

القانون الواجب التطبيق على عقد النقل الجوي "دراسة مقارنة"*

علي غسان أحمد⁽¹⁾

⁽¹⁾ أستاذ القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة النهدين،
العراق.

البريد الإلكتروني: alidr49@yahoo.com

إنعام محمد رضا عبد العزيز⁽²⁾

⁽²⁾ ماجستير في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة
الفلوجة، العراق.

البريد الإلكتروني: anam.almuntheri@yahoo.com

الملخص:

نتناول في هذا البحث تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات الناشئة في النقل الجوي بين الناقل الجوي وبين الراكب المتضرر أو الشاحن المتضرر، وذلك باعتباره واحداً من اهم المشاكل التي تواجه اطراف عقد النقل الجوي، وذلك بسبب كون العقد غالباً ما يتضمن عنصراً أجنبياً، يضيف عليه الصفة الدولية، وهذه الاخيرة تجعل من القانون الذي يفترض ان يطبق على النزاع القائم محل تنازع، خصوصاً، وأنّ القوانين تختلف فيما بينها بصدد اليات الاثبات أو نطاق الاضرار التي يتم التعويض عنها او مقدار التعويض الذي يمكن الحكم به من قبل المحكمة التي تنظر النزاع، مما يعني ضرورة تحديد القانون الواجب التطبيق على حالة النزاع، إيلائها أهمية كبيرة من قبل أطراف عقد النقل الجوي.

الكلمات المفتاحية:

عقد النقل الجوي، القانون الواجب التطبيق، الشاحن، الراكب، الناقل الجوي.

* تاريخ إرسال المقال 2019/04/04، تاريخ مراجعة المقال 2019/06/05، تاريخ قبول نشر المقال 2019/09/30.

Applicable Law on Air Transport Contract "Comparative Study"**Summary:**

We identify In this paper 'the law applicable to disputes arising in air transport between the air carrier and the damaged passenger or shipper 'as one of the most important problems facing the parties to the air transport contract 'because the contract often includes a foreign element 'giving it the status International law 'which makes the law that is supposed to apply to the dispute in question 'especially since the laws differ among themselves as to the mechanisms of proof 'the scope of the damages to be compensated or the amount of compensation that can be judged by the court hearing the dispute 'which means The need to c Iron law applicable to the situation of the dispute 'given great importance by the parties to the air transport contract.

key words:

Air transport contract 'applicable law 'shipper 'passenger 'air carrier.

Loi applicable aux contrats de transport aérien "Étude comparative"**Résumé :**

L'objet de cet article est d'identifier le droit applicable aux litiges, dans le transport aérien, entre le transporteur et le passager ou l'expéditeur ayant subi un dommage. C'est l'un des problèmes les plus importants auxquels sont confrontées les parties au contrat de transport aérien, car le contrat comporte souvent un élément étranger lui donnant le caractère d'internationalité. Cette dernière fait que le droit censé s'appliquer au litige est souvent source de conflits, d'autant que les lois diffèrent entre elles quant aux modes de preuve, à la portée des dommages à indemniser ou au montant de l'indemnité.

D'où la nécessité de prévoir le droit applicable en cas de litige, qui revêt une grande importance pour les parties au contrat de transport aérien.

Mots clés:

Contrat de transport aérien 'loi applicable 'expéditeur 'passager 'transporteur aérien

مقدمة

تنشأ الكثير من العلاقات القانونية في كل رحلة جوية تقوم بها الطائرة، حيث تقل أفراد ينتمون إلى جنسيات مختلفة، ويمكن أن يلحق خلال الرحلة ضرراً بالراكب، أو قد ترتكب أفعال تشكل أخطاء موجبة للمسؤولية من وجهة نظر القانون، وحيث أن احتمال حدوث منازعات أثناء السفر على الطائرة قائم، وتداخل مجموعة عناصر أجنبية في الواقعة المسببة للمسؤولية، تكون فيها جنسية الطائرة مغايرة لجنسية الراكب المضرور، كما من الممكن ان يكون المتضرر أكثر من راكب وكل واحد منهم جنسية مختلفة عن الآخر، في الوقت الذي تحدث فيه المنازعة في إقليم دولة ثالثة، مع فرضية أن تهبط الطائرة في إقليم دولة رابعة وهكذا، ومهما كانت ماهية هذه الوقائع، فإنها سوف تثير مشكلة التنازع القانوني والقضائي التي ستكون وذلك لوجود عدة عناصر أجنبية فيها¹.

وفي هذه الحالة لنا ان نتصور إشكالية الدراسة، في أن قانون كل دولة من الدول التي ينتهي لها عنصر أو أكثر من عناصر المنازعة يدخل ضمن اختصاصها للنظر فيها، وبالتالي إمكانية تطبيق قانونها الوطني الخاص بها على النزاع المعروض أمام المحكمة²، مما يثير مشكلة التنازع في الاختصاص، خصوصاً إذا ما كانت أحكاماً متنوعة ومختلفة للقوانين التي تتنازع في التطبيق على الواقعة، ما بين قانون مشدد أو مخفف للتعويض، أو اعتبار انه ذا الضرر لا يستحق التعويض أصلاً، وهو ما يدعونا إلى التساؤل أساساً عن القانون الواجب التطبيق على عقد النقل الجوي من حيث الأساس من جهة، والتعرف على ماهية قاعدة الإسناد الخاصة بشكل عقود النقل الجوي، وهل لقانون الإرادة دور في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود النقل الجوي؟ وعلى ذلك فإن هيكليّة الدراسة تتحدد أساساً في أنّ مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد النقل الجوي، تظهر عند حدوث نزاع بين الناقل الجوي وبين الراكب أو الشاحن خلال تنفيذ عقد النقل الجوي، وهو ما يعني ضرورة الوقوف على القانون الواجب

¹ أحمد عبد اللطيف غطاشة: الطيران المدني – الأحكام العامة والنقل الجوي. دار صفاء للنشر والتوزيع عمان، 2002، ط 1، ص 101.

² المادة (7) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 وتعديلاته والتي تتضمن إلى أنه "يشمل الاختصاص الإقليمي للعراق أراضي جمهورية العراق وكل مكان يخضع لسيادته بما في ذلك المياه الإقليمية والفضاء الجوي الذي يعلوه وكذلك الأراضي الأجنبية... وتخضع السفن والطائرات لاختصاص جمهورية العراق الإقليمي أينما وجدت".

التطبيق على عقد النقل الجوي وتحديد قاعدة الإسناد الخاصة بشكل وموضوع عقود النقل الجوي، لنتمكن في خاتمة البحث من استعراض أهم ما توصلنا إليه من استنتاجات وتوصيات .
 أمّا منهجية هذه الدراسة؛ فقد اعتمدنا في هذه الدراسة المزج بين المنهج الوصفي المقترن بالمنهج التحليلي المعتمد على أسلوب المقارنة بين مواقف القوانين محل الدراسة، بغرض الإحاطة بالموضوع من كافة جوانبه، حيث حاولنا تحليل النصوص القانونية المنظمة لموضوع الدراسة وعلى الأخص اتفاقية وارشو لسنة 1929 واتفاقية مونتريال لسنة 1999، وتعتمد على منهج المقارنة بين التشريعات المصرية والإماراتية والعراقية وعلى الأخص في مجال القانون التجاري وقانون الطيران المدني.

المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على شكل عقد النقل الجوي

على الرغم من أن شكل عقد النقل الجوي الدولي لا يمثل شرطاً أساسياً لانعقاده فالاتفاقيات الدولية وكذلك القوانين الوطنية لا تشترط أن يفرغ العقد في شكل معين بل أجازت الاستعاضة عنه بأي شكل آخر من أشكال الإثبات المكتوبة كما هو الحال في اتفاقية مونتريال لسنة 1999¹.

