الحلول القانونية للإشكاليات الناجمة عن حجز الغرفة في السفرة السياحية

Legal Solutions to the Problems Arising from Room Booking in Tourist Trips

ألاستاذ ام كلثوم صبيح محمد
كلية القانون / الجامعة المستنصرية

الملخص

انتشرت السفرات السياحية في واقعنا المعاصر وتعددت انواعها نتيجة تطور وسائل النقل والمواصلات فضلا عما نراه من تقدم تقني وتكنولوجي شمل جميع مجالات الحياة ؛ ولعل حجز الغرفة اثناء السفرة السياحية يمثل حجر الزاوية لضمان راحة السائح ، الا ان الامر لايخلو من ظهور اشكاليات تتعلق بهذا الحجز ونوع الغرفة ومدى توفيرها لرغبات السائح الامر الذي يستدعي خضوعها لقواعد القانون لازالة اية مشكلة قد تظهر ، ولا يثير الامر اية صعوبة اذا كانت السفرة داخلية وكان جميع اطراف العلاقة من العراقيين اذ يطبق القانون العراقي عندئذ الا ان الاشكاليات تظهر اذا كانت السفرة السياحية تتسم بالصفة الدولية لكون احد اطرافها اجنبيا او تتم في حدود دولة او مجموعة دول اخرى حينها يثور التساؤل حول القانون الذي سيحكم تلك الاشكاليات وهذا ما حاولنا تحديده خلال صفحات هذا البحث الذي قسمناه الى مبحثين وضحنا في الاول التعريف بالسفرة السياحية وحجز الغرفة وبينا طبيعتهما القانونية واهم الآثار المترتبة على العقد الذي تمتا بناء عليه اما المبحث الثاني فخصصناه لبيان القانون الواجب التطبيق على المسؤولية المدنية الناجمة عن اشكاليات حجز الغرفة الفندقية في السفرة السياحية .

كلمات مفتاحية : حلول قانونية –مشاكل واقعية – حجز غرفة – سفرة سياحية

Abstract

Tourist trips have become very common and their types have become varied in our modern reality due to the development of means of transportation and communications in addition to the technical and technological advancements in all fields of life. Booking a room during a tourist trip may be the cornerstone of insuring a traveler's comfort. However, there are some problems associated with booking a room for a trip, the type of the room, and the service that these rooms may provide to

satisfy the traveler's needs. This requires compliance with the rules of laws to avoid any obstacles that may occur. In cases of trips within the same region and when all travelers are of Iraqi nationality, such problems will not arise with the Iraqi law implemented. Obstacles, however, may occur in international trips; with one of its parties is a foreign one or when the trip takes place within the borders of another country or group of countries. Then the question will be about the laws governing such obstacles. The aforementioned subject is what we are trying to explain within our research. This research is divided into two chapters, in the first chapter, we explained the tourist trip and the matter of booking a room in a legal point of view in addition to explaining the most important implications of the contract according to which it was made. As for the second chapter, it explains the applicable laws of the civil liability occurring due to the obstacles of booking a hotel room during a tourist trip.

Keywords: Legal Solutions – Realistic Obstacles – Booking a Room - Tourist Trip.

المقدمة

تمثل السفرات السياحية في حقيقتها انعكاسا للتطور في وسائل الاتصال والتنقل ، وتتعدد انواعها تبعا لاختلاف رغبات الافراد وغاياتهم منها فقد تكون لاغراض دينية او ترفيهية او صحية او علمية، وغالبا ماتتم هذه السفرات بابرام عقود تتميز بكونها عابرة للحدود في معظم صورها(سواء من حيث الاشخاص او الموضوع) الامر الذي يجعل مشكلة تنازع القوانين قابلة للظهور وما يرتبه ذلك من تبعات تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض ، ونظرا لطبيعة عقد السفرة السياحية المركب نتيجة احتوائه على مجموعة من التصرفات المترابطة التي تستلزم ابرام مجموعة من العقود كعقد النقل وعقد الفندقة وعقد العمل وعقد الوكالة فان العديد من الاشكاليات يمكن ان تظهر- ومنها ما يحصل في عقد حجز غرفة الفندق الممنوحة للسائح - فلابد ان يولي القائمون على الفندق والسياح انفسهم الاهتمام بالتقاليد والعادات الاجتماعية المتبعة فضلا عما يفرضه العقد في الاقامة داخل الفندق ومن ثم فقد تظهر بعض المشاكل؛اذ قد لا تلائم الغرفة رغبات السائح او لا توفر له الراحة التي يرتجيها اثناء سفرته او قد يتم تغيير الغرفة خلافا لرغبة السائح او الشركة السياحية كما قد يقوم السائح بعمل يؤثر سلبا على اثاث الغرفة او محتوياتها وهنا يطرح التساؤل حول القانون الواجب التطبيق لحل مثل هكذا اشكاليات ، ولايثير الامر اية صعوبة ان كانت السفرة داخلية وجميع اطراف عقد

السفرة من العراقيين . الا ان المشكلة تثور اذا كان عقد السفرة يضم في جوانبه عنصرا اجنبيا فهنا لابد من تحديد القانون الواجب التطبيق على هكذا نزاع.
وتبرز اهمية الموضوع في تسليط الضوء على المشاكل الناجمة عن حجز الغرفة الفندقية بغية ايجاد الضمانات القانونية اللازمة لحماية حقوق السائح والفندق على حد سواء نظرا لعدم وجود تنظيم خاص بذلك فضلا عن خصوصية السفرة السياحية بصفتها عقداً دولياً تجارياً من شانه ان يثير مشكلة تنازع القوانين وتحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات الناشئة عنها.وسنحاول توضيح الحلول القانونية للمشاكل الناجمة عن حجز الغرفة في مبحثين نخصص اولهما للتعريف بالسفرة السياحية بشكل عام وحجز الغرفة الفندقية بشكل خاص ،اما المبحث الثاني فنخصصه لبيان القانون الواجب التطبيق على الاشكاليات المترتبة على حجز الغرفة.

المبحث الاول : التعريف بالسفرة السياحية

بغية توضيح المقصود بالسفرة السياحية سنوضح تعريفها وخصائصها في المطلب الاول بينما نوضح في المطلب الثاني طبيعة عقد السفرة السياحية واثارها القانونية

المطلب الاول : ماهية السفرة السياحية

السفرة السياحية في حقيقتها عبارة عن اتفاق عقدي يتم بين وكالة السياحة وبين السائح ولم يورد المشرع العراقي تعريفاً لعقد السفرة السياحية لا في القانون المدني او التجاري ولا ضمن قانون خاص به ولذلك سنوضح تعريف السفرة السياحية استنادا لما اورده الفقهاء في الفرع الاول اما في الفرع الثاني فسنوضح اهم خصائص هذا العقد .

الفرع الاول : تعريف السفرة السياحية

السفرة السياحية في حقيقتها عقد يتم بين طرفين ويطلق عليها احيانا تسمية عقد الرحلة[١] ويقصد به بشكل عام (جميع النشاطات السياحية والاتفاقات بين السائح ووكالات السياحة) وغالبا ماتتميز الوكالة بعدها الطرف الأقوى في العقد الذي يضع الشروط الأساسية ويتولى تنظيم السفرات السياحية وليس أمام السائح سوى قبول أو رفض العقد ؛ الا ان الراجح تسميته بعقد الرحلة السياحية استناداً إلى كونه يعكس صورة العقد بشكل صحيح ويحدد مضمونه ونطاقه سواء أكانت هذه الرحلات فردية أم جماعية وسواء أكانت منظمة أم غير منظمة ولذلك عرف عقد السفرة السياحية بأنه" العقد الذي يلتزم بمقتضاه الوكيل السياحي بتمكين السائح من

---

[١] د. عبد الفضيل محمد احمد ، وكالات السفر والسياحة من الوجهة القانونية، المطبعة العربية الحديثة، مكتبة الجلاء الجديدة للنشر والتوزيع ،المنصورة ،١٩٩٢، ص٨٠.

الاستفادة مما يقدمه من خدمات سياحية لقاء اجر معلوم" [١]. وقيل بأنه " العقد الذي يبرم بين طرفين احدهما محترف (وكالة السياحة) والآخر غير محترف (السائح) يلتزم بمقتضاه الطرف الأول بتقديم خدمات سياحية لقاء مقابل من الطرف الثاني سواء أكان هنالك تنظيم مسبق من الوكالة أو بناءً على اقتراح العميل" [٢].

وهنالك من عرفه بأنه "العقد الذي يبرم بين طرفين احدهما مكتب السياحة والسفر، والثاني هو السائح ، وبموجبه يلتزم الطرف الأول بتقديم الخدمات التي التزم بها في برنامج الرحلة خلال المدة المحددة في العقد سواء كانت هذه الرحلة شاملة أم فردية معدة من قبل شركة السياحة أم كانت معدة من قبل الزبون لقاء مقابل يلتزم به الطرف الثاني" [٣].

بالاستناد للتعاريف السابقة يمكن القول إن السفرة السياحية تتخذ صورتين؛ تتجسد اولاهما بتنظيم عقد شامل للسفرة ويتمثل دور وكالة السياحة بتنظيم رحلات جماعية شاملة متضمنة برنامج الرحلة والإعلان عنه ودعوة الجمهور إلى الاشتراك فيه وتنفيذه بوسائل مملوكة أو مستأجرة للوكالة، ويكون دور السائح هنا أما قبول أو رفض العرض على وفق الشروط المحددة مسبقا بينما يتسع دور الوكالة ليتجسد بمجموعة عمليات قانونية ومادية تجمع بين النقل والإقامة في الفندق وحجز التذاكر وإرشاد ونصح السائحين للاماكن السياحية[٤].
اما الصورة الثانية فتتمثل بعقد محدد يشمل السفرات الفردية وفيها يطلب السائح من وكالة السياحة ترتيب سفرة فردية له ويتولى بنفسه تحديد برنامجها أو يعهد للوكالة إعداد برنامج السفرة بأكمله سواء أكان بحجز الأماكن بالطائرات أم الفنادق وقد يصل الأمر إلى وضع برنامج لمشاهدة المعالم السياحية والتاريخية والأثرية[٥].

وتأسيساًعلى ما تقدم يمكننا أن نعرف عقد السفرة السياحية بأنه:**((الاتفاق المبرم بين طرفين احدهما محترف (وكالة السياحة) والأخر هو(السائح) تلتزم**

---

[١] سامان سليمان اليأس الخالتي،عقد الرحلة السياحية، دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، دار الكتب القانونية،مصر، ٢٠٠٩،ص٣١-٣٣.
[٢]د.جمال عبد الرحمن محمد علي، العقد السياحي،مطبعة كلية علوم بني سويف، دار النهضة العربية، القاهرة ،٢٠٠٣،ص٤٣-٥٠.
[٣]د. حمد السعيد الزقرد،الروابط القانونية الناشئة عن عقد الرحلة،مجلة الحقوق،جامعة الكويت،العدد الاول،السنة الثانية والعشرون،١٩٩٨،ص٨٨.
[٤] د.بتول صراوة عبادي،العقد السياحي،دراسة قانونية مقارنة،منشورات الحلبي،الطبعة الأولى،٢٠١٢،ص٢١.
[٥] معتز محمد الصادق المهدي،عقد الفندقة والمسؤولية الناشئة عنه،أطروحة دكتوراه،كلية الحقوق،جامعة القاهرة ،٢٠٠٣،ص١٠٣.

بمقتضاه الوكالة بتقديم الخدمات السياحية المتفق عليها ضمن البرنامج السياحي سواء أكانت الرحلة جماعية أم فردية لقاء مقابل معين)).

الفرع الثاني: خصائص عقد السفرة السياحية

يتميز عقد السفرة السياحية بعدة خصائص عامة يشترك بها مع غيره من العقود، فهو عقد ملزم للطرفين (وكالة السياحة– السائح) كما انه عقد معاوضة حيث يلتزم العميل بسداد مقابل التمتع بالخدمة السياحية المحدد من قبل وكالة السياحة فضلاً عن كونه من عقود المدة ، الا ان هناك مجموعة من الخصائص ينفرد بها عقد السفرة السياحية وكما يأتي :

١- **انه عقد تجاري غير مسمى** : حيث تعتبر أعمال وكالات السياحة عملا تجاريا استنادا لنص المادة ٥/ سابعاً من قانون التجارة العراقي رقم٣٠لسنة١٩٨٤المعدل التي تنص(تعتبر الأعمال التالية تجارية أذا كانت بقصد الربح ويفترض هذا القصد ما لم يثبت العكس... سابعاً:(خدمات مكاتب السياحة...) [١].

٢- **انه من عقود الإذعان:** نتيجة امتلاك وكالات السياحة قوة معرفية تجعلها قادرة على رسم العقد وفقا لأرادتها ومصلحتها وبطريقة تجعل السائح عاجزاً عن مواكبه المعرفة التي تتمتع بها وبذلك تنطبق صفة الاذعان على عقد السفرة السياحية [٢]، اذ تنفرد وكالات السياحة (الطرف المذعن له) بتنظيم البرنامج السياحي وصياغة العقود ولا يكون أمام السائح (الطرف المذعن) إلا أن يقبل هذه الرحلة أو يرفضها بأكملها[٣]، فهو لا يملك حرية التفاوض مع وكالات السياحة حول مقابل الرحلة السياحية أو سعر تذكرة وسيلة النقل أو أجور الاقامة او اسعار المأكولات والمشروبات وغيرها، وانما تكون الأسعار محددة مسبقا عند إعداد برنامج السفرة، مع مراعاة تحقق شروط الإذعان[٤] ، ونرى أن صفة الإذعان تختفي عن عقد السفرة السياحي إذا ما كانت السفرة السياحية تمت بناءً على طلب السائح الذي قام بإعداد البرنامج السياحي ويقع على عاتق الوكالة تنفيذه فقط [٥].

---

[١] د.باسم محمد صالح، القانون التجاري،القسم الأول،مطبعة جامعة بغداد،١٩٨٧،ص٨٦.

[٢] السيد محمد السيد عمران،الالتزام بالأعلام الالكتروني قبل التعاقدعبر شبكة الانترنت،دراسة مقارنة،الطبعة الأولى،دار الجامعة الجديدة، مصر، الاسكندرية،٢٠١٦،ص٧٣ وما بعدها.

[٣] د.صلاح الدين عبد الوهاب، مسؤولية وكالات السفر والسياحة عن أعمالها، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ،كلية الحقوق، جامعة عين شمس،السنة التاسعة،العدد الثاني،١٩٦٧،ص ٦-بند٤.

[٤] د.عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام ، الجزء الأول، دار النشر للجامعات المصرية،القاهرة، ١٩٥٢،ص٢٢٩-٢٣٠.

[٥] مع ملاحظة أن صفة الإذعان ليس من شانها أن تزيل رضائية عقد السفرة السياحية لان الاختلال يكون في المساواة الفعلية بين طرفي العقد سواء أكان هذا الاختلال يرد على التوازن الاقتصادي أم على العلم والدراية بشروط العقد والالتزامات المترتبة عليه.

٣- انه عقد خدمة[١]**:**أساس التزام السائح هو التمتع بالخدمات التي تقدمها وكالة السياحة له، فعقد السفرة السياحية في حقيقته هو عقد بيع خدمات مستقبلية لقاء ثمن نقدي لان حصول السائح على الاستمتاع والترفيه فضلا عن ضمان سلامته هي كلها خدمات يتم تقديمها له دون ان تمثل اموالا مادية[٢].

٤- انه عقد مُركَبْ[٣]**:**إن ممارسة النشاط السياحي يتضمن ابرام عدة تصرفات قانونية مختلفة ومتداخلة ينتج عنها عقد سفرة سياحية مركب[٤]، ويمكن تحليل بعضها بأنها عقد وكالة لان وكالة السفر تعمل باسم السائح ولمصلحته، أو عقد نقل (فالسفرة السياحية من تسميتها تتضمن نقل السائح الى الاماكن السياحية) أو عقد مقاولة، ويمكن تصور عقد المقاولة بشكل واضح من خلال بأنه قيام وكالة السياحة باحلال نفسها محل السائح للقيام بعمل لمصلحته من خلال التزامها بتنظيم برنامج الرحلة ابتداءً من لحظة الإعلان عنها وحجز التذاكر وتنظيم الإقامة الفندقية وتحديد وسيلة النقل إلى لحظة انتهاء العقد بتمام تنفيذه خاصة إذا كانت الوكالة تمتلك وسيلة النقل والفندق يكون تابعاً لها ويقتصر دور السائح على القبول أو الرفض ، وبالنتيجة فإن العلاقة بين السائح ووكالة السياحة لا تخرج عن كونها عقد مقاولة [٥].

المطلب الثاني : طبيعة عقد السفرة السياحية واثارها القانونية

بعد ان وضحنا المقصود بعقد السفرة السياحية وحددنا اهم خصائصه سنوضح طبيعة عقد السفرة السياحية ومن ثم نبين اهم الاثار القانونية المترتبة عليه بعده عقدا ملزما لطرفيه .

---

[١]د.خالد عبد الفتاح محمد خليل،حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة ،٢٠٠٢، ص٢٢.

[٢] أحمد سعيد الزقرد، عقد الرحلة، مصدر سابق، ص٢٢.

[٣] العقد المركب: هو العقد الذي ينطوي على عدة عمليات قانونية تعدُ كل منها عقداً فيكون بهذا مزيجا من عدة عقود، وتتجلى العقود المركبة بإحدى صورتين الأولى عندما يسعى المتعاقدين إلى تحقيق عدة أغراض والصعوبة هنا تكمن في امكانية خضوع كل عملية لأحكام العقد الخاص بها كعقد الإقامة الفندقية والصورة الثانية عندما يسعى المتعاقدون إلى تحقيق غرض واحد يراد تحقيقه من مجموع العمليات القانونية التي يشتمل عليها العقد ومثلها عقد السفرة السياحية الذي يتجلى هدف الوكالة بتنفيذ برنامج الرحلة بما يتفق ورغبة السائح، ينظر في العقد المركب د. عبد الرزاق احمد السنهوري ،الوسيط ،الجزء الأول ،المصدر نفسه،ص١٣٢.

[٤]د.احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي،(الالكتروني- السياحي –البيئي)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة ،٢٠٠٠،ص ٣٦-٣٧.

[٥] ومن الممكن أن يكون عقد السفرة السياحية بصورة مقاولة من الباطن عندما لا تقوم وكالة السياحة بتنفيذ الالتزامات المترتبة عليها بنفسها إنما تعهد للغير تنفيذها كمهنيين أو محترفين وهنا تطبق أحكام المقاولة من الباطن ويكون رجوع السائح على الوكالة بصورة مباشرة وليس له الرجوع على صاحب الفندق أو الناقل لأن علاقته غير مباشرة بهم وتتوسط الوكالة هذه العلاقة بوصفها مديناً للسائح بأداء الخدمات السياحية، ينظر نصوص المواد(٨٨٢- ٨٨٣/مدني عراقي) رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١والتي تتعلق بأحكام المقاولة .

الفرع الاول : الطبيعة القانونية لعقد السفرة السياحية:

إنَّ تحديد الطبيعة القانونية[١] لعقد السفرة السياحية له أهمية كبيرة في توضيح نطاق وطبيعة الالتزامات القانونية الناشئة عنه وفي بيان حدود مسؤولية وكالات السياحة؛ فطبيعية عقد السفرة السياحية القانونية هي التي تبين إمكانية تطبيق أحكام العقود التي يتضمنها ويعد هذا تطبيقا لمبدأ تجزئة العقد، مع ملاحظة ان القاضي قد يغلب العنصر الأساسي في العقد وهذا ما يعرف بمبدأ وحدة العقد وسنبحث هذين المبدائين كالآتي:

١- مبدأ تجزئة العقد:

يقصد بتجزئة عقد السفرة السياحية المركب الذي تبرمه وكالات السياحة تحليله لعدة عقود لكل منها أحكام خاصة بها مستقلة عن غيرها ، حيث تذهب الاتجاهات الفقهية عند تحليل طبيعة العلاقة بين السائح ووكالة السياحة إلى القول إن هنالك عقداً واحداً يربط بين الطرفين ، ولكن واقع الحال يظهر أننا بصدد مجموعة من العقود التقليدية سواء أكانت تتمثل بالتزام وكالة السياحة بالنقل او توفير فندق بعدد معين من النجوم للإقامة اوتقديم المأكل وغيرها من الخدمات السياحية، فكل خدمة مقدمة تتخذ شكل عقد معين له أحكام خاصة به وعليه فقد تظهر وكالة السياحة بمظهر الناقل أو الوكيل أو المقاول أو المودع أو الفندقي وقد يجتمع بالوكالة كل ما سبق في الوقت نفسه حسب طبيعة الخدمات المقدمة للسائح، ونتيجة للتطور الحاصل يصعب الأخذ بهذا المبدأ وذلك لأن دور الوكالة لا يقتصر على لعب دور الوسيط أو الحجز في وسائل النقل أو الفنادق فقط بل يمتد ليشمل تنظيم سفرة شاملة فردية كانت ام جماعية[٢] ،كما ان هناك صعوبة تتمثل في تطبيق الأحكام المتعلقة بالعقود المتعددة ضمن عقد السفرة السياحية لاحتمالية تعارضها مع بعضها[٣]، بمعنى ان طبيعة عقد السفرة السياحية المركب يترتب عليه ان التزام الوكالة قد يتخذ صورة التزام الفندقي أو الوكيل أو المقاول[٤] ، وانّ اخذ المحكمة بفكرة تجزئة العقد من شانه ان يلزم القاضي بالنظر في كافة مراحل العقد فاذا وقع الحادث إثناء قيام الوكالة السياحية بالنقل فهي هنا ملتزمة تجاه

---

[١] يقصد بالطبيعة القانونية للعقد أو التكييف القانوني هو اعطاء الوصف القانوني الصحيح الذي ينسجم مع ماهية العقد والآثار القانونية الناتجة عنه والتي اتجهت إرادة الأطراف إلى إحداثها مع مراعاة عدم تقييد القاضي بالوصف الذي قد يسبغه الأطراف على العقد المبرم بينهما، د. خميس خضير،عقد البيع في القانون المدني، الطبعة الثانية، مكتبة القاهرة الحديثة،دار الحمامي للطباعة،القاهرة،١٩٧٢،ص٣.

[٢] د.بتول صراوة عبادي، مصدر سابق، ص٦٨ .

[٣] د. احمد السعيد الزقرد، عقد النزول بالفندق، دراسة في التزامات الفندقي والمسؤولية المدنية في مواجهة السائح أو العميل، المكتبة العصرية،الطبعة الأولى،مصر، ٢٠٠٨،ص ٩٥ وما بعدها.

[٤] د. احمد السعيد الزقرد، عقد الرحلة، مصدر سابق ، ص٣٤ هامش (٥٩) .

السائح بالتزامات الناقل [١]، اما اذا وقع الحادث إثناء قيامها بأعمال الوكالة فعندئذ تسأل وكالة السياحة عن اخطاءها في تنفيذ عقد الوكالة [٢] .

