مجلة جامعة حمص

سلسلة العلوم القانونية

مجلة علمية محكمة دورية

المجلد 48 . العدد 5

1448 هـ - 2026 م

الأستاذ الدكتور طارق حسام الدين رئيس جامعة حمص **المدير المسؤول عن المجلة**

أ. د. وليد حمادة	**رئيس تحرير مجلة جامعة حمص للعلوم الإنسانية**
د.نعيمة عجيب	**رئيس تحرير مجلة جامعة حمص للعلوم الطبية والهندسية والأساسية والتطبيقية**

د.محمد فراس رمضان	عضو هيئة التحرير
د. مضر سعود	عضو هيئة التحرير
د. ممدوح عبارة	عضو هيئة التحرير
د. موفق تلاوي	عضو هيئة التحرير
د. طلال رزوق	عضو هيئة التحرير
د. أحمد الجاعور	عضو هيئة التحرير
د. الياس خلف	عضو هيئة التحرير
د. روعة الفقس	عضو هيئة التحرير
د. محمد الجاسم	عضو هيئة التحرير
د. خليل الحسن	عضو هيئة التحرير
د. هيثم حسن	عضو هيئة التحرير
د. أحمد حاج موسى	عضو هيئة التحرير

تهدف المجلة إلى نشر البحوث العلمية الأصيلة، ويمكن للراغبين في طلبها الاتصال بالعنوان التالي:

رئيس تحرير مجلة جامعة حمص

سورية . حمص . جامعة حمص . الإدارة المركزية . ص . ب (77)

. هاتف / فاكس : 2138071 31 963 ++

. موقع الإنترنت : www.homs-univ.edu.sy

. البريد الالكتروني : journal.homs-univ.edu.sy

ISSN: 1022-467X

شروط النشر في مجلة جامعة حمص

الأوراق المطلوبة:

- 2 نسخة ورقية من البحث بدون اسم الباحث / الكلية / الجامعة) + CD / word من البحث منسق حسب شروط المجلة.
- طابع بحث علمي + طابع نقابة معلمين.
- **اذا كان الباحث طالب دراسات عليا:**

يجب إرفاق قرار تسجيل الدكتوراه / ماجستير + كتاب من الدكتور المشرف بموافقته على النشر في المجلة.

- **اذا كان الباحث عضو هيئة تدريسية:**

يجب إرفاق قرار المجلس المختص بإنجاز البحث أو قرار قسم بالموافقة على اعتماده حسب الحال.

- **اذا كان الباحث عضو هيئة تدريسية من خارج جامعة البعث :**

يجب إحضار كتاب من عمادة كليته تثبت أنه عضو بالهيئة التدريسية و على رأس عمله حتى تاريخه.

- **اذا كان الباحث عضواً في الهيئة الفنية :**

يجب إرفاق كتاب يحدد فيه مكان و زمان إجراء البحث ، وما يثبت صفته وأنه على رأس عمله.

- **يتم ترتيب البحث على النحو الآتي بالنسبة لكليات (العلوم الطبية والهندسية والأساسية والتطبيقية):**

عنوان البحث . . ملخص عربي و إنكليزي (كلمات مفتاحية في نهاية الملخصين).

1- مقدمة

2- هدف البحث

3- مواد وطرق البحث

4- النتائج ومناقشتها .

5- الاستنتاجات والتوصيات .

6- المراجع.

- **يتم ترتيب البحث على النحو الآتي بالنسبة لكليات (الآداب – الاقتصاد– التربية – الحقوق – السياحة – التربية الموسيقية وجميع العلوم الإنسانية):**
- عنوان البحث . . ملخص عربي و إنكليزي (كلمات مفتاحية في نهاية الملخصين).

1. مقدمة.
2. مشكلة البحث وأهميته والجديد فيه.
3. أهداف البحث و أسئلته.
4. فرضيات البحث و حدوده.
5. مصطلحات البحث و تعريفاته الإجرائية.
6. الإطار النظري و الدراسات السابقة.
7. منهج البحث و إجراءاته.
8. عرض البحث و المناقشة والتحليل
9. نتائج البحث.
10. مقترحات البحث إن وجدت.
11. قائمة المصادر والمراجع.

7- يجب اعتماد الإعدادات الآتية أثناء طباعة البحث على الكمبيوتر:

أ- قياس الورق 17.5×25 B5.

ب- هوامش الصفحة: أعلى 2.54- أسفل 2.54 – يمين 2.5- يسار 2.5 سم

ت- رأس الصفحة 1.6 / تذييل الصفحة 1.8

ث- نوع الخط وقياسه: العنوان . Monotype Koufi قياس 20

ـ كتابة النص Simplified Arabic قياس 13 عادي ـ العناوين الفرعية Simplified Arabic قياس 13 عريض.

ج . يجب مراعاة أن يكون قياس الصور والجداول المدرجة في البحث لا يتعدى 12سم.

8- في حال عدم إجراء البحث وفقاً لما ورد أعلاه من إشارات فإن البحث سيهمل ولا يرد البحث إلى صاحبه.

9- تقديم أي بحث للنشر في المجلة يدل ضمناً على عدم نشره في أي مكان آخر، وفي حال قبول البحث للنشر في مجلة جامعة البعث يجب عدم نشره في أي مجلة أخرى.

10- الناشر غير مسؤول عن محتوى ما ينشر من مادة الموضوعات التي تنشر في المجلة

11- تكتب المراجع ضمن النص على الشكل التالي: [1] ثم رقم الصفحة ويفضل استخدام التهميش الإلكتروني المعمول به في نظام وورد WORD حيث يشير الرقم إلى رقم المرجع الوارد في قائمة المراجع.

تكتب جميع المراجع باللغة الانكليزية (الأحرف الرومانية) وفق التالي:

آ . إذا كان المرجع أجنبياً:

الكنية بالأحرف الكبيرة ـ الحرف الأول من الاسم تتبعه فاصلة ـ سنة النشر ـ وتتبعها معترضة (–) عنوان الكتاب ويوضع تحته خط وتتبعه نقطة ـ دار النشر وتتبعها فاصلة ـ الطبعة (ثانية . ثالثة) . بلد النشر وتتبعها فاصلة . عدد صفحات الكتاب وتتبعها نقطة.

وفيما يلي مثال على ذلك:

–MAVRODEANUS, R1986– **Flame Spectroscopy**. Willy, New York, 373p.

ب . إذا كان المرجع بحثاً منشوراً في مجلة باللغة الأجنبية:

ـــ بعد الكنية والاسم وسنة النشر يضاف عنوان البحث وتتبعه فاصلة، اسم المجلد ويوضع تحته خط وتتبعه فاصلة ـــ المجلد والعدد (كتابة مختزلة) وبعدها فاصلة ـــ أرقام الصفحات الخاصة بالبحث ضمن المجلة.

مثال على ذلك:

BUSSE,E 1980 Organic Brain Diseases **Clinical Psychiatry News** , Vol. 4. 20 – 60

ج. إذا كان المرجع أو البحث منشوراً باللغة العربية فيجب تحويله إلى اللغة الإنكليزية و التقيد بالبنود (أ و ب) ويكتب في نهاية المراجع العربية: (المراجع In Arabic)

رسوم النشر في مجلة جامعة حمص

1. **دفع رسم نشر (50000) ل.س أربعون ألف ليرة سورية عن كل بحث لكل باحث يريد نشره في مجلة جامعة البعث.**
2. **دفع رسم نشر (200000) ل.س مئة الف ليرة سورية عن كل بحث للباحثين من الجامعة الخاصة والافتراضية .**
3. **دفع رسم نشر (200) مئتا دولار أمريكي فقط للباحثين من خارج القطر العربي السوري .**
4. **دفع مبلغ (15000) ل.س ستة آلاف ليرة سورية رسم موافقة على النشر من كافة الباحثين.**

المحتوى

اسم البحث	اسم الباحث	الصفحة
مدى سلطة الناقل الجوي في رفض إركاب العميل بسبب الحجز الفائض (دراسة مقارنة)	د. رشا أيوبي	52-11
تحول الشكل القانوني للشركات محدودة المسؤولية في القانون السوري	د. زياد العلي المحمد	74-53
الطبيعة القانونية لعقد المتاجرة بالهامش	د. مرهف محمد كله	126-75
دور المجلس الدستوري الفرنسي في الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا	هيفاء إبراهيم د. باسم ونوس	152-127

مدى سلطة الناقل الجوي في رفض إركاب العميل بسبب الحجز الفائض (دراسة مقارنة)

إعداد:
الدكتورة رشا أيوبي- أستاذ مساعد في قسم القانون الخاص- كلية الحقوق- جامعة دمشق
عنوان البريد الإلكتروني: dr.rashaayoubi@gmail.com

الملخص

يتمثل هدف الناقل الجوي في الوصول إلى أقصى ربح، ولن يتحقق هذا الهدف إلا عندما تنطلق الطائرة وجميع مقاعدها مملوءة. لذلك يقوم الناقل الجوي بممارسة شائعة في النقل الجوي وهي "الحجز الفائض"، إذ يعمد إلى بيع تذاكر سفر يتجاوز عددها عدد مقاعد الطائرة، بحسبان أن نسبة من العملاء قد لا تحضر إلى المطار لسبب ما أو تلغي حجزها.

لكن قد يؤدي الحجز الفائض، إذا كان مفرطاً، إلى رفض إركاب العميل، ويتبع ذلك نتائج سلبية كنشوء النزاع بينه وبين الناقل الجوي أمام القضاء وإحجام الراغبين في السفر جواً عن التعاقد معه.

لم تنظم اتفاقيتا وارسو لعام 1929 ومونتريال لعام 1999 لتوحيد بعض قواعد النقل الجوي الدولي مسألة رفض إركاب العميل بسبب الحجز الفائض، لذلك فقد نظمته لوائح عدة بموجب قواعد ترمي إلى تقليل الحجز الفائض ما أمكن وحماية العميل المرفوض إركابه عبر طرق محددة.

الكلمات المفتاحية: الناقل الجوي، العميل، رفض الإركاب، الحجز الفائض.

The extent of the air carrier's authority to refuse to board the customer due to overbooking (comparative study)

Abstract

The air carrier's goal is to maximize profit, and this goal will only be achieved when the plane takes off and all its seats are filled. Therefore, the air carrier carries out a common practice in air transport, which is "overbooking", as it sells travel tickets that exceed the number of seats on the plane, taking into account that a percentage of customers may not come to the airport for some reason or cancel their reservation.

However, the overbooking, if it is excessive, may lead to the customer being refused boarding, and this will be followed by negative consequences such as the emergence of dispute between him and the air carrier before the courts, the reluctance of those wishing to travel by air to contract with him.

The Warsaw Convention of 1929 and the Montreal Convention of 1999, which unified some rules of international air transport, did not regulate the issue of refusal to board a customer due to overbooking; therefore, it was regulated by several regulations under rules aimed at reducing overbooking as much as possible and protecting the customer who is refused boarding via specific routes.

Key words: Air carrier, Customer, Refusal to board, Overbooking.

المقدمة

يُنشئ عقد النقل الجوي للأشخاص التزامات على عاتق الطرفين المتعاقدين وهما: العميل والناقل الجوي. ويعد نقل العميل من نقطة القيام إلى نقطة الوصول جواً بسلام ومن دون تأخير أهم التزامات الناقل الجوي، إلا أن هذا الأخير قد يرفض إركاب العميل بسبب الحجز الفائض.

يتناول هذا البحث **مدى سلطة الناقل الجوي في رفض إركاب العميل بسبب الحجز الفائض عبر دراسة مقارنة**، وهو مسألة لم تنظمها اتفاقية وارسو الموقعة بتاريخ 1929/10/12[1] ولا اتفاقية مونتريال الموقعة بتاريخ 1999/5/28[2] بحسبان أنهما أُبرمتا لتوحيد (بعض) قواعد النقل الجوي الدولي.

هذا ولم يعالج القانون رقم 6 تاريخ 2004/3/22 المتضمن قانون الطيران المدني السوري[3] هذه المسألة أيضاً، بينما صدرت في دول أخرى لوائح تنظم مسائل عدة من بينها رفض إركاب العميل بسبب الحجز الفائض، كلائحة البرلمان الأوروبي ومجلس الاتحاد الأوروبي (EC) رقم 261 لسنة 2004 الصادرة بتاريخ 2004/2/11 المتعلقة بوضع قواعد مشتركة بشأن تعويض الركاب ومساعدتهم في حال منعهم من الصعود على متن الطائرة وإلغاء رحلاتهم الجوية أو تأخيرها لفترة طويلة، ولائحة حماية حقوق المسافرين الصادرة عن الهيئة العامة للطيران المدني

---

[1] عُدِّلت اتفاقية وارسو مرات عدة بين عامي 1955 وَ 1975، وقد انضمت سورية إليها وإلى بروتوكول لاهاي المعدِّل لها لعام 1955 بموجب المرسوم التشريعي رقم 25 تاريخ 1962/6/13.

[2] رُجِّحت اتفاقية مونتريال على اتفاقية وارسو والوثائق المتصلة بها وفق المادة 55 منها، وقد أقرت سورية اتفاقية مونتريال بموجب القانون رقم 74 تاريخ 2001/12/19.

[3] نصت المادة 136 من هذا القانون على تطبيق أحكام اتفاقية وارسو وتعديلاتها والاتفاقيات الأخرى التي انضمت إليها سورية على النقل الجوي الداخلي، ما لم تنص الأحكام المرعية على خلاف ذلك، إذ جاء فيها ما يأتي: "أ- تطبق أحكام اتفاقية توحيد بعض قواعد النقل الجوي الدولي الموقعة في وارسو بتاريخ 12 تشرين الأول 1929 وتعديلاتها والاتفاقيات الأخرى، التي انضمت إليها الدولة، وذلك فيما يتعلق بنقل الأشخاص والأمتعة والبضائع بطريق الجو. ب- تطبق أحكام الفقرة (أ) من هذه المادة على النقل الجوي الداخلي، إلا إذا نصت الأحكام المرعية خلاف ذلك.".

في المملكة العربية السعودية بتاريخ 1444/11/18هـ[1]، ولائحة حماية حقوق المسافرين رقم 2024/757 الصادرة عن هيئة الطيران المدني في سلطنة عمان بتاريخ 2024/8/25.

إشكالية البحث

تكمن إشكالية البحث في غياب التنظيم القانوني لمدى سلطة الناقل الجوي في رفض إركاب العميل بسبب الحجز الفائض سواء في اتفاقيتي وارسو ومونتريال أم في قانون الطيران المدني السوري، وعدم وجود لائحة صادرة عن وزير النقل السوري بناء على اقتراح المدير العام للمؤسسة العامة للطيران المدني تحكم هذه السلطة.