بيد ان الأمر لم يكن كذلك في اتفاقية وارشول لسنة 1929 حيث رتبت جزاءات صارمة على عدم شمول عقد النقل الجوي بنداً معيناً وجعلت جزاء عدم التمسك بالحدود الواردة فيها هو جزاء الإخلال بهذا البند ؛ الأمر الذي يجعل مسألة كتابة العقد في غاية الأهمية.
 لذا سنبيّن القانون الواجب التطبيق على العقود النموذجية، وبعدها قاعدة الإسناد الخاصة بشكل عقد النقل الجوي، في مطلبين مستقلين وكما يأتي:

المطلب الأول: العقود النموذجية والقانون الواجب التطبيق عليها

لاشك أن العقود النموذجية هي بمثابة توجيه وإرشاد وتصبح ملزمة بمجرد الإشارة إليها أو التوقيع عليها ومرجع الإلزام هو العقد نفسه الموقع عليه من الطرفين إعمالاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، سنبيّن مستندات النقل الجوي التي تشمل تذكرة السفر وهي بمثابة عقد بين الراكب

¹ هذا مانصت عليه في الفقرة (2) من المادة (3) من اتفاقية مونتريال لسنة 1999 بقولها "2- يجوز الاستعاضة عن تسليم مستندا لنقل المشار إليه في الفقرة (1) بأي وسيلة أخرى تسجل بها المعلومات المذكورة في تلك الفقرة..."

والناقل الجوي، وبطاقة تعريف أمتعة الراكب، ووثيقة الشحن بالنسبة للبضائع وهذه المستندات تؤدي دوراً أساسياً بالإثبات، وهو ما سنبينه في الفروع الآتية:

الفرع الأول: تذكرة السفر

يجب على الناقل الجوي تسليم الراكب تذكرة السفر، وهذه التذكرة تتضمن بعض البيانات التي نظمتها اتفاقية وارشولسنة 1929 وكذلك فعلت اتفاقية مونتريال لسنة 1999 بأنه في حالة نقل الراكب يتعين على الناقل الجوي تسليم مستند فردي أو جماعي يتضمن بيانات إلزامية تضمنتها المادة (3) من كلا الاتفاقيتين، ويجب وفقاً للمادة المذكورة ان تشمل بيانات إلزامية على النحو التالي: 1-نقطتا القيام والوصول. 2- المحطات المتفق عليها مع الاحتفاظ بحق الناقل تعديلها دون أن يؤثر ذلك على الصفة الدولية للنقل. 3- أسم وعنوان الناقل الجوي. 4- النص على ان النقل يخضع لنظام المسؤولية المقرر في الاتفاقية. " والبيان الأخير حسب اتفاقية وارشولسنة 1929 هو بيان له أهمية قصوى لأنه ينبه الراكب إلى خضوع النقل الذي يزمع القيام به لأحكام الاتفاقية التي تحدد التعويض؛ في حالة استحقاقه، بحد أقصى لا يجوز تخطيه، وتقرر اتفاقية وارشولسنة 1999 جزاءً رادعاً في حالة عدم الوفاء الناقل الجوي بالتزامه بإصدار وثيقة السفر وتسليمها لصاحب الشأن وذلك حسب ما جاء في الفقرة (2) من المادة (3) من الاتفاقية بقولها " 2-... إذا قبل الناقل راكباً لم تسلّم إليه تذكرة سفر فليس له أن يتمسك بأحكام هذه الاتفاقية التي تعفيه من المسؤولية أو تحد منها"¹.

وسارت اتفاقية مونتريال لسنة 1999 على هذا الاتجاه في الفقرة (4) من المادة (3) بقولها " 4- يعطى الراكب إشعاراً كتابياً يفيد في الحالات التي تنطبق عليها هذه الاتفاقية فإنّها تحكم وقد تحد من مسؤولية الناقلين عن الوفاة أو الإصابة، وعن تلف الأمتعة أو ضياعها أو تعييبها وعن التأخير"، وقد أغفلت الاتفاقيتين وضع اسم الراكب كبيان إلزامي في التذكرة إلا أن الشروط العامة للاتحاد الدولي للنقل الجوي (الاياتا) تحظر إصدار تذكرة سفر قابلة للتحويل وتشتت أن تكون أسمية، وتعتبر وثيقة النقل مجرد وسيلة إثبات لعقد النقل الجوي ولا يتوقف على وجودها

¹ عدلي أمير خالد، عقد النقل الجوي - قواعد و أحكام - دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 23.

صحة العقد أو صحته ويبقى العقد صحيحاً وقائماً مع وجود التذكرة أو عدم وجودها، ويظل العقد خاضعاً لقواعد الاتفاقيتين بما في ذلك تحديد المسؤولية¹.
ونظراً لعدم وجود نص تشريعي في القانون العراقي والقوانين الوطنية المقارنة (المصري والإماراتي) واضح يحكم موضوع شكل عقد النقل الجوي، نرى بخضوع هذه المسألة للقانون المختص حسب القواعد العامة في الإسناد، فلا توجد أي إشارة من قريب أو بعيد لموضوع الاختصاص القضائي بنظر النزاعات التي تتعلق بشكل عقد النقل الجوي.

الفرع الثاني: استمارة نقل الأمتعة

ألزمت اتفاقية وارشو لسنة 1929 الناقل الجوي بإصدار استمارة للأمتعة من نسختين أحدهما تسلم للراكب والأخرى يحتفظ بها الناقل الجوي، وضمنتها البيانات المطلوبة وذلك في المادة (4) منها حيث ذكرت البيانات التالية :

1- مكان وتاريخ إصدارها، ويفيد هذا البيان في تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع ؛ في حالة قيامه².

2- نقطتا القيام والوصول لمعرفة كون النقل دولياً من عدمه.

3- أسم وعنوان الناقل أو الناقلين وهذا لمساعدة الراكب من تحديد الشخص المسؤول بذاته.

4- رقم تذكرة السفر.

5- النص على أن يكون تسليم الأمتعة إلى حامل الاستمارة وفائدة هذا البيان تظهر عند تسليم الأمتعة في مطار الوصول حيث لا يتم التسليم إلا لحامل تلك الاستمارة.

6- عدد الطرود ووزنها، لكي يتم تقدير التعويض المستحق في حالة الهلاك أو ضياع أو تلف الأمتعة.

7- النص على أن النقل يخضع لنظام المسؤولية المقرر في الإتفاقية.

¹ محمد فريد العربي، القانون الجوي، الدار الجامعية للطباعة و النشر، بيروت، 1980، بند 3، ص 52.

² هذا حسب المادة الفقرة (1) من (28) من اتفاقية وارشو لسنة 1929 التي نصت على أنه " 1- يقيم المدعي دعوى المسؤولية... محكمة الجهة التي يكون له فيها منشأة تولت عنه إبرام العقد بمعرفتها...".

وربت الاتفاقية جزاءً رادعاً على قبول الناقل الجوي لأمتعة لم يسلم عنها استمارة أو في حالة تسليمها ولم تتضمن البيانات المنصوصة في المادة (4) منها، ويتمثل الجزاء في حرمان الناقل من التمسك بأحكام الاتفاقية التي تعفيه من المسؤولية أو تحد منها¹.

أما اتفاقية مونتريال لسنة 1999 فقد اكتفت الفقرة (3) من المادة (3) منها على أنه " 3- على الناقل أن يسلم الراكب بطاقة تعريف عن كل قطعة من الأمتعة المسجلة. " مع إعطائه إشعاراً كتابياً ينبه إلى إمكان تطبيق الاتفاقية من الحد من مسؤولية الناقل الجوي عن تلف الأمتعة أو ضياعها أو تعييبها وكذلك عن التأخير في إيصالها وذلك في الفقرة (4) من نفس المادة، كما ألغت الجزاء المترتب على تخلف هذه البطاقة في الفقرة (5) منها².

