الالتزام بضمان السلامة في العقود السياحية (دراسة مقارنة)

د. امل كاظم سعود
د. محمد علي صاحب
" كلية القانون – الجامعة المستنصرية "

Abstract

Obligation to ensure safety in the decades to Tourism is a contract of adhesion contracts Impose positive conditions and wages can not be Discussed and there are conditions arbitrarily Adhere to the executable and can not Must be modified to protect the weaker party In the contractual relationship. And ensure obligation safety in place includes all these under supervise and administrate tourism agencies and travel and hotel and the carrier .

Violation of the obligation to ensure safety is a commitment of result not due diligence .Application of the provisions if the Civil Liability Streptococcus .There may be foreign element in the relationship Contract as if the guest is foreign or foreign hotel must be application of the provisions . Conflict of laws to determine the law application .

الملخص

الالتزام بضمان السلامة في العقود السياحية ، يعد من الالتزامات الايجابية التي تدخل ضمن نطاق هذا النوع من العقود و التي لم يعد مقبولا الان القول بامكانية مناقشتها او الاعفاء منها اتفاقيا بأي شكل من الاشكال ،و السبب هو امعان في حماية الطرف الضعيف في المعادلة التعاقدية الا و هو السائح ، و ضمان السلامة يتضمن مجموعة من الخدمات تقدمها شركات او وكالات السياحة او المتعهد " الناقل "، و تشمل كل ما من شأنه ادارة الرحلة و توجيه السائح و الاقامة و النقل و غيرها من الخدمات.

و نطاق الالتزام بضمان السلامة يرتبط بالالتزامات الاخرى ، سواء الاتفاقية منها او القانونية ، و الاخلال بها يؤدي الى نشوء المسؤولية القانونية المدنية ،و لا يستطيع المتعهد التملص منها الا باثبات السبب الاجنبي او التدخل الخارجي الذي يعتري العلاقة العقدية.

لذلك اتت هذه الدراسة لتبين نطاق و مدى هذا الالتزام من كافة جوانبه ،و تتعرض بالدراسة لنظامه القانوني و تنازع القوانين الذي يمكن ان ينشأ في هذا الصدد .

المقدمـــــــــــــة

التطور التاريخي للالتزام بضمان السلامة

لقد كان لتطور الحياة الاقتصادية خلال القرن التاسع عشر اثره الكبير في نشوء الالتزام بضمان السلامة ، اذ اخذ العقد يتبدل في شكله عما كان عليه سابقاً ، واثير هذا الالتزام في بداياته في عقد النقل فقد كان القضاء الفرنسي يطبق أحكام المسؤولية التقصيرية عندما يصاب احد الركاب بضرر جسدي اثناء عملية النقل ، وكانت المحاكم الفرنسية ترفض التسليم بوجود التزام تعاقدي بضمان سلامة الاشخاص ، اذ ذهبت في احد احكامها الى انه لا يجوز قياس نقل الاشخاص على نقل الاشياء ؛ اذ ان الراكب يملك حرية الحركة عند ركوبه بأية وسيلة من وسائل النقل البرية أو البحرية أو الجوية ، بعكس الاشياء ، وعندما شعر القضاء الفرنسي بالصعوبة التي يواجهها المضرور في اثبات خطأ المسؤول ومن ثم صعوبة الحصول على التعويض ، بدأت منذ عام ١٩١١ المحاكم الفرنسية التأكيد على وجود الالتزام بضمان السلامة في عقد النقل حيث تتضمن المسؤولية العقدية للناقل الاضرار الجسدية التي تصيب الراكب [١].

ثم بعد الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض الفرنسية اخذت الدول في تشريعاتها بالالتزام بضمان السلامة ومنها قانون النقل العراقي رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ [٢].

وتعد العقود السياحية من العقود الحديثة نسبياً مقارنة ببقية العقود التي تتضمن الالتزام بضمان السلامة ، فبعد زيادة اهمية السياحة ظهر تنظيم العقود السياحية ومنها عقد الرحلة السياحية وعقد الجولة البحرية ، وقد وضعت تشريعات الدول المختلفة ، قوانين تنظم هذه العقود من اجل تنظيم ظاهرة السياحة والقضاء على كل المشاكل القانونية الناشئة عنها خاصة في تحديد الحقوق والالتزامات المترتبة على هذه العقود ، ففي فرنسا صدر قانون رقم (١٣)

لسنة (١٩٩٢) قانون تنظيم عقد الرحلة السياحية من حيث القواعد والاحكام التي يخضع لها هذا العقد .

وفي مصر على الرغم من صدور الكثير من التشريعات السياحية إلا انها لم تأتِ باحكام خاصة بعقد الرحلة السياحية ، بل صدرت القوانين التي تنظم شركات السياحة والسفر ، ومن اهم هذه القوانين قانون رقم (٧) لسنة ١٩٧٧ [٣].

كذلك في العراق لم يصدر قانون لتنظيم عقد الرحلة السياحية بل اختصرت القوانين التي صدرت في هذا المجال على تنظيم النشاط السياحي والمؤسسات السياحية[٤] .

اما عقد النزول في الفندق فيعد من العقود غير المسماة ، ولم ينص قانوننا المدني على تنظيم احكام خاصة لهذا العقد السياحي بل تناوله ضمن نطاق حالات خاصة في الوديعة ضمن الباب الخاص بعقد الوديعة والتي اقتصرت على ضمان سلامة الشيء ولا تشتمل ضمان سلامة السائح أو النزيل المادة (٩٧٢) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .

وازاء اهمية هذا الموضوع من جانب والقصور التشريعي في معالجة مشكلات حقيقية وجدية كشف عنها الواقع بشأن هذا الموضوع من جانب اخر فقد آثرنا بحث (الالتزام بضمان السلامة في العقود السياحية) في مبحثين: خصصنا الاول للتعريف بهذا الالتزام من حيث تعريفه وشروطه وطبيعته واساسه القانوني ، وخصصنا الثاني لاحكامه من حيث تنفيذه والاثر المترتب على الاخلال به وتنازع القوانين والاختصاص القضائي بشأنه ، فاذا اكملنا المبحثين ، وصلناها بكلمة خاتمة لهذا الموضوع.

المبحث الأول

التعريف بالالتزام بضمان السلامة في العقود السياحية

يقتضي التعريف بالالتزام بضمان السلامة في العقود السياحية ، استقراء اراء الفقهاء بشأن معناه لوضع تعريف جامع له ، وبيان شروط الالتزام بضمان السلامة ، وطبيعة الالتزام بضمان السلامة واساسه القانوني ، عليه نقسم المبحث الى ثلاثة مطالب ، الاول نفرده للوقوف على تعريف الالتزام بضمان السلامة في العقود السياحية ، والثاني نخصصه لتحديد شروط الالتزام بضمان السلامة ، والثالث نتناول فيه طبيعة

الالتزام واساسه القانوني .

المطلب الاول

تعريف الالتزام بضمان السلامة في العقود السياحية

يتألف هذا المطلب من شقين ، فلكي نعطي تعريفاً شاملاً للالتزام بضمان السلامة في العقود السياحية ، لابد من تعريف الالتزام بضمان السلامة ، ومن ثم تعريف العقود السياحية .

الفرع الاول

تعريف الالتزام بضمان السلامة

تعرف المادة (٦٩) من قانوننا المدني الالتزام أو الحق الشخصي على انه : " ١- الحق الشخصي هو رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين يطالب بمقتضاه الدائن المدين بان ينقل حقاً عينياً أو ان يقوم بعمل أو ان يمتنع عن عمل " . ولفظ (الالتزام) ولفظ (الدين) هو نفس المعنى الموضوع قانوناً للفظ (الحق الشخصي).

فالالتزام رابطة قانونية بين دائن ومدين ، ففي العقود السياحية ، تلتزم وكالات السفر والسياحة كمدين بالالتزام بضمان السلامة واداء خدمة هادئة للسائح أو العميل الذي هو الدائن في هذه الرابطة القانونية .

والضمان لفظ مقتبس من الفقه الاسلامي ويقصد به التعويض [٥]. واستعمل المشرع العراقي في القانون المدني في الفصل الخاص بالعقد في الفرع الثاني آثار العقد تعبير المسؤولية التعاقدية (ضمان العقد) ، فالضمان في القانون المدني العراقي يساوي المسؤولية المدنية ، والمسؤولية العقدية تعرف بأنها التعويض عن الضرر الذي لحق الدائن بسبب اخلال المدين بتنفيذ التزامه العقدي[٦] .

لم تعرف القوانين المدنية والقوانين الخاصة الالتزام بضمان السلامة ، رغم النص على هذا الالتزام صراحة في بعض القوانين كقانون النقل العراقي رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ في الفقرة الثانية من المادة العاشرة منه مما يقتضي التعرض لتعريفه من قبل الفقه والقضاء ، وجاءت تعاريف الفقه لهذا الالتزام متباينة تبعاً للجانب الذي ركز عليه كل منهم في تعريف هذا الالتزام .

فيذهب بعض الفقه الى تعريف الالتزام بضمان السلامة في ضوء شروط هذا الالتزام وخصائصه بغض النظر عن محل هذا الالتزام وهو السلامة ، وطبيعة هذا الالتزام حيث يعرفه فريق من الفقه بأنه : (الالتزام الذي

يقع على عاتق احد المتعاقدين الذي هو مهني محترف في مواجهة المتعاقد الاخر متلقي الانتاج أو الخدمة ، بضمان ما يهدده من مخاطر الاصابة الجسدية اثناء تنفيذ الالتزامات التعاقدية الناشئة عن العقد)[٧].

ويعرفه الفريق الاخر الالتزام بضمان السلامة بالنظر الى طبيعة الالتزام بضمان السلامة ، وبغض النظر عن شروطه وخصائصه ومحل الالتزام وهو (السلامة) ، بأنه : (الالتزام بتحقيق نتيجة ، ولا يستطيع المدين به التخلص من المسؤولية العقدية الناشئة عن الاخلال به ، إلا باثبات السبب الاجنبي)[٨].

ويرى جانب اخر من الفقه ضرورة تعريف الالتزام بضمان السلامة في ضوء محل هذا الالتزام وهو (السلامة) ، اذ يعرفون السلامة بانها الحالة التي يكون فيها التكامل الجسدي والصحي للمتعاقد محفوظاً من أي اعتداء يسببه له تنفيذ الالتزامات التعاقدية في الاتفاق المبرم بينه وبين مهني محترف) [٩].

والسلامة بهذا المعنى مفهوم احادي لا يحتمل التدرج والتنوع ، فالسلامة غير قابلة للتجزئة ، لهذا يجب ان تشمل السلامة كل فترة من فترات تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد ، ومحل السلامة هو سيطرة المدين على العناصر التي يمكن ان تسبب الضرر ، بعبارة اخرى السيطرة على تصرفات الاشخاص التابعين للمدين بالالتزام بضمان السلامة ، أو على الاشياء المستخدمة في تنفيذ العقد[١٠] . وهذا هو واجب الحراسة على الاشياء وهو الرقابة والتوجيه على الشيء المستخدم في تنفيذ الالتزام[١١].

فالسيطرة هي التأثير الكامل والتوجيه والرقابة ، تمارس بواسطة المدين بالسلامة على هذه التصرفات وتلك الاشياء بطريقة ان استخدمها في تنفيذ التزاماته التعاقدية لا تلحق ضرراً بصحة المدين أو سلامته الجسدية[١٢].

وبعد بيان المقصود بالسلامة يعرف هذا الفقه الالتزام بضمان السلامة بأنه : (سيطرة المدين على الاشخاص وعلى الاشياء لمنع وقوع الاخطار التي يمكن ان يتعرض لها الدائن ، والتصرف حيال هذه الاخطار بمنع وقوعها أو التقليل من اثارها)[١٣] .

الفرع الثاني

تعريف العقود السياحية

تعتبر العقود السياحية من العقود

الحديثة التي وجدت بفعل تطور السياحة العالمية ، نتيجة تطور وسائل النقل ، لذا لا تعتبر هذه العقود من العقود المسماة في القانون المدني ولا في القانون التجاري .

ولتحديد المقصود بالعقود السياحية ، لابد من اعطاء تعريف للسياحة ، فالسياحة لغة مشتقة من سيح ، والسيح الماء الظاهر الذي يجري على الارض ، وساح في الارض يسيح وسياحة وسيوحاً سيحاً سيحاناً أي بمعنى ذهب[١٤] أي بمعنى التنقل من مكان الى اخر .

والسياحة اصطلاحاً عرفتها الاكاديمية الدولية للسياحة بانها : (مجموع الانشطة الانسانية المعبأة لتحقيق الرحلات الترفيهية كصناعة لسد حاجات السائح)[١٥].

والسياحة لها اربعة عناصر رئيسة هي المظهر المكاني ، والسفر والاقامة ، والراحة والاستجمام ، والثراء الذهني للفرد [١٦].

والعقود السياحية هي التي تتعلق بالخدمات السياحية ، ومن هذه العقود عقد الرحلة السياحية ، وعقد النزول في الفندق وعقد الجولة البحرية .

<u>اولا–عقد الرحلة السياحية :</u>

انه العقد الذي تلتزم بمقتضاه وكالة السفر والسياحة من تمكين السائح من الاستفادة بما تقدمه من خدمات سياحية لقاء اجر معلوم [١٧]ولا تقل مدة الرحلة عن ٢٤ ساعة يتخللها المبيت[١٨].

وقد تكون الرحلات السياحية فردية غير منظمة ، وقد تكون الرحلة السياحية جماعية منظمة تشمل النقل والاقامة في الفندق والجولات السياحية وغيرها [١٩].

اما اطراف عقد الرحلة السياحية هما مكاتب السفر والسياحة والسائح أو العميل ، وعرف المشرع العراقي في المادة الاولى من قانون تنظيم شركات ومكاتب السفر والسياحة رقم (٤٩) لسنة ١٩٨٣ ، مكاتب السفر والسياحة بانها : " الجهات التي تقوم بتنظيم الرحلات للأفراد والجماعات وتقديم الخدمات والنشاطات المتعلقة بها داخل القطر وخارجه ".

والطرف الاخر هو السائح او العميل ، والسائح هو الاجنبي الذي يسافر الى دولة غير دولته لأكثر من (٢٤) ساعة لأغراض السياحة او المعالجة او حضور المؤتمرات . وعرف مؤتمر روما لسنة ١٩٦٨ السائح بانه : " أي شخص يزور بلداً غير البلد الذي يقيم

فيه عادة لأي سبب غير السعي لأي وظيفة مدفوعة الاجر " [٢٠]. فالسائح هو الاجنبي وليس الوطني الذي ينتقل من منطقة الى اخرى داخل بلده ولا الاجنبي الذي يسافر الى بلد اخر للعمل والوظيفة .

ثانيا –عقد النزول في الفندق

ان عقد النزول في الفندق من العقود المركبة يثير بطبيعته مشكلات قانونية يتشابك بتشابك المصالح المتعارضة لأطرافه من السائح و صاحب الفندق ووكالة السفر والسياحة والناقل والمرشد السياحي .

ويعرف بأنه : (العقد الذي تتعهد بمقتضاه المنشأة الفندقية بأن تقدم لاحد العملاء بنفسها او عن طريق وكيلها الاقامة والطعام والشراب ، وان تصون وتحرس امتعته التي يحضرها معه الى الفندق وان تقدم له خدمات اخرى قانونية مقابل مبلغ من المال يتم تقديره عادة طبقا لنوع الاقامة ومدتها والخدمات التابعة لها) [٢١].

ثالثا –عقد الجولة البحرية :

عبارة عن اتفاق بين وكالات السفر والسياحة وبين السائح وبموجبه يقوم الاول بتقديم رحلة بحرية الى الطرف الثاني لقاء مبلغ مالي مقرر يتفق عليه الطرفان [٢٢].

ومن تسمية العقد يتبين انه يقتصر على واسطة نقل بحرية فقط وهي السفن والبواخر ، بخلاف عقد الرحلة السياحية فقد تختلف واسطة النقل براً او جواً او بحراً حسب الاتفاق . كما ان الرحلة السياحية قد تكون فردية او جماعية ، بينما الجولة البحرية جماعية فقط . ومن ثم فان عقد الجولة البحرية اضيق نطاقاً من الرحلة البحرية فقد تكون الرحلة السياحية متضمنة جولة بحرية ايضا[٢٣].

وتشترك العقود السياحية من عقد الرحلة السياحية وعقد النزول في الفندق بخصائص مشتركة هي :

١– عقد من عقود المدة ، والعقود الزمنية هي التي يعتبر الزمن عنصراً جوهرياً في تنفيذ الالتزام ، فعقد النزول في الفندق يتألف من عقد ايجار الغرفة الفندقية ، وعقد الايجار من العقود الزمنية [٢٤]. ويعتبر النقل احد العقود التي يتألف منها عقد الرحلة السياحية ، وعقد النقل من عقود المدة ، فلا يستطيع الناقل تنفيذ التزامه فوراً بل خلال فترة زمنية معينة [٢٥].

٢– من العقود غير المسماة ، والعقود المسماة ذكرت على سبيل الحصر في القانون

المدني العراقي ، ولا يعتبر من ضمنها العقود السياحية ، لذا فهي من العقود غير المسماة التي لم يخصها المشرع باسم معين لقلة شيوعها بين الناس في معاملاتهم ، وهي تخضع للقواعد العامة التي وضعت لسائر العقود فعقد النزول في الفندق عقد غير مسمى [٢٦].

٣- من العقود التجارية ، فالاعمال التي تقوم بها وكالات السفر والسياحة اعمال تجارية تمارس بصيغة مشروع وعلى وجه الاحتراف بقصد المضاربة وتحقيق الربح [٢٧]، ونصت المادة (٥) في فقرتها السابعة من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ على اعتبار خدمات مكاتب السياحة والفنادق والمطاعم اعمالاً تجارية .

٤- من العقود المركبة ، عقد النزول في الفندق من العقود السياحية المركبة يتألف من اكثر من عقد واحد ، فيتألف من عقد الايجار والوديعة والبيع [٢٨]. وعقد الرحلة السياحية عقد يتضمن عدة عمليات فالرحلة يتخللها عمليات النقل والاقامة في الفندق ، فهو عقد مركب ايضا [٢٩].

٥- من عقود الاذعان ، وعقود الاذعان كما وصفتها الفقرة الاولى من المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي هو : " القبول في هذا العقد ينحصر على مجرد التسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر يضعه الموجب ولا يقبل فيه مناقشة " . فتنظيم الرحلة السياحية يتم من قبل مكاتب السفر والسياحة فهي التي تضع برنامج الرحلة وهي التي تضع شروطها ، ولا يكون امام السائح إلا قبول الرحلة بهذه الشروط أو الرفض[٣٠] . وكذلك الامر بالنسبة لعقد الاقامة في الفندق فصاحب الفندق هو الذي يحدد الخدمات المقدمة واجور الخدمة وليس للسائح أو النزيل مناقشتها .

