبل الغير بالدفوع التي تنشا عن العقد.))**.من خلال هذا النص يتبين لنا خصائص الاشتراط لمصلحة الغير[٩٢]وهي :

١- هو عقد قائم بين المشترط والمتعهد

٢- المستفيد او المنتفع يتلقى منفعة من عقد ليس طرفا فيه

٣- يحصل المنتفع من العقد المبرم بين المشترط والمتعهد على حق مباشر له، فالحق لا ينتقل من العقد الى ذمة المشترط ثم ينقله بدوره الى المنتفع، والاخير يملك دعوى مباشرة ضد المتعهد يطالبه من خلاله بالحق الناتج عن العقد .

مما تقدم يتضح ان هناك اوجها للشبه بين التأمين الاجباري من المسؤولية وبين الاشتراط لمصلحة الغير، اذ يستفيد المضرور في التامين من عقد لم يكن طرفا فيه، فيمكنه توجيه دعواه بالتعويض ضد المؤمن، وقد يحصل منه على ما لم يكن في استطاعته الحصول عليه من المؤمن له، وفي الاشتراط لمصلحة الغير يستفيد الغير من عقد لم يكن طرفا فيه ويحصل على مزاياه.

اما الاعتراض على اعتبار التأمين من المسؤولية اشتراطا لمصلحة الغير، بحجة ان المؤمن له لا يقصد تحقيق مصلحة الغير عند ابرام العقد، بل الافادة من مزايا التأمين، فهو يكون لمصلحة المؤمن له وليس لمصلحة الغير، يرد عليه بان مصلحة الغير وهو المضرور من خطا المؤمن له (الاستشاري) كانت ظاهرة في هذا العقد، فهذا النوع من التامين اجباري فرضه القانون لحماية المتعاملين مع المهني، وليس تحقيقا لمصلحة الاخير[٩٣]. ذلك ان الاستشاري اذ يدرأ عن نفسه الخسارة من هذا الطريق، لا يمس بحق المضرور في التعويض، لان حصول المسؤول على مبلغ التامين يزيد ملائته، وبالتالي يزيد فرصة المضرور في الحصول على التعويض، وتكون مؤكدة اذا كانت قواعد التأمين تخول المضرور دعوى مباشرة قبل المؤمن[٩٤].

ان هدف المشرع الاول هو ضمان حصول عملاء الاستشاري على تعويضاتهم الواجبة نتيجة الاخطاء المرتكبة اثناء ممارسة المهنة، أي اذا كانت مصلحة الغير غائبة عن ذهن المؤمن له (المهني) فهذه المصلحة كانت ظاهرة في ذهن المشرع الفرنسي عند فرضه والزامه لمعظم المهنيين بأبرام عقد هذا التامين[٩٥]، وهو ما يجب ان يلتفت اليه المشرع العراقي، ويجعل التأمين بالنسبة لأرباب المهن الحرة بما فيهم الخبير الاستشاري الزاميا، وذلك من خلال اشتراطه ضمن الشروط اللازمة لممارسة المهنة، وبخلافه يمنع من ممارستها، وان يسري على المهن الحرة كافة، وكذلك بتعديل قانون المكاتب الاستشارية غير الحكومية بإضافة شرط التامين الى الشروط اللازمة لمنح اجازة تأسيس المكتب من قبل الجهة المعنية، وذلك لما فيه من اهمية للاستشاري و للعميل وكذلك شركة التامين. اذ انه يمنح الاستشاري الطمأنينة وهو يمارس مهنته، ان هناك من يتولى عنه تعويض الاضرار الناجمة عن اخطائه المهنية، اما العميل فتكون الفائدة له من خلال تقوية الضمان الذي يوفره التامين، وبالنسبة لشركة التأمين فإلزامية هذا النوع من التامين له اثر ايجابي على القطاع بصورة عامة، ذلك ان سعة حجم الفئة المشمولة بحكمه تساعد على تنشيط الاقتصاد الوطني من خلال استثمار هذه الاموال في مشاريع مختلفة.

الفرع الثاني : التأمين الالزامي من مسؤولية الخبير الاستشاري

Section II: Compulsory insurance of the consultant's responsibility:

سنبحث في هذا الفرع النقاط الاتية :

اولاً : شكل التأمين الالزامي من المسؤولية المدنية للخبير الاستشاري

First: The form of the compulsory insurance of the civil liability of the consultant:

قد يبرم عقد التأمين من الاستشاري الفرد بالاتفاق مع شركة التأمين، على ان تقوم بتغطية وضمان كل او بعض الاثار التي تترتب على خطأ الاول، في مواجهة العميل اثناء وبسبب ممارسة المهنة، كما هو الحال في الزام المحامين في فرنسا بالتأمين من المسؤولية قبل ممارسة المهنة التي سبقت الاشارة اليها، وهذا هو الشكل الفردي للتامين من المسؤولية المهنية.

وقد يتم ابرام العقد بشكل جماعي، عندما يكون الاستشاري مكتب استشاري او شركة مدينة من جانب مجموعة من الاستشاريين، يشتركون بممارسة المهنة، يتحدون في الظروف المحيطة بها، فيتفقون على دفع الاقساط الناجمة عن العقد، في مقابل استفادة احدهم من مبلغ التأمين في حالة حدوث الخطر محل التامين بالنسبة اليه[٩٦].

السؤال الذي يثار هنا هل يغني قيام الشركة بالتأمين من قيام كل شريك بأبرام عقد التامين على حده؟ وذلك عندما يكون التامين شرطا لممارسة المهنة مثل مهنة المحاماة.