ونظمت المادة (94) من الشروط العامة للاتحاد الدولي للنقل الجوي (الاياتا) الخاصة بنقل أمتعة الركاب ما تضمنته بطاقة تعريف الأمتعة من بيانات، بحيث يعد هذا التنظيم نموذجاً تهتدي به شركات الطيران المنضمة لها، ووفقاً لهذه الشروط يلزم نقل أمتعة الركاب على نفس الطائرة التي تقله، وإلا فعلى أول طائرة تسبق أو تلحق الطائرة التي تنقل الراكب، ولا يلزم تحرير بطاقة تعريف فيما يتعلق بحقائب اليد (الأمتعة غير المسجلة)، إلا في حالة تسليمها للناقل الجوي أو تابعيه والاحتفاظ بها من قبلهم في مقصورة الطائرة، ففي هذه الحالة تصبح الأمتعة مسجلة ويلتزم تابعوا الناقل الجوي من تسليم الراكب بطاقة أمتعة عنها³.

ولا تختلف استمارة نقل الأمتعة عن تذكرة السفر في شأن الاختصاص القضائي بنظر المنازعات الخاصة بالشكل في القانون العراقي والقوانين الوطنية المقارنة، فنعتقد أنها بدورها تخضع للقواعد العامة في الإسناد.

الفرع الثالث: خطاب الشحن الجوي للبضائع

القاعدة أنه لا يقع على عاتق الناقل الجوي عبء إعداد خطاب الشحن الجوي للبضائع، خلافاً لما هو عليه الحال في نقل الركاب والأمتعة المسجلة حيث يكون الناقل الجوي ملزماً بإصدار مستندات النقل الخاصة بهما، بل ينتقل هذا العبء إلى مرسل البضاعة، وقد أرست اتفاقية

¹ سميحة القليوبي، القانون الجوي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، بند 176، ص 198.

² هشام فضلي، مسؤولية الناقل الجوي - على الصعيدين الدولي والداخلي، بند 29، ص 50.

³ أحمد بن إبراهيم الشيخ، المسؤولية عن تعويض أضرار النقل الجوي وفق اتفاقية وارشو 1929 مونتريال 1999، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى - جامعة القاهرة - كلية الحقوق، 1985، ص 324.

وارشو لسنة 1929 هذه القاعدة في الفقرة (1) من المادة (6) منها بقولها " 1- يعد المرسل منه خطاب النقل الجوي... ويسلمه مع البضاعة. " ولكن الواقع العملي يقول خلاف هذا الشيء حيث الناقل هو من يتولى بنفسه تحرير خطاب الشحن الجوي لنقل البضائع بناءً على المعلومات والبيانات التي حصل عليها من الشاحن والمتعلقة بالبضائع المراد نقلها¹، ووضعت المادة (8) بفقراتها (17) من اتفاقية وارشو لسنة 1929 البيانات المطلوبة أن يشتمل خطاب النقل الجوي للبضائع ووضع الاتفاقية جزءاً رادعاً للناقل الجوي في حالة قبوله خطاباً غير مشتمل للبيانات الإلزامية المنصوص عليها في المادة المذكورة مسبقاً، فليس له من أن يتمسك بأحكام الاتفاقية التي تعفيه من المسؤولية أو تحد منها، وقد عدلت هذه المادة بموجب بروتوكول لاهاي لسنة 1955 في المادة (6) منها وأصبحت تنص على وجوب تضمين خطاب النقل الجوي للبضائع على ثلاثة بيانات فقط، ثم جاء بروتوكول مونتريال الرابع لسنة 1975 في المادة (8) منه على نفس هذه البيانات الثلاثة، وألغى في المادة (9) منه على الجزء على تخلف خطاب النقل الجوي للبضائع أو البيانات الإلزامية في كل من اتفاقية وارشو لسنة 1929 وبروتوكول لاهاي لسنة 1955. وهذا أخذت اتفاقية مونتريال لسنة 1999 في المادة (5) منها بثلاثة بيانات فقط من البيانات المذكورة وهي المعمول بها على المستوى الدولي الآن.²

وقد نصت اتفاقية وارشو لسنة 1929 في المادة (11) منها وتقابلها نفس المادة في اتفاقية مونتريال لسنة 1999 عن حجية مستندات وثيقة النقل الجوي للبضائع حيث اعتبرت الوثيقة أو إيصال البضائع دليلاً على إبرام العقد واستلام البضائع وشروط النقل المذكورة فيها ما لم يثبت خلاف ذلك، وتكون البيانات المتعلقة بعدد الطرود دليلاً يحتج به ما يثبت خلاف ذلك، أمّا البيانات المتعلقة بكمية البضائع وحجمها وحالتها فلا تكون الحجية لها ضد الناقل الجوي، إلا بقدر ما يكون الناقل الجوي قد تحقق منها بحضور المرسل، وأثبت ذلك في وثيقة الشحن الجوي أو في إيصال البضائع، أو بقدر ما تكون البيانات المتعلقة بالحالة الظاهرة للبضائع.³

¹ محمد فريد العريبي، محمد السيد الفقي، القانون البحري والجوي، منشورات الحلبي، بيروت، 2011، بند 306، ص 524.

² نصت المادة (5) من اتفاقية مونتريال لسنة 1999 على أنه " تتضمن وثيقة الشحن الجوي أو إيصال البضائع مايلي : (أ) بيان نقطتي المغادرة والمقصد النهائي. (ب) بيان نقطة واحدة على الأقل يمتد نطاق التوقف... (ج) بيان وزن الإرسالية".

³ مصطفى محمد أحمد رجب، قانون النقل الدولي- القانون البحري والجوي والنقل بالسكك الحديدية -، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 209-210.

يمكن تقسيم هذه البيانات المطلوبة إلى قسمين في مدى حجيتها بالإثبات فالقسم الأول عن البيانات التي يدققها الناقل الجوي مثل عدد القطع والطرود والوزن ونوع التغليف فهذه البيانات يكون من السهل على الناقل الجوي من تدقيقها، وملاحظة حالتها الخارجية، أمّا ما يوجد في داخلها لم يجر التعامل على تدقيقها، لذا لا يعد عدم تحفظه هنا قرينة على ان البضاعة في داخلها لم تكن بحالة جيدة عند تسلمها من المرسل ويقع عبء الإثبات على المدعي، أمّا القسم الثاني من البيانات والتي لا يدققها عادة الناقل الجوي ويتم درجها في مستند النقل الجوي بناء على ما صرح به الرسل ذاته أو وكيله مثل محتوى الطرود ومحتوى الحاوية وحالتها الداخلية، فلم يشر التعامل الجاري إلى قيام الناقل بفض الأغلفة وفتحها، فصارت قرينة الإثبات قرينة بسيطة بالنسبة لهذه البيانات¹.

ولا تختلف وثيقة الشحن الجوي عن استمارة نقل الأمتعة وتذكرة السفر في شأن الاختصاص القضائي بنظر المنازعات الخاصة بالشكل في القانون العراقي والقوانين الوطنية المقارنة، فنرى بأنها بدورها تخضع للقواعد العامة في الإسناد.

المطلب الثاني: قاعدة الإسناد الخاصة بشكل عقود النقل الجوي

إنّ قواعد الإسناد يضعها المشرع الوطني في كل دولة مهمتها هي إسناد علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي لأكثر القوانين ملائمة لها، وتنتهي مهمتها بالإسناد لتبدأ مهمة القانون المسند له الاختصاص، لذا تسم بقواعد الإسناد بالنظر لمهمتها الإسنادية، كما تسمى بقواعد تنازع القوانين لأنه اتفص التنازع².