أهمية البحث

تتجلى أهمية البحث في تسليط الضوء على مدى سلطة الناقل الجوي في رفض إركاب العميل بسبب الحجز الفائض حسبما نظمته اللوائح المذكورة، أملاً في تنظيم هذه السلطة في سورية على نحو ملائم لواقع النقل الجوي من جهة وإمكانات مؤسسات وشركات النقل الجوي – ولا سيما السورية[2] – من جهة ثانية.

هدف البحث

يرمي هذا البحث إلى تقديم مقترح إلى المدير العام للمؤسسة العامة للطيران المدني في سورية بشأن وضع لائحة تنظم سلطة الناقل الجوي في رفض إركاب العميل بسبب الحجز الفائض، على نحو يكفل مصلحة الناقل الجوي ولا يهمل حماية حقوق العميل.

مناهج البحث

سوف نعتمد المنهج الاستقرائي عبر استقراء اتجاهات بعض الكُتَّاب القانونيين وجمع المعلومات في محاولة لوضع قواعد عامة تحكم موضوع البحث، وكذلك المنهج الاستنباطي في استخراج الحلول المناسبة للتقليل ما أمكن من حالات رفض إركاب العميل بسبب الحجز الفائض، والمنهج المقارن للاستفادة من تجارب بعض الدول.

خطة البحث

---

[1] الموافق لـ 2023/6/7م.

[2] وهي: مؤسسة الخطوط الجوية السورية، وشركة أجنحة الشام للطيران، وشركة طيران لؤلؤة السورية، وشركة فلاي داماس.

سوف نتناول مدى سلطة الناقل الجوي في رفض إركاب العميل بسبب الحجز الفائض وذلك من ناحيتين، إذ نبدأ بدراسة مفهوم رفض إركاب العميل بسبب الحجز الفائض (المطلب الأول) عبر تعريف رفض إركاب العميل وبيان سببه وعرض قيود سلطة الناقل الجوي في رفض إركاب العميل بسبب الحجز الفائض، ثم نتطرق إلى طرق حماية حقوق العميل في حال رفض إركابه بسبب الحجز الفائض (المطلب الثاني) المتمثلة في إركاب العميل بالرحلة ذاتها وفي إركاب العميل برحلة بديلة وفي فسخ عقد النقل الجوي، وذلك وفق الخطة الآتية:

المطلب الأول: مفهوم رفض إركاب العميل بسبب الحجز الفائض

الفرع الأول: تعريف رفض إركاب العميل

الفرع الثاني: سبب رفض إركاب العميل "الحجز الفائض"

الفرع الثالث: قيود سلطة الناقل الجوي في رفض إركاب العميل بسبب الحجز الفائض

المطلب الثاني: طرق حماية حقوق العميل في حال رفض إركابه بسبب الحجز الفائض

الفرع الأول: إركاب العميل بالرحلة ذاتها

الفرع الثاني: إركاب العميل برحلة بديلة

الفرع الثالث: فسخ عقد النقل الجوي

الخاتمة

المطلب الأول: مفهوم رفض إركاب العميل بسبب الحجز الفائض

سوف نتناول في هذا المطلب تعريف رفض إركاب العميل (الفرع الأول)، وسببه (الفرع الثاني)، ومن ثم نتطرق إلى قيود سلطة الناقل الجوي في رفض إركاب العميل بسبب الحجز الفائض (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف رفض إركاب العميل

نصت الفقرة (ي) من المادة 2 من لائحة البرلمان الأوروبي ومجلس الاتحاد الأوروبي (EC) رقم 261 لسنة 2004 على أنه:

"يُقصد بـ "المنع من الصعود على متن الطائرة" رفض نقل الركاب على رحلة الطيران رغم تقديم أنفسهم للصعود على متن الطائرة وفقاً للشروط المنصوص عليها في المادة 3 (2)، إلا في حالة

وجود أسباب معقولة تمنعهم من الصعود على متن الطائرة، مثل التي تتعلق بالصحة أو السلامة أو الأمن أو وثائق السفر غير الكافية."[1].

وجاء في الفقرة 2 من المادة 3 من هذه اللائحة ما يأتي:

"تطبق الفقرة رقم 1[2] شريطة أن: (أ) يمتلك الركاب حجزاً مؤكداً لرحلة الطيران المعنية، إلا في حالة الإلغاء المشار إليها في المادة (5)، وأن يكونوا حاضرين بأنفسهم في مكتب تسجيل الوصول.

---

1 Regulation (EC) No 261/2004 of the European Parliament and of the Council of 11 February 2004, Article. 2: "(j) "denied boarding" means a refusal to carry passengers on a flight, although they have presented themselves for boarding under the conditions laid down in Article 3(2), except where there are reasonable grounds to deny them boarding, such as reasons of health, safety or security, or inadequate travel documentation.".

انظر هذه اللائحة باللغة الإنكليزية على الرابط الآتي:

https://www.legislation.gov.uk/eur/2004/261/data.pdf

تاريخ الزيارة: 2025/10/17.

وانظر ترجمة هذه اللائحة إلى اللغة العربية على الرابط الآتي:

https://static.jazeeraairways.com/others/regulation/regulation_coc_ar.pdf

تاريخ الزيارة: 2025/10/17.

[2] نصت الفقرة 1 من المادة 3 من اللائحة على أنْ: "تنطبق هذه اللائحة على: (أ) الركاب المغادرين من أحد الموانئ الجوية الواقعة على أراضي دولة عضو تطبق عليها المعاهدة. (ب) الركاب المغادرين من ميناء جوي يقع في دولة أخرى متجهين إلى ميناء آخر يقع في أراضي إحدى الدول الأعضاء التي تطبق عليها المعاهدة ما لم يتلقوا أي مزايا أو تعويضات مع حصولهم على المساعدة في الدولة الأخرى، وذلك في حال كانت شركة الطيران المشغلة لرحلة الطيران المعنية هي شركة الطيران التابعة للجماعة الأوروبية.". وباللغة الإنكليزية:

Article. 3: "1. This Regulation shall apply:

(a) to passengers departing from an airport located in the territory of a Member State to which the Treaty applies;

– وفقاً لما هو منصوص عليه وفي الوقت المحدد مسبقاً في صيغة كتابية (وأيضاً عبر الرسائل الإلكترونية) من شركة الطيران أو مُشغل الجولات أو وكيل السفر المعتمد.

أو، في حال عدم تحديد الوقت:

– في موعد أقصاه 45 دقيقة قبل وقت المغادرة المعلن عنه.

(ب) ينتقل الركاب بواسطة شركة طيران أو مُشغل جولات، من رحلة الطيران المحجوزة إلى رحلة أخرى، بغض النظر عن السبب."[1].

ونصت مقدمة الفقرة 1 من المادة 4 من اللائحة المذكورة على أنه:

"في حال توقعت شركة الطيران منع الصعود على متن الطائرة، يتعين عليها في بادئ الأمر الاتصال بالمتطوعين[2] لإلغاء حجوزاتهم..."[1].

(b) to passengers departing from an airport located in a third country to an airport situated in the territory of a Member State to which the Treaty applies, unless they received benefits or compensation and were given assistance in that third country, if the operating air carrier of the flight concerned is a Community carrier.".

1 Article. 3: "2. Paragraph 1 shall apply on the condition that passengers:

(a) have a confirmed reservation on the flight concerned and, except in the case of cancellation referred to in Article 5, present themselves for check-in,

– as stipulated and at the time indicated in advance and in writing (including by electronic means) by the air carrier, the tour operator or an authorised travel agent,

or, if no time is indicated,

– not later than 45 minutes before the published departure time; or

(b) have been transferred by an air carrier or tour operator from the flight for which they held a reservation to another flight, irrespective of the reason.".

[2] سوف نبين المقصود بالمتطوعين لاحقاً.

يتبين من هذه النصوص أن للناقل الجوي سلطة منع العميل من الصعود على متن الطائرة في حالتين وهما: الأولى، حالة الحجز الفائض الذي يؤدي إلى رفض نقل الركاب على الرغم من توافر الشروط المنصوص عليها في الفقرة 2 من المادة 3، ويستدل على هذه الحالة من مقدمة الفقرة 1 من المادة 4 التي توجب على شركة الطيران الاتصال بالمتطوعين لإلغاء حجوزاتهم[2]. والثانية، حالة وجود أسباب معقولة تمنع الركاب من الصعود على متن الطائرة، كتلك التي تتعلق بالصحة أو السلامة أو الأمن أو وثائق السفر غير الكافية.

والفارق بين الحالتين هو أن الأولى يتمتع فيها الراكب بالحماية المنصوص عليها في اللائحة، وذلك بخلاف الثانية. ويستفاد ذلك من عبارة "إلا في حالة وجود أسباب معقولة تمنعهم من الصعود على متن الطائرة..." الواردة في الفقرة (ي) من المادة 2، ما يعني أن اللائحة استبعدت حماية الراكب في هذه الحالة[3].

وعرَّفت الفقرة 16/أولاً من المادة 1 من لائحة حماية حقوق المسافرين الصادرة عن الهيئة العامة للطيران المدني في المملكة العربية السعودية بتاريخ 1444/11/18هـ رفض الإركاب على

---

1 Article. 4: "1. When an operating air carrier reasonably expects to deny boarding on a flight, it shall first call for volunteers to surrender their reservations...".

[2] ينطبق نص الفقرة 1 من المادة 4 من لائحة البرلمان الأوروبي ومجلس الاتحاد الأوروبي على حالات أخرى، كحالة صدور قرار إداري بعد الحجز بضرورة التباعد بين الركاب بسبب انتشار فيروس ما. ذلك أن هذا النص هو نص مطلق لا يتعلق بحالة الحجز الفائض فقط، وإن كانت هذه الحالة هي الأكثر شيوعاً.

[3] انظر في هذا المعنى: جلال، ناصر خليل، **الحماية العقدية للمستهلك في قطاع الطيران المدني من رفض الإركاب وإلغاء الرحلات وتأخيرها – دراسة مقارنة**، ص 814، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر العلمي الدولي السنوي العشرين لكلية القانون في جامعة الإمارات العربية المتحدة بعنوان: "الطيران المدني في ظل التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية"، في الفترة من 23 إلى 25 نيسان 2012، يمكن الوصول إليها عبر هذا الرابط:

http://slconf.uaeu.ac.ae/slconf20/arabic_research.asp

تاريخ الزيارة: 2025/10/19.

النحو الآتي: "رفض الإركاب: رفض نقل المسافر على الرحلة المحددة بالحجز بسبب الحجز الفائض.".

أما لائحة حماية حقوق المسافرين رقم 2024/757 الصادرة عن هيئة الطيران المدني في سلطنة عمان بتاريخ 2024/8/25، فلم تُعرِّف رفض إركاب العميل وإن كانت قد نظمت منع المسافر من السفر عبر مواد عدة أولها المادة 12 التي نصت على أن: "يلتزم الناقل الجوي بالحد من الحجز الفائض، ويجوز له منع بعض المسافرين من السفر في حال امتلاء مقاعد الطائرة بالمسافرين، وعدم وجود متطوع، ...".

يُلحظ مما سبق أن هذه اللوائح لم تستخدم مصطلحاً واحداً للتعبير عن منع المسافر من ركوب الطائرة، وقد آثرنا في هذا البحث استخدام مصطلح رفض الإركاب الوارد في لائحة حماية حقوق المسافرين الصادرة عن الهيئة العامة للطيران المدني في المملكة العربية السعودية، نظراً لكون هذه اللائحة عربية أي غير مترجمة كلائحة البرلمان الأوروبي ومجلس الاتحاد الأوروبي، ولدقة معنى مصطلح رفض الإركاب بالمقارنة مع مصطلح منع المسافر من السفر، الوارد في لائحة حماية حقوق المسافرين الصادرة عن هيئة الطيران المدني في سلطنة عمان، الذي قد يحتمل معانٍ مختلفة إذا لم يقترن بمصطلح الحجز الفائض[1].

وبناء على ما تقدم ينبغي لنا التمييز بين ثلاث حالات لرفض إركاب العميل وهي:

– إذا رفض الناقل الجوي إركاب العميل بعد أن سلَّمه تذكرة السفر وحَجَزَ العميل مكاناً على متن الطائرة، قامت مسؤولية الناقل الجوي عن عدم تنفيذ العقد طبقاً لقواعد المسؤولية العقدية[2].

– إذا رفض الناقل الجوي إركاب العميل، بسبب الحجز الفائض، على الرغم من استيفاء العميل كل الشروط المطلوبة لنقله جواً، فقد نصت اللوائح محل الدراسة على طرق لحماية حقوقه، وهذه الحالة هي موضوع بحثنا.

---

[1] مَثَلُ ذلك: المنع من السفر خارج سورية كوسيلة ضغط على حرية المدين لحمله على تنفيذ بعض الالتزامات ذات الطابع المدني، وهو ما نصت عليه الفقرة (د) من المادة 439 من قانون أصول المحاكمات السوري رقم 1 لعام 2016، إذ جاء نصها بالصيغة الآتية: "لرئيس التنفيذ أن يقرر منع سفر المحكوم عليه إلى حين استيفاء المبالغ والتعويضات والإلزامات المحكوم بها من المحاكم المدنية والجزائية وغيرها من المحاكم بحكم قضائي مكتسب الدرجة القطعية.".

[2] الأسيوطي، ثروت أنيس، **قانون الطيران المدني**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966، ص 220.

– إذا رفض الناقل الجوي إركاب العميل لأسباب معقولة، كالمرض المعدي للعميل أو إفراطه في تناول الكحول قبل بدء الرحلة الجوية، أو حيازته تذكرة سفر مزورة... فلا يستفيد العميل من طرق الحماية المنصوص عليها في هذه اللوائح.

وعليه، فإنه يمكن تعريف رفض إركاب العميل – في إطار بحثنا – على النحو الآتي: "منع العميل المستوفي كل الشروط المطلوبة لنقله جواً من الصعود على متن الطائرة بسبب الحجز الفائض".

يُعزى إذاً سبب هذا الرفض، حسب التعريف المذكور، إلى الحجز الفائض، وهو ما سوف نتطرق إليه في الفرع الآتي.