٦- العقود السياحية من عقود الخدمات والعقود الاستهلاكية ، فالعقود تقسم الى عقود خدمات والعقود المهنية وهو تقسيم جديد بسب تطور العلاقات التجارية واتساع مجالاتها ، فلم تقتصر على العقد بين المهني والمستهلك ، بل مد نطاقها ليشمل العقد بين المهني والمهني . وبما ان قوانين حماية المستهلك وضعت لحماية المستهلك وهو الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية في العقود الاستهلاكية وعقود الخدمات ، فالعقد الذي تبرمه وكالات السفر والسياحة مع السائح هو عقد خدمات ، بينما العقد

الذي تبرمه وكالات السفر والسياحة مع الناقل وصاحب الفندق هو عقد من العقود المهنية [٣١].

بعد بيان وجهة نظر الفقه من تعريف الالتزام بضمان السلامة في العقود السياحية يمكن تعريف هذا الالتزام بأنه : (الاثر القانوني المترتب على العقد السياحي ، الذي يلتزم المدين المحترف بتنفيذه للطرف الاخر في العقد من احتمال وقوع خطر يهدد سلامة هذا الطرف في جسده اثناء تنفيذ العقد ، وإلا كان مسؤولاً مسؤولية عقدية عن الضرر الجسدي الذي لحق بالطرف الاخر) .

المطلب الثاني

شروط الالتزام بضمان السلامة في العقود السياحية

لاتختلف الشروط التي يجب توافرها لقيام الالتزام بضمان السلامة في العقود السياحية عن الشروط العامة للالتزام بضمان السلامة ، فلابد من خطر يهدد الدائن في سلامته الجسدية ، وان يكون المدين بالالتزام مهني محترف ، وان يوكل المدين امر المحافظة على نفسه للطرف الاخر في العقد .

وعليه فأن بحث كل شرط من هذه الشروط سيكون في فرع مستقل وكما يلي :

الفرع الاول

وجود خطر يتهدد السائح في سلامته الجسدية

يستلزم قيام الالتزام بضمان السلامة على عاتق المدين في العقود السياحية احتمالية وجود خطر يتعرض له الدائن في جسده [٣٢]، وهذا يعني ان الالتزام بضمان السلامة يقتصر على المخاطر التي تمس السائح في سلامته الجسمية ، ولا يمتد الى المخاطر التي تمس الاموال والاشياء التي بصحبة السائح ، كما لا يغطي هذا الالتزام المخاطر التي تمس الحقوق الذهنية .

وترتيباً على هذا ، فان انطباق هذا الشرط يبدو واضحاً على العقود السياحية ، ذلك ان هذه العقود اصبحت في ظل التقدم الصناعي وتعدد الاجهزة الحديثة ، النطاق العملي لهذا الالتزام . ففي عقد الرحلة السياحية كثيرة هي المخاطر المحدقة بالسائح من بداية الرحلة حتى نهايتها ، فهذه عربة تسقط بسائح وزوجته من ارتفاع اربعة عشر متر على منحدر جبل وتؤدي بحياتهما معا[٣٣]وهذا السائح في رحلة جماعية منظمة ، اصيب بجروح عندما هوى ارضاً ، بينما كان يمتطي ظهر البعير اثناء النزهة

بجوار اهرامات الجيزة[٣٤].

بيد ان تحديد النطاق الزمني للالتزام بضمان سلامة السائح من الاخطار الجسدية التي يمكن ان تلحق به خلال الرحلة السياحية يرتبط بالتكييف القانوني لعقد الرحلة السياحية الجماعية المنظمة .

ففي الرحلة السياحية الفردية ، تباينت اراء الفقهاء واحكام القضاء حول طبيعة هذا العقد ، فذهب رأي في الفقه [٣٥]مدعوماً باحكام كثيرة في القضاء[٣٦] ، الى انه عقد وكالة ، ومن ثم تعد مكاتب السفر والسياحة وكيل عن السائح وتلتزم بالتزامات الوكيل طبقاً للقواعد العامة للوكالة في القانون المدني[٣٧].

ويترتب على هذا التكييف لعقد الرحلة السياحية ارتباط مكتب السفر والسياحة بعقدين : اولهما مع السائح وهو عقد الوكالة ، وثانيهما مع الناقل أو صاحب الفندق فهو عقد يبرمه مكتب السفر والسياحة في سبيل تنفيذ الوكالة ، وهذا يعني ان هذا العقد الاخير لا تنصرف اثاره الى مكتب السفر والسياحة ، ومن ثم فان مكتب السفر والسياحة كوكيل لا يلتزم بضمان سلامة السائح اثناء النقل أو اثناء التواجد في الفندق بل يلتزم صاحب الفندق والناقل بضمان سلامة السائح .

ولا يقدح في تكييف عقد الرحلة السياحية كوكالة اختلاف مضمون العقد المبرم بين مكتب السفر والسياحة والسائح ، فقد يكون حجز وترتيب رحلة فردية معينة ، وقد يكون اعداد برامج الرحلة بأكملها بما في ذلك حجز الاماكن على الطائرات أو في فندق معين في الدولة المزمع زيارتها ، أو ترتيب الرحلات الداخلية لمشاهدة المعالم التاريخية أو الاثرية أو الفنية في ذلك البلد . كما لا يقدح في تلك الطبيعة لهذا العقد قيام مكتب السفر والسياحة بأعمال مادية ، مادامت هذه الاعمال تابعة أو ملحقة لعمل الوكالة الاصلي ، وهو التوسط بين العميل وسائر مقدمي الخدمات السياحية ، كما هو الوضع في معظم عقود الرحلات الفردية [٣٨].

واتجه رأي اخر في الفقه[٣٩] الى ان عقد الرحلة السياحية الفردية عقد نقل[٤٠]، ووفقاً لهذا الاتجاه تعد مكاتب السفر والسياحة ناقلاً في حالتين: الحالة الاولى ، اذا التزمت بنقل العملاء من نقطة الانطلاق الى نقطة الوصول ، ولا يكتفى في هذا الغرض ان يستأجر مكتب السفر والسياحة ،وسائل

النقل مالم يتولى هو بنفسه الاشراف والرقابة على وسائل النقل ، وثانيهما اذا ظهرت مكاتب السفر والسياحة بمظهر الناقل في مواجهة العملاء، بأن تتخذ من وسائل النقل والادوات مايجعلها بمثابة الناقل للرحلة .

هذا وان تكييف عقد الرحلة السياحية على انه عقد نقل يحقق سلامة السائح ؛ ذلك ان عقد الرحلة السياحية ، باعتباره عقد نقل ، يرتب التزامات على عاتق مكتب السفر والسياحة ، وخاصة الالتزام بضمان سلامة الراكب [٤١]، غير ان النطاق الزمني للالتزام بضمان السلامة في عقد النقل ، ومن ثم التزام مكاتب السفر والسياحة كناقل ينحصر اثناء تنفيذه عقد النقل ، ويشمل تنفيذ عقد النقل الفترة الواقعة بين شروع الراكب في الصعود الى واسطة النقل في مكان القيام ونزوله منها فعلاً في مكان الوصول[٤٢] ، وفي النقل الجوي يمتد الالتزام بضمان السلامة منذ اجتياز المسافر موقع المغادرة من ابنية المطار وعند صعوده الى الطائرة وخلال الرحلة الجوية كذلك عند مغادرته الطائرة حتى دخوله الموقع المعين للوصول [٤٣]. وفي النقل البحري يبدأ الالتزام بضمان السلامة من مباشرة الراكب الصعود الى السفينة وخلال الرحلة البحرية وينتهي بتمام نزوله من السفينة [٤٤].

وتأكيداً لهذا النطاق الزمني لالتزام مكاتب السفر والسياحة بضمان سلامة السائح ، فقد تعاقبت قرارات محكمة النقض الفرنسية بهذا الخصوص ، لذا حكم بان مكاتب السفر والسياحة لا تلتزم بضمان سلامة المسافر كالتزام تعاقدي إلا منذ اللحظة التي يبدأ منها بالصعود الى واسطة النقل وينتهي بوصوله ونزوله [٤٥].

هذا وتجدر الاشارة الى ان وجود المظهر الخارجي لمكاتب السفر والسياحة كناقل أو نفيه مسألة وقائع يعود تقديرها لمحكمة الموضوع بدون رقابة لمحكمة التمييز عليها ، في ضوء تفسير العقد وارادة اطراف العقد المستخلصة من الظروف المحيطة بالعقد ، كما تبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين [٤٦].

وعلى الرغم من ان اسباغ صفة الناقل على مكاتب السفر والسياحة يؤدي الى تطبيق قواعد النقل بهدف حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية وهو السائح ، بيد ان اعتبار مكاتب السفر والسياحة ناقل محل نظر ، لان عملية النقل واحدة من الاعمال التي قد تقوم بها مكاتب السفر والسياحة

فعقد الرحلة السياحية اوسع نطاقاً من عقد النقل ، فهو العموم وعقد النقل هو الخصوص ، ومن ثم لا يجوز تكييف ماهو اعم على ماهو اخص .

وبناءً على ما تقدم فقد ذهب رأي اخر من الفقه الى ان عقد الرحلة السياحية الفردية هو عقد وكالة بالعمولة بالنقل[٤٧]، فالوكيل بالعمولة بالنقل يبرم عقد النقل مع الناقل لصالح الاصيل (السائح) ومع ذلك ، فان مكاتب السفر والسياحة هي التي تضمن اتمام عملية النقل وسلامة السائح .

وتختلف الوكالة بالعمولة بالنقل عن عقد النقل ، بأن الناقل يتولى النقل بنفسه ، اما الوكيل بالعمولة فيجري النقل بواسطة غيره ، بيد ان الوكيل بالعمولة بالنقل يبرم مع الناقل عقد النقل بصفته وكيلاً لحساب المرسل ، وتسري على الوكالة بالعمولة بالنقل ، فيما يتعلق بالالتزامات والحقوق الاحكام الخاصة بالوكالة بالعمولة بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع احكام الوكالة بالعمولة بالنقل . ويضمن الوكيل بالعمولة بالنقل تنفيذ الناقل لالتزاماته تجاه الاصيل لانه هو الذي اختار الناقل وعهد اليه بعملية النقل فهو يكون ضامناً تنفيذ الناقل لالتزاماته العقدية [٤٨].

نصت المادة (٧٩/اولاً) من قانون النقل العراقي على انه : " يكون الوكيل مسؤولاً عن التأخير في وصول الراكب وعن الاضرار التي تلحق به اثناء تنفيذ النقل ، ولا يجوز للوكيل ان ينفي هذه المسؤولية إلا بإثبات القوة القاهرة أو خطأ الراكب "[٤٩] . وهذه المادة صريحة في جعل مكاتب السفر والسياحة كوكيل بالعمولة بالنقل يلتزم بضمان السلامة.

وتكييف عقد الرحلة السياحية الفردية بانها وكالة بالعمولة بالنقل لا تخلو من فائدة عملية ، حيث يعد مكتب السفر والسياحة مسؤول ليس فقط عن اخطائه الشخصية ، بل عن كل خطأ يقع من الناقل الذي يتعهد بتنفيذ عقد النقل ، ولذا يقع على عاتق الوكيل بالعمولة بالنقل التزام بضمان سلامة السائح [٥٠].

ويلاحظ ان تكييف عقد الرحلة السياحية الفردية من قبل المحاكم الفرنسية بأنه نقل أو وكالة بالعمولة بالنقل وليس وكالة مدنية يجد اساسه في تشديد التزامات مكاتب السفر والسياحة تجاه المتعاقد معها مما يترتب عليها الالتزام بضمان سلامة

المتعاقد معها ، وهو التزام لا يلتزم به الوكيل طبقاً للقواعد العامة في القانون المدني . فالوكيل لا يكون ضامناً تنفيذ الغير المتعاقد معه التزامه تجاه الموكل ، ومن ثم لا تلتزم مكاتب السفر والسياحة كوكيل بضمان سلامة السائح .

اما اذا كانت الرحلة السياحية جماعية ، فيذهب الفقه الى انه عقد مقاولة ، وان مكاتب السفر والسياحة تعد مقاولاً ، فهي التي تتعهد الرحلة السياحية بتنظيمها على نحو متكامل بوضع برنامج تفصيلي بحيث يتضمن كافة الامور والمسائل اللازمة لتنفيذ الرحلة [٥١]. فمكاتب السفر والسياحة تلتزم بتقديم خدمة فعلية للسائحين تتمثل برحلة سياحية هادئة وآمنة وكل ما يتعلق بها من عمليات قانونية ومادية . ويجوز لمكاتب السفر والسياحة في تنفيذها لعقد الرحلة السياحية، ان تعهد بتنفيذ جزء من الرحلة السياحية الى اشخاص اخرين ، كالناقل وصاحب الفندق وصاحب المطعم والمرشد السياحي [٥٢]. ولجوء مكاتب السياحة و السفر الى الغير لتنفيذ جزء من الرحلة السياحية يؤدي الى التزامها بعقدين ، عقد المقاولة بينها والسائح ، وعقد المقاولة من الباطن مع الغير لتنفيذ الرحلة السياحية ، وهذه العقود هي التي تحدد العلاقة بين مكاتب السفر والسياحة والغير ، اما العلاقة بين السائح والغير فهي غير مباشرة ، فمكتب السفر والسياحة هو من يجمع بين كليهما ، ومن ثم يبقى المقاول الاصلي هو المسؤول تجاه رب العمل عن المقاول من الباطن [٥٣]، وهنا تظهر المسؤولية العقدية لمكاتب السفر والسياحة عن فعل الغير الذين استخدمتهم في تنفيذ عقد الرحلة السياحية .

ولذا نخلص الى وجود التزام بضمان سلامة السائح أو العميل في عقد الرحلة السياحية الشاملة ، يمتد نطاقه الزمني من قيام الرحلة ، ويشمل جميع مراحلها حتى وصول السائح سالماً آمناً .

وعوداً على ذي بدء فأن وجود خطر يتهدد السائح في سلامته الجسدية ، يظهر بوضوح كذلك في عقد النزول في الفندق ، فالمخاطر التي قد تهدد السائح في سلامته الجسدية كثيرة ، فهذا سائح انزلقت قدمه على قشرة فاكهة في ردهة الفندق ، فوقع على الارض وكسرت ذراعه [٥٤]. وهذا نزيل يسقط على سلم ملحق بمبنى الفندق لكون مدخل السلم مظلم دون اضاءة لحظة وقوع

الحادث[٥٥]، ولذا يلتزم صاحب الفندق تجاه السائح أو النزيل بتوفير الاقامة الهادئة المطمئنة ، فيلتزم باتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع وقوع الخطر ، ويستوي ان نكون بصدد منشأة فندقية ثابتة أو عائمة [٥٦].

اما نطاق الالتزام بضمان السلامة في عقد النزول في الفندق ، فمن حيث الزمان يتحدد بالمخاطر التي تصيب جسم السائح أو النزيل من وقت النزول في الغرفة الفندقية الى مغادرته الفندق سليماً آمناً [٥٧]. ومن حيث المكان يتحدد بالمخاطر الجسدية التي تحدث داخل الفندق وملحقاته باعتبارها جزءاً لا يتجزء من الفندق ، كالمطعم والكراج والمسبح . وكل مكان يخضع لسلطة صاحب الفندق في الرقابة والاشراف ، اما الاماكن التي تخرج عن سلطة صاحب الفندق وان كانت ملحقة بالفندق فلا يسأل عنها ، لذا لا يسأل صاحب الفندق عن الاضرار الجسدية التي تصيب السائح أو النزيل اثناء تواجده في صالون الحلاقة الملحق بالفندق[٥٨].

وفي قضية عرضت على محكمة استئناف بغداد بصفتها التميزية جاء في حيثيات قرار المحكمة: " ان الثابت من وقائع التحقيق القضائي ان الوفاة كانت بسبب الغرق في حوض السباحة الذي هو تحت اشراف ومسؤولية تابعي المدعى عليه ، وقد ابان تقرير الخبير ان ادارة المسبح لم تستكمل شروط امان السابحين فيه ومن ذلك وجود حراسة لإنقاذ من يكون في خطر الغرق "[٥٩] . وفق التعليمات رقم (٢) لسنة ١٩٨٢ الخاصة بقانون الصحة العامة العراقي رقم (٨٩) لسنة ١٩٨١ الخاصة بالشروط والمواصفات الصحية الواجب توفرها في الفنادق ودور الاستراحة تقرر المادة الاولى منه وجوب الحصول على الاجازة الصحية لفتح الفندق ، ويجب ان يكون الفندق وفق المادة الثانية منها من الطابوق وارضيته من مادة صماء حماية لسلامة النزلاء من التعرض للحوادث . ووفق المادة (٥) منها يجب ان تتوافر انارة كافية ومريحة في كل غرفة وفي الممرات لعدم تعرض النزلاء لحوادث اثناء السير . ووفق المادة التاسعة من هذه التعليمات على جميع العاملين في الفندق الحصول على دفاتر الفحص الطبي التي تثبت سلامتهم من الامراض السارية والمعدية ومن المسببات المرضية الاخرى . كما تقرر المادة الثامنة منه مكافحة القوارض والحشرات في الفندق ضماناً لصحة النزلاء وتنفيذاً لالتزام

الفندق بضمان السلامة .

ووفق المادة الثانية عشر من هذه التعليمات يجب ان تتوفر في المطعم أو محل اعداد الفطور والمرطبات والمشروبات جميع الشروط الصحية ، ويجب العناية اليومية الدائمة بنظافة غرف وممرات جميع اقسام الفندق لعدم وجود ما ينزلق به النزلاء ويلحق بهم ضرراً . ووفق المادة الثالثة عشر من هذه التعليمات يجب توفير مستلزمات السلامة بتوفير اجهزة اطفاء الحرائق بعدد كافٍ وصندوق اسعافات اولية ، وان تتوافر صيانة فنية كاملة لكافة الاجهزة والتأسيسات الكهربائية لضمان عدم حدوث حريق كهربائي أو غير كهربائي يلحق ضرراً بجسد النزلاء .

