الرقم الدولي: ISSN2075-7220

الرقم الدولي الالكتروني: ISSN2313-0377

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن

كلية القانون بجامعة بابل

بعض البحوث التي وردت ضمن هذا العدد:

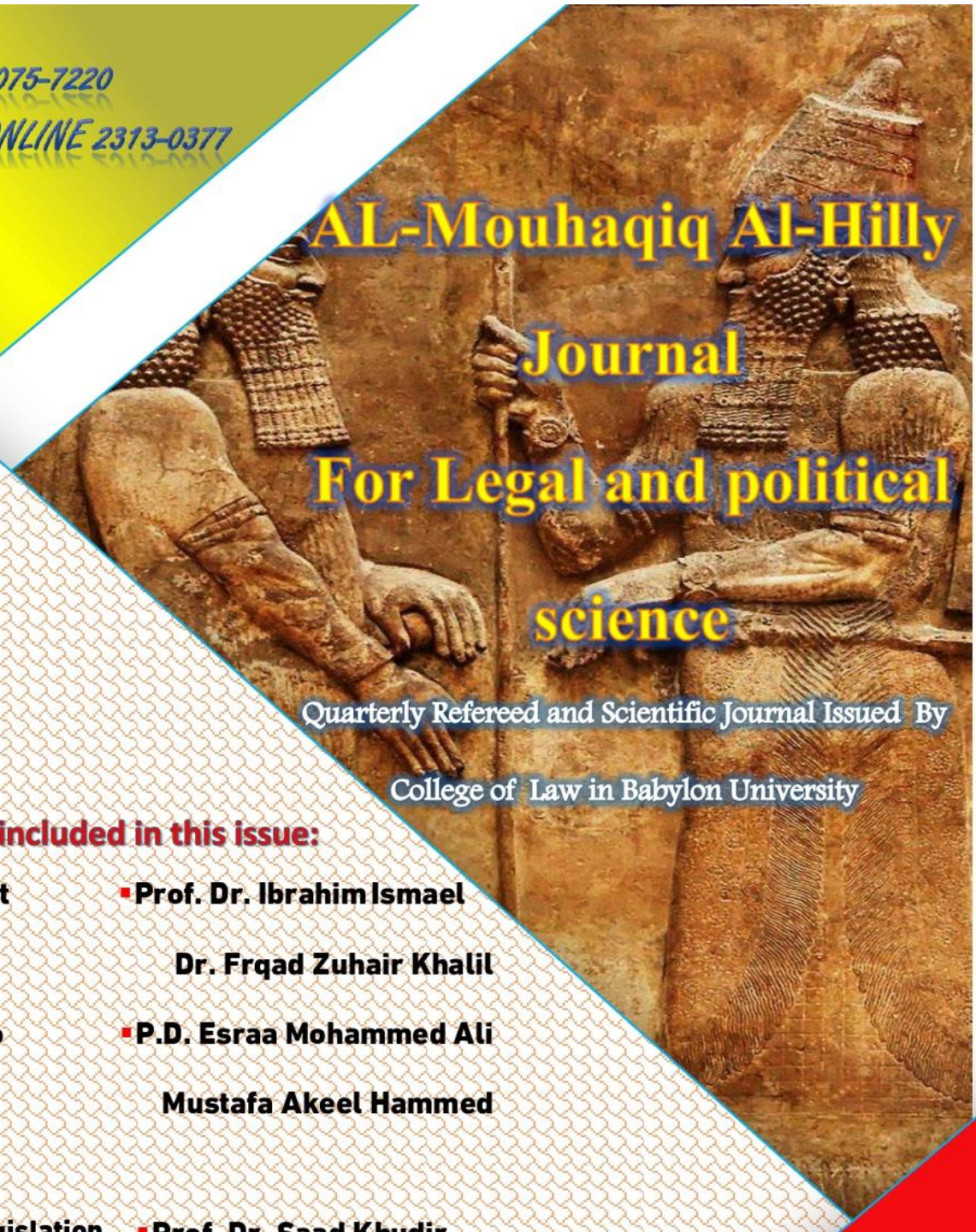
- ادارة مخاطر منح الائتمان المصرفي — أ.متمرس د. ابراهيم اسماعيل
م.د. فرقد زهير خليل
- الأحكام الموضوعية لجريمة لعب القمار -دراسة مقارنة- — ا.د اسراء محمد علي
مصطفى عقيل حميد
- دور التشريعات المالية في ظهور الشركات القابضة في العراق بعد ٢٠٠٣ — ا.د. سعد خضير عباس
- حقوق الجهة الادارية في عقود الشراكة خدمة الكهرباء بين القطاعين العام والخاص (دراسة مقارنة) — أ.د.اسماعيل صعصاع غيدان
م.اقبال عبد العباس يوسف

السنة الثالثة عشر العدد الثالث

٢٠٢١

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد ١٣٩١ لسنة ٢٠٠٩

ISSN 2075-7220
ISSN ONLINE 2313-0377



AL-Mouhaqiq Al-Hilly Journal For Legal and political science

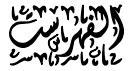
Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By
College of Law in Babylon University

Some of the research included in this issue:

- **Credit Risk Management** — **Prof. Dr. Ibrahim Ismael**, **Dr. Frqad Zuhair Khalil**
- **Objective Judgments To Crime Of Play Gambling -A comparative Study-** — **P.D. Esraa Mohammed Ali**, **Mustafa Akeel Hammed**
- **The Role of Financial legislation in the emergence of holding companies in Iraq after 2003.** — **Prof. Dr. Saad Khudir Abbas Al rahamee**
- **Authority in the electricity service partnership contracts between the public and private sectors (Comparative study)** — **Prof. Ismail Sasa' Al-Budair**, **Iqbal Abdel Abbas**

THIRTEEN YEAR
2021
THIRD ISSUE

No. Deposit in the Archives office – office 1291
for the national Baghdad in 2009



ت	البحث	اسم الباحث	رقم الصفحة
١.	ادارة مخاطر منح الائتمان المصرفي	أ.د.المتمرس.ابراهيم اسماعيل ابراهيم م.د. فرقد زهير خليل	٩-٧١
٢.	الأحكام الموضوعية لجريمة لعب القمار -دراسة مقارنة-	ا.د اسراء محمد علي مصطفى عقيل	٧٢-١٠٢
٣.	دور التشريعات المالية في ظهور الشركات القابضة في العراق بعد٢٠٠٣	ا.د. سعد خضير عباس	١٠٣-١٢٣
٤.	حقوق الجهة الادارية في عقود الشراكة خدمة الكهرباء بين القطاعين العام والخاص (دراسة مقارنة)	أ.د.اسماعيل صعصاع غيدان م.اقبال عبد العباس يوسف	١٢٤-١٤٦
٥.	احكام التزام المرفوض بادارة المال المرهون (دراسة مقارنة)	ا.د. منصور حاتم محسن حازم محمد جواد	١٤٧-١٨٥
٦.	مفهوم عقد الكفالة المؤقتة (دراسة مقارنة)	ا.د.ايمان طارق مكي علي عايد فالح	١٨٦-٢١٧
٧.	المفهوم القانوني لعقد التجميد(دراسة مقارنة)	أ.د. سلام عبدالزهرة عبدالله مشتاق عبدالحي عبدالحسين	٢١٨-٢٥١
٨.	الاساس القانوني للالتزام بضمان سلامة السائح	أ.د. هادي حسين عبدعلي بلسم محمد طالب	٢٥٢-٢٨٢
٩.	اثر قواعد الاسناد لحماية المستهلك الالكتروني في العلاقات الدولية	أ.د. عبدالرسول عبدالرضا حسين عمران جرمط	٢٨٣-٣٢٤
١٠.	جريمة الاعتداء على محطات القوة الكهربائية (دراسة مقارنة)	ا.دحسون عبيد هجيج شهد حيدر	٣٢٥-٣٦٠
١١.	السياسية العقابية لجريمة اخفاء العمل الارهابي (دراسة مقارنة)	أ.د. عمار عباس الحسيني علي منديل عبدالله	٣٦١-٣٨٧
١٢.	الجريمة دولية (جريمة الاستيلاء انموذجاً)	ا.د.صدام حسين وادي حازم سكران خضير	٣٨٨-٤٢٣
١٣.	ماهية الاعتداء على البيانات الشخصية لمستخدمي مواقع التواصل الاجتماعي وتطبيقاتها العملية	أ.د. ميري كاظم عبيد فلاح ساهي خلف	٤٢٤-٤٦١
١٤.	انتقاص الاجراء القضائي (دراسة تحليلية مقارنة)	أ.د. وسن قاسم غني م. م احمد خضير عباس أحمد	٤٦٢-٤٨٣
١٥.	نطاق امتياز مؤجر العقار	أ.د. وسن قاسم غني هاجر عبد العظيم عنبر	٤٨٤-٥١٩
١٦.	ظهور المصلحة الفضلى للطفل كضابط إسناد في العلاقات الخاصة الدولية	أ.د. فراس كريم شيعان خضير مخيف فارس	٥٢٠-٥٥٤
١٧.	المحل في عقد الرعاية الرياضية	أ.د. ذكرى محمد حسين ايناس هاشم رشيد	٥٥٥-٥٨٨
١٨.	الدور الذاتي لمبادئ القانون الدولي الخاص في معالجة الفراغ التشريعي(دراسة مقارنة)	أ.د. خير الدين كاظم الامين نور حسين جواد	٥٨٩-٦٣٧
١٩.	حالات النكول في المناقصات الحكومية	أ.د. صادق محمد علي عماد محمد شاطي	٦٣٨-٦٦٦
٢٠.	جريمة اعطاء وصفة طبية بمواد مخدرة او مؤثرات عقلية لغير اغراض العلاج الطبي "في القانون العراقي"	ا.د محمد اسماعيل ابراهيم أ.م. احمد هادي عبد الواحد	٦٦٧-٧٠٦
٢١.	جريمة التحريض على تبني افكار او توجهات تتعارض مع التداول السكن	ا.د اسماعيل نعمه عبود ثامر ماهر حسون	٧٠٧-٧٣٠
٢٢.	جريمة تنظيم عصابة مسلحة ارهابية (دراسة مقارنة)	ا.د.لمى عامر محمود احمد حسن حسون	٧٣١-٧٧٠