اختلف الفقه الفرنسي بين من يرى ان المهني لا يلزم بإبرام عقد تأمين في حال قيام الشركة بذلك[٩٧]، ومن يرى من الافضل وجود تامين فردي الى جانب التأمين الجماعي، وهو ما اخذت به بعض اللوائح الداخلية لبعض المهن الحرة اذا الزمت الشركة بأبرام عقد تأمين باستقلال عن كل شريك[٩٨]، كما هو الحال بالنسبة لشركة المحاماة.

الزم نص **المادة ١٦٥** من مرسوم ٢٩ نوفمبر لسنة ١٩٦٦، الشركة المدنية المهنية في فرنسا بضرورة ابرام تامين اجباري يغطي النتائج المالية لنشاطها وفقا للقواعد المهنية الخاصة بكل مهنة[٩٩]. وقد تقوم النقابة المختصة بأبرام عقود التامين لصالح اعضائها ، وتتولى دفع اقساط التامين عنهم، ثم تقوم بتحصيلها من الاعضاء في نظير قيام شركة التأمين بدفع مبلغ التامين الى من يصيبه خطر من الاخطار المتفق عليها في وثيقة التأمين. فهذا التجمع يهدف اعضاءه من

ورائه الحصول على ضمان، بشروط ايسر من شروط الضمان الذي يمكن ان يحصل عليه كل فرد على حده. اضف الى ذلك لا تثار مسالة بحث كل مهني (الاستشاري) عن نموذج مثالي لعقد تامين فردي، انما تثور مسالة وضع عقد نموذجي جماعي، ينضم اليه ارباب كل مهنة ، ويقوم رئيس النقابة او الهيئة بالتوقيع عليه، كما يؤدي التأمين الجماعي الى التقليل من الشكليات والاجراءات اللازمة لأبرام العقد والى التقليل من الاقساط. ومن جانب اخر يؤدي الى ارتفاع مبلغ التأمين الذي يحصل عليه كل مهني (الاستشاري) بحيث يضمن تغطية كل الاثار المترتبة على مسؤوليته اتجاه العميل، وذلك كله متى ما جُعل التامين اجباريا، بحيث لا يمارس المهني اعمال مهنته الا اذا اشترك في هذا التأمين ، ويلاحظ بشكل ان ابرام عقد التامين عن طريق النقابة قد تتحمل الاخيرة جزا من القسط المطلوب لشركة التأمين ، وخاصة في الحالات التي تكون ممارسة المهنة اشد خطورة والخطأ الذي يقع يؤدي الى اضرار جسيمة تحتاج الى تعويض ضخم، مثل الاطباء المهندسين...الخ، الذين تعجز قدرتهم المالية امامها فان لم تشارك كل نقابة او الدولة بشكل عام المهني بدفعها، فإنها ستكون مدعاة لأحجامه عن ابرام عقد التأمين وهو ما يؤدي الى الحاق ضرر بالجميع بدءا بالعميل ومرورا بالاستشاري، بجعله متوجسا خيفة من المسؤولية التي تقع عليه من ممارسة المهنة وانتهاءا بالمجتمع[١٠٠]. ولا يهم الشكل الذي يتخذه عقد التأمين من المسؤولية، المهم هو حدوث هذا التأمين فكل من يمارس مهنة يشترط المشرع لممارستها ضرورة ابرام عقد تأمين من المسؤولية الناتجة عنها، عليه ان يقدم ما يثبت حصول هذا الاجراء .

ثانياً : محل عقد التأمين الالزامي من المسؤولية المدنية للخبير الاستشاري

Second: The place of the compulsory insurance contract of the civil liability of the consultant:

التأمين كعقد عموما محله الخطر المؤمن منه[١٠١]،يرتب على ذلك

١- ان التأمين يدور وجودا وعدما مع الخطر.

٢- يتحدد قسط التأمين ارتباطا بوجود الخطر

٣- لا يلتزم المؤمن له بأداء القسط الا تجنبا لأثار الخطر

٤- يجب ان يكون الخطر مشروعا ولا اراديا، و محتملا وقوعه، قد يتحقق او لا يتحقق .

تضمن وثائق التأمين من المسؤولية المدنية المهنية، ومنها مسؤولية الخبير الاستشاري، النتائج المترتبة على ممارسة النشاط المهني، وبذلك تستبعد كل الاثار الاخرى غير المتربطة بهذا النشاط، الذي قد يتولى المشرع تحديده، او تحدده اللوائح الخاصة بكل مهنة، او تحدده وثيقة التأمين .وتحديد النشاط المهني يعد عنصرا اساسيا في العقد، يؤدي الى تحديد مضمون الخطر، الذ ي يضمنه المومن، وتلعب القواعد الاخلاقية والعادات المهنية دورا كبيرا في ذلك، وتحرص وثائق التأمين على الاشارة الى ان العقد يضمن الاخطاء التي تؤدي الى اضرار جسدية او مادية تلحق بالعملاء، او بمن لهم حق احتمالي من الغير، فالعقد يضمن نتائج المسؤولية العقدية والتقصيرية، مالم يتفق على خلاف ذلك .كما يغطي الضمان نتائج اخطاء الاستشاري ومستخدميه، أيا كانت طبيعتها وجسامتها[١٠٢].