الفرع الثاني

ان يكون احد المتعاقدين قد اوكل حفظ سلامته للآخر

بمقتضى هذا الشرط يكون امر الحفاظ على السلامة الجسدية لاحد المتعاقدين موكولاً للمتعاقد الاخر ؛ ذلك ان العقود المقترنة بضمان السلامة تكون فيها شخصية المدين بالالتزام بضمان السلامة محل اعتبار ، فالدائن يضع ثقته ويسلم نفسه للمحافظة عليها الى المدين ، أي ان الدائن يكون خاضعاً للمدين ، بيد ان هذا الخضوع ليس كلي ، بحيث يفقد سيطرته تماماً على سلامته الجسمية ، كما هو الحال في عقد العلاج الطبي ، اذ يوكل المريض امر المحافظة على سلامته الى الطبيب الذي يجري له عملية جراحية [٦٠]بل هو خضوع نسبي ، يستوي ان يكون من الناحية الفنية أو الاقتصادية[٦١]، وهذا يتحقق في عقود الاذعان ، اذ فيها يظهر بوضوح ان احد طرفي العقد خاضعاً اقتصادياً للطرف الاخر ولا يكون له إلا ان يقبل أو يرفض شروط الطرف القوي من دون ان يكون للطرف الضعيف حق في مناقشة تلك الشروط[٦٢] .

والتساؤل المطروح هنا يتعلق بمدى كون السائح خاضعاً لمكتب السفر والسياحة من الناحية الاقتصادية والفنية ؟

ان الاجابة عن هذا التساؤل يتطلب منا التمييز بين فرضين : الاول ان تكون الرحلة السياحية قد اعلن عنها من قبل مكتب السفر والسياحة ، ونظم كل مراحلها ، ابتداءً من النقل الى المبيت الى ترتيب السفرات الداخلية الى المزارات السياحية وتقديم الخدمات الاخرى ، ففي هذه الفرض لايكون امام

السائح حتى يشترك في هذه الرحلة سوى القبول بالشروط التي اعلن عنها مكتب السفر والسياحة ، ومن ثم لاشك ان هذا العقد هو عقد اذعان ، يخضع فيه السائح الى مكتب السفر والسياحة من الناحية الاقتصادية والفنية . اما الفرض الثاني فهو ان تنظم الرحلة السياحية بناءً على طلب من السائح ومن ثم فالأخير يستطيع مناقشة شروط العقد ، وعليه لا يعد العقد من عقود الاذعان ، ومع ذلك فان السائح يخضع من الناحية الفنية (التنظيمية) الى مكتب السفر والسياحة ؛ ذلك ان الاخير هو من ينظم برنامج الرحلة بجميع مراحلها ، ويحدد كيفية تنفيذها ، فالسائح لا يتاح له مراجعة اجراءات السلامة والامن خلال مراحل الرحلة المختلفة ، بل هذا من صميم عمل مكتب السفر والسياحة[٦٣].

وبناءً على ما تقدم ففي كلا الفرضين يظهر بوضوح ان امر المحافظة على امن وسلامة احد المتعاقدين قد اوكل الى المتعاقد الاخر في مكتب السفر والسياحة ونتيجة لذلك يلتزم مكتب السفر والسياحة بضمان سلامة السائح الجسدية .

وكذلك في عقد النزول في الفندق يبرز واضحاً الخضوع نفسه في العلاقة بين صاحب الفندق والعميل ، حيث يخضع السائح أو العميل من الناحية الفنية أو الاقتصادية لصاحب الفندق ، اذ يتولى الاخير اتخاذ جميع اجراءات السلامة والامن في الفندق ولا يملك العميل مراجعة هذه الاجراءات ومن ثم فصاحب الفندق يلتزم بضمان سلامة العميل[٦٤].

الفرع الثالث

ان يكون المدين بضمان السلامة مهنيا محترفاً

واضحة هي الحكمة من وراء هذا الشرط ، اذ ان الجمهور يقدم على التعاقد مع المهني لما يمتلك من خبرة ودراية بأصول مهنته ، ولذا ينبغي ألا يمارس نشاطه إلا اذا كان ملماً بالأصول العلمية والخبرة الفنية ، التي تمكنه من ممارسة نشاطه على الوجه الاكمل ، حتى يكون اهلاً للثقة التي يمنحها له عملاؤه .

فضلاً عن هذا فانه لما كانت الاعباء المالية الكبيرة التي يوجبها الالتزام بضمان السلامة لا يمكن تغطيتها إلا عن طريق التأمين ، فان من المنطقي ألا يفرض هذا الالتزام إلا على المهنيين ، فهم وحدهم الذين يملكون المقدرة المالية التي تمكنهم من تحمل اعباء مسؤوليتهم عن هذا الطريق .

وفوق ذلك ، فان اساليب الدعاية والاعلانات التجارية التي تلجأ اليها مختلف المشاريع التجارية ، ومنها مكاتب السفر والسياحة والفنادق ، وهذه الاعلانات قد تعتمد اسلوب التهويل والمبالغة ، ومن ثم فغالباً ما تؤدي الى بث الثقة في نفوس المستهلكين لهذه الخدمات السياحية ، وتدفعهم الى التعاقد وهم مطمئنون الى جودة الخدمات السياحية وسلامتها [٦٥].

وغني عن البيان ، ان كافة هذه الاعتبارات متوافرة بالنسبة لمكتب السفر والسياحة ولصاحب الفندق ، فمكاتب السفر والسياحة لا يمكن ان تمارس النشاط السياحي إلا على وجه الاحتراف ، فمن جانب يجب ان تمتلك هذه المكاتب الخبرة اللازمة والامكانات الاقتصادية الكافية لممارسة هذا النشاط[٦٦]، ومن جانب اخر ان قانون تنظيم الشركات ومكاتب ووكالات السفر والسياحة العراقي رقم (٤٩) لسنة ١٩٨٣ في مادته الثانية ، لم يجز مزاولة النشاط السياحي إلا بعد الحصول على اجازة مزاولة النشاط السياحي .

اما صاحب الفندق فهو يحترف توفير الاقامة ، وهذه الاقامة يجب ان تكون امنة وهادئة ، وعليه في سبيل ذلك اتخاذ كافة الاحتياطات التي يتخذها مهني متخصص يحترف النشاط السياحي وإلا كان مسؤولاً عن الضرر الذي يصيب المقيمين[٦٧].

وترتيباً على احتراف مكاتب السفر والسياحة والفنادق للنشاط السياحي فكل منهما يعد تاجراً ويلتزم بالتزامات التاجر من مسك الدفاتر التجارية والتسجيل في السجل التجاري واتخاذ اسم تجاري لحماية الوضع الظاهر وعدم تضليل العملاء[٦٨].

المطلب الثالث

الطبيعة القانونية للالتزام بضمان السلامة واساسه القانوني

اذا كان اجماع الفقه والقضاء قد انعقد على ضرورة وجود التزام بضمان السلامة في العقود السياحية لصالح السائح ، فأن هذا الاجماع يتلاشى اذا تعلق الامر بتحديد الطبيعة القانونية لهذا الالتزام ؛ اذ تعددت اراء الفقه وتنوعت احكام القضاء . ولم يكن البحث في اساس هذا الالتزام احسن حظاً من حيث تنوع احكام القضاء واختلاف اراء الفقهاء .

كل هذا يوجب علينا ان نتصدى لبحث هاتين المسألتين على ان يكون ذلك في فرعين

متتاليين :-

الفرع الاول

الطبيعة القانونية للالتزام بضمان السلامة

ترجع اهمية الوقوف على الطبيعة القانونية للالتزام بضمان السلامة ، بالنظر لما لذلك من اثر في اثبات مسؤولية مكتب السفر والسياحة والفندقي ، عن الضرر الذي يصيب السائح ، وتتعاظم اهمية تحديد هذه الطبيعة ، بسبب التفاوت الواضح في المعرفة والخبرة بين مكاتب السفر والسياحة من جهة والسائح من جهة اخرى .

فاذا كنا بصدد التزام ببذل عناية ، يكون المدين قد وفى التزامه اذا بذل في تنفيذه عناية الشخص المعتاد ، ولو لم يبلغ النتيجة المرتقبة ، مالم ينص القانون أو يقضي الاتفاق على مقدار يزيد أو يقل عن هذه العناية [٦٩]. ومن ثم ، يقع على الدائن عبء اثبات عدم تنفيذ المدين لالتزامه، وذلك بإقامة الدليل على ان المدين لم يقم ببذل العناية المطلوبة [٧٠].

اما اذا كنا بصدد التزام بتحقيق نتيجة ، فان المدين لا يكون قد نفذ التزامه إلا بتحقيق النتيجة المرجوة ، وهي محل الالتزام[٧١] ، ومن ثم ، فجدير بالمضرور ان يتحقق من عناء الاثبات ، حيث يستطيع الحصول على التعويض بمجرد اثبات عدم تحقق النتيجة المرتقبة ، مالم يقع الدليل على ان الضرر وقع لسبب اجنبي لا يد للمدين فيه[٧٢].

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا ، اين يقع الالتزام بضمان السلامة من هذين الاتجاهين ؟ ام ان له طبيعة خاصة تعد صورة وسط بين هذين الاتجاهين ؟

بناء على ما تقدم ، وفي ضوء الغاية من تقرير الالتزام بضمان السلامة في العقود السياحية ، نبحث هذه المسألة وعلى النحو الاتي :-

اولا / قصور اعتبار الالتزام بضمان السلامة التزاماً ببذل عناية عن الاستجابة لضرورات حماية السائح

اتجهت الكثير من الاحكام القضائية[٧٣] الى اعتبار الالتزام بضمان السلامة في العقود السياحية ، التزاماً ببذل عناية ، فمكتب السفر والسياحة يلتزم فقط باتخاذ الاحتياطات والاجراءات اللازمة للحفاظ على سلامة السائحين ، وكذلك الفندقي ، لا يلتزم فيما يتعلق بإقامة النزيل ، برد الاخير ، عند خروجه من منشأته ، سليماً معافى ، لكنه يلتزم فقط بان يراعي في تنظيم ، وفي

تشغيل مشروعه ، قواعد الحيطة واليقظة التي تتطلبها سلامة عملائه[٧٤].

وترتيباً على ذلك فان على السائح الذي يطالب بتعويض ما اصابه من ضرر ان يثبت خطأ ، مكتب السفر والسياحة أو الفندقي في عدم بذله للعناية اللازمة للحفاظ على سلامته.

ولعل من نافلة القول ، انه اذا كان التزام مكاتب السفر والسياحة أو الفندقي في مواجهة العملاء التزاماً ببذل عناية ، فان الوقائع التي يستخلص منها الاخلال بهذا الالتزام ، تقديرها يترك لقاضي الموضوع[٧٥].

ومن هنا يظهر بوضوح قصور اعتبار الالتزام بضمان السلامة التزاماً ببذل عناية ، عن تحقيق الحماية الفعالة لجمهور السائحين الذين يكونون ، نظراً لظروف السياحة في العصر الحديث ، عاجزين في حالات كثيرة ، ليس فقط عن اثبات خطأ مكاتب السفر والسياحة ، بل عن معرفة ظروف الحادث والاسباب التي ادت اليه في مواجهة خصم قادر بوسائله القوية على احباط كل محاولة لإثبات خطئه ، أو حتى استقصاء اسباب الاصابة للتخلص من اية مطالبة بالتعويض[٧٦].

فضلا عن ذلك فان الالتزام بضمان السلامة ، لا تكون له وجود حين يتعين على المدين به مجرد بذل العناية اللازمة ، اذ هذا يفرغ الالتزام بضمان السلامة من مضمونه ، فالسلامة في تقدير السائح ، لاتقل اهمية عن الرحلة السياحية ذاتها ، وتعد بالنسبة للعقود السياحية ، ضرورة حتمية ، اذ لا يكون لها ، بغير السلامة ، اية غاية اذ ان اعتبار الالتزام بضمان السلامة التزاماً ببذل عناية يتعارض مع الغاية من تقريره ومن ثم ، يستوي ان يرتب العقد التزاماً بالسلامة أو ان لا يرتبه [٧٧].

ثانيا / الطبيعة الخاصة للالتزام بضمان السلامة :

ان الالتزام بضمان السلامة يحتل من حيث طبيعته ، مرتبة حدها الاعلى التزام بتحقيق نتيجة وحدها الادنى التزام ببذل عناية فمن صورة وسطى بين نوعي الالتزام ببذل عناية وتحقيق نتيجة ، ينحو القضاء من خلالها الى تشديد مسؤولية المدين بضمان السلامة والى تخفيف عبء اثبات الضرر الحاصل على المضرور . ومؤدى ذلك ان المدين بضمان السلامة ، لا يلتزم فقط ببذل عناية أو رعاية عادية ، بل باتخاذ كافة

الاحتياطات الضرورية والمعقولة لمنع وقوع الضرر ، بحيث لا تترتب مسؤوليته إلا اذا قام الدليل على ان الضرر قد وقع لسبب اجنبي لايد له فيه ، قوة قاهرة أو خطأ المضرور نفسه [٧٨].

الواقع ان هذه الطبيعة الخاصة للالتزام بضمان السلامة استخلصها الفقه من خلال استقراء العديد من احكام القضاء في غير نوع من العقود . ففي عقد البيع يذهب رأي [٧٩]مستنداً الى احكام القضاء [٨٠] الى ان المنتج يلتزم بتسليم منتج خالٍ من أي عيب من شأنه احداث ضرر بالأشخاص أو الاموال ، ومن ثم فالالتزام بضمان السلامة في عقد البيع اقرب ما يكون الى تحقيق نتيجة بصورة غير مطلقة .

ولم يقف الامر عند عقد البيع ، فقد القت محكمة النقض المصرية بعبء الالتزام ببذل عناية مشددة على عاتق الطبيب في علاقته بمريضه ، فقد حكمت : " بان الطبيب وان كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذي بينه وبين مريضه بشفائه ، أو بنجاح العملية الجراحية التي يجريها له ، لان التزام الطبيب ليس التزاماً بتحقيق نتيجة ، وانما هو التزام ببذل عناية ، إلا ان العناية المطلوبة منه تقضي ان يبذل جهودا صادقة تتفق في غير الظروف الاستثنائية ، مع الاصول المستقرة في علم الطب[٨١] .

والواقع ان هذا الاتجاه الذي المحت اليه احكام القضاء في عقد البيع وعقد العلاج الطبي ، ينطبق على العقود السياحية ، فقد المح القضاء الفرنسي بكثير من احكامه وجود التزام ببذل عناية مشددة على عاتق اصحاب الفنادق في عقد النزول في الفندق ، وتأكيداً لذلك وتفصيلا له ، فقد حكم بانه يقع على عاتق الفندق في الالتزام بضمان الخدمات المقدمة للسائح ، وان يحرص على توفير الاقامة الهادئة التي لا تنجم عنها أي اضرار ، كما يتوجب عليه تحذير النزيل من المخاطر التي قد تلحق بالسائحين اضرار وهذا الالتزام لا يقتصر نطاقه المكاني على المنشأة الفندقية ذاتها ، بل يمتد الى ملحقات الفندق من حدائق واثار [٨٢].

مما يقطع في صحة توجه القضاء الفرنسي في القاء عبء الالتزام ببذل عناية مشددة على عاتق اصحاب الفنادق ، توسعه فيما يعد خطأ يرتب مسؤولية الفندقي بالتعويض ، والدليل على ذلك ، ما قضى به من ان عدم نظافة السلم يعد خطأً يوجب

مسؤولية الفندقي [٨٣] وعدم اضاءة ردهات الفندق مما ادى الى سقوط النزيل يعد خطأ[٨٤] ، وعدم تحذير النزلاء الى مكامن الخطر داخل المنشأة الفندقية يعد خطأً [٨٥] . وهذه الاحكام القضائية وان صدرت بخصوص مضمون التزام الفندقي بضمان سلامة النزلاء ، بيد ان ما المحت اليه هذه الاحكام من التزام ببذل عناية مشددة يمكن تطبيقه على عقود الرحلات السياحية ، ومن ثم ، فان مكاتب السفر والسياحة تلتزم تنفيذا لالتزامها بضمان سلامة السائحين باتخاذ كافة الاحتياطات الضرورية ، والمعقولة لمنع وقوع الضرر ، والمحافظة على امن السائح وراحته . وهذا يعني قيام مسؤولية مكاتب السفر والسياحة بمجرد اخلالها بالتزامها بضمان السلامة حتى لو كان هذا الاخلال بسيطاً ولذا حكم بان مجرد اهمال مكاتب السياحة والسفر في مراجعة أو فحص الخدمات السياحية وشروط السلامة يترتب مسؤوليتها[٨٦].

الواقع ان هذا التوجه القضائي في اعتبار الالتزام بضمان السلامة التزاماً ببذل عناية مشددة ، وان كان يؤدي الى تشديد مسؤولية الطرف المهني في العقود السياحية والى تيسير وسائل اثبات الخطأ على العميل المضرور ، بيد انه لن يحقق الغاية من نشوء الالتزام بضمان السلامة ، ومن ثم فان هذا الاتجاه لن يضيف جديداً ، لان الالتزام بضمان السلامة بهذه الطبيعة الخاصة سيكون اجوفاً ، وخالياً من أي مضمون .

ثالثا / مبررات اعتبار الالتزام بضمان السلامة التزاماً بتحقيق نتيجة :-

يذهب جانب من الفقه بحق [٨٧]الى ان التزام بضمان السلامة في العقود السياحية لا يكون إلا التزاماً بتحقيق نتيجة مؤداه تحقيق الامان والسلامة التي يتوقعها السائح حتى تتحقق عودة السائح سليماً آمناً ، ويستوي في ذلك ان يكون السائح في حالة حركة أو سكون.

وتطبيقاً لذلك ، فان مسؤولية الطرف المهني – مكاتب السفر والسياحة أو الفندقي – تقوم بمجرد وقوع الضرر ، فخطأ مكاتب السفر والسياحة أو الفندقي يعد مفترضاً بمجرد اصابة السائح بالضرر ، وهذا يقود الى تسهيل الاثبات على السائح المضرور في دعوى المسؤولية ، اذ لا يتوجب عليه إلا ان يثبت عدم تحقق النتيجة المرتقبة ، وذلك باثبات الضرر الذي لحق به ، ومن ثم لا يستطيع

الطرف المهني التخلص من المسؤولية إلا اذا اقام الدليل على انه اتخذ جميع الاجراءات والاحتياطات اللازمة لمنع وقوع الضرر . ومع ذلك وقع بسبب اجنبي لايد له فيه ، قوة قاهرة أو خطأ المضرور [٨٨]، كأن يكون هذا المضرور اهمل امر المحافظة على سلامته أو تصرف برعونة ادت الى حدوث الضرر[٨٩] .

الواقع ان القول بان الالتزام بضمان سلامة السائحين التزاماً بتحقيق نتيجة هو قول تؤيده مبررات عديدة يأتي في مقدمتها : ان السائح عندما يتعاقد مع مدين مهني مختص يتوقع منه ان يتم كل شيء بأمان وسلامة مادام ان المدين – مكتب السفر والسياحة أو الفندقي – يحترف النشاط السياحي ، ومن ثم فان القاء التزام بضمان السلامة مضمونه تحقيق نتيجة على عاتق الطرف المهني في العقود السياحية سيدفع هذا الاخير الى اتخاذ كل الاجراءات والاحتياطات الكفيلة بمنع وقوع اية اضرار بالسائحين كما يزيد من حرصه ويقظته لتحقيق اسباب الرحلة الامنة والاقامة الهادئة ، وينعكس هذا ايجاباً بما يؤدي الى ازدهار النشاط السياحي فتطول مدة الاقامة ومن ثم يزداد الانفاق السياحي ، لكمال الخدمات السياحية من ناحية ، ولزيادة العناية المبذولة ، ولتوفر جميع احتياطات الامن والسلامة من ناحية اخرى [٩٠].