٢٣.	الضمانات القضائية لحماية الحق في حرية البحث العلمي	أ.د. حسين جبار عبد لقاء عباس مهدي	٧٧١-٧٩٩
٢٤.	التأمين من المخاطر التجارية في سوق الاوراق المالية (دراسة مقارنة)	أ.د. سماح حسين علي مازن عبدالله عبد	٨٠٠-٨٣٥
٢٥.	تقييد حدود المسؤولية المدنية الناشئة عن الحوادث الرياضية (دراسة مقارنة)	أ.د. حيدر حسين الشمري م. محمد عبدالرزاق محمد	٨٣٦-٨٨٣
٢٦.	الرقابة على التمويل العام للاحزاب السياسية	أ.د رافع خضر صالح رشا محمد امين	٨٨٤-٩١٤
٢٧.	التعويض من القلق من الموت الوشيك	ا.م.د. محمد جعفر هادي	٩١٥-٩٥٦
٢٨.	تنفيذ المصادرة الإدارية " دراسة مقارنة "	ا.م.د.رفاه كريم كربل غيث حميد كاظم عباس	٩٥٧-٩٨٢
٢٩.	الحماية الدولية لحق السجين في الصحة (دراسة في قواعد القانون الدولي لحقوق الانسان)	ا.م.د. سرمد عامر عباس عدي كاظم حمزة	٩٨٣-١٠٢٢
٣٠.	مبدأ قرينة البراءة امام المحكمة الجنائية الدولية	ا.م.د حيدر عبد محسن شهد نورس هادي وحيد	١٠٢٣-١٠٤٣
٣١.	تعارض المصالح في سوق الاوراق المالية (دراسة مقارنة)	ا.م.د ميثاق طالب عبد جلال حسن حنتوش	١٠٤٤-١٠٨٧
٣٢.	شروط الحماية القانونية للمؤشرات الجغرافية التجارية والاجار المترتبة عليها(دراسة مقارنة)	ا.م.د ميثاق طالب عبد ياسين خضير داخل	١٠٨٨-١١١٧
٣٣.	الاحكام الموضوعية لجريمة نقل الحدود (دراسة مقارنة)	ا.م.د منى عبد العالي موسى كوثر عهد محمد	١١١٨-١١٦٢
٣٤.	جريمة اخذ الصغير	ا.م.د منى عبد العالي موسى	١١٦٣-١١٨٣
٣٥.	الاحكام الموضوعية لجريمة الرشوة التي من شأنها الاضرار بالمصلحة الوطنية (دراسة مقارنة)	ا.م.د. نافع تكليف مجيد ريام سلام عبيد	١١٨٤-١٢١٨
٣٦.	اختصاص البرلمان في صحة العضوية البرلمانية	ا.م.د. ليلى حنتوش ناجي بشار محمد كريم	١٢١٩-١٢٥٦
٣٧.	حالات الظرف الطارئ في عقد الايجار (دراسة مقارنة)	ا.م.د. حبيب عبيد مرزه زينب ثامر شهيد	١٢٥٧-١٢٩٤
٣٨.	نقل الدعوى واثره على الاختصاص في القضاء المدني (دراسة مقارنة)	أ.م.د.عبدالله عبدالامير كمال رحيم عزيز	١٢٩٥-١٣٣٩
٣٩.	اشكاليات تكوين المحكمة الاتحادية العليا في العراق واثرها في جودة احكامها	ا.م.د. غانم عبد دهش	١٣٤٠-١٣٧٩
٤٠.	حق المراة العراقية في الكرامة الانسانية (دراسةفياطارالدستوروالقانون العراقي)	ا.م.د. ميسون طه حسين	١٣٨٠-١٤٠٣
٤١.	فعالية المحكمة التجارية العراقية في تسوية المنازعات التجارية (دراسة قانونية في ضوء البيان الصادر من مجلس القضاء الاعلى رقم (٧٤) لسنة ٢٠٢٠.	م.د.ماهر محسن عبود	١٤٠٤-١٤٢٥
٤٢.	التنظيم القانوني لعقوبة قطع الراتب (دراسة مقارنة)	م.د. امين رحيم	١٤٢٦-١٤٦٢
٤٣.	الخطأ المشترك في الاصابة بفيروس كورونا المستجد (كوفيد١٩) (دراسة مقارنة مع الفقه الاسلامي)	م.د. احمد عبدالحسين الياسري	١٤٦٣-١٤٨٣
٤٤.	عقد الاختيار بين الوحدة والتعدد	م.د. هند فائز الحسون م.م. ارم عصام خضير	١٤٨٤-١٥٠٨
٤٥.	دور الاجهزة الرقابية في عملية الاصلاح الاداري والمالي في العراق	م.د قتاده صالح م.م حيدر جاسم محمد	١٥٠٩-١٥٤٥
٤٦.	جرائم جلسات المحاكم (دراسة مقارنة)	م.د منتظر فيصل كاظم	١٥٤٦-١٥٨٤
٤٧.	دور منظمة الامم المتحدة في تنظيم عمل الطائرات المسلحة المسيرة	م.قاسم ماضي حمزة م.د.هاني عبد الله عمران	١٥٨٥-١٦١١
٤٨.	دور التنظيمات النقابية في حماية حقوق العامل في العراق	م.رشا ظافر محي الدين رضا	١٦١٢-١٦٤١
٤٩.	استنباط الاحكام القانونية بدلالة الظهور اللفظي	م.م حسن ضعيف حمود	١٦٤٢-١٦٦٧
٥٠.	التأثير القانوني لفيروس كورونا المستجد على الالتزامات التعاقدية	م.م. عمر محمد صالح	١٦٦٨-١٦٩٥

الأساس القانوني للالتزام بضمان سلامة السائح

أ.د. هادي حسين عبد علي
كلية القانون / جامعة بابل

بلسم محمد طالب غويلي
كلية القانون / جامعة بابل

ملخص البحث

يعرف عقد السياحة بأنه اتفاق بين السائح ومكاتب السفر والسياحة على أن تلتزم هذه الأخيرة بتقديم خدمة أو عدة خدمات مقابل ثمن يلتزم به السائح، ويترتب على انعقاده كغيره من العقود عدة التزامات تتحملها كل من وكالة السياحة والسفر والسائح، ويعد الالتزام بضمان السلامة من أهم الالتزامات التي تتحملها المكاتب، ويقصد به أن تلتزم مكاتب السفر والسياحة بالمحافظة على سلامة السائح من أي خطر يهدد سلامته. ويشترط فيه جملة من الشروط تتمثل أساسا في وجود خطر يهدد سلامة أحد المتعاقدين وأن يكون أمر الحفاظ على سلامة أحد المتعاقدين موكولا للمتعاقد الآخر وأخيرا أن يكون المدين بالالتزام محترفا. ويستمد هذا الالتزام وجوده من العقد الذي كان سببا في نشأته كما يستمد وجوده من ما هو من مستلزمات العقد كالقانون والعرف والعدالة.

على الرغم من عدم وجود نص قانوني يشير الى الالتزام بضمان السلامة في بعض العقود، ولكن الفقه قد استقر الى وجود هذا الالتزام في هذه العقود استناداً الى وجود قرينة على ان المدين كان على علم بوقوع هذه المخاطر اثناء الرحلة السياحية او كان من اللازم ان يتوقع حصولها لكي لا تسبب اضرار بالدائنين ولكن هل هذا يكفي لقيام الالتزام بضمان السلامة فعلى اي اساس نادى الفقه بوجوده فثار هنا الخلاف عن اساس هذا الالتزام فظهرت العديد من الآراء حول هذا الموضوع من اجل التوصل في ايجاد الحل ولكن وضع الاساس لهذا الالتزام لم يكن بالإمر السهل وخاصةً فيما اذا كان علم المدين بالمخاطر قابل لإثبات العكس ام انه غير قابل لإثباته بالدليل العكسي فيبقى التساؤل هنا عن الاساس المعتمد وما علاقة نص المادة (٢/١٥٠)من قانونا المدني العراقي _ والتي نصت على انه:(ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام)بموضوع تحديد اساس الالتزام بضمان السلامة.

المقدمة

قبل الخوض في بيان الاساس القانوني للالتزام بضمان سلامة السائح لابد من الوقوف عند جوهرة فكرة الموضوع وأهميته ومنهجيته وهيكلته.

اولاً : جوهر فكرة البحث

تعد حماية حياة الإنسان وسلامة جسده من أساسيات القانون المدني ومحور اهتمام الشرائع الدينية، إذ أن هذه الحماية تتعلق بأعلى قيمة في هذا الوجود، وهي قيمة الإنسان، وسلامة جسده كونها جزءاً من هذه القيمة، فتبنى القانون مختلف الوسائل من أجل الوصول إلى هذه الغاية سواء عن طريق حماية هذه السلامة، أو تسهيل الحصول على التعويض عند الإضرار بها، ومن هذه الوسائل الالتزام بضمان السلامة في نطاق العقود من خلال إدخاله في النظام القانوني للمسؤولية المدنية.ولكن هل هذا يكفي لقيام الالتزام بضمان السلامة فعلى اي اساس نادى الفقه بوجوده

والحقيقة إن الصورة الغالبة للالتزام بضمان السلامة هو عدم اتفاق المتعاقدين عليه بالعقد هذا من جانب ومن جانب اخر عدم وجود نص في القانون عليه فكان من الضروري ان نبين اساس لهذا الالتزام حتى يتمكن القاضي من الاستناد اليه، فشكل هذا الموضوع حيز واسع ومهم في مؤلفات الفقه وقرارات القضاء بسبب ارتباط هذا الالتزام بخصيصة حساسة وذات اهمية كبيرة وهي السلامة الجسدية للإنسان فدفع الفقه هنا الى رسم الاطار القانوني لأحكام هذا الالتزام الذي يتأسس عليه التزام المدين به وذلك لان الالتزام بضمان السلامة لم يعد قاصراً على النقل فقط وانما اصبح موجود في عقود يجب فيها على أحد المتعاقدين تأمين سلامة المتعاقد الاخر.

ثانياً : أهمية البحث وأسباب اختياره.