الفرع الثاني: سبب رفض إركاب العميل "الحجز الفائض"

تلزم المادة 3 من اتفاقية وارسو لتوحيد بعض قواعد النقل الجوي الدولي الموقعة بتاريخ 1929/10/12 الناقل، عند نقل الركاب، أن يسلمهم تذكرة سفر[1]. إلا أن حصول المسافر على هذه التذكرة لا يؤمن له، على نحو تلقائي، مقعداً للجلوس عليه ما لم يكن قد اتفق مع الناقل على حجز هذا المكان، إذ نصت المادة 7 من الشروط العامة للإياتا[2] على أنه: "لا يضمن الناقل أن يضع تحت تصرف المسافر مقعداً محدداً في الطائرة ما لم يكن هناك اتفاق خاص على ذلك."[3]. يتعين على المسافر إذاً حجز مكان على متن الطائرة، نظراً لمحدودية المكان بالطائرات وارتباط كل طائرة بحمولة معينة[4].

---

[1] أطلقت اتفاقية مونتريال لتوحيد بعض قواعد النقل الجوي الدولي الموقعة بتاريخ 1999/5/28 على تذكرة السفر اسم "مستند نقل فردي أو جماعي"، إذ نصت الفقرة 1 من المادة 3 منها على أنه: "في حالة نقل الركاب، يتعين تسليم مستند نقل فردي أو جماعي...".

[2] شروط الإياتا هي مصدر اتفاقي مهم للقانون الجوي، ويتمثل في القواعد التي يضعها الاتحاد الدولي للنقل الجوي International Air Transport Association، ويُرمز له اختصاراً بِـ "إياتا IATA". انظر: حداد، الياس وَ عاشور، محمد سامر، **القانون البحري والجوي**، الجامعة الافتراضية السورية – برنامج كلية الحقوق، دون تاريخ نشر، ص 8 – 9.

[3] حداد، الياس وَ عاشور، محمد سامر، **القانون البحري والجوي**، مرجع سابق، ص 43.

[4] الأسيوطي، ثروت أنيس، **قانون الطيران المدني**، مرجع سابق، ص 223.

والجدير بالذكر أن الهدف الرئيس للناقل الجوي هو تحقيق الربح، إذ كلما كان الإقبال على الحجز لديه كثيراً، وتجري رحلاته بلا مقاعد فارغة بل وتجري رحلات إضافية، كان ربحه أكثر[1]. لذلك يقوم الناقل الجوي بإجراء الحجوزات الفائضة المتمثل في حجز مقاعد على الطائرة يفوق طاقتها الاستيعابية، وذلك خوفاً من استنكاف العملاء عن السفر[2].

هذا وقد اكتفت لائحة البرلمان الأوروبي ومجلس الاتحاد الأوروبي بتعريف الحجز على نحو عام، إذ نصت الفقرة (ز) من المادة 2 منها على أنه: "يُقصد بـ "الحجز" حقيقة حصول الركاب على تذكرة، أو إثبات آخر، بما يشير إلى قبول الحجز أو تسجيله بمعرفة شركة الطيران أو مُشغل الجولات."[3]. أما لائحة حماية حقوق المسافرين الصادرة عن الهيئة العامة للطيران المدني في المملكة العربية السعودية فقد عرَّفت الحجز الفائض في الفقرة 15/أولاً من المادة 1 على النحو الآتي: "الحجز الفائض: ممارسة بيع الحجوزات من الناقل الجوي أكثر مما يمكن للطائرة استيعابه في عدد المقاعد.".

بينما ميزت لائحة حماية حقوق المسافرين الصادرة عن هيئة الطيران المدني في سلطنة عمان بين الحجز المؤكد والحجز الفائض، إذ عرَّفت الفقرة 9 من المادة 1 منها الحجز المؤكد بأنه: "الحيز المخصص للمسافر من قبل الناقل الجوي على متن رحلة معينة بتاريخ محدد ودرجة محددة من خلال إشارة مميزة على تذكرة السفر أو بأي طريقة أخرى.". وعرَّفت الفقرة 10 من المادة ذاتها الحجز الفائض بأنه: "ممارسة تجارية لبيع تذاكر السفر أكثر من الطاقة الاستيعابية للطائرة.".

---

[1] جلال، ناصر خليل، **الحماية العقدية للمستهلك في قطاع الطيران المدني من رفض الإركاب وإلغاء الرحلات وتأخيرها – دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص 810.

[2] الكندري، محمود أحمد، **جوانب القصور في التنظيم القانوني لسوق النقل الجوي في الكويت (دراسة مقارنة) – تعليق على أحكام المرسوم بالقانون رقم 31 لسنة 1987 بشأن التنظيم القانوني لسوق النقل الجوي في الكويت**، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث، 2001، ص 38.

[3] Article. 2: "(g) "reservation" means the fact that the passenger has a ticket, or other proof, which indicates that the reservation has been accepted and registered by the air carrier or tour operator.".

وأجازت اللوائح المذكورة للناقل الجوي رفض إركاب العميل بسبب الحجز الفائض في حال امتلاء مقاعد الطائرة، إذ نصت الفقرة 2 من المادة 4 من لائحة البرلمان الأوروبي ومجلس الاتحاد الأوروبي على أنه: "في حال عدم توفر عدد كافٍ من المتطوعين للسماح للركاب المتبقين بالصعود على متن الطائرة، يجوز لشركة الطيران المشغلة في هذه الحالة منع الركاب من الصعود رغماً عنهم."[1]. وجاء في المادة 13 من لائحة حماية حقوق المسافرين الصادرة عن الهيئة العامة للطيران المدني في المملكة العربية السعودية ما يأتي: "1- يلتزم الناقل الجوي ببذل الجهد اللازم للحد من رفض الإركاب بسبب الحجز الفائض. ... 5- عند رفض إركاب مسافر بسبب الحجز الفائض، يجب على الناقل الجوي القيام بما يأتي: ...". ونصت على ذلك أيضاً المادة 12 من لائحة حماية حقوق المسافرين الصادرة عن هيئة الطيران المدني في سلطنة عمان المذكورة آنفاً.

وبما أن الحجز الفائض يُسوِّغ للناقل الجوي رفض إركاب العميل، فإننا سوف نتناول قيود سلطة الناقل الجوي في رفض إركاب العميل بسبب الحجز الفائض.

الفرع الثالث: قيود سلطة الناقل الجوي في رفض إركاب العميل بسبب الحجز الفائض

لا يمكن للناقل الجوي أن يمارس سلطته في رفض إركاب العميل بسبب الحجز الفائض من دون قيود، وذلك ضماناً لمصلحة العميل. وتتمثل هذه القيود في الحجز الفائض بالحد الأدنى (أولاً)، وإعلام العميل بطبيعة حجزه (ثانياً)، واستثناء فئات معينة من رفض الإركاب بسبب الحجز الفائض (ثالثاً).

أولاً: الحجز الفائض بالحد الأدنى

إن عمليات الحجز الفائض التي يقوم بها الناقل الجوي ليست عشوائية وإنما مبنية على دراسة إحصائية للرحلة الجوية، بحيث يمكن أن يصل الحجز الفائض مثلاً إلى 5% أو 10% من الطاقة الاستيعابية للطائرة، وبحيث يرى الناقل الجوي أن هذه النسب المدروسة هي التي يتوقع

[1] Article. 4: "2. If an insufficient number of volunteers comes forward to allow the remaining passengers with reservations to board the flight, the operating air carrier may then deny boarding to passengers against their will.".

أن يحدث فيها تخلف للمسافرين، ومن ثم تقلع الطائرة محققة الحد الأقصى للربح[1]، مع أقل عدد ممكن من العملاء المرفوض إركابهم، ويحافظ الناقل الجوي من حيث النتيجة على سمعته التجارية.

لذلك يجري تحرير قائمة الانتظار بترتيب أسماء راغبي السفر بحسب أسبقية تاريخ وساعة طلب الحجز، بحيث يُسمح لهؤلاء بركوب الطائرة بحسب ترتيب أسمائهم كلما تخلف أحد المسافرين الحاجزين عن السفر[2].

وتطبيقاً لذلك نصت الفقرة 1 من المادة 13 من لائحة حماية حقوق المسافرين الصادرة عن الهيئة العامة للطيران المدني في المملكة العربية السعودية على أن: "يلتزم الناقل الجوي ببذل الجهد اللازم للحد من رفض الإركاب بسبب الحجز الفائض.". وجاء في مقدمة المادة 12 من لائحة حماية حقوق المسافرين الصادرة عن هيئة الطيران المدني في سلطنة عمان ما يأتي: "يلتزم الناقل الجوي بالحد من الحجز الفائض...".

ثانياً: إعلام العميل بطبيعة حجزه

يجب على الناقل الجوي إعلام العميل بطبيعة حجزه سواء أكان مؤكداً أم فائضاً. هذا وقد ذكرنا أن الحجز يكون مؤكداً، حسبما نصت عليه الفقرة 9 من المادة 1 من لائحة حماية حقوق المسافرين الصادرة عن هيئة الطيران المدني في سلطنة عمان، عبر وجود إشارة مميزة على تذكرة السفر أو بأي طريقة أخرى، كأن يكون عدد مقاعد الطائرة هو 200 ورقم تذكرته لا يتجاوز 200. معنى ذلك أن حجز العميل يعد فائضاً إذا لم تتوافر الإشارة المميزة على تذكرته، أو إذا كان رقم تذكرته يتجاوز عدد مقاعد الطائرة، كما لو كان رقمها 204 في المثال المذكور.

وتجدر الإشارة إلى أن الالتزام بالإعلام يُفرض في مرحلة ما قبل التعاقد من أجل سهولة الحصول على الرضاء المستنير للطرف الآخر، وبموجبه يلتزم الطرف المحترف بإعلام

[1] الكندري، محمود أحمد، **جوانب القصور في التنظيم القانوني لسوق النقل الجوي في الكويت**، مرجع سابق، ص 39.

[2] دويدار، هاني، **قانون الطيران التجاري – النقل التجاري الدولي**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2000، ص 256 هامش رقم 1.

المستهلك قبل إبرام العقد عن كل ما يتعلق بالخدمة المقدمة[1]، ما يعني أنه يقع على عاتق الناقل الجوي التزام بإعلام العميل بطبيعة الحجز المتوافر لديه قبل إبرام عقد النقل الجوي كي لا يتفاجأ العميل بكون حجزه فائضاً بعد إبرام العقد، كأن يعلمه عبر الهاتف أو على الموقع الإلكتروني له (أي: للناقل الجوي). لذلك نرى أن إظهار طبيعة الحجز على تذكرة السفر هو إثبات لهذه الطبيعة وليس إعلاماً بالمعنى الدقيق.

هذا ويبدو لنا أنه من الأهمية بمكان أن يتيح الناقل الجوي للعميل العلم المسبق بطبيعة حجزه فيما لو كان فائضاً، والحقوق المخولة له في حال رفض إركابه، إذ قد يُحجم العميل عن التعاقد إذا كان الحجز الفائض في غير مصلحته ويتعاقد مع ناقل جوي آخر يؤمن له حجزاً مؤكداً.

ثالثاً: استثناء فئات معينة من رفض الإركاب بسبب الحجز الفائض

لم تستثنِ لائحة البرلمان الأوروبي ومجلس الاتحاد الأوروبي أحداً من رفض الإركاب بسبب الحجز الفائض، ويُستدل على ذلك بنص المادة 11 منها الذي ورد بالصيغة الآتية: "1- يتعين على شركات الطيران المشغلة إعطاء الأولوية في نقل الأشخاص الذين يعانون من صعوبة الحركة[2] وأي من الأشخاص أو كلاب الخدمة المعتمدة المصاحبة لهم، بالإضافة إلى الأطفال

[1] سنَّ المشرع السوري قانوناً يهدف إلى حماية حقوق المستهلك ويفرض الالتزام بإعلامه هو المرسوم التشريعي رقم 8 تاريخ 2021/4/12 المتضمن قانون حماية المستهلك، إذ نصت المادة 3 منه على أنه: "يضمن هذا المرسوم التشريعي حقوق المستهلك، وعلى وجه الخصوص الحقوق الآتية: أ- ... ب- ... ج- معرفة السعر وجميع المعلومات والبيانات الصحيحة عن المواد أو المنتجات أو السلع أو الخدمات، التي يشتريها أو تُقدم إليه بهدف استعمالها أو استهلاكها. د- ...". لتفاصيل أوفى حول الالتزام بالإعلام انظر: صالح، فواز، **القانون المدني (1) – مصادر الالتزام**، الجامعة الافتراضية السورية – برنامج الإجازة في الحقوق، 2020 – 2021، ص 87 وما يليها.

[2] نصت الفقرة (ط) من المادة 2 من هذه اللائحة على ما يأتي: "يُقصد بـ "الشخص بطيء الحركة" أي شخص يواجه صعوبة في الحركة عند استخدام وسائل النقل؛ نظراً لإصابته بإعاقة جسدية (حسية أو حركية، دائمة أو مؤقتة)، أو اضطراب عقلي، أو لكبر سنه، أو أي سبب آخر. ويُقصد به أيضاً الشخص الذي يحتاج إلى رعاية خاصة والتكيف مع احتياجاته من الخدمات المتاحة لجميع الركاب.". وباللغة الإنكليزية:

دون مرافق. 2- في حالات المنع من الصعود على متن الطائرة أو إلغاء الرحلة وتأخيرها لفترة طويلة، يحق للأشخاص الذين يعانون من صعوبة الحركة ومرافقيهم وكذلك الأطفال دون مرافق الحصول على الرعاية في أقرب وقت ممكن بموجب المادة 9."[1].

ويُقصد بعبارة "أقرب وقت ممكن" الإسراع في رعاية هؤلاء المذكورين في الفقرة 2 من المادة 11 قبل غيرهم من الممنوعين من الصعود على متن الطائرة في الرحلة الجوية ذاتها.

أما لائحة حماية حقوق المسافرين الصادرة عن الهيئة العامة للطيران المدني في المملكة العربية السعودية، فقد استثنت الفقرة 9 من المادة 13 منها فئات معينة من رفض الإركاب بسبب الحجز الفائض، إذ جاء فيها ما يأتي:

"يُستثنى من رفض الإركاب الفئات الآتية:

أ- المسافرون من الأشخاص ذوي الإعاقة.

ب- ذوو المتطلبات الخاصة.

ج- الأقارب من الدرجة الأولى، بالإضافة للعمالة المنزلية المرافقة.

د- القاصر الذي ليس لديه مرافق.

هـ- مجموعات السفر.".

Article. 2: "(i) "person with reduced mobility" means any person whose mobility is reduced when using transport because of any physical disability (sensory or locomotory, permanent or temporary), intellectual impairment, age or any other cause of disability, and whose situation needs special attention and adaptation to the person's needs of the services made available to all passengers.".