كذلك ، فان اعتبار الالتزام بضمان السلامة التزاماً بتحقيق نتيجة ، يحقق العدالة بين الطرف المهني ، مكتب السفر والسياحة ، أو الفندقي ، والطرف غير المهني ، السائح ، اذ ان الطرف المهني ان كان يعفى ، في بعض الاحيان ، من المسؤولية بإثبات السبب الاجنبي : بيد انه ، وفقاً لهذه الطبيعة ، يكون جانب الطرف غير المهني هو الراجح ، بمجرد قيام الاخير بإثبات حدوث الضرر الذي اصابه تنهض مسؤولية الطرف المهني بالتعويض [٩١]، لا بل ان القضاء ذهب الى ابعد من ذلك ، اذ قضى، في بعض الاحيان ، بالزام الطرف المهني بالتعويض عن الاضرار مجهولة الاسباب[٩٢].

وفضلا عن ما تقدم ، فان اعتبار الالتزام بضمان سلامة السائحين التزاماً بتحقيق نتيجة ، يتفق مع معيار التمييز بين الالتزام بنتيجة والالتزام ببذل عناية ، الذي يكمن ، وفقاً للراجح ، في طبيعة الغرض الذي يقصد بالعقد ، الوصول اليه ، فيكون التزام المدين محله بذل عناية اذا كانت

النتيجة المرتقبة منه ، احتمالية في طبيعتها ، لان المدين ، عادة لا يلتزم بالوصول الى هذه النتيجة ، بل ببذل العناية المطلوبة للوصول اليها ، ويكون على النقيض ، محله تحقيق نتيجة اذا كانت الغاية المقصودة منه مؤكدة ، لا احتمالية [٩٣]. وسلامة السائح في عقد الرحلة الرحلة السياحية ، أو في عقد الاقامة الفندقية ، تدخل في النوع الثاني للالتزام ، لان الاحتمال يكاد يكون معدوم ، بحيث يمكن افتراض خطأ الطرف المهني ، مكتب السفر والسياحة أو الفندقي ، بمجرد اصابة السائح بالضرر .

ومما يقطع بصحة هذا النظر ، ما استقر عليه التطور القضائي والتشريعي في فرنسا فيما يتعلق بعلاقة منظمي الرحلات السياحية والعملاء ، وتفصيل ذلك ، ان استقراء احكام القضاء الفرنسي يكشف عن ان هذا القضاء مر بمرحلتين بهذا الشأن : المرحلة الاولى قبل عام ١٩٨٢ ، وفي هذه المرحلة يلاحظ ان القضاء الفرنسي وان تطلب بذل اقصى درجات العناية والرعاية من وكالات السفر والسياحة ، بيد انه كان متردد في تحديد طبيعة الالتزام بضمان السلامة ، فتارة يقضي بانه التزام ببذل عناية ، وتارة اخرى يقضي بانه التزام بتحقيق نتيجة ، غير ان القضاء الفرنسي استقر في المرحلة الثانية على ان التزام وكالة السفر والسياحة بضمان سلامة السائح هو التزام بتحقيق نتيجة هي عودة السائح سليماً معافى[٩٤] . وقد واكب هذا التطور القضائي وعززه صدور قرار ١٤ يونيه ١٩٨٤ والقانون الفرنسي في ١٣ يوليه ١٩٩٢ اللذين تضمنا ، التزام وكالات السفر والسياحة بحسب تنفيذ عقد الرحلة وضمان كل مرحلة من مراحلها ، وضمان تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها . ولعل اهم هذه الالتزامات بنظر القضاء والفقه ، الالتزام بضمان السلامة ، ومن ثم ، فان المدين بهذا الالتزام لا يعفى من المسؤولية إلا اذا ثبت ان الضرر وقع لسبب اجنبي ، وسواء تولت الوكالة نفسها المنظمة للرحلة تنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد الرحلة أو نفذتها بواسطة وكالة اخرى[٩٥].

وعوداً على بدء ، فان هذا التطور القضائي والتشريعي ، وان تركز في اطار علاقة مكاتب السفر والسياحة بالسائحين ، فانه بالقياس على هذا التطور، يكون التزام الفندقي بضمان سلامة النزيل ، محله تحقيق نتيجة ، ومن ثم ، تترتب مسؤوليته

بالتعويض لمجرد تحقق الضرر ، وهذا القياس يتفق مع المستوى المهني ، والمعرفة الفنية للفندقي ، والتي توجب على الفندقي ان ينفذ التزاماته بذات مستوى التخصص الفني الذي يصل اليه المهني المحترف ، على ان تؤخذ بنظر الاعتبار الظروف الخارجية المحيطة به [٩٦].

ولا يقدح في صحة هذا النظر ، القول بان القاء عبء الالتزام بضمان السلامة باعتباره التزاماً بتحقيق نتيجة على عاتق مكاتب السفر والسياحة أو على عاتق الفندقي ، من شأنه ان يؤدي الى تكبد هذه الاطراف خسائر كبيرة نتيجة التزامها بدفع مبالغ تعويض باهظة ، وهذا بدوره يؤدي الى احجامها عن الاستثمار في النشاط السياحي ، ذلك ان مبالغ التعويض الباهظة التي تستحق للمضرورين لا تتحمل دفعها في الاعم الاغلب مكاتب السفر والسياحة واصحاب الفنادق بل تتحملها شركات التأمين وذلك لشيوع التأمين من المسؤولية المدنية بهدف تأمين المؤمن له من رجوع الغير عليه بسبب الاضرار التي لحقت به . وبذلك لا تنتقص الذمة المالية لمكاتب السفر والسياحة أو لأصحاب الفنادق نتيجة دفع مبالغ التعويض ، وبذلك تعمل على استقطاب العملاء وتحقيق رحلات آمنة وتوفير خدمات على درجة عالية من الجودة[٩٧].

وجملة القول اننا نرى ان تقسم الالتزامات من حيث طبيعتها الى التزامات ببذل عناية ، واخرى بتحقيق نتيجة . لا يمكن ان ينطبق على الالتزام بضمان السلامة في العقود السياحية ، فاما ان نضفي على هذا الالتزام الوصف الصحيح ونقول انه التزام يتحقق نتيجة ، واما ان ننفي قيام هذا الالتزام برمته اذا كان يستحيل اسباغ هذا الوصف عليه ، لان القول بوجوده لن يضيف – عندئذٍ – جديداً .

الفرع الثاني

الاساس القانوني للالتزام بضمان السلامة

لعدم وجود نص قانوني يقرر الالتزام بضمان السلامة في بعض العقود ، كالعقود السياحية ، دفع الفقه الى وضع عدة اسس لهذا الالتزام ، فبعضهم يذهب الى ان اساس الالتزام بضمان السلامة خارج ارادة المتعاقدين ، بينما يرى البعض الاخر ان اسباب الالتزام بضمان السلامة خارج نطاق الارادة .

اولا / الارادة الضمنية المشتركة :

حاول بعض الفقه تفسير الارادة المشتركة للمتعاقدين لتبرير الالتزام بضمان السلامة في بعض العقود ، وعندهم اذا كانت الارادة غير صريحة الدلالة ، يبحث القاضي عن الصلة بين سلامة احد المتعاقدين والالتزام الرئيسي الملقى على عاتق المدين ، فاذا قامت الصلة بينهما ، نشأ الالتزام بضمان السلامة على عاتق احدهما لمصلحة الاخر . اما اذا انقطعت الصلة بين الالتزام بضمان السلامة والالتزام الرئيسي تعذر القول بقيام الالتزام بضمان السلامة[٩٨].

وانه ينبغي للاعتداد بالإرادة المشتركة للمتعاقدين صريحة كانت أو ضمنية لتحديد مضمون العقد القائم بينهما ، بما ينشأ عنه من حقوق والتزامات وما يتبعه من استكمال [٩٩].

وان نظرية الارادة المشتركة كأساس قانوني للالتزام بضمان السلامة تعرضت للانتقادات من قبل الفقه ، ومنها الرجوع الى الارادة الضمنية المشتركة للمتعاقدين بوصفها اساساً للالتزام بضمان السلامة ينطوي على شيء من التعسف أو التحكم ، ويجعل الارادة هي صانعة العقد والمجددة لآثاره وهي التي تنظم العلاقة بين المتعاقدين وتتفق على المركز القانوني لكل منهما ، وتحدد التزاماتهما المتقابلة ، فالرجوع اليها لا ينطوي تعسفاً أو تحكماً بل ينطوي على احترام لهذه الارادة ، ومن المتفق عليه ان القضاء من الناحية العملية هو الذي يكفل العقد فيلقي على عاتق المدين التزاماً بضمان السلامة ، ويكون دور القاضي كاشفاً عن الارادة وليس صانعاً للالتزام ، فالالتزام العقدي الذي اضافه القاضي كان يدخل بلا شك في تقدير المتعاقدين واليه اتجهت ارادتهما وان لم تكن الارادة صريحة ، فالقاضي عند تفسير العقد يبحث عن مصدر الالتزام في الارادة ذاتها وليس خارج نطاق العقد [١٠٠].

وكما انتقد هذا الاساس بأنه يحمل الارادة الصانعة للالتزام اكثر من طاقتها ، فنظرية الارادة الضمنية تؤدي الى تحقيق نتائج غير عملية يترتب عليها ان نطاق العقد يقتصر على ما يتفق عليه المتعاقدان فقط ولا يجوز ان يحدد ويشتمل اموراً لم ترد بالإرادة ، وهذه النتيجة من المستحيل الاخذ بها من الناحية العملية ، لأنه توجد التزامات تبعية لم تنصرف اليها ارادة المتعاقدين ،

فبدون هذه الالتزامات لا يتحقق الغرض المقصود من العقد ، أو تخل المصلحة التي من اجلها اقدم الطرفين على ابرام العقد[١٠١].

فضلا عن الانتقادات السابقة فانه لا يمكن القول ان الارادة الضمنية المشتركة للمتعاقدين انصرفت الى نشوء الالتزام بضمان السلامة فاذا كانت هذه الارادة الضمنية موجودة فعلا بالنسبة للدائن فان وجودها بالنسبة للمدين بهذا الالتزام يكون محل شك ولا يجوز بناء الاحكام على الشك ، كما ان الالتزام بضمان السلامة قد نشأ من قبل القضاء للحد من مبدأ سلطان الارادة وليحد من اثار الارادة الفعلية ، خاصة ان القضاء يوسع من مضمون العقد ليزيد على الالتزامات التي لم يتطرق اليها المتعاقدين بإرادتهما المشتركة الصريحة والضمنية[١٠٢].

ثانيا / حسن النية في تنفيذ العقد

يذهب بعض الفقه الى ان اساس الالتزام بضمان السلامة في مجال تنفيذ العقد هو تنفيذ العقد بما يتفق مع ما توجبه حسن النية وهو ما تنص عليه القوانين المدنية[١٠٣].

تنص المادة ١٥٠ مدني عراقي على : " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية " .

ويرد على هذا الرأي ان دور حسن النية يأتي بعد وجود الالتزام ونشوئه ، فحسن النية لا ينشئ التزاماً ، بل ان تنفيذ هذا الالتزام يجب ان يتم بصورة تتفق مع حسن النية ، مما يقتضي البحث عن اساس الالتزام الذي يجب تنفيذه بحسن النية.

ثالثا / فقدان المتضرر لحقه في ممارسة خيارات سلامته الجسدية

يذهب هذا الرأي الى ان ابقاء الالتزام على عاتق المدين بسلامة المتعاقد الاخر ، لم يأخذ الاهمية الكبيرة التي اصبحت عليه ، إلا نتيجة التطور العلمي والتقني الذي جعل الاضرار الناتجة عن النشاطات الانسانية بصيغة معينة وعلمية ، وانه يصعب على غير المهني أو المتخصص تلافي وقوع المخاطر الناشئة عن تنفيذ الالتزامات التعاقدية ، فبعد ان كانت المهن والحرف تتسم بالبساطة ، اما في الوقت الحاضر اصبح احد المتعاقدين فاقداً لحقه في ممارسة خيارات تحقيق سلامته الجسدية في معظم العلاقات التعاقدية التي تتعلق بالسلامة الجسدية وانتقل ذلك الحق للمتعاقد الاخر الذي اصبح مديناً بتحقيق تلك السلامة ، وان توكيل حق حماية المتعاقد الى مهني محترف من اجل

تحقيق التوازن بين العلاقات التعاقدية اقتضى اعادة التوزان للالتزامات التعاقدية من خلال فرض التزام على عاتق المدين المحترف المهني لمصلحة المتعاقد الاخر الضعيف في العلاقة التعاقدية[١٠٤].

نرى ان هذا الرأي قريب الى الفلسفة النظرية منه الى الحقيقة القانونية ، فان اعادة التوازن بين الالتزامات التعاقدية يقتضي توافر ظروف خارجة عن الظروف المعتادة التي تم بها العقد وبعيدة عن الحسبان ، اما المخاطر التي يعرض لها المتعاقد في الالتزام بالسلامة تكون متوقعة للمهني المحترف .

ويمضي هذا الرأي في عرض وجهة نظره بان هذا الاختلال بالتوازن في الالتزامات التعاقدية ادى الى تحميل المدين بضمان السلامة بمعنى اخر ان صاحب السيطرة الفعلية له اتخاذ الوسائل التحفظية لضمان السلامة الجسدية للمتعاقد الاخر ، ولما كان حفظ السلامة الجسدية تقتضيه استمرار الحياة وحرمة السلامة الجسدية تقتضيه المبادئ القانونية العامة التي يجب الالتزام باحترامها والتي تتغلغل في مضمون العقود على اختلافها وتنوعها ، فالسلامة الجسدية للإنسان لا يمكن ان يكون سوى الهدف الاول في الحماية القانونية في ظل صور العقود وينشأ التزام على عاتق الملتزم بضمان سلامة المتعاقد الاخر في كل لحظة زمنية يكون فيها الاخير فاقد لخيارات تحقق سلامته الجسدية[١٠٥].

الملاحظ على هذا الرأي انه غير واضح في تحديد اساس الالتزام بضمان سلامة الاشخاص في تنفيذ الالتزام العقدي فمن المسلم به ان الحفاظ على السلامة الجسدية هو اول ما تقتضيه القوانين والمبادئ القانونية العامة ، إلا ان هذه النظرية لا تضع اساس عام لكل العقود التي تتضمن الالتزام بضمان السلامة ، فاذا كان المريض في عقد العلاج الطبي يفقد حقه في الخيارات بضمان سلامته الجسدية ويضع حياته تحت رحمة الطبيب المعالج ، فما هي الخيارات التي يفقدها النزيل في الفندق في عقد الفندقة اذ انه يتمتع بقدر كبير من الحرية بالقيام رغم ان صاحب الفندق يلتزم بضمان السلامة فهذه النظرية غامضة من جهة وغير شاملة لكل حالات الالتزام بضمان السلامة .

رابعا / الالتزام بضمان السلامة من مستلزمات العقد

يذهب رأي في الفقه الى ان اساس الالتزام بضمان السلامة هو اعتبار هذا الالتزام من مستلزمات العقد ، فللقاضي ان يقرر من الالتزامات التعاقدية ما تقتضيه طبيعة العقد ، ووفقا للقانون والعرف والعدالة وان يراعي في ذلك الوضع الاجتماعي وتحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة ، وعلى القاضي ان يقدر ما اذا في اضافة التزام ثانوي الى مضمون العقد لتنظيم العلاقات التعاقدية بل ان افضل تطبيق لسلطة القاضي في تفعيل العقد هو الالتزام بضمان السلامة الذي يفرض على احد طرفيه حماية الطرف الاخر ، وهذا بدوره يحقق العدالة ويحقق التناسق في العلاقات الاجتماعية ، لذا فان الالتزام المذكور يدخل في نطاق العقد بوصفه من مستلزمات العقد [١٠٦]، حيث تنص المادة ١٥٠ مدني عراقي في فقرتها الثانية على انه : " ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول ايضا مما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام " .

المبحث الثاني

احكام الالتزام بضمان السلامة

بعد بيان تعريف الالتزام بضمان السلامة وشروطه ، وعند تحقق شروط الالتزام بضمان السلامة ، تترتب عليه الاحكام القانونية من تنفيذ الالتزام بضمان السلامة ، والاثر المترتب على الاخلال بهذا الالتزام كما يقتضي الاحاطة بهذا الالتزام التعرض للاختصاص القضائي ومسألة تنازع القوانين عند وجود عنصر اجنبي في العلاقة التعاقدية.

المطلب الاول

تنفيذ الالتزام بضمان السلامة

تنفيذ المدين لالتزامه بضمان السلامة يقتضي اتخاذ اجراءات تحفظية لمنع وقوع الخطر ، كما يقتضي ان تقوم الجهات الادارية المختصة بالرقابة على عمل مكاتب السفر والسياحة للتأكد من تنفيذ التزاماتها التعاقدية وتوفر الشروط التي يقتضيها القانون.

اولا / اتخاذ مكاتب السفر والسياحة الاجراءات التحفظية

يفرض توقع الحادث الضار من قبل المدين بالالتزام بضمان السلامة اتخاذ الاجراءات التحفظية لمنع وقوعه لسلامة المتعاقد معها . ويتجه القضاء الفرنسي الى تقرير نوعين من الاجراءات التحفظية على

وكالات السفر والسياحة اتخاذها وهي :-

١- اتخاذ الاجراءات التحفظية لمنع وقوع الحادث الضار ":-

فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بان وضع كراسي مكدسة من اجل منع دخول حمام السباحة في احد الفنادق والذي وجد فيه طفلاً ميتاً لا يشكل اجراءً فعالاً وكافياً للحماية من خطر الغرق ولا يسمح للمسؤول مدنياً ان يستبعد مسؤوليته على اساس المادة ١١٤٧ مدني فرنسي.[١٠٧]

وفي قضية اخرى قضت محكمة النقض الفرنسية عن مسؤولية شركة النقل عن جرح احد المسافرين فكان على الشركة ان تضع نظام مناسب لمنع فتح الابواب اثناء سير القطار واشارت المحكمة الى ان الشركة لم تستوفي عناصر الالتزام بالسلامة وهي المتعلقة بمنع حصول الحادث الضار واتخاذ الاحتياطات اللازمة من اجل تنفيذ الالتزام بضمان السلامة تنفيذاً صحيحياً[١٠٨] .