تتجلى أهمية البحث من الأهمية البالغة للسلامة الجسدية للإفراد، كونها من أهم الغايات الاجتماعيةوالقانونية في الوقت الحاضر، ويعزى ذلك إلى تطور الثورة الصناعية، والالكترونية الحديثة وبروز العديد من المخاطر (الميكانيكية، الكيمياوية، الطبيعية) من هنا يتوجب حماية النفس البشرية بواسطة القانون بتنظيم سلوك الأفراد،والحقيقة ان أساس الالتزام بضمان سلامة السائح يواجه صعوبات كثيرة أهمها، خلو التشريع العراقي سواء في قانون التجارة رقم ٣٠ معدل لسنة ١٩٨٤ أو قانون تنظيم شركات ومكاتب ووكالات السفر والسياحة رقم ٤٩ لسنة ١٩٨٣ أو في قانون منفرد من نصوص تنظم صراحة العلاقة العقدية التي تربط بين طرفي العقد، فضلاً عما يترتب عنها من منازعات وكذلك الحال في التشريعات العربية مثلاً قانون تنظيم الشركات السياحية المصري رقم ١١٨ لسنة ١٩٨٣ فأنه يخلو من تنظيم كافٍ للالتزام بضمان سلامة السائح ، في حين أن قانون تنظيم وكالات السياحة والسفر الفرنسي رقم ٦٤٥ لسنة ١٩٩٢ نظم بشكل منفصل الالتزام بضمان سلامة السائحين.

أما اسباب اختيار هذا الموضوع فترجع الى عدة أمور:

١. إثارة النقاش حول الجدل الواسع بتحديد الأساس القانوني للإلتزام بضمان سلامة السائح نتيجة لتعدد وتنوعالأنشطة السياحية التي تقوم بها مكاتب السفر والسياحة، كان لابد من التوصل إلى أساس قانوني يسمح بتفسير نشاطها.
٢. لابد بحث الأساس القانوني لإحكام الالتزام بضمان سلامة السائح في التشريع العراقي ومايقابله في التشريعات محل المقارنة.

ثالثاً: منهجية البحث

في دراسة هذا الموضوع فإننا سنتخذ المنهج التحليلي المقارن سبيلاً لمعالجة موضوع البحث ، فنعقد المقارنة بين نصوص قانون تنظيم شركات ومكاتب ووكالات السفر والسياحة رقم ٤٩ لسنة ١٩٩٨٣ العراقي النافذ وما يقابله من قوانين تنظيم شركات السفر والسياحة في مصر وفرنسا ومن ثم التطرق للقانون المدني العراقي والقانون المدني المصري.

رابعاً: هيكلية البحث

سيتم دراسة موضوع بحثنا الموسوم " الأساس القانوني للالتزام بضمان سلامة السائح " بخطة تتضمن مبحثين ، ندرس في المبحث الأول الاساس التقليدي للالتزام بضمان سلامة السائح ونعقد الاختصاص في المبحث الثاني لدراسة الاساس الحديث للالتزام بضمان سلامة السائح . فاذا ماأنهينا من بحث ذلك نصل الى خاتمة نضمنها اهم الاستنتاجات والمقترحات التي تم التوصل اليها من خلال هذا البحث

المبحث الأول

الأسس التقليدية للالتزام بضمان سلامة السائح

على الرغم من عدم وجود نص قانوني صريح يشير الى الالتزام بضمان السلامة في بعض العقود كالعقد السياحي، ولكن الفقه قد استقر الى وجود هذا الالتزام في هذه العقود استناداً الى وجود قرينة أن المدين كان على علم بوقوع هذه المخاطر اثناء الرحلة السياحية ، أو كان من اللازم ان يتوقع حصولها لكي لا تسبب اضراراً بالدائنين ولكن هل هذا يكفي لقيام الالتزام بضمان السلامة فعلى اي اساس نادى الفقه بوجوده.

فثار هنا الخلاف عن أساس هذا الالتزام فظهرت العديد من الآراء حول هذا الموضوع من اجل التوصل في ايجاد الحل ولكن وضع الاساس لهذا الالتزام لم يكن بالإمر السهل وخاصةً فيما اذا كان علم المدين بالمخاطر قابل لإثبات العكس ام انه

غير قابل لإثباته بالدليل العكسي فيبقى التساؤل هنا عن الاساس المعتمد وما علاقة نص المادة (٢/١٥٠)من قانونا المدني العراقي والتي نصت على انه:((ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام)[١]_ بموضوع تحديد اساس الالتزام بضمان السلامة.

وبما ان العقد لا ينعقد الا باتفاق الطرفين على المسائل الجوهرية فاذاً هذه الالتزامات التي يضيفها القاضي ماهي إلا التزامات تبعية لتضاف الى المسائل الجوهرية التي لا ينعقد العقد بدون الاتفاق عليها[٢] وبما ان القاعدة في التعبير الا يخضع لشكل لمعينوفق مبدأ الرضائية وبما ان التعبير الضمني هو الذي ينبئ عن الارادة بشكل غير مباشر، اي بمعنى اخر ان اراده المتعاقدين قد اسهمت في ابرام العقد فاصبح هناك التزام قد تولد في ذمته وكان هذا الالتزام هو ضمان السلامة الجسدية الرضائية.

لذلك سنقسم هذا المبحث على مطلبين نتناول اساس الارادة الضمنية في المطلب الاول واختلال التوازن العقدي في المطلب الثاني

المطلب الاول

الارادة الضمنية للمتعاقدين

اتجه بعض الفقهاء المؤيدون لمبدأ سلطان الارادة بالبحث في تبرير الالتزام بضمان السلامة من خلال الربط بالإرادة التعاقدية الضمنية فكان اتجاههم يذهب بضرورة لجوء القاضي بالبحث عن الصلة بين سلامة احد المتعاقدين والتزامهم الرئيسي هذا الاتجاه يكون في حالة واحدة هو غموض الارادة بين المتعاقدين اي عندما تكون غير معبرة بصورة صريحة عن الالتزام بالسلامة الجسدية.

فهنا عندما يبحث القاضي عن الارادة المفترضة للطرفين يتم ربط هذا الالتزام بالعقد اما اذاافترضنا بان هذهالصلة قد قامت فعلا بين الطرفين فنكون قد وصلنا الى نتيجة اساسية وهي

نشوء الالتزام بضمان السلامة على عاتق احد الاطراف من اجل مصلحة الطرف الاخر ولكن ما هو الالتزام الرئيسِ الذي يقع على عاتق المدين.

فمجرد انقطاع الصلة بين الالتزام بضمان السلامة و الالتزام الرئيسِ الذي يكمن بتوفير رحلة هادئة وامنة للطرف الاخر فهنا سوف يتعذر بنا القول بوجود الالتزام بضمان السلامة[٣] لان السائح في العقد السياحي عندما يتعاقد مع المكاتب السياحية من اجل المحافظة على سلامته ووصوله آمن الى المكان الذي يقصده فاذا لم يكن هناك تعهد مسبق من قبل المكاتب السياحية بضمان سلامة السائحين فما اقدموا على التعاقد معها بسبب كون هذا الالتزام مرتبط بالعقد ارتباط لا يقبل الانفصال[٤].

ولكن اذا لم يعبر الطرفان عن ارادتهم فهل يعني هذا عدم التزام المكتب السياحي بضمان سلامة السائح، فالقاضي عندما يجد غموض بالإرادة لا ينفي وجود هذا الالتزام لمصلحة المدين وانما يفسر هذا العقد من خلال البحث عن نية المتعاقدين لان المعروف بالاعتداد بالإرادة المشتركة للمتعاقدين لتحديد مضمون العقد القائم بين الطرفين وسواء كانت هذه الارادة صريحة ام ضمنية لأنه عندما نتكلم عن مضمون العقد فنقصد به ما ينشأ عن العقد من حقوق والتزامات وما يتبع باستكمال كل مالم يجرِ التصريح به [٥] وبعد طرح الكلام عن هذه النظرية يقودنا الى معرفة دور القاضي عندما يلجأ الى الارادة الضمنية فهل يمكن أن نعتبر الاخذ بها من قبل القاضي فيه نوع من التعسف او التحكم.

فعند الرجوع الى دور القاضي نجده يمارس دوراً كاشفاً للإرادة لا صانعاً للالتزام هذا من ناحية ومن الناحية العملية للقضاء نجده هو الذي يكمل العقد ويلقي على عاتق المدين التزام بضمان السلامة فيعزى الرجوع الى الارادة الضمنية للمتعاقدين احترام لهذه الارادة وكون ان الارادة المشتركة للمتعاقدين تبقى المقام الاول في تحديد اساس الالتزام بضمان السلامة فالالتزام العقدي الذي اضافه القضاء يدخل في تقدير المتعاقدين فاتجهت اليه ارادتهما وان لم يفصح صراحة عنه اي من الطرفين[٦].

وكل ما تقدم هل يمكن اعتبار الارادة الضمنية هي اساس الالتزام بضمان السلامة ، او بصورة اخرى هل يمكن ان نعتد بها لبيان اساس الالتزام بضمان السلامة؟ وعلى الرغم من طرحنا لهذه النظرية الا انها لم تخلُ من الانتقادات الموجه ضدها فذهب بعض الفقه[٧] ان الاخذ بهذه النظرية لا يقود بنا الى تحقيق نتائج عملية دقيقة فيترتب على الاخذ بها ان نطاق العقد يقتصر على ما يتفق عليه المتعاقدان ولا يجوز ان يشتمل على امور لم ترد بأذهان كل من الطرفين فمن الصعوبة ان نتجه الى هذه النظرية من الناحية العملية والبعض يقول[٨] باستحالة الاخذ بنظرية الارادة الضمنية وجعلها كإساس لهذا الالتزام وتبرير قولهم بان هناك التزامات تبعية قد لا تنصرف اليها ارادة الطرفين المتعاقدين ومن المحتمل ان لا نصل الى الغرض المقصود بدون تحديد هذه الالتزامات او قد لا يحدث هذا وانما قد نجد هناك اخلال بالمصلحة التي من اجلها اقدم الطرفين المتعاقدين على ابرام العقد.

حتى وان كان الهدف من طرح هذه النظرية ان يتم ربط الالتزام بضمان السلامة بالإرادة التعاقدية الا ان هذه الاخيرة لا تعبر عن الالتزام بضمان السلامة بصورة صريحة وانما يعتمد اساس الالتزام بضمان السلامة على تفسير الارادة المحتملة للأطراف ثم بعد ربط الالتزام بالسلامة بالعقد ولكن طابعه الاصطناعي هو الذي يجعله محل للانتقاد وخاصةً كثرة المبالغة فيه واحتوائه على جزء من الاصطناعية في البحث بجميع الوسائل عن اخراج الالتزام بضمان السلامة من ارادة غير واضحة[٩].