[1] Article. 11: "1. Operating air carriers shall give priority to carrying persons with reduced mobility and any persons or certified service dogs accompanying them, as well as unaccompanied children.

2. In cases of denied boarding, cancellation and delays of any length, persons with reduced mobility and any persons accompanying them, as well as unaccompanied children, shall have the right to care in accordance with Article 9 as soon as possible.".

وبينت الفقرة 12/أولاً من المادة 1 من هذه اللائحة المقصود بذوي المتطلبات الخاصة، وذلك على النحو الآتي: "ذوو المتطلبات الخاصة: الأشخاص ذوي الإعاقة والمسافرين الذين يتطلب سفرهم القيام بترتيبات مسبقة مع الناقل الجوي لإنهاء إجراءات سفرهم وصعودهم إلى الطائرة، ويشمل كبار السن، والنساء الحوامل، والأطفال، وأصحاب الوزن الزائد، أو الذين لديهم صعوبة مؤقتة في الحركة لأسباب طبية.".

يبدو أنه لا داعي لوجود الفقرة الفرعية أ من الفقرة 9 من المادة 13 من اللائحة لأنها مُستغرَقةٌ في الفقرة الفرعية ب. بعبارةٍ أخرى، يغطي نص الفقرة ب نص الفقرة أ السابق له، ويستدل على ذلك بمقدمة تعريف ذوي المتطلبات الخاصة المذكور آنفاً.

هذا ويعزى استثناء الفئات المذكورة إلى أسباب معينة وهي:

– إن الوضع الصحي لذوي المتطلبات الخاصة، بمن فيهم ذوي الإعاقة، يفرض على الناقل الجوي تنفيذ التزامه بنقلهم على النحو المطلوب من دون تعريضهم لمسألة رفض الإركاب بسبب الحجز الفائض ولا إلى طرق الحماية التي قد لا تتناسب مع أحوالهم. فعلى سبيل المثال لا يجوز للناقل الجوي أن يتيح لمسافرةٍ حاملٍ السفرَ على رحلة بديلة خلال ست ساعات من الوقت الأصلي المحدد للمغادرة، أو أن يخفض درجة إركاب مسافرٍ مسنٍّ كان قد حجز في درجة أعلى لضمان راحته في أثناء الرحلة الجوية.

– إن قرابة العميل بالناقل الجوي[1]، إذا كانت من الدرجة الأولى (أي: قرابة الأب أو الأم أو الابن أو الابنة)، تحد من سلطته في رفض إركابه هو والعمالة المنزلية المرافقة له، وذلك للحيلولة دون انتشار البغضاء بين العميل والناقل الجوي، ولارتباط العمالة بشخص آخر هو الشخص الذي يشتغل عنده (أي: القريب) الأمر الذي يحول دون رفض إركابهما.

ونرى أن رابطة الزوجية بين العميل والناقل الجوي ينبغي أن تحد من سلطة هذا الأخير المذكورة، إذ إن ممارسة الناقل الجوي سلطته في رفض إركاب زوجه بسبب الحجز الفائض يثير مشكلات عائلية تعود بعواقب وخيمة على بنيان الأسرة ولا سيما إذا تكرر هذا الرفض.

– إن عدم اكتمال إدراك القاصر ووعيه بسبب صغر سنه يدعو إلى عدم الاطمئنان إلى حسن انتقاء إحدى الخيارات المتاحة له من قبل الناقل الجوي في حال رفض إركابه بسبب الحجز

[1] الفرض هنا أن الناقل الجوي هو شخص طبيعي.

الفائض، لذلك فإنه لا يجوز للناقل الجوي رفض إركاب القاصر الذي ليس لديه مرافق، ويجب أن يكون هذا الأخير كامل الأهلية كي يتولى رعاية مصالح القاصر وشؤونه إذا رفض الناقل الجوي إركابه بسبب الحجز الفائض.

– من غير المنطقي رفض إركاب مجموعات السفر بسبب الحجز الفائض، إذ إن حجز هذه المجموعات ينبغي أن يكون مؤكداً ابتداءً بحسبان أنه يكون لمجموعات قد يتجاوز عدد مسافري الواحدة منها عشرة أفراد ويكون بمزايا معينة كأجرة نقل منخفضة. بل ونرى عدم جواز رفض إركاب فرد واحد أو أكثر ضمن المجموعة، وإلا عُدَّ الناقل الجوي مخلاً بتنفيذ التزامه، ولا سيما أن غاية الفرد في هذه المجموعة ليست الوصول إلى المكان المقصود فقط، بل قضاء عطلة أو القيام برحلة استكشافية مثلاً مع بقية أفراد المجموعة.

وفي سياق مشابه لنص الفقرة 9 من المادة 13 من لائحة حماية حقوق المسافرين الصادرة عن الهيئة العامة للطيران المدني في المملكة العربية السعودية، نصَّت المادة 12 من لائحة حماية حقوق المسافرين الصادرة عن هيئة الطيران المدني في سلطنة عمان على أنه: "... ويُستثنى من المنع من السفر المسافرون من ذوي الإعاقة أو من ذوي المتطلبات الخاصة، والأقارب من الدرجة الأولى، والقصر بدون مرافقين، والعمالة المنزلية.". وعرَّفت الفقرة 5 من المادة 1 من هذه اللائحة المسافر من ذوي المتطلبات الخاصة على النحو الآتي: "كل مسافر يعاني من صعوبة في الحركة ككبار السن، أو لأسباب صحية بموجب شهادة طبية صادرة عن مؤسسة صحية معتمدة، أو النساء الحوامل.".

هذا ويُؤخذ على نص المادة 12 المذكور أمران: الأول، عدم استثنائه مجموعات السفر على الرغم من أن حجزها يجب بالضرورة أن يكون مؤكداً. والثاني، عدم تحديد المستخدِم الذي ترافقه العمالة المنزلية، فهل يُعقل استثناء العمالة المنزلية من المنع من السفر دون المستخدِم؟!

وفي نهاية هذا المطلب نستنتج أن رفض إركاب العميل بسبب الحجز الفائض هو سلطة يمارسها الناقل الجوي ضمن ضوابط معينة، ولكن **ما هي طرق حماية حقوق العميل في حال رفض إركابه بسبب الحجز الفائض؟**

المطلب الثاني: طرق حماية حقوق العميل في حال رفض إركابه بسبب الحجز الفائض

لم تسلك اللوائح محل الدراسة نهجاً موحداً في تنظيم طرق حماية حقوق العميل في حال رفض إركابه بسبب الحجز الفائض، وقد ارتأينا عرض هذه الطرق بالأولوية التي نصت عليها الفقرات

من 2 إلى 8 من المادة 13 من لائحة حماية حقوق المسافرين الصادرة عن الهيئة العامة للطيران المدني في المملكة العربية السعودية كون الترتيب الذي انتهجته يكفل – ما أمكن – التوازن بين مصلحة الناقل الجوي ومصلحة العميل.

والجدير بالذكر أن المادة 13 من هذه اللائحة لا تشير صراحةً إلى التزام الناقل الجوي باتباع طرق الحماية المنصوص عليها في فقراتها بالترتيب المذكور تباعاً، إلا أن ترتيب الفقرات يفيد ضمناً اتباع الطرق حسب الأولوية، وذلك ابتداءً من إركاب العميل بالرحلة ذاتها (الفرع الأول)، مروراً بإركاب العميل برحلة بديلة (الفرع الثاني)، وانتهاءً بفسخ عقد النقل الجوي (الفرع الثالث).

الفرع الأول: إركاب العميل بالرحلة ذاتها

إذا رفض الناقل الجوي إركاب العميل بسبب الحجز الفائض فإن عليه إركابه بالرحلة ذاتها بدرجة أعلى غير محجوزة (أولاً)، وإلا فإركابه بالرحلة ذاتها بدرجة أدنى غير محجوزة (ثانياً)، وإذا لم تتوافر الدرجة الأدنى المذكورة فإن له الإعلان عن طلب ركاب متطوعين للتنازل عن مقاعدهم (ثالثاً).

أولاً: إركاب العميل بدرجة أعلى غير محجوزة

يعد التزام الناقل الجوي بإركاب العميل بالرحلة ذاتها بدرجة أعلى من درجته غير محجوزة ومن دون مطالبته بأي مبلغ إضافي أولى طرق حماية حقوق العميل وأمثلها في حال رفض إركابه بسبب الحجز الفائض، إذ نصت الفقرة 2 من المادة 13 من لائحة حماية حقوق المسافرين الصادرة عن الهيئة العامة للطيران المدني في المملكة العربية السعودية على أن: "يلتزم الناقل الجوي بترقية درجة الإركاب للمسافر إلى الدرجة الأعلى دون مقابل، عند توفر مقاعد بديلة على ذات الرحلة.". كما نصت المادة 13 من لائحة حماية حقوق المسافرين الصادرة عن هيئة الطيران المدني في سلطنة عمان على الطريقة ذاتها، ولكن ليست بوصفها أولى طرق حماية حقوق العميل، إذ ورد نصها بالصيغة الآتية: "يجب على الناقل الجوي، في حالة منع أي مسافر من السفر وفقاً لحكم المادة (12) من هذه اللائحة، القيام بالآتي: 1. ... 2. ... 3. تمكين المسافر من السفر عند توفر مقاعد بديلة على ذات الرحلة بدرجة أعلى من الدرجة المتعاقد معها مع المسافر، ويكون المقعد البديل بدون مقابل.".

أما لائحة البرلمان الأوروبي ومجلس الاتحاد الأوروبي، فقد نظمت تقديم الناقل الجوي للراكب مقعداً أعلى مستوى من المقعد المحجوز، ولكن من دون الإشارة إلى كونه طريقة لحماية حقوق العميل في حال رفض إركابه بسبب الحجز الفائض[1].

ثانياً: إركاب العميل بدرجة أدنى غير محجوزة

إذا لم تتوافر درجة غير محجوزة أعلى من الدرجة التي حجزها العميل، فإنه يجب على الناقل الجوي تقديم مقعد للعميل، بالرحلة ذاتها، غير محجوز أدنى من الدرجة المحجوزة، وهو ما نصت عليه الفقرة 3 من المادة 13 من لائحة حماية حقوق المسافرين الصادرة عن الهيئة العامة للطيران المدني في المملكة العربية السعودية، إذ جاء فيها ما يأتي: "تُطبَّق الأحكام المتعلقة بحالة تخفيض الدرجة الواردة في المادة الرابعة عشرة من هذه اللائحة، عند توفر مقعد على درجة تقل عن الدرجة التي حجز عليها المسافر وقبوله به.".

ومن الجدير بالذكر أن تخفيض الدرجة لا يعد رفضاً لإركاب العميل طالما أن هذا الأخير وافق على التخفيض، إذ نصت الفقرة 1 من المادة 14 من لائحة حماية حقوق المسافرين الصادرة عن الهيئة العامة للطيران المدني في المملكة العربية السعودية على أنه: "لا يعد تخفيض الدرجة على ذات الرحلة رفضاً للإركاب حال موافقة المسافر.".

أما عن تعويض تخفيض الدرجة، فقد نظمته الفقرة 2 من المادة 14 المذكورة التي نصت على أن: "يلتزم الناقل الجوي بتعويض المسافر عند قبول تخفيض الدرجة عن كامل فرق السعر بين درجة الإركاب الأصلية وبين الدرجة التي تم السفر عليها للجزء الذي تم تخفيض درجة الإركاب من الرحلة، وفق أقل سعر على الدرجة التي تم التخفيض عليها، بالإضافة إلى تعويضه تعويضاً يعادل (50%) من تلك القيمة، ولا يعد هذا التعويض بديلاً عن أي تعويضات أخرى أو أضرار ناتجة عن تخفيض درجة الإركاب.".

---

[1] نصت الفقرة 1 من المادة 10 من هذه اللائحة على أنه: "في حال قدمت شركة الطيران المشغلة للراكب مقعداً أعلى مستوى من المقعد المحجوز بالتذكرة المشتراة، لا يجوز للشركة طلب أي مدفوعات إضافية.". وباللغة الإنكليزية:

Article. 10: "1. If an operating air carrier places a passenger in a class higher than that for which the ticket was purchased, it may not request any supplementary payment.".

وإذا رفض العميل تخفيض الدرجة وفَسَخَ عقد النقل الجوي، وجب على الناقل الجوي إعادة قيمة تذكرته فضلاً عن التعويض، وذلك حسبما جاء في الفقرة 3 من المادة 14 ذاتها التي ورد نصها بالصيغة الآتية: "إذا قرر المسافر فسخ التعاقد يجب على الناقل الجوي إعادة قيمة التذكرة لخط السير غير المستخدم، بالإضافة إلى تقديم تعويض يعادل (200%) من قيمة التذكرة.".

وتجدر الإشارة إلى أن إركاب العميل بدرجة أدنى من درجته غير محجوزة لا يعد من طرق حماية حقوقه في حال رفض إركابه بسبب الحجز الفائض وفق لائحة البرلمان الأوروبي ومجلس الاتحاد الأوروبي ولائحة حماية حقوق المسافرين الصادرة عن هيئة الطيران المدني في سلطنة عمان، وذلك على الرغم من تنظيم مسألة تخفيض الدرجة في هاتين اللائحتين[1].