والاسم العلمي لها هو قواعد القانون الدولي الخاص³، وتتولى قواعد الإسناد حل مشكلة التنازع، التي ترشد المحكمة الوطنية إلى القانون الواجب التطبيق وتشير إلى القانون المعين اللازم التطبيق بشأن النزاع المرفوع أمام المحكمة⁴.

¹ طالب حسن موسى، القانون الجوي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الطبعة الثالثة، 2010، بند 109، ص 115-116.

² غالب علي الداودي، حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، مكتبة السهوري، بيروت، 2013، ص 47.

³ نصت المادة (1/31) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 وتعديلاته على أنه "1- إذا تقرر ان قانونا أجنبيا هو واجب التطبيق فإن ما يطبق منه أحكامه الموضوعية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص."

⁴ ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص - وفق القانونين العراقي والمقارن، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1973، الطبعة الأولى، ص 263.

من خصائص قاعدة الإسناد أنها قانونية وطنية مرشدة محايدة، والصفة الوطنية تعني أنها تنتمي إلى دولة المحكمة نفسها الناظرة في النزاع والمختصة فيه، ومعنى مرشدة أنها ترشد للقانون المختص، ومحايدة أي أنها تحدده دونما فارق بين كونه قانوناً أجنبياً أم قانون القاضي أي قانون الدولة التي تنتمي إليها المحكمة المختصة اختصاصاً قضائياً دولياً¹.

وإن تطبيق قواعد الإسناد على عقد النقل الجوي، يرجع إلى انعقد النقل الجوي للاتفاقيات الدولية لا يخضع بالنسبة لتحديد المحكمة المختصة بنظر الدعوى، بل يخضع للقواعد العامة في العقود كأى عقد دولي آخر، ويضع المشرع الوطني قواعد الإسناد ليختار بواسطتها أكثر القوانين ملائمة لحكم العلاقة القانونية - ذات العنصر الأجنبي - لقانون معين تتكفل قواعد الموضوعية بحكم العلاقة القانونية موضع النزاع، ليكون أكثر إيفاءً بمقتضيات العدالة من وجهة نظره، ومن المعروف أن ضابط الإسناد باعتباره عنصر من عناصر قاعدة الإسناد هو الذي يقوم بتعيين القانون واجب التطبيق²، وأنه المعيار الذي يثبت بواسطته الاختصاص لقانون معين يحكم الفكرة المسندة،

ويستمد ضابط الإسناد وجوده من أحد عناصر العلاقة القانونية والتي يكون أحدها جنسية الأطراف أو موطنهم أو موقع محل تعاقدهم أو إرادتهم، أو محل وقوع الضرر في حالة المسؤولية التقصيرية ومن الضرورة أن يكون ضابط الإسناد مستمداً من أحد هذه العناصر، حتى يتم تحديد القانون واجب التطبيق، فضايط الإسناد إجمالاً هو معيار بموجبه يستطيع القاضي أو المحكم تحديد القانون واجب التطبيق على المنازعة³.

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع منازعات عقد النقل الجوي

تبدو أهمية تحديد القانون واجب التطبيق من خلال تأثيره على العقد الدولي، فهو بمثابة الأداة التي يتم بناءً عليها تنظيم العقد وتحديد مدى صحته وصحة شروطه، وهو الوسيلة التي توفر للعقد انسجاماً مع البيئة التي ينفذ فيها والتي تتلاءم مع موضوعه الذي يتم تنفيذه، وقد

¹ غالب علي الداودي، حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 48.

² محمد سليمان أحمد، التحليل المنطقي لقاعدة الإسناد، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، العدد (2) المجلد (16)، شباط 2009، ص 424.

³ أحمد محمد الجراي، المنازعات الناشئة عن عقد النقل الجوي للأشخاص في العلاقات الدولية الخاصة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة أسيوط، 2017، ص 185.

لاقت مسألة القانون واجب التطبيق عناية كبيرة من الفقه والقضاء والأطراف أيضاً فالدولة لا تحتكر صناعة القانون بالتالي هناك مصادر كالعرف، وفي العقود الدولية يجد الأطراف أنفسهم أمّا فراغ قانوني لأن عقدهم لا يخضع لقانون أي دولة لزوماً أن هناك مشكلة تنازعا القوانين. وكما كان العقد الدولي يخضع كقاعدة عامة لقانون الإرادة أي القانون الذي أشارت إليه إرادة الأطراف، فالعقد الدولي هو العقد الذي تتصل عناصره القانونية المؤثرة بأكثر من نظام قانوني واحد، وبالتالي تثير تنازعاً بالقوانين، ويكون مجال لتدخل الأطراف لاختيار القانون الواجب التطبيق، أمّا العقود الوطنية في جميع عناصرها لا تثير تنازعاً بين القوانين، وبالتالي فلا مجال لتدخل إرادة المتعاقدين لاختيار القانون الواجب التطبيق عليها.

لذلك فسنبين تطبيق قانون الإرادة على عقد النقل الجوي، ومن ثمّ القاعدة العامة لحل تنازع وفق قانون الإرادة. وذلك في مطلبين كما يلي:

المطلب الأول: تطبيق قانون الإرادة على عقد النقل الجوي

يمكن التفصيل في تطبيق قانون الإرادة على عقد النقل الجوي، من خلال بيان مفهوم قانون الإرادة من جهة، واستعراض المسائل المتعلقة به من جهة ثانية، وهو ما سنعمل عليه في الفروع الآتية:

الفرع الأول: مفهوم قانون الإرادة

استقرت معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، على مبدأ إعطاء الحرية للأطراف في اختيار المحكمة المختصة بصفته ضابطاً من الضوابط العامة للاختصاص القضائي الدولي، وبالنسبة للقانون العراقي فاخصاص المحاكم العراقية بمقاضاة الأجنبي، ولم تكن الدعوى من اختصاصها بحسب الأصل إذا قبل الأجنبي الخضوع لولايتها، وهذا القبول قد يكون قبولاً صريحاً أو قبولاً ضمناً، فإذا كان القبول صريحاً يكون بالنص عليه في التصرف القانوني الذي أقيمت الدعوى بشأنه كما لو اتفق المتعاقدان ان تكون المحاكم العراقية حق فصل النزاع المحتمل في علاقتهم القانونية، أمّا القبول الضمني فيستنتج من حضور المدعى عليه الأجنبي أمام المحكمة العراقية المرفوع أمامها النزاع وعدم تمسكه بالدفع بعدم الاختصاص عند بدء الخصومة، لأن قبوله في موضوع الدعوى يدل على قبوله الضمني ولاية القضاء العراقي¹.

¹ غالب علي الداودي، حسن محمد الهداوي القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 249.

وقد حرص المشرع العراقي في الفقرة (1) من المادة (31) من قانون المدني العراقي سابق الذكر على أنه في حالة اختيار الأطراف لقانون معين على انصراف هذا الاختيار إلى القواعد الموضوعية التي يتضمنها هذا القانون وليس ما يتضمنه من قواعد خاصة بتنازع القوانين، إلا إذا عبر الأطراف عن قصدهم إلزام القاضي باختيار القانون الذي تشير إليه قواعد التنازع الواردة في القانون الذي وقع عليه اختيارهم، حيث نص على أنه " 1- إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو واجب التطبيق وإنما يطبق منه أحكامه الموضوعية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص." وتقابل هذه المادة (27) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 بنفس الصيغة والمضمون والتي أخذها منه المشرع العراقي، أمّا قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985 المعدل فقد جاءت الفقرة (1) من المادة (26) منه بنفس الحكم المتقدم في القانونين المصري والعراقي ثم جاءت الفقرة (2) من نفس المادة بقولها " 2- على أنه يطبق قانون دولة الإمارات العربية المتحدة إذا أحالت على قواعده نصوص القانون الدولي المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق."