٢- مبدأ وحدة العقد:

بسبب الصعوبات التي واجهت فكرة تجزئة العقد من حيث التطبيق اتجه القضاء إلى تفسير طبيعة العلاقة بين وكالة السياحة والسائح بأنه يشملها عقد واحد لا مجال لتجزئته، فمبدأ وحدة العقد يقوم على أساس انه مهما تعددت صور التصرفات القانونية المبرمة بين وكالة السياحة والسائح فانه يتم تغليب العنصر الأساسي والجوهري في هذه الالتزامات المتعددة ألا وهو وحدة عقد السفرة السياحية. استنادا الى أن السائح يبرم عقداً واحداً شاملاً بدلاً عن عقود متعددة فضلاً عن دفعه ثمنا كاملا مقابل السفرة بأكملها[٣]. مع التاكيد على أن القول بوحدة العقد لا يعني وحدة التكييف أو الوصف القانوني لعقد السفرة السياحية فكل من الطرفين يهدف إلى تحقيق غاية معينة فالوكالة تهدف إلى تحقيق الربح والسائح يهدف إلى الحصول على خدمة سياحية متمثلة برحلة آمنة وهادئة تتلاءم مع رغباته، ولكن تثور صعوبة أمام القاضي تتمثل بكيفية تحديد ما يعد رئيسيا من عناصر العقد عما يعد ثانوياً يتبع العنصر الرئيس في عقد السياحة ويكمن الحل المقترح أمام القاضي بالنظر إلى إرادة المتعاقدين وما يعدُّه عنصراً جوهرياً في العقد[٤] ، علما أن القضاء يعطي للمتضرر حق المطالبة بالتعويض بالقدر الذي يجبر الضرر مما يسمح للقاضي بإعطاء الوصف الملائم الذي يحقق ذلك[٥].

ونحن نرى انه وفي ظل التطور الحاصل لا يمكن الاخذ بفكرة تجزئة عقد السفرة السياحية لان دور وكالة السياحة لا يقتصر على مجرد الوساطة بل تعدى ذلك الى تنظيم رحلة شاملة بكل متطلباتها فهو عقد واحد غير قابل للتجزئة.

ومن ضمن العقود التي يشملها عقد السفرة السياحية حجز غرفة للسائح في الفندق الذي عرفه المشرع العراقي في المادة(١/هـ/١) من قانون المنشآت

---

[١] لم تحدد المادة (١٠/ أولا) من قانون النقل العراقي رقم (٨٠ لسنة١٩٨٣) الاضرار التي تصيب الراكب وانما جاءت بنص مطلق فنصت على (يسال الناقل عن الأضرار التي تصيب الراكب أثناء تنفيذ النقل). فاروق إبراهيم جاسم، الوجيز في القانون التجاري العراقي، الطبعة الأولى، مطبعة دار السيسبان ،بغداد، ٢٠١٥، ص٢٤٥.

[٢] د.عبد الفضيل محمد احمد، وكالات السفر والسياحة من الوجهة القانونية ،مصدر سابق، ص٨٥-٨٦.

[٣] د. احمد السعيد الزقرد ، عقد الرحلة ، مصدر سابق ، هامش ٦٢.

[٤] يقصد بالعنصر الجوهري في العلاقة هو العنصر الذي يؤدي وظيفته القانونية والاقتصادية ويحتفظ بطبيعته وخصائصه حتى لو فصلت عنه العناصر التبعية أو الفرعية أما العنصر الفرعي أو الثانوي فهو العنصر الذي يكمل عنصر أخر ويزيد من فائدته أو يقوي وظيفته القانونية والاقتصادية وهو بذلك يفقد خصائصه الذاتية ويكتسب خصائص العنصر الذي يكمله ينظر: د. عبد الفضيل محمد احمد ، وكالات السفر والسياحة من الوجهة القانونية ، مصدر سابق، ص ٨٨ وما بعدها.

[٥] د. بتول صراوة عبادي ، مصدر سابق ،ص ٧١ وما بعدها.

السياحية العراقي رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٧ بأنه (المكان المعد للمنام وتقديم الطعام والمشروبات أو للمنام فقط ويحتوي على عشر غرف نوم فأكثر)[١]. وتم تعريف العقد الفندقي[٢] بأنه "عقد تتعهد بمقتضاه المنشاة الفندقية بأن تقدم لأحد عملائها أو وكيلها، الإيواء لمدة مؤقتة وتقدم له أيضا الطعام والشراب وتصون له أمتعته التي يحضرها معه إلى الفندق وتحرسها وأن تقدم له خدمات أخرى ثانوية وذلك مقابل مبلغ من المال يتم تقديره عادة طبقا لنوع الإقامة والخدمات التابعة لها"[٣]. بينما يعرف الفندقي: بأنه كل شخص يرخص له بمزاولة النشاط الفندقي ويعد مسؤولاً عنه ، وغالبا ما يتخذ الفندق شكل مؤسسة اقتصادية تجارية يتولى تقديم الخدمات الفندقية من مأكل وملبس والاتصال والخدمات الصحية والرياضية، أما النزيل: فهو الطرف الثاني في العقد ويقصد به الشخص الذي يقصد الفندق لاستعماله لغرض الراحة بصورة أساسية [٤]. ويرتب عقد الفندقة التزامات على عاتق كلا طرفيه (الفندقي –النزيل) تتمثل بالتزام الفندقي بتوفير الإقامة الفندقية الهادئة للنزيل وسائر الخدمات المتعلقة بالحفاظ على امتعته وتقديم المأكل والمشرب وغيرها من الخدمات المتفق عليها بين الطرفين[٥] ،أما النزيل فيلتزم بدفع الأجرة المتفق عليها لصاحب الفندق لقاء الخدمات المقدمة مع الحفاظ على ممتلكات الفندق وغير ذلك من الالتزامات المتفق عليها بين الطرفين[٦].

---

[١] ورد ذكر الفندق عند تعريف المشرع العراقي للمرفق السياحي في قانون هيئة السياحة رقم (١٤) لسنة ١٩٩٦ في المادة (٢١/ثانيا) التي تنص (يقصد بالمرفق السياحي لأغراض هذا القانون المطاعم والفنادق والشقق والدور السياحية وشركات ومكاتب ووكالات السفر والسياحة ومحلات اللهو والمقاهي السياحية وغيرها من المرافق المحددة بموجب التعليمات).

[٢] لقد ثار جدل حول تسمية العقد الفندقي فقد تعددت التسميات منها عقد النزيل مع الفندق وعقد الإقامة الفندقية وعقد المضايفة وهذه تسميه مستخدمة في الفقه الإسلامي، ينظر د. ايمن فوزي المستكاوي ،عقد الفندقة ،الالتزامات والحقوق الناشئة عنه ،دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ،دار الفكر الجامعي ، الطبعة الأولى، الإسكندرية ، ٢٠٠٨، ص٢٠ وما بعدها.

[٣] د. احمد السعيد الزقرد ، عقد النزول في الفندق ،مصدر سابق، ص١٥. وتجنب المشرع العراقي تعريف العقد الفندقي لكونه من العقود غير المسماة ولكنه أورد تعريفاً لعقد الفندقة في مشروع القانون المدني العراقي لسنة ١٩٨٦ في المادة (٧٨١) التي تنص على(الفندقة عقد يلتزم بمقتضاه صاحب الفندق بأن يهيئ للنزيل السكن ويقدم له الخدمات التي تؤمن راحته أثناء أقامته في الفندق لقاء التزام السائح بدفع الأجرة المقررة أو المتفق عليها بين الطرفين) إلا أن هذا المشروع لم ير النور .

[٤] د.مثنى طه الحوري،العلاقات القانونية في صناعة الضيافة،الطبعة الأولى،مؤسسة العراق للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٤ ، ص١٣٩.

[٥] للمزيد ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،الجزء الأول،مصادر الالتزام ، دار أحياء التراث العربي،بيروت،بدون سنة طبع ،ص١٥٠، د.عبد المجيد الحكيم ود.عبد الباقي البكري والأستاذ. محمد طه البشير،الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي،الجزء الأول ،في المصادر،الطبعة الرابعة ،العاتك لصناعة الكتاب،القاهرة،٢٠١٠،ص٤٩.

[٦] د. عبد الودود يحيى،الوجيز في نظرية الالتزام ،(المصادر –الأحكام-الإثبات) ،دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع،القاهرة،١٩٩٤،ص٢٥،د.مصطفى الجمال،مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية،الإسكندرية ،مصر، ١٩٩٦، ص٣١.

وفي الغالب يكون عقد الفندقة من العقود التجارية غير المسماة[١]وهو عقد زمني مستمر التنفيذ فضلاً عن كونه عقدا مركبا ومن عقود الاستهلاك كون احد طرفيه مهنياً والآخر مستهلكاً ،كما إن العقد الفندقي يعد من عقود الإذعان فالنزيل ليس له التفاوض على شروط الإقامة في الفندق فله فقط أن يقبل أو يرفض والفندقي هو الطرف المذعن له كونه محترفاً مهنياً وذو مركز اقتصادي قوي في العقد .

وقد يكون عقد الفندقة عملا تجاريا لكل من الطرفين إذا كان العقد قد ابرم بين صاحب الفندق ووكالة السياحة، وقد يكون عملا مدنياً بالنسبة للنزيل العادي وتجاريا للفندقي إذا ابرم صاحب الفندق العقد مباشرة مع النزيل دون تدخل وكالة السياحة [٢].

إن عقد الفندقة هو احد أجزاء عقد السفرة السياحية ويدخل ضمن نطاقه، وإذا قامت وكالة السياحة بتنظيم رحلة شاملة تضم عقد الفندقة فهنا يقع على عاتقها كافة الالتزامات المترتبة على الفندقي وكذلك الحال بالنسبة لمسؤولية وكالة السياحة. أماعن الرحلات الفردية التي تنظمها وكالة السياحة فأن مسؤوليتها تنحصر في اختيار مقدم خدمة الإقامة الفندقية فتسال عن الأخطاء التي يرتكبها مقدموا الخدمات ومنهم الفندقي[٣].

الفرع الثاني : اثار عقد السفرة السياحية المتعلقة بالغرفة الفندقية

يعتبر عقد السفرة السياحية من العقود الملزمة للجانبين التي ترتب عدة التزامات على اطرافه ، فضلاً عن كونه عقداً رضائياً لانه ليس بعقد شكلي في اغلب حالاته الا انه قد تعمد بعض الشركات السياحية الضخمة إلى كتابة عقد السفرة السياحية وهنا تكون الشكلية وسيلة للإثبات وهذا ما يمكن تلمسه في واقعنا العراقي حيث تلزم وكالة السياحة السائح بالتوقيع على وصل سداد مبلغ الرحلة وهذا بدوره يعتبر اتفاق اولي تمهيداً لإتمام العقد بصيغته الاخيرة [٤] ولعل اهم الالتزامات المترتبة تتمثل بالاتي:

---

[١] تعتبر كافة الإعمال المتعلقة بالفندقة من تقديم خدمات بقصد تحقيق الربح على وجه الاحتراف فهو عملاً تجارياً وفق المادة (٥/ سابعاً) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠لسنة ١٩٤٨المعدل.

[٢] د. محمد عبد الظاهر حسين ،عقد الفندقة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص١٥وما بعدها.

[٣] د. احمد السعيد الزقرد، عقد النزول بالفندق ، مصدر سابق ، ص٤١ وما بعدها.

[٤] مع ملاحظة ان بعض وكالات السياحة تضمّن وصل السداد عبارة مفادها انه بتوقيع السائح على الوصل يكون يكون قد اطلع صراحة على البنود الواردة في برنامجها السياحي التي تكون بمثابة شروط عامة يلتزم بها السائح وتحدد فيها الشركة عدم مسؤوليتها في حالات معينة منها عدم مسؤوليتها عن سرقة أمتعة السائح اوتأخيره عن موعد الرحلة وغيرها من الحالات التي تجد الشركة أنها بذلك تحصن موقفها من رجوع السائح عليها. أما عن طبيعة التعاقد بين شركات السياحة العراقية والشركات الأجنبية فغالباً ما تعمد إلى أتباع صيغة التعاقد عبر الانترنت بشكل إرسال أيميل بين الشركتين فهو اقرب ما يكون للعقد الالكتروني دون صيغة عقد محددة، وقد يتم

اولا : التزامات وكالة السياحة : يرتب عقد السفرة السياحية جملة من الالتزامات منذ لحظة ابرامه ولحين انتهاءه ولعل ابرز هذه الالتزامات فيما يتعلق بالسكن بالغرفة الفندقية تتمثل :

أ- **الالتزام بالإعلام[١] أو التبصير :** تلتزم وكالة السياحة بتقديم اعلام موضوعي وامين للسائح بكل ما يتعلق بالفندق والغرفة التي سيقيم فيها وهذا الالتزام يقسم الى شقين الأول هو الالتزام بالإعلام السابق للتعاقد ونجد هذا الالتزام في مرحلة التفاوض بين الطرفين[٢] كوضع دليل سفر تحت تصرف العميل متضمن لمعلومات واضحة ودقيقة بخصوص مكان الفندق وطريقة السكن والدرجة السياحية والخدمات التي يقدمها الفندق وغيرها، فيلزم الوكيل السياحي بصفته الطرف القوي من الناحية المعرفية باحاطة السائح بكافة هذه الامور وشرح اثارها ويعتبر هذا الالتزام مهماً في تلافي مسألة صعوبة فهم شروط العقد ويترتب على الأخلال بهذا الالتزام تحقق المسؤولية التقصيرية ،اما الشق الاخر فهو التزام الوكيل السياحي بتبصير السائح بكل ما تستلزمه الخدمة السياحية المقدمة من خلال قيامه بتحذير السائح بجملة المحاذير التي عليه تجنبها وخاصة ما يتعلق بسياسة الفندق المزمع الاقامة فيه وتحذيره من ارتكاب الافعال التي يمنعها الفندق كعدم السماح بالتدخين او استقبال الضيوف في ساعات متاخرة ليلا مثلا ، وما يمكن ان يطرأ على العقد من تغيير في الحالات الطارئة وهذا الالتزام يقابله التزام السائح بالاستعلام ، لأنّ السائح لم يتوجه الى وكالة السياحة ألا لعلمه أنها متخصصة في تقديم الخدمات للسائحين[٣].

تحديد القانون واجب التطبيق وكذلك المحكمة المختصة . د. احمد مخلوف ،المطول في شرح قانون التجارة المصري الجديد والبورصة المصرية ،الجزء الأول، دار النهضة العربية ،القاهرة،٢٠٠٥، ص١٤٠-١٤١.

[١] يعرف الالتزام بالأعلام :بانه " الالتزام الذي ينشأ في مرحلة المفاوضات العقدية والذي يفرض على كل طرف فيما يعلم أو ينبغي ان يعلم بمعلومات تتعلق بمحل العقد ان يزود الطرف الاخر بها، والذي لا يعلم أو ليس بإمكانه العلم بها " د: صبري حمد خاطر، الالتزام قبل التعاقد بتقديم معلومات،مجلة العلوم القانونية،كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد الحادي عشر، العدد الأول، ١٩٩٦، ص١٧. وقد اختلفت الآراء حول الاساس القانوني للالتزام بالإعلام فالبعض قال انه يستمد اساسه من مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقد والبعض يرجع أساس هذا الالتزام تطبيقاً لنص المادة (٩٣٦ مدني/ عراقي) (على الوكيل من وقت لأخر ان يطلع الموكل على الحالة التي وصل اليها في تنفيذ الوكالة و ان يقدم له حساباً بعد انقضائها). د.سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالإفضاء في العقود، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٦١.

[٢] د. بتول صراوة عبادي، مصدر سابق ، ص١٨٣

[٣] د. عبد الفضيل محمد احمد ،وكالات السفر والسياحة، الشركات السياحية، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي ، مكتبة الجلاء ، بدون سنة و مكان طبع، ص١٢١.

ب – الالتزام بضمان السلامة[١] : ويعتبر من اهم المواضيع التي اثارت جدلاً، لانَ أساس هذا الالتزام يتجسد بتحقيق مصلحة السائح من قبل وكالة السياحة من خلال توفير الإجراءات واتخاذ الاحتياطات العادية المعقولة لمنع وقوع الحوادث التي تمس سلامة السائح طيلة فترة حجزه واقامته في غرفة الفندق[٢].

وهذا التزام قائم بذاته لارتباط وجوده بالعقود التي يتضمن تنفيذها احتمالية اصابة المتعاقد بضرر جسدي كون المتعاقد يخضع كلياً بموجب هذه العقود للمدين الملتزم ويفقد سيطرته الفعلية على سلامته الجسدية على أساس كون المدين الملتزم محترف مهني ذو خبرة فنية كافية لتنفيذ العقد على اتم وجه[٣]. مع التاكيد على أنّ وكالة السياحة تسأل عن الالتزام بضمان السلامة استناداً الى دورها في تنظيم السفرة السياحية فهي تسأل عن ضمان سلامة السائح بشكل عام اذا ما كانت الرحلة شاملة ، وعلى العكس من ذلك لا تسأل وكالة السياحة في السفرة الفردية عن الاضرار التي تصيب السائح بناءً على الاخلال بالتزام ضمان السلامة انما على أساس الاساءة وعدم الدقة في اختيار الفندق .

٣ – الالتزام بالعناية في اختيار مقدمي الخدمات

يقع على عاتق وكالة السياحة بصفتها وكيلاً عن السائح التزاماً بحسن اختيار مقدمي الخدمات كالفندقي ولا يقف دورها عند مراعاة الدقة في اختيارهم بل يتعداها الى مراقبة اعمالهم طيلة فترة عقد السفرة السياحية، فوكالة السياحة تسأل عن خطاها في اختيار الفندق او مقدمي الخدمات داخله وكذلك عن اي اخلال في سير اعمال الاشخاص الذين تستعين بهم لتقديم الخدمات[٤] ، وبناءا على ذلك تلزم وكالة السياحة بالاستعلام عن مدى ملائمة الفندق الذي تعاقدت معه لاقامة السياح وتوفير متطلبات الراحة لهم من حيث قربه من مناطق الترفيه او مراكز التسوق وخدمات المواصلات وغير ذلك ، كما تلزم الوكالة بالتحقق من مدى كفاءة مقدمي الخدمات السياحية فضلاً عن توفير الضمانات المتعين تواجدها مثل عقد التأمين على الفنادق،وخدمات الضمان والسلامة والامان؛ فالوكالة تلتزم باختيار الفندق الذي يوفر الراحة والامان وتحقيق رغبات السياح وتراقب مدى توافر الشروط الصحية وغيرها ، وبطبيعة الحال أنّ هذا الالتزام هو التزام ببذل

---

[١] ويقصد به تعهد احد المتعاقدين للآخر بالمحافظة على سلامته الجسدية طوال مدة تنفيذ العقد ،فإذا حدث وتعرض الدائن لأي ضرر جسدي التزم المدين بضمان السلامة بتعويضه عن هذا الضرر. د. معتز نزيه محمد الصادق المهدي ، مصدر سابق ، ص٢٧٤.

[٢] د.علي سيد حسن، مصدر سابق، ص١٠٥، ود.احمد السعيد الزقرد،عقد الرحلة،مصدر سابق، ص ١٠٦.

[٣]د.محمود التلتي، النظرية العامة لالتزام بضمان السلامة،اطروحة دكتوراه،كلية الحقوق،جامعة عين شمس، ١٩٨٨،ص٢٠٨.

[٤]د. اشرف جابر سيد ، عقد السياحة ، مصدر سابق، ص ٨٠-٨١.

عناية ألا انه ليس كذلك بالنسبة لوكالة السياحة كونها (الوكيل المهني المحترف) التي تجعل التزامه بتحقيق نتيجة الامر الذي يجعل افتراض علم الوكالة بتوافر الكفاءة اللازمة هو افتراض قطعي .

ثانيا :التزامات السائح

يترتب على حجز الغرفة للسائح في عقد السفرة السياحية جملة من الالتزامات على عاتق السائح في مواجهة وكالة السياحة ومن هذه الالتزامات الاتي:

أ- التزام السائح باحترام سياسات الفندق

يتمثل هذا الالتزام بقيام السائح بالتقيد بكافة التعليمات والتحذيرات التي يفرضها الفندق فضلا عن التعليمات التي تبلغه بها وكالة السياحة بموجب البرنامج السياحي وأنّ لا يخالفها والا عدّ مسؤولاً عن أي ضرر يصيبه ، ومن هذه الالتزامات الالتزام بمواعيد الوجبات الغذائية التي يوفرها الفندق والمتفق على تقديمها مع وكالة السياحة فضلاً عن التقيد بالتعليمات المتعلقة بالنظام العام والآداب فيه وتجنب المحظورات في ذلك الفندق[١] .

اما فيما يتعلق بحق السائح في تعديل شروط السفرة أو الغاءها فيما يتعلق بنوع الفندق او مكانه او طبيعة الغرفة (مفردة ام مزدوجة) فلا يوجد اي اشكال في حالة وجود شرط صريح في عقد السفرة السياحية يمنح لأطرافه الحق بإلغاء أو تعديل العقد [٢] الا ان الاشكال يثور في حالة عدم وجود نص بهذا الحق وظهرت تغيرات غير معلومة ودون سابق انذار مثل كون السائح مصاب بمرض الوسواس ولا يمكنه الاقامة مع شخص غريب فهنا لا تتحمل الوكالة اي مسؤولية عن ارجاع ما تم دفعه من مبالغ اذ لا مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في هذا الخصوص ، وكذا الامر بالنسبة للتغيرات غير المتوقعة في الاسعار أو زيادة تكاليف الاقامة (كوجود حدث عالمي داخل الفندق او بالقرب منه) اذ لا يمكن لوكالة السياحة مطالبة السائح بأي مبالغ نتيجة لهذه التغيرات الا في حالة وجود بند صريح في العقد يجيز هذه الزيادة مع اشتراط كون التغيير حصل قبل فترة معينة يمكن خلالها للسائح قبول أو رفض هذه الزيادة وفسخ العقد واسترداد المبالغ التي قام بتسديدها. وفي جميع الاحوال انّ حق السائح في تغيير حجز الغرفة أو

---

[١] جمال عبد الرحمن محمد علي، العقد السياحي، مطبعة علوم بني سويف، القاهرة ، ٢٠٠٣، ص١٥٣.

[٢] د.كركوي مباركة حنان،التزامات السائح التعاقدية المترتبة عن تنفيذ عقد السياحة والاسفار في مواجهة الوكالة السياحية،بحث مقدم لمجلة دفاتر السياسة والقانون،جامعة ورقلة،عدد خاص جوان، ٢٠١٨،ص ١٣٦.

الغاءه يتوقف على طبيعة التكييف القانوني للعقد المبرم بين وكالة السياحة والسائح سواء كان عقد مقاولة ام وكالة فيخضع للأحكام الخاصة لكل عقد[١] .

وتجدر الاشارة الى ان الثقة المشروعة هي مطلب أساس في كل العقود بدرجات متفاوتة [٢]وهنا هي تفرض على الطرفين التزامات يرجع أساسها الى كون عقد حجز العرفة في السفرة السياحية من عقود الثقة القائمة على الاعتبار الشخصي دون الحاجة للنص على هذه الالتزامات بشكل صريح في العقد كون المدين (وكالة السياحة) مهني محترف ، وهنا يبرز التزام السائح بالأدلاء بكافة المعلومات اللازمة والضرورية لحسن حجز الغرفة الى وكالة السياحة والسفر[٣]لضمان حسن تنفيذ الرحلة السياحية [٤] ، ويترتب على اخلال السائح بهذا الالتزام عدم تحقق مسؤولية وكالة السياحة وليس للسائح المطالبة بالتعويض عما اصابه من ضرر.