٢- اتخاذ الاجراءات اللازمة لتقليل الاثار الضارة للحادث :-

اذا لم يكن في وسع المدين بالالتزام بضمان السلامة تجنب وقوع الحادث الضار ، فعلى الاقل عليه ان يتخذ من الاجراءات ما يمنع تفاقم الضرر وزيادته ، وتشدد القضاء الفرنسي في اعتبار الحادث الضار غير متوقع أو غير ممكن الدفع ، ورفض القضاء دائما اعتبار الحوادث الماسة بالسلامة الجسدية للمتعاقد غير ممكنة الدفع ، الامر الذي يقرر فيه القضاء عدم وفاء المدين بالتزامه بضمان سلامة المتعاقد معه [١٠٩].

٣- الالتزام بالاعلام وتبصير الدائن:-

على صاحب الفندق اتخاذ اجراءات وقائية ومنها اعلام العميل عن الاماكن الخطرة في الفندق ووسائل توخي هذا الخطر ، ويتم ذلك عادة عن طريق لافتات ارشادية في مدخل المنشأة الفندقية ، وهو الاتجاه الذي اكدته محكمة باريس عندما قضت بان صاحب الفندق يلتزم في مواجهة السائح بالتعويض عن واقعة عدم قيامه بوضع لافتة تنبه العملاء بوجود بروز في الدرجة الاخيرة من السلم اصيب بها احد النزلاء وفقد توازنه فسقط واصيب بكسور في عظامه [١١٠] ، كما قضت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية صاحب الفندق عن سقوط النزيل في حوض لتربية الاسماك ليلاً في الطريق المؤدي للكراج دون وضع تحذير على وجود هذا الحوض وتجنب الخطر واعلام العملاء [١١١].

ثانيا / تدخل الجهات الادارية لضمان الالتزام بالسلامة :

فالدور الرقابي التي تمارسه الجهات الادارية على اعمال شركات السياحة ووكالات السفر والسياحة في فرنسا يقتضي ان تحصل هذه الاخيرة على ترخيص لممارسة نشاطها ويتوقف الحصول على هذا الترخيص على توافر شروط معينة منها الضمانات المالية والتامين في المسؤولية المهنية ووجود انشاءات مالية مناسبة وفق القانون الفرنسي ١٣ يوليو ١٩٩٩ [١١٢].

وفي مصر تقر القوانين المنظمة للنشاط السياحي شروط لممارسة الشركة للنشاط ، فوفق المادة الثانية من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٧ والمعدل بقانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٨٣ ، فانه لا يجوز لاية شركة سياحية ان تمارس النشاط السياحي إلا بترخيص واذا مارست هذا النشاط بدون ترخيص فمن حق وزير السياحة ان يصدر قراراً بوقف نشاط هذه الشركة (المادة ١/٢٣) منه كما قضت المادة (٨) منه على عدم اختصار ذلك على الشركات السياحية وانما سيشمل الحكم كل شركة تمارس الاعمال المنصوص عليها في تنظيم الشركات السياحية [١١٣].

كما قضت محكمة باريس مسؤولية صاحب الفندق عن الاخلال بالتزامه بضمان السلامة عن واقعة سقوط النزيل على سلم الفندق نتيجة انزلاق قدمه على قشرة موز لانعدام الاضاءة وعدم نظافة الارضية [١١٤].

وحكم لمحكمة Crleans ان عقد النزول في الفندق يوجب على صاحبه اتخاذ كافة الاحتياطات اللازمة لمنع ما قد يتعرض له النزيل من مخاطر اثناء سيره او تجوله في الفندق ، ولما كان صاحب الفندق لم يقم بانارة الفناء بدرجة كافية مما نجم عنه سقوط النزيل واصابته اثناء عودته الى غرفته وجب على صاحب الفندق تعويض النزيل لما اصابه من ضرر لانه اخل بالتزامه بضمان السلامة[١١٥].

وفي العراق وفق قانون هيئة السياحة رقم ١٤ لسنة ٢٠١٠ ، حيث يهدف القانون وفق المادة (٣) منه الى وضع القواعد التي تنظم انشاء المرافق السياحية واساليب ممارسة نشاطها واداء عملها ووظيفتها وكيفية ادائها وشروط العاملين فيها . كذلك الاشراف على الخدمات ذات الطبيعة السياحية في المواقع الاثرية والسياحية والحدودية بالتنسيق مع الجهات ذات

العلاقة ، والاشراف على المرافق السياحية وشركات ومكاتب السفر والسياحة ومكاتب تاجير السيارات للسواح والاجانب ومحلات بيع التحف والمنتوجات التراثية داخل المرفق السياحي ، تنظيم السفر والسياحة داخل العراق وخارجه وتنظيم اقامة ونقل الوفود السياحية وبث الوعي السياحي . انشاء وادارة المعاهد ومراكز اعداد وتدريب الاطراف المؤهلة لإدارة المرافق السياحية والقيام بالاعمال السياحية . والاشراف على المنظمات المهنية العاملة في القطاع السياحي ودعم هذه المنظمات لتسهيل ادائها لمهمتها .

ووفق المادة (١١) من هذا القانون لابد من توافر شروط معينة قانوناً في المرفق السياحي وعلى اصحاب المرافق السياحية والمسؤولين عن ادارتها واجب توافر هذه الشروط في هذا المرفق ، وتمارس هيئة السياحة اشرافها ورقابتها بصورة مستمرة ضماناً لحسن تطبيق التشريعات ذات العلاقة بالمرافق السياحية .

وتنص المادة (١٢) منه على وجوب الحصول على الاجازة اللازمة لممارسة النشاط السياحي من هيئة السياحة .

ووفق الفقرة الثانية من المادة (١٢) يقصد بالمرفق السياحي : المطاعم والفنادق والشقق والدور السياحية وشركات ومكاتب ووكالات السفر والسياحة ومحلات اللهو والمقاهي السياحية .

ووفق المادة (١٣) منه تخضع المرافق السياحية للتفتيش من قبل مفتشين في الهيئة لضمان استمرار تطبيق الشروط والمواصفات في المرافق السياحية أو العاملين فيها .

وتقوم اجهزة التفتيش وفق المادة (١٤) بالتفتيش على المرافق السياحية بصورة دورية لضمان صلاحيتها لتنظيم خدماتها .

وتفرض المادة (١٧) عقوبات على المرفق السياحي لمخالفته القوانين والانظمة والتعليمات الصادرة فلرئيس هيئة السياحة فرض غرامة لا تقل عن خمسة وعشرون الف دينار ولا تزيد عن خمسمائة الف دينار ، تحدد حسب الظروف ، بعد توجيهه بإزالة المخالفة خلال مدة تحددها اجهزة التفتيش ، واذا استمر المرفق السياحي رغم فرض الغرامة المذكورة عليه على المخالفة، يتم غلق المرفق السياحي لمدة ٣٠ يوماً واذا استمرت المخالفة تجدد المدة ٣٠ يوماً أخرى ، فاذا لم تزل المخالفة تلغى اجازة المرفق السياحي بعدها نهائياً .

وعند تكرار المخالفة تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ٣٠ يوما ولا تزيد على سنتين وتلغى اجازة المرفق السياحي نهائياً . وتفرض هذه العقوبة الجنائية من قبل المحكمة المختصة بعد رفع دعوى ضد المخالف من قبل هيئة السياحة .

ووفق المادة (١٩) للهيئة صلاحية غلق المرفق السياحي الخاضع للرقابة والتفتيش .

ونرى ان هذه الإجراءات الوقائية لضمان سلامة المتعاقد مع الشركات ووكالات السياحة تساعد كثيراً في منع حدوث الخطر الجسدي للسائح أو العميل ، مما يدفع وكالات السفر والسياحة والفنادق إلى اتخاذ الإجراءات اللازمة وتوفير وسائل السلامة والامان للمتعاقد معها أو اتخاذ الإجراءات لتقليل الخطر وعدم تفاقمه .

كما يلتزم صاحب الفندق كإجراء وقائي وتحفظي لضمان سلامة السائح أو النزيل أي يضع تحت تصرفه ادوات واجهزة يحتاجها في عمله سهلة الاستعمال لا تلحق خطورة بالنزيل وان يضع الخدمة ووسائل الانارة اللازمة وادوات النظافة التي لا يترتب على استخدامها اضراراً بالعميل[١١٦].

المطلب الثاني

المسؤولية العقدية عن الاخلال بالالتزام بضمان السلامة

اذا اخلت مكاتب السفر والسياحة أو صاحب الفندق بالالتزام بضمان السلامة وترتب على ذلك ضرر جسدي بالسائح أو النزيل ، التزمت بالتعويض ولا تستطيع التخلص من المسؤولية العقدية إلا بإثبات السبب الاجنبي ، عليه نقسم المطلب الى فرعين نخصص الاول للتعويض في المسؤولية العقدية عن الاخلال بالالتزام بضمان السلامة ، ونخصص الثاني لبحث اتفاقات الاعفاء من المسؤولية ووسائل دفعها .

الفرع الاول

التعويض في المسؤولية العقدية عن الاخلال بالالتزام بضمان السلامة

- دعوى المسؤولية

الاصل ان ترفع دعوى المسؤولية من المضرور على مكاتب السفر والسياحة أو صاحب الفندق ، أو من يقوم مقامه اذا كان صغيراً أو مجنوناً ، كما ترفع من قبل ورثته اذا كان قد توفى بالحادث ، اذ ينتقل الحق في التعويض الى ورثته [١١٧].

- التعويض عن الضرر المباشر

بما ان المسؤولية الناشئة عن الاضرار

بالالتزام بضمان السلامة مسؤولية عقدية فان التعويض يشمل الضرر المباشر المتوقع ولا يشمل الضرر غير المتوقع وقت العقد ، إلا اذا ارتكب المدين غشاً أو خطأ جسيما[١١٨].

جاء في الفقرة الثانية من المادة (١٦٩) مدني عراقي مايلي : " فاذا كان المدين لم يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً ، فلا يجاوز في التعويض ما يكون متوقعاً عليه وقت التعاقد من خسارة تحل أو كسب يفوت " .

والغش الخطأ العمدي أو الامتناع عن عمد عن تنفيذ الالتزامات التعاقدية بقصد الاضرار بالدائن ، لذا يكون الغش مرادفاً لسوء النية[١١٩]. اما الخطأ الجسيم فهو كل فعل أو امتناع عن فعل يقع بطيش مقرون بعلم لما قد ينجم عنه من ضرر [١٢٠].

وعلى ذلك اذا سقط السائح على ارض الفندق واصيب بضرر جسدي ، ولم يعلم صاحب الفندق بأنه لا يرى في الضوء الشديد حتى يتسنى لصاحب الفندق اتخاذ الوسائل والاحتياطات اللازمة لمنع وقوع الضرر لانه ضرر غير متوقع وقت العقد[١٢١].

ومعيار توقع الضرر هو معيار موضوعي مجرد هو معيار الشخص المعتاد اذا وجد في الظروف نفسها التي تم فيها العقد ، ولو لم يتوقعه المدين بعينه[١٢٢]. جاء في الفقرة الثانية من المادة (١٦٩) مدني عراقي انفة الذكر مايشير الى ذلك صراحة بقولها : " .... ما يكون متوقعا عادة وقت التعاقد .. " لكن هذا المعيار يصدق على المدين العادي غير المهني والمحترف ففي الضرر المتوقع أو غير المتوقع ينظر الى الضرر الذي يتوقعه مهني متخصص عادي الذي يحترف نفس النشاط الذي يقوم به المدين وليس طبقاً لمعيار الرجل المعتاد[١٢٣] .

هذا وقد اعتبر المشرع الفرنسي الخطأ جسيم اذا كان الضرر يمس سلامة جسم المضرور ، فيكون التعويض شاملاً للضرر المتوقع وغير المتوقع[١٢٤].

- التعويض عن الضرر المادي :

يشمل التعويض عن الضرر المادي في المسؤولية العقدية ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب [١٢٥]. وقد يكون التعويض مبلغ من النقود ، جاء في الفقرة اولا من المادة (٢٠٩) مدني عراقي ما يلي : (تعين المحكمة طريقة التعويض تبعاً للظروف ، ويصح ان يكون التعويض اقساطاً أو ايراداً مرتباً ويجوز في هذه الحالة الزام المدين بأن يقدم تأميناً) . ويتبين من هذا النص ان

طريقة التعويض تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع فقد يكون مبلغ من النقود يدفع دفعة واحدة أو على شكل اقساط أو ايراداً مرتباً مدى حياة المضرور مضموناً بتأمين أو بدون تأمين.

وقد يكون خيار المضرورهو المطالبة بالتنفيذ العيني وذلك باعادة الحال الى ماكان عليه قبل وقوع الضرر [١٢٦] ، جاء في الفقرة الثانية من المادة اعلاه ما يلي : " ان تأمر المحكمة باعادة الحال الى ما كان عليه أو ان تحكم باداء امر معين أو برد المثل في المثليات وذلك على سبيل التعويض " . وان هذا التعويض هو التعويض القضائي ، كما يجوز الاتفاق على تعويض بمبلغ معين وقت العقد أو في اتفاق لاحق وهو ما يعرف بالشرط الجزائي [١٢٧]. فيجوز لمكاتب السفر والسياحة أو صاحب الفندق بدلاً من دفع مبلغ من النقود كتعويض ، ان يقوم باصلاح الضرر عينياً وذلك بادخال المضرور الى المستشفى لعلاجه عما اصابه من ضرر لاعادة الحال الى ما كان عليه .

- التعويض عن الضرر الادبي

لم ينص القانون المدني العراقي في نطاق المسؤولية العقدية على التعويض عن الضرر الادبي ، ونص عليه في نطاق المسؤولية التقصيرية ، لذا ذهب الفقه الى عدم شمول التعويض عن الضرر الادبي في المسؤولية العقدية [١٢٨]، فالسائح في عقد الرحلة السياحية لا يجوز له المطالبة بالتعويض عن الضرر الادبي الذي لحقه من الحادث ، وكذلك في الحادث الذي يلحق بالنزيل في عقد الفندقة ، ويحلل الفقه موقف المشرع العراقي بان الضرر الادبي في نطاق المسؤولية العقدية نادر ولا عبرة بالنادر ، كما يحلل موقف القانون المدني العراقي بان العقد يقتصر على المنافع المادية ولا يرد على مصلحة ادبية فهو يرد على شيء له قيمة مادية ، كما يبرر موقف القانون المدني بعدم وجود معيار لتحديد مقدار التعويض عن الضرر الادبي [١٢٩].

هناك في التعويض عن الضرر الادبي عدة صعوبات منها :-

ان الغاية من التعويض هو جبر الضرر ، وهو امر صعب بالنسبة للضرر الادبي ، حيث انه يختلف عن الضرر المادي الذي يمكن حساب الخسارة أو الكسب الفائت عنه بمبلغ محدد يدفع للمضرور ، الامر الذي يستحيل بالنسبة للضرر الادبي ، حيث انه

يختلف عن الضرر المادي الذي يمكن حساب الخسارة والكسب الفائت عنه بمبلغ محدد يدفع للمضرور ، الامر الذي يستحيل بالنسبة للضرر الادبي، فعدم قابلية الضرر الادبي للاصلاح يرجع الى ان مبلغ التعويض لا يكفي لجبر الضرر الناتج عن آلام فقد الاب أو الام أو الابن ، فالتعويض لن يقلل الخسارة التي لحقت المضرور واعادة المضرور الى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر ، هدف غير متحقق في الضرر الادبي[١٣٠].

وهذه الصعوبة يمكن الرد عليها ، بانها ليست مطلقة وانما نسبية فهناك حالات يكون التعويض النقدي من شأنه ازالة الضرر الادبي كله أو على الاقل جزء منه ، مثلاً الشخص الذي يعاني من الالام النفسية بسبب التشويه الذي لحقه من الحادث ، يستطيع ان يستفيد من التعويض في علاجه ضد التشويه ومن ثم ازالة الضرر الادبي الذي اصابه [١٣١].

صعوبة تقدير التعويض عن الضرر الادبي

يستعصي على القاضي ان يحلل نفسية المضرور لمعرفة مدى الالام التي اصابته في وجدانه ومشاعره ، مما قد يلجأ القاضي الى تقدير التعويض حسب ما يشعر به هو فينظر الى قصور المسؤول ومدى جسامة خطأه بدلاً من مدى الضرر .

لكن الفقه حاول التغلب على هذه الصعوبة بوضعه عدة معايير لتقدير التعويض عن الضرر الادبي ومنها التعويض الرمزي وهو مبلغ قليل من المال لا يتناسب مع مقدار الضرر وهو كالتعويض المؤقت ، فهو حل وسط بين رفض التعويض عن الضرر الادبي والتعويض الكامل (جبر الضرر) . ثم لجأ الفقه والقضاء الى التعويض العادل للتعويض عن الضرر الادبي وهو تعويض وسط بين التعويض الرمزي (القليل) والتعويض الكامل[١٣٢].

ويشمل التعويض عن الضرر الادبي في القانون المدني المصري المسؤولية العقدية والتقصيرية حيث جاء نص المادة (٢٢٢) مدني مصري عام لكل من المسؤوليتين[١٣٣].

يرد الدكتور السنهوري على اعتبار ان التعويض عن الضرر الادبي لا يمكن تصوره في المسؤولية العقدية لانها تقتصر على مصلحة مادية فقط وليس ادبية بالقول : " هذا لا يمنع ان يكون هناك مصلحة ادبية للمتعاقد في تنفيذ العقد فاذا اخل المدين

بالتزامه لحق الدائن في ذلك ضرر ادبي كالراكب اذا اصيب بجرح اثناء النقل لحقه من ذلك ضرر ادبي في جسمه " [١٣٤].

ونرى ضرورة ان يأخذ المشرع العراقي بما اخذ به المشرع المصري بشمول التعويض عن الضرر الادبي المسؤولية العقدية خاصة في العقود التي تتضمن الالتزام بضمان السلامة ومنها العقود السياحية ، فاصابة السائح بضرر جسدي يتبعه الالام واضرار ادبية كتشويه الوجه أو قطع احد الاعضاء مما يقتضي التعويض عن الضرر الادبي ايضا .

ولابد من التفرقة في التعويض بين الضرر الذي اصاب المتوفي نفسه وبين الضرر الذي اصاب ورثته ، فالضرر الذي اصاب المتوفي نفسه لا ينتقل الحق فيه بالميراث إلا اذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب به الدائن امام القضاء في القانون المصري أو صدر به حكم قضائي نهائي في القانون الاردني [١٣٥] وفي القانون المدني العراقي لا ينتقل التعويض عن الضرر الادبي الى الغير إلا اذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم نهائي[١٣٦]. اما الضرر الادبي الذي يصيب ورثة المتوفي فان القانون المصري في المادة (٢٢٢) يقتصر التعويض على الازواج والاقارب الى الدرجة الثانية فقط[١٣٧].