هذا وقد ذهب البعض إلى وجوب التمييز بين حالات ثلاثة وهي¹:

الحالة الأولى: حالة وجود اختيار صريح لقانون العقد من قبل الأطراف، فيجب احترام

وإعمال القانون المختار.

الحالة الثانية: حالة تخلف الاختيار الصريح مع دلالة الظروف ومعطيات التعاقد على

اتجاه إرادة المتعاقدين إلى تطبيق قانون معين بطريقة ضمنية، فيجب احترام هذه الإرادة الضمنية والقاضي هو من يقوم باستنباطها.

الحالة الثالثة: حالة عدم وجود إرادة صريحة أو ضمنية أي انعدام حقيقي لقانون الإرادة،

وهنا يبدو واقعياً اللجوء إلى فكرة التوطين حتى يصل القاضي إلى استخلاص القانون واجب التطبيق وتحديد قانون العقد.

ولقد ارتبطت عملية اختيار قانون العقد في بدايتها بتحليل العلاقة القانونية واختيار إرادة

الأطراف كمرادف يتم به الاستناد في تبرير اختيار الأطراف لقانون العقد حيث ارتبطت الإرادة بعملية اختيار قانون العقد، وقد حدث تطور بالغ الأهمية في فكرة إسناد العقد الدولي حيث بدأت تظهر فكرة قانون الإرادة على نحو واضح وأساسي، ويقصد بقانون الإرادة ذلك القانون الذي اختارته إرادة أطراف العقد الدولي لكي يطبق بحق اختيار وتحديد القانون الواجب

² د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 1088.

التطبيق على عقدهم، وعند هذا يتوقف دور إرادة الأطراف، ويخضع العقد بعد ذلك خضوعاً كاملاً لذلك القانون ولا يتدخل الأطراف للخضوع من هذا الحد¹.

الفرع الثاني: نطاق قانون الإرادة

يمتد قانون الإرادة في نطاق زمني ونطاق موضوعي، ويمكن بيان كلا النطاقين في مقصدين مستقلين، كالآتي:

أولاً: النطاق الزمني لقانون الإرادة

يمتد في النطاق الزمني لقانون الإرادة بوقت طرح النزاع على القاضي، لأن دور القاضي يبدأ برفع النزاع إليه، ولا فرق بين ما إذا كان القاضي تابعاً لمحكمة أو محكمة، هذا في حالة ما إذا تم تحديد القاضي لقانون العقد، أمّا عندما يناط تحديد قانون العقد بالمتعاقدين أنفسهم بإرادتهم الصريحة، فإنّ اختيار قانون العقد يكون عند تحرير العقد حيث يتم تضمين بنود العقد، بنداً يحدد فيه القانون واجب التطبيق، هذا ولا يمنع من إمكان تحديد الأطراف لقانون العقد بعد إبرامه في اتفاق مستقل عن العقد من قبيل التيسير على المتعاقدين، وتحقيق فعالية قاعدة التنازع المقررة لاختصاص قانون الإرادة، أمّا عن إمكانية تعديل المتعاقدين عن اختيارهم وجعل الاختصاص لقانون آخر، فقد اعترض البعض على فكرة تعديل اختيار قانون العقد على أساس أنّه بمجرد التحديد أو الاختيار الأول لقانون العقد ينتهي دور قاعدة التنازع في مجال العقود وتمكين الأطراف من تعديل التحديد أو الاختيار يعني نشأة تنازع قوانين مرة أخرى وإعادة أعمال قاعدة التنازع مرة ثانية.

وذهب البعض الآخر إلى إمكانية القبول بفكرة تعديل المتعاقدين لاختيارهم بحيث لا يضر هذا التعديل بحقوق الغير الذين بنوا توقعاتهم على القانون الأول المراد العدول عنه، كما لا ينبغي أن يؤدي ذلك إلى التأثير على سلامة وصحة العقد الذي يجري تعديل اختيار القانون بشأنه.

ونرى أنّه لا يثور بشأن عقد النقل الجوي ما إذا كان غير خاضع لقواعد محددة مسبقاً في أن يختار الأطراف قانوناً يطبق على العقد أو على ما قد يثور حوله من نزاعات ونرى أيضاً أنّه من

¹ نفس المرجع، ص 1088.

حق الأطراف أن يتفقوا على تعديل القانون المختار برضا كليهما ولا مشكلة في ذلك شريطة ألا يؤدي هذا التعديل على التأثير في صحة العقد.

ثانياً: النطاق الموضوعي لقانون الإرادة

ذهب اتجاه فقهي وقضائي إلى أن هناك معيارين للعقد الدولي: المعيار الأول معيار اقتصادي ومر هذا المعيار بثلاث مراحل:

المرحلة الأولى وفيها يعتبر دولياً كل عقد يستتبع حركة وذهاباً وعودة، والحد من حدة المعيار الاقتصادي فيعتبر عقداً دولياً كل عقد يستتبع حركة ولو كانت في اتجاه واحد سواء الذهاب أو العودة.

المرحلة الثانية ويعتبر فيها دولياً كل عقد يتصل بمصالح التجارة الدولية، وقد ظهرت هذه المرحلة في مفهوم المعيار الاقتصادي بمناسبة صلاحية شرط التحكيم في العقود الدولية، فكل عقد يمس حاجات ومصالح التجارة الدولية يمكن الاتفاق على إخضاع ما ينشأ من منازعات لقضاء التحكيم والإفلات من القضاء الوطني، ومثل هذا الاتفاق يكون صحيحاً. دون حاجة إلى البحث عن القانون واجب التطبيق على العقد¹.

أما المرحلة الثالثة وفيها يعتبر دولياً كل عقد يتعدى بتبعاته وأثاره الاقتصاد الداخلي للدولة، فالصفة الدولية للعقد تعتمد على كل العناصر التي يجب ان تؤخذ في الاعتبار لتقدير مدى خروج اقتصاديات العقد عن نطاق الاقتصاد الوطني أو الداخلي.

أما المعيار الثاني فهو معيار قانوني ومقتضاه أنه يعتبر كل عقد اشتمل على عنصر أجنبي سواء اتصل هذا العنصر بالإعمال المتعلقة بإبرامه أو بتنفيذه أو بموطن المتعاقدين أو بجنسيتهم فيكفي أن يتصل العقد بأحد عناصره بأكثر من نظام قانوني كي يكون دولياً².

وباعتبار أن عقد النقل الجوي يعدّ عقداً دولياً طبقاً لهذا المعيار القانوني، كون الأطراف تنتمي لذات الجنسية أو الموطن، لكن تنفيذه يتطلب عبور الطائرة للحدود الوطنية للدولة، ويكون جزء من عملية تنفيذه خارج حدود الدولة أو عبر حدودها في دولة أجنبية، وهو كأي عقد دولي أخري يخضع لقانون إرادة الأطراف إلا أنه عقد على قدر عال من الخصوصية لكونه يتعلق بمصالح الركاب والشاحنين والناقلين الجويين، وهو ما يمثل نشاطاً اقتصادياً مهماً.

¹ على فوزي الموسوي في محاضرة ألقاها في قسم التحكيم، غرفة تجارة بغداد، بتاريخ 2019/4/6.

² أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنافس الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص 1090.