ب- التزام السائح بتسديد ثمن السفرة

يعد التزام السائح بتسديد ثمن السفرة من اهم الالتزامات المترتبة بذمة السائح تجاه وكالة السياحة، ويقصد بثمن السفرة هو مقابل الخدمات المتفق عليها في عقد السفرة السياحية كالخدمات التي يقدمها الفندق للسائح من وجبات طعام او الحصول على جلسات مساج في غرفته او استعمال المواد الموجودة في (الميني بار) مجانا.

والاصل ان تحديد ثمن السفرة يتم من خلال اتفاق طرفي عقد السفرة السياحية وهو غير قابل للتعديل بالزيادة أو النقصان حسب نوع الخدمة المقدمة ، الا انه لايوجد ما يمنع ان تقوم وكالة السياحة بتضمين العقد بند يضمن لها حق تعديل الاجرة المتفق عليها[٥].

اما عن طريقة تسديد ثمن السفرة فعادة يتم الدفع مسبقاً وان كان المفروض ان لا يتم دفع الثمن الا بعد الانتهاء من السفرة السياحية (في حالة تكييف عقد السفرة السياحية بانه عقد مقاولة) وهذا ما أكدته المادة (٨٧٦/مدني عراقي) التي تنص (يستحق دفع الاجرة عند تسلم العمل ، الا اذا قضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك

---

[١] د . بتول صراوة عبادي، العقد السياحي ، مصدر سابق ،ص ٢٦٨ وما بعدها .

[٢] د. سهير منتصر ،الالتزام بالتبصير ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة ، ص٣٠-٣١ .

[٣] د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدي بالأدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض انواع العقود،دار النهضة العربية، القاهرة ،١٩٩٠،ص١٨٥.وللمزيد عن الثقة المشروعة د. خالد جمال احمد ، الالتزام بالأعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية ، القاهرة ،٢٠٠٣ ،ص٣٢٥ وما بعدها .

[٤] فاتن حسين حوى،الوجيز في حماية المستهلك دراسة في احكام القانون اللبناني مع الاشارة الى حماية المستهلك المتعاقد عن بعد الكترونياً، منشورات الحلبي الحقوقية ،الطبعة الاولى،بيروت ،٢٠١٢، ص٥٠.

[٥] د. زينة غانم العبيدي ،م. سارة احمد حمد العبيدي ، عقد السياحة الالكتروني ، دراسة تحليلية مقارنة ،بحث مقدم لمجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية ، العدد ٧ السنة ٢، ص ٢٣٩.

مع مراعاة احكام المادة٨٧٤) وكذلك المادة (٨٧٧/ مدني عراقي) التي تنص على (إذا ابرم العقد بأجرة حددت جزافاً على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل، فليس للمقاول ان يطالب بأي زيادة في الاجرة .....).

وعليه في حالة ارتفاع تكاليف تقديم الخدمات السياحية فليس لوكالة السياحة مطالبة السائح بأي زيادة حتى لو كان هذه الزيادة تجعل تنفيذ العقد عسيراً مع الاخذ بعين الاعتبار الحوادث الاستثنائية فيكون للقاضي ان يحكم بزيادة الاجرة المتفق عليها أو فسخ العقد استنادا لنص المادة(١٤٦/ثانياً) (مدني/عراقي) .

وهنالك التزامات اخرى يلتزم بها السائح منها المحافظة على الاثاث الخاص بغرفة الفندق وعدم القيام باي تصرف من شانه ان يلحق ضررا بمرافق الفندق، فضلاً عن الالتزام بالمواعيد التي يحددها الفندق كمواعيد الوجبات الغذائية او مواعيد استقبال الضيوف .

المبحث الثاني : القانون الواجب التطبيق على الاشكاليات المترتبة على حجز الغرفة

تبين لنا مما تقدم ان حجز الغرفة الفندقية اثناء السفر السياحية قد تنجم عنه عدة اشكاليات عند مخالفة اي طرف للالتزامات المترتبة عليه ،ونظرا لخصوصية هذا الحجز الناجمة عن دولية السفرة السياحية يتطلب الامر تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع الحاصل وطبيعة هذا النزاع كونه يثير المسؤولية العقدية او التقصيرية وهذا ما سنوضحه في المطلبين الاتيين .

المطلب الاول :خصوصية حجز الغرفة الفندقية في السفرة السياحية

يتميز حجز الغرفة في الفندق السياحي خلال السفرة بامكانية خضوعه الى اكثر من قانون نظرا للسمة الدولية لعقد السفرة السياحية وبالتالي امكانية تطبيق قانون اجنبي غير قانون القاضي على النزاع الناجم عن الحجز في الفندق وهذا ما سنوضحه في الفرعين الاتيين .

الفرع الاول: دولية عقد السفرة السياحية

يتجه الفقه الحديث الى تبني المعيار القانوني الحديث الذي يرى ان عقد السفرة السياحية يعد دوليا اذا تطرقت الصفة الاجنبية الى العناصر المؤثرة في العقد من دون العناصر السلبية او المحايدة فيه، فالعبرة في هذا الصدد ليست بعدد العناصر الاجنبية في الرابطة العقدية وانما بقيمة كل منها ومدى تأثيره على طبيعة هذه الرابطة حتى يمكن ان توصف بالدولية[١].

---

[١] د. هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص ٩٤.

بالاستناد لما تقدم يعد عنصر محل التنفيذ من العناصر المؤثرة والفعالة في اضفاء الطابع الدولي على عقد السفرة السياحية وخاصة مايتعلق بمكان اقامة السائح[١] ، ولعل ذلك يرجع الى ان محل التنفيذ والقانون المطبق فيه يعتبر المكان الذي تطبق فيه القواعد الآمرة والمتعلقة بالنظام العام في نطاق عقد السفرة السياحية وهو القانون الاكثر ارتباطا بالسفرة ، حيث يتركز في هذا المحل الغاية التي يرجوها السائح من ابرامه لعقد السفرة السياحية ونشاط مكتب السياحة اضافة الى ان ممثل وكالة السياحة يكون متواجداً في الاغلب في هذا المكان لمراقبة صحة تنفيذ العقد[٢].اما فيما يتعلق بعنصر مركز ادارة الاعمال، فبالامكان عده من العناصر المؤثرة في اضفاء الطابع الدولي على عقد السفرة السياحية ومن ثم حجز الغرفة الفندقية ، ويمكن تصور ذلك عندما تتعدد اماكن تنفيذ العقد بالنسبة لعمل تابع الى وكالة سياحية يوجد مركز ادارتها الرئيس في دولة اجنبية، لان حجز الغرفة للسائح في فنادق متعددة يعد امتدادا لنشاط هذا الاخير، بوصفه المركز الحقيقي لكافة العلاقات المتعلقة بعقد السفرة السياحية . ويمكننا تحديد الصفة الدولية لعقد السفرة السياحية وفق القانون العراقي استنادا لنص المادة(٣٠) من القانون المدني التي نصت على انه (يتبع فيما لم يرد به نص في المواد السابقة من احوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعا) وهذا يعني تطبيق قانون مكان التنفيذ، اذا كانت السفرة السياحية في دولة واحدة، او قانون مركز ادارة الاعمال، اذا كانت السفرة السياحية لأكثر من دولة[٣].

الفرع الثاني : القانون الواجب التطبيق على حجز الغرفة في السفرة السياحية

---

[١] اما جنسية الاطراف او موطنهم فلا يعدان من العناصر الاصلية لانهما يستخدمان في نطاق ضيق كما لو تعلق الامر باهلية السائح اوبالمسؤولية التقصيرية الناشئة اثناء تنفيذ العقد.وكذا الامر بالنسبة لمحل الابرام ، ذلك ان ابرام العقد في دولة اجنبية قد يكون امراً عارضاً او مصادفة ، مثال ذلك ان يبرم مدير مكتب السياحة العراقي عقدا مع سائح عراقي لزيارة المراقد الدينية في سامراء والاقامة في فندق معين بالمدينة اثناء وجودهما في دولة اجنبية بصورة عرضية هناك، ثم يعودا الى العراق لتنفيذ العقد فيه، فهنا يكون العقد داخليا لان الصفة الاجنبية فيه المتمثلة بمكان الابرام تعتبر غير مؤثرة في مثل هذا العقد.

[٢] د. هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، المصدر السابق ، ص ٦٣.

[٣] مع التاكيد على ان مجرد تنفيذ السفرة السياحية في اكثر من دولة لا يعني بالضرورة استبعاد تطبيق قانون بلد التنفيذ على العقد، اذ يمكن ان تجد هذه القاعدة طريقها اذا ما كان العقد منفذاً بصفة اصلية في اقليم دولة معينة ثم اقتضى الامر – لسبب ما – تنفيذ شق منه بصورة عارضة او مؤقتة في دولة او عدة دول اخرى، فإن العقد يظل في هذه الحالة خاضعا لقانون الدولة التي يجري فيها تنفيذ العقد بصفة اساسية اذ ليس لمثل هذه الاعمال العارضة او المؤقتة في دولة او دول اخرى أي تأثير على مكان التنفيذ الرئيس كان تكون السفرة السياحية الى انكلترا اصلا الا انه خصص يوم معين لزيارة اسكتلندا.

القاعدة المستقرة بصدد حجز الغرفة في السفرة السياحية هي اخضاع هذا الحجز لقانون الارادة [١]، الا ان خصوصية حجز الغرفة تجعل لقانون مكان التنفيذ اهمية كبرى، وسنتناول بالبحث هذين القانونين في فقرتين وكالاتي:

اولا: تطبيق قانون الارادة.

ثانيا: تطبيق قانون بلد التنفيذ.

اولا : تطبيق قانون الإرادة

سبقت الاشارة الى ان السفرة السياحية عبارة عن اتفاق بين وكالة السياحة من جهة والسائح من جهة اخرى على كافة تفاصيل السفرة بما فيها حجز الغرفة في الفندق المتفق عليه، إلا ان خصوصية هذا الحجز تتجسد في عدم تنظيم المشرع لاحكامه، الامر الذي يدفعنا الى القول بامكانية ترك الحرية للافراد فيه لاختيار القانون الذي يحكم نزاعاتهم [٢]. الا ان المشاكل تثور في حالة عدم تصريح المتعاقدين باختيارهم للقانون الواجب التطبيق، حيث يتوجب على القاضي البحث عن ارادة الاطراف الضمنية وهذا ما يؤدي بطبيعة الحال الى عدم اطمئنان المتعاقدين، فمن الممكن ان يطبق عليهم قانون لم يكن في توقعاتهم او حساباتهم، لان سلطة القاضي في استخلاص الارادة الضمنية هي سلطة تحكمية وغير ثابتة، وقد تختلف من محكمة الى اخرى مما يؤدي الى اختلاف واضطراب في الحلول المطبقة على عقد حجز الغرفة السياحية، فضلا عن ذلك فان قاعدة قانون الارادة لا يمكنها حل بعض المسائل التي تعد محلا لأنظمة اسناد معينة كالمسائل المتعلقة بالنظام العام، والاهلية.

وقد يسكت المتعاقدين عن اختيار قانون يحكم العقد، وعندئذ يخضع العقد للقانون الوطني المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا او جنسية[٣]، فان اختلفا فيخضع العقد لقانون بلد الابرام ؛ كون هذين القانونين يمثلان قرينة للارادة المفترضة للمتعاقدين، فضلا عن عدهما تركيزاً موضوعياً [٤] للرابطة العقدية في عقد حجز الغرفة في السفرة السياحية.

---

[١] د.هشام علي صادق، تنازع القوانين، منشاة المعارف، الاسكندرية، ط٢ ، ١٩٧٢ ، ص٣.

[٢]مع التاكيد على ان مجال تطبيق القانون المختار يتقيد بالقواعد الامرة السارية في دولة التنفيذ ،أي انه يشترط انعدام موانع تطبيق القانون الاجنبي ، اما اذا وجد مانع فعندئذ يطبق قانون القاضي الذي ينظر النزاع.

[٣]لان المتعاقدين اللذين ينتميان الى جنسية دولة واحدة او يجمع بينهما موطن مشتركغالبا ما يكونا على علم ودراية بمضمون القانون الذي ينتمون اليه - بجنسيتهم او موطنهم – وبذلك يكون اقرب للعدالة من تطبيق أي قانون اخر حتى وان كان قانون بلد التنفيذ، وذلك كله في حدود النظام العام.

[٤] يقصد بنظرية التركيز، إسناد العقد للقانون السائد في مركز ثقل الرابطة العقدية ويتم تحديد هذا المكان عن طريق وجود صلة حقيقية بين العقد وهذا المكان.

ثانيا : تطبيق قانون بلد التنفيذ

نتيجة ازدياد تدخل المشرع بتنظيم العقود بشكل عام يثار التساؤل حول مدى امكانية تطبيق قانون اخر غير قانون الارادة على الاشكاليات المترتبة عن حجز الغرفة في السفرة السياحية مع مراعاة وجود صلة بينهما تبرر تطبيقه. وعلى هذا فقد ذهب غالبية الفقهاء[١]الى القول بضرورة تطبيق قانون الدولة محل وجود الفندق السياحي بوصفه اداة لتركيز عقد السفرة السياحية تركيزاً مكانياً تتحقق معه الصلة بين العقد وقانون هذا المحل باعتبار ان هذا المكان يمثل الوسط الاجتماعي والاقتصادي الذي ينفذ فيه عقد السفرة السياحية ، كما انه يمثل محل ثقل الرابطة العقدية لانها ترتب اثارها في هذا المكان ، لاسيما اذا كانت السفرة السياحية تنفذ في دولة واحدة، اما اذا كان التنفيذ يمتد ليشمل اكثر من دولة(كجولة سياحية في العواصم الاوربية) فعندئذ يطبق على العقد قانون اخر بوصفه يمثل محل التنفيذ الحكمي للعقد [٢]ويتحقق بهذا اساس مرن وقوي لتحديد القانون الواجب التطبيق عن طريق تحديد العنصر المميز والحاسم بطريقة موضوعية دون حاجة الى البحث عن ارادة الخصوم او اللجوء لضوابط اسناد ليس لها علاقة بروح الالتزام ، فاهتمام المتعاقدين يكون موجها منذ البداية الى دولة تنفيذ العقد بعده المكان الذي سينتج العقد اثاره فيه فضلا عن ثبوت المسؤولية العقدية عند عدم التنفيذ[٣] ، وقد حققت هذه النظرية ايجابيات ملموسة كونها حدت من مبدأ مطلق سلطان الارادة كما انها منعت التحايل على الاحكام الامرة في قانون الدولة التي يرتبط بها العقد اكثر من غيرها، من خلال منح القاضي سلطة تصحيح اختيار الخصوم لقانون العقد اذا كان هذا الاختيار لا يعبر عن مركز ثقل الرابطة العقدية او الاداء المميز لها ، فضلاً عن توحيدها للاساس المعتمد لحلول التنازع في مجال العقود الدولية من خلال الاشارة الى قانون الدولة التي تتركز فيها العناصر المادية والحقيقية للعقد، والتي على اساسها يتم تركيز العقد في نطاق قانون هذه الدولة او تلك[٤]. وحيث ان حجز الغرفة في عقد السفرة السياحية يتميز بصفة الاذعان لذا فان نظرية التركيز وما يستتبعها من فكرة عدم تجزئة العقد تعد ملائمة له.

---

[١] ينظر:د.فؤاد عبد المنعم رياض،و د.سامية راشد،اصول تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي،دار النهضة العربية، القاهرة،١٩٩٠،ص٢٦٩،د.محمد عبدالله المؤيد،القانون الدولي الخاص،تنازع القوانين، ط١،صنعاء،١٩٩٩، ص٢٧٦.

[٢] د.محمود محمد ياقوت، المصدر السابق، ص٣٠.

[٣]إلا ان هذا الاختيار غير ملزم للقاضي، كونه لايعدو ان يكون مسالة واقع ، ومن ثم يمكن للقاضي أن يأخذ بهذا الاختيار او يعرض عنه ويحدد القانون المختص من خلال المفاضلة بين جميع العناصر المرتبطة بالعقد وصولا الى التركيز الفعلي للعلاقة. د. هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص٣٩٥.

[٤] ومما يؤخذ على هذه النظرية ان تحديد مركز الاشياء في الكثير من العقود لا يخلو من صعوبة ، فضلا عن تعدد امكنة هذه الوكالات خاصة اذا كانت عالمية، كما ان تطبيق هذه النظرية قد يؤدي الى الاخلال بتوقعات

وبغية تعيين العنصر المميز في حجز الغرفة في السفرة – لتغليبه على العناصر الاخرى – ينبغي علينا النظر الى جميع عناصر هذا الحجز، من خلال الاستعانة بضوابط الاسناد المتعارف عليها، والتي تتمثل بالقانون الوطني المشترك للاطراف وقانون بلد الابرام وقانون مكان التنفيذ، لتعيين العنصر المميز فيها.

ولابد لنا اخيرا من التاكيد على أن هنالك بعض الحالات قد يثير فيها تعيين القانون الذي يحكم حجز الغرفة في السفرة السياحية صعوبة مردها انتفاء السلطة في المحل الذي يتم فيه تنفيذ العقد او عدم خضوعه لسيادة دولة ما، مثال ذلك السفرات السياحية التي تجري في القطب الجنوبي او في اعالي البحار او في الفضاء الخارجي ، ففي مثل هذه الفروض يصعب تحديد القانون الواجب التطبيق اذ ليس هناك من قاعدة ثابتة يحل بمقتضاها التنازع المحتمل بين قوانين الدول. وعلى هذا فقد ذهب البعض الى اخضاعها للقانون الشخصي أي لقانون علم السفينة او علم الطائرة اذا كان تنفيذ العقد يجري على متنها. وذهب البعض الاخر الى تطبيق قانون القاضي المرفوع امامه النزاع مستندين في ذلك الى المبدأ القانوني الذي يقضي بأنه في حالة عدم وجود قاعدة اسناد تحدد القانون الواجب التطبيق فليس هناك من وسيلة إلا تطبيق قانون القاضي باعتباره صاحب الاختصاص الاحتياطي[١]. في حين يذهب رأي ثالث الى اخضاع النزاع لقانون مركز ادارة الاعمال، باعتبار ان مركز الادارة يعد كضابط اسناد احتياطي في عقد السفرة السياحية عند عدم امكانية تحديد مكان التنفيذ في بلد معين[٢].

المطلب الثاني :المسؤولية المدنية المترتبة على حجز الغرفة في السفرة السياحية

يثير الطابع الخاص للنشاط السياحي العديد من المشاكل ضمن نطاق القانون الدولي الخاص باعتبار ان طبيعة السفرة السياحية غالباً ما تكون عابرة للحدود ولا تنحصر ضمن اقليم دولة معينة بسبب التطور الهائل للنشاط السياحي سواء أكان بتعدد الوكالات السياحية ام من حيث ازدياد الرغبة لدى العملاء بالسياحة او بتعدد صور السياحة.وسنبحث الطبيعة القانونية لمسؤولية وكالة السياحة بنوعيها والقانون واجب التطبيق في كل صورة من صورها في فرعين.

المتعاقدين كونها تمنح القاضي سلطة تصحيح قانون العقد الذي يختاره الاطراف خاصة اذا كان القانون المختار لا يرتبط بالعقد بصلة وثيقة.

(٦٢) Bourel,(P.),Les Conflits De Lois En Matiere D'Obligations Extracontractuelles, These', Paris, 1961, P.97.

(٢) د.منير عبد المجيد، تنازع القوانين، المصدر السابق، ص١٧٤.

الفرع الاول: المسؤولية المدنية المزدوجة لوكالة السياحة والقانون الذي يحكمها

تتميز مسؤولية وكالة السياحة في مواجهة السائح بانها ذات طابع مزدوج حيث تسال الوكالة عن كل تقصير وخطأ شخصي يصدر منها كما تسال عقديا عن فعل الغير (مقدمي الخدمة –الفندقي) الذين تستعين بهم الوكالة لتنفيذ التزاماتها .
فمسؤولية وكالة السياحة تنشأ اذا لحق السائح اي ضرر نجم عن اخلالها بإحد التزاماتها العقدية[١] وأياً كانت طبيعة هذا الاخلال (اصابة – فقدان حاجيات – تدهور الخدمة المقدمة او الغاء الاقامة في الغرفة او اختصارها من خلال تعديل برنامج الرحلة) وهنا يكون الخطأ شخصياً بصوره المتعددة ، ويترك للقضاء مهمة التحقق من وقوع الخطأ من قبل وكالة السياحة وتحديد نسبته فقد يشترك السائح في هذا الخطأ.

إنّ التزام وكالة السياحة تجاه السائح هو التزام بنتيجة ومن ثم فان عدم تحقق النتيجة المرجوة يؤدي بالقضاء الى التشديد عند تقدير الخطأ وذلك لان السائح عندما يلجأ الى الوكالة انما يقصد بذلك حصوله على الامان والراحة والسلامة والرفاهية ، ومن ثم فان عدم توفير حماية كافية له يعد سبباً لتشديد القضاء عند تقدير هذا الخطأ ، كما لو تعاقدت مع فندق غير مؤمن عليه او قديم البناء [٢].

وصور الخطأ الذي تقوم عليه مسؤولية الوكالة أما خطا مفترض او خطا ثابت[٣]، حيث تكون وكالة السياحة مسؤولة عن تعويض السائح عن الاضرار المادية جسدية كانت أم مالية[٤] ومن مصلحة السائح الرجوع على الوكالة مباشرة وفقا لأحكام المسؤولية العقدية عن خطئها الشخصي بوصفها مقاولاً وذلك لسهولة اثبات الخطأ.

ومن استقراء نصوص المواد (١٨٦-٢٣٢/ مدني عراقي) نجد ان المشرع العراقي نص على التعويض عن الاضرار المادية وحصر التعويض عن

---

[١] ينظر: د. اشرف جابر سيد ، مصدر سابق ، ص١٠٥ وما بعدها، ود. احمد السعيد الزقرد، عقد الرحلة، مصدر سابق، ص ١٧٩ وما بعدها.

[٢] لان القاضي في نظرته لعقد السفرة السياحية يعد السائح طرفا غير مهني وعلى العكس من ذلك تعتبر وكالة السياحة الطرف المهني المحترف لذلك تشدد مسؤوليتها وتعتبر اخطاءها جسيمة د. عبد الفضيل محمد احمد ، وكالات السياحة والسفر ، الشركات السياحية ، مصدر سابق، ص ١٢٦.

[٣] ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، الجزء الاول ، منشاة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤، ص٥٣٦؛ و رمضان ابو السعود ، مصادر الالتزام ، الطبعة الثالثة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ٢٠٠٣، ص٢٣٥.

[٤] " للمزيد ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٥٦٠؛ و د. حسن علي الذنون ،النظرية العامة للالتزامات ، مطبعة الجامعة المستنصرية ، بغداد، ١٩٧٦ ، ص١٨٣.