يدخل القانون الفرنسي في الخطر المؤمن منه المسؤولية عن فعل الغير الذي يكون المؤمن له مسؤولا عنه، فهو ضامن الخسائر والاضرار التي يحدثها هؤلاء الاشخاص طبقا **للمادة ١٢١/ ٢** من تقنين التامين ((**المؤمن ضامن للخسائر والاضرار التي يحدثها الاشخاص الذين يكون المستأمن مسؤولا عنهم طبقا للمادة ١٢٤٢من التقنين المدني أيا كان طبيعة او جسامة الاخطاء التي وقعت من هؤلاء الاشخاص**))، وقد وسع الفقه والقضاء الفرنسي[١٠٣]، من نطاق النص وزاد في قوته، رغم انه يحيل على **المادة١٢٤٢**التي تحدد طوائف معينة على سبيل الحصر (**الابناء القصر، الصبيان، التابعون**) ونادى بوجوب تطبيقه على جميع حالات المسؤولية عن فعل الغير ، خاصة العقدية ، وهو ما مالت اليه محكمة النقض الفرنسية واعتبرته قاعدة امرة من ناحية تحريم ضمان الاضرار التي يحدثها الاشخاص الذين يسال المؤمن له مدينا عنهم ،على نحو اضيق من ضمان الاضرار التي يحدثها المؤمن له بفعله الشخصي، ومن ناحية اخرى تحريم كل بند يفرق من حيث التامين تبعا لجسامة الاخطاء التي تنسب الى الشخص الذي يكون المؤمن مسؤولا عنه[١٠٤].اكدت محكمة النقض الفرنسية على وجه الخصوص بطلان البنود التي تستبعد من الضمان الاضرار التي ترجع الى الخطأ العمدي، او التدليسي الذي يقع من الاشخاص الذين يسال المؤمن له عنهم مدنيا، او البنود التي تقصر الضمان على الاخطاء البسيطة التي تقع منهم، واخيرا تحريم البنود التي تفرق بين الاشخاص الذين يسال المؤمن له عنهم مدنيا لتستبعد او تضيق ضمان الاضرار التي تقع بفعل بعض منهم[١٠٥].لاشك ان هذا القضاء يقوي الضمان الذي يوفره التامين للعميل، ومن جانب اخر يشمل الضمان كل نتائج تابعي ومعاوني المهني، أيا كانت طبيعة وجسامة الاخطاء.

ثالثاً : نطاق الضمان الناشئ عن عقد التأمين من المسؤولية المدنية للخبير الاستشاري

Third: The scope of the guarantee arising from the insurance contract from the civil liability of the consultant :

للضمان الناشئ عن العقد نطاق من ناحية المخاطر التي يضمنها، والتي تصلح ان تكون محلا له، ونطاق اخر من ناحية الاضرار التي يشملها ، والتي تصلح لان تكون محلا للتعويض .

١- نطاق المخاطر[١٠٦]: Scope of risks

تمتع اطراف العقد بحرية في تحديد بنوده واثاره ليس مطلقا، فالمشرع يتدخل ومن بعده القضاء بفرض قيود معينة على ارادتيهما، من خلال استبعاد عدد معين من المخاطر من ان تكون محلا للعقد وهي:

أ- المخاطر التي تصيب احد افراد اسرة المؤمن له(الاستشاري) اذ لا يشمل هذا التامين الا الاضرار التي تصيب العملاء او الغير بسبب النشاط المهني.

ب- المخاطر التي تنتج عن الاخطاء العمدية للمؤمن له، ويعد هذا الاستبعاد من النظام العام، وهو ما اكدت عليه الفقرة الثانية من **المادة ١١٢** من قانون التامين الفرنسي وكذلك **المادة ٧٦٨/ ٢** من القانون المدني المصري، **والمادة ١٠٠٠** من القانون المدني العراقي[١٠٧]، التي وردت اثناء الكلام عن التامين ضد الحريق، الا ان حكمها يعمل في التامين أيا كان مجاله، ويمكن اعمالها في مجال التامين عن المسؤولية المدنية المهنية، وهو استبعاد تقتضيه فكرة الخطر الذي يقوم عليه نظام التامين، ويعتبر جوهر عناصره فالخطر حادثة احتمالية. والخطأ العمدي ينفي عنه خصيصة الاحتمال[١٠٨].

ج- الاضرار الناتجة عن تصرفات او افعال ممنوعة بنصوص قانونية او لائحية، فلا يغطي التأمين النتائج الضارة المترتبة على الافعال التي يحرمها القانون، او التي لا تتفق مع قواعد وآداب المهنة لان مكافاة المخالف للنصوص القانونية واخلاقيات المهنة، بضمان نتائج مخالفته امر غير معقول.

د- نتائج التعهدات الخاصة الاستشاري، لأنها تتجاوز النطاق المتفق عليه بين المؤمن والمؤمن له في وثيقة التأمين، وتتعدى الحدود القانونية لممارسة المهنة.

ه- عدم تسليم او رد الاموال التي قد يتلقاها الاستشاري من عميله، او لصالحه الا اذا كان عدم التسليم راجعا الى سرقة من جانب تابعيه او معاونيه.

و- الغرامات او المصادرات التي يحكم بها على الاستشاري لأنها عقوبة ولا يجوز تنفيذ العقوبة الا من الشخص الذي حكم عليه بها .