[1] نصت الفقرة 2 من المادة 10 من لائحة البرلمان الأوروبي ومجلس الاتحاد الأوروبي على أنه: "في حال قدمت شركة الطيران المشغلة مقعداً أقل مستوى من المقعد المحجوز بالتذكرة المشتراة، يتعين على الشركة تعويض الراكب بأي مما يلي خلال سبعة أيام بأي من الطرق المنصوص عليها في المادة 7 (3): (أ) تقديم 30% من قيمة التذكرة لجميع رحلات الطيران التي تقطع مسافة 1500 كيلومتر أو أقل. (ب) تقديم 50% من قيمة التذكرة لجميع الرحلات داخل الدول التابعة للجماعة الأوروبية، والتي تقطع مسافة أكبر من 1500 كيلومتر، فيما عدا رحلات الطيران بين الأراضي الأوروبية التابعة للدول الأعضاء وأقاليم ما وراء البحار، والقيمة نفسها لجميع الرحلات الأخرى التي تقطع مسافة من 1500 إلى 3500 كيلومتر. (ج) تقديم 75% من قيمة التذكرة لجميع الرحلات غير المندرجة تحت الفقرتين (أ) أو (ب)، بما في ذلك رحلات الطيران الرحلات المنطلقة بين الأراضي الأوروبية التابعة للدول الأعضاء وأقاليم ما وراء البحار.". وباللغة الإنكليزية:

Article. 10: "2. If an operating air carrier places a passenger in a class lower than that for which the ticket was purchased, it shall within seven days, by the means provided for in Article 7(3), reimburse

(a) 30 % of the price of the ticket for all flights of 1500 kilometres or less, or

(b) 50 % of the price of the ticket for all intra-Community flights of more than 1500 kilometres, except flights between the European territory of the Member States and the French overseas departments, and for all other flights between 1500 and 3500 kilometres, or

ثالثاً: الإعلان عن طلب ركاب متطوعين للتنازل عن مقاعدهم

قد لا تتوافر درجة غير محجوزة أدنى من الدرجة المحجوزة في الرحلة ذاتها، لذلك يجري إعمال الطريقة الثالثة لحماية حقوق العميل وهي إعلان الناقل الجوي عن طلب ركاب متطوعين لإلغاء حجوزاتهم بمقابل، وتعد الفقرة 4 من المادة 13 من لائحة حماية حقوق المسافرين الصادرة عن الهيئة العامة للطيران المدني في المملكة العربية السعودية مثالاً عن هذه الطريقة في الحماية، إذ نصت على أنه: "يجوز للناقل الجوي الإعلان عن طلب ركاب متطوعين للتنازل عن مقاعدهم مقابل عرض يقدمه لهم.".

هذا وقد نصت لائحة البرلمان الأوروبي ومجلس الاتحاد الأوروبي على الطريقة ذاتها كأولى طرق حماية حقوق العميل في حال توقع رفض إركابه بسبب الحجز الفائض، وذلك كيلا يتأخر انطلاق الطائرة فيما لو اتصلت شركة الطيران بالمتطوعين بعد تحقق رفض الإركاب بسبب الحجز الفائض على نحو فعلي، إذ جاء في الفقرة 1 من المادة 4 من هذه اللائحة ما يأتي: "في حال توقعت شركة الطيران منع الصعود على متن الطائرة، يتعين عليها في بادئ الأمر الاتصال

(c) 75 % of the price of the ticket for all flights not falling under (a) or (b), including flights between the European territory of the Member States and the French overseas departments.".

ونصت المادة 34 من لائحة حماية حقوق المسافرين الصادرة عن هيئة الطيران المدني في سلطنة عمان على أن: "يلتزم الناقل الجوي بتمكين المسافر من السفر عند توفر مقاعد بديلة على ذات الرحلة بدرجة أدنى من الدرجة المتفق عليها، وذلك على النحو الآتي:

1- إذا وافق المسافر على تخفيض الدرجة، يجب على الناقل الجوي تعويض المسافر فرق السعر بين قيمة فئة الدرجة التي تم الاتفاق عليها في عقد النقل الجوي وبين أقل قيمة في فئة الدرجة التي تم السفر عليها عن الجزء الذي تم تخفيض الدرجة فيه، بالإضافة إلى التعويض بما يعادل (50%) خمسين في المائة من تلك القيمة.

2- إذا قرر المسافر إنهاء عقد النقل الجوي، يتعين على الناقل الجوي إعادة قيمة تذكرة السفر عن خط السير غير المستخدم، بالإضافة إلى التعويض بما يعادل (50%) خمسين في المائة من إجمالي قيمة تذكرة السفر، وذلك دون الإخلال بحق المسافر في الرعاية والمساندة.

وفي جميع الأحوال، لا يعتبر تخفيض الدرجة على ذات الرحلة منعاً للسفر.".

بالمتطوعين[1] لإلغاء حجوزاتهم في مقابل الحصول على مزايا أخرى بموجب شروط يتفق عليها الراكب المعني وشركة الطيران المشغلة. ويلزم تقديم المساعدة إلى المتطوعين بموجب المادة (8)[2]، إلى جانب المزايا المذكورة في هذه الفقرة."[3].

كما نصت المادة 12 من لائحة حماية حقوق المسافرين الصادرة عن هيئة الطيران المدني في سلطنة عمان على هذه الطريقة كأولى طرق حماية حقوق العميل في حال رفض إركابه بسبب الحجز الفائض، وقد ورد نصها بالصيغة الآتية: "يلتزم الناقل الجوي بالحد من الحجز الفائض، ويجوز له منع بعض المسافرين من السفر في حال امتلاء مقاعد الطائرة بالمسافرين، وعدم وجود متطوع[4]، وذلك وفق المعايير التي يحددها الناقل الجوي. ...".

---

[1] نصت الفقرة (ك) من المادة 2 من لائحة البرلمان الأوروبي ومجلس الاتحاد الأوروبي على أنه: "يُقصد بـ "المتطوع" الشخص المتقدم للصعود على متن الطائرة وفقاً للشروط الواردة في المادة 3 (2)، ويستجيب بشكل إيجابي إلى دعوة شركة الطيران لوقف حجزه في مقابل الحصول على مزايا أخرى.". وباللغة الإنكليزية:

Article. 2: "(k) "volunteer" means a person who has presented himself for boarding under the conditions laid down in Article 3(2) and responds positively to the air carrier's call for passengers prepared to surrender their reservation in exchange for benefits.".

[2] سوف نتناول المادة 8 من لائحة البرلمان الأوروبي ومجلس الاتحاد الأوروبي لاحقاً.

[3] Article. 4: "1. When an operating air carrier reasonably expects to deny boarding on a flight, it shall first call for volunteers to surrender their reservations in exchange for benefits under conditions to be agreed between the passenger concerned and the operating air carrier. Volunteers shall be assisted in accordance with Article 8, such assistance being additional to the benefits mentioned in this paragraph.".

[4] عرَّفت الفقرة 6 من المادة 1 من لائحة حماية حقوق المسافرين الصادرة عن هيئة الطيران المدني في سلطنة عمان المتطوع بأنه: "المسافر الذي يتنازل عن مقعده المؤكد بناءً على طلب الناقل الجوي مقابل تعويض.".

يمكن القول إذاً إنه يمكن حماية حقوق العميل الذي رُفض إركابه بسبب الحجز الفائض، وذلك عبر طلب متطوعين للتنازل عن مقاعدهم مقابل عرض يقدمه الناقل الجوي للمتطوع كالسفر على رحلة جوية أخرى بنصف القيمة مع استرداد قيمة تذكرته في الرحلة الملغاة، أو مقابل مزايا معينة يستفيد منها المتطوع كإعادة قيمة تذكرته مضروبة بعدد من الأمثال.

الفرع الثاني: إركاب العميل برحلة بديلة

سوف نتناول طريقة إركاب العميل برحلة بديلة وفق لائحة حماية حقوق المسافرين الصادرة عن الهيئة العامة للطيران المدني في المملكة العربية السعودية (أولاً)، ووفق لائحة البرلمان الأوروبي ومجلس الاتحاد الأوروبي (ثانياً)، ووفق لائحة حماية حقوق المسافرين الصادرة عن هيئة الطيران المدني في سلطنة عمان (ثالثاً).

أولاً: إركاب العميل برحلة بديلة وفق لائحة حماية حقوق المسافرين الصادرة عن الهيئة العامة للطيران المدني في المملكة العربية السعودية

إذا لم يجرِ إركاب العميل بالرحلة ذاتها، فإنه يجب على الناقل الجوي أن يبين للعميل حقوقه، ويوفر له الرعاية والمساندة، وأن يتيح له السفر على رحلة بديلة، سواء أكانت للناقل الجوي ذاته أم لغيره، على أن يتحمل الناقل الجوي فارق التكلفة إذا كانت الرحلة البديلة بتكلفة أكبر، إذ نصت الفقرة 5 من المادة 13 من لائحة حماية حقوق المسافرين الصادرة عن الهيئة العامة للطيران المدني في المملكة العربية السعودية على أنه: "عند رفض إركاب مسافر بسبب الحجز الفائض، يجب على الناقل الجوي القيام بما يأتي: أ. أن يوضح للمسافر حقوقه بطريقة مكتوبة وواضحة، وأن يقدم له الرعاية والمساندة اللازمة في هذا الشأن. ب. أن يتيح للمسافر حق الاختيار بين أن يقوم بالسفر على رحلة أخرى لذات الناقل الجوي أو لناقل جوي آخر، على أن يتحمل الناقل الجوي فارق تكلفة الإركاب إن وجدت.".

ولقد عرَّفت الفقرة 23/أولاً من المادة 1 من اللائحة المذكورة الرعاية على النحو الآتي: "العناية والخدمات اللازمة التي يجب على الناقل الجوي تقديمها للمسافرين بموجب هذه اللائحة.". وعرَّفت الفقرة 24/أولاً من المادة ذاتها المساندة بأنها: "الإرشادات والتوجيهات والمعلومات التي يلتزم الناقل الجوي بتقديمها للمسافرين عند عدم تمكنه من الوفاء بالالتزامات المناطة به بموجب عقد النقل.".

ونظمت المادة 17 من هذه اللائحة كيفية توفير الرعاية والمساندة للعميل، إذ جاء فيها ما يأتي:
"1. يلتزم الناقل الجوي عند قيامه برفض إركاب، أو إلغاء رحلة، أو تأخيرها؛ بتوفير الرعاية للمسافرين، على أن تقدم على النحو الآتي:
أ. مرطبات ومشروبات ابتداءً من الساعة الأولى.
ب. وجبة ملائمة إذا تجاوزت مدة التأخير (3) ثلاث ساعات من وقت المغادرة.
ج. سكن فندقي ومواصلات من وإلى المطار لكل مسافر إذا تجاوزت مدة التأخير (6) ست ساعات من وقت المغادرة.
2. يلتزم الناقل الجوي بتقديم المساندة اللازمة أثناء فترة الرعاية.
3. يتعين على الناقل الجوي تعويض المسافر حال عدم تقديمه لأي من خدمات الرعاية المستحقة للمسافر وفقاً للآتي:
أ. (10) وحدات سحب خاصة[1] عند عدم تقديم المرطبات والمشروبات.
ب. (30) وحدة حقوق سحب خاصة عند عدم تقديم الوجبة الملائمة.
ج. (100) وحدة حقوق سحب خاصة عند عدم تقديم السكن الفندقي والمواصلات من وإلى المطار.
4. التعويض المالي لا يعفي الناقل الجوي من الالتزام بالرعاية والمساندة اللازمة.".
وبينت الفقرة 6 من المادة 13 من لائحة حماية حقوق المسافرين الصادرة عن الهيئة العامة للطيران المدني في المملكة العربية السعودية الأثر المترتب على قبول العميل السفر على رحلة

1 استخدمت اتفاقية مونتريال لعام 1999 حق السحب الخاص كوحدة حسابية للتعويضات المستحقة للمضرورين، وبينت طريقة تحويله إلى عملة وطنية. وتعد حقوق السحب الخاصة محاولة من صندوق النقد الدولي لخلق كميات من السيولة وفقاً لحاجة المجتمع الدولي، فهي نقود افتراضية لا وجود لها إلا في قيود الصندوق بالنسبة للمتعاملين بها. وبهذا المعنى فإنه لا يمكن للأفراد مثلاً أن يستخدموا حقوق السحب الخاصة في تعاملاتهم مهما بلغ حجمها، لأن هذه العملة المفترضة مقصورة على تعامل الدول في تسوية مدفوعاتها الدولية بعد تحويلها إلى عملات قابلة للتحويل، ذلك أن القصد من هذه الحقوق هو تكملة ما هو موجود من الاحتياطيات، فضلاً عن أنها تدرج ضمن الاحتياطيات النقدية للدولة التي تمتلكها. حول حقوق السحب الخاصة انظر: الحويش، ياسر، **القانون الدولي الاقتصادي**، الجزء الثاني، منشورات جامعة دمشق – التعليم المفتوح، 2009، ص 83 وما يليها.

بديلة، إذ ورد نصها بالصيغة الآتية: "في حال قبول المسافر المرفوض إركابه للرحلة البديلة، تعامل المدة الزمنية بين الرحلة التي رفض الإركاب عليها وبين الرحلة البديلة؛ وفقاً لأحكام تأخير الرحلات المنصوص عليها في هذه اللائحة[1].".

هذا ويلتزم الناقل الجوي بتعويض العميل عن رفض الإركاب في حال توفيره رحلة بديلة لمدة تزيد على ساعتين من الوقت الأصلي المحدد للمغادرة، وهو ما يُستنتج بمفهوم المخالفة من الفقرة 8 من المادة 13 من هذه اللائحة التي نصت على أن: "يعفى الناقل الجوي من التعويض عن رفض الإركاب في حال توفيره رحلة بديلة خلال ساعتين من الوقت الأصلي المحدد للمغادرة.".

ثانياً: إركاب العميل برحلة بديلة وفق لائحة البرلمان الأوروبي ومجلس الاتحاد الأوروبي

إذا لم يتوافر المتطوعون، وجب على شركة الطيران المشغلة تعويض الركاب وتقديم المساعدة اللازمة لهم، وهو ما نصت عليه الفقرتان 2 وَ 3 من المادة 4 من لائحة البرلمان الأوروبي ومجلس الاتحاد الأوروبي، وذلك على النحو الآتي: "2. في حال عدم توفر عدد كافٍ من المتطوعين للسماح للركاب المتبقين بالصعود على متن الطائرة، يجوز لشركة الطيران المشغلة في هذه الحالة منع الركاب من الصعود رغماً عنهم. 3. في حال منع الركاب من الصعود على متن الطائرة رغماً عنهم، تلتزم شركة الطيران المشغلة في الحال بتعويض الركاب بموجب المادة (7)، إلى جانب تقديم المساعدة اللازمة بموجب المادتين (8) و (9).[2]".

هذا وتحيل الفقرة 3 من المادة 4 من هذه اللائحة إلى المواد 7 وَ 8 وَ 9 منها، لذلك سوف نعرض هذه المواد على التوالي:

– تتعلق المادة 7 من لائحة البرلمان الأوروبي ومجلس الاتحاد الأوروبي بالحق في التعويض، إذ تنص على أن:

"1. يحصل الركاب بموجب هذه المادة على تعويض مالي قيمته:

---

[1] نصت المادة 10 من هذه اللائحة على أحكام تأخير الرحلات.

[2] عرضنا سابقاً الفقرة 2 من المادة 4 من لائحة البرلمان الأوروبي ومجلس الاتحاد الأوروبي باللغة الإنكليزية، لذلك سوف نكتفي بإدراج الفقرة 3 من هذه المادة باللغة المذكورة على النحو الآتي:

Article. 4: "3. If boarding is denied to passengers against their will, the operating air carrier shall immediately compensate them in accordance with Article 7 and assist them in accordance with Articles 8 and 9.".