المطلب الثاني: القاعدة العامة لحل تنازع القوانين وفق قانون الإرادة

قد تتجه إرادة المتعاقدين إلى اختيار قانون دولة معينة ليكون الفصل في النزاع وفقاً لما تضمنه هذا القانون من نصوص، وإطلاق النص يسمح باختيار أي قانون، سواء أكان القانون الوطني أو سواه، وهذه فكرة خضوع العقد الدولي لقانون إرادة المتعاقدين قد مرت بعدة مراحل فقد كان المستقر عليه إخضاع العقد إلى قانون محل إبرامه سواء من حيث الشكل أم من حيث الموضوع، حيث يخضع إلى قانون الدولة التي يبرم فيها العقد على اعتبار أن مكان انعقاد العقد هو بمثابة المكان الذي يولد فيه التصرف، وبالتالي يتعين إخضاع العقد لقانون هذا المكان، ثم تطورت هذه القاعدة ليصبح العقد يخضع لقانون محل إبرامه على أساس أن اختيار محل الإبرام هو تعبير عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين الذين قصدا اختيار هذا المكان لحكم العقد، وأخيراً اخضع العقد لقانون الإرادة أي القانون الذي تنصرف إرادة المتعاقدين صراحة أو ضمناً، وعليه فمن حق أطراف العلاقة من استبعاد اختصاص قانون محل إبرام العقد باتفاق صريح أو ضمني واختيار قانون آخر¹.

ونظراً للخصوصية الشديدة لعقود النقل الجوي الدولي فقد أحاطه المشرع الدولي بأهمية كبرى من خلال الاتفاقيات الدولية والتي نظمت مسألة الاختصاص القضائي بالفصل في منازعات عقود النقل الجوي، فيثار تساؤل عن مدى إمكانية أعمال هذه القاعدة على عقود النقل الجوي وهل تخضع هذه العقود إلى قانون الإرادة بالرغم من التفاوت في المركز القانوني لأطرافها؟

أن تطبيق قانون الإرادة يفترض به تساوي مركز أطراف العقد من كافة النواحي حتى يتسنى لأي طرف من الأطراف أن يبدي إرادته بطريقة صحيحة، ففي حين يعتبر الناقل الجوي في أغلب الأحيان مرفقاً عاماً يقدم خدماته لجمهور مفتوح ويحتل مركزاً اقتصادياً قوياً، وهو ما يمثل ضرراً كبيراً بمصالح الركاب الأقل قدرة في مواجهة الناقل عند إبرام العقد، ففي كل الأحوال يقدم الناقل الجوي نموذجاً مطبوعاً يتعين على المسافر الموافقة عليه ولا يتسنى له مناقشة بنوده مع الناقل الجوي²، لذا ينبغي القول أن تطبيق قانون الإرادة في مجال العلاقات الدولية

¹ غالب علي الداودي، حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 147-148.

² يعتبر عقد النقل الجوي من العقود القريبة لصفة الإذعان إذ أن شركات الطيران تعرض شروطها المطبوعة على الكافة ولا تقبل مناقشة فيها ودون أن يكون لإرادة الطرف الثاني أي دور في شروط العقد، ولذلك يكون القبول في هذه الحالة إذعان. عدلي أمير خالد، عقد النقل الجوي - قواعد وأحكام، مرجع سابق ص 14.

النتيجة عن عقد النقل يجب أن تقن ويراعى فيها كل هذه الجوانب لما لهذا العقد من خصائص تجعله عقداً منفرداً من العقود الدولية الأخرى. لذا سنبيّن مدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق، والقانون الواجب التطبيق في حال تخلف الإرادة، في فرعين مستقلين وكما يلي:

الفرع الأول: مدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق

هناك عدة آراء للفقهاء حول مدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد وما يترتب عليه من منازعات وهي كالآتي¹:

الرأي الأول: أصحاب النظرية الشخصية

حيث يرى أصحاب هذه النظرية بأن أساس إطلاق حرية أطراف العلاقة التعاقدية في اختيار القانون الواجب التطبيق يتأتى من قاعدة (أن العقد شريعة المتعاقدين) وبموجب هذه القاعدة فللمتعاقدين الحرية المطلقة في اختيار قانونهم ولا يوجد عليهم أي قيود، فيمكنهم اختيار قانون دولة إحدى الأطراف أو قانون دولة ثالثة، وأن العقد ملزم في ذاته استناداً إلى إرادتهم وليس استناداً إلى قوة القانون، والذي ينحصر دوره هنا في حماية الأفراد في التعاقد، ويترتب على الأخذ بهذا الرأي عدة نتائج وأهمها:

الأولى: رفض فكرة الإحالة وإسناد الاختصاص إلى قانون آخر غير القانون الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف.

الثانية: توسع نطاق اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد

الثالثة: أن بإمكان الأطراف من استبعاد أي نص قانوني حتى لو كان قاعدة أمر لا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على مخالفته، كما يمكن لهم من تجزئة العقد وإخضاعه لأكثر من قانون.

الرأي الثاني: أصحاب النظرية الموضوعية

يرى أنصار هذه النظرية أن حرية أطراف العلاقة التعاقدية في اختيار القانون الواجب التطبيق تتمثل في تركيز عناصرها، بحيث تمكن القاضي المعروض عليه النزاع من تحديد هذا

¹ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995. ص 101-105.

القانون، ويكون باستطاعة القاضي ان يستبعد القانون الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقدين في حالة وجد أن هذا القانون يخالف التركيز الموضوعي للعلاقة التعاقدية بين الأطراف والذي يكون واجب التطبيق في هذه الحالة. ويترتب على الأخذ بهذا الرأي عدة نتائج أهمها:

الأولى: لا يحق للأطراف من استبعاد القواعد الآمرة لعدم اندماج نصوص القانون الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف في اتفاهم، وبإمكانهم تجزئة العقد وإخضاعه لأكثر من قانون بشرط أن إلا يترتب على ذلك خروج العقد من حكم العقد .

الثانية: إمكان إبطال العقد وفقاً للقانون الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف، ورفض فكرة الإحالة من هذا القانون إلى قانون آخر.

3-الرأي الثالث: الجمع بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية

وهو الرأي الراجح حيث يكتفي أصحاب هذا الرأي بوجود صلة مقبولة وسائغة تربط أطراف العلاقة التعاقدية والقانون الذي تتجه إليه إرادتهم، ويكون خاضعاً له نتيجة لاستقلال هذا القانون عن اتفاهم وعدم اندماجه فيه، مما يترتب عليه عدم إمكان استبعاد قواعده الآمرة، ويتميز هذا الرأي بأنه:

1- يرفض فكرة الإحالة وفكرة إبطال العقد وفقاً للقانون الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقدين.

3- ان يكون القانون الذي اتجهت إليه أطراف العلاقة التعاقدية مستقلاً عن اتفاهم، ويكون هذا الاتفاق خاضعاً له ولا يكون اندماجهما، ولا يكون للأطراف التهرب من قواعده الآمرة بالاتفاق على ما يخالفها.