وقد استلزم المشرع الفرنسي في بنود استبعاد الخطر ان تكون صريحة لا يمكن افتراضها ،ومحدودة ومدونة على وجه لا يثير الغموض، وطبق عليها المبادئ العامة لتفسير العقود، بان يكون تفسير الغامض منها في مصلحة المؤمن له، باعتباره الطرف المذعن في العقد[١٠٩]،وهي ذات القاعدة المنصوص عليها في القانون المدني المصري في **المادة ٢/١٥١**، والقانون المدني العراقي[١١٠]في **المادة ٣/١٦٧**. وبعد ان ظل القضاء الفرنسي وقتا طويلا يلقي على عاتق المؤمن له عبء اقامة الدليل، على ان الخطر الذي يطلب من المؤمن ضمانه قد تحقق على الوجه الذي يقيم هذا الضمان طبقا لبنود وثيقة التأمين، ويثبت على وجه الخصوص عدم دخوله في نطاق بنود الاستبعاد الواردة فيها، عدل عن هذه القاعدة تيسيرا على المستفيد من التامين، وتقضي محكمة النقض الفرنسية بانه **((يجب على المؤمن الذي يحتج باستبعاد من الضمان ان يثبت توافر الشروط الواقعية له**[١١١])).

٢- نطاق الضمان من حيث الاضرار والمدة

2- Scope of warranty in terms of damages and duration

يضمن المؤمن اساسا مسؤولية المؤمن له، وتعين وثيقة التأمين محل الالتزام بمبلغ معين، او تجعله غير محدد، وتعين على وجه الخصوص المسؤولية التي يأخذها المؤمن على عاتقه، فلا توجد وثائق تأمين من المسؤولية عامة تحيط بكل انواعها او صورها، لاشك ان الضمان الناتج عن عقد التأمين للمسؤولية المهنية يشمل اضرار معينة دون اخرى، ويختلف نطاقه ضيقا واتساعا من مهنة الى اخرى ، وله مدة يسري خلالها ويعمل به اثنائها، فمن حيث الاضرار[١١٢]، يشمل :-

أ- الاضرار الجسدية الناتجة عن ممارسة المهنة .

ب- الاضرار المالية تشمل كل خسارة تلحق او كسب يفوت .

ج- المصروفات التي يحكم بها على المؤمن له في دعوى المسؤولية.

اما من حيث المدة فان عقد التأمين في الاصل يضمن نتائج الافعال الضارة التي تؤدي الى مسؤولية المؤمن له اثناء مدة صلاحية عقد التامين، حتى لو تأخرت مطالبات الغير بالتعويض الى ما بعد انتهاء هذه المدة [١١٣]، والواقع العملي يجري على ترك تحديد نطاق الضمان لإرادة الاطراف ، فقد يأخذون باللحظة التي يقع فيها الفعل الضار او بالوقت الذي يتحقق فيه الضرر اذ قد يتراخى ظهور الضرر او اكتماله الى فترة لاحقة على وقوع الفعل الضار، وقد يحددونه بالوقت الذي يتقدم فيه المضرور للمطالبة بالتعويض[١١٤].

ان التأمين من مسؤولية المدنية المهنية للخبير الاستشاري لا يغطي الا نشاطه المهني الذي تحدده النصوص احيانا كما هو الحال بالنسبة للأمر الصادر لتنظيم مهنة الخبرة في مجال الانشطة المحاسبية والمالية رقم ٤٥- ٢١٣٨، في ١٩ ديسمبر ١٩٤٥ في فرنسا، وقد يتم تحديد انشطة الخبير بالنظر الى المتعارف عليه في كل مهنة وقد تتولى وثيقة التامين تحديد الانشطة التي تدخل في مهنة الخبير وتدخل بالتالي في نطاق العقد الذي يغطي الاضرار الناتجة من ممارسة المهنة، وهي تختلف من مجال لأخر، فالخبرة في المجال المالي والمحاسبي لا ينتج عنها اضرار جسدية وانما تتمثل في خسارة مالية او فقدان فوائد او مكاسب معينة، والضمان لا يشمل الا الاضرار غير المادية الناتجة عن فعل الخبير، او فعل اشخاص يسال عنهم مهنيا. ويشمل كل المطالبات المكتوبة الودية، أو القضائية التي تقدم الى الاستشاري في الفترة ما بين تاريخ دخول العقد في السريان وبين تاريخ انقضائه، ويعمل بالضمان بالنسبة للأفعال او الاخطاء التي وقعت اثناء فترة السريان حتى لو لم تقدم المطالبة بشأنها الا بعد انتهاء العقد، بشرط ان لا تتراخى المطالبة الى ما بعد مرور سنة من تاريخ الانقضاء او الفسخ[١١٥] .

الخاتمة

Conclusion

بتوفيق من الله، نختتم بحثنا هذا بما استنتجناه من نتائج وما نراه من مقترحات كالآتي :

اولاً : النتائج Results

١- ان العلاقة بين الاستشاري وعميله في العراق ما زالت تخضع للقواعد العامة في المسؤولية، وهذه القواعد اذا كانت تكفل حماية العميل في حالة الاتفاق على تشديد مسؤولية الاستشاري الا انها عاجزة عن توفير الحماية في مواجهة المحترف عند الاتفاق على الاعفاء منها الا في حالتي الغش والخطأ الجسيم .

٢- ان اعتراف المشرع العراقي بصحة اتفاقات الاعفاء من مسؤولية الخبير الاستشاري يجعل من البديهي ان يعترف بصحة اتفاقات التخفيف من المسؤولية حتى التي تنشا عن الغش والخطأ الجسيم المنسوب لمساعديه، وخلافا للقانون المدني الفرنسي الذي اعترف بها في حدود الخطأ اليسير.

٣- ان المادة ٢/٢٥٩ من القانون المدني العراقي، التي تسمح للاستشاري بان يضمن عقده مع العميل شرطا معفيا من المسؤولية عما يصدر من تابعيه من غش او خطا جسيم، لم توفر الحماية اللازمة للعميل.