(أ) 250 يورو لجميع الرحلات التي تقطع مسافة 1500 كيلومتر أو أقل.
(ب) 400 يورو لجميع الرحلات بين الدول التابعة للجماعة الأوروبية، والتي تقطع مسافة أكبر من 1500 كيلومتر، وجميع الرحلات الأخرى التي تقطع مسافة من 1500 إلى 3500 كيلومتر.
(ج) 600 يورو لجميع الرحلات التي لا تندرج تحت الفقرتين (أ) أو (ب).
وعند تحديد المسافة، تعتبر الوجهة النهائية هي الأساس، حيث يؤدي إجراء المنع من الصعود على متن الطائرة أو إلغاء الرحلة إلى تأخير الركاب عن الوصول في الموعد المقرر.
2. في حال تقديم عرض على الركاب بإمكانية متابعة الرحلة إلى الوجهة المقصودة ولكن على متن رحلة بديلة وفقاً للمادة (8)، يجب ألا يتجاوز وقت وصول الرحلة البديلة الوقت المقرر لوصول الرحلة المحجوزة في الأصل.
(أ) ساعتان، بالنسبة لجميع الرحلات التي تقطع مسافة 1500 كيلومتر أو أقل.
(ب) ثلاث ساعات، بالنسبة لجميع الرحلات بين الدول التابعة للجماعة الأوروبية والتي تقطع مسافة أكبر من 1500 كيلومتر، وجميع الرحلات الأخرى التي تقطع مسافة بين 1500 وَ 3500 كيلومتر.
(ج) أربع ساعات، بالنسبة لجميع الرحلات التي لا تندرج تحت الفقرتين (أ) أو (ب).
يجوز لشركة الطيران المشغلة تقليل قيمة التعويض الموضح في الفقرة 1 بنسبة 50%.
3. يلزم دفع التعويض الموضح في الفقرة 1 نقداً، إما عن طريق التحويل المصرفي الإلكتروني، أو طلب بنكي، أو شيك بنكي، أو بموجب اتفاق مُوقَّع من الراكب، أو عن طريق قسائم السفر و/أو خدمات أخرى.
4. تُقاس المسافات المذكورة في الفقرتين 1 وَ 2 بطريقة "الدائرة الكبرى".[1].

[1] Article. 7: "1. Where reference is made to this Article, passengers shall receive compensation amounting to:
(a) EUR 250 for all flights of 1500 kilometres or less;
(b) EUR 400 for all intra-Community flights of more than 1500 kilometres, and for all other flights between 1500 and 3500 kilometres;

جعلت الفقرة الأولى من هذا النص مبلغ التعويض المستحق للراكب متناسباً مع بُعد مسافة الرحلة المرفوض إركابه بها، إذ كلما كانت المسافة أبعد كان التعويض أكبر.

وأجازت الفقرة الثانية منه لشركة الطيران المشغلة تخفيض التعويض المنصوص عليه في الفقرة الأولى بنسبة 50% إذا تمت متابعة الرحلة الجوية إلى نقطة الوصول عبر إركاب العميل برحلة بديلة لا يتجاوز وقت وصولها الوقت المحدد لوصول الرحلة المحجوزة أصلاً بعدد معين من الساعات حسب بُعد مسافة كل رحلة؛ ذلك أن هذه الفقرة لم تنظم إركاب العميل برحلة بديلة ابتداءً من نقطة القيام بل متابعة الرحلة الجوية برحلة بديلة، ويحصل ذلك في النقل المتتابع[1]

(c) EUR 600 for all flights not falling under (a) or (b).

In determining the distance, the basis shall be the last destination at which the denial of boarding or cancellation will delay the passenger's arrival after the scheduled time.

2. When passengers are offered re-routing to their final destination on an alternative flight pursuant to Article 8, the arrival time of which does not exceed the scheduled arrival time of the flight originally booked

(a) by two hours, in respect of all flights of 1500 kilometres or less; or

(b) by three hours, in respect of all intra-Community flights of more than 1500 kilometres and for all other flights between 1500 and 3500 kilometres; or

(c) by four hours, in respect of all flights not falling under (a) or (b),

the operating air carrier may reduce the compensation provided for in paragraph 1 by 50 %.

3. The compensation referred to in paragraph 1 shall be paid in cash, by electronic bank transfer, bank orders or bank cheques or, with the signed agreement of the passenger, in travel vouchers and/or other services.

4. The distances given in paragraphs 1 and 2 shall be measured by the great circle route method.".

[1] نصت الفقرة 3 من المادة 1 من اتفاقية وارسو المعدَّلة ببروتوكول لاهاي لعام 1955 على أن: "النقل الذي يتولاه عدد من الناقلين بطريق الجو على التتابع يفترض فيه عند تطبيق هذه المعاهدة أنه نقل واحد

الذي يُعرَّف بأنه: النقل الذي يجري من خلال خطوط جوية مختلفة ويتولاه عدد من الناقلين على طائراتهم بالتتابع[1].

أما الفقرة الثالثة، فقد حددت طرق دفع التعويض. وحددت الفقرة الرابعة طريقة قياس المسافة بـ "الدائرة الكبرى"، ويُقصد بها أقصر طريق بين نقطتين على سطح الأرض وأكثرها استقامة[2].

إذا منعت شركة الطيران المشغلة إذاً الركاب من الصعود على متن الطائرة بسبب عدم توافر عدد كافٍ من المتطوعين، فللركاب فسخ عقد النقل الجوي مع التعويض. وإذا جرى المنع في أثناء رحلة جوية متتابعة، فلهم قبول عرض متابعتها إلى نقطة الوصول على رحلة بديلة مع تخفيض التعويض.

– جاءت المادة 8 من لائحة البرلمان الأوروبي ومجلس الاتحاد الأوروبي بعنوان "حق التعويض أو المتابعة"[3]، إذ عالجت الحالة التي لا تُستكمل فيها الرحلة الجوية المتتابعة حسب الاتفاق، وعرضت في فقرتها الأولى خيارات ثلاثة على العميل، وذلك على النحو الآتي:

"بموجب هذه المادة، يلزم عرض الخيارات التالية على الركاب:

(أ) التعويض في غضون سبعة أيام بالطرق المنصوص عليها في المادة 7 (3)، بتقديم التكلفة الكاملة للتذكرة بسعر شرائها، عن جزء أو أجزاء لم تُستكمل في الرحلة، وعن جزء أو أجزاء تم

إذا اعتبره الأطراف بمثابة عملية واحدة سواء أكان الاتفاق بشأنه قد أبرم في صورة عقد واحد أم في عدد من العقود، ولا يفقد طابعه الدولي وجوب تنفيذ أحد العقود أو عدد منها تنفيذاً كاملاً في إقليم دولة واحدة.". ويقابلها الفقرة 3 من المادة 1 من اتفاقية مونتريال.

[1] رضوان، أبو زيد، **القانون الجوي (قانون الطيران التجاري)**، دار الفكر العربي، القاهرة، 1988، ص 408.

[2] انظر: "مسافة الدائرة الكبرى" عبر الرابط الآتي:

https://www.marefa.org/%D9%85%D8%B3%D8%A7%D9%81%D8%A9_%D8%A7%D9%84%D8%AF%D8%A7%D8%A6%D8%B1%D8%A9_%D8%A7%D9%84%D9%83%D8%A8%D8%B1%D9%89

تاريخ الزيارة: 2025/11/26.

[3] باللغة الإنكليزية:

"Right to reimbursement or re-routing".

استكمالها في الرحلة بالفعل؛ إذا لم يعد للرحلة أي غرض يتعلق بخطة السفر الأصلية للركاب، إلى جانب توفير رحلة عودة إلى نقطة المغادرة الأولى في أقرب فرصة ممكنة، حسبما يقتضي الأمر.

(ب) متابعة الرحلة، حسب ظروف النقل المماثلة، إلى الوجهة النهائية في أقرب فرصة ممكنة.

(ج) متابعة الرحلة، حسب ظروف النقل المماثلة، إلى الوجهة النهائية في موعد لاحق يناسب الركاب، وذلك رهناً بتوفر المقاعد."[1].[2]

---

[1] Article. 8: "1. Where reference is made to this Article, passengers shall be offered the choice between:

(a) – reimbursement within seven days, by the means provided for in Article 7(3), of the full cost of the ticket at the price at which it was bought, for the part or parts of the journey not made, and for the part or parts already made if the flight is no longer serving any purpose in relation to the passenger's original travel plan, together with, when relevant,

– a return flight to the first point of departure, at the earliest opportunity;

(b) re-routing, under comparable transport conditions, to their final destination at the earliest opportunity; or

(c) re-routing, under comparable transport conditions, to their final destination at a later date at the passenger's convenience, subject to availability of seats.".

[2] وجاء في الفقرتين 2 وَ 3 من المادة ذاتها ما يأتي: "2. تنطبق الفقرة رقم 1 (أ) أيضاً على الركاب الذين تشكل رحلاتهم جزءاً من برنامج الرحلة، باستثناء حقهم في الحصول على التعويض، حيث ينشأ هذا الحق بموجب التوجيه رقم 90/314/EEC. 3. حين تعرض شركة الطيران المشغلة على أحد الركاب الذهاب في رحلة إلى ميناء جوي بديل غير الميناء المقصود، وذلك في البلدان أو المدن أو الأقاليم التي تتوفر بها العديد من الموانئ الجوية، تتحمل الشركة تكاليف انتقال الراكب من الميناء الجوي البديل إلى الميناء المقصود، أو إلى ميناء آخر أقرب من الوجهة بالاتفاق مع الراكب. وباللغة الإنكليزية:

Article. 8: "2. Paragraph 1(a) shall also apply to passengers whose flights form part of a package, except for the right to reimbursement where such right arises under Directive 90/314/EEC. 3. When, in the case where a town, city

ويتضح من هذا النص أنه لم يحدد سبباً أو أسباباً لعدم استكمال الرحلة الجوية المتتابعة، ولما كانت الفقرة 3 من المادة 4 من هذه اللائحة قد أحالت إليه فإن ذلك يعني بالضرورة أن عدم استكمالها قد يُعزى إلى منع الركاب من الصعود على متن الطائرة بسبب الحجز الفائض وعدم توافر عدد كافٍ من المتطوعين. كما لو انطلق المسافر من مدريد إلى برلين عبر شركة نقل جوي إسبانية، لكنه توجه أولاً إلى باريس كي يستكمل الرحلة الجوية منها إلى برلين عبر شركة نقل جوي فرنسية، إلا أن هذه الأخيرة منعته من الصعود على متن الطائرة في باريس بسبب الحجز الفائض، هذا من ناحية. من ناحية أخرى، فإنه يكون للركاب، والحال كذلك، أحد ثلاثة خيارات وهي:

الخيار الأول: الحق في استعادة كامل ثمن تذكرة السفر والرجوع إلى نقطة القيام، وذلك في إحدى حالتين وهما: الأولى، إذا لم تُستكمل الرحلة الجوية مطلقاً. والثانية، إذا جرى استكمال الرحلة الجوية ولكن لم يَعُد للعميل أي فائدة من استكمالها، كما لو انطلق العميل، وهو فنان تشكيلي، من براغ إلى فيينا عبر شركة نقل جوي تشيكية، على أن تتولى شركة نقل جوي نمساوية نقله في ميعاد محدد من فيينا إلى روما كي يشارك في معرض الفنون التشكيلية الذي يقام فيها سنوياً بتاريخ محدد، فإذا رفضت شركة النقل الجوي النمساوية إركابه بسبب الحجز الفائض ثم استُكملت الرحلة الجوية، وفات موعد المعرض، لم يَعُد للعميل أي فائدة من هذا الاستكمال، بحسبان أن هذه الشركة فوتت عليه الوصول في الميعاد المتفق عليه.

الخيار الثاني: متابعة الرحلة في أقرب فرصة ممكنة.

الخيار الثالث: متابعة الرحلة في موعد لاحق يناسب الركاب شريطة توافر المقاعد.

– أما المادة 9 من لائحة البرلمان الأوروبي ومجلس الاتحاد الأوروبي، فهي تتعلق بحق الرعاية، إذ ورد نصها بالصيغة الآتية:

---

or region is served by several airports, an operating air carrier offers a passenger a flight to an airport alternative to that for which the booking was made, the operating air carrier shall bear the cost of transferring the passenger from that alternative airport either to that for which the booking was made, or to another close-by destination agreed with the passenger.".

"1. بموجب هذه المادة، يحصل الركاب مجاناً على ما يلي:

(أ) وجبات ومشروبات بكمية معقولة تتناسب مع وقت الانتظار.

(ب) إقامة فندقية في الحالات التالية:

– عندما يصبح البقاء لمدة ليلة واحدة أو أكثر أمراً ضرورياً.

– عندما يضطر الراكب إلى البقاء لمدة أطول من تلك التي كان ينتويها.

(ج) الانتقال بين الميناء الجوي ومكان الإقامة (فندق أو مكان آخر).

2. بالإضافة إلى ذلك، يحصل الركاب مجاناً على مكالمتين هاتفيتين، ورسالتين نصيتين عبر التلكس أو الفاكس، أو رسالتين عبر البريد الإلكتروني[1].

3. عند تطبيق هذه المادة، يتعين على شركة الطيران المشغلة الانتباه إلى احتياجات الأشخاص ممن يعانون من صعوبة الحركة ومن يرافقهم، وكذلك الأطفال غير المصحوبين بذويهم."[2].

---

[1] مرَّ على صدور لائحة البرلمان الأوروبي ومجلس الاتحاد الأوروبي أكثر من عشرين عاماً، وفي الوقت الحاضر أصبح الإنترنت مجانياً في الكثير من المطارات.

[2] Article. 9: "1. Where reference is made to this Article, passengers shall be offered free of charge:

(a) meals and refreshments in a reasonable relation to the waiting time;

(b) hotel accommodation in cases

– where a stay of one or more nights becomes necessary, or

– where a stay additional to that intended by the passenger becomes necessary;

(c) transport between the airport and place of accommodation (hotel or other).

2. In addition, passengers shall be offered free of charge two telephone calls, telex or fax messages, or e-mails.

3. In applying this Article, the operating air carrier shall pay particular attention to the needs of persons with reduced mobility and any persons accompanying them, as well as to the needs of unaccompanied children.".