وبما ان التزام المدين اتجاه الدائن هو التزام بتحقيق نتيجة فهل من المعقول ان نفترض ان المدين قد قصد هذا الالتزام ولم يصرح به للدائن، وهو ملتزم اتجاه المدين بتحقيق نتيجة، وحتى لو قادنا التفكير بان الدائن المضرور قد فكر بالأخطار التي يتعرض لها اثناء الرحلة السياحية ومدى تعرضه للإصابة بالضرر واعتبر نفسة دائنا في هذا الالتزام فمن غير المعقول ان تكون ارادة الطرفين قد التقت في هذه النقطة فهذه الافتراضات الوهمية غير صحيحة حتى نعتمدها من اجل تطبيق هذه النظرية لان هذه الارادة قد تكون موجودة في الشخص الدائن ولكن وجودها في شخص المدين محل

مشكوك فيه ومن المعروف انه لا يجوز ان نبني الاحكام على الشك كما أن الشك يشير لمصلحة المدين المادة (٦) من القانون المدني العراقي هذا من ناحية ومن ناحية اخرى يجب ان نتطرق الى ان نشوء هذا الالتزام (الالتزام بضمان السلامة) قبل نشوء الارادة الفعلية وهذا ما لاحظناه من توسيع القضاء من مضمون العقد ليزيد على الالتزامات التي لم يفكر فيها المتعاقدين لا من حيث الارادة الصريحة ولا من حيث الارادة الضمنية.

المطلب الثاني

اختلال التوازن العقدي

بعد ان وضحنا ضعف نظرية الارادة الضمنية كأساس للالتزام بضمان السلامة في الوقت الحاضر فظهر الى جانب هذه النظرية رأي اخر يلقي الالتزام بضمان السلامة على عاتق احد المتعاقدين وذلك من اجل تحقيق سلامة المتعاقد الاخر، وهذا الرأي جاء نتيجة عدم وجود المساواة في العلاقة العقدية بوقتنا الحاضر فالمساواة القانونية الموجودة بين اطراف العقد ماهي إلا مساواة ظاهرية و لا نستطيع اخفاء عدم المساواة الواقعية فيما بين المتعاقدين ، فالمساواة لا تتحقق بينهم إلا اذا كانوا على درجة واحدة من المعرفة والدراية فمن الصعوبة ان نجد هذه الحالة تتحقق وذلك بسبب التنوع الهائل في الخدمات التي يقدم عليها المستهلك فمعرفته لا تكون وافيه بماهية هذه الخدمة نظراً لما تتصف به من تعقد في التركيب ونلاحظ هذا التباين ليس فقط في علاقة المستهلك العادي بالمهني وانما قد يشمل هذا التباين الشخص المحترف والتي تكون خبرته اقل من خبرة المهني فقد يكون هذا المحترف جاهلاً للاستعمال الدقيق للخدمات التي يوفرها له المهني[١٠] والسبب في اطلاق لفظ المستهلك على السائح لان هذا الاخير لا يبرم التصرف القانوني إلا من اجل الحصول على خدمة لسد حاجته الشخصية لا من اجل تحقيق حاجته المهنية.

وعلى الرغم من قلة الاهمية التي اضيفت على هذا الرأي إلا ان التطورات الحاصلة في المجالات العلمية والتقنية تصبغ الاضرار الناجمة عن النشاطات الانسانية التي تصدر من المكاتب السياحية بصبغة فنية فمن الصعوبة ان يقوم شخص غير متخصص او محترف بتلافي وقوعها فعندما نرجع الى المهن والحرف قديما نلاحظ انها تتسم بطابع من البساطة ولكن تحت التطورات العصرية نرى عجز المتعاقد في المطالبة بحقة اثناء ممارسة خيارات تحقيق السلامة الجسدية فهذا الحق قد انتقل الى الطرف المتعاقد الاخر ليقوم هذا الاخير بالسعي لتحقيق هذا الالتزام(١١).

فعندما وقع عبء الالتزام على عاتق المدين فهذا الانتقال الذي حصل ادى الى حدوث اخلال في التوازن العقدي فالقول بانتقال حق المتعاقد في ممارسة خيارات السلامة الجسدية الى المدين هذا ما ادى الى اخلال بالتوازن العقدي في العلاقة بين كل من الدائن والمدين فيجب البحث عن طريقة معينة من اجل ايجاد حل بإعادة التوازن ولكن السؤال يكمن هنا كيف يتم معالجة هذا الاختلال، وللإجابة عن هذ التساؤل ظهر رأي بالقول انه لما كان الاختلال بالتوازن في العلاقة العقدية يؤدي الى تحميل المدين فوق طاقته من خلال اتخاذه الاجراءات الكفيلة التي تمنع وقوع الحادث الضار من خلال توقعه بوجود خطر يهدد او يمس أمن وسلامة المتعاقد الاخر فهنا نلاحظ ان الحماية التي تحقق سلامة الدائن تكمن باتخاذ المدين اضافة الى السيطرة الفعلية على جميع مراحل الرحلة السياحية ان يتخذ خطوة مزدوجة اي معنى هذا ان على المدين بوصفة محترف ان يتوقع الضرر الذي يصيب الدائن وان يمنع وقوعه او التصرف بالتقليل منه(١٢)، فإعادة التوازن تفرض التزامات على الطرف الاخر تزيد من التزامات المدين بمجرد توقع الضرر على الطرف الاخر.

فالقول بوجود مدين متخصص لا يعني ان التزامه يكون تجاه دائن واحد بضمان السلامة وانما تجاه العديد من الدائنين لكونه شخص محترف ولديه خبرة بمجال عمله وهذا ما يجعل صعوبة وفائه بجميع هذه الالتزامات فكثرة الالتزامات يصبح تحقيقها امر

مستحيل فيفقد هذا الالتزام بضمان السلامة قيمته من جهة والغاية التي يسعى الى تحقيقها وهي اصلاح او جبر الضرر الذي يلحق بالسائح من جهة اخرى[١٣].

لاحظنا من خلال كلامنا عن هذه النظرية ان سبب نشوء الالتزام وفق رأي هذا الاتجاه هو فقدان السائح لحقه في ممارسة خيارات سلامته الجسدية ومن ثم انتقال هذا الحق للطرف المتعاقد الاخر ولكن هذا الاختلال في التوازن العقدي قد يخلق حالة من القلق اضافة الى حدوث بعض الاضطرابات في العلاقات العقدية ،اي بمعنى التزام المدين بتعويض السائح عما لحقة من ضرر في اي مرحلة من مراحل الرحلة السياحية فان هذا سيقود ايضا الى حالة من الاخلال بالتوازن المفترض في العلاقات بين الافراد من ناحية ذلك المدين وكان من اللازم ان تقوم فكرة التأمين من المسؤولية[١٤].

نخلص اخيرا بالقول ان ما جاء في هذه النظرية من اراء وجعلها كأساس للالتزام بضمان السلامة قول غير دقيق وخاصةً بعد ما اسلمنا ان امر الحفاظ على السلامة الجسدية هو امر فطري تطلبه طبيعة الاستمرارية في الحياة فنلاحظ رسوخ هذا الامر في ضمائر البشر اضافة الى ذلك اعتبار المحافظة على السلامة من المبادئ القانونية ففكرة السلامة الجسدية شغلت فكر رجال القانون من اجل الوصول الى طرق معينة وادخالها في النظام القانوني السائد في المسؤولية المدنية فمن غير الممكن ان نتصور اقدام الشخص الى التعاقد مع غيره في عقود تمس سلامته الجسدية لا يعقل قبول مبدأ حرية الانسان في ممارسة نشاطاته المختلفة دون ان يكون ملزم بضمان سلامة الاخرين اذا اهمل بواجباته كعدم اتخاذه الحيطة والحذر او انه اتخذ تلك النشاطات ومارسها برعونة فاحدث ضرر بالدائن .

فالثقة التي يوليها الدائن الى المدين هي التي دفعته للتعاقد معه ولكن اعتماد الدائن كلياً على المدين سيفقده لحقه في ممارسة خيارات السلامة الجسدية وهذه الحالة تتحقق كثيرا بين المتعاقدين فمن النادر جدا ان يكون كل من الطرفين على قدم من المساواة المطلقة بعض الاحيان نجد ان الدائن لا يستطيع مناقشة اجراءات السلامة مما يجعله

هنا تحت السيطرة الكاملة للمدين، ولكن يستحيل ان نقبل ببقاء احد المتعاقدين ضعيفاً فاقداً لاتخاذ خياراته امام الشخص الاخر الذي يكون بمركز اقوى منه فبسبب احترافه في مجال عمله فيصعب على الطرف الضعيف ان يثبت خطئة باتخاذه اجراءات تهدد حياته باعتبار ان سلامة الجسد من الالتزامات الواجب احترامها[١٥].

فمن الصعوبة ان ندعي بأهمية هذه النظرية كإساس للالتزام لأنها لم تستطيع ان تضع اساس عام لكل لعقود التي تضمنت الالتزام بضمان السلامة فعندما اشارت هذه النظرية او اعتمدت على انتقال حق الدائن الى المدين بسبب فقدان المدين لخيارات السلامة فالسائح لو افترضنا انه نزل في الفندق من اجل الاقامة فيه اثناء مدة الرحلة السياحية فهل يعني انه سيفقد كل حقوقه بالعكس من ذلك نجد ان السائح يتمتع بقدر كبير من الحرية على الرغم من ممارسة صاحب الفندق لواجبه وهو الالتزام بضمان السلامة .

فيمكن ان نستنتج بأن ما يعاب على هذه النظرية غموضها من ناحية وعدم استيعابها لجميع حالات الالتزام بضمان السلامة اي انها نظرية غير شاملة وبالتالي صعوبة الاستناد عليها لتحديد اساس الالتزام بضمان السلامة.

المبحث الثاني

الأسس الحديثة للالتزام بضمان سلامة السائح

ان التطور الذي حدث في العصر الحديث وما نتج عنه من انفتاح الدول للعالم الخارجي وتطور وسائط النقل وتطور العلاقات التعاقدية التي يكون التمييز بينها ليس فقط على اساس محلها بل بناء على هدفها الاقتصادي وما ينتج عنه من تعاون واضح بين الاطراف هذا ما سمح بإضافة صفة الاستهلاك الى الافكار المدنية سواء للدائن ام للمدين وهذا ما ادى الى ظهور فكرة جديدة للالتزام التعاقدي الا ان هذه الفكرة لم تكتفِ فقط بحماية المستهلك وفق النظرية العامة للالتزام

وانما اقتضى الامر وضع نظام قانوني ذو صيغة قانونية مستقله والهدف من ذلك حماية المستهلك وهذا ما يعرف بقانون الاستهلاك[١٦].