٤- ان المشرع الفرنسي يضيق من اتفاقات المسؤولية من خلال اعتبارها شروطا تعسفيه او من خلال وصف الجسامة على ما يقترفه الاستشاري من اخطاء، تستوجب بطلان هذه الاتفاقات وذلك خلافا لما هو الحال في القانون العراقي .

٥- ان التأمين من الوسائل الناجحة في حماية المحترفين ومنهم الخبير الاستشاري دون المساس بمصالح عملائهم، ذلك ان المبالغة في حماية احد الاطراف والتشديد على الطرف الاخر قد يأتي بنتائج عكسية، فيؤدي الى عزوف الاستشاري عن ممارسة مهنته خوفا من احكام المسؤولية المشددة التي قد يتعرضون لها

ثانياً : المقتـرحـات : Proposals

١- ندعو المشرع العراقي الى تنظيم الخبرة الاستشارية بتشريع خاص بها، يتناول احكامها من جميع الجوانب، ولاسيما مسؤولية الخبير الاستشاري يكون التشدد احد سماتها، باعتباره مهنيا محترفا اقر بقدرته على التصدي والبحث في مسائل يتطلب بحثها او دراستها علما او فنا لا يتوفر لصفوة المتخصصين، من اجل تحقيق التوازن العقدي وتوفير سياج من الحماية للمهنة ذاتها والحفاظ على مصالح المتعاملين مع الخبير الاستشاري.

٢- التضييق من اتفاقات الاعفاء من خلال اعتبارها شروطا تعسفية كما فعل المشرع الفرنسي لما ترتبه هذه الاتفاقات من نتائج ضارة، لأنها تشجع على التراخي في تنفيذ الالتزامات وعدم الاكتراث بحقوق الغير على نحو يؤدي الى الحاق الخسارة بالأموال، بل والمساس بسلامة الاشخاص كما يزعزع الثقة بالروابط القانونية.

الهوامش

Footnotes

[١] د. ابراهيم صالح عطية الجبوري، النظام القانوني لعقد الاستشارة الهندسية ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ،ط١، ٢٠١٣ ص٢٥٥.

[٢] د. عصمت عبد المجيد ، مصادر الالتزام بالقانون المدني ،دراسة مقارنة، المكتبة القانونية ، ٢٠٠٧، بغداد ط١، ص٢٢٧.

[٣] د. حسن البراوي، عقد تقديم المشورة ، دراسة قانونية لعقد تقديم الاستشارات الفنية والقانونية ، القاهرة ، ١٩٩٨، ص٤٢٤.

[٤] منتظر محمد مهدي محمد الحمداني، عقد المشورة المهنية ، اطروحة دكتوره ،جامعة النهرين ،كلية الحقوق،٢٠٠٣، ص١٦٣

[٥] د. عصمت عبد المجيد ، المرجع السابق ، ص٢٢٧، أ. د. عبد المجيد الحكيم ، أ. د. عبد الباقي البكري ، أ. د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الاول مصادر الالتزام ، العاتك لصناعة الكتاب، بلا سنة طبع ، ص١٧٢.

[٦] د. ابراهيم مصطفى عبده عبد الله، المسؤولية المدنية للخبير الاستشاري في مصر وفرنسا، دراسة قانونية مقارنة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٣، ص٢٨٤.

[٧] نقلا عن د. ابراهيم مصطفى المرجع السابق ص ٢٠٣ cass civ.,1ch,11mai 1971D.s.1971,2,p.477 .

[٨] د. احمد محمود سعد ، نحو ارساء نظام قانوني لعقد المشورة المعلوماتية ،دار النهضة العربية ،ط١ ، ١٩٩٤ص٤٥٥.

[٩] د. ابراهيم مصطفى عبده ، المرجع السابق ، ٢٨٥.

[١٠] د. حسن البراوي ، المرجع السابق ، ص٤٢٥.

[١١] د. احمد محمود سعد، المرجع السابق ، ص٤٥٩.

[١٢] د. ابراهيم مصطفى، المرجع السابق ، ص٢٨٧ .

[١٣] د. حسن البراوي، المرجع السابق ، ص ٤٢٦.

[١٤] المادة ٨٧٠ من القانون المدني العراقي .

[١٥] د. محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسؤولية المدنية في اتفاقات المسؤولية، الجزء الثاني في الاتفاقات المتعلقة بالمسؤولية (اتفاقات رفع وتخفيف المسؤولية والشرط الجزائي والتامين من المسؤولية) مطبعة جامعة القاهرة ١٩٩٠ ص٤٠-٤٢ .

[16] Lalou(H) traitepratique De La Responsabilie civil,5ed, paris,1955,no512.

[١٧] نقلا عن د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق ، ص١٣.

[18] H.MazeavdetetA.Tunc: Traitetheorigus et la responsabilite civil delictuelle et contractuelle t.3,5ed,1965 ,N. 254.

[١٩] د. ابراهيم مصطفى ، المرجع السابق ص ٢٠٧ .

[٢٠] د. ابراهيم مصطفى ، المرجع السابق ص٢٠٨ .

[٢١] نقلا عن د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق ص١٣٩ .

[٢٢] نقلا عن د. ابراهيم مصطفى ، المرجع السابق ص٢٩٣ .

[23] Ripert (G) ,La regle morale dans Les obligations civils ,4ed ,paris ,1949, no.132 .