التعويض عن الضرر الادبي لا ينتقل الى الورثة بصورة مطلقة بل وفق شروط حددها القانون فينتقل التعويض اذا كان هناك اتفاق يحدد مقداره أو صدر بشأنه قرار قضائي مكتسب الدرجة القطعية . تنص المادة (١/٢٠٥) مدني عراقي على انه : " يتناول حق التعويض الضرر الادبي كذلك فكل تعد على الغير في حريته أو عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المتعدي مسؤولاً عن التعويض .

ويجوز ان يقضي بالتعويض للازواج والاقربين من الاسرة عما يصيبهم من ضرر ادبي بسبب موت المصاب .

ولا ينتقل التعويض عن الضرر الادبي الى الغير إلا اذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم نهائي " .

ويحق للورثة المطالبة بالتعويض عما اصابهم من ضرر ادبي ومالي بسبب وفاة مورثهم . ولم تحدد الفقرة الثانية في المادة انفة الذكر درجة القرابة وحددتها المادة (٢٢٢) مدني مصري بالدرجة الثانية[١٣٨].

ونص قانون النقل العراقي عن الضرر

الذي يصيب الراكب ويؤدي الى وفاته في حق الزوجة والاقارب للدرجة الثانية للمطالبة بالتعويض [١٣٩] ، تنص المادة (٢٤) من قانون النقل العراقي على ان : " يجوز اقامة دعوى المسؤولية الناشئة عن عقد النقل في حالة وفاة الراكب سواء وقعت الوفاة اثر الحادث مباشرة أو بعد فترة زمنية من وقوعه من قبل الزوج والاقارب الى الدرجة الثانية الذين اصيبوا بآلام حقيقية وعميقة من الضرر الادبي " .

المسؤولية العقدية عن فعل الغير [١٤٠]:-

وكالات السفر والسياحة قد تعهد بتنفيذ التزامها اتجاه السائح الى الغير من صاحب الفندق والناقل وغيرهم ، لذا تنشأ مسؤوليتها عن الالتزام بضمان السلامة اتجاه السائح عن اخطاء الناقل وصاحب الفندق والمسؤولية هنا تكون مسؤولية عقدية عن فعل الغير [١٤١] ، ولا يعتبر الغير الذين عهد اليهم بتنفيذ العقد سبباً اجنبياً يعفيه من المسؤولية [١٤٢] .

ونص القانون المدني العراقي على المسؤولية عن فعل الغير في نطاق المسؤولية التقصيرية في مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعيه [١٤٣] ، ولم ينص صراحة على المسؤولية العقدية عن فعل الغير ولكن يستند الفقه على مسؤولية المقاول الاصلي عن اخطاء المقاول من الباطن بتقرير المسؤولية عن فعل الغير لوجود العقد بين رب العمل والمقاول [١٤٤] .

وللمسؤولية العقدية عن فعل الغير صدى واسع في نطاق العقود السياحية واخذت المحاكم الفرنسية تقرر هذه المسؤولية على وكالات السفر والسياحة ، ففي قضية قضت محكمة النقض الفرنسية بان وكالة السفر والسياحة تسأل عن فعل الفندقي الذي احلته محلها في تنفيذ عقد الرحلة السياحية [١٤٥] .

ويستند الفقه الفرنسي لتبرير المسؤولية العقدية لوكالات السفر والسياحة عن فعل الغير الذين عهدت اليهم بتنفيذ عقد الرحلة السياحية بنص المادة (٥) من المرسوم الاوربي الصادر في ١٣ يوليو ١٩٩٠ ، والمادة (١٣) من القانون الفرنسي الصادر في ١٣ يوليو ١٩٩٢ ، وحالياً المادة (١٧/٢١١) من تقنين السياحة الفرنسي ، فهذه النصوص تقرر ان على وكالة السياحة والسفر حسن النية في تنفيذ العقد ، وتكون مسؤولة عن عدم التنفيذ أو التنفيذ المعيب لالتزاماتها التعاقدية [١٤٦] .

وعلى ذلك يكون الوضع الطبيعي

لمسؤولية المدين عن خطأ الغير هي حالة حلول الغير محله حلولاً صحيحاً في تنفيذ التزامه ، ويتحقق ذلك اذا كلف المدين الغير بتنفيذ التزامه .

لا يوجد في القانونين الاردني والمصري (كذلك العراقي) نص يقرر بطريق مباشر مسؤولية العاقد عن فعل الغير كما هو الشائع في القوانين المقارنة كالتقنين الالماني والسويسري ، ولكن يوجد في القانون المصري نص يقرر بطريق غير مباشر المسؤولية العقدية عن فعل الغير وهو نص المادة (٢/٢١٧) [١٤٧]، التي تنص على انه : " وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين ذاته مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا ما ينشأ عن غش أو خطأ جسيم ، ومع ذلك يجوز للمدين ان يشترط عدم مسؤوليته من الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من اشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه " .

وكذلك يعد من تطبيقات المسؤولية عن فعل الغير مسؤولية المقاول عن المقاولات من الباطن اتجاه رب العمل عن تنفيذ التزامه العقدي.

المطلب الثاني

اتفاقات الاعفاء من المسؤولية العقدية ووسائل دفعها

تنص المادة (٢٥٩) من القانون المدني العراقي على انه : " ٢- وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي ، إلا التي تنشأ عن غشه أو خطأه الجسيم ، مع ذلك يجوز للمدين ان يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من اشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه " .

فالاصل يجوز الاشتراط في العقد على اعفاء المدين من المسؤولية عن اخلاله بالالتزام الناشئ عن العقد ، إلا اذا ارتكب المدين غشاً أو خطأً جسيم[١٤٨]. .

لكن احكام الاعفاء من المسؤولية في نطاق العقود السياحية فيما يتعلق بالالتزام بضمان السلامة يتعارض مع احكام هذا النص.

يعتبر التزام المدين بضمان السلامة في العقود السياحية التزام بتحقيق نتيجة وليس بذل عناية ، فلا يستطيع ان يدفع مسؤوليته ببذل العناية اللازمة لمنع وقوع الضرر ، وليس امامه إلا قطع العلاقة السببية بين خطأه والضرر الواقع بالسائح أو النزيل أو العميل وذلك بإثبات السبب الاجنبي.

الفرع الاول

اتفاقات الاعفاء من المسؤولية العقدية

في الالتزام بضمان السلامة في العقود بصورة عامة ، وفي العقود السياحية بصورة خاصة ، لا يجوز الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية العقدية ، ففي عقد النقل تنص المادة (١٠/اولا) من قانون النقل العراقي رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ على انه : " يسأل الناقل عن الاضرار التي تصيب الراكب اثناء تنفيذ عقد النقل ويبطل كل اتفاق يقتضي بإعفاء الناقل .

ويتبين من هذا النص انه لا يجوز للناقل الاتفاق على اعفائه من المسؤولية العقدية لان الالتزام بضمان سلامة الراكب اثناء النقل من النظام العام ، وقاعدة آمرة وليست مفسرة ، فكل شرط يخالف احكام الالتزام بضمان السلامة يعتبر باطلاً [١٤٩]. والرحلة السياحية تتضمن عملية نقل مما ينطبق عليها نص هذه المادة .

ان السائح أو النزيل يصدق عليه وصف المستهلك في العقود السياحية ، وقانون حماية المستهلك تشمل الخدمات والسلع؛ لذا فأن مستهلك الخدمات السياحية توفر له هذه القوانين حماية ، ومن ثم فكل شرط تعسفي يرد في العقد يعتبر باطلاً [١٥٠].

ان حماية حياة الانسان وسلامته الجسدية تخرج من دائرة التعامل ومحل المساومة والتفاوض ، فكل اتفاق يؤدي الى المساس بالسلامة الجسدية للإنسان يعتبر باطل ، لان حماية الارواح اولى من حماية الاموال [١٥١].

الفرع الثاني

وسائل دفع المسؤولية العقدية

لا يستطيع المدين في الالتزام بضمان السلامة التخلص من المسؤولية إلا باثبات السبب الاجنبي ، المتمثل بالقوة القاهرة ، وخطأ المضرور ، وفعل الغير . وقضت محكمة التمييز الاتحادية باعتبار السبب الاجنبي سبباً للإعفاء من المسؤولية جاء فيه " بمقتضى احكام المادة (٢١١) من القانون المدني اذا اثبت ان الضرر قد نشأ بسبب اجنبي لا يد له فيه كالقوة القاهرة وفعل الغير أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان مالم يوجد نص أو اتفاق على ذلك" [١٥٢].

لذا يجوز لمكاتب السفر والسياحة أو صاحب الفندق ان يدفع مسؤوليته عن الضرر الذي يصيب السائح أو النزيل بإثبات السبب الاجنبي من قوة قاهرة أو فعل المضرور أو خطأ الغير .

اولا / القوة القاهرة :

القوة القاهرة حادث غير متوقع ويستحيل دفعه كالكوارث الطبيعية والحروب ، ويشترط في القوة القاهرة ان لا تكون متوقعة من قبل المدين قبل التعاقد ، وان لا يستطيع دفعها ، وان لا تكون قد نشأت بفعل المدين[١٥٣].

فيجب ان يكون الحادث الفجائي غير متوقع ، لانه لو كان متوقع ولم يتخذ المدين الاحتياطات اللازمة لمنعه يعتبر مقصراً وتتحقق مسؤوليته العقدية والاستحالة هنا مطلقة وليست نسبية ، فاذا كانت الاستحالة للمدين فقط دون غيره لا تعتبر قوة قاهرة ولا يعفى المدين من المسؤولية ، ومعيار عدم توقع الحادث وعدم دفعه معيار موضوعي وليس ذاتي فهو معيار الشخص المعتاد[١٥٤].

وتعتبر قوة قاهرة في عدم تنفيذ الناقل لالتزامه بضمان السلامة ، اذا انكسرت عجلة السيارة ، أو انزلقت السيارة وادى حدوث الحادث الى الحاق ضرر جسدي بالراكب[١٥٥].

وبما ان وكالات السفر والسياحة تكون ناقلاً في عقد الرحلة السياحية اذا كانت وسائط النقل منها ، أو في الرحلة السياحية المنظمة التي تتضمن سلامة السائح من بداية الرحلة السياحية الى نهاية الرحلة السياحية ، لذا فان مسؤوليتها كناقل تطبق عليها احكام قانون النقل ، وتنص المادة (١١) من قانون النقل العراقي على انه : " لا يجوز للناقل دفع مسؤوليته عن تعويض الضرر الذي يصيب الراكب (السائح) إلا اذا اثبت ان ذلك الضرر يرجع الى خطأ الراكب أو الى قوة قاهرة نتجت عن عوامل خارجية لم تقع في دائرة نشاط الناقل ولم يكن في الامكان توقعها أو تلافي اثارها" .

ثانيا / خطأ المضرور (السائح أو النزيل):-

وقد ينتج الضرر عن خطأ صادر من المضرور فيتحمل المضرور وحده عبء الخطأ الصادر منه ويعفى المدين من المسؤولية ، وقد يحدث ان يقع خطأ من مكتب السفر والسياحة أو صاحب الفندق ، وخطأ من السائح أو النزيل، هنا لابد ان نميز اذا كان خطأ المضرور (السائح) يستغرق خطأ مكتب السفر والسياحة أو صاحب الفندق فأن السائح وحده يكون مسؤولاً عن الضرر الذي وقع نتيجة ذلك ، ولا تسأل وكالة السفر والسياحة أو صاحب الفندق ، واذا استغرق

خطأ وكالة السفر والسياحة أو صاحب الفندق خطأ السائح (المضرور) ، فأن مكتب السفر والسياحة أو صاحب الفندق يكون مسؤولاً عن الاضرار التي وقعت للسائح أو النزيل ، وقد يكون الخطأ مشتركاً دون ان يستغرق خطأ احدهما خطأ الاخر ، وهنا يتحمل كل من مكتب السفر والسياحة أو صاحب الفندق والسائح أو النزيل جزء من المسؤولية بمقدار الضرر الذي احدثه بخطئه.

وقد يستغرق خطأ المضرور خطأ المسؤول مدنياً وبالتالي يكون السبب اجنبي يعفي المسؤول مدنيا عن التعويض ، وقد يستغرق خطأ المسؤول مدنيا خطأ المضرور ، وبالتالي لا يعفى المسؤول عن التعويض وتتحقق مسؤوليته المدنية ، اما اذا اشترك خطأ المضرور وخطأ المسؤول مدنياً في احداث الضرر فلا يعفى المسؤول مدنيا بل تتحقق مسؤوليته بحسب جسامة كل منهما في احداث الضرر [١٥٦].

تنص المادة (٢١٠) مدني عراقي تقابلها المادة (٢١٦) مدني مصري على انه : " يجوز للمحكمة ان تنقص من مقدار التعويض أو ألا تحكم بتعويض ما اذا كان المتضرر قد اشترك بخطأه في احداث الضرر أو زاد فيه أو كان قد سوا مركز المدين " .

وقضت محكمة التمييز العراقية في حكم لها في قضية " بان اشتراك المدعي والمدعي عليه في ارتكاب الخطأ الذي تسبب فيه الاضرار بالمدين يوجب مسألة المدعي عليه عن التعويض بما يتناسب مع مدى مساهمته في هذا الخطأ " [١٥٧].

وقضت محكمة التمييز العراقية مسؤولية صاحب الفندق عن الضرر الذي لحق بالنزيل في الفندق في قضية تتلخص وقائعها : " ان الثابت من التحقيق القضائي ان الوفاة كانت بسبب الغرق في حوض السباحة الذي هو تحت اشراف ومسؤولية تابعي المدعى عليه وقد ابان تقرير الخبير الى ان ادارة المسبح لم تستكمل شروط امان السابحين فيه ومن ذلك وجود حراسة لانقاذ من يكون في خطر الغرق ، إلا انه وجد ان الغريق كان في حالة سكر قد شاركت في احداث النتيجة ومدى مشاركتها قياساً على خطأ المدعى عليه آخذ بنظر الاعتبار عند تقديره قيمة الضرر للمضرور" [١٥٨].

وفي هذا السياق عدت المادة (١٦٥) من القانون المدني المصري الفعل الخاطئ للمضرور (خطأ المضرور) صورة من صور السبب

الاجنبي التي تعفي المدعى عليه من المسؤولية المدنية . اما في حالة وجود خطأ ثابت في جانب كل من المضرور والمدعى عليه ، فأن المسؤولية تقسم بينهما في هذه الحالة . وليس معنى ذلك ان هناك خطأ مشتركاً بين المضرور والمدعى عليه ، لكن هناك اخطاء مختلفة يساهم كل منهما على حده في احداث الضرر ، ويترتب على ذلك انقاص التعويض الذي يحصل عليه المضرور وليس استبعاده بصفة كاملة وهو الامر الذي يعني اعفاء المدعى عليه جزئياً من المسؤولية[١٥٩].

والواقع ان صدور فعل خاطئ من جانب المضرور ، انما يتم تقديره بنفس الطريقة التي يتم من خلالها تقدير خطأ المدعى عليه ، وذلك بمعيار موضوعي مجرد عن طريق مقارنة سلوك مرتكب الفعل الضار بسلوك شخص اخر ، مجرد من الظروف الشخصية ، وان اثبات مساهمة المضرور في الفعل الضار أو ان الضرر بفعله وحده ، هو من الوقائع التي يقدرها قاضي الموضوع[١٦٠].

وكذلك انشأ القضاء الفرنسي التزاماً من نوع خاص على عاتق كل شخص بالسهر على سلامته الشخصية (**Obligation de veiller a sa proper securite**)[١٦١].

فالقضاء يعتبر المضرور مخطئاً اذا وقع منه تقصير أو عدم احتياط ، كما يعد مخطئاً ايضاً اذا لم يبذل كل مافي جهده لتفادي وقوع الضرر ، أو ان يكون قد عرض نفسه طواعية واختياراً للخطر .

ووصفت المادة (١٣٨٢) مدني فرنسي ان هناك خطئين من جانب المضرور وخطأ ثابت من جانب المدعى عليه ، والاعفاء الجزئي يقرر عندما يكون الفصل بين خطأ الفاعل وخطأ المضرور ممكناً ، وتثور الصعوبة اذا كان احد الخطأين يستغرق الخطأ الاخر ؛ لانه اكثر جسامة وفاعلية ، والواقع لا محل للإعفاء الجزئي اذا كان احد الخطأين يستغرق خطأ الاخر[١٦٢]. فاذا كان خطأ المضرور استغرقه خطأ المدعى عليه قامت مسؤولية المدعى عليه كاملة عن تعويض الضرر ، اما اذا كان خطأ المضرور هو الذي استغرق خطأ المدعى عليه كان المضرور هو الــذي يتحمل المسؤولية كاملة في هذه الحالة .

ومن تطبيقات الفرض الاول ، حكم بان صاحب الفندق يعد مسؤولاً مسؤولية كاملة عن تعويض السائح – عن سرقة امتعته – لخطأ عمال الفندق حتى لوثبت اهمال العميل [١٦٣] . ومن تطبيقات الفرض الثاني حكم

بانتفاء مسؤولية الفندقي عن واقعة سقوط السائح ، واصابته بكسور ؛ لرعونته وعدم تبصره [١٦٤].

وعلى هذا فأن الرأي السائد ، في الفقه والقضاء ، يذهب الى ان خطأ السائح لايعد سبباً للاعفاء من كامل المسؤولية المدنية بالتعويض بالنسبة لمكتب السفر والسياحة او لصاحب الفندق إلا اذا كان خطأً فادحاً ، او جسيماً ، ولا يمكن توقعه ، وكذلك تنتفي مسؤولية الاخير ، اذا كان الخطأ او الاهمال الصادر من السائح ، خطأ غير مغتفر . على انه في جميع الاحوال يجب ان يراعى ان خطأ السائح ، سواء فيما يتعلق بسلامته الجسدية او سلامة امواله ، لا يعفي ، مكتب السفر والسياحة او الفندقي ، كلياً من المسؤولية إلا اذا كان هو السبب الوحيد في احداث الضرر[١٦٥].

المطلب الثالث

الالتزام بضمان السلامة في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي

ان العقود السياحية كعقد الرحلة السياحية تتضمن عنصر اجنبي في العلاقة التعاقدية ، فقد يكون السائح اجنبي ، وقد تكون وكالة السفر والسياحة اجنبية ، كما قد يكون الناقل اجنبي أو صاحب الفندق اجنبياً ، مما تثور مسألة تنازع القوانين التي تقتضي تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ومنها الالتزام بضمان السلامة . كما تثور مسألة الاختصاص القضائي مما يقتضي تقسيم المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول

القانون الواجب التطبيق على الالتزام بضمان السلامة

جاء في الفقرة الأولى من المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي كما يأتي : " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً ، فاذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ، هذا مالم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف ان قانون آخر يراد تطبيقه " [١٦٦].