فعلى الرغم من اعتبار السائح مستهلك وبالإمكان ان نطبق قانون الاستهلاك لحمايته إلا ان الفقه عبَر عن محاور تفكيره بمجموعة من الاسس استند عليها لتنظيم الالتزام بضمان السلامة فسعى الى خلق مجموعة من الاسس القانونية الحديثة لتصبح بمثابة قوانين واساسيات لعمليات تنظيم الالتزام بضمان السلامة والسبب الذي دعانا الى تقسيم هذه الاسس الى اسس حديثة يكمن باعتبار الفرد بمثابة متغير ثابت خاضع للحكم والسيطرة فكان من الضروري البحث عن اسس قانونية اكثر حماية اليه لا مجرد اراء تقليدية نبني عليها سلامته الجسدية وهذا ما سعى اليه الفقه بخلق مجموعة من الاسس القانونية الحديثة لتصبح بمثابة قوانين واساسيات لعمليات تنظيم الالتزام بضمان السلامة . وسيقسم هذا المبحث الى ثلاث مطالب، نتناول في المطلب الاول حسن النية، اما المطلب الثاني سنتطرق الى الثقة المشروعة، واخيراً نوضح في المطلب الثالث المستلزمات العقدية.

المطلب الاول

حسن النية

نظراً لأهمية هذا المبدأ في العقود السياحية على اعتبار ان العقد يشكل جسم واحد فكان من الضروري ان يحكمه حسن النية فنظمت اغلب التشريعات هذا المبدأ كالتزام يقع على عاتق الاطراف اثناء تنفيذهم للعقد ولكن المشرعين لم يهتموا بتحديد معناه تحديد دقيق، فكان على الفقه[١٧] ايجاد تعريف لهذا المبدأ وعلى الرغم من محاولاتهم الكثيرة للوصول الى تعريف موحد لمبدأ حسن النية الا انهم فشلوا في ذلك لكونه مبدأ معقد تشترك فيه النية و الإرادة لتكوين مضمونه ، فأتجه البعض [١٨]بالقول ان حسن النية ما هو الا أرادة مطاوعة القانون ويبدو من معناه انه يتضمن السعي في الفصل

بين القانون والاخلاق ولكن هذا القول نجده يتعارض مع المدلول الاخلاقي لحسن النية فمن المستحيل الفصل بين المدلول الاخلاقي والقانوني.[١٩]

والبعض من الفقه يرى بان حسن النية هو قصد الالتزام بالحدود التي يفرضها القانون فماذا يقصد بقصد الالتزام ولماذا لم يقال الالتزام بذاته لان الشخص قد يقصد احترام القانون ولكنه في الوقت ذاته قد يرتكب مخالفة اما بسبب جهله بحقائق موضوع العقد او انه لم يتخذ ما يلزم من الاحتياطات اللازمة ويعاب على هذا القول انه لا ينظر الى حسن النية من الجانب الذاتي فقط او بالمعايير المُشَكلة للسلوك في المجتمع وانما يتجسد هذا المبدأ من وجهه نظر موضوعية كاتخاذ الحرص واليقظة في العمل والتقيد بالسلوك المشروع[٢٠].

فالقانون لا ينظر الى صحة تصرفات الفرد او عدم صحتها بناء على اعتقاده فيها فيجب ان تكون هذه التصرفات مقبولة في نظر القانون وثم بعدها يمكن اعتبارها صحيحة فالعبرة اذاً ليس بما يظنه الفرد في تصرفاته فقد تكون صحيحه بنظره ولكنها لا تعتبر كذلك عند النظر اليها بمنظار الحقيقة الموضوعية المنبثقة من رأي القانون وضمير الجماعة[٢١].

اما السبب في اتخاذ حسن النية كإساس لهذا الالتزام في وجهة نظر الاخرين[٢٢] يكمن في الهدف الاساسي من هذا المبدأ وهو ضمان سلامة الرضا من العيوب وهذا يتحقق من خلال النزاهة والامانة التي يفرضها هذا المبدأ على احد الاطراف المتعاقدة وخصوصا الطرف المهني فيفرض عليه عدم اللجوء الى خداع وغش الطرف الضعيف بالعقد.

و بعبارة اوضح انه يلزمه بتقديم المعلومات الصحيحة والضرورية من اجل الوصول الى رضا مستنير ولكن هذا لا يعني ان يتقاعس الدائن في عدم بذل الجهد بالبحث عن صحة المعلومات الخاصة بالعقد المراد ابرامه لان الاصل هو ان يبذل كل طرف مقدم على التعاقد الجهد المتوقع منه وفق معيار الشخص المعتاد.

فلو افترضنا ان هذا الشخص كان مهمل في بذل الجهد او كان جهله بمعلومات العقد ليس لها مبرر فلا يتمكن هنا بالتمسك بقصور الطرف الاخر في امداده بهذه المعلومات لذلك يتطلب من الطرفين ان يتعاونا فيما بينهم من اجل الوصول الى افضل النتائج فشرف التعامل والامانة بدون اي غش او تدليس سيمكن المتعاقد الاخر من الحصول على مزايا هذا العقد(٢٣).

فالمكتب السياحي على اعتباره شخص مهني ومتخصص في مجال عمله فهو ملتزم بهذه الحالة بتوضيح موضوع العقد للطرف الاخر فمن خلال ادلاء المدين بكل البيانات والمعلومات الحقيقية عن موضوع العقد سيتمكن الدائن هنا من اتخاذ قراره اما بإتمام العقد او انه سيرفضه اذا لم يكن يتماشى مع متطلباته او الاتفاق على اتمامه بصورة اخرى وهذه تحقق اذا سمح المدين للدائن بمناقشته بموضوع العقد وشروطه ومن ثم التوصل الى اتفاق جديد فانعدام التوازن في العلم والمعرفة بين طرفي العقد يجبر المدين على توضيحه بشكل دقيق(٢٤).

وبما ان حسن النية كالتزام يفرض على عاتق المدين والدائن فالفقه(٢٥) تصور مبدأ حسن النية في مجال العقود على انه الاستقامة والنزاهة والاخلاص في تنفيذ احد الاطراف ما ألتزم به او هو النوايا الخالية من الصرامة ولكن هذه العبارات التي جاء بها الفقه يعيبها عدم الوضوح فاتسمت بعدم التحديد كونها اشارات الى الغاية من المقصود من حسن النية او الاثار التي تترتب على هذا المبدأ ولم تحدد المقصود به.

فمن الناحية العملية ان مبدأ حسن النية قد تأثر أو يؤثر بالالتزام بضمان السلامة الذي يتحمله الطرف المهني حيث يتسع مدى هذا الاخير ويتقلص تبعا لصفة الدائن فيما اذا كان مهني ام غير مهني وبالتبعية من حيث ما يتوافر له من العلم بخصوص موضوع العقد المرتقب(٢٦).

ولكن يثار التساؤل عن الاساس القانوني الذي اعتمده اصحاب هذا الاساس بترجيح حسن النية كإساس للالتزام بضمان السلامة.

فذهب الفقه[٢٧]بأن الالتزام بضمان السلامة انما يتأسس على وجوب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية وهذا ما اشارت الية الفقرة الاولى من المادة ١٥٠ في القانون المدني العراقي وتقابلها الفقرة الاولى من المادة ١٤٨ من القانون المدني المصري والمادة ١١٠٤ من القانون المدني الفرنسي [٢٨]

ولكن هذا الاتجاه لا يمكن الاعتماد عليه كإساس للالتزام بضمان السلامة وذلك لان مصطلح حسن النية لفظ شائع الاستعمال من ناحية ومن الصعوبة ان يكون له معنى محدد يؤخذ به في كل المواضع من ناحية اخرى لأنه معيار يحتاج بدوره الى معيار اخر له لتحديد هذا الالتزام وبسبب احتياجه الى معيار يسانده من اجل اعتباره كأساس للالتزام بضمان السلامة فأتجه الفقه الفرنسي من هذا المنطلق في البحث عن المعيار المفتقد لمبدأ حسن النية حتى يكون معه اساس منطقي يتجه اليه عند اخلال الملتزم المدين لالتزامه اثناء تقديمة الخدمة للطرف الاخر وهو الدائن .

المطلب الثاني

الثقة المشروعة

بعد ان انكر الفقه حسن النية كأساس للالتزام بضمان السلامة وتفضيلهم معيار الثقة على معيار حسنة النية فاتجهوا بالقول ان الثقة المشروعة ماهي الا شكل جديد للأمانة العقدية وايضا بديل للالتزامات القضائية الجديدة التي ارساها القضاء من خلال دوره العملي في تطوير مبادئ القانون الخاصة بالالتزامات العقدية واثرائه لمضمون المسؤولية المهنية واستجابة للواقع المتطور نحو اختصاصات فنية اكثر تعقيدا[٢٩] ظهرت الثقة كأساس لتلك الالتزامات، ويمكن تعريف الثقة المشروعة على انها الثقة التي تتولد بسبب طبيعة العقد او بسبب صفة في احد المتعاقدين.

فإذاً من الصعوبة ان نطلب من القانون بإعطاء مالا يستطيع لان القانون لا يكون المنشط لهذه الثقة المفقودة ولكن دور هذه الاخيرة يظهر عندما يقف القانون عند حدود معينة

فتأتي الثقة لتجديد حيوية القانون وعلى ضوء ذلك يرى الفقه ان القوة الالزامية للالتزام تكمن بالثقة من جانب الدائن المستفيد من الالتزام بسبب ثقته بنزاهة مركز الملتزم المدين[٣٠].

ولكن ظهور العديد من المهن في الوقت الحاضر ساعد المجتمع البشري باعتناق فكرة التخصص المهني من اجل تحقيق نوعية افضل واسهل من الخدمات المهنية الاكثر تخصصا وبذلك اصبح التخصص في المهن من اهم الخصائص التي يتسم بها المجتمع البشري ولذلك فأن بروز ظاهرة الاذعان عندما نتبنى فكرة التخصص المهني وذلك لان ممارسة المهنة قد ينتج عنها ظاهرة اذعان جديدة فسيكون طالب الخدمة هنا مجبور في اللجوء للمكاتب المتخصصة[٣١]وخاصة عندما نرى ان هذا الاذعان يفرضه القانون فسيجبر في هذه الحالة طالب الخدمة بالتقدم الى صاحب الفن المتخصص من اجل المطالبة بتحقيق خدمة معينة له[٣٢] فمثلا عندما يقوم المكتب السياحي بوضع الشروط الخاصة بالعقد السياحي ولا يقبل المناقشة فيها من قبل السائح فهنا يكون السائح خاضع اقتصادياً لهذا الطرف الاخير ولا يكون له الا ان يرفض او يقبل بالشروط التي وضعها الطرف القوي بدون اي مناقشة من قبل الطرف الضعيف.