[٢٤] د. حسن علي ذنون ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، احكام الالتزام ، اثبات الالتزام ،دار الحرية للطباعة ، بغداد، ١٩٧٦، مرجع سابق ، ص٢٢٣.

[٢٥] د. سليمان مرقص ، المرجع السابق، ص٧١.

[٢٦] د. ابراهيم مصطفى ، المرجع السابق ، ص٢٩٣.

[٢٧] د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق ص١٣٩.

[28] H.MazeaodetA. Tunc: T3 ,op, cit .N 2552-2.

[29] Ibid .N2545.

[٣٠] نقلا عن د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ١٤١-١٤٢.

[٣١] نقلا عن د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ١٥.

[٣٢] د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص١٤١.

[٣٣] علي هادي علوان، شرط الاعفاء من المسؤولية، رسالة ماجستير، جامعة بغداد كلية القانون ١٩٩٠، المرجع السابق، ص٣٩.

[٣٤]علي هادي علوان، المرجع السابق، ص١١٩ .

[٣٥] لم يرد تعريف للغش في القانون المدني العراقي وعرفه قانون النقل العراقي رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ في المادة ١٧ منه على((أ – يقصد بالغش كل فعل او امتناع عن فعل يقع من الناقل او من تابعيه بقصد احداث الضرر)) وعرف الخطأ الجسيم في الفقرة ب من المادة ذاتها ((ب- يقصد بالخطأ الجسيم كل فعل او امتناع عن فعل يقع من الناقل او تابعيه بطيش مقرون بعلم لما قد ينجم عنه من ضرر)).

[٣٦] علي هادي علوان، المرجع السابق ص١٢١ .

[٣٧] د. حسن البراوي، المرجع السابق ، ص١٣٤.

[٣٨] د. ابراهيم مصطفى، المرجع السابق، ص٣٠٠.

[٣٩] د. احمد محمود سعد، المرجع السابق ، ص٤٦٤-٤٦٥- بنفس المعنى د. حسن البراوي ، المرجع السابق، ص٢٣٢.

[٤٠] د. ابراهيم مصطفى، المرجع السابق، ص٣٠٠.

[٤١] ان مفهوم مقتضى العقد في الفقه الاسلامي يحتمل عدة وجوه من المعاني ، فيعني مضمون العقد ويعني جميع اثار العقد من حقوق والتزامات، ويعني كذلك الاثر الظاهر او الجوهري والاساسي للعقد ، وكذلك يعني بعض الاثار العرفية التي لا تعتبر من الاثار الظاهر له. للمزيد على هادي علوان ،المرجع السابق ، ص١٣٦

[٤٢] د. محمود جمال الدين، المرجع السابق، ص٣٢.

[٤٣] د. سعيد مبارك ، د. طه الملا حويش ، د. صاحب عبيد الفتلاوي ، الموجز في العقود المسماة ، مكتب السنهوري بيروت ، ٢٠١٥ ص٤٣٥.

[44] R,SAVATIER : les contrats de conseilprofessionnel en droitprive` D . 1972, Art . Cit .N .39,P151.

[٤٥] د. ابراهيم مصطفى، المرجع السابق، ص ٢٩٦\

[46] cass civ-6 decenbre,1990 p289 note J.Ghestin.

Cass civ., 14mai 1991D,1991 p449 not .J.Ghestin.

Cass civ. 24 fevrier 1993, D. 1493, inf, rap, p.78.

[٤٧] نقلا عن د. حسن البراوي، المرجع السابق، ص٤٣١.

[٤٨] المرجع السابق، ص٤٣٣.

[٤٩] د. احمد محمود سعد، المرجع السابق ، ص٤٦٧.

[٥٠] د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق ، ص٤٣.

[٥١]- ٢١٧ / ٢ من المدني المصري ، المادة ٢١٨ من القانون المدني السوري.

[٥٢] نقلا عن د. ابراهيم مصطفى ، المرجع السابق ، ص٣٠٥ .

[٥٣] علي هادي علوان ، المرجع السابق ، ص٨٥ .

[٥٤] د. ابراهيم مصطفى، المرجع السابق ، ٣٠٧.

[55] H.Mazeaod et A. Tunc: T3 ,op, cit .N 2527.

[٥٦] د. ابراهيم مصطفى، المرجع السابق ، ص٣٠٩.

[٥٧] د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ١٧١.

[٥٨] د. احمد محمود سعد ، المرجع السابق ، ص٤٦٩.

[٥٩] نقلا عن د. عصمت عبد المجيد ، المرجع السابق ، ص٢٢٤.

[٦٠] د. محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق، ص١٨٢.

[٦١] د. حسن البراوي ،المرجع السابق ، ص٤٣٨ .

[٦٢] د. احمد محمود سعد، المرجع السابق ، ص٤٧١.

[٦٣] د. حسن البراوي ،المرجع السابق ، ص٤٣٨ ، د. احمد محمود سعد، المرجع السابق ص٤٧١.

[٦٤] د. احمد محمود سعد، المرجع السابق ، ص٤٧١.

[٦٥] د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق ، ص٤٣.

[٦٦] د. معتز نزيه الصادق المهدي ، تعاقد المحترف ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٩، المرجع السابق ، ص١٣١.

[٦٧] د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق ، ص٢٣٦.

[٦٨] المحامي بهاء بهيج شكري، التامين في التطبيق والقانون والقضاء، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ط١ ، ٢٠٠٧ ص٢٦.

[٦٩] بهاء الدين مسعود سعيد خويرة، الاثار المترتبة على عقد التامين من المسؤولية المدنية ،رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية كلية الدراسات العليا ٢٠٠٨، ص٩.