نستنتج مما تقدم أن إحالة الفقرة 3 من المادة 4 من لائحة البرلمان الأوروبي ومجلس الاتحاد الأوروبي إلى المادتين 7 وَ 8 منها، على وجه الخصوص، تعني أن متابعة الرحلة الجوية المتتابعة على رحلة بديلة هي عرض قد يُتاح للركاب الذين مُنعوا من الصعود على متن الطائرة في إحدى المحطات بسبب الحجز الفائض، رغماً عنهم، لعدم توافر عدد كافٍ من المتطوعين. أما إركاب العميل برحلة بديلة إذا مُنع من الصعود على متن الطائرة ابتداءً في مطار القيام بسبب الحجز الفائض، فهو طريقة لحماية حقوق العميل لم تنظمها اللائحة المذكورة، وذلك أمر يصعب تسويغه في ظل نجاعة هذه الطريقة.

ثالثاً: إركاب العميل برحلة بديلة وفق لائحة حماية حقوق المسافرين الصادرة عن هيئة الطيران المدني في سلطنة عمان

إذا منع الناقل الجوي المسافر من السفر لعدم وجود متطوع، فإن عليه أن يقدم معلومات كتابية له عن حقوقه، وأن يتيح له السفر على رحلة بديلة، سواء أكانت له أم لناقل جوي آخر، شريطة أن يتحمل الناقل الجوي فارق التكلفة إذا كانت الرحلة البديلة بتكلفة أكبر من الرحلة التي مُنع المسافر من السفر عليها، إذ نصت المادة 13 من لائحة حماية حقوق المسافرين الصادرة عن هيئة الطيران المدني في سلطنة عمان على أنه: "يجب على الناقل الجوي، في حالة منع أي مسافر من السفر وفقاً لحكم المادة (12) من هذه اللائحة، القيام بالآتي:

1. تقديم معلومات كتابية للمسافر عن حقوقه.
2. إتاحة الاختيار للمسافر بين السفر على رحلة أخرى لذات الناقل الجوي أو ناقل جوي آخر، على أن يتحمل الناقل الجوي فارق السعر إن وجد.
3. ...".

هذا ويستحق المسافر تعويضاً عن منعه من السفر، ويستنتج ذلك بمفهوم المخالفة من المادة 14 من هذه اللائحة التي جاء فيها ما يأتي:

"لا يستحق المسافر تعويضاً عن المنع من السفر في الحالات الآتية:

1. إخلاله بالتزاماته المنصوص عليها في المادة (8) من هذه اللائحة[1].

[1] تنص المادة 8 على أنه: "يجب على المسافر الالتزام بالآتي: 1. تزويد الناقل الجوي أو من ينوب عنه ببياناته الشخصية وبيانات التواصل عند إبرام عقد النقل الجوي. 2. تعليمات السلامة والانضباط الصادرة

2. إذا قام الناقل الجوي بتوفير رحلة مشابهة في أقل من (2) ساعتين من الوقت الأصلي المقرر للمغادرة؛ وذلك دون الإخلال بحق المسافر في الرعاية والمساندة اللازمة وفقاً لأحكام هذه اللائحة.".

يتبين من هذا النص أنه إذا أخل المسافر بالتزاماته المنصوص عليها في المادة 8، فإنه لا يستحق تعويضاً عن منعه من السفر. وإذا وفَّر الناقل الجوي له رحلة بديلة في أقل من ساعتين من الوقت الأصلي المقرر للمغادرة في الرحلة التي مُنع من السفر عليها، فإن المسافر لا يستحق تعويضاً عن هذا المنع وإن كان يحق له الحصول على الرعاية والمساندة اللازمة.

هذا وقد عرَّفت المادة 1 من هذه اللائحة الرعاية والمساندة، إذ نصت في الفقرة 7 منها على أنَّ: "الرعاية: الخدمات المقدمة من الناقل الجوي للمسافر، والمنصوص عليها في المادة (38) من هذه اللائحة[1]." وجاء في الفقرة 8 منها ما يأتي: "المساندة: الإرشادات والتوجيهات والمعلومات التي يقدمها الناقل الجوي للمسافر عند عدم تمكنه من الوفاء بالتزامه بموجب عقد النقل الجوي.".

ووفق المادة 15 من اللائحة ذاتها، فإنه إذا منع الناقل الجوي أي مسافر من السفر، وتم توفير رحلة مشابهة خلال (2) ساعتين إلى (6) ست ساعات من الوقت الأصلي المقرر للمغادرة، يلتزم الناقل الجوي بتعويض المسافر (50%) خمسين في المئة من قيمة تذكرة السفر عن خط السير غير المستخدم، وذلك دون الإخلال بحق المسافر في الرعاية والمساندة اللازمة على النحو المنصوص عليه في هذه اللائحة.

عن الطاقم الجوي على متن الطائرة. 3. الاطلاع على شروط وأحكام عقد النقل الجوي قبل إتمام عملية الحجز المؤكد. 4. الإفصاح على أي احتياجات خاصة به، إن وجدت، قبل إتمام عملية الحجز المؤكد. 5. إنهاء إجراءات السفر في الوقت المحدد من قبل الناقل الجوي واتباع تعليماته. 6. التأكد من صلاحية وثائق السفر والمستندات اللازمة للدخول إلى وجهة الوصول ونقاط التوقف.".

[1] تنص المادة 38 على أن: "يلتزم الناقل الجوي في حال إلغاء الرحلة أو تأخرها بتقديم الرعاية والمساندة للمسافر وذلك بتوفير الآتي: 1. مرطبات ومشروبات ابتداءً من الساعة (2) الثانية من مدة التأخير. 2. وجبة ملائمة إذا تجاوزت مدة التأخير (3) ثلاث ساعات من الوقت الأصلي المقرر للمغادرة. 3. سكن ملائم ووسيلة نقل من وإلى المطار إذا تجاوزت مدة التأخير (6) ست ساعات من الوقت الأصلي المقرر للمغادرة.".

وبموجب المادة 16 من اللائحة، فإنه إذا منع الناقل الجوي أي مسافر من السفر، وتم توفير رحلة مشابهة لمدة تزيد على (6) ست ساعات من الوقت الأصلي المقرر للمغادرة، يحق للمسافر مطالبة الناقل الجوي بالتعويض عن المنع من الصعود وفقاً لأحكام إلغاء الرحلات المنصوص عليها في هذه اللائحة[1].

الفرع الثالث: فسخ عقد النقل الجوي

إذا رفض العميل كل الخيارات المطروحة أمامه وقرر فسخ عقد النقل الجوي، التزم الناقل الجوي بإعادة قيمة تذكرة السفر له فضلاً عن تعويضه، وهو ما نصت عليه الفقرة 7 من المادة 13 من لائحة حماية حقوق المسافرين الصادرة عن الهيئة العامة للطيران المدني في المملكة العربية السعودية التي جاء فيها ما يأتي: "للمسافر حق رفض الإركاب وفسخ التعاقد، ويلتزم الناقل الجوي بإعادة قيمة التذكرة لخط السير غير المستخدم، بالإضافة إلى تقديم تعويض يعادل (200%) من تلك القيمة.".

هذا وقد ذهب أحد الشراح إلى أنه إذا وفَّر الناقل الجوي للعميل مقعداً بدرجة أعلى من الدرجة المتفق عليها فإنه يكون قد نفَّذ التزامه على نحو أفضل مما اتُّفق عليه، وإذا رفض العميل أن يستقل المقعد من الدرجة الأعلى فإنه لا يستطيع مطالبة الناقل الجوي بأي شيء، إذ يعد ذلك تنازلاً عن حقه في ركوب الطائرة والتوجه إلى المكان المقصود[2].

ويبدو أن هذا الاتجاه منطقيٌّ، وذلك لعدم وجود حق معتدى عليه للعميل أو مصلحة ضائعة له في هذه الفرضية. ونرى أن الأمر ذاته ينطبق على الحالة التي يلتزم فيها الناقل الجوي عند رفض إركاب العميل بسبب الحجز الفائض بإركاب العميل في مقعد المتطوع على الرحلة ذاتها وبالدرجة المتفق عليها، وذلك لأن غاية المسافر ليست الجلوس على مقعد برقم معين بل الوصول بسلام ومن دون تأخير على الرحلة ذاتها وبالدرجة المتفق عليها. وبالمقابل فإننا نرى أن للعميل حق فسخ عقد النقل الجوي إذا رفض خيار تخفيض درجة إركابه طالما أن الناقل

---

[1] حول التعويض عن إلغاء الرحلات في هذه اللائحة، انظر المواد الآتية منها: 22، 23، 24، 25، 26، 30، 31، 32، 33.

[2] جلال، ناصر خليل، **الحماية العقدية للمستهلك في قطاع الطيران المدني من رفض الإركاب وإلغاء الرحلات وتأخيرها – دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص 820 – 821.

الجوي لم ينفذ التزامه بتوفير المقعد بالدرجة المتفق عليها، أو إذا رفض خيار إركابه على رحلة بديلة للناقل الجوي ذاته في موعد لاحق ولا سيما إذا كان وصوله في الموعد المتفق عليه ابتداءً هو أمر في غاية الأهمية بالنسبة له وذلك لتقديم واجب العزاء لأحد أقاربه مثلاً، أو إذا رفض خيار إركابه على رحلة بديلة لناقل جوي آخر ولا سيما إذا كانت خدمة شركة هذا الأخير أقل من خدمة شركة الناقل الجوي الذي رفض إركابه وطائراتها أقل أماناً منها.

هذا ويجري فسخ عقد النقل الجوي إذا لم يتوافر المتطوعون، وذلك وفق الفقرة 1 من المادة 7 من لائحة البرلمان الأوروبي ومجلس الاتحاد الأوروبي المتعلقة بالحق في التعويض المذكورة سابقاً.

كما يعد فسخ عقد النقل الجوي إحدى الخيارات المتاحة للناقل الجوي بموجب المادة 17 من لائحة حماية حقوق المسافرين الصادرة عن هيئة الطيران المدني في سلطنة عمان التي نصت على أن: "يلتزم الناقل الجوي في حالة منع أي مسافر من السفر، ورغبته في إنهاء عقد النقل الجوي[1] بالآتي: "1. رد قيمة تذكرة السفر في حالة عدم استخدامها، وتعويض المسافر بما يعادل (100%) مائة في المائة من تلك القيمة. 2. رد قيمة تذكرة السفر عن خط السير غير المستخدم، وتعويض المسافر بما يعادل (50%) خمسين في المائة من إجمالي قيمة تذكرة السفر.".

الخاتمة

لم تنظم اتفاقيتا وارسو لعام 1929 ومونتريال لعام 1999 سلطة الناقل الجوي في رفض إركاب العميل بسبب الحجز الفائض، كما لم ينظمها قانون الطيران المدني السوري رقم 6 لعام 2004، في حين صدرت في بعض الدول لوائح تنظم مسائل عدة من بينها هذه المسألة.

تناول هذا البحث موضوع **مدى سلطة الناقل الجوي في رفض إركاب العميل بسبب الحجز الفائض** عبر **دراسة مقارنة** بين ثلاث لوائح وهي: لائحة البرلمان الأوروبي ومجلس الاتحاد الأوروبي، ولائحة حماية حقوق المسافرين الصادرة عن الهيئة العامة للطيران المدني في المملكة

[1] استخدم واضعو هذه اللائحة مصطلح "إنهاء عقد النقل الجوي"، والصحيح هو إدراج مصطلح "فسخ عقد النقل الجوي". ذلك أن الإنهاء هو وضع حد لاستمرار العقد في المستقبل، ويكون في العقود الزمنية، وهو يقع دائماً بأثر مباشر. حول إنهاء العقد انظر: صالح، فواز، **القانون المدني (1) – مصادر الالتزام**، مرجع سابق، ص 338.

العربية السعودية، ولائحة حماية حقوق المسافرين الصادرة عن هيئة الطيران المدني في سلطنة عمان. ويمكن إيجاز النتائج والمقترحات التي توصلنا إليها على النحو الآتي:

أولاً: النتائج

1- يُقصد برفض إركاب العميل بسبب الحجز الفائض منعه من الصعود على متن الطائرة على الرغم من استيفائه كل الشروط المطلوبة لنقله جواً، وذلك لكون حجزه فائضاً ومن ثم عدم توافر مقعد له.

2- يتمثل الحجز الفائض في إجراء الناقل الجوي حجوزات تفوق عدد مقاعد الطائرة، وذلك لاحتمال تغيُّب بعض الحاجزين وإلغاء بعضهم الآخر حجوزاتهم.

3- تميزت كل لائحة من الأخرى في أثناء تنظيمها سلطة الناقل الجوي في رفض إركاب العميل بسبب الحجز الفائض في جانب معين، وذلك على النحو الآتي:

أ- تتقيد سلطة الناقل الجوي في رفض إركاب العميل بسبب الحجز الفائض بالآتي: إجراء الحجز الفائض بالحد الأدنى عبر التنبؤ بعدد العملاء الذين سوف يحجمون عن السفر، وإعلام العميل بطبيعة حجزه قبل التعاقد، واستثناء فئات معينة من رفض الإركاب بسبب الحجز الفائض مراعاة لظروفهم. وقد امتازت لائحة حماية حقوق المسافرين الصادرة عن هيئة الطيران المدني في سلطنة عمان بمعالجة هذه القيود كافة.

ب- نظمت لائحة حماية حقوق المسافرين الصادرة عن الهيئة العامة للطيران المدني في المملكة العربية السعودية طرق حماية حقوق العميل المرفوض إركابه بسبب الحجز الفائض على نحو دقيق، ابتداءً من إركاب العميل بالرحلة ذاتها بدرجة أعلى من درجته غير محجوزة وانتهاءً بفسخ عقد النقل الجوي.

ج- ألزمت لائحة البرلمان الأوروبي ومجلس الاتحاد الأوروبي الناقل الجوي بالاتصال بالمتطوعين لمجرد توقعه رفض الإركاب بسبب الحجز الفائض.

ثانياً: المقترحات

في ضوء النتائج التي توصلنا إليها في هذا البحث نودُّ أن نقترح الآتي:

1- إصدار لائحة عن وزير النقل السوري، بناء على اقتراح المدير العام للمؤسسة العامة للطيران المدني، لحماية حقوق العملاء في حالة رفض الإركاب بسبب الحجز الفائض، تتضمن

أحكاماً تعزز أداء مرفق النقل الجوي عبر ضمان استمرار عمل الطائرات بأكبر عدد ممكن من المسافرين.

2- تحديد نطاق سريان هذه اللائحة.