3- يستلزم هذا الاتجاه وجود صلة أو مصلحة معقولة تربط بين اتفاق الأطراف وقانون الإرادة، ولا يكون هذا القانون مجرد شروط تعاقدية في اتفاق الأطراف بل يكون هذا الاتفاق خاضعاً له ولقواعده الآمرة.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق في حال تخلف الإرادة

عندما تنعدم الإرادة الصريحة للمتعاقدين حول اختيار قانون العقد فلا يملك القاضي سوى أن يطبق قانونه الوطني اختصاراً للطريق، أو يرفض الفصل في النزاع، والواجب هو ان

يجتهد للوصول إلى تحديد قانون العقد¹، وقد قرر المشرع العراقي في المادة (25) من القانون المدني العراقي سابق الذكر على أنه "1- يسري على الالتزامات التعاقدية فانون الدولة...، فإذا اختلفا موطناً يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد . " لذا سنبيّن تطبيق قانون القاضي، وتطبيق قانون الدولة الأكثر ارتباطاً في النزاع وكالاتي :

أولاً: تطبيق قانون القاضي

إذا لم يعين أطراف النزاع المطروح على القاضي القانون الذي يحكم منازعتهم فإنه يقع على عاتق القاضي أن يتصدى لهذا الأمر، أي تبيان القانون الذي يحكم موضوع النزاع من خلال أعماله لقواعد تنازع القوانين أو قواعد الإسناد، فالقاضي هنا يلتزم بإتباع القواعد القانونية لقانون اختصاصه أي لقانون دولته التي يصدر باسمه أحكامه، ويتعين عليه بالتالي إتباع قواعد الإسناد التي يرسمها هذا القانون للاهتمام إلى القانون الذي يحكم موضوع النزاع المطروح أمامه، ويرى بعض الفقه أن حل التنازع وفقاً لقانون القاضي هو الطريق المناسب الذي يتعين الإهتمام به للتوصل إلى الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق على النزاع، على أساس أن وظيفة قاعدة الإسناد هي التوصل إلى حل النزاع وليس مجرد تحديد الدولة التي يختص قانونها بحكم النزاع، كما لا يمكن للقاضي أن يستعين بقواعد الإسناد الداخلية في القانون واجب التطبيق، وتطبيقاً لذلك فإنّ القاضي يستعين بقواعد الإسناد للتوصل إلى الشريعة الداخلية التي يتعين تطبيقها من بين الشرائع السارية في هذه الدولة وهي كالاتي²:

أ- القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية

في حالة غياب اختيار الأطراف لقانون العقد - الإرادة الصريحة أو الضمنية - يلجأ القاضي إلى حل مقبول ومنطقي وهو إلحاق العقد وإسناده إلى القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية فهو من جهة يعد حل منطقياً وواقعياً داخل علم تنازع القوانين ومن جهة أخرى يعد

¹ د كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والسياسة، الجزائر، 2016، ص 273.

² إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص - مركز الأجانب وتنازع القوانين، مكتبة الكتب العربية، دون ذكر مكان النشر، 1992، ص 350.

وسيلة بسيطة وسهلة للقاضي، فما عليه سوى البحث عن القوانين المرتبطة بالعقد مكانياً ويميز بينها للاختيار.

ففكرة إسناد العقد لقانون مركز الرابطة العقدية يقوم على استعراض القوانين التي تربط بالعقد واختيار القانون الذي يرتبط بالعقد أكثر من غيره، وهذا ما يتطلب بالضرورة رصد وبحث في العلاقة العقدية وعناصرها لبيان مركز الثقل فيها أو العنصر الذي يعبر أكثر من غيره عن ارتباطه بالعملية العقدية ككل، وهذا العنصر قد يكون ظرفاً أو ملاسبات للعقد أحاطت به وكانت أكثر أهمية من غيرها أو قد يكون أحداثاً مادية معينة كانت هي محور العقد ونقطة ارتكازه ؛ بحيث تكون معبره عن مركز الثقل في العقد¹.

وبالتالي يكون قانون العقد هو ذلك القانون المرتبط بهذا العنصر دون غيره أو المعبر عنه، ومن هنا كانت فكرة تحديد قانون العقد بصورة مسبقة للعقود جميعاً أمراً غير متصور وذلك لاختلاف ظروف وملاسات كل التعاقد في كل حالة عن الأخرى بحيث يتم فحص كل عقد أولاً وبيان مركز الثقل فيه والعنصر الذي يمثل ذلك أكثر من غيره، وبالتالي يتحدد قانون العقد بصورة مختلفة في كل مرة نظراً لاختلاف العنصر الذي يمثل مركز العقد في كل مرة².

ب- أن يكون أحد أطراف الدعوى من جنسية دولة القاضي

إذا كان المدعي في الدعوى أجنبياً والمدعى عليه ينتمي إلى جنسية دولة القاضي، كأن يكون الراكب عراقياً في فرنسا يرتكب فعلاً ضاراً ضد راكب فرنسي، فمن غير المتصور أن يترك هذا المدعي الفرنسي محكمته، أو محكمة محل وقوع الفعل الضار ليرفع دعوى تعويض الضرر الذي أصابه أمام المحاكم العراقية، فالمعلوم أن المترافع ينفر من اللجوء إلى القضاء الأجنبي، خصوصاً حين تختص محكمته بحكم الواقعة المدعى من أجلها، أمّا إذا أصر المدعي الأجنبي على رفع الدعوى أمام قضاء دولة المدعى عليه فإن ذلك يعد مجازفة منه، ويعتبر نادر الحدوث أمّا إذا كان المدعي وطنياً والمدعى عليه أجنبياً، كأن يرتكب فرنسي في فرنسا أو أي دولة أخرى، إضراراً بالعراقي، فمن الواضح والمنطقي أن مصلحة هذا المدعي تكون في اللجوء إلى محكمة محل وقوع الفعل الضار - محكمة موطن المدعى عليه - على الرغم من أن ذلك قد يؤدي إلى إفلات المدعى

¹ كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 246.

² هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 518.

عليه من قبضة العدالة، ويعتبر قد أهدر حقه بنفسه خاصة عندما لا تربط المدعى عليه الأجنبي بدولة المدعي المتضرر أية صلة¹.

ج- أن يكون المدعى والمدعى عليه من جنسية دولة القاضي

قد يتسبب ناقل عراقي في الإضرار براكب عراقي في فرنسا، فإذا كان أطراف الدعوى من المقيمين بصفة دائمة في فرنسا، فمن الطبيعي أن ترفع الدعوى في فرنسا، خشية ضياع الحق بفوات فترة طويلة، أمّا في حالة إقامتهم بصفة مؤقتة فغالباً ما يتم رفع الدعوى أمّا قضائهم الوطني نظراً للثقة في الحصول على حقوقهم، فضلاً عن أن من النادر أن تطبق المحكمة الوطنية المختصة بدعوى التعويض قانوناً أجنبياً على المسؤولية ومن ثم يعد تعزيزاً للضمانات المقررة في هذا الفرض أن قانون القاضي سيكون هو صاحب القول الفصل في دعوى التعويض المرفوعة². وبالنظر إلى عقد النقل الجوي فإنه يتعين تقييد تطبيق قانون القاضي بطريقة تسمح بحفظ حقوق الطرف الأضعف فيه، وهو الراكب أو الشاحن المتضرر حتى لا ينفرد الناقل الجوي بتحديد قانوناً قد يمثل تطبيقه ضرراً للمتضرر منهم، أي كان نوع هذا الضرر سواء تعلق الأمر بنوع من القواعد التي ستطبق أو بصعوبة التقاضي على الراكب أو الشاحن المتضرر لأي سبب كان.

ثانياً: تطبيق قانون الدولة الأكثر ارتباطاً بالنزاع

بإمكان قاضي الموضوع في حالة غياب اختيار الخصوم لقانون وطني أن يلجأ إلى حكم قواعد تنازع القوانين في الدولة التي يكون حامل لجنسيتها، أو الدولة التي له فيها إقامة دائمة على أساس أن القاضي سيكون أكثر معرفة وإلمام بمثل هذه القواعد، ومن المعروف في مجال تنازع القوانين تطبيق قانون الدولة التي تكون مصالحها أكثر تعلقاً بالنزاع من غيرها، فقد يقع الفعل الضار في دولة ويترتب الضرر في دولة أخرى، فبقانون أي الدولتين يعتد؛ وكذلك في حالة وقوع حادثة في مكان لا يخضع لسيادة دولة محددة³، كما لو وقع في أعالي البحار أو الفضاء

¹ حسام الدين فتحي عبد اللطيف ناصف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس، دراسة مقارنة، ص 144.

² هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 146.

³ كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 112.