فالشخص غير المتخصص لا يسعه في هذه الحالة الا ان يتقدم الى المهني على اعتباره شخص متخصص فيضع ثقته الكاملة فيه من اجل اشباع حاجته حتى وان لم يكن بينهما معرفة شخصية.

فما يجب ملاحظته هنا ان لجوء السائح للمكتب السياحي والاتفاق معه على الرحلة السياحية لا يكون اعتباطي فالثقة بالمكتب السياحي بوصفه محترف في مجال عمله ساعد السائح على اتخاذ قرار كان من المستحيل اتخاذه بنفسه بسبب عدم ادراكه بالواقع العملي اضافه الى ضعف خبرته في المجال السياحي وما ينشأ عنه من مخاطر وصعوبات ففكره التخصص المهني ستنشأ رابطة للثقة المشروعة[٣٣].

فالتساؤل الذي يطرح هنا ما مصدر نشوء رابطة الثقة بين المتعاقدين؟ فعندما نقول ان اساس هذا الالتزام هو الثقة المشروعة بين الطرفين فاذاً ما هو مصدرها حتى نحددها اساساً للالتزام بضمان سلامة السائح .

بما ان الاختلال المعرفي بين اطراف العلاقة العقدية هو الذي يفرض على الشخص غير المتخصص (السائح) اللجوء الى الشخص المهني (مكتب السفر والسياحة) من اجل توفير له الخدمات الآمنة والهادئة والمريحة التي يحتاجها في الرحلة السياحية وبهذا سيكون هذا الاخلال المعرفي هو مصدر لفكرة الثقة المشروعة لأنها بالأساس تقوم على ركنين اساسيين افتقار احد الاطراف المتعاقدة بمعرفه مضمون العقد هذا من ناحية ومن ناحية ثانية وضوح الثقة التي يبديها الطرف الاقل معرفة فنية تجاه الطرف صاحب المركز الاقوى في المعرفة والخبرة.[٣٤]

كما معروف في العقد السياحي بان السائح هو كالمستهلك بالنسبة للخدمات المقدمة اليه فالمحافظة على سلامته ستكون امانة بيد المهني (المكتب السياحي) فالالتزام الذي يقع على عاتق هذ الاخير سيكون احترام للثقة التي قدمها له السائح بسبب ضعف خبرته في المجال السياحي اضافة الى التخصص الفني الذي يتمتع به المكتب السياحي فمن اجل السعي بتحقيق هذا الالتزام يجب التزام المدين بإعطاء السائح معلومات كاملة عن البرنامج السياحي من حيث ماهي الواسطة المستعملة بالنقل وماهي الاماكن السياحية التي سيتم زيارتها اضافة الي ما هو الفندق الذي سيتم النزول به واي معلومات اخرى تمكن السائح من اتخاذ قراره[٣٥].

فنلاحظ توجه القضاء الفرنسي بتعزيز محتوى العقد السياحي بفكرة الثقة واتخاذها اساس للالتزام بضمان السلامة من اجل تحقيق الحماية الطرف غير المتخصص لان هذا القضاء عندما حاول اطلاق فكرة هذا الالتزام كان الهدف الرئيسي هو حماية السلامة الجسدية للشخص فمن يقوم بإدارة احواض السباحة او نوادي الفروسية لا يلتزم فقط بالأداء الرئيسِ الذي هو محل العقد الحقيقي وانما صار عليهم التزام اخر نحو

عملائهم وهو تأمين سلامتهم من المخاطر، فعرفت محكمة النقض الفرنسية الالتزام بضمان السلامة على انه التزام البائع المحترف بتسليم منتجاته خالية من كل عيب او قصور من شأنه تعريض الاشخاص والاموال للخطر وبالتالي قيام مسؤوليته عن ذلك في مواجهة من اكتسب حقا على المبيع(٣٦)

اما بالنسبة للمشرع العراقي فلم يأخذ بهذه الفكرة كإساس للالتزام وهذا يمكن ان نعزيه الى انعزاله عن التطورات التي شهدها القضاء الفرنسي فعلى الرغم من سيادة مبدأ التخصص في المهن في العراق وما ينتج عنه من الثقة المشروعة بين طالب الخدمة والمهني المتخصص .

الا ان عدم مواكبته للتطورات التي شهدتها القوانين الاخرى كان سبب افتقاره في الاخذ بهذه الفكرة كإساس للالتزام وكان من الاجدر الاخذ بها فمن خلال استقلال سلطة القاضي في اكمال نطاق العقد التي منحت له بموجب الفقرة الثانية من المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي تم تبني اساس اخر للالتزام بضمان السلامة وهو ما يعرف بمستلزمات العقد.

المطلب الثالث

مستلزمات العقد

اعتبر جانب من الفقه ان الالتزام بضمان السلامة هو من المستلزمات العقدية ويبرر قولهم على اساس ان الاصل في انعقاد العقد ان يتفق الطرفان على المسائل الجوهرية من اجل تحديد ماهيته لا ينعقد العقد بدونها(٣٧)، فتساءل الفقه عن المعيار المستخدم لتميز المسائل الجوهرية عن المسائل الثانوية وهل يعتبر الالتزام بضمان السلامة من قبيل الالتزامات الجوهرية ، فكان المعيار الموضوعي هو الارجح في هذا التمييز بقولهم ان المسائل الجوهرية في العقود المسماة هي المحال التي ترد عليها الالتزامات المحققة لهدفها الاقتصادي كعقد البيع الذي يكون من قبيل المسائل الجوهرية هو المبيع والثمن

ويجب الاتفاق عليها حتى ينعقد العقد[٣٨]، ويقصد بالمعيار الموضوعي هو معيار الشخص المعتاد، اي (الشخص الذي يضع في نفس الظروف يعطي نفس المعطيات) فعلى سبيل المثال عدم قيام المرشد السياحي في السفرة بإرشاد السائحين على الطريق الصحيح مما ادى الى ضياعهم في المدينة وافسد عليهم متعتهم.

ولكن الصعوبة في تطبيق المعيار الموضوعي يظهر في العقود غير المسماة حيث انها لا تخضع لتنظيم تشريعي بسبب ارتباطها بتطور الحياة الاقتصادية فيلجأ المتعاقدان في صياغه عقودهم الى مبدأ الحرية التعاقدية والغرض من هذا تلبية حاجاتهم العملية ولحل هذه المسألة كان لابد من تحديد المسائل الجوهرية من خلال ما تبينه القواعد القانونية العامة او من خلال الرجوع الى الاهداف الاقتصادية التي قصد المتعاقدان تحقيقها ولكن لا يكفي الاعتماد على المعيار الموضوعي لبيان المسائل الجوهرية وتفريقها عن المسائل الثانوية لان بعض الفقه[٣٩] أشار الى اهميه المعيار الشخصي الى جانب المعيار الموضوعي في التفرقة بين المسائل الثانوية عن الجوهرية لان المعيار الشخصي سيقدم تفسير واضح ودقيق لحالة عدم انعقاد العقد وعدم الاتفاق عن المسائل الثانوية بحسب المعيار الموضوعي .ويقصد بالمعيار الشخصي هو المعيار الذي يخص ظروف وامر شخص معين بالذات ولا تنطبق هذه الظروف على شخص اخر، فبالإمكان ان تتحول المسائل الثانوية الى مسائل جوهرية وبطريقة ارادية من خلال تمسك احد الاطراف بها وان لم يقبل الطرف الاخر ففي هذه الحالة سيتم تأخير ابرام العقد فيما بينهم حتى يتفقوا على هذه الامور وبعدها لا ينعقد قبل وجود اتفاق عليها.

فالتساؤل الذي يطرح هنا هل للقاضي حرية مطلقة في تحديد ما يعد من مستلزمات العقد ام هناك قيود يتقيد فيها القاضي فتلزمه في الاستعانة بها من اجل تحديد الالتزامات الداخلة ضمن دائرة مستلزمات العقد، وهذا ما لاحظناه عن الرجوع الى نص المادة(٢/١٥٠) من القانون المدني العراقي[٤٠] حيث بين مشرعنا في الفقرة الاولى المعيار المستخدم لتحديد طبيعة الالتزام هو معيار

ذاتي فأشترط ان يتفق تنفيذ العقد بما يوجبه حسن النية اي يستلزم هنا الرجوع الى السلوك الشخصي للمدين حتى نعرف هل كان حسن النية ام لا.

اما الفقرة الثانية من المادة نفسها فكان مضمونها يشير ان العقد لا يقتصر على ما ورد فيه بل ينصرف الى مستلزماته وفقا للعرف والعدالة والقانون وهذا ما قيد المعيار الذاتي في الفقرة الاولى بمجموعة من الضوابط الموضوعية، فأدت النتيجة الى تحقيق توازن بين المعيارين الشخصي والموضوعي فاصبح تنفيذ العقد بما يستوجب حسن النية وفق معيار ذاتي اما الفقرة الثانية فجعلت تحديد نطاق العقد وفق معايير موضوعية تمنع القاضي من تحكمه في تحديد ما هو من مستلزمات العقد[٤١]اضافة الى ذلك تحكم القاضي في مضمون العقد امر مستبعد لأنه عندما يضيف التزام سيضيفه من خلال استناده الى فكرة طبيعة الالتزام ويجعله متوائم مع طبيعة العقد وبما اننا بينا طبيعة الالتزام بضمان السلامة فهل يصح هنا ان نربط بين طبيعة الالتزام والمستلزمات العقدية؟، ان المشرع العراقي اشترط وفق المادة (٢/١٥٠) ان يكون كل من العرف والعدالة متوائمات مع طبيعة الالتزام الاصلي للعقد فحتى يكون اجتهاد القاضي صحيحاً عليه البقاء في دائرة طبيعة الالتزام ولا يخرج عنها[٤٢].