الاضرار الأدبية في نص المادة(١/٢٠٥) والتي جاء فيها (يتناول حق التعويض الضرر الادبي كذلك فكل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المعتدي مسؤولاً عن التعويض) ويمكن تطويع النص في حالة الاخلال الصادر من وكالة السياحة في حالة تقييد حرية السائح في الخروج من الفندق في اوقات معينة أو تغير الفنادق المحددة في البرنامج السياحي، لذلك تعمد الوكالات الى وضع بند في برنامجها تنفي فيه مسؤوليتها في حالة السياح الذين لا يلتزمون بالكروب السياحي وبالتالي لا تقوم بالتعويض عن اي اضرار ، مع التاكيد على ان مسؤولية الوكالة تنحصر في علاقة الوكالة بالسياح ولا يتعدى الى علاقة السياح بمقدمي الخدمات السياحية إذ تلتزم وكالة السياحة بالتحري الدقيق عن مقدمي الخدمة من اصحاب الفنادق والمطاعم وغيرها.

فاذا كان مقدم الخدمة السياحية اجنبياً ويصعب الحصول على بيانات مؤكدة خاصة به وتم التعاقد معه بصورة عرضية ، كتعاقد سائح عراقي مع صاحب فندق في الاهرامات المصرية فكفاءته غير معلومة كما انه يكون مجهولاً من حيث يساره وملاءمته المالية خاصة اذا كان لا يرتبط مع الشركة السياحية باي صلة، ففي هذه الحالة لا يرجع السائح على الوكالة استنادا لاحكام المسؤولية العقدية، اما اذا كان مقدم الخدمة متعاقداً مع الوكالة السياحية فعندئذ تصبح وكالة السياحة مسؤولة عن الضرر الناتج بسبب سوء اختيارها لمقدمي الخدمات السياحية باعتباره احد الاشخاص الذين تعهد اليهم الشركة السياحية تنفيذ برنامجها السياحي[١]، أياً كانت طبيعة السفرة التي نظمتها الوكالة سواء أكانت شاملة ام كان دور الوكالة مقتصراً على الوساطة كحجز الفندق الذي يكون السائح قد اختاره مسبقاً ، وعليه فأنَّ مسؤولية وكالة السياحة لا تنتفي في حالة اشتراط الاعفاء منها وان كان بالامكان استثناءا التخلص من المسؤولية في الاحوال التي يكون فيها الضرر راجعاً لأسباب لا علاقة لها بالوكالة السياحية كالقوة القاهرة وخطأ السائح والسبب الاجنبي[٢]. وهنا يثار تساؤل حول مسؤولية وكالة السياحة عن فعل الغير من مقدمي الخدمات الذين تستعين بهم الوكالة لتنفيذ العقد[٣]، وتبرز اهمية هذه

---

[١] د.عبد الفضيل محمد احمد ،وكالات السفر والسياحة، الشركات السياحية ،مصدر سابق ، ص ١٢٩.

[٢]ونظرا لكون العقود التي تبرمها وكالات السياحة العراقية عقود شفهية فان مسالة تحديد مسؤولية تلك الوكالات يشوبها نوع من الصعوبة في الاثبات فلو كان هنالك عقد مبرم بصورته التقليدية بين الوكيل السياحي والسائح ويتم خلاله تحديد حقوق والتزامات كل من الطرفين، لكان من السهل قيام محكمة البداءة بالفصل في الدعوى.

[٣] لا يقصد بالغير الشخص الاجنبي الذي لا تربطه بالوكالة اي صلة لان كل ما يصدر عنه يعتبر سببا تنتفي به مسؤولية الوكالة وكذلك لا يعتبر من الغير تابعي الوكالة لأن الخطا الصادر من احدهم يقيم مسؤولية الوكالة عن خطئها الشخصي بل يقصد بالغير كل من يكلف بتنفيذ التزامات العقد السياحي كالفندقي.

المسؤولية على وجه الخصوص في السفرات السياحية خارج حدود الدولة وذلك حين يرتكب الفندقي او مقدمي الخدمات في الفندق فعلا من شانه أن يلحق ضررا بالسائح سواء أكان الفعل مشروعاً ام لا ، وقد يتعذر على السائح اللجوء الى القضاء بسبب الانظمة القضائية وكذلك مجهولية جنسية مقدم الخدمة وما يثيره ذلك من صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق كالتعاقد عبر الانترنت، وجدير بالذكر أن المشرع العراقي قد اخذ بهذا النوع من المسؤولية القائمة على فعل الغير[١]، فهنا لا يمكن القول بتحقق المسؤولية العقدية لوكالة السياحة الناتجة عن فعل ادارة الفندق الذي يعد من الغير، كونه لم يساهم في وضع بنود العقد الاصلي، واذ ما تحقق ضرر من قبله فإن المسؤولية التقصيرية لوكالة السياحة هي التي تتحقق بين طرفي العقد الاصلي لعدم وجود علاقة عقدية مباشرة مع ادارة الفندق[٢] الا ان انصار فكرة المجموعة العقدية الذين وسعوا من مفهوم الغير ليشمل كل شخص ساهم في تكوين العقد ولو كان طرفاً في عقد اخر يرتبط بالعقد الاصلي وان لم يكن له حق تعديل أو الغاء العلاقة العقدية السابقة، ومن ثمَّ يكون للغير الحق في الرجوع المباشر واقامة دعوى المسؤولية العقدية على وكالة السياحة استناداً الى الاستثناء الوارد في المادة (٨٨٣/مدني)[٣].

أما المشرع العراقي فقد عدَّ وكالات السياحة مسؤولة عن فعل الغير على أساس عمل تلك الوكالات المتمثل بعقد مقاولة وبالاستناد الى نص المادة (٨٨٢) من القانون المدني العراقي[٤] التي جعلت الوكالة بمثابة المقاول الاصلي الذي يكون مسؤولاً عن اخطاء المقاول من الباطن (الاشخاص الذين تستعين بهم

---

[١] نصت المادة (٢/٢٥٩) (وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا التي تنشأ عن غشه او عن خطأه الجسيم ، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته من الغش او الخطأ الجسيم الذي يقع من اشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه).

[٢] ان فكرة المجموعة العقدية هي نتاج الفقه الفرنسي الذي سعى الى حماية المتعاقد من التزامه بالتعويض وفق احكام المسؤولية التقصيرية خلافاً لتوقعاته للمزيد عن هذه الفكرة ينظر: د. فيصل زكي عبد الواحد ،المسؤولية المدنية في اطار الاسرة العقدية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس ، القاهرة ،١٩٩١، ص١٤٢، د. محمود عبد الحي بيصار، المشكلات القانونية لمبدأ نسبية اثر العقد، اطروحة دكتوراه ، جامعة عين شمس، ٢٠٠٩، ص١٨٨؛ نور نزار جاسم ، مسؤولية المتعاقد قبل الغير في اطار المجموعة العقدية ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة النهرين ، بغداد ، ٢٠١٧، ص٨٤.

[٣] نصت المادة (١/٨٨٣) على (يكون للمقاول الثاني وللعمال الذين اشتغلوا لحساب المقاول الأول في تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لهم في ذمة المقاول، بشرط ان لا يتجاوز القدر الذي يكون مديناً به للمقاول الاصلي وقت رفع الدعوى ويكون لعمال المقاول الثاني مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الاصلي و رب العمل). ومن هذا النص نجد ان المشرع العراقي قد اخذ بفكرة المجموعة العقدية بشكل ضمني.

[٤] تنص المادة(٨٨٢ /١)على (يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل في جملته او في جزء منه الى مقاول اخر اذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد او لم تكن طبيعة العمل مما يفترض معه قصد الركون الى كفايته الشخصية. ٢- ولكنه يبقى في هذه الحالة مسؤولاً نحو رب العمل عن المقاول الثاني).

الوكالة لتنفيذ كل او جزء من التزاماتها) في مواجهه السائح الذي يعدَّ في هذا الفرض رب العمل.

فالوكيل السياحي تصرف بشكل مقاول وأُوكل إليه اتمام تنفيذ التزامات مقاول اخر وهنا تكون الوكالة (المقاول الاصلي) مسؤولة امام السائح عن اخطاء ارتكبها المقاول الفرعي مثل سقوط سائح في مصعد الفندق وغيرها من الحالات التي تقيم مسؤولية الوكالة عن افعال مقدمي الخدمات الذين تعهد اليهم تنفيذ كل او جزء من عقد السفرة السياحية حتى لو لم يصدر خطا من قبل الوكالة[١]. ويتضح لنا وفق فكرة المجموعة العقدية أن نطاق المسؤولية العقدية القائمة على اساس افعال التابعين اوسع من المسؤولية التقصيرية إذ أن تحقق هذه المسؤولية يستلزم وجود رابطة تبعية بين التابع والمتبوع بينما لا يشترط وجود اي رابطة او علاقة لقيام المسؤولية العقدية عن فعل الغير[٢].

الفرع الثاني :المسؤولية التقصيرية لوكالات السياحة والقانون الذي يحكمها

الاصل في المسؤولية المدنية لوكالة السياحة ان تكون مسؤولية عقدية الا انها يمكن ان تكون مسؤولية تقصيرية تنشأ عن الفعل الضار ومن ثم تخضع للقانون المحلي (قانون محل الفعل المنشئ للالتزام)، فيعتد بمحل وقوع الضرر كونه العنصر الجوهري للمسؤولية لأن مقدار التعويض يقاس استنادا الى الضرر وليس الى جسامة الخطأ[٣] ، ولا يفوتنا القول ان تطبيق القانون المحلي قد يثير صعوبة عند تعدد اماكن وقوع الفعل (توزيع الوقائع على عدة دول) حيث تتوزع العناصر المكونة للفعل الضار على عدة دول ، وتحتمل هذه المسالة عدة حلول الاول يذهب الى إن حل هذا الاشكال يتمثل بالاعتداد بالمكان الذي تحققت فيه اخر واقعة ترتب عليها وقوع الضرر باعتبار أن هذه الواقعة تمثل السبب الاكثر صلة بالالتزام من الناحية الزمنية ، في حين ذهب بعض الفقه والقضاء الفرنسي الى الزام القاضي عند تقديره للواقعة بالاختصاص لقانون المحل الذي حدث فيه الضرر الرئيسي[٤] ، اما الفرض الثاني والمتمثل بالسماح للقاضي باستخدام سلطته

---

[١]د. دلال يزيد، الحماية القانونية للسائح في ضوء عقد السياحة ، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد الحادي عشر،٢٠١٤، الجزائر، ص٨٤ هامش رقم ٥٥.

[٢] د. حسن علي الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني ، المسؤولية عن فعل الغير ، دار وائل للنشر ،الطبعة الاولى ،الاردن ، ٢٠٠٦، ص ٧٥.

[٣] للمزيد ينظر د. منصور مصطفى منصور ، مصدر سابق ، ص٣٢٨.

[٤] د. عبد الرسول عبد الرضا ، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للقاضي في المسؤولية التقصيرية ، دراسة مقارنة في اطار القانون الدولي الخاص ، بحث مقدم لمجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، العدد الثالث ، السنة التاسعة ، ٢٠١٧، ص ١٤٧.

وحل النزاع وفق قانون محل وقوع الحادث تطبيقاً لقاعدة دور القضاء في وقاية المجتمع من الاعمال غير المشروعة وتغير هذا الفرض وذلك بتطبيق قانون الدولة التي وقع فيها الضرر الرئيسي [١] والفرض الاخير متمثل بمنح القاضي سلطة تقديرية في اختيار القانون الاصلح من بين قانون محل وقوع الفعل الضار أو قانون محل حدوث الضرر، والمشرع العراقي اورد نصا صريحاً بتطبيق(قانون الدولة التي وقع فيها الفعل المنشئ للالتزام) فهنا ترك المشرع العراقي المجال مفتوحا امام القاضي عند تحديد القانون الواجب التطبيق في استخدام سلطته التقديرية في كل واقعة على حدا وفق ظروف وملابسات الدعوى وتطبيق القانون الاصلح للمتضررين كونه طرفاً محايداً يسعى الى تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة للخصوم حيث ان مصلحة مرتكب الضرر تكون بعدم مسؤوليته عن فعل يمكن ان يعد فعلاً مشروعاً وفق للقانون الذي ارتكب فيه هذا الفعل ، ومصلحة المتضرر من خلال حصوله على تعويض عادل للضرر الذي اصابه [٢].

الخاتمة

بعد ان انهينا بحثنا توصلنا الى مجموعة من الاستنتاجات والتوصيات وكالاتي :

الاستنتاجات

- السفرة السياحية في حقيقتها تمثل الاتفاق المبرم بين طرفين احدهما محترف (وكالة السياحة) والأخر هو(السائح) تلتزم بمقتضاه الوكالة بتقديم الخدمات السياحية المتفق عليها ضمن البرنامج السياحي سواء أكانت الرحلة جماعية أم فردية لقاء مقابل معين

- تتخذ السفرة السياحية صورتين تتجسد اولاهما بتنظيم عقد شامل للسفرة اما الصورة الثانية فتتمثل بعقد محدد يشمل السفرات الفردية .

- يتميز عقد السفرة السياحية بعدة خصائص عامة يشترك بها مع غيره من العقود، فهو عقد ملزم للطرفين (وكالة السياحة– السائح) كما انه عقد معاوضة حيث يلتزم العميل بسداد مقابل التمتع بالخدمة السياحية المحدد من قبل وكالة السياحة فضلاً عن كونه من عقود المدة ، الا ان هناك مجموعة من الخصائص ينفرد بها عقد السفرة السياحية كونه عقد تجاري غير مسمى وهو من عقود الاذعان فضلا عن كونه من عقود الخدمة المركبة .

---

[١] د. جبار صابر طه ، اقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر ، دارسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية ، جامعة صلاح الدين ، ١٩٨٤، ص٣٢٩.

[٢] عبد الرسول عبد الرضا، تغير ضوابط الاسناد في عقود القانون الخاص ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة بابل ، ١٩٩٩، ص٤٢ وما بعدها.

- في ظل التطور الحاصل لا يمكن الاخذ بفكرة تجزئة عقد السفرة السياحية لان دور وكالة السياحة لا يقتصر على مجرد الوساطة بل تعدى ذلك الى تنظيم رحلة شاملة بكل متطلباتها فهو عقد واحد غير قابل للتجزئة.
-إن حجز الغرفة في الفندق السياحي هو احد أجزاء عقد السفرة السياحية، وهنا يقع على عاتق وكالة السياحة كافة الالتزامات المترتبة على الفندقي وكذلك الحال بالنسبة لمسؤولية وكالة السياحة. أماعن الرحلات الفردية التي تنظمها وكالة السياحة فأن مسؤوليتها تنحصر في اختيار مقدم خدمة الإقامة الفندقية فتسال عن الأخطاء التي يرتكبها مقدموا الخدمات .
- تسأل وكالة السياحة عن خطاها في اختيار الفندق او مقدمي الخدمات داخله ولذلك تلزم بالاستعلام عن مدى ملائمة الفندق الذي تعاقدت معه لاقامة السياح وتوفير متطلبات الراحة لهم، كما تلزم الوكالة بالتحقق من مدى كفاءة مقدمي الخدمات السياحية فضلاً عن توفير الضمانات وخدمات الضمان والسلامة والامان.
-عقد حجز العرفة في السفرة السياحية من عقود الثقة القائمة على الاعتبار الشخصي كون المدين (وكالة السياحة) مهني محترف ويقتصر التزام السائح بتسديد ثمن السفرة كونه من اهم الالتزامات المترتبة بذمة السائح تجاه وكالة السياحة .
- نظرا لدولية عقد السفرة السياحية فان القانون الواجب التطبيق عند حدوث النزاع هو قانون الارادة او قانون مكان التنفيذ، اذا كانت السفرة السياحية في دولة واحدة، او قانون مركز ادارة الاعمال، اذا كانت السفرة السياحية لأكثر من دولة .
-قد يثير تعيين القانون الذي يحكم حجز الغرفة في السفرة السياحية صعوبة مردها انتفاء السلطة في المحل الذي يتم فيه تنفيذ العقد او عدم خضوعه لسيادة دولة ما، مثال ذلك السفرات السياحية التي تجري في القطب الجنوبي او في اعالي البحار او في الفضاء الخارجي ، ففي مثل هذه الفروض قد يطبق القانون الشخصي أي قانون علم السفينة او علم الطائرة اذا كان تنفيذ العقد يجري على متنها. او قانون القاضي المرفوع امامه النزاع .
- تتميز مسؤولية وكالة السياحة في مواجهة السائح بانها ذات طابع مزدوج حيث تسال الوكالة عن كل تقصير وخطأ شخصي يصدر منها كما تسال عقديا عن فعل الغير (مقدمي الخدمة –الفندقي) الذين تستعين بهم الوكالة لتنفيذ التزاماتها.
-الاصل في المسؤولية المدنية لوكالة السياحة ان تكون مسؤولية عقدية الا انها يمكن ان تكون مسؤولية تقصيرية تنشأ عن الفعل الضار ومن ثم تخضع للقانون المحلي (قانون محل الفعل المنشئ للالتزام)، فيعتد بمحل وقوع الضرر كونه

العنصر الجوهري للمسؤولية لأن مقدار التعويض يقاس استنادا الى الضرر وليس الى جسامة الخطأ.

التوصيات

-تنظيم عقد السفرة السياحية بنصوص قانونية ثابتة من حيث تحديد طبيعته وبيان الالتزامات المترتبة عليه .

- النص صراحة على عد قانون العنصر المميز في العقد هو القانون الواجب التطبيق لضمان تحقيق العدالة .

- التاكيد على حق السائح في ضمان سلامته ومن ثم تعويضه عن اي ضرر يلحق به في اي مرحلة من مراحل تنفيذ عقد السفرة السياحية لاسيما عند اقامته في الفندق الذي قامت وكالة السياحة بحجزه لاقامة السياح فيه .

-التركيز على الشكلية في عقد السفرة السياحية لضمان حقوق السائح كون اغلب العقود التي تبرمها وكالات السياحة العراقية شفهية مما يؤدي الى ضياع حق السائح .

المصادر

[١]- د. احمد السعيد الزقرد، عقد النزول بالفندق، دراسة في التزامات الفندقي والمسؤولية المدنية في مواجهة السائح أو العميل، المكتبة العصرية،الطبعة الأولى،مصر، ٢٠٠٨.

[٢]- د. احمد مخلوف ،المطول في شرح قانون التجارة المصري الجديد والبورصة المصرية ،الجزء الأول، دار النهضة العربية ،القاهرة، ٢٠٠٥.

[٣]- د.احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي،(الالكتروني- السياحي –البيئي)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة ،٢٠٠٠.

[٤]- د. ايمن فوزي المستكاوي ،عقد الفندقة ،الالتزامات والحقوق الناشئة عنه ،دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ،دار الفكر الجامعي ، الطبعة الأولى، الإسكندرية ، ٢٠٠٨.

[٥]- د.باسم محمد صالح–القانون التجاري،القسم الأول،مطبعة جامعة بغداد، ١٩٨٧.

[٦]-د.بتول صراوة عبادي،العقد السياحي،دراسة قانونية مقارنة،منشورات الحلبي،الطبعة الأولى، ٢٠١٢.

[٧]- د. جبار صابر طه ، اقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر ، دارسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية ، جامعة صلاح الدين ، ١٩٨٤.

[٨]-جمال عبد الرحمن محمد علي، العقد السياحي، مطبعة علوم بني سويف، القاهرة ، ٢٠٠٣.

٩- د. حسن علي الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني ، المسؤولية عن فعل الغير ، دار وائل للنشر ،الطبعة الاولى ،الاردن ، ٢٠٠٦.

[١٠]- د. حسن علي الذنون ،النظرية العامة للالتزامات ، مطبعة الجامعة المستنصرية ، بغداد، ١٩٧٦.

١١- د. خالد جمال احمد ، الالتزام بالأعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية ، القاهرة ،٢٠٠٣ .

١٢- د. خميس خضير،عقد البيع في القانون المدني، الطبعة الثانية، مكتبة القاهرة الحديثة،دار الحمامي للطباعة،القاهرة، ١٩٧٢.

[١٣]-د.خالد عبد الفتاح محمد خليل،حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص،دار النهضة العربية،القاهرة ،٢٠٠٢.

١٤- رمضان ابو السعود، مصادر الالتزام،الطبعة الثالثة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية، ٢٠٠٣.

١٥- سامان سليمان اليأس الخالتي،عقد الرحلة السياحية، دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، دار الكتب القانونية،مصر، ٢٠٠٩.
١٦- د.سعيد سعد عبد السلام،الالتزام بالإفضاء في العقود،الطبعة الأولى،دار النهضة العربية،القاهرة، ٢٠٠٠.
١٧-د. سهير منتصر ،الالتزام بالتبصير ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة.
١٨- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، الجزء الاول ، منشاة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤.
١٩- د. عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،الجزء الأول،مصادر الالتزام ، دار أحياء التراث العربي،بيروت،بدون سنة طبع .
٢٠- د.عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام ، الجزء الأول، دار النشر للجامعات المصرية،القاهرة، ١٩٥٢.
٢١- د.عبد المجيد الحكيم ود.عبد الباقي البكري والأستاذ. محمد طه البشير،الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي،الجزء الأول ،في المصادر،الطبعة الرابعة ،العاتك لصناعة الكتاب،القاهرة، ٢٠١٠.
٢٢- د. عبد الفضيل محمد احمد ، وكالات السفر والسياحة من الوجهة القانونية، المطبعة العربية الحديثة، مكتبة الجلاء الجديدة للنشر والتوزيع ،المنصورة ، ١٩٩٢.
٢٣- د. عبد الفضيل محمد احمد ،وكالات السفر والسياحة، الشركات السياحية، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي ، مكتبة الجلاء ، بدون سنة و مكان طبع.
٢٤- د. عبد الودود يحيى،الوجيز في نظرية الالتزام ،(المصادر –الأحكام-الإثبات) ،دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع،القاهرة، ١٩٩٤.
٢٥- فاتن حسين حوى،الوجيز في حماية المستهلك دراسة في احكام القانون اللبناني مع الاشارة الى حماية المستهلك المتعاقد عن بعد الكترونياً، منشورات الحلبي الحقوقية ،الطبعة الاولى،بيروت ،٢٠١٢.
٢٦- د.فيصل زكي عبد الواحد،المسؤولية المدنية في اطار الاسرة العقدية،كلية الحقوق،جامعة عين شمس، القاهرة ، ١٩٩١.
٢٧- د.فؤاد عبد المنعم رياض،ود.سامية راشد،اصول تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي،دار النهضة العربية، القاهرة،١٩٩٠.
٢٨-د.مثنى طه الحوري،العلاقات القانونية في صناعة الضيافة،الطبعة الأولى،مؤسسة العراق للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٤.
٢٩- د.محمد عبدالله المؤيد،القانون الدولي الخاص،تنازع القوانين، ط١،صنعاء، ١٩٩٩.
٣٠- د. محمد عبد الظاهر حسين ،عقد الفندقة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.
٣١- السيد محمد السيد عمران،الالتزام بالأعلام الالكتروني قبل التعاقدعبر شبكة الانترنت،دراسة مقارنة،الطبعة الأولى،دار الجامعة الجديدة، مصر، الاسكندرية، ٢٠١٦.
٣٢- د. محمود عبد الحي بيصار، المشكلات القانونية لمبدأ نسبية اثر العقد، اطروحة دكتوراه ، جامعة عين شمس، ٢٠٠٩.
٣٣- د.مصطفى الجمال،مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية،الإسكندرية ،مصر، ١٩٩٦.
٣٤-د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدي بالأدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض انواع العقود،دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٩٠.
٣٥- د.هشام علي صادق، تنازع القوانين، منشاة المعارف، الاسكندرية، ط٢ ، ١٩٧٢.
٣٦- عبد الرسول عبد الرضا– تغير ضوابط الاسناد في عقود القانون الخاص – رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة بابل – ١٩٩٩.