[٧٠] المرجع السابق، ص١٤.

[71] H.Mazeaod et A. Tunc: T3 ,op, cit .N 2646.

[٧٢] د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٧ ، مجلد ٢ ، عقود الغرر عقود المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التامين، منشاة المعرف ، ٢٠٠٤ ص٢٠٦٦.

[٧٣] علي هادي علوان، المرجع السابق ، ص٤١.

[٧٤] د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق ص٤.

[٧٥] علي هادي علوان، المرجع السابق ، ص٤١.

[٧٦] محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق ، ص٦.

[٧٧] عقد التامين من المسؤولية المدنية المهنية من العقود الملزمة للجانبين ، وهو عقد معاوضة اذ يحصل فيه كل طرف على منفعة ، مقابل ما يؤديه من التزام ،ويعتبر من عقود المستمرة اذ ان الزمن عنصر جوهري فيه، فالتزامات طرفيه تشكل ادوات متكررة يستغرق تنفيذها مدة من الزمن ، كما ان العقد من العقود الرضائية ، بحيث ينعقد بتوافق ايجاب وقبول طرفيه بدون اشتراط شكل معين . د نزيه محمد الصادق المهدي، عقد التامين، دار النهضة العربية ص١٤.

[٧٨] د. حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص٣٤.

[٧٩] د. عبد الرزاق، المرجع السابق، ص١٤١.

[٨٠] د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد ، الالتزامات ، الجزء الاول ، منشاة المعارف ، ٢٠٠٥ ، ص٤١.

[٨١] د. محمد عبد الظاهر، التامين الاجباري من المسؤولية المهنية، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، ص١٥

[٨٢] المرجع السابق ص١٦.

[٨٣] د. طلبة وهبة خطاب ، د. مالك حمد او نصير، مسؤولية المحامي المدنية عن خطائه المهنية، دراسة مقارنة ، اثراء للنشر والتوزيع ، ط١ ٢٠١٥، ص٢١١.

[٨٤] المرجع السابق ، ٢١١.

[٨٥] د. محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص٢٣٢- ٢٣٣- ٢٦٠.

[٨٦] محمد عبد الظاهر، الرجع السابق، ص٢٧.

[٨٧] معتز نزيه، المرجع السابق ، ص١٤١.

[٨٨] محمد عبد الظاهر، الرجع السابق، ص٣٢.

[٨٩] تعبير المتعاقدين يشمل بالإضافة الى المتعاقدين نفسيهما ، خلفهما العام وخلفهما الخاص، ودائنيهما العاديين ، أ. د عبد المجيد الحكيم ، أ. د. عبد الباقي البكري، أ. د. محمد طه البشير، المرجع السابق، ص ١٢٩ .

[٩٠] د. محمد عبد الظاهر ، المرجع السابق، ص ٣٣.

[٩١] أ. د. عبد المجيد الحكيم ، أ. د. عبد الباقي البكري، أ. د. محمد طه البشير، المرجع السابق ،ص١٤٥.

[٩٢] د. عصمت عبد المجيد ، المرجع السابق ، ص١٩٠.

[٩٣] محمد عبد الظاهر ،المرجع السابق ، ص٢٣.

[٩٤] د. سليمان مرقص، المرجع السابق ، ص٦٥١.

[٩٥] د. محمد عبد الظاهر ،المرجع السابق ، ص٣٣.

[٩٦] د. محمد عبد الظاهر، المرجع السابق، ص ٤٥.

[٩٧] نقلا عن د. محمد عبد الظاهر، صور ممارسة المهن الحرة واثرها على مسؤولية المهني، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، السنة ١٥ يناير ٢٠٠١ ، ص١٤٢.

[٩٨] نقلا عن د. طلبة وهبة ، مالك حمد ابو نصير، المرجع السابق ، ص٢١٢.

[٩٩] نقلا عن د. طلبة وهبة ، مالك حمد ابو نصر، المرجع السابق ص٢١١.

[١٠٠] د. محمد عبد الظاهر، التامين، ص٤٨.

[١٠١] د. باسم محمد صالح ،القانون التجاري القسم الاول، مكتبة السنهوري بيروت ٢٠١٥ ، ص٢٦٢.

[١٠٢] د. محمد عبد الظاهر، التامين، ص٥١.

[١٠٣] نقلا عن د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق ، الهامش ٧و٨ ، ص٢٨٨.

[١٠٤] نقلا عن د. محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق، ص٢٨٨.

[١٠٥] نقض فرنسي ٣ مارس ١٩٥٤،و١٥ مارس ١٩٥٥- ، اشار اليهما د. محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق، ص٢٨٩.

[١٠٦] د. محمد عبد الظاهر، التامين، المرجع السابق، ص٥٤.

[١٠٧] مادة ١٠٠٠ من القانون المدني العراقي (١ – يكون المؤمن مسؤولاً عن الحريق الذي وقع قضاء وقدراً، او بسبب خطأ المستفيد، ولا يكون مسؤولاً عن الحريق الذي يحدثه المستفيد عمداً او غشاً. ٢ – ويكون مسؤولاً ايضاً عن الحريق الذي يتسبب فيه تابعو المستفيد، ولو كانوا متعمدين.) ونص المادة ٧٦٨ من القانون المدني المصري (المادة (٧٦٨) : ١- يكون المؤمِّن مسئولاً عن الأضرار الناشئة عن خطأ المؤمَّن له غير المتعمّد، وكذلك يكون مسئولاً عن الأضرار الناجمة من حادث مفاجئ أو قوة قاهرة. ٢- أما الخسائر والأضرار التي يحدثها المؤمَّن له عمداً أو غشّاً، فلا يكون المؤمِّن مسئولاً عنها ولو اتفق على غير ذلك).