وهذا يعني ان مستلزمات العقد ما هي الا التزامات ثانوية فيكمن الهدف منها تأكيد العقد او تكمل حكمه فالقانون يساهم المشرع من خلاله الى اكمال التنظيم الإرادي للعقد بما يضعه من قواعد امرة او قواعد مفسرة لان القاضي يجب ان يراعي قبل وضع هذا الالتزام الوضع الاجتماعي من اجل تحقيق المصالح المتعارضة فأفضل تطبيق لهذه السلطة تفعيل العقد اي تنظيم الجوانب المختلفة لتكملة اتفاق الطرفين ومن اجل توفير حماية للطرف الضعيف عندما يكون المتعاقد في مركز اقوى منه وخاصة عندما لا تتوفر لديه الدراية الكافية بالمسائل القانونية [٤٣].

اما العرف فله دور اصلي و كبير في سد النقص في التشريع او دور تابع لقواعد القانون المدني حينما يعاونها في ضبط المعايير المرنة وقد يقدر القاضي اضافة ان مثل هكذا التزام تقتضي به العدالة لتحقيق التوازن في العلاقات الاجتماعية فيتم القاء هذا الالتزام على عاتق المدين من اجل مصلحة الدائن ولكن عندما نقول ان هذا الالتزام يدخل في نطاق العقد وعده من مستلزماته فهل هذا يعني ان المشرع قد اعطى

للقاضي سلطة في تكوين العقد؟ وعند الاجابة بالإيجاب عن هذا التساؤل فهل سنخالف الاصول العامة والتي تقتصر على دور القاضي الذي يكمن في تفسير العقد؟[٤٤] فبموجب المادة (٢/١٥٠) من قانوننا العراقي بأن القاضي لا يساهم في صنع العقد بل يسعى الى تكملته لأن تدخله لا يكون سابق على انعقاد العقد وانما لاحقاً لانعقاده[٤٥] وبعد مراجعة القانون المدني بإمعان يتضح ان نص المادة (٢/٨٦)[٤٦]ايضاً ربطت بين مستلزمات العقد وطبيعة الالتزام ولكن هذا لا يعني ان دور القاضي في اكمال نطاق العقد سيتغير وان كانت هذه المادة تقضي بعدم اكمال العقد الا اذا اتفق الطرفان على جميع المسائل سواء كانت جوهرية ام ثانوية لان النتيجة هي واحدة سواء في المادة (٢/١٥٠) أو في المادة (٢/٨٦) وهي السماح للقاضي في اضافة التزام جديد لكن المشرع العراقي في المادة الاخيرة جعل فيها المستلزمات العقدية على قدم المساواة وكان من الافضل ان يجعل كل من طبيعة الموضوع واحكام القانون والعدالة والعرف مرتبطة مع طبيعة الالتزام[٤٧]وعلى اساس ذلك يمكن ان نقول بأن مستلزمات العقد ماهي الا مجموعة من الالتزامات التبعية تلازم العقد بمجرد انعقاده صحيحا وتترتب عليه وبغض النظر عن ارادة المتعاقدين وهذا يرجع الى ان الاثر الاصلي للعقد لا يتحقق بدونها.

فالمدين (مكاتب السفر والسياحة) سيلزم بتوفير السلامة البدنية للسائح على الرغم من اعتبار العقد ناشئ عن توافق الارادات إلا ان القضاء قد رتب عليه التزام جبري وهو تدخل القاضي من اجل اضافة التزام جديد لم يكن اصلاً في ذهن المتعاقدين فهنا سيسعى القضاء والقانون الى استخلاص مثل هكذا التزام من اتفاق الطرفين وفق ما يستجيب التوازن القانوني وروح العدالة لان مثل هكذا عقد لا يستطيع الافراد ان يصنعوا القانون التعاقدي بسبب وجود سلطة اعلى تراقب مدى استعمالهم للقانون التعاقدي.

وواضح مما تقدم إن الالتزامات التي يدرجها القضاء بقوة في بعض العقود ليس اساسها التراضي، بل سلطة القاضي. فالسلطات العامة هي التي تخلقها في كل جزء من

اجزائها وبقدر ما ينشئ القضاء من التزامات جديدة يتراجع مبدأ سلطان الأرادة امام مبدأ الإجبار. والقضاء اذ يلزم امين نقل الأشخاص بتوفير السلامة البدنية للمسافر انما يتبع مذهب التدخل فيرتب على العقد الذي هو عمل من اعمال الارادة الفردية التزاماً جبرياً وهذا هو الذي قد لم يكن في ذهن المتعاقدين وقت التعاقد.

بعد عرض النظريات التي قيلت حول الأساس القانوني للالتزام بضمان سلامة السائح، فأننا نتبنى الاتجاه الذي يرى أساسه هو مستلزمات العقد، كون التزام مكاتب السياحة والسفر بضمان سلامة السائح، تقتضيه طبيعة العقد، فمن غير المنطق أن تثرى مكاتب السياحة والسفر في تعاقدها مع السائحين، وتهمل جانب السلامة الجسدية لهم، وترجعهم جثث هامدة أو مصابين بكسور دون أن تضع سلامتهم الجسدية محل اهتمامها، أثناء تنفيذها للعقد، كما وأن معيار مستلزمات العقد يعطي للقاضي ميزة ايجاد هذا الالتزام، ضمن نطاق العقد، سواء بالاستناد الى طبيعة العقد او القانون او العرف او مبادئ العدالة.

الخاتمة

في ختام بحثنامن دراسة موضوع أساس القانوني للالتزام بضمان سلامة السائح توصلنا الى جملة من الاستنتاجات والمقترحات وهي كما يلي.

اولاً: الاستنتاجات

١. ان الالتزام بضمان سلامة السائح هو من الالتزامات التي دعت إلى المناداة به مقتضيات الحياة المعاصرة مما ادخلها عليه التقدم الصناعي الكبير من تنوع خدمات السياحة وزيادة تعرض المستهلكين لأضرار كثيرة نتيجة قلة المعلومات المتوفرة لديهم حول النشاط السياحي.
٢. لماذا لم يضع المشرع العراقي أساس لهذا الالتزام في قانون خاص وذلك لانعقد السياحة عقد غير مسمى.

٣. أن الالتزام بضمان سلامة السائح يقوم على نظرية المستلزمات العقدية المنصوص عليها في المادة ٢/١٥٠ من القانون المدني العراقي.

ثانياً: المقترحات

١. اهتمام المشرع العراقيبالجانب السياحي والترفيهي من خلال دعم المشاريع المتعلقة بالموضوع فذلك يطور الجانب السياحي أذا علمنا ان ميزانيات دول تعتمد على السياحة باعتبارها مصدراً مهماً.

٢. نوصي المشرع ينظم أساس الالتزام بضمان سلامة السائح من خلال قانون تنظيم شركات ومكاتب ووكالات السفر والسياحة العراقي فيتضمن بين ثنايا مواده، مادة قانونية تنص عن الاساس المتبع في المحافظة على سلامة السائح.

الهوامش

[١] يقابل هذا النص في القوانين المقارنة . المادة ٢/١٤٨ من القانون المدني المصري والتي تنص على ان (العقد لا يقتصر على الزام المتعاقد بما ورد فيه . ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام) والمادة ١١٩٤ من القانون المدني الفرنسي بحسب تعديل عام ٢٠١٦

[٢] د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الاول – مصادر الالتزام، دار النهضة العربية – القاهرة، ١٩٨١، ص٣٧٤

[٣]جليل حسن بشان ، مسؤولية المعلم المدنية ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون جامعة بغداد ١٩٩٧ ، ص١٧٥

[٤]د. محمد جمال عطيه ، مفهوم العقد (دراسة مقارنة بين الفكر القانوني الغربي والفقه الاسلامي)، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩، ص ٣١ – ٣٢.

[٥]جليل حسن بشان ، مصدر سابق ، ص١٥٨

[٦] د. محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسؤولية المدنية ، ج١ ، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨، ص٢٢٨ وما بعدها

[٧]د. محمد جمال عطية ، مصدر سابق ،ص٣٢ وما بعدها

[٨] عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، ج١ ، في انعقاد العقد (اركان العقد) ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، ١٩٦٧، ص ٨٣

[٩]عليمطشر عبد الصاحب علي، الالتزام بضمان سلامة الأشخاص في تنفيذ العقود ، اطروحة مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٧، ص ١٠٣

[١٠] د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي ، نطاق العقد ، مصدر سابق ، ص٩٣ وما بعدها

[١٢] د.احمد السعيد الزقرد، عقد الرحلة دراسة في التزامات ومسؤولية وكالات السياحة والسفر، المكتبة العصرية، دون سنة النشر

[١٢]د. عايد فايد ، الالتزام بضمان السلامة في العقود السياحية في ضوء حماية المستهلك ، مصدر سابق ، ص١٧

[١٣]محمود التلتي، النظرية العامة للالتزام بضمان سلامة الأشخاص، بدون دار ومكان نشر، ١٩٨٩، ص٢٠٩

[١٤]سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود ، ط١ ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٠، ص١٠٦

[١٥]د. محمد ابراهيم الدسوقي، تعويض الوفاة والاصابة الناتجة عن حوادث السيارات، دون دار ومكان للنشر، ٢٠٠٦، ص١٤

[١٦]د. السيد محمد السيد عمران ، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية ، ١٩٨٨، ص٥-٦ .

[١٧]د. حمدي عبد الرحمن ، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات ، الكتاب الاول ، المصادر الارادية للالتزام، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩، ص١٠٥

[١٨]عدنان ابراهيم سرحان ، الاوضاع الظاهرة ومدى حمايتها في القانون العراقي والمقارن ، رسالة ماجستير ، مقدمة الى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ، ص٨٠_٨١

[١٩]د. شيرزاد عزيز سليمان ، حسن النية في ابرام العقود ، ط١ ، منشورات دار دجلة ، ٢٠٠٨، ص١٢٧

[٢٠]د. محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٧،ص٣٤

[٢١] د. عبد المنعم موسى ابراهيم ، حسن النية في العقود دراسة مقارنه ، منشورات زين الحقوقية ، دون سنة النشر، ص ١٢٢

[٢٢]محمد عويز حسوني ، مبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية، رسالة ماجستير ، مقدمة الى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد. ٢٠١٨.

[٢٣] د. سلام عبد الزهرة ، نطاق العقد ، مصدر سابق ، ص١٧٥_١٧٦

[٢٤] أمل كاظم سعود، الالتزام بالتعاون في العقود، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة النهرين، ٢٠٠٧، ص٥٦.

[٢٥]د. عبد القادر الفار ، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني ، دار الثقافة للنشر ، عمان ، ٢٠٠٥ ، ص١٢١.