٣٧- د.محمود التلتي، النظرية العامة لالتزام بضمان السلامة،اطروحة دكتوراه،كلية الحقوق،جامعة عين شمس، ١٩٨٨.
٣٨- معتز محمد الصادق المهدي،عقد الفندقة والمسؤولية الناشئة عنه،أطروحة دكتوراه،كلية الحقوق،جامعة القاهرة ،.٢٠٠٣
٣٩- نور نزار جاسم ، مسؤولية المتعاقد قبل الغير في اطار المجموعة العقدية ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة النهرين ، بغداد ،٢٠١٧.
٤٠-فاروق إبراهيم جاسم، الوجيز في القانون التجاري العراقي، الطبعة الأولى، مطبعة دار السيسبان ،بغداد، .٢٠١٥
41) Bourel,(P.),Les Conflits De Lois En Matiere D'Obligations Extracontractuelles , These', Paris, 1961.
٤٢- د. حمد السعيد الزقرد،الروابط القانونية الناشئة عن عقد الرحلة،مجلة الحقوق،جامعة الكويت،العدد الاول،السنة الثانية والعشرون،.١٩٩٨
٤٣- د. دلال يزيد،الحماية القانونية للسائح في ضوء عقد السياحة ، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد الحادي عشر،٢٠١٤، الجزائر.
٤٤- د. زينة غانم العبيدي ،م. سارة احمد حمد العبيدي ، عقد السياحة الالكتروني ، دراسة تحليلية مقارنة ،بحث مقدم لمجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية ، العدد ٧ السنة ٢.
٤٥- د. عبد الرسول عبد الرضا ، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للقاضي في المسؤولية التقصيرية ، دراسة مقارنة في اطار القانون الدولي الخاص ، بحث مقدم لمجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية – العدد الثالث – السنة التاسعة – ٢٠١٧.
٤٦- د.صلاح الدين عبد الوهاب، مسؤولية وكالات السفر والسياحة عن أعمالها، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ،كلية الحقوق، جامعة عين شمس،السنة التاسعة،العدد الثاني،.١٩٦٧
٤٧- د.كركوي مباركة حنان،التزامات السائح التعاقدية المترتبة عن تنفيذ عقد السياحة والاسفار في مواجهة الوكالة السياحية،بحث مقدم لمجلة دفاتر السياسة والقانون،جامعة ورقلة،عدد خاص جوان، ٢٠١٨.

الفصل بين الدين والدولة في قضاء المحكمة العليا الأمريكية

أ.م.د حسين جبر حسين الشويلي
عميد كلية القانون في جامعة سومر

الملخص

يحتل بند التأسيس الوارد في التعديل الأول للدستور الأمريكي مكانة خاصة في النظام القضائي الأمريكي ، ويفسر هذا البند وفق مبدأ الفصل بين الدين والدولة . غير أن هذا المبدأ يصدم أحيانا مع حرية العقيدة الدينية التي وردت في ذات التعديل . وقد وجدت المحكمة العليا صعوبة كبيرة في الموازنة بين مبدا الفصل بين الدين والدولة الذي فسره البعض وفق عبارة جيفرسون الشهيرة ((وضع جدار فاصل بين الدين والدولة)) من جهة ، وبين حرية العقيدة الدينية . ففي أحيان كثيرة ، واجهت المحكمة وقائع يمكن أن تفسر على أنها تدخل من الحكومة وانحيازا منها إلى معتقد معين ، وذلك أمر غير دستوري وفق التعديل الأول ، كما يمكن أن تفسر ، في ذات الوقت ، على أنها جزء من حرية العقيدة التي يضمنها التعديل ذاته.

هذا البحث ، يتتبع مجموعة من قرارات المحكمة العليا في هذا النطاق . ويتضمن مطلبين . المطلب الأول مخصص لمجموعة من القرارات التي قضت فيها المحكمة بعدم دستورية بعض التشريعات لمخالفتها لمبدأ الفصل بين السلطات ، مع الملاحظات التي أوردها الباحث حول تلك القرارات . أما المطلب الثاني فيتضمن أهم قرارات المحكمة التي قضت فيها بعدم معارضة التشريعات والأعمال القانونية المعترض عليها أمام المحمة ، مع إيراد لبعض الآراء المعارضة لقرارات الأغلبية في المحكمة وبعض ملاحظات الباحث.

Summery

Establishment Clouse, which involved in the first amendment of the U.S.A constitution, takes a very important place in American Judicial Regime. This clause is interpolated according to the doctrine of (Separation between Church and State). Sometimes the Doctrine of (Separation between Church and State) conflict with the freedom of

religion which is mentioned in the same amendment. Federal Supreme Court of United States have confronted a very hard task to make a balance between this doctrine , which ,from jurists perspectives , make a wall between church and state , according to the famous phrase of Jefferson, and the freedom of religion from the other side . Many times , the Supreme Court have faced with specific facts which could be interpreted as an interference of the government in religion , and that is unconstitutional according to the first amendment. In the same time, these specific facts could be interpreted as a part of the freedom of religion.

This research investigates several decisions of the American Supreme Court divided into two chapters. The first one includes those decisions in which the Supreme Court saw that a specific legislation or legal act is unconstitutional as it violates the doctrine of separation between church and state, with the notes of the researcher. While the second chapter includes those decisions when the court decide that there is not any breach of the constitution, with some descending opinions and the notes of the researcher.

مقدمة

يعد التعديل الأول الذي وضع على الدستور الأمريكي ١٧٨٩ والذي أقر عام ١٧٩٢ من النصوص المهمة الواردة فيه . وكان تسلسل التعديل في المقترح هو التسلسل الثالث من بين ١٢ مقترحا لوضع ما يسمى بوثيقة الحقوق (Bill of Rights) بوصفها تعديلا على الدستور ، غير أنه أصبح الأول بعد رفض النصين الأول والثاني في المقترح ، وأحد هذين النصين أعيد إقراره بوصفه التعديل السابع والعشرين عام ١٩٩٢.

وقد تضمنت المقترحات العشرة التي أقرت بوصفها التعديلات العشرة الأولى مجموعة من القيود التي وضعت على سلطة الهيئات الاتحادية بخصوص الدين والصحافة وتكوين الجمعيات والاجراءات الجنائية وغيرها . وقد خصص التعديل الأول لما يخص الدين متضمنا بندين هما بند التأسيس (Establishment Clause) وبند حرية العقيدة (Freedom of Religion) . وقد جاءت عبارته على النحو الآتي(لا يصدر الكونغرس أي قانون خاص بإقامة دين من الأديان أو يمنع حرية ممارسته، أو يحد من حرية الكلام أو الصحافة، أو من حق الناس في الإجتماع سلميا، وفي مطالبة الحكومة بإنصافهم من الإجحاف.)[١]

[١] - المكتبة العربية لحقوق الإنسان في جامعة منيسوتا على الموقع الألكتروني
http://hrlibrary.umn.edu/arabic/us-con.html

غير أن هذا التعديل كان ملزما في بداية الأمر للسلطات الإتحادية دون سلطات الولايات ، ثم امتد أثره ليلزم سلطات الولايات بعد إقرار التعديل الرابع عشر، وذلك بعد تفسير المحكمة الذي ذهب إلى أن بند الإجراءات القانونية الإصولية وبند الحماية المتساوية للقوانين، المنصوص عليهما في الفقرة الأولى من هذا التعديل، يفرضان على الولايات احترام حقوق المواطنين الواردة في الدستور الاتحادي . وقد جاء نص الفقرة الأولى من التعديل الرابع عشر على النحو الآتي (جميع الأشخاص المولودين في الولايات المتحدة أو المتجنسين بجنسيتها والخاضعين لسلطاتها يعتبرون من مواطني الولايات المتحدة ومواطني الولايات التي يقيمون فيها. ولا يجوز لأية ولاية أن تضع أو تطبق أي قانون ينتقص من امتيازات أو حصانات مواطني الولايات المتحدة . كما لا يجوز لاية ولاية أن تحرم اي شخص من الحياة أو الحرية أو الممتلكات دون مراعاة الإجراءات القانونية الأصولية. ولا أن تحرم أي شخص خاضع لسلطانها من المساواة في حماية القوانين.)[١]

وبالرجوع الى ما ورد في التعديل الأول ، نتناول في هذا البحث ، ما يخص بند التأسيس ، الذي يمنع الدولة من تبني دين ، والذي فسر على أنه يضع جدارا بين الدين والدولة ، وهو ما يسمى ب (Separation Between Church and State). فنقسم البحث إلى مطلبين . نتناول في المطلب الأول أهم القضايا التي قضت بها المحكمة العليا بعدم دستورية بعض التشريعات لأنها تعد خرقا لهذا المبدأ ، بينما نتناول في المطلب الثاني أهم قرارات المحكمة التي ذهبت فيها إلى أن تشريعا أو عملا قانونيا ما لا يعد خرقا لبند التأسيس.

المطلب الأول: قرارات المحكمة بعدم الدستورية لمخالفة مبدا الفصل بين الدين والدولة

نورد في هذا المطلب أهم قرارات المحكمة التي قضت فيها بعدم دستورية تشريع أو عمل قانوني مطعون به أمامها ، مع ملاحظاتنا المستخلصة من استقراء حيثيات تلك القرارات . وسنركز في ملاحظاتنا على المعايير التي تستخدمها المحكمة للفصل بين ما يعد مخالفا لمبدأ الفصل بين الدين والدولة وبين ما لا يعد كذلك من تلك التشريعات والأعمال القانونية . كما سنركز على بيان الصعوبة التي تواجهها المحكمة في خلق موازنة بين الحفاظ على مبدأ فصل الدين عن الدولة ومبدأ حرية العقيدة المنصوص عليهما في التعديل الأول للدستور الأمريكي . وسنورد هذه القضايا حسب تسلسلها التأريخي.

---

[١] - المصدر السابق

قضية (McCollum v. Board of Education, Champaign County) ١٩٤٨

سمحت المدارس الحكومية في مقاطعة (Champaign) التابعة لولاية (Illinois) بإعطاء محاضرات دينية تدعمها جمعية للتعليم الديني . البرنامج يتضمن اقتطاع إدارات المدارس لوقت يتراوح بين ٣٠ الى ٤٠ دقيقة من الجدول الاسبوعي المعتاد ، وبالنسبة للطلاب غير الراغبين بحضور هذه المحاضرات الدينية فإن إدارات المدارس ستهيء لهم شيئا آخر يعملونه أثناء هذا الفراغ في الوقت ، على أن لا تدفع إدارات المدارس تكاليف هذه المحاضرات وإنما تتحملها الجمعية المذكورة ، وعلى أن تؤخذ موافقة أولياء أمور الطلبة لحضور تلك المحاضرات .

السيدة (McCollum) هي إمرأة لا تعتقد بأي دين ، وقد اعترضت لدى إدارة المدرسة على هذه المحاضرات الدينية ، مدعية أن ابنها (James) الذي هو أحد طلاب المدرسة يشعر بأنه منبوذ بسبب عم حضوره هذه المحاضرات . وعندما لم تلب إدارة المدرسة طلبها بإلغاء هذه المحاضرات قاضتها بدعوى أن هذا البرنامج يتعارض مع بند التأسيس المنصوص عليه في التعديل الأول ويخرق بند الحقوق المتساوية المنصوص عليه في التعديل الرابع عشر . غير أن محكمة المقاطعة قضت لصالح المدرسة ، وعندما ميزت السيدة قرار المحكمة قضت المحكمة العليا في ولاية Illinois بصحة حكم محكمة المقاطعة ، فتوجهت السيدة بدعواها إلى المحكمة الاتحادية العليا .

وقد نقضت المحكمة الإتحادية العليا حكم محكمة ولاية Illinois العليا ، ذاهبة إلى أن إعطاء محاضرات دينية في بنايات المدارس الحكومية وتخصيص جزء من الوقت الإسبوعي للدراسة، يتعارض مع التعديلين الأول والرابع عشر للدستور الأمريكي .

وقد ذهبت المحكمة في حيثيات حكمها إلى أنه من غير الدستوري إتاحة إمكانيات التعليم الحكومي المدعومة بالضرائب العامة إلى مؤسسات تهدف إلى التوجيه الديني ، حيث أن هذا البرنامج الذي تدعمه جمعية دينية هو ليس برنامجا مستقلا تماما ، وإنما تساهم فيه أيضا المدارس بوصفها مؤسسات حكومية بما توفره من بنايات لإعطاء هذه المحاضرات الدينية وبما تستقطعه من وقت للدراسة كان من المفترض ان يخصص للتعليم العلماني الذي من أجله وجدت المدارس الحكومية ومن أجله تخصص للتعليم مبالغ طائلة من إيرادات الضرائب .[١]

---

[1] - **McCollum v. Board of Education of School District Number 71 Champaign County , Illinois, 333. U.S. 203 (1948) The decision is available on the internet in brief detales at http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/mccollumvboard.html**

نلاحظ في هذا الحكم بأن المحكمة العليا ركزت على مسألة استخدام المال العام وإمكانيات التعليم الحكومي في دعم برامج دينية لتقضي بعدم الدستورية . غير أن ذلك لا يعني بأن مثل هذه البرامج تعد دستورية من وجهة نظر المحكمة إذا كان تمويلها بالمطلق لا يعتمد على المال العام . فسنلاحظ في قضايا أخرى بأن المحكمة استندت الى تداخل آخر بين عمل الحكومة مع البرامج الدينية يختلف عن التداخل المالي كما في هذه القضية . لذلك يجب أن نلاحظ بأن الإنفاق الحكومي هو ليس السبب الوحيد الذي يدفع المحكمة الى رفض التشريع ، غير أنه استخدم هنا لوضوحه على نحو لا يترك مجالا للشك بأن هناك خرقا لمبدأ الفصل بين الدين والدولة.

قضية (Engel v. Vitale) ١٩٦٢

مجلس وصاية الولاية في (New York) (وهو هيأة مشكلة بموجب دستور ولاية نيويورك) فرض تلاوة دعاء قصير في بداية كل يوم دراسي في المدارس . وعملا بذلك طلب مجلس التعليم في منطقة New Hyde bark التابعة لولاية نيويورك من المدارس التابعة لإدارته تلاوة هذا الدعاء في قاعة التدريس في بداية كل يوم دراسي بحضور مدرس الصف . ونص الدعاء هو ((يا إلهنا العظيم ، نحن نقر باعتمادنا عليك ونتوسل أليك بأن تحفظنا وتحفظ والدينا وأساتذتنا وبلادنا))

وبعد وقت قصير من تبني هذا الدعاء في المدارس ، إعترض عشرة من أولياء أمور الطلاب في المنطقة لدى محكمة ولاية نيويورك . وكان وجه اعتراضهم بأن هذا الدعاء يتعارض مع معتقداتهم ومعتقدات أولادهم الدينية ، مدعين بأن الدعاء أو الصلاة في المدارس الحكومية يعدان مخالفة للتعديل الأول للدستور المفروض تطبيقه على الولايات بموجب التعديل الرابع عشر.

غير أن محكمة الولاية ايدت قرار المجلس بتبني الدعاء أو الصلاة طالما أن أي أحد من الطلاب لا يجبر على أدائها إذا اعترض ولي أمره ، أي طالما أن من حق الطالب أن يلتزم الصمت أثناء أداء ذلك الدعاء أو إذا أراد أن لا يحضر الصف أثناء ذلك ، وقد عممت رسالة بهذا الشرط إلى جميع دافعي الضرائب في المقاطعة . وقد أكدت محكمة التمييز في نيويورك هذا الحكم فقدم المدعون تمييزا لدى المحكمة الإتحادية العليا.

قررت المحكمة العليا في حكمها بهذه القضية عدم دستورية قرار تلاوة دعاء أو صلاة في المدارس الحكومية . وقد جاء في قرار الأغلبية الذي وضعته المحكمة بأنها ترى إن إنشاء أو إقتراح تلاوة صلاة أو دعاء لأية مجموعة لا يعد جزءا من واجبات الحكومة . وبينت المحكمة بأن التعديل الأول قد أضيف إلى الدستور

الأمريكي ليمنع استخدام سلطة أو هيبة الحكومة على نحو يساعد على السيطرة أو الدعم أو التأثير في نوع الصلاة التي يؤديها المواطنون .

وبينت المحكمة أن شرط عدم الإجبار والسماح للطلبة بعدم الحضور أو التزام الصمت أثناء تأدية الدعاء ، لا ينقذ هذا القرار من العوار الدستوري . فالطلبة الممتنعون ربما تكون لهم الرغبة في أداء دعائهم الخاص وفق العقيدة التي يعتنقونها ووفق اللغة التي يريدون التعبير بها . وقد بينت المحكمة أن التعديل الأول لم يوضع إلا لوضع حد لتأثير الحكومة في الممارسات المتعلقة بالعقائد الدينية [1] .

من هذا الحكم نستخلص بأن المحكمة ترى أن مسألة الصلاة أو الدعاء هي مسألة متروكة لخيار الشخص ، وأن من غير المناسب أن تقترح الحكومة (عن طريق فرع منها متمثلا هنا بمجلس التعليم) على طلبة في هذه الأعمار نوع الصلاة التي تفضلها ، فالصلاة أو الدعاء هي تواصل داخلي بين الشخص وبين ربه ، يؤديه على النحو الذي يختاره هو. ونستخلص كذلك بأن المحكمة لا تعتد بالحرية التي تتركها المدرسة للطالب في الامتناع عن الصلاة بوصفها وسيلة لإضفاء الشرعية الدستورية على مثل هذا التشريع ، لأن هذه الحرية يقيدها الشعور اللاحق بالعزلة لدى الطالب الممتنع .

قضية (Abington School District v. Schempp) ١٩٦٣

بلدة Abington تقع في مقاطعة " Montgomery في ولاية Pennsylvania . بعد أن وضعت الولاية تشريعا يوجب قراءة أو تلاوة ما لا يقل عن عشر آيات من الكتاب المقدس بدون تعليق عليها عند بداية كل يوم دراسي ، مع إعطاء العذر للطلبة الذين لا يريدون الحضور بناءا على طلب مكتوب من أولياء أمورهم ، شرعت البلدة في تطبيق ذلك في مدارسها . غير أن أحد أولياء الأمور و يدعى (سكيمب) ، الذي يتبع وأفراد عائلته مذهبا مختلفا ، قد رفع دعوى يعارض فيها تطبيق هذا التشريع الذي وضعته الولاية . وقد تزامنت هذه الدعوى مع دعوى أخرى رفعتها سيدة تدعى موراي هي وابنها ضد تطبيق مشابه في مدينة Baltimore في ولاية Maryland يقتضي تلاوة ما يسمى ب (صلاة الرب) في افتتاح كل يوم مدرسي هناك . وقد بنيت الدعويان على معارضة قراءة الكتاب المقدس أو تلاوة صلاة الرب في المدارس الحكومية للتعديلين الأول والرابع عشر.

---

[1] - **James W. Fraser, Between Church and State- Religion and Public Education in a Multicultural America, St. Matins Press, New York, USA, 1999, pages 146-147.**

وفي هذه القضية ، قضت المحمة العليا بأن تشريع كل من ولاية Pennsylvania وولاية Maryland يعدان غير دستوريين لأنهما يتعارضان مع مبدأ الفصل بين الدين والدولة الوارد في التعديل الأول والمنطبق على سلطة الولايات وفق التعديل الرابع عشر . وقد بينت المحكمة ، بأن بند التأسيس، الوارد في التعديل الأول والمنطبق على الولايات وفق التعديل الرابع عشر، يلزم كل هيئات التشريع باحترام المعتقدات الدينية . وأن سلطة المحكمة إزاء مثل هذه التشريعات تمتد إلى الحكم بعدم دستوريتها إذا كان من الممكن لتطبيقها أن يخلف كبتا لمعتقد ديني معين . فإذا كان ذلك تكون الجهة التي أصدرت التشريع قد تجاوزت سلطاتها التي منحها لها الدستور. وفي هاتين الدعويين ، فإن تشريع كل من الولايتين يتطلب ممارسة دينية على نحو معين ، وهذه الممارسة الدينية تعد خرقا لحقوق كل من المدعيين . أما مسألة السماح بعدم حضور من يرفض من الطلبة بناءا على طلب ولي أمره ، فلا يقلل من غلواء طلب الممارسة الدينية ، ولا يرفع العوار الدستوري الذي أصاب هذين التشريعين بموجب بند التأسيس.[١]

في هذا الحكم استشرفت المحكمة مستقبل المجتمع الأمريكي في ظل التعدد الهائل للمعتقدات. فليس هناك معتقد سائد أو مهيمن في المجتمع الأمريكي ، وبخاصة بعد الهجرات المتلاحقة ، ولم يعد الاعتقاد الديني مقتصرا على المسيحية أو اليهودية ، وإنما امتد ليشمل الكثير من وجهات النظر ، سواء أكانت سماوية أم غير سماوية . بل امتد ليشمل حتى شريحة مهمة لا تؤمن بوجود الدين بالمطلق . ولذلك ركزت المحكة في حكمها على منع الكبت الديني، مبينة أن هذا المنع هو ضمانة من ضمانات حرية العقيدة وركيزة أساسية من ركائز مبدأ الفصل بين الدين والدولة.

قضية (Lemon v. Kurtzman) ١٩٧١

وقد وصلت هذه القضية إلى المحكمة العليا بعد أن وضعت كل من ولاية(Rhode Island) و (Pennsylvania) برنامجا لدعم المدارس الإبتدائية والثانوية الخاصة التابعة لبعض الكنائس والأبرشيات ، وبخاصة الكنيسة الكاثولوكية . وكان الهدف من كل من البرنامجين ، بحسب إدعاء الولايتين ، هو دعم التعليم العلماني في هذه المدارس . حيث يتضمن برنامج ولاية (Pennsylvania) تعهد الولاية بدفع رواتب المدرسين و تكاليف المناهج ووسائل التعليم الأخرى المخصصة في هذه المدارس للتعليم العلماني حصرا، بينما تضمن برنامج ولاية (Rhode Island) دفع الولاية لنسبة ١٥% من رواتب

[1] - **Lauren Maisel Goldsmith & James R. Dillon, The Hallowed Hope- the School Prayer Cases and Social Change, Saint Louis University Law Journal, Volume 59, 2015, page 420.**

المدرسين المتخصصين بالمواد العلمانية في هذه المدارس . وتضمن كل من البرنامجين ضرورة مراقبة الولايتين لهذا الدعم والتأكد من استخدامه في التعليم العلماني . وقد قضت محمة المنطقة الإتحادية (District Court) المؤلفة من ثلاثة قضاة بخصوص برنامج ولاية (Rhode Island) بأنه يعد خرقا لبند التأسيس الوارد في التعديل الأول ، بينما أيدت محكمة المنطقة المماثلة بخصوص Pennsylvania دستورية البرنامج.[١]

وبعد تمييز الحكمين أمام المحكمة الإتحادية العليا كان السؤال المطروح أمامها هو : هل أن برنامج كل من الولايتين يعد خرقا لبند التأسيس الوارد في التعديل الأول والمنطبق على الولايات بموجب التعديل الرابع عشر ؟ وما هو المعيار الأمثل للتميز بين ما هو دستوري وما هو غير دستوري من أعمال الولايات في مثل هذه القضايا؟

وقد قضت المحكمة العليا بعدم دستورية كل من البرنامجين لمخالفتهما لمبدأ الفصل بين الدين والدولة ، ذاهبة إلى أن التعديل الأول قد وضع لمنع استخدام سيادة الدولة في تقديم الدعم المالي أو المعنوي لأي نشاط ديني.