ويتبين من هذا النص ان القانون المدني العراقي قد اخضع الالتزامات التعاقديه (ومنها الالتزام بضمان السلامة) للقانون الذي يختاره المتعاقدان في العقد بارادتهما الصريحة ان اعلن عنها في العقد ، وإلا فان ارادتهما الضمنية هي التي على القاضي ان يستخلصها من ظروف ووقائع القضية ،

كاتفاقهما على ان يكون الاختصاص لمحاكم دولة من الدول ، فوجود مثل هذا الاتفاق مع عدم وجود ارادة صريحة تحدد القانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية ، يعني ان الاختصاص لقانون لتلك الدولة .

ويستخلص القاضي الارادة الضمنية حسب ظروف القضية ولا يخضع لرقابة محكمة التمييز لانها مسالة تتعلق بتفسير العقد [١٦٧].

اما اذا لم توجد ارادة صريحة ولم يستطع القاضي ان يستنبط الارادة الضمنية من ظروف ووقائع القضية ، عندئذ يأخذ القاضي بقانون الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً ، وفي حالة اختلاف موطن المتعاقدين فيكون القانون المختص هو قانون الدولة التي تم فيها العقد [١٦٨].

ويتبين أيضا من هذا النص ان نطاق قانون العقد يشمل الالتزامات التعاقدية أي اثار العقد ونرجع إلى مضمون الالتزام وانهاء الالتزام أو انتقاله .

الفرع الثاني

الاختصاص القضائي

قد يثور في العلاقة القانونية ذات العنصر الاجنبي مسألة الاختصاص القضائي أي المحاكم المختصة بالفصل في النزاع ، وهذا يؤدي إلى نزاع بين محاكم عدة دول ، وفي كل دولة يرسم المشرع قواعد الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية سواء كان هذا الاختصاص داخلياً ام دولياً . ويرتبط بالاختصاص القضائي مسألة معرفة سير المرافعة والقانون الذي يطبق على الإجراءات الواجب اتباعها[١٦٩].

قررت المادة (١٥) من القانون المدني العراقي بان يقاضي الاجنبي امام محاكم العراق في الأحوال الاتية : " أ- اذا وجد في العراق . ب- اذا كانت المقاضاة في حق متعلق بعقار موجود في العراق أو بمنقول موجود فيه وقت رفع الدعوى ج- اذا كان موضوع التقاضي عقدا تم ابرامه في العراق أو كان واجب التنفيذ فيه أو كان التقاضي عقداً تم ابرامه في العراق أو كان واحب التنفيذ فيه أو كان التقاضي عن حادثة في العراق " ففي جميع الاحوال السابقة يعتبر القضاء العراقي مختصاً بالنظر في النزاع في العلاقة القانونية المشوبة بعنصر اجنبي مالم يوجد استثناء يرد للهيئات القضائية للدول الاجنبية ولرؤساء الهيئات الدبلوماسية [١٧٠].

وفي قرار حديث لمحكمة التمييز

الاتحادية العراقية(١٦١) جاء في حيثيات القرار " ان انعقاد الاختصاص للقضاء العراقي في وطن النزاع القائم بين الطرفين اعمالاً لنص المادة (١٥/ج) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١المعدل باعتبار ان العقد المبرم بين الطرفين كان واجب التنفيذ في العراق ووجهة النظر هذه صحيحة ومنسجمة مع النص المشار اليه تراعيا لنص المادة (١/٢٥) من القانون المشار اليه المتضمن انه " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً ، فاذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها التعاقد ، هذا مالم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف ان قانون اخر يراد تطبيقه"[١٧١].

الخاتمـــــــــة

لابد من قانون ينظم السياحة في العراق ويشمل العقود السياحية ومنها عقد النزول في الفندق وعقد الرحلة السياحية وغيرها من العقود السياحية ، متضمناً الالتزام بضمان سلامة السائح لتسهيل عملية السياحة في العراق ، ولجلب اكبر عدد ممكن من السياح لتطوير الواقع الاقتصادي السياحي العراقي ، وتطور الثقافات وتبادل التعاون السياحي بين العراق والدول المجاورة ، بحيث يصبح القانون هو مصدر الالتزام بضمان السلامة في العقود السياحية ومن ثم تسال مكاتب السفر والسياحة في مواجهة السائح ، وبقوة القانون ، عن اي تقصير يتعلق بأمن وسلامة السياح ، دون حاجة الى اثبات خطأ هذه المكاتب ، ومن ثم لا يمكن ان تتخلص هذه المكاتب من هذه المسؤولية إلا باثبات السبب الاجنبي .

ونقترح ان يتضمن القانون المدني العراقي نصاً مماثلاً وجامعاً للقانون المصري للتعويض عن الضرر الادبي في المسؤولية العقدية والتقصيرية حيث ان اختصار التعويض على المسؤولية التقصيرية فقط لايتناسب مع تطور العلاقات التعاقدية وظهور العقود السياحية وغيرها من العقود التي تتضمن الالتزام بضمان السلامة وكذلك العقود التي يكون احد أطرافها مهني مما يجعل من خطئه خطأً جسيماً في جميع الأحوال مما يجعله كالمسؤولية التقصيرية مما يتضمن شمول التعويض عن الضرر الادبي ، كما ان هناك مصلحة ادبية حتى بالنسبة للمسؤولية العقدية.

لابد من وجود نص مباشر وليس غير مباشر للمسؤولية العقدية عن فعل الغير

خاصة بعد تطور العقود ومنها العقود السياحية التي تعتمد وكالات السفر والسياحة على اشخاص اخرين لتنفيذ العقد مما يجعلها المسؤولة عن اخطاء الذين استخدمتهم لتنفيذ التزامها العقدي .

النص صراحة على عدم جواز الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية العقدية في العقود السياحية .

الهوامش

١ . د.محمد علي عمران ، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٠ ،ص١٩٨ . و د.محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسؤولية المدنية ، الجزء الاول ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٨٧ ، ص ٢٣٤ .

٢ المادة (١٠) فقرة اولا والمادة (١١) منه .

٣ د.اشرف جابر سيد، عقد السياحة، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص١٠ .و د.محي محمد مسعد ، المدخل للقوانين السياحية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٦ ، ص ١٦١ .

٤ ومن القوانين العراقية التي تنظم النشاط السياحي والمؤسسات السياحية ، قانون رقم ٥٤ لسنة ١٩٤٠ ، قانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ ، قانون رقم ١٢٣ لسنة ١٩٦٠ ، قانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٦٠ ، قانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٦ ، قانون رقم ٧١ لسنة ١٩٦٧، القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٧ ، النظام رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨ ، القرار رقم ٥٥١ لسنة ١٩٧٩ ، القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ ، القرار رقم ٥٥١ لسنة ١٩٧٩.

٥ د.علي الخفيف ، الضمان في الفقه الاسلامي ، بدون مكان وتاريخ طبع ، ص٧

٦ د. عبد المجيد الحكيم ، الاستاذ عبد الباقي البكري ، الاستاذ المساعد محمد طه البشير ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام – الجزء الاول – مصادر الالتزام ، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، ١٩٨٠ ، ص ٦ .

٧ . ينظر في هذا التعريف كل من : د. محمد علي عمران ، المرجع السابق ، ص ١٤٣ ؛ د. محمد وحيد ، الالتزام بضمان السلامة في العقود ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص ٨ . و د.محمود التلتي ، النظرية العامة للالتزام بضمان سلامة الاشخاص ، ١٩٨٩ ، ص ٢٠٣ .

وفي الفقه الفرنسي ينظر

V.phe Tou RNEAU, Les obligations proffessionne lles Melanges delies a.l.Boyer putes sciences Socioles de Touiouse, 1996 .P. 365.

٨ د.محمود جمال الدين زكي ، مرجع سابق ، ص ٢٨٣ .

وينظر في الفقه الفرنسي :

F.DEFFERRARD , Une analyse do L` obligation de securite a L` eprove de Lacanse drangere, 1999 , chr. 364 .
9 P.Jou RDAIN, "Le fondement de lobligation de se`curite ", Gaz. Pal 21-23 soptemlde ,1997 ,p.22.
10 .DEFFERRARD , op. Cit. p.365 . Y.LAMBERT, FAIVRE, Fondementation socurite, 1994, chr. 81.F

١١ . حسن علي الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني ، المسؤولية عن الاشياء ، مكتبة وائل ، عمان ، الاردن ، ٢٠٠٦، ص ٢٢٧ .

12 F.DEFFERRARD , op. Cit. p.368 .
13Ibid,P.368.

١٤ الشيخ محمد بن ابي بكر عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الرسالة ، الكويت ، ١٩٨٣ ، ص ١٢٤ و ١٢٥ .

١٥ د. مسعود مصطفى الكناني ، علم السياحة والمتنزهات ، دار الحكمة ، الموصل ، ١٩٩٠ ، ص ١٢٨ .

١٦ د.ميزل الروبي ، مذكرات نظرية السياحة ، مؤسسة الثقافة الجامعة ، الاسكندرية ، ١٩٨٦ ، ص١٢-١٣ .

١٧ د. جمال عبد الرحمن محمد علي ، العقد السياحي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص ٥٠ .

١٨ د. اشرف جابر سيد ، مرجع سابق ، ٢٠٠١ ، ص ٤٧ .

١٩ د. احمد السعيد الزقرد ، عقد الرحلة السياحية ، الطبعة الاولى ، المكتبة المصرية للنشر والتوزيع ، مصر ، ٢٠٠٨ ، ص ٤٦ .

٢٠ وفاء زين ابراهيم ،دور السياحة في التنمية الاجتماعية ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ، ٢٠٠٦ ، ص ٩٨ .

٢١ د. احمد السعيد الزقرد ، عقد النزول في الفندق ، الطبعة الاولى ، المكتبة المصرية للنشر والتوزيع ، مصر ، ٢٠٠٨ ، ص ٢١.

٢٢ د. احمد السعيد الزقرد ، عقد الرحلة السياحية ، مرجع سابق ، ص ٤٣.

٢٣ المرجع نفسه ، ص ٤٦ .

٢٤ د.عبد المجيد الحكيم و اخرون ، مرجع سابق ، ص ٢٨ .

٢٥ د. مصطفى كمال طه ، العقود التجارية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص ١٥٧ .

٢٦ د. احمد السعيد الزقرد ، عقد النزول في الفندق ، مرجع سابق ، ص ٢٤ .

٢٧ د.باسم محمد صالح ، القانون التجاري ، القسم الاول ، النظرية العامة للتاجر والعقود التجارية ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠٠٨ ، ص ٣٢ وما بعدها .

٢٨ د. انور سلطان ، مصادر الالتزام في القانون المدني ، دار الثقافة ، عمان ، الاردن ، ٢٠١٠ ، ص ١٩ ، د.محمد يوسف الزغبي ، العقود المسماة – شرح عقد البيع في القانون المدني ، طبعة اولى ، مكتبة الثقافة ، عمان ، الاردن ، ٢٠٠٤ ، ص ١٠ .

٢٩ د. بتول صراوة عبادي ، العقد السياحي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٢ ، ص٣٦-٣٩ .

٣٠ . المرجع السابق ، ص ٣٣-٣٥ .

٣١ د. احمد السعيد الزقرد ، عقد النزول في الفندق ، مرجع سابق ، ص ٣٦ . ود.عبد الحميد امين ، التزام الطبيب بضمان السلامة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١١ ، ص٢٢٨ .

٣٢ د.محمد علي عمران ، مرجع سابق ، ص ١٤٣ ، و د. سيد علي حسن ، الالتزام بالسلامة في عقد البيع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٠ ، ص ٦٦ . و د.وجدي عبد الواحد ، التعويض عن الاخلال بالالتزام بضمان سلامة الراكب والمسافر ، ط١ ، شركة ناست ، ٢٠٠٤ ، ص ١٠ . و ايمان محمد طاهر عبد الله ، الالتزام بضمان السلامة في عقد البيع ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، ٢٠٠٣ ، ص ٢٦ .

٣٣ . محكمة السين ، الدائرة التجارية ، ٢٥/يناير/١٩٥٤، اشار اليه د.احمد السعيد الزقود ، مرجع سابق ، ص٣٣ .

34D.C.1943 – 129 not . R.Roger .

اشار اليه د. احمد السعيد الزقرد ، مرجع سابق ، ص ١٣١ .

٣٥ في الفقه : د.صلاح الدين عبد الوهاب ، مسؤولية وكالات السفر والسياحة عن اعمالها ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ١٩٧٦ ، ص ٦١١ . و د.جمال عبد الرحمن محمد علي ، مرجع سابق ، ص ٢٧ .

٣٦ في القضاء :

- **Civ 15december 1969-Dalloz.S. 1970-not.couvrat,et Civ 15october 1974-B.Civ-1-not.264ButTransp.1975.P.334,T.ComSeine,25janvier1954Dalloz.1957.not.67.G.P.1955-1-141- Civ 15 janvier 1961- Dalloz.1961.340** .

٣٧ الوكالة ، عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم المادة (٩٢٧) من القانون المدني العراقي .

٣٨ د. احمد السعيد الزقرد ، عقد الرحلة ، مرجع سابق ، ص ٥٨ .

٣٩ المرجع نفسه ، ص ٧٠ .

٤٠ عرف قانون النقل العراقي رقم (٨٠) لسنة ١٩٨٣ في المادة الخامسة منه عقد النقل بانه : " اتفاق يلتزم الناقل بمقتضاه بنقل شخص أو شيء من مكان الى اخر لقاء اجر معين " .

٤١ د. باسم محمد صالح ، مرجع سابق ، ص ٢٠٨-٢٠٩ . د. حسين المصري ، العقود التجارية ، الكويت ، ١٩٩٠ ، ص ٣٧٥ . د. مجيد حميد العنبكي ، قانون النقل العراقي ، مركز البحوث القانونية ، وزارة العدل ، بغداد ، ١٩٨٤ ، ص ٧١ .

٤٢ انظر نص المادة (١٠) من قانون النقل العراقي النافذ ١٣٨ -

٤٣ انظر نص المادة (١٢٧) من قانون النقل العراقي النافذ

٤٤ انظر نص المادة (١٣٠) من قانون النقل العراقي النافذ .

٤٥ د. عبد المجيد عبد الحكيم ، مرجع سابق ، ص ١٥٢ . د.حسن الهداوي ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى ، طبع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، ١٩٨٨ ، ص ١٥٣ .

٤٦ داللوز (Dalloz) ١٩٩١ ، ص ١ وما بعدها .

٤٧ تعرف المادة (٧٦ / اولا) من قانون النقل العراقي الوكالة بالعمولة بالنقل بانه "عقد يلتزم بمقتضاه الوكيل لقاء عمولة ان يبرم باسمه لحساب موكله الراكب أو المرسل عقد نقل ، وان يقوم عند الاقتضاء بالعمليات المرتبطة بالنقل " .

٤٨ د.باسم محمد صالح ، المرجع السابق ، ص ٤٩ .

٤٩ تقابلها المادة (٢٧٧) من قانون التجارة المصري حيث تنص على انه "يضمن الوكيل بالعمولة بالنقل سلامة الراكب أو الشيء موضوع النقل " وواضح ان عبارة النص المصري ادق من النص العراقي لان الوكيل بالعمولة ليس هو المسؤول شخصيا بل مجرد ضامن ، اما المسؤول شخصياً هو الناقل .

٥٠ د. احمد السعيد الزقرد ، مرجع سابق ، ص ٩٧

٥١ المرجع نفسه ، ص ٩٨ . د.عبد الحميد امين ، مرجع سابق ، ص ٢٣١ .

٥٢ د. جمال عبد الرحمن محمد علي ، مرجع سابق ، ص٣٨-٣٩ .

٥٣ انظر المادة (٢/٨٨٢) من القانون المدني العراقي .

٥٤ استئناف ريوم ، ١٩ مارس سنة ١٩٣٧ . اشار اليه د.محمود جمال الدين زكي ، مرجع سابق ، ص ٣٣٧ .

٥٥ استئناف باريس ، ١٩ فبراير سنة ١٩٤٣ . اشار اليه د.محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ، ص ٣٣٧

٥٦ د. احمد السعيد الزقـرد ، عقد النزول في الفندق ، مرجع سابق ، ص ٩٠- ٩٢ .

٥٧ المرجع نفسه ، ص ٩٢ .

٥٨ المرجع نفسه والصفحة نفسها .

٥٩ قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية ، العدد ٢٧٢٩ ، حقوقية ، ١٩٩٥ ،تاريخ القرار ١٩٩١/١٢/٢٩ ،اشار اليه الاستاذ علي محمد الكرباسي الموسوعة العدلية ،بغداد ، العدد الثالث ،١٩٩٢ ، ص ٩

٦٠ د.محمد علي عمران ، مرجع سابق ، ص ١٤٥ ، ايمان محمد ظاهر ، مرجع سابق ، ص٢٨ .

٦١ د. احمد السعيد الزقرد ، عقد الرحلة ، مرجع سابق ، ص١٠٨ . د.علي سيد حسن ، مرجع سابق ، ص ٦٦.

٦٢ د. احمد السعيد الزقرد ، مرجع سابق ، ص ١٠٨ .

٦٣ سامان سليمان الياس الخالتي ، عقد الرحلة السياحية ، ط١ ، مطابع شتات ، دار الكتب القانونية ، ٢٠٠٩ ، ص ١٢٧ .

٦٤ د. احمد السعيد الزقرد ، عقد النزول في الفندق ، مرجع سابق ، ص١٣٢ .

٦٥ د. احمد السعيد الزقرد ، عقد الرحلة ، مرجع سابق ، ص١٠٩ .

٦٦ المرجع نفسه ، ص ١٢٦ .

٦٧ د. احمد السعيد الزقرد ، عقد النزول في الفندق ، مرجع سابق ، ص١٣٢– ١٣٣ .

٦٨ د. باسم محمد صالح ، مرجع سابق ، ص ١١٨ وما بعدها .

٦٩ د.سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، المجلد الاول في العقد والارادة المنفردة ، ط١ ، مطبعة السلام ، القاهرة ، ١٩٨٧ ، ص٥٤٥ –٥٤٧ .

٧٠ د.السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الاول ، مصادر الالتزام ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٥٢ ، ص ٦٥٦–٦٥٧ .

٧١ امل كاظم سعود ، التمييز بين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية ، رسالة ماجستير ، جامعة النهرين ، ١٩٩٨ ، ص ٤٠ وما بعدها.

٧٢ المرجع نفسه ، ص ١٢٣ وما بعدها .