[٢٦]د. معتز نزيه الصادق المهدي ، المتعاقد المحترف ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٩ ،ص٥٨_٥٦

[٢٧]د. علي سيد حسن ، طبيعة ونطاق مسؤولية البائع عن الاضرار التي تصيب راغب الشراء ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٥ ، ص١٠٥

[٢٨]حيث نصت المادة ١/١٤٨ من القانون المدني المصري (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية) وتقابلها المادة ١١٠٤ من القانون الفرنسي والتي نصت على (يجب التفاوض على العقود وابرامها وتنفيذها بحسن نية ويعتبر هذا الحكم من النظام العام)

[٢٩]د . سلام عبد الزهرة الفتلاوي ، نطاق العقد ، مصدر سابق ، ١٠٧

[٣٠]د. احمد عبد التواب بهجت ، الالتزام بالنصيحة في نطاق التشييد ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ص٢١٤

[٣١]د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي ، نطاق العقد ، مصدر سابق ، ص١٠٧

[٣٢]المصدر السابق نفسه ، ص١٠٧-١٠٨

[٣٣]د. احمد عبد التواب بهجت ، الالتزام بالنصيحة في نطاق التشييد ، مصدر سابق، ص ٢٢٧

[٣٤]د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي ، نطاق العقد ، مصدر سابق ، ص١٠٨

[٣٥]د. جمال عبد الرحمن محمد علي ، العقد السياحي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣، ص١٢٠

[٣٦]انظر قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٩٩٥/١/١٧ منشور في

RecueilDallaz , Armand Dalloz , 1997 .p.348.

[٣٧]د. مصطفى الجمال، السعي الى التعاقد، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية -بيروت، ٢٠٠٢، ص١٢٦.

[٣٨]د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي ، نطاق العقد ، مصدر سابق، ص٤١

[٣٩]جاك غستان، المطول في القانون المدني (تكوين العقد) ترجمة منصور القاضي ومراجعة د. فيصل كلثوم، ط١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع – بيروت، ٢٠٠٠، ص٣١٩ومابعدها.

[٤٠]. نصت المادة ١٥٠ من القانون المدني العراقي ١_ يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقه تتفق مع ما يوجبه حسن النية . ٢_ ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول ايضا ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة . بحسب طبيعة الالتزام

[٤١]. د. نزيه محمد الصادق المهدي، النظرية العامة للالتزام، ج١، مصادر الالتزام، دون مكان نشر، ٢٠٠٤، ص٢٣٢ومابعدها.

[٤٢]بالرجوع الى القوانين المقارنة نجد ان المادة ٢/١٤٨ من القانون المدني المصري نصت على (لا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول ايضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام)

اما القانون الفرنسي قد اشارت المادة ١١٩٤ على (لا تلتزم العقود بما هو منصوص عليه فيها فقط بل ايضا بجميع ما يعتبر من توابعها وفقا للعدالة والعرف والقانون)

[٤٣]. د. احمد حشمت ابو ستيت ، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد ، الجزء الاول ، مصادر الالتزام ، ط٢، القاهرة ، ١٩٥٤ ، ص٣١٣

[٤٤]. د.عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، الاثبات-اثار الالتزام ، ج٢، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، ٢٠٠٠، ص٢٧٨

[٤٥]. د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، ج١، الالتزامات، ١٩٥٤، دون مكان نشر، ص١٢٠.

[٤٦].وتنص (م٢/٨٦) من القانون المدني العراقي على انه: ((واذا أتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم، واذا قام خلاف على المسائل التي لميتم الاتفاق عليها فان المحكمة تقضي فيه طبقاً لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة)).

[٤٧]. د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي ، نطاق العقد ، مصدر سابق ، ص٨٠_٨١

المصادر

اولاً: الكتب

١. احمد السعيد الزقرد، عقد الرحلة دراسة في التزامات ومسؤولية وكالات السياحة والسفر، المكتبة العصرية، دون سنة النشر.

٢. احمد حشمت ابو ستيت ، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد ، الجزء الاول ، مصادر الالتزام ، ط٢، القاهرة ، ١٩٥٤.

٣. احمد عبد التواب بهجت ، الالتزام بالنصيحة في نطاق التشييد ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة.

٤. جاك غستان، المطول في القانون المدني (تكوين العقد) ترجمة منصور القاضي ومراجعة د. فيصل كلثوم، ط١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع – بيروت.

٥. جمال عبد الرحمن محمد علي ، العقد السياحي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣.

٦. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الاول – مصادر الالتزام، دار النهضة العربية – القاهرة، ١٩٨١.

٧. حمدي عبد الرحمن ، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات ، الكتاب الاول ، المصادر الارادية للالتزام، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩.

٨. سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود ، ط١ ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٠.

٩. سيد محمد السيد عمران ، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية ، ١٩٨٨.

١٠. شيرزاد عزيز سليمان ، حسن النية في ابرام العقود ، ط١ ، منشورات دار دجلة ، ٢٠٠٨

١١.عايد فايد عبد الفتاح فايد ، الالتزام بضمان السلامة في العقود السياحة في ضوء قواعد حماية المستهلك . دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦.

١٢.عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، الاثبات–اثار الالتزام ، ج٢، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، ٢٠٠٠.

١٣. عبد القادر الفار ، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني ، دار الثقافة للنشر ، عمان ، ٢٠٠٥ ، ص١٢١.

١٤.عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، ج١ ، في انعقاد العقد (اركان العقد) ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، ١٩٦٧.

١٥.عبد المنعم موسى ابراهيم ، حسن النية في العقود دراسة مقارنه ، منشورات زين الحقوقية ، دون سنة النشر،

١٦. علي سيد حسن ، طبيعة ونطاق مسؤولية البائع عن الاضرار التي تصيب راغب الشراء ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٥

١٧.محمد ابراهيم الدسوقي، تعويض الوفاة والاصابة الناتجة عن حوادث السيارات، دون دار ومكان للنشر، ٢٠٠٦.

١٨. محمد جمال عطيه ، مفهوم العقد (دراسة مقارنة بين الفكر القانوني الغربي والفقه الاسلامي)، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٠

١٩.محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٧

٢٠. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، ج١، الالتزامات، ١٩٥٤، دون مكان نشر.

٢١.محمود التلتي، النظرية العامة للالتزام بضمان سلامة الأشخاص، بدون دار ومكان نشر، ١٩٨٩.

٢٢.محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسؤولية المدنية ، ج١ ، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨.

٢٣. مصطفى الجمال، السعي الى التعاقد، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية –بيروت، ٢٠٠٢.

٢٤. معتز نزيه الصادق المهدي ، المتعاقد المحترف ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٩

ثانياً: الرسائل والاطاريح الجامعية

١. أمل كاظم سعود ، الالتزام بالتعاون في العقود، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة النهرين، ٢٠٠٧

٢. جليل حسن بشان ، مسؤولية المعلم المدنية ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون جامعة بغداد ١٩٩٧

٣. سلام عبد الزهرة الفتلاوي . نطاق العقد دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه ، مقدمة الى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٦

٤. عدنان ابراهيم سرحان ، الاوضاع الظاهرة ومدى حمايتها في القانون العراقي والمقارن ، رسالة ماجستير ، مقدمة الى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد .

٥. علي مطشر عبد الصاحب علي، الالتزام بضمان سلامة الأشخاص في تنفيذ العقود ، اطروحة مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٧.

٦. محمد عويز حسوني ، مبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية، رسالة ماجستير ، مقدمة الى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد.

ثالثا: البحوث القانونية

١. أكرم محمود حسين ، أساس مسؤولية المنتج المدنية ، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون العراقي ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، تصدرها كلية القانون في جامعة الموصل ، العدد السادس ،١٩٩٩.

٢. جاسم طارش العقابي ، الحسبة ودورها في حماية المستهلك ، بحث منشور في مجلة حماية المستهلك ، مركز بحوث السوق وحماية المستهلك ، جامعة بغداد ، العدد الثاني ، ٢٠٠١

رابعاً: القوانين والتعليمات

العراق

١. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١
٢. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩
٣. قانون النقل العراقي النافذ رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣
٤. قانون تنظيم شركات ومكاتب ووكالات السفر والسياحة رقم ٤٩ لسنة ١٩٨٣
٥. تعليمات تنفيذ قانون تنظيم شركات ومكاتب السفر والسياحة رقم ٤ لسنة ١٩٩١ منشورة في الوقائع العراقية ٣٣٧١ في ١٩٩١/٩/١٦

مصر

١. القانونالمدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨
٢. القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠٠٦
٣. قانون تنظيم شركات السياحة والسفر رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٧، المعدل
٤. تعديل قانون تنظيم شركات السياحة والسفر رقم ١٢٥ لسنة ٢٠٠٨

Abstract

The contract of tourism is defined as an agreement between the tourist and the tourism and travel agency. The latter is obliged to provide a service or several services for a price charged by the tourist. The contract, like other contracts, entails several obligations borne by the travel agency and the tourist. Agency, and is intended to be committed to travel and travel agency to maintain the safety of the tourist. A condition is stipulated, mainly, that there is a threat to the safety of a contractor, that the maintenance of the safety of a contractor is entrusted to the other contractor and finally that the debtor is professionally committed. This obligation derives from the existence of the contract which was the source of its inception and derives its existence from the requirements of the contract such as law, custom and justice.

Al thought there is no legal text indicating the commitment to ensure safety in some contracts, such as the tourist contract that is the subject of our research, but jurisprudence has settled to the existence of this commitment in these contracts based on the existence of evidence that the debtor was aware of the occurrence of these risks during the tourist trip or was it is necessary to expect it to happen in order not to cause harm to the creditors, but is this enough for the obligation to ensure safety to be established? On what basis is the jurisprudence Club its existence, this dispute arose on the basis of this commitment, so many opinions emerged on this subject in order to reach in finding a solution, but laying the basis for this commitment did not it was not an easy thing if the debtor knowledge of the risks is subject to proving the opposite, or if it is not capable of proving it by reverse evidence, the question remains here regarding the approved basis and what is the relationship of the text of the article (2/150) of the Iraqi law – which stipulated that ; (the contract is not limited to the contracting commitment to what it is mentioned in it, but it also deals with its requirements according to the law and custom according to the nature of the obligation) – the subject of determining the obligation to ensure the safety of the tourist.

The Legal Basis for the Obligation to Ensure the Safety of the Tourist

A.P.Dr Hadi Hussien Al-Kaaby

University of Babylon/College of Law

Balsam Mohammed talib

University of Babylon/College of Law