وقد وضعت المحكمة في هذا الحكم أسسا لتكون معيارا للتفريق بين التشريع الذي يعد مدنيا بحتا ، ومن ثم لا يعد مخالفا لبند التأسيس ، وبين التشريع الذي يجب إبطاله لكونه يعد مخالفا لهذا البند . والمعيار الذي وضعته المحكمة في هذا الجانب يرتكز على ثلاثة أسس أو مبادئ. ومن ثم فإن الأسس الثلاثة التي يجب أن تتوفر في كل عمل قانوني لكي لا يوصم بعدم الدستورية هي أن يستهدف أهدافا مدنية وغير دينية أولا ، وأن آثاره المتوقعة يجب أن تكون غير مساعدة على تعزيز انتشار دين معين أو منع انتشار دين معين ثانيا، وأن تطبيقه يجب أن لا يخلق تداخلا واضحا بين العمل المدني للحكومة وبين الممارسات العقائدية الدينية.[٢]

ومن تطبيق هذا المعيار على وقائع هذه القضية استنتجت المحكمة أنه حتى لو كانت الأهداف المعلنة للبرنامجين هي تعزيز التعليم العلماني في المدارس الدينية ، فإن من غير الأكيد أن تستطيع سلطات الولايتين ضمان علمانية المناهج محل الدعم ولا حيادية المدرسين . أما الآثار التي يمكن أن تنتج عن التطبيق فهي امكانية إحداث انقسامات سياسية مبنية على أسس دينية .[٣]

---

[1] - Eric Rassbach, Lemon - Marsh and Refunding Establishment Clause Jurisprudence, Rutgers Journal of Law and Religion, Volume 15, 2014, page 490.

[2] - Lauren Maisel Goldsmith & James R. Dillon, Ibid, page 421

[3] - John R. Vile, Ibid, Page 215.

هذه القضية تعد مهمة جدا في سياق قضاء المحكمة العليا الأمريكية بخصوص مسألة الفصل بين الدين والدولة ، إذ وضعت المحكمة في حيثيات حكمها في هذه القضية معيارا عاما للتعامل مع هذا النوع من الإدعاء ، وقد سمي هذا المعيار بمعيار (ليمون) (Lemon Taste).[1] وتعد هذه القضية والمعيار المستخلص منها السابقة الأهم في هذا المضمار . فلطالما أطاحت المحكمة العليا بالكثير من التشريعات وفق معيار (Lemon) ، لأنه من النادر جدا أن يفلت التشريع المتعلق بالمسائل الدينية من القيود التي يتضمنها . فإذا تعدى التشريع عقبة الغاية المرجوة منه وثبت للمحكمة بأنها غاية علمانية وليست دينية ، فإن ذلك لا يمنع من أن تتلقاه العقبة الأخرى التي يضعها المعيار وهي عقبة الآثار التي يمكن أن يخلفها والتي يمكن أن تعطي ميزة لمعتقد على معتقد آخر أو تعطي ميزة للإعتقاد بوجه عام على عدم الإتقاد الذي ترى المحكمة أنه يجب أن يحترم أيضا ،. وحتى لو اجتاز التشريع كل ذلك بعد تقييم المحكمة ، فإنه من الممكن أن يصطدم بعقبة التطبيق وإمكانية التداخل الذي يخلفه ذلك التطبيق بين العمل الحكومي والممارسات العقائدية.

قضية (Wisconsin v. Yoder) ١٩٧٢

وضعت ولاية Wisconsin تشريعا يجبر أولياء الأمور على إرسال أولادهم الى المدارس الحكومية أو الأهلية لغاية بلوغهم السادسة عشرة من العمر .

بعض أولياء الأمور من طائفة ال (Amish) المسيحية (وهي طائفة تحاول التمسك بالحياة البسيطة والإبتعاد عن مظاهر الحياة الجديدة [2]) رفضوا الإنصياع لهذا التشريع بحجة أن التعليم الإعتيادي يتعارض مع معتقدات الطائفة وربما يضر بسلوكيات أبنائهم بما يخالف ما يريدونه لهم من نظام حياة . وفي الوقت الذي وافقوا به على إرسال أبنائهم إلى المدارس لغاية الصف الثامن لتعلم أساسيات القراءة والكتابة والحد الأدنى من التعليم الذي يمكنهم من التعامل مع المجتمعات الأخرى المحيطة بهم، رفضوا الإستمرار بإرسالهم لغاية بلوغ العمر المطلوب وفق تشريع الولاية . وبعد أن أدانتهم محكمة المقاطعة أيدتهم المحكمة العليا في الولاية وألغت حكم محكمة المقاطعة ،ذاهبة إلى أن التعديلين الأول والرابع عشر لا يتيحان للولاية إجبار أولياء الأمور على الاستمرار بإرسال

[1] - **C. Welton Gaddy & Barry W. Lynn, First Freedom First- A Citizen Guide to Protecting Religious Liberty and the Separation of Church and State, Beacon Press, Boston, USA, 2008, Page 105.**
[2] - **https://en.wikipedia.org/wiki/Amish**

أولادهم بعد الصف الثامن إلى المدارس الإعتيادية . فميزت حكومة الولاية الحكم أمام المحكمة الإتحادية العليا [١]

وقد قضت المحكمة العليا لصالح طائفة ال (Amish) وأيدت قرار المحكمة العليا في الولاية ، مبينة في حيثيات حكمها بأنه مهما كان الإهتمام الذي تبديه الولاية بضرورة التعليم فإنه لا يعطيها الحق بعدم مراعاة المصالح الخاصة للمواطنين . وتطرقت المحكمة إلى أن الطريقة التقليدية والبسيطة في الحياة ، التي يلتزم بها أتباع طائفة ال (Amish) هي ليست مجرد تفضيل شخصي وإنما هي واحدة من القناعات الدينية العميقة التي تتقاسمها مجموعة كبيرة منتظمة ، حيث ترتبط ارتباطا وثيقا بحياة هذه المجموعة. وأضافت المحكمة بأن طريقة الحياة، حتى لو كانت غريبة أو غير منتظمة، يجب أن لا تحارب فقط لكونها مختلفة، طالما أنها لا تضر بحقوق الآخرين ومصالحهم. وأن التعديل الأول والتعديل الرابع عشر يمنعان الولاية من تطبيق هذا القانون على أولياء أمور الأولاد من هذه الطائفة.[٢]

ويتضح لنا، من هذه القضية، مدى الصعوبة التي تلاقيها المحكمة أحيانا لإيجاد الموازنة بين مبدأ الفصل بين الدين والدولة من جهة وحرية العقيدة من الجهة الإخرى . فالمعروف أن مؤسسات الدولة بالغالب تسير على قواعد عامة يجب أن تتنطبق على الجميع، من حيث السلوك والملبس وغير ذلك، كما هو الحال في مؤسسات التعليم والجيش وغيرها ، غير أن هذه القواعد تتعارض أحيانا مع قواعد الأديان والمعتقدات التي يعتنقها بعض المنتمين إلى هذه المؤسسات .

قضية (Stone v, Graham) ١٩٨٠

في ولاية (Kentucky) صدر تشريع يفرض تعليق نسخة من (الوصايا العشرة [٣]) على حائط كل صف في المدارس الحكومية في الولاية، على أن لا تمول تكاليف هذه النسخ من المال العام وإنما من تبرعات خاصة.

وقد قضت المحكمة العليا الأمريكية بعدم دستورية تشريع الولاية. وبينت المحكمة في حكمها بأن سوابقها القضائية وضعت معيارا لإقرار دستورية مثل هذه التشريعات، وأن أي تشريع يخرج عن هذا المعيار لا يعد دستوريا، وأن هذا المعيار ينبني على ثلاثة مبادئ، هي وجوب استهداف التشريع لأهداف مدنية

---

[1] - Supreme court reporter , 406 U.S. 205, page 1526 , Colombia University , available athttp://www.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/gender-sexuality/yoder.pdf

[2] - The Compulsory School Attendance Case, Akron Law Review, Volume 6, 1973, pages 101-103.

[٣] - الوصايا العشرة ، هي تعاليم دينية واردة في العهد القديم ، ويؤمن بها أتباع كل الديانات السماوية . وهي تعاليم تتعلق بالأخلاق وبالعبادات تؤدي دورا كبيرا في حياة أتباع هذه الديانات حول وجوب التوحيد واحترام الوالدين والإيفاء بالعهد والإبتعاد عن الشرك والحنث باليمين وقتل النفس والزنا والسرقة والتفكير بالمعاصي. https://en.wikipedia.org/wiki/Ten_Commandments

وليست دينية، ووجوب أن لا يدعم التشريع معتقدا دينيا معينا أو يعرقل ممارسة معتقد معين، وضرورة أن لا يخلف التشريع عند تطبيقه آثارا تجعل من عمل الدولة متداخلا مع الممارسات الدينية . وبينت المحكمة بأن كل تشريع لا يتفق مع واحد من هذه المبادئ يعد باطلا لمخالفته لبند التأسيس . كما أوردت المحكمة في قرارها بأنه من غير المشكوك به بأن الهدف الواضح من لصق الوصايا العشرة على جدران الصفوف هو هدف ديني في طبيعته ، فليس هناك جدل بأن الوصايا العشرة هي نصوص دينية ، ولا يمكن لأي سرد في التشريع لأسباب مدنية دعت أليه أن يزيغ بصر المحكمة عن هذه الحقيقة . أما القول بأن المال العام لا يساهم في نفقات طبع هذه الملصقات فلا ينقذ التشريع من العوار الدستوري الذي لحقه ، لأن مجرد إتاحة المساحة لهذه الملصقات على جدران الصفوف في المدارس الحكومية يعد نوعا من الدعم الحكومي الذي يمنعه بند التأسيس.[١]

من الواضح، من استقراء هذا الحكم، بأن المحكمة، عندما تطبق معيار (Lemon)، تكتفي بأن التشريع يخرق واحدا من مبادئ هذا المعيار. فحين اتضح للمحكمة بأن التشريع يحمل أهدافا دينية وليست علمانية، لم تسترسل في آثاره أو في ما يخلفه تطبيقه من تداخل بين عمل الدولة وممارسة المعتقدات . كما يتضح من هذا الحكم أيضا بأن عدم مشاركة المال العام في التمويل لا ينقذ التشريع من المخالفة الدستورية.

قضية (Widmar v. Vincent) ١٩٨١

جامعة (Missouri) في مدينة (Kansas) إعتادت على فسح المجال أمام المجموعات الطلابية المسجلة رسميا لأن تمارس نشاطاتها من ندوات وتجمعات في ساحات الجامعة وفي الصفوف الخالية . ومن بين هذه المجموعات التي يتجاوز عددها المائة، هناك مجموعة طلابية دينية مسجلة رسميا تدعى (Cornerstone). وبعد أن اعتادت هذه المجموعة ، كأي مجموعة مسجلة أخرى، أن تمارس نشاطاتها في منتديات الجامعة وساحاتها ، وبعد أن قدمت طلبا، في إحدى المرات، لاستخدام قاعة فارغة من القاعات لعقد تجمع ، تفاجأت بقرار الجامعة برفض الطلب وتبليغ الجمعية بالتوقف عن ممارسة أي نشاط ذي طابع ديني في بنايات الجامعة أو في حدائقها.ولذلك رفعت مجموعة (Cornerstone) الطلابية دعوى زاعمة بأن هذا المنع يعد خرقا للحق في التعبير وحرية العقيدة الوارد في التعديل الأول وخرقا لمبدأ الحماية المتساوية للقوانينن الوارد في التعديل الرابع عشر. وقد قضت محكمة المنطقة الإتحادية لصالح قرار المدرسة أي

[1] - **Tarek Abdel- Monem, Posting the Ten Commandments as a Historical Document in Public Schools, Iowa Law Review , Volume 87, 2002, pages 1026-1028.**

بدستورية هذا المنع. وعند تمييز المجموعة للحكم أمام محكمة الدائرة الثامنة الإتحادية قضت بعدم صحة حكم منطقة المنطقة ذاهبة إلى عدم دستورية القرار . ومن ثم ميزت ولاية (Missouri) الحكم أمام المحكمة الإتحادية العليا.[١]

ذهبت المحكمة في هذه القضية إلى أنه بعد استقرائها للتفسير المستقر للتعديل الأول تجد بأن قرار الجامعة المتضمن منع نشاط مجموعة (Cornerstone) يعد غير دستوري . لأن هذه الجامعة قد اعتادت على اتباع سياسة المنتدى المفتوح مع كل المجموعات الطلابية ، عبر إتاحة مبانيها وحدائقها لهذه المجموعات لممارسة نشاطاتها . وبغياب المصلحة المعتبرة ، لا يحق للجامعة أن تستثني من هذه السياسة مجموعة واحدة بعينها فقط بسبب مضمون خطاب هذه المجموعة . فمثلما تسمح الجامعة لمجموعات الشباب الفلسفية التي تجتمع لتناقش مسألة الشك بوجود الخالق ، ومثلما تسمح لمجموعات الشباب الإقتصادية التي تجتمع تحت شعار أن الدين أفيون الشعوب ، ومثلما تسمح لمجموعات الشباب المعادية للكهنوتية بأن تتجمع لتبين وجهات نظرها ، عليها أيضا أن تسمح للمجموعة التي تؤمن بوجود الله أن تجتمع لتناقش مبادئها .[٢]

أعتقد أن المحكمة هنا تساهلت في إمكانية ممارسة مجموعة Cornerstoneنشاط ديني في الجامعة لسببين : السبب الأول هو أعمار الطلبة الذين ممكن أن يشاهدون هذا النشاط . لأن المحكمة تضع نصب عينها ما يمكن أن يتركه هذا النشاط من تأثير في نفوس الطلبة . وبما أن أعمار طلبة الجامعات تؤهلهم للتمييز والإدراك ، فإنهم من الممكن أن يشاهدون هذه النشاطات دون أن تؤثر في نفوسهم . ولذلك نجد أن المحكمة رفضت نشاطات أقل فعالية في المدارس الإبتدائية والمتوسطة بحسبان مدى التأثير الذي يمكن أن تخلفه في نفوس الطلاب الصغار. أما السبب الثاني فهو ميل المحكمة الى تحقيق المساواة ، فالمحكمة وجدت أن من غير العادل السماح لباقي المجموعات التي تذهب في توجهات مختلفة لتمارس نشاطها باستثناء هذه المجموعة .

قضية (Wallace v. Jaffree) ١٩٨٥

رفع (Ismael Jeffree) قضية على مجلس مقاطعة (Mobile) في ولاية (Alabama) يطلب به من المحكمة إصدار أمرا قضائيا بمنع المدرسين في المدارس الحكومية من تطبيق تشريعا لولاية (Alabama) يسمح لهم باستقطاع دقيقة صمت تأملية لأداء صلاة اختيارية خلال كل يوم من أيام الدراسة. وقد وجد (Jeffree) أن عدم مشاركة أولاده الذين يتبعون الديانة الإسلامية

[1] - **E. Gregory Wallace, Beyond Neutrality and the Meaning of Religious Freedom, UALR Law Journal, Volume 12, 1989-1990, pages 348-349.**
[2] **-Ibid, page 349.**

يجعلهم عرضة للتهكم من بقية زملائهم ، وهذا يتنافى مع حرية العقيدة وبند التأسيس الواردين في التعديل الأول والتعديل الرابع عشر. وقد قضت محكمة المقاطعة بدستورية تشريع الولاية على أساس ان الولاية حرة في اتخاذ دين معين إذا أرادت ، بينما نقضت محكمة التمييز هذا الحكم ، فطلب المدعى عليهم تمييز القرار أمام المحكمة الإتحادية العليا .[١]

وقد قضت المحكمة العليا بعدم دستورية تشريع ولاية (Alabama) الذي يسمح بدقيقة صمت تأملية لأداء الصلاة في المدارس الحكومية لمخالفته لبند التأسيس . وايدت المحكمة قرار محكمة التمييز ، وشددت على أن إيراد التفاصيل والحيثيات في قرار محكمة التمييز ردا على قرار محكمة المقاطعة المتضمن حرية الولاية في اتخاذ دين لم يكن ضروريا ، ذلك لأن من المفروغ منه بأن الولاية ليس لها السلطة بالتجاوز على حرية العقيدة المحمية في دستور الاتحاد ضمن التعديل الاول ، وأن الولاية ليس لها السلطة بأن تفرض على مواطنيها آيديلوجية معينة . وذكرت المحكمة في حيثيات حكمها سابقة (Lemon v. Kurtzman) مستخدمة معيار (Lemon) الذي سبق أن وضعته المحكمة . وبينت المحكمة بأن السماح بدقيقة من التأمل لا يعد مخالفا للدستور من حيث المبدأ، غير أنه يعد مخالفا إذا كان بقصد تأييد دين معين.[٢]

إن المحكمة العليا ، ومن خلال استقراء هذا الحكم ، أكدت على نحو قاطع بأن ما ورد من قيود حول الحريات في التعديل الأول يمتد الى تقييد سلطات الولايات وفق مبدأ الحماية المتساوية للقوانين ومبدأ الإجراءات القانونية الأصولية الواردين في الفقرة الأولى من التعديل الرابع عشر . كما أكدت بأن العبرة في ممارسة نشاط ديني في الصف ، عند النظر بمدى الدستورية ، هي بما يخلفه هذل النشاط من تمييز بين الطلبة ، ومن ثم ما يخلفه من كبت للمعتقدات الدينية الأخرى غير المشمولة بذلك النشاط. والملاحظ أن المحكمة قضت بعدم دستورية هذا النشاط حتى لو كان مظهره الخارجي غير معلن بالصوت أو بالإشارة ، أي حتى لو كان متمثلا بالتأمل الصامت.

قضية (Edward v. Aguillard) ١٩٨٧

في الولايات المتحدة هناك نظريتان متعكستان في مجال التعليم حول خلق الإنسان . فمن جانب هناك نظرية التطور التي نظر لها (Darwin) والتي تذهب إلى تطور شكل الإنسان عبر العصور وتشبيهه بشكل القرد في حالته الأولى في غابر العصور، ومن جانب آخر هناك نظرية الخلق (Creation Science)

---

[1] - **John Vile , Ibid, page220.**
[2] - **Ibid, page 220.**

التي يتبناها علماء مسيحيون يحاولون إثبات ما ورد بالكتاب المقدس حول خلق الإنسان .[١]

وفي هذا الخصوص صدر في ولاية (Louisiana) تشريعا يمنع تدريس نظرية التطور في المدارس الحكومية ما لم يصاحب ذلك التدريس مناقشة لنظرية الخلق . أي أن التشريع لا يفرض دراسة إحدى النظريتين وإنما يفرض تدريسهما معا إذا اختارت المدرسة تدريس أحدهما . وقد طعن بالتشريع على أنه يخالف التعديل الأول للدستور الإتحادي ويخالف دستور ولاية (Louisiana) .وقد أيدت المحكمة العليا في الولاية التشريع ذاهبة الى عدم مخالفته للدستور ، بينما نقضت كل من المحكمة الاتحادية للمنطقة ومحكمة الدائرة الخامسة الاتحادية حكم المحكمة العليا للولاية وحكمتا ببطلان التشريع . وحين وصلت القضية الى المحكمة العليا قضت بمخالفة هذا التشريع الذي يفرض مصاحبة تدريس نظرية الخلق مع تدريس نظرية التطور لبند التأسيس المنصوص عليه في التعديل الأول.[٢]

وقد طبقت المحكمة في هذه القضية معيار (Lemon) ذاهبة إلى أن مجرد وضوح استهداف التشريع لأهداف غير علمانية وانما اهداف دينية يغني عن تطبيق المبادئ الاخرى التي يرتكز اليها هذا المعيار . وأن الهدف من هذا التشريع هو الوقوف الى جانب وجهة نظر دينية بحتة ، بالاضافة الى أنه سيوفر دعما معنويا وماديا من جانب الحكومة لمعتقد ديني معين وهو ما وضع التعديل الأول من أجل منعه.[٣]

وفي رأي معارض ، ذهب القاضي (Scalia) إلى ضرورة منح السلطة التشريعية في الولاية حرية تقدير الواقع استنادا الى قرينة دستورية التشريع ، ومن ثم تاييد ما ذهبت إليه السلطة التشريعية بأن التشريع يستهدف أهدافا علمية مشروعة.[٤]

ولا نرى أن قرينة دستورية التشريع التي احتج بها القاضي (Scalia) تجد لها مجالا للتطبيق بهذا الخصوص . فمن غير المختلف عليه أن من مقتضيات هذه القرينة ترك حرية تقدير الواقع المتعلق بضرورة التشريع وملاءمته والغايات المرجوة منه للمشرع . غير أن هذه القرينة هي ليست قاعدة قانونية لا جدال فيها ، فهي ، ككل القرائن ، قابلة لإثبات العكس . وقد ثبت ما ينفي القرينة للمحكمة في

---

[1] - Edward J. Larson, Teaching Creation- Evaluation and Atheism in 21th Century-America: Window on Evolving Establishment Clause, Mississippi Law Journal, Volume 82:6, 2013, page 1001.

[2] - Ibid , page 1000.

[3] - Ibid, 1016.

[4] - Ibid 1015.

هذه القضية . فالمشرع استهدف غاية دينية تتعارض مع مبدأ دستوري على نحو صارخ .