73 . Civ.15 Juillet 1964 –JCP-1964 -11382812 T.P. Civ. 1965-139 obs. Rodiere. Paris 5 Juin 1976- juris – data- n 0347

نقلا عن د.احمد السعيد الزقرد ، عقد الرحلة ، مرجع سابق ، ص ١١٠ ، وعقد النزول في الفندق ، مرجع سابق ، ص ١٠٥ .

٧٤ د.محمود جمال الدين زكي ، مرجع سابق ، ص ٣٣٨–٣٣٩ .

٧٥ امل كاظم سعود ، مرجع سابق ، ص ١٢٣ .

٧٦ قارن مع د.عابد فايد عبد الفتاح فايد ، الالتزام بضمان السلامة في عقود السياحة ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠١٠ ، ص ٦ .

٧٧ قارن مع د. جمال عبد الرحمن محمد علـي ، المرجع السابق ، ص ١٧٨ .

٧٨ د.احمد السعيد الزقرد ، عقد الرحلة ، مرجع سابق ، ص ١١١ .

٧٩ د.جابر محجوب علي ، ضمان سلامة المستهلك من اضرار المنتجات الصناعية المعيبة ، مطبعة دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥ ، ص ١٨٨ .

80 Cass,Ire civ, 3 mars 1998. Bull civ. 111NO 95. P.63.

اشار اليه د.جابر محجوب علي ، مرجع سابق ، ص ١٨٨ .

٨١ نقض ١٩٦١/٦/٣٠ مجموعة احكام النقض ٣٠ ق/ قاعدة ١٦٦ . اشار اليه د.احمد السعيد الزقرد ، عقد الرحلة ، مرجع سابق ، ص ١١١ .

82 Civ.7fevrir 1960-314-pour le client dans un restaurant .

اشار اليه د.احمد السعيد الزقرد ، عقد النزول في الفندق ، مرجع سابق ، ص ١١٦ .

83Paris 14 October 1954- Dalloz.1955-som-76 .

اشار اليه د.احمد السعيد الزقرد ، مرجع سابق ، ص ١١٦

٨٤ محمكة **Poitiers** ٨ فبراير ١٩٦٦ ج س ب ١٩٦٦ ، الطبعة العامة ١٣١ اشار اليه د.احمد السعيد الزقرد ، عقد الرحلة ، مرجع سابق ، ص ١١٢ .

85 Civ. 7 october 1981- G.P.1982 – Pana. P.70 .

نقلا عن د.احمد السعيد الزقرد ، مرجع سابق ، ص ١١٢ .

86 Civ.23fevrir 1983-JCP-1983- ed- ci- 14006-conc. Gulphe RTD.COM.1984-336.obs.Hemard et Bouloc

اشار اليه د.احمد السعيد الزقرد ، مرجع سابق ، ص ١١٣ .

٨٧ . في الفقه الفرنسي :

Frossard, La distinction entre des obligations de moyens, et, des, obligations , resultats, 1965, Chemel(A) agencede voyages . cl.civ. Fasc. X1, p3.

وفي الفقه العربي : د.محمود جمال الدين زكي ، مرجع سابق ، ص ٣٣٦ . و د.احمد السعيد الزقرد ، عقد الرحلة ، مرجع سابق ، ص ١١٩ ، وعقد النزول في الفندق ، مرجع سابق ، ص ١٢٠ .

٨٨ د.عبد الفضيل محمد احمد ، وكالات السفر والسياحة من الوجهة القانونية ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، ص ١٩٢ . و د.احمد السعيد الزقرد ، عقد النزول في الفندق ، مرجع سابق ، ص ١١٧ .

89 La cour de paris de paris.10 fevrir 1956-D,1956.P.613 .

اشار اليه د.احمد السعيد الزقرد ، مرجع سابق ، ص ١١٩ .

٩٠ قارن مع سامان سلمان الياس الخالتي ، مرجع سابق ، ص ١٨١ .

٩١ د.احمد السعيد الزقرد ، عقد النزول في الفندق ، مرجع سابق ، ص ١٢٧ .

92 La cour de paris de paris.10 fevrir 1956-D,1956,P.613 .

اشار اليه د.احمد السعيد الزقرد ، مرجع سابق ، ص ١١٩ .

٩٣ امل كاظم سعود ، المرجع السابق ، ص ٧٨–٨٠ .

٩٤ د.عابد فايد عبد الفتاح فايد ، الالتزام بضمان السلامة في عقود السياحة ، دار الكتب القانونية ، ٢٠١٠ ، ص٤٨.

٩٥ د.جمال عبد الرحمن محمد علي ، المرجع السابق ، ص ١٧٨ وما بعدها .

96 Lyon- 24 Juin 1920 . D.P.1922-11-40 .

اشار اليه د.احمد السعيد الزقرد ، مرجع سابق ، ص ١١٥ .

٩٧ قارن مع د.احمد السعيد الزقرد ، مرجع سابق ، ص ١٢٠ .

٩٨ ينظر في تفاصيل الرأي والرد عليه جليل حسن بشان ، مسؤولية المعلم المدنية ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ،١٩٩٧ ، ص ١٥٧. و د.محمود جمال الدين زكي ، مرجع سابق ، ص ٢٢٨ .

٩٩ د.محمد جمال عطية ، مفهوم العقد ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩ ، ص ٣١–٣٢ .

١٠٠ محمود جمال الدين زكي ، مرجع سابق ، ص ٢٢٨ وما بعدها .

١٠١ د.محمد جمال عطية ، مرجع سابق ، ص ٣٢ وما بعدها .

١٠٢ د.عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، الجزء الاول ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، ١٩٦٧ ، ص ٨٣ .

١٠٣ د.علي سيد حسن ، طبيعة ونطاق مسؤولية البائع عن الأضرار التي تصيب راغب الشراء ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٥ ، ص ١٠٥ .

١٠٤ د.محمود التلتي ، مرجع سابق ، ص ٢٠٨ .

١٠٥ المرجع نفسه ، ص ٢٠٩ .

١٠٦ يذهب إلى هذا الرأي د.احمد حشمت ابو ستيت ، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، الطبعة الثانية ، القاهرة ، ١٩٥٤ ، ص ٣١٣. و د.محمد شريف احمد ، مصادر الالتزام في القانون المدني ، دار الثقافة ، عمان ، الاردن ، ١٩٩٩ ، ص ١٤٣ . و د.حسن نوري ، نظرية الالتزام ، مكتبة عين شمس ، القاهرة ، ص ٢٨٧ .

107 Cass Civ.1 ,21October 1997, Dalloz 1997, P.247 .
108 Cass Civ.1 ,14mars 1995, Dalloz 1995, P.90
109 F.DEFFERRARD.OP.Cit.P.367 .
110 Civ ,25 November 1970, Jcp , 1970 , V.315

اشار اليه د.احمد السعيد ، عقد النزول في الفندق ، المرجع السابق ، ص٩٤ .

111 Civ ,25 November 1969, Jep , 1970 , V.P.8 .

اشار اليه د.احمد السعيد الزقرد ، عقد النزول في الفندق ، المرجع السابق ، ص٩٤ .

112 H AUBRY L,influence du droit c onsommotion suv Le droit fran cais des contracts. P.133.

١١٣ د.جابر سليم عبد الغفار ، قانون السياحة ٢٠٠٦ ، ص ٨٩ .

114 Cass, Paris, 14 October , 1954, D.1955.

اشار اليه د.احمد السعيد ، المرجع السابق ، ص٩٤ .

١١٥ محكمة **Orleans** في ٢٤ مارس ١٩٣٤ . اشار اليه د.محمد علي عمران ، مرجع سابق ، ص ١١٤ .

116 Cass, Paris, 21 May , 1990, D.1955.

اشار اليه د. احمد السعيد الزقرد ، مرجع سابق ، ص ١١٥ .

١١٧ د. انور سلطان ، مرجع سابق ، ص ٣٤٤ ؛ احمد شرف الدين ، مرجع سابق ، ص ٥٩ .

١١٨ د.حسن علي الذنون و د.محمد سعد الرحو ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الثاني ، احكام الالتزام ، دار الوائل ، عمان ، الاردن ، ٢٠٠٤ ، ص ١٠١ . وينظر د.عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الأول ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، بند ٤٥١ ، ص ٦٨٢ . و د.انور سلطان ، مرجع سابق ، ص ٢٢١ . و د.سمير عبد السيد تناغو ، مصادر الالتزام ، ١٩٩٩ ، ص ١٨٢ . و المستشار انور العمروسي ، شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، ط٤ ، دار العدالة ، القاهرة ، ٢٠١٠ ، ص ٢٧٣ .

١١٩ د.عبد الجبار ناجي ، حسن النية في تنفيذ العقود ، دار الرسالة ، بغداد ، ١٩٧٥ ، ص ٧٨ . وينظر د.محمود جمال الدين زكي ، مرجع سابق ، ص ٨٢ و ١٠٧ .

١٢٠ د.باسم محمد صالح ، مرجع سابق ، ص ٢٢ .

١٢١ د.احمد السعيد الزقرد ، مرجع سابق ، ص ٢٠٧ .

١٢٢ د.عبد المجيد الحكيم ، مرجع سابق ، ص ١٦٩ .

١٢٣ د.احمد السعيد الزقرد ، مرجع سابق ، ص٢٢٨ .

١٢٤ د.محمود جمال الدين زكي ، مرجع سابق ، ص ١٠١ .

١٢٥ د.عبد المجيد الحكيم ، مرجع سابق ، ص ٢٤٤ .

١٢٦ د.انور سلطان ، مرجع سابق ، ص ٣٥٣ .

١٢٧ بخصوص الشرط الجزائي ينظر الفقرة الاولى من المادة (١٧٠) مدني عراقي .

١٢٨ د.حسن علي الذنون و د.محمد سعد الرحو ، مرجع سابق ، ص ١٠٠ .

١٢٩ د.سعدون العامري ، الوجيز في شرح العقود المسماة ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٨٠ ، ص ٧٧–٧٨ . و د.منذر الفضل ، الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية ، دار السعدون ، بغداد ، ١٩٩٠ ، ص ٤٥ و ٤٨ .

١٣٠ د.ياسين محمد يحيى ، الحق في التعويض عن الضرر الادبي ، دار النهضة ، ١٩٩١ ، ص٤٩ .

١٣١ د.عصام احمد البهجي ، حماية الحق في الحياة الخاصة ، دار الجامعة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص ٥٥٣.

١٣٢ في الفقه انظر : د.عبد الله مبروك النجار ، الضرر الادبي وضمانه في الفقه الاسلامي ، ١٩٩٠ ،ص٤٢٤ . و د.عصام احمد البهجي ، مرجع سابق ، ص ٥٥٦–٥٥٧ وفي القضاء انظر : قرار محكمة التمييز العراقية

الصادر في الاضبارة رقم ٢٠٠٣ /م٣ /١٩٩٨ في ١٩٩٨/١١/٢١ ، مجلة الاحكام العدلية ، العدد الثالث ، السنة الثالثة ، ١٩٩٩ ، ص٨٧

– نقض ١٥ مارس / ١٩٩٠ / مجلة القضاء / العدد الاول / ص ٤٩٩ وما بعدها . اشار اليه د. احمد السعيد الزقرد ، عقد النزول في الفندق ، ص ٢٠٩ .

١٣٣ د.السنهوري ، مرجع سابق ، ص ٦٨٠ . و د.انور سلطان ، مرجع سابق ، ص ٣٢٢ .

١٣٤ د.السنهوري ، مرجع سابق ، ص ٦٨٢ .

١٣٥ المستشار انور العمروسي ، مرجع سابق ، ص ٢٧٥ . و د.السنهوري ، مرجع سابق ، ص ٣٢٢ .

١٣٦ ينظر الفقرة الثالثة من المادة (٢٠٥) مدني عراقي .

١٣٧ د.احمد شرف الدين ، مرجع سابق ، ص٦٠ .

١٣٨د. انور سلطان ، مرجع سابق ، ص٣٢٢ و المستشار انور العمروسي ، مرجع سابق ، ص٢٧٥ .

١٣٩ د.باسم محمد صالح ، مرجع سابق ، ص٢٢٣ .

١٤٠ ان فكرة المسؤولية عن فعل الغير اثارت خلافاً في الفقه الفرنسي وذلك لعدم وجود نص في القانون يقرر مبدأً عاماً يقضي بمساءلة المدين عقدياً عن فعل الغير على غرار المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير ، فلم يرد فيه إلا تطبيقات تشريعية متناثرة في بعض العقود مما ادى الى انقسام الفقه بشأن هذه المسؤولية بين مؤيدٍ ورافضٍ لها . ينظر في الفقه الفرنسي

H.ROLAND, L Obligation de secnrte de La gence de royages entre responsablite contractuelle du fait dautru 2001, p.16. D.JOURDAIN OP.Cit. p.753 . Philipe Malgnre Lauront Aynes philippe stopfel muncr droit civl les obligations Defrenos . Paris 2005, p.119 .

اما في الفقه العربي فهناك من يرفض هذه المسؤولية وعلى سبيل المثال الدكتور محمود جمال الدين زكي اذ يقول (اما مسؤولية المدين عن عدم تنفيذ الالتزام العقدي ولو كان يرجع الى خطأه في استخدامهم او استعان بهم في تنفيذه فهي مسؤولية شخصية لا مسؤولية عن فعل الغير) ، انظر المشكلات ، مرجع سابق ، ص ٤٥ . وبالمقابل هناك من يؤيد هذه المسؤولية اذ يرى الدكتور غني حسون طه (وقد تتحقق المسؤولية العقدية لا نتيجة خطأ ارتكبه المدين نفسه بل نتيجة خطأ ارتكبه شخص اخر غير انه ليس كل فعل يأتيه الغير يمكن ان يسال عنه المدين بل يجب ان يخل الغير في تنفيذ التزامه العقدي . ينظر الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الاول ، مصادر الالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧١ ، ص ٣٩٥ . وكذلك يؤيد الدكتور عبد المجيد الحكيم هذه المسؤولية اذ يقول (وقد يسال الانسان مسؤولية تعاقدية لا نتيجة خطأ ارتكبه هو بل

نتيجة خطأ ارتكبه شخص اخر ، ويحدث ذلك اذا استخدم المتعاقد اشخاص في تنفيذ العقد الذي ابرمه) .

ينظر الوجيز ، مرجع سابق ، ص ٣٤٩ .

141 contract uelle histoire dun . Faut conepy RTD civ 1997. P.323 .

142 JORDAIN. OP.CIT.P.931

١٤٣ ينظر نص المادة (٢١٩) من القانون المدني العراقي النافذ .

١٤٤ . ينظر نص المادة (٨٨٢) من القانون المدني العراقي النافذ .

145Cass Civ.1 ,3 May 2000, Baull , civ, 1, no, 129 . P.87

اشار اليه د.عابد عايد عبد الفتاح فايد ، مرجع سابق ، ص ٩٠ .

146 JORDAIN. OP.CIT.P.931.

١٤٧ تطابقها الفقرة الثانية من المادة (٢٥٩) مدني عراقي .

١٤٨ د.انور سلطان، مرجع سابق ، ص ٣٥٩ .

١٤٩ د. باسم محمد صالح ، مرجع سابق ، ص ٢٢٣ .

١٥٠ د. محمد حسين منصور ، ضمان صلاحية المبيع للعمل لمدة معلومة ، الدار الجامعية ، القاهرة ، ص٣٩ .

١٥١ د. اسعد ذياب ، ضمان العيوب الخفية وتخلف الوصف ، بيروت، ١٩٨٣ ، ص ٣ .

١٥٢ رقم القرار ٣٥٣ ، هيئة عامة ، ٢٠٨ في ٢٠٠٩/٢/١٠ ، سلمان عبيد عبد الله ، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية ، عراقي مدني ، ج١ ، بغداد ، ٢٠٠٩ ، ص ٧٨ .

١٥٣د. السنهوري ، مرجع سابق ، ص٧٨٦ . و د.رمضان ابو السعود ، مرجع سابق ، ص٣٦٩ .

١٥٤د.انور سلطان ، مرجع سابق ، ص٣٣٨-٣٣٩ .

١٥٥ د. السنهوري ، مرجع سابق ، ص ٨٨٠ .

١٥٦ د.انور سلطان ، مرجع سابق ، ص ٣٤٠ . و د. السنهوري ، مرجع سابق ، ص ٨٨٣ .

١٥٧ قرار محكمة التمييز المرقم ٨ / مدنية عراقية / ٨٢ في ١٩٨٢/٩/٢٦ ، مجموعة الاحكام العدلية ، ع٣ ، س ١٣ ، ص ١٥ .

١٥٨ قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية رقم ٢٠٤٤ ، ع ٥٧٢٩ / ١٩٩٠ في ١٩٩١/١٢/٢٩ . اشار اليه محمد الكرباسي ، الموسوعة العدلية ، ع٣ ، ١٩٩٢ ، ص ٥ .

١٥٩ د.ايمن ابراهيم العشماوي ، فعل المضرور والاعفاء الجزئي من المسؤولية ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩ ، ص ٣٢ .

١٦٠المرجع نفسه ، ص ٤٠ .

161 Civ. 2e. gmars 1995. Dalloz.1995. som.232.

١٦٢ د. ايمن ابراهيم العشماوي ، مرجع سابق ، ص٤٠ه ١ ـ

163 Civ ,11 Mai-1946 ,D, 1946-1-192

نقلا عن د. احمد سعيد الزقرد ، عقد النزول في الفندق ، مرجع سابق ، ص٢٦٣ .

164 Lyon-10 December 1974- Jcp , 1976- ed-G-IV-158 .

نقلا عن د. احمد سعيد الزقرد ، مرجع سابق ، ص٢٦٣ .

١٦٥د. ايمن ابراهيم العشماوي ، مرجع سابق ، ص ٩٠–٩٣ .

١٦٦المادة ١/١٩ مدني مصري ، ١٩٤٩ . والمادة (٢) من القانون الاردني لسنة ١٩٧٦

١٦٧ د.حسن الهداوي ، مرجع سابق ، ص ١٥٢ .

١٦٨د.سامح بديع منصور ، ود.نصري انطوان ، القانون الدولي الخاص ، الطبعة الاولى ، المؤسسة الجامعية ، بيروت ، ٢٠٠٩ ، ص ٣٨٥ . د.حسن الهداوي ، مرجع سابق ، ص١٥٢–١٥٣ .

١٦٩ المرجع نفسه ، ص٥٤٥ و ١٥٥ .

١٧٠ المرجع نفسه ، ص٢٤٦ و ٢٤٨ .

١٧١القرار رقم ٨٩١ موسعة حديثة / ٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٥/٢٤ ، القاضي سلمان عبيد عبد الله ، مرجع سابق ، ص١٢٥–١٢٦ .