3- تقييد اللائحة لسلطة الناقل الجوي في رفض إركاب العميل بسبب الحجز الفائض بقيود عدة، وإدراجها طرقاً لحماية حقوق العميل تنصب في مصلحته من ناحية وتحمي الرابطة العقدية – ما أمكن – من ناحية أخرى.

مقترح لائحة حماية حقوق العملاء في حالة رفض الإركاب بسبب الحجز الفائض

المادة 1

تسري هذه اللائحة على كل نقل للأشخاص تقوم به طائرة بمقابل. وتسري أيضاً على النقل المجاني بطائرة الذي تقوم به مؤسسة للنقل الجوي[1]:

1- عندما تكون الرحلات داخلية بين مطارات سورية.

2- عندما تكون الرحلات مغادرة من مطارات سورية سواء أكان الناقل الجوي وطنياً أم أجنبياً.

3- عندما تكون الرحلات قادمة إلى مطارات سورية بوساطة ناقل جوي وطني إذا لم تجرِ حماية حقوق العميل بموجب قانون دولة المغادرة.

المادة 2

يلتزم الناقل الجوي بالآتي:

1- إجراء الحجوزات الفائضة بالحد الأدنى.

2- إعلام العميل بطبيعة الحجز المتوافر قبل التعاقد وبيان حقوقه إذا كان الحجز المتوافر فائضاً.

3- تأمين حجز مؤكد للفئات الآتية:

أ- ذوو المتطلبات الخاصة.

ب- زوج الناقل الجوي وأقاربه من الدرجة الأولى، والمستخدَمين المرافقين لهم.

ج- القاصر الذي ليس لديه مرافق.

[1] وذلك تمشياً مع الفقرة 1 من المادة 1 من اتفاقية مونتريال لعام 1999. والجدير بالذكر أن النقل المجاني بطائرة الذي تقوم به مؤسسة للنقل الجوي غالباً ما يكون لغرض الدعاية لها، أي بمقابل.

د- مجموعات السفر.

4- الاتصال بالمتطوعين قبل بدء الرحلة الجوية لإلغاء حجوزاتهم، مقابل عروض أو مزايا، في حال توقعه رفض الإركاب بسبب الحجز الفائض.

المادة 3

عند رفض إركاب العميل بسبب الحجز الفائض، يلتزم الناقل الجوي بالآتي على الترتيب:

1- ترقية درجة إركاب العميل إلى الدرجة الأعلى من دون مقابل، عند توافر مقعد بديل على الرحلة ذاتها.

2- تخفيض درجة إركاب العميل إلى الدرجة الأدنى، عند توافر مقعد بديل على الرحلة ذاتها، وإعادة فرق قيمة التذكرة له.

3- إركاب العميل في مقعد المتطوع على الرحلة ذاتها وبالدرجة المتفق عليها.

4- إتاحة حق الاختيار للمسافر بين السفر على رحلة بديلة للناقل الجوي ذاته أو لناقل جوي آخر، إذا لم يتوافر المتطوعون، على أن:

أ- يتحمل الناقل الجوي فارق تكلفة الإركاب إن وجد.

ب- يؤمن الناقل الجوي للعميل الرعاية اللازمة في المدة الفاصلة بين الرحلة الأصلية والرحلة البديلة.

ج- يُعوِّض الناقلُ الجويُّ العميلَ عن الضرر الناشئ عن التأخير.

المادة 4

إذا رفض العميل أياً من الخيارين (2) وَ (4) المنصوص عليهما في المادة (3) وطَلَبَ فسخ عقد النقل الجوي، التزم الناقل الجوي بإعادة قيمة تذكرة السفر له، وتعويضه عن الضرر إن كان له مقتضى.

المادة 5

يلتزم الناقل الجوي في حالة رفض إركاب العميل بسبب الحجز الفائض ورغبته في فسخ عقد النقل الجوي برد قيمة تذكرة السفر للعميل وتعويضه عن الضرر.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العربية

1- الكتب

- الأسيوطي، ثروت أنيس، **قانون الطيران المدني**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966.
- حداد، الياس وَ عاشور، محمد سامر، **القانون البحري والجوي**، الجامعة الافتراضية السورية
- برنامج كلية الحقوق، دون تاريخ نشر.
- الحويش، ياسر، **القانون الدولي الاقتصادي**، الجزء الثاني، منشورات جامعة دمشق – التعليم المفتوح، 2009.
- دويدار، هاني، **قانون الطيران التجاري – النقل التجاري الدولي**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2000.
- رضوان، أبو زيد، **القانون الجوي (قانون الطيران التجاري)**، دار الفكر العربي، القاهرة، 1988.
- صالح، فواز، **القانون المدني (1) – مصادر الالتزام**، الجامعة الافتراضية السورية، 2020 – 2021.

2- المقالات

- الكندري، محمود أحمد، **جوانب القصور في التنظيم القانوني لسوق النقل الجوي في الكويت (دراسة مقارنة) – تعليق على أحكام المرسوم بالقانون رقم 31 لسنة 1987 بشأن التنظيم القانوني لسوق النقل الجوي في الكويت**، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث، 2001، ص 13 – 70.

3- أوراق العمل

- جلال، ناصر خليل، **الحماية العقدية للمستهلك في قطاع الطيران المدني من رفض الإركاب وإلغاء الرحلات وتأخيرها – دراسة مقارنة**، ص 795 – 875، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر العلمي الدولي السنوي العشرين لكلية القانون في جامعة الإمارات العربية المتحدة بعنوان: "الطيران المدني في ظل التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية"، في الفترة من 23 إلى 25 نيسان 2012، يمكن الوصول إليها عبر هذا الرابط:
http://slconf.uaeu.ac.ae/slconf20/arabic_research.asp

تاريخ الزيارة: 2025/10/19.

4- الاتفاقيات الدولية والقوانين

أ- الاتفاقيات الدولية

- اتفاقية وارسو لتوحيد بعض قواعد النقل الجوي الدولي تاريخ 1929/10/12 وبروتوكول لاهاي المعدِّل لها تاريخ 1955/9/28.

- اتفاقية مونتريال لتوحيد بعض قواعد النقل الجوي الدولي تاريخ 1999/5/28.

ب- القوانين

في سورية

- قانون أصول المحاكمات رقم 1 تاريخ 2016/1/3.

- القانون رقم 74 تاريخ 2001/12/19 المتضمن إقرار سورية اتفاقية مونتريال لعام 1999.

- القانون رقم 6 تاريخ 2004/3/22 المتضمن قانون الطيران المدني.

- المرسوم التشريعي رقم 25 تاريخ 1962/6/13 المتضمن انضمام سورية إلى اتفاقية وارسو لعام 1929 وبروتوكول لاهاي المعدِّل لها لعام 1955.

- المرسوم التشريعي رقم 8 تاريخ 2021/4/12 المتضمن قانون حماية المستهلك.

في الدول الأخرى

- لائحة البرلمان الأوروبي ومجلس الاتحاد الأوروبي (EC) رقم 261 لسنة 2004 الصادرة بتاريخ 2004/2/11 المتعلقة بوضع قواعد مشتركة بشأن تعويض الركاب ومساعدتهم في حال منعهم من الصعود على متن الطائرة وإلغاء رحلاتهم الجوية أو تأخيرها لفترة طويلة، منشورة باللغة العربية على الرابط الآتي:

https://static.jazeeraairways.com/others/regulation/regulation_coc_ar.pdf

تاريخ الزيارة: 2025/10/17.

- لائحة حماية حقوق المسافرين الصادرة عن الهيئة العامة للطيران المدني في المملكة العربية السعودية بتاريخ 1444/11/18هـ.

- لائحة حماية حقوق المسافرين رقم 2024/757 الصادرة عن هيئة الطيران المدني في سلطنة عمان بتاريخ 2024./8/25

5- الروابط الإلكترونية

- "مسافة الدائرة الكبرى" عبر الرابط الآتي:
https://www.marefa.org/%D9%85%D8%B3%D8%A7%D9%81%D8%A9_%D8%A7%D9%84%D8%AF%D8%A7%D8%A6%D8%B1%D8%A9_%D8%A7%D9%84%D9%83%D8%A8%D8%B1%D9%89
تاريخ الزيارة: 2025/11/26.

ثانياً: المراجع الإنكليزية

1- Regulation (EC) No 261/2004 of the European Parliament and of the Council of 11 February 2004, available at: https://www.legislation.gov.uk/eur/2004/261/data.pdf, last updated 17 October 2025.

تحول الشكل القانوني للشركات محدودة المسؤولية في القانون السوري

د. زياد العلي المحمد
محاضر في كلية الحقوق الثالثة- جامعة دمشق
Ziad.alali@damascusuniversity.edu.sy

الملخص:

نظّم المشرع السوري عملية تحول الشكل القانوني للشركات، لا سيما الشركة محدودة المسؤولية، في قانون الشركات رقم /٢٩/ لعام ٢٠١١، إذ أجاز للشركة محدودة المسؤولية تحويل شكلها القانوني إلى شكل شركة تضامن وشركة توصية وشركة مساهمة مغفلة إذا حققت بعض الشروط، مع الالتزام بإتباع الاجراءات المنصوص عليها لإتمام عملية التحول. وقد رتب المشرع السوري آثار عدة على هذا التحول، إذ قضى باستمرار الشخصية الاعتبارية للشركة وما يستتبع ذلك مع ضرورة الاحتفاظ بخصائص الشخصية الاعتبارية، إلا أنّ التحول يستتبع في بعض الاحيان ضرورة اجراء تغييرات في هذه الخصائص لتتوافق مع الشكل الجديد للشركة. ورتب المشرع أيضاً آثاراً تمس حقوق أصحاب المصالح في الشركة من شركاء، ودائنين، وعمال.

الكلمات المفتاحية: تحول، الشكل القانوني، الشركة محدودة المسؤولية، الشخصية الاعتبارية.

Transformation of the Legal Form of a Limited Liability Company under Syrian Law

Ziad Alali Almohammed

Lecturer, Third Faculty of Law, University of Damascus

Ziad.alali@damascusuniversity.edu.sy

Abstract:

The Syrian legislator regulated the process of transformation of the legal form of companies, particularly limited liability companies, under Companies Law No. 29 of 2011. The law permits a limited liability company to transform its legal form into that of a general partnership, a limited partnership, or a public joint-stock company, provided that certain conditions are fulfilled and that the procedures prescribed for completing the transformation process are duly followed.
The Syrian legislator has attached several legal effects to such transformation. Most notably, it affirmed the continuity of the company's legal personality and the consequences arising therefrom, while requiring the preservation of the characteristics of such legal personality. However, in certain cases, the transformation necessitates the introduction of changes to these characteristics in order to conform to the company's new legal form. The legislator has also established effects that affect the rights of the company's stakeholders, including partners, creditors, and employees.

Keywords: Transformation, legal form, limited liability company, legal personality.

مقدمة:

تتخذ الشركات عند تأسيسها أحد الأشكال الخمسة التي نص عليه المشرع السوري في المادة /5/ من قانون الشركات رقم /29/ لعام 2011 (شركة التضامن، شركة التوصية، شركة المحاصة، شركة محدودة المسؤولية، شركة المساهمة المغفلة).

ولعلّ من أبرز الأشكال القانونية المنتشرة في سورية الشركة محدودة المسؤولية نظراً للميزات التي يتمتع بها هذا الشكل، ولكن قد يرغب الشركاء في الشركة محدودة المسؤولية بعد تأسيسها إلى تغيير شكلها القانوني إلى شكل آخر، وذلك لمواجهة المتغيرات التي تحدث في الشركة.

وقد أوجدت التشريعات القانونية حلاً يتسم بالمرونة لتمكين الشركاء من تغيير الشكل القانوني للشركة مع الاحتفاظ بها. وقد نظُم المشرع السوري هذا التغيير في قانون الشركات تحت عنوان تحول الشركات. إلا أن عملية التحول لا تُعدّ عملية سهلة وبسيطة، إذ تثير هذه العملية إشكاليات عدة عند تطبيق أحكامها.

إشكالية البحث:

تتمثل إشكالية البحث الرئيسة في التساؤل الآتي: هل كان المشرع السوري موفقاً في تنظيم عملية تحول الشركة محدودة المسؤولية، ويندرج تحت هذه الإشكالية تساؤلات عدة، وأهمها:

- ما الأشكال التي يمكن تحول الشركة محدودة المسؤولية إليها؟
- هل نظم المشرع السوري إجراءات وشروط تحول الشركات محدودة المسؤولية بشكلٍ كافٍ؟
- ما أثر تحول هذا التحول على الشركة محدودة المسؤولية؟
- ما أثر هذا التحول على أصحاب المصالح في الشركة محدودة المسؤولية؟

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث من الآثار القانونية التي تنشأ عن عملية التحول، فقد تؤثر هذه العملية على المراكز القانونية للشركاء في الشركة، وفي مصالح المتعاملين مع الشركة، الأمر الذي يؤدي أحياناً إلى إضعاف الضمانات القانونية لتلك الفئات مما يفقدهم الثقة في التعامل معها، إضافةً إلى ما قد ينشأ من زيادة مسؤوليات الشركاء، الأمر الذي يدفعهم إلى الاحجام عن المشاركة في هذه المشاريع مما يؤثر سلباً على الاقتصاد الوطني.

هدف البحث:

يهدف هذا البحث إلى بيان الأشكال القانونية التي يُسمح للشركة محدودة المسؤولية بالتحول إليها، وبيان إجراءات هذا التحول وشروطه لتسليط الضوء على الإشكاليات القانونية الناتجة عنها، إضافةً إلى بيان الآثار القانونية الناتجة عن تطبيق أحكام التحول سواءً على الشركة أو الشركاء وأصحاب المصالح الآخرين.

منهج البحث:

اتبع الباحث المنهج الوصفي والتحليلي للإجابة عن إشكالية البحث، إذ عرض الباحث النصوص القانونية التي تنظم عملية التحول وربط هذه النصوص فيما بينها لبيان مواطن الضعف في هذا التنظيم.

مخطط البحث:

المطلب الأول: صور تحول الشركات محدودة المسؤولية

الفرع الأول: تحول الشكل القانوني للشركات محدودة المسؤولية إلى أشكال شركات الأشخاص

الفرع الثاني: تحول الشكل القانوني للشركات محدودة المسؤولية إلى أشكال شركات الأموال

المطلب الثاني: آثار تحول الشكل القانوني للشركات محدودة المسؤولية

الفرع الأول: أثر تحول الشكل القانوني في الشركة محدودة المسؤولية

الفرع الثاني: أثر تحول