قضية (Lee v. Weisman) ١٩٩٢

في مدينة (Rhode Island) قامت إحدى المدارس المتوسطة بدعوة حبر يهودي لإلقاء صلاة في حفل تخرج طلابها عام ١٩٨٩. واعترض أحد أولياء الأمور وهو السيد (Weisman) على قرار إدارة المدرسة وتوجه إلى المحكمة طالبا أمرا قضائيا بمنع هذه الممارسة ، غير أن محكمة الولاية لم تؤيد دعواه وقضت لصالح إدارة المدرسة . وبعد انتهاء حفل التخرج استمر المدعي بمتابعة دعواه لمنع هذه الممارسة مستقبلا ، فميز حكم محكمة الولاية أمام محكمة المنطقة الفدرالية ، فقضت هذه الأخيرة بأن الممارسة التي قامت بها إدارة المدرسة تعد خرقا لبند التأسيس وفق المبادئ التي اتبعها القضاء في تطبيق معيار (Lemon) . وحين ميز مجلس المدارس في المدينة القرار أمام محكمة الدائرة الأولى الفدرالية ، قضت محكمة الدائرة بصحة الحكم ، فتابع المجلس التمييز أمام المحكمة الإتحادية العليا التي ذهبت في حكمها إلى التأكيد بأن هذه الممارسة تخالف التعديل الأول الذي يطبق على الولايات وفق التعديل الرابع عشر .[١]

وردا على إدعاء مجلس المدارس في المدينة بأن المشاركة والحضور في حفل التخرج ليست إجبارية ، قالت المحكمة بأن المشاركة حتى لو كانت من الناحية الخارجية ليست إجبارية فإنها تعد إجبارية بالمعنى الحقيقي بالنظر لأهمية حفل التخرج للطالب، وتوقه لحضور هذا الحفل الذي يشكل مناسبة مميزة له وذكرى يريد حملها طيلة حياته . وبينت المحكمة بأنه إذا كان الدستور يحمي حرية التعبير عن طريق إتاحة المساحة لهذه الحرية فإنه في الوقت ذاته يحمي حرية العقيدة عن طريق منع مؤسسات الدولة ، ومن بينها المدارس ، عن دعم أي معتقد ديني . ورجوعا إلى وقائع القضية أشارت المحكمة إلى أن طلبة المدرسة ، تحت الضغط النفسي ، سيكونون مجبرين على الوقوف أثناء أداء هذه الصلاة على الرغم من أن بعضهم لا يتفق معها غير أنهم يقفون بسبب اعتقادهم بأنها مفضلة لدى الأغلبية . وركزت المحكمة على التأثير النفسي على شريحة طلاب المدارس المتوسطة بخصوص هذه الصلاة ، مبينة أن هذه الممارسة تختلف عن ممارسة افتتاح جلسات البرلمان بصلاة يؤديها قس والتي سمحت بها المحكمة في قضية (Marsh v. Chambers)، لأن التاثير النفسي الذي يقع على طلبة المدارس المتوسطة أكبر بكثير من ذلك الذي يقع على أعضاء المجالس التشريعية.[٢]

---

[1] - **Scott Felsenthal , Graduation Prayer, page 4, First Amendment Center Intern available at sfelsenthal@freedomforum.org**

[2] - **Ibid , page 4.**

وقد تعمدت المحكمة ، في حيثيات حكمها بهذه القضية أن تذكر سابقتها في الحكم بقضية (Marsh v. Chambers) ، لأنها قضت في تلك السابقة بدستورية بدء جلسات برلمان إحدى الولايات بصلاة افتتاحية كما سيتبين لنا في المطلب الثاني من هذا البحث . فأرادت المحكمة أن تبين بأنها لا تكيل بمعياريين بالنسبة لقبول الصلاة . وقد كان أساس تمييزها نوع الجمهور الذي يستمع للصلاة، لتؤكد بأن العبرة عندها بالأثر النفسي الذي يمكن أن يخلفه النشاط الديني.

قضية (Santa Fe School District v. Doe) ٢٠٠٠

إعترض مجموعة من أولياء أمور الطلاب ضد مديرية المدارس في مدينة (Santa Fe) في ولاية (Texas) على سياستها بخصوص النشاط الرياضي للمدارس . فسياسة المديرية تسمح بأداء صلاة في مباريات كرة القدم ، ويقتضي هذا السماح تخيير الطلبة عن طريق استفتاء للحصول على الموافقة على أداء هذه الصلاة ، وفي حال الموافقة ينتخب الطلاب واحد من بينهم لأدائها . وقد أيدت محكمة المنطقة قرار المديرية طالما أن هذه الصلاة ليست طائفية ولا تدعو الى التبشير ، بينما نقضت محكمة الدائرة الخامسة الفدرالية هذا الحكم ذاهبة إلى أن النص على مثل هذه الصلاة مخالف لمبدأ الفصل بين الدين والدولة . وهو الحكم الذي أيدته المحكمة العليا مؤكدة أن ذلك يخرق بند التأسيس الوارد في التعديل الأول والمنطبق على الولايات وفق التعديل الرابع عشر .

واستشهدت المحكمة العليا في هذا الحكم بسابقتها في حكم (Lee v. Weisman) عام ١٩٩٢ الذي تعاملت فيه مع الصلاة في حفلة تخرج المدارس، مبينة أن تلك السابقة تنطبق على هذه الوقائع أيضا. أما القول بأن الصلاة متروكة لاختيار أغلبية الطلبة، عن طريق التصويت، فلا يخرج التشريع من دائرة عدم الدستورية ، لأن هذا الأختيار هو أمر لاحق على قرار الإدارة بالسماح بهذه الصلاة. فالسماح بهذه الصلاة في خضم تلك الاحتفالات يظهر أن توجه الإدارة مشدود لتأييد هذه الصلاة ، وما يؤيد هذا التوجه هو ترديد الصلاة على نحو متكرر في مباريات كرة القدم في الملاعب التابعة لمباني المدارس الحكومية . وهذا التوجه لتأييد الصلاة ربما سيوحي بأن المؤمنين هم المنتمون للمدرسة أما الأخرون فلا ، علما أن هؤلاء الآخرين من الذين لا يصوتون لاختيار الصلاة عند التخيير ، هم من طلاب المدرسة الذين يحضرون بوصفهم لاعبين أو مشجعين أو غير ذلك ، معتقدين بأن هذه البرامج الرياضية هي جزء من نشاطهم المدرسي ، وهؤلاء سيكونون مجبرين على أداء طقوس دينية خارج إرادتهم . ورجوعا إلى تخيير الطلبة في أداء الصلاة من عدمه عبر التصويت ، ذهبت المحكمة إلى أن ذلك التصويت لا يعد سببا واهيا وغير مقبول لتبرير التشريع

وحسب ، وإنما يعد فوق ذلك تطبيقا ذا أثر سلبي كبير ، لأنه سيجعل من حرم المدرسة مكانا للجدل الديني ، وسيمنح أغلبية الطلبة سلطة لأخضاع أقليتهم على أساس غير ملائم .[1]

من الواضح أن المحكمة ،في حيثيات حكمها بهذه القضية، تريد أن تبين فلسفة المحكمة للتعديل الاول . فالقصد من التعديل الأول ، ومن ثم من مبدأ الفصل بين الدين والدولة هو إقامة نظام دستوري وسياسي على أسس وطنية . وما يؤكد هذه الفلسفة هو تركيز المحكمة على إبعاد الجدل الديني عن مؤسسات الدولة ومن بينها مؤسسات التعليم ، ووصفها للتخندق الديني بأنه ((أساس غير ملائم)) لتحقيق الركن الشكلي للديموقراطية المتمثل بحكم الأغلبية.

المطلب الثاني: قرارات المحكمة بعدم مخالفة مبدأ الفصل بين الدين والدولة

إن مبدأ الفصل بين الدين والدولة لا يعني أن الدستور الأمريكي هو ضد فكرة التدين بالكامل، ولا يعني أن هذا المبدأ موجه إلى زرع كراهية الدولة للمعتقدات الدينية ، بل يعني فقط الى منع التداخل بين العمل الحكومي والممارسات الدينية ، ومما يدل على ذلك هو ضمان حرية العقيدة في ذات النص الذي يستخلص منه مبدأ الفصل بين الدين والدولة . ولذلك سنرى أن المحكمة تواجه صعوبة كبيرة في القضايا التي تتطلب منها الموازنة بين المبدأين كما هو في القضايا التي سنوردها حسب تسلسلها التأريخي هنا والتي قضت فيها المحكمة بدستورية بعض التشريعات والأعمال القانونية على الرغم من تضمنها لقواعد تتعلق بالمعتقدات الدينية.

قضية (Everson v. Board of Education of Ewing Township) ١٩٤٧

في ولاية (New Jersey) صدر قانون يعطي الحق للهيئات المحلية بأن تتعاقد وتضع قواعد حول نقل الطلاب الى المدارس . في هذه القضية، ووفقا لهذا التشريع ، منح مجلس التعليم في بلدية (Ewing) رخصة لدافعي الضرائب لاستخدام نظام النقل العام في البلدية لنقل أولادهم الى المدارس، وهذا الترخيص كان يشمل أولياء أمور الطلبة الذين ينتظمون في المدارس الكاثولوكية للتعليم الديني، أي يسمح لهم باستخدام نظام النقل العام لنقل الطلاب إلى المدارس التابعة للكنائس و الأبرشيات الدينية . المدعي في هذه القضية هو أحد دافعي الضرائب ،

[1] - **Jenifer Carol Irby, Santa Fe Independent School District v. Doe- The Constitutional Complexities Associated with Student-Led Prayer, Campbell Law Review, Volume 23, 2000, page 101.**

وكان وجه اعتراضه هو عدم أحقية مجلس التعليم في البلدية بمنح هذا الترخيص لطلاب المدارس الدينية لمخالفة ذلك لمبدأ الفصل بين الدين والدولة .

وقد كان السؤال المطروح أمام المحكمة ، هو هل أن قرار منح الترخيص لأولياء أمور الطلبة في المدارس الكاثولوكية الدينية باستخدام نظام النقل العام لنقل أولادهم يتعارض مع بند التأسيس الوارد في التعديل الأول للدستور والذي يمتد لتقييد سلطة الولايات وفقا للتعديل الرابع عشر؟

وقد قضت المحكمة العليا بدستورية قرار مجلس التعليم في البلدة وعدم تعارضه مع بند التأسيس ، بانية حكمها على أن القرارات المتعلقة بخدمة نقل المدارس لا تختلف عن تلك المتعلقة بقرارات توفير الحماية قرب المدارس وغيرها وقرارات تأمين وسائل إطفاء الحريق والقرارات المتعلقة بالصرف الصحي والطرق السريعة وغيرها من المرافق العامة . وبينت المحكمة بإن منع استخدام هذه المرافق على مدارس الأبرشيات يجعل من عملها مستحيلا . وإن القصد من التعديل الأول للدستور هو منع السلطة من إعاقة ممارسة الحرية الدينية ومنعها في ذات الوقت من التشجيع على اعتناق دين معين . فالطلاب في المدارس الدينية وفق هذه القضية لا يتلقون إلا ما توفره المرافق العامة في الدولة وفق القوانين . ولذلك فإن قانون ولاية (New Jersey) وقرار مجلس التعليم في بلدية (Ewing) لا يعدان غير دستوريين ولا يعدان مناقضين لمفهوم الفصل بين الدين والدولة.

وقد ذهب القاضي (Black) في هذه القضية إلى أن بند التأسيس في التعديل الدستوري يعني ، بالحد الأدنى، أنه لا يحق للسلطة (لا على مستوى الإتحاد ولا على مسستوى الولايات) أن تتبنى دينا معينا ، أو أن تضع قوانين تساعد على انتشار دين معين أو على انتشار المعتقدات الدينية أو تفضيل دين على آخر ، ولا يحق لها أن تجبر شخصا على الذهاب إلى الكنيسة أو الإبتعاد عنها دون إرادته ، أو تجبره على اعتناق دين أو عدم اعتناق دين، ولا يمكن لها أن تعاقب شخصا بسبب تدينه أو بسبب عدم تدينه ، ولا فرض ضرائب كبيرة أو صغيرة بأية طريقة كانت وعلى أي نحو من التنظيم بما يساعد على دعم نشاط ديني أو مؤسسات دينية من اي نوع . إن القصد من وضع بند التأسيس في التعديل الأول هو وضع جدار فاصل بين الدين والدولة.[1]

الملاحظ هنا أن المحكمة لا ترى أن هناك دعما حكوميا موجها لدين معين أو لمساندة معتقد معين عندما يكون هذا الدعم جزءا من مما تقدمه الدولة لسائر

---

[1] - **Everson v. Board of Education of Ewing Township, 330 U.S. 1;67 S. Ct 504 91 L. Ed 711 (1947) as cited in John R. Vile, Essential Supreme Court Decisions, Fifteenth Edition, Rowman Littlefield Publishers, Maryland, USA,2010, pages 209-210.**

المواطنين . فقد بينت المحكمة في هذا الحكم بأن مرفق النقل العام الذي ترعاه الحكومة هو مرفق متاح لجميع المواطنين .[1]

كما أن من الملاحظ أيضا ، أن عبارة ((وضع جدار بين الدين والدولة)) التي سبق أن استخدمها (Jefferson) قد استخدمت لأول مرة عندما وردت في الرأي المعارض .

قضية (Zorach v. Clauson) ١٩٥٢

أصدرت مدينة نييورك قرارا يسمح لإدارات المدارس بالسماح لخروج بعض الطلبة خلال وقت الدوام الدراسي لغرض الذهاب لحضور محاضرات دينية وتعلم المناسك العبادية . ولايسمح بخروج الطالب إلا بطلب خطي من ولي أمره ، وتقدم الكنائس إسبوعيا قوائم بأسماء الطلبة الذين تسمح لهم إدارات المدارس بالخروج غير أنهم لم يحضروا هذه المحاضرات . علما أن هذه المحاضرات والتدريبات لا تجرى في الأبنية الحكومية ، ولا تكلف المال العام أية نفقات وإنما كل تمويلها يكون من المنظمات الدينية .

وقد قضت المحكمة العليا بأن قرار مدينة نيويورك لا يعد مخالفا للتعديل الأول ولا للتعديل الرابع عشر الذي يمنع الولايات من تبني أي دين أو منع ممارسة أي دين .

وقد ذهبت المحكمة إلى أن قرار المدينة ليس له أية علاقة بالمنع المتعلق بالممارسة الحرة للعقائد الدينية ، حيث ليس هناك إجبار لأي طالب على هذه الممارسة وليس هناك تطبيق لهذه الممارسات داخل المدارس .

وبينت المحكمة بأن الحكم بعدم دستورية مثل هذا القرار الذي يتيح الوقت للطلبة بممارسة معتقداتهم الدينية بعيدا عن المدارس يعد تفسيرا متطرفا لمبدأ الفصل بين الدين والدولة . فنحن (الشعب الأمريكي) نؤمن بوجود الخالق بوصفه إرادة غيبية عليا ، غير أن ما على حكومتنا أن تلتزم به هو عدم الإنحياز الى مجموعة معينة أو طائفة معينة . ومدينة نييورك عند وضعها هذا القرار لم تعمل إلا وفق تقاليدنا الإيمانية . إن إلزام الدستور للحكومة الإتحادية ولحكومات الولايات بعدم توفير التعليم الديني أو تمويله وعدم تمويل الجماعات أو المؤسسات الدينية وعدم إقحام التعليم الديني بالمناهج الدراسية وعدم استخدام المؤسسات الحكومية لإجبار البعض على الإعتقاد الديني ، لا يعني أن الدستور قد ألزم الحكومة الإتحادية وحكومات الولايات بأن تكون معادية للدين . إن فلسفة وثيقة الحقوق والمفهوم

---

[1] - **Philip Hamburger, Separation of Church and State, Harvard University Press, Massachusetts, USA, 2004, page 462.**

العام لمبدأ الفصل بين الدين والدولة لا يعنيان عدم اتساع صدر الدولة لتقبل الحاجات الدينية لأبناء الشعب الأمريكي.[١]

وهذا الحكم يعد من قرارات المحكمة العليا التي توازن فيها بين مبدأ الفصل بين الدين والدولة من جهة ، وحرية العقيدة الدينية من الجهة الأخرى . فقد وجدت المحكمة بأن التلاميذ سيكونون خارج المدرسة عند تلقي هذه المحاضرات ، وأن لا تدخل بالمرة من منتسبي التعليم العام فيها . ولذلك عدت المحكمة هذه المحاضرات جزءا من الحرية الدينية ، مع أن الأمر لا يخلو من وجود آراء معارضة داخل المحكمة تحتج بأن الوقت الذي يتلقى به الطلاب هذه المحاضرات هو وقت يفترض أن يكون مخصصا للدراسة.

قضية (Marsh v. Chambers) ١٩٨٣

في ولاية (Nebraska) ، تبدأ السلطة التشريعية المؤلفة من مجلسين جلساتها التشريعية بصلاة بؤديها أحد القساوسة الذين يعينهم المكتب التنفيذي للبرلمان في كل دورة تشريعية ، أي كل سنتين . ويدفع راتب هذا القس من الخزينة العامة للولاية ، والصلاة التي يؤديها تلحق بالتشريعات التي تطبع في الجريدة الرسمية لبرلمان الولاية على حساب خزينة الولاية . والحقيقة أن القساوسة يتعمدون أن لا تكون هذه الصلاة طائفية ، حتى أنهم عمدوا إلى عدم ذكر المسيح في صلاتهم لكي لا توصم صلاتهم بأنها تميل إلى معتقد بعينه .[٢]

رفع المدعو (Earnest Chambers) دعوى أمام المحكمة لإلغاء هذه الصلاة بوصفه أحد دافعي الضرائب وبوصفه عضوا في برلمان ولاية (Nebraska)، وقد بنى إدعاءه على أن هذه الصلاة تتعارض مع التعديل الأول. وقد قضت محكمة المنطقة الإتحادية بأن تلاوة الصلاة بحد ذاتها لا تشكل خرقا لبند التأسيس الوارد في التعديل الأول ولا لمبدأ الحماية المتساوية للقوانين الوارد في التعديل الرابع عشر ، غير أن تمويل ذلك من خزينة الولاية التي تدفع رواتب القس بما يقارب ٣٢٠ دولارا أمريكيا في كل شهر من أشهر دورة الإنعقاد ، ومصاريف طبع الصلاة بعد التصويت على قبولها بالأغلبية في البرلمان ، يشكل خرقا للتعديلين ، ومن ثم فإن هذه الممارسة تعد مخالفة للدستور.[٣]

وحين ميز (Frank Marsh) وهو أول أسم في قائمة المدعى عليهم والذي يشغل منصب مدير الخزينة في الولاية ، الحكم أمام محكمة الدائرة الثامنة

---

[1] - Philip Hamburger, Separation of Church and State, Harvard University Press, Massachusetts, USA, 2004, page 6.

[2] - Diane L. Walker, Marsh v. Chambers- The Supreme Court Take a New Look at the Establishment Clause, Pepperdine Law Review, Volume 11, 1984, pages 594-595.

[3] - Ibid, page595.

الاتحادية ، قضت هذه المحكمة بعدم دستورية هذه الممارسة لكونها تخرج عن معيار (Lemon) الذي سبق أن وضعته المحكمة العليا لمثل هذه الحالات .[١]

وعند وصول القضية إلى المحكمة الإتحادية العليا ، قضت بنقض حكم محكمة المنطقة الثامنة ، وذهبت الى أن الصلاة الافتتاحية في المجلس التشريعي لا تتناقض مع مبدأ الفصل بين الدين والدولة ، مؤسسة حكمها على أساس تأريخي ، حيث وجدت أن الصلاة الافتتاحية هي تقليد قديم في المجالس النيابية الأمريكية يرجع تأريخه الى أول مجلس كونفدرالي إبان ثورة الاستقلال ، أي حتى قبل وضع الدستور الأمريكي الاتحادي ، وأن المجلس الذي وضع التعديل الأول ، الذي يتضمن بند التأسيس ، كان مستمرا على أداء الصلاة الإفتتاحية . ورأت المحكمة بأن مجرد الاعتراف والاعتقاد بوجود الخالق ، الذي يعد تقليدا شائعا في المجتمع الأمريكي ، لا يعد خرقا لبند التأسيس ، وأن دفع مصاريف ذلك من الخزينة العامة هو تقليد قديم أيضا.[٢]

ومن الجدير بالذكر في هذا السياق ، أن نظام المحكمة العليا الأمريكية يسمح للقاضي المعارض أو القضاة المعارضين لقرار الأغلبية في المحكمة من بين قضاتها التسعة ، بإدراج آرائهم ضمن حكم المحكمة ، وهذا ما يسمى بالرأي المعارض (Dissenting) أو (Dissent Opinion)[٣]

وكان الرأي المعارض الأول في هذا الحكم هو رأي القاضي (Brennan) الذي ذهب فيه إلى أن هذا التشريع يعد مخالفا لبند التأسيس وفق معيار (Lemon) . فالتشريع لايستهدف أهدافا علمانيا وإنما له هدف ديني واضح ، وهو يظهر أيضا بجلاء ميلان المشرع لتعزيز دين بعينه ، ثم أنه يخلق تداخلا بين عمل الدولة والدين بما يخلف انقساما سياسا عند التطبيق. فهذا التشريع برأيه الذي وضع ضمن حيثيات الحكم يعرقل تحقيق أربعة أهداف مبتغاة من وضع التعديل الأول هي : ضمان حرية المعتقد للأفراد ، ومنع استخدام سيادة الدولة في التدخل بالمعتقدات ، ومنع الدولة من تفضيل دين على آخر ، وتعزيز استقلال الحياة السياسية بما يحد من الصراع السياسي المتولد عن المعتقدات. وقد عارض في رأيه أيضا الأساس التأريخي الذي أستندت إليه الأكثرية من قضاة المحكمة في هذا الحكم ، ذاهبا إلى أن الدستور هو ليس مجرد وثيقة جامدة وإنما وثيقة متطورة

---

[1] - **Ibid, page 596.**
[2] **-Ibid , pages 599-600.**
[3] **-Bureau of International Information Programs-United States Department of State, Outline of U.S. Legal System, 2004, page 31.**

بتطور ظروف المجتمع ، ومن ثم فإن نصوص الدستور يجب أن لا تأخذ قالبا ثابتا بالتفسير بحجة ألإلتزام بالغاية الذاتية للآباء المؤسسين.[١]

أما الراي المعارض الآخر في هذا الحكم فقد كان للقاضي (Stevens) ، وقد تمحور حول تفضيل عقيدة الأغلبية في المجلس التشريعي على عقيدة الأقلية ، مبينا أن اختيار قس لأداء الصلاة يظهر بجلاء أن عقيدة الأقلية غير ممثلة فيها .[٢]

قضية (Zobrest v.Catalina foothills school District) ١٩٩٣

أحد الطلبة المصابين بالصمم ويدعى (James Zobrest) نقل من مدرسته الى مدرسة تدعى بالإعدادية الكاثولوكية الرومانية ، وهي مدرسة ذات طابع ديني ، فطلب والداه من مجلس المدارس في مدينة (Catalina Foothills) الواقعة في ولاية (Arizona) إصدار قرار باستمرار مصاحبة مترجم شفوي (أي خبير بلغة الإشارات) لولدهم ليفسر له ما يدور في الصف. وبعد رفض الطلب وتأييد محاكم الولاية لهذا الرفض ميز المدعيان دعواهما أمام محكمة المنطقة الاتحادية ومن ثم محكمة الدائرة التاسعة الاتحادية اللتين أيدتا حكم محكمة الولاية الذي نص على أن مثل هذا الدعم للطالب في المدرسة الدينية يعد خرقا لبند التأسيس . وحين وصلت القضية الى المحكمة الإتحادية العليا ، كان قرارها هو أن مثل هذا الدعم الذي تقدمه حكومة الولاية في المدينة لا يعد خرقا لبند التأسيس .

وذهبت المحكمة في حيثيات حكمها هذا، إلى أن المحاكم الدنيا كان عليها ، قبل أن تبت بعدم دستورية قرار الدعم لو أنه صدر ، أن تتبع قاعدة التجنب (Avoidance Rule) التي تفرضها قرينة الدستورية ، [٣] والتي تقيد المحكمة بأن تتجنب البت بعدم الدستورية إذا أمكن تفسير القرار أو التشريع على نحو يجعله متوافقا مع الدستور . فإذا كان التشريع أو القرار يمكن أن يفسر على وجوه عدة ، وكان من بين هذه الوجوه ما يجعل النص متوافقا مع الدستور ، فإن على المحكمة أن تفسر وفق هذا الوجه إذا كانت عبارات النص تحتمله دون أن تذهب بعيدا في استجلاء الغرض الحقيقي الذي أراده واضع النص .[٤]

وبينت المحكمة بأنه في حالة إقدام الولاية على توفير مترجم شفوي للطالب الأصم فإن ذلك يعد خدمة في نطاق ما مطلوب منها ان تقدمه للطالب الأصم سواء أكان هذا الطالب منتظم في الدراسة في المدارس الحكومية أم في المدارس الأهلية ذات الطابع الديني . وأن مجرد وجود المترجم الشفوي الذي ينحصر عمله في

---

[1] - Diane L. Walker, Ibid, pages 601-603.