[١٠٨] د. محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ، ص٢٣٨.

[١٠٩] نقلا عن د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق ص٢٨٥.

[١١٠] تنص المادة ١٦٧/ ٣ على (ولا يجوز ان يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائناً.).

[١١١] د. محمود جمال الدين زكي المرجع السابق، ص٢٥٨.

[١١٢] محمد عبد الظاهر، التامين، المرجع السابق،ص٦١.

[113] cass ,civ, 1.16 -7 – 1970 , J.C.P. 1971 . 11, 15562 note .A.BESSON. نقلا عن د. محمد عبد الظاهر، التامين، المرجع السابق، ص.٦٣

[١١٤] محمد عبد الظاهر، التامين، المرجع السابق، ص٦٦.

[١١٥] المرجع السابق، ص١٣٣-١٣٤.

المصادر

References

اولا: المؤلفات العامة في القانون : Public works of law

I. د. ابراهيم صالح عطية الجبوري، النظام القانوني لعقد الاستشارة الهندسية ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ،ط١ ، ٢٠١٣ .

II. د. ابراهيم مصطفى عبده عبد الله ،المسؤولية المدنية للخبير الاستشاري في مصر وفرنسا، دراسة قانونية مقارنة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٣.

III. د. احمد محمود سعد ، نحو ارساء نظام قانوني لعقد المشورة المعلوماتية ،دار النهضة العربية ،ط١، ١٩٩٤.

IV. المحامي بهاء بهيج شكري ، التامين في التطبيق والقانون والقضاء ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ط١ ، ٢٠٠٧ .

V. د. حسن البراوي، عقد تقديم المشورة ،دراسة قانونية لعقد تقديم الاستشارات الفنية والقانونية ، القاهرة ، ١٩٩٨

VI. د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، احكام الالتزام ، اثبات الالتزام، دار الحرية للطباعة ، بغداد ١٩٧٦ .

VII. د. سليمان مرقص ، الوافي في شرح القانون المدني -٢- في الالتزامات المجلد الثاني في الفعل الضار والمسؤولية المدنية ، ط٥ ١٩٨٨.

VIII. د. طلبة وهبة خطاب ، د. مالك حمد ابو نصير، مسؤولية المحامي المدنية عن أخطائه المهنية، دراسة مقارنة ، اثراء للنشر والتوزيع ، ط١ .٢٠١٥

IX. د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٧ ، مجلد ٢ ، عقود الضرر عقود المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التامين ، منشاة المعرف ، ٢٠٠٤ .

X. د. عبد المجيد الحكيم ، أ. د. عبد الباقي البكري ، أ. د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الاول مصادر الالتزام ، العاتك لصناعة الكتاب ، بلا سنة طبع.

XI. د. عصمت عبد المجيد ، مصادر الالتزام بالقانون المدني ،دراسة مقارنة، المكتبة القانونية ، ٢٠٠٧، بغداد، ط١.

XII. د. محمد عبد الظاهر حسين ، التامين الاجباري من المسؤولية المهنية ،دار النهضة العربية ، ١٩٩٤.

XIII. د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد ، الالتزامات، الجزء الاول ، منشاة المعارف ، ٢٠٠٥ .

XIV. د. محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسؤولية المدنية في اتفاقات المسؤولية، الجزء الثاني في الاتفاقات المتعلقة بالمسؤولية (اتفاقات رفع وتخفيف المسؤولية والشرط الجزائي والتامين من المسؤولية) مطبعة جامعة القاهرة ١٩٩٠.

XV. د. معتز نزيه الصادق المهدي ، تعاقد المحترف ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٩.

XVI. د نزيه محمد الصادق المهدي ، عقد التامين دار النهضة العربية ١٩٩٢.

ثانياً : الاطاريح والرسائل : Letters and dissertations

I. بهاء الدين مسعود سعيد خويرة ، الاثار المترتبة على عقد التامين من المسؤولية المدنية ،رسالة ماجستير ،جامعة النجاح الوطنية كلية الدراسات العليا ٢٠٠٨.

II. منتظر محمد مهدي محمد الحمداني، عقد المشورة المهنية ، اطروحة دكتوره ،جامعة النهرين ،كلية الحقوق ،٢٠٠٣.

III. علي هادي علوان ،شرط الاعفاء من المسؤولية ، رسالة ماجستير ،جامعة بغداد كلية القانون ١٩٩٠.

ثالثاً : البحوث المنشورة : Published research

I. د. محمد عبد الظاهر حسين ، صور ممارسة المهن الحرة واثرها على مسؤولية المهني ،مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، السنة ١٥ يناير ٢٠٠١.

رابعاً : القوانين : The Laws

I. القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤.

II. القانون المدني المصري لسنة ١٩٤٨.

III. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة١٩٥١ .

خامساً : المؤلفات باللغة الفرنسية : Works in French

I. H.MazeavdetetA.Tunc: Traitetheorigus et la responsabilite civil delictuelle et contractuelle t.3,5ed,1965.

II. R,SAVATIER : les contrats de conseilprofessionnel en droitprive` D . 1972.

III. Lalou(H) traitepratique De La Responsabilie civil,5ed, paris,1955.

IV. Ripert (G) ,La regle morale dans Les obligations civils ,4ed ,paris ,1949.