الحر، ولهذا نجد أن المشرع العراقي في الفقرة (1) من المادة (25) من القانون المدني العراقي سابق الذكر نص على أنه " 1- يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً "، تقابلها الفقرة (1) من المادة (19) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 التي نصت على أنه " 1- يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك... "، وتقابلها الفقرة (1) من المادة (19) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985 المعدل بما هو نصه " 1- يسري على الالتزامات التعاقدية شكلاً وموضوعاً قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين أن اتحدا موطناً... " ويتبين من هذا النصوص المتقدمة ان المشرع قد اخضع الالتزامات التعاقدية للقانون الذي يختاره المتعاقدان في العقد بإرادتهما الصريحة أن أعلن عنها في العقد وإلا فيإرادتهما الضمنية التي يمكن للقاضي ان يستخلصها من ظروف الحال¹.

ونتيجة لذلك؛ ولمعرفة القانون الأكثر ارتباطاً بالنزاع ظهرت عدة آراء لتطبيق قانون الدولة الأكثر ارتباطاً فذهب الرأي الأول إلى أن العبرة بقانون مكان الفعل الضارة، ويعتمد هذا الرأي على أن الخطأ هو الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية، وأن قواعد الإقليم الذي وقع فيه النشاط أو السلوك هي التي خولفت، كما أن اختصاص قانون ذلك المكان هو الذي يتفق وتوقعات الأطراف، فمرتكب السلوك الضار على علم بقانون الدولة التي اقترف فيه سلوكه².

أما الرأي الثاني وهو الأرجح والذي أخذ به غالبية الفقه، فقد ذهب إلى أن العبرة بالأخذ بمكان تحقق الضرر، ويتجه هذا الرأي إلى أن العبرة بقانون محل تحقق الضرر إن اختلف عن مكان سلوك الضرر، وذلك لأن الاعتداد بعنصر الضرر هو أمر منطقي لأنه يحتل مكاناً بارزاً في شأن المسؤولية المدنية ؛ بحيث يكون قانون ذلك المكان الذي حصل فيه وقوع الضرر هو الأولى بالاعتبار أما عنصر الفعل الضار نفسه فقد لا يتخذ مظهراً مادياً ملموساً يمكن تركيزه في مكان محدد³.

¹ غالب علي الداودي، حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 152-153.

² عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين – دار النهضة العربية، القاهرة، ج2، 1972، ص 518.

³ أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص 1195.

ويدعو آخرون إلى إعطاء المتضرر الحق في اختيار قانون وقوع الخطأ أو قانون الدولة التي ترتب فيها الضرر، وقد يكون مثل هذا القانون الأكثر عدالة لأنه يمكن الطرف الضعيف وهو المتضرر من اللجوء إلى الطريق الأيسر والأأنفع¹.

أمّا في حالة عدم تمكن القاضي من الوصول إلى القانون الأكثر ارتباطاً يمكن للقاضي في هذه الحالة الاعتماد على قانون محل تحقق الضرر، ذلك أن الضرر هو العنصر الأهم لقيام المسؤولية المدنية، فضلاً عن أن تحقق الضرر هو الذي يبدأ منه تقادم دعوى المسؤولية بالإضافة إلى أنّه إذا أردنا حفظ التوازن بين مصالح الأطراف في المسؤولية، فيجب تطبيق ذلك القانون الذي حصل الإخلال بالتوازن (الفعل الضار) في نطاق سريانه².

خاتمة

خلاصة ما نقول في هذا الإطار هو أن تنفيذ عقد النقل الجوي يتطلب عبور الطائرة للحدود الوطنية للدولة، بشكل نقل عابر للحدود، ليمر بدولة أو أكثر، يتم خلالها التنفيذ كلياً أو جزئياً لعقد النقل الجوي، ويخضع عقد النقل الجوي كما أي عقد دولي آخر، للقانون الذي تحدده قواعد الإسناد الوطنية، وللقانون الذي حدده إرادة الأطراف إلا أنّه عقد على قدر عال من الخصوصية لكونه يتعلق بمصالح الركاب والشاحنين والناقلين الجويين، ولكونه يمثل نشاطاً اقتصادياً مهماً.

ثم إنه عندما يخضع عقد النقل الجوي من حيث التكوين والاثار للقواعد العامة في العقود المقررة في القانون الوطني، فإنّ ذلك يعني كأي عقد دولي آخر، أن يضع المشرع الوطني مجموعة من قواعد الإسناد لكي يحدد بواسطتها أكثر القوانين ملائمة لحكم العلاقة القانونية – ذات العنصر الأجنبي – لتتكفل القواعد الموضوعية فيه بحكم العلاقة القانونية موضع النزاع، ولهذا فإنّ الصبغة الدولية في عقد النقل الجوّي تكون حاضرة دوماً، وإشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق تكون متكررة على الدوام، مما يعني أنّ أغلب منازعات النقل الجوي ستكون مدعاة لتنازع القوانين بصورة مستمرة، واختلاف المراكز القانونية للأطراف فيها وعدم وحدة آثار الأحكام

¹ غالب علي الداودي، حسن محمد الهداوي، المرجع السابق، ص 163.

² أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، 1200.

القانونية، سيقود إلى رفع مستوى التنافس و الصراع بين الاطراف في تبرير تطبيق قانون دون آخر بحسب ما يحققه هذا القانون أو ذاك من مزايا لمن يتمسك به.

كما أن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد المنظم للنقل الجوي بصورة مسبقة، أمر غير مجدٍ كثيراً من الناحية العلمية، وذلك لاختلاف ظروف وملابسات كل حالة عن الأخرى، بحيث لا بدّ من أن يتم فحص تفاصيل كل عقد أولاً، ومن ثمّ بيان مركز الثقل فيه والعنصر الذي يمثل ذلك أكثر من غيره، وبالتالي يتحدد قانون العقد بصورة مختلفة في كل مرة نظراً لاختلاف العنصر الذي يمثل مركز العقد في كل مرة، وهو السبب في اعتقادنا الذي يوضح موقف الاتفاقيات الدولية المنظمة لمجال النقل الجوي، والتي تركت هذا إلى قانون المحكمة المختصة التي عرضت عليها دعوى المسؤولية، وهذا ما يقيم إمكانية كل دولة في ألن تطبيق قانونها الخاص. وأخيراً ففي حالة عدم تمكن قاضي الموضوع المنظورة أمامه منازعة من منازعات النقل الجوي من الوصول إلى القانون الأكثر ارتباطاً لموضوع النزاع، فإنه في هذه الحالة يمكن للقاضي الاعتماد على قانون محل تحقق الضرر، وذلك لأنّ الضرر هو العنصر الأهم لقيام المسؤولية المدنية، فضلاً عن أن تحقق الضرر هو الذي يبدأ منه تقادم دعوى المسؤولية، بالإضافة إلى أنّه إذا أردنا حفظ التوازن بين مصالح الأطراف في المسؤولية، فيجب تطبيق ذلك القانون الذي حصل الإخلال بالتوازن (الفعل الضار) في نطاق سريانه.

وعلى أساس كل النتائج المشار إليها أعلاه فإننا نقدم جملة من الاقتراحات فيما يلي:

- على المشرعين وضع قوانين خاصة بالنقل الجوي تحدد بشكل واضح وصريح القانون الواجب التطبيق عند حدوث منازعات بين الناقل الجوي من جهة وبين الراكب والشاحن المتضرر من جهة أخرى.

- العمل على تشجيع اللجوء إلى وسائل التسوية الودية للمنازعات، من خلال توعية الراكب أو الشاحن الجوي بدور الوسائل البديلة، كوسيلة أفضل لحل المنازعات التي قد تنشأ بينهم وبين الناقل الجوي وتابعيه، بشكل ودي وسلس وكخيار أفضل من اللجوء للقضاء التقليدي.