[2] - Ibid, page 609.

[٣] أنظر حول قاعدة التجنب د. حسين جبر حسين الشويلي ، قرينة دستورية التشريع، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون في جامعة بابل، ٢٠٠٤، ص ٢٢٢ وما بعدها.

[٤] - المصدر السابق ، ص ٢٢٢.

تفسير ما يدور للطالب الأصم لا يشكل دعما للمدارس الدينية ولا يستهدف تفضيل دين على آخر بقدر استهدافه لمراعاة الاحتياج الخاص والانساني للطالب .[١]

قضية (Agostini v. Felton) ١٩٩٧

تطبيقا للبرنامج الذي أطلقه الرئيس الأمريكي (Lyndon B. Johnson) المسمى بـ(الحرب على الفقر) الذي انطلق عام ١٩٦٤ [٢]، وضع الكونغرس الاتحادي عام ١٩٦٥ تشريعا سمي ب (قانون التعليم الابتدائي والثانوي) كان مصمما لتوفير فرص تعليم كاملة لكل طلبة المدراس بغض النظر عن خلفياتهم الاقتصادية .[٣]

في قضية (Aguilar v. Felton) قضت المحكمة العليا ببطلان قرارات المدارس التي تتخذها تحت مادة من مواد هذا التشريع والتي تقضي بالسماح بإرسال المدرسين من المدارس الحكومية إلى المدارس الدينية للمشاركة هناك في برامج (التعليم العلاجي)[٤]، ذاهبة في هذا الحكم الى أن أرسال المدرسين المدفوعة رواتبهم من خزينة الدولة لإلقاء دروس في المدارس الدينية يعد خرقا لمبدأ الفصل بين الدين والدولة الوارد في بند التأسيس.[٥]

بعد ذلك صدر قانون بتعديل قواعد الاجراءات المدنية الفدرالية بما يسمح باعادة النظر في الاحكام ، فتقدم والدا أحد الطلبة في مدينة (New York) الى المحكمة بطلب إلغاء ذلك الحكم بناءا على تغير الظروف الواقعية وتغير الاجراءات القضائية . وبعد رفض الطلب من محكمة الولاية ومحكمة التمييز للمنطقة الثانية الاتحادية ، قدم الوالدان طلبا بالتمييز أمام المحكمة العليا.[٦]

وقد قررت المحكمة العليا في هذا الحكم بأن سابقة (Aguilar v. Felton) لم تعد ملزمة للمحكمة ، وبخاصة وأن المحكمة سبق لها أن قررت في قضايا أخرى وردت بعد هذه السابقة بأن مجرد حضور المدرسين من مدارس التعليم الحكومي الى المدراس الدينية لا يعد مخالفا للدستور ، ومن هذه القضايا

---

[11] - Zobrest v. Catalina foothills school District, 509, U.S. 1. 1993, JUSTIA US Supreme Court available at https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/1/case.html

[2] - Guian A. Mckee , Lyndon B. Johnson and the War on Poverty- Introduction to the Digital Edition, available at http://rotunda.upress.virginia.edu/pdf/american-cen

[3] - https://en.wikipedia.org/wiki/Elementary_and_Secondary_Education_Act

[٤] - برنامج تعليمي يهتم باعطاء الفرصة للطلبة الذين لم يوفقوا في سنوات دراستهم، لظروف خاصة تتعلق بضعف الادراك أو لظروف تتعلق بالبيئة الاجتماعية المحيطة ، باستكمال مراحل الدراسة والتهيئة للدخول للجامعات بعد تلقيهم المناهج التعليمية المطلوبة وفق نظام تعليمي مصمم لهذا الغرض . المصدر https://en.wikipedia.org/wiki/Remedial_education

[5] - Jonathan W. Wright, Separation of Church and State, Greenwood Publishing Group, California, U.S.A, 2010, page 137.

[6] - Agostini v. Felton 521 U.S. 203, 1997, page 2 available at https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN

(Zobrest v. Catalina foothills school District) التي سمحت بها المحكمة بحضور المترجم الشفوي صحبة الطالب الأصم في المدرسة الدينية وقضية (Witters v. Washington Department of Services for blind) التي سمحت بها للطالب الأعمى الذي يرعاه قسم خدمات فاقدي البصر التابع للحكومة بالدراسة في كلية كاثولوكية . فوفق هذه الأحكام تكون المحكمة قد عدلت عن سابقتها القضائية التي تمنع حضور الموظفين الحكوميين الى المدارس الدينية .[١]

وبينت المحكمة في حيثيات حكمها بأنها لا ترى أن حضور الموظفين الحكوميين لتطبيق برنامج التعليم العلاجي يؤدي الى خلق تداخل بين عمل الحكومة وعمل المؤسسات الدينية . وأضافت المحكمة بأن مسألة سوابقها القضائية هي ليست مسألة إلتزام كامل لا يقبل المراجعة ، حيث أن السابقة القضائية هي أقل إلزاما للمحكمة من القاعدة الدستورية التي لا يمكن التحول عنها إلا عن طريق التعديل الدستوري.

وفي رأي معارض ، ذهب القاضي (Souter) إلى أن أغلبية المحكمة كان يجب عليها أن تلتزم بسابقة (Aguilar v. Felton) ، حيث يجب أن يكون هناك خط واضح للتمييز بين التعليم العلماني والتعليم الديني. وبين بأن الإحتجاج بحكم (Zobrest v. Catalina foothills school District) لا يعد مقبولا، لأن حضور الموظف الحكومي فيها هو فقط لغرض الترجمة الشفوية للطالب الأصم وليس لأغراض التدريس. اما الراي المعارض للقاضي (Ginsburg) فكان منصبا على عدم سماع الدعوى من الأساس ، لأن تعديل قواعد الإجراءات المدنية الفدرالية لا يفسر على هذا النحو ، أي على نحو يتيح الفرصة لرفع دعاوى تنصب على المطالبة بإلغاء أحكام قضائية سابقة .[٢]

عبر استقراء هذا الحكم نستخلص بأن المحكمة العليا من الممكن أن تعدل عن سوابقها القضائية ، ومن الممكن أن تصرح بهذا العدول . فعلى الرغم من أن جوهر السوابق القضائية هو إلزام المحكمة بما سبق لها أن وضعته من مبادئ وتفسيرات ، إلا أن ذلك لا يمنع من تتجه المحكمة إتجاها جديدا مخالفا لسابقتها في أمر معين إذا ظهر لها أن ما سبق أن وضعته من تفسيرات أو استخلصته من مبادئ يعد مجافيا للعدالة.

قضية (Good News Club v. Milford Central School) ٢٠٠١

[1] - **Ibid, page 4.**
[2] - **Ibid, page 7**

في الوقت الذي تسمح به مدرسة (Milford) المركزية في (New York) للمجموعات الطلابية المسجلة رسميا بالحضور لعقد اجتماعاتها وندواتها بعد ساعات الدوام ، منعت نادي الأخبار السعيدة (Good News Club) وهي منظمة مسيحية بروتستانتية من استعمال مبانيها خارج أوقات الدوام . وبعد تقاضي النادي ومن ثم تمييزه ، أيدت كل من محكمة المنطقة الفدرالية ومحكمة الدائرة الثانية الفدرالية سياسة المدرسة . فميزت المنظمة الحكم لدى المحكمة العليا.[1]

وقد قضت المحكمة العليا في هذه القضية بأن قرار المدرسة باستبعاد منظمة (نادي الأخبار السعيدة) يعد انتهاكا لحرية التعبير ، وأن بند التأسيس لا يفسر على أنه يتطلب هذا الإبعاد.

وأوردت المحكمة في حيثيات حكمها بأنها لا ترى فرقا منطقيا ، بهذا الخصوص ، بين خطاب المسيحية وخطاب مجموعات العمل ومجموعات الولاء والمجموعات الوطنية ، طالما أن مباني المدرسة مفتوحة لكل هذه المجموعات بعد أوقات الدوام لممارسة نشاطها. وأنها ترى بأن استناد المنع الذي مارسته المدرسة لبند التأسيس ليس له أساس من الصحة ، لأن الاجتماعات تعقد بعد انتهاء ساعات المدرسة، وبموافقة أولياء الأمور، ولا يشهد باقي الطلاب هذه الاجتماعات لتعد نوعا من التبشير. وذهبت المحكمة إلى أن فتح أبواب المدرسة لكل المجموعات على حد سواء يعد تطبيقا للحيادية، وأمر الحضور متروك لخيارات أولياء الأمور، وهو أمر يختلف عن مسألة ممارسة معينة في وقت وجود الطلاب في قاعاتهم الدراسية وفي أوقات الدوام ، فهذه الاجتماعات هي خارج أوقات الدوام ، ومدرسو المدرسة لا علاقة لهم بتنظيمها . ومن ثم فإن استهداف مجموعة (نادي الأخبار السعيدة) على نحو التحديد من بين باقي المجموعات يعد نوعا من الكراهية للدين. وبينت المحكمة بأنها تعارض استخدام مبادئ بند التأسيس على نحو لا يتطابق مع الغاية منه عبر حظر نشاط المجموعة الدينية بحجة أن روادها من الشباب الصغار يمكن أن يتبنون وجهات نظر خاطئة.[2]

وأبدت المحكمة ملاحظتها بأن السماح لمجموعة (نادي الأخبار السعيدة) بالحضور لا ينطوي على أي إكراه ولا يخلف أي ضغط نفسي على باقي الطلاب، ولذلك فإن عدم السماح يمكن أن يخلف عواقبا مضرة على حرية التجمع ، وبخاصة وأن عدم السماح والمنع الذي فرضته المدرسة قد شمل هذه المجموعة فقط من بين كل المجموعات.

---

[1] - **Charles J. Russo & Ralhp D. Maowdsley , an End to the Heckler Vito: Good Niews Club v. Milford Central School, Religion & Education Journal, Volume 28 No 2, 2001, pages 79-80.**

[2] - **Ibid, page 83.**

وفي رأي معارض ، ذهب القاضي (Stevens) إلى أنه يجب التمييز بين ثلاثة أنواع من الخطاب الديني : فهناك الخطاب الديني الذي يناقش موضوع ما من وجهة نظر دينية ، وهناك الخطاب الديني الذي يدعو إلى الإيمان على نحو عام ، وهناك الخطاب الديني الذي لا يستهدف إلا التبشير وغرس الإعتقاد في دين أو مذهب على وجه التحديد . ورأى بأنه كان على المحكمة أن تؤيد قرار المنع لأن خطاب مجموعة (نادي الأخبار السعيدة) البروتستانتية هو من النوع الثالث.[١]

وذهب القاضي (Souter) في رأي معارض ايضا ، إلى أن نشاط (نادي الأخبار السعيدة) قد ذهب أبعد من مجرد بيان وجهة نظر دينية عبر ممارسة طقوس العبادة البروتستانتية في المدرسة . وأبدى عدم ارتياحه لقرار المحكمة ، مبينا أن هذه القضية تختلف عن السوابق التي احتجت بها المحكمة ، لأن تلك السوابق كانت تتضمن وقائع متعلقة بطلبة جامعات ناضجين ، مبديا تخوفه من أن تولد اجتماعات النادي انطباعا غير مرغوب به في عقول طلبة المدرسة الصغار.[٢]

قضية (Van Orden v. Perry) ٢٠٠٥

أحد المحامين من مدينة (Texas) ويدعى (Thomas Van Orden) رفع دعوى يطالب فيها بإزالة نصب تذكاري للوصايا العشرة موضوع في باحة مبنى حكومة الولاية، لأن وضع مثل هذا النصب الديني يشكل خرقا للتعديل الأول. وبعد أن ردت كل من محكمة المنطقة الإتحادية ومحكمة التمييز طلبه، ميز الحكم أمام المحكمة الاتحادية العليا التي أقرت حكم المحاكم الدنيا ذاهبة إلى أن وضع النصب التذكاري المذكور لا يتعارض مع بند التأسيس ومبدأ الفصل بين الدين والدولة.

وذكرت المحكمة بأن هذا النصب التذكاري هو واحد من بين سبعة عشر نصبا ، وواحد من بين أحدى وعشرين علامة تأريخية مميزة لمدينة تكساس ، وقد تم بناؤه عام ١٩٦١ كإحدى الوسائل التي أرادت بها الحكومة المساهمة في معالجة جنوح الأحداث .

وبينت المحكمة بأن القصد من وضع التعديل الأول يتفرع إلى اتجاهين ، الاتجاه الأول هو الحد من الدور القوي الذي يؤديه الدين وتؤديه التقاليد الدينية في السياسة العامة للدولة ، أما الإتجاه الثاني فهو منع الحكومة من التدخل في المسائل الدينية لأن ذلك ممكن أن يقود الى تقييد حرية المعتقد. وأكدت المحكمة أن المؤسسات الحكومية الأمريكية تفترض وجود إرادة إلهية عليا ، غير أن عليها في الوقت ذاته أن لا تفرض الإيمان الديني على اي مواطن.

---

[1] - **Ibid, page 82.**
[2] **-Ibid, page 82.**

وأشارت المحكمة إلى أنه على الرغم من اتباعها معيار (Lemon) عند الفصل في القضايا المتعلقة بالدين ، فإن هذا المعيار لا يطبق في مسألة مثل مسالة وضع نصب تذكاري للوصايا العشرة في باحة مبنى الحكومة في تكساس ، بل يجب أن يبنى منطلق المحكمة في هذه القضية على جانبين . جانب طبيعة النصب التذكاري العمومية ذات التأثير المحدود ، وجانب التأريخ الأمريكي المليء بالإشارة إلى الدين بما في ذلك وضع نصب تذكارية في الكثير من عواصم الاتحاد. وإن استخدام الوصايا العشرة في هذه القضية يختلف كثيرا عن ذلك الاستخدام الذي رفضته المحكمة في قضية (Stone v. Graham) عام ١٩٨٠. فالوصايا العشرة في تلك القضية كانت مطلوبة بموجب تشريع الولاية على شكل ملصقات تعلق في كل قاعات الدراسة في مدارس المدينة .

وفي رأي معارض لقرار أغلبية المحكمة في هذه القضية ، ذهب القاضي (Stevens) إلى أن الغاية الوحيدة من وضع هذا النصب في باحة المبنى الحكومي للمدينة هي ابراز النص الكامل لنسخة محددة بعينها ومن وجهة نظر معتقد معين للوصايا العشرة وذلك يشكل تفضيلا لدين معين . وأن بند التأسيس الوارد في التعديل الأول يضع قرينة قوية جدا بعدم دستورية أي عرض لأي رمز ديني على أراضي الممتلكات العامة ، لأن مثل هذه العروض ستؤدي إلى الفرقة والاستبعاد ، وتؤدي الى خرق مبدأ الحيادية . وأكد أيضا بأن عرض النصب يحمل هدفا دينيا على نحو واضح ، ومكان عرضه في باحة المبنى الحكومي يدل على اعتراف الحكومة بمعتقد محدد . وبين (Stevens) بأن الكلمات التي وضعها الآباء المؤسسون لا يمكن لها اليوم أن تعطي حلولا كاملة لكل المسائل التي تمر بالمجتمع الذي أصبح كثير التنوع من الناحية الدينية ، وأن النظام الدستوري في أمريكا لو بقي ملتزما إلتزاما حرفيا بالغاية الذاتية للآباء المؤسسين عند وضعهم لبند التأسيس لبقي هذا البند محددا في تطبيقه على التشريع الاتحادي ولما امتد في تطبيقه على تشريعات الولايات . وأن على المحكمة ، عندما تفسر التعديل الأول ، أن تضع عينا على تأريخ الأمة بينما تبقي العين الأخرى شاخصة على الطموح والتطلع الديموقراطي ، ذلك لأن المحكمة ، ومن حسن حظها ، ليست ملزمة بتوقعات الآباء المؤسسين وإنما ملزمة بما وضعوه من مبادئ قانونية في الدستور.

خاتمة

يتبين لنا بعد استعراض أهم قرارات المحكمة بخصوص مبدأ الفصل بين الدين والدولة مجموعة من المسائل .

المسألة الأولى تتعلق بالسند الدستوري الذي ترجع إليه المحكمة في حكمها بدستورية أو بعدم دستورية تشريع معين . وهذا السند الدستوري هو التعديل الأول للدستور الأمريكي ، الذي ينص على منع الهيئات الإتحادية من تبني دين معين أو منع ممارسة دين معين . كما يمنع هذه الهيئات أيضا من اتخاذ أعمال تجبر من لا يؤمنون بأي معتقد ديني على الإيمان ، أو تجبر من يؤمنون على عدم الإيمان .

المسألة الثانية ، هي أن مبدأ الفصل بين الدين والدولة ، كان في بداية الأمر ملزما للهيئات الإتحادية فقط . أي أن الولايات كانت في بداية الأمر غير ملزمة بتطبيق المبدأ . لأن التعديل الأول كان يضع القيود المتعلقة بحرية الدين وحرية التعبير والصحافة وغيرها على سلطات المركز . غير أن المحكمة وسعت من تطبيق هذه القيود لتشمل سلطات الولايات أيضا ، وذلك بعد إقرار التعديل الرابع عشر الذي أعقب الحرب الأهلية الأمريكية . فقد فسرت المحكمة بند (الحماية المتساوية للقوانين) وبند (الاجراءات القانونية الأصولية) الواردين في التعديل الرابع عشر الموضوع على سطلة الولايات، على أنهما يسمحان بتطبيق ما ورد من قيود موضوعة على سلطات المركز في التعديل الأول على سلطات جميع الولايات المنضمة للإتحاد.

المسألة الثالثة، هي أن المحكمة قد وضعت معيارا رئيسيا لتكييف ما يرد من وقائع في الدعاوى المتعلقة بخرق مبدأ الفصل بين الدين والدولة . وهذا المعيار يسمى بمعيار (Lemon) وهو يتضمن ثلاثة مبادئ أو أسس يجب أن تكون متوافرة في التشريع أو العمل القانوني ليعد دستوريا ، أو ليعد غير مخالف لبند التأسيس. فالتشريع يجب أن لا يستهدف أهدافا دينية أولا ، ويجب أن لا تخلف آثاره تشجيعا على معتقد أو على ترك معتقد ثانيا، ويجب أن لا يخلق تداخلا بين عمل الدولة والمعتقدات الدينية ثالثا.

المسألة الرابعة، هي ما لاحظناه من صعوبة بالغة تواجه المحكمة أحيانا في تطبيق معيار (Lemon)، وبخاصة في مسألة تجلي الهدف الحقيقي للتشريع ، وتقدير فيما إذا كان ذلك الهدف دينيا أم علمانيا . ولذلك وجدنا بأن المحكمة راعت، في بعض الأحيانا ، بعض الإعتبارات المصاحبة للتشريع لإضفاء الدستورية عليه. ومن ذلك ، مثلا ، ما وجدناه من مراعات للإعتبارات التأريخية، كما هو الحال في القضية التي عدت بها المحكمة أن وضع تمثال في ساحة عامة هي جزء من مبنى

حكومي لا يعد مخالفة دستورية، وأن تلاوة صلاة في افتتاح جلسة برلمانية في برلمان إحى الولايات لا يعد مخالفة دستورية .

كما لاحظنا مدى الصعوبة البالغة التي تواجه المحكمة عندما تواجهها بعض الوقائع التي يتطلب العمل على تكييفها أمرين، الأمر الأول ضرورة الحفاظ على الجدار الفاصل بين الدين والدولة، والأمر الثاني هو ضرورة الحفاظ على حرية العقيدة وعدم حرمان الأفراد من اتباع الخيارات الدينية التي يفضلونها.

المسألة الخامسة ، هي أن النسبة الأكبر من قرارات المحكمة بخصوص الفصل بين الدين والدولة كانت تتعلق بقطاع التعليم الحكومي. ذلك يعني أن المجتمع الأمريكي يدرك جيدا أن بيئة التعليم هي المكان المؤثر على تكوين عقائد الناس ، فالمدرسة تأتي بالمرتبة الثانية بعد العائلة بوصفها بيئة مؤثرة في تكوين شخصية الفرد وثقافته ومعتقداته.

مصادر البحث

الكتب والمقالات

1- James W. Fraser, Between Church and State- Religion and Public Education in a Multicultural America, St. Matins Press, New York, USA, 1999.
2- Lauren Maisel Goldsmith & James R. Dillon, The Hallowed Hope- the School Prayer Cases and Social Change, Saint Louis University Law Journal, Volume 59, 2015.
3- C. Welton Gaddy & Barry W. Lynn, First Freedom First- A Citizen Guide to Protecting Religious Liberty and the Separation of Church and State, Beacon Press, Boston, USA, 2008.
4- Eric Rassbach, Lemon - Marsh and Refunding Establishment Clause Jurisprudence, Rutgers Journal of Law and Religion, Volume 15, 2014.
5- The Compulsory School Attendance Case, Akron Law Review, Volume 6, 1973.
6- Tarek Abdel- Monem, Posting the Ten Commandments as a Historical Document in Public Schools, Iowa Law Review , Volume 87, 2002.
7- - E. Gregory Wallace, Beyond Neutrality and the Meaning of Religious Freedom, UALR Law Journal, Volume 12, 1989-1990.
8- Edward J. Larson, Teaching Creation- Evaluation and Atheism in 21th Century-America: Window on Evolving Establishment Clause, Mississippi Law Journal, Volume 82:6, 2013.
9- Jenifer Carol Irby, Santa Fe Independent School District v. Doe- The Constitutional Complexities Associated with Student-Led Prayer, Campbell Law Review, Volume 23, 2000.
10- John R. Vile, Essential Supreme Court Decisions, Fifteenth Edition, Rowman Littlefield Publishers, Maryland, USA,2010.
11- Philip Hamburger, Separation of Church and State, Harvard University Press, Massachusetts, USA, 2004.
12- Diane L. Walker, Marsh v. Chambers- The Supreme Court Take a New Look at the Establishment Clause, Pepperdine Law Review, Volume 11, 1984.
13- Bureau of International Information Programs-United States Department of State, Outline of U.S. Legal System, 2004.
14- Jonathan W. Wright, Separation of Church and State, Greenwood Publishing Group, California, U.S.A, 2010.
15- Charles J. Russo & Ralhp D. Maowdsley , an End to the Heckler Vito: Good Niews Club v. Milford Central School, Religion & Education Journal, Volume 28 No 2, 2001

المواقع الالكترونية على شبكة الانترنيت

1- http://hrlibrary.umn.edu/arabic/us-con.html
2- http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/mccollumvboard.html
3- https://en.wikipedia.org/wiki/Amish

4- http://www.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/gender-sexuality/yoder.pdf
5- https://en.wikipedia.org/wiki/Ten_Commandments
6- sfelsenthal@freedomforum.org
7- https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/1/case.html
8- http://rotunda.upress.virginia.edu/pdf/american-cen
9- https://en.wikipedia.org/wiki/Elementary_and_Secondary_Education_Act
10- https://en.wikipedia.org/wiki/Remedial_education
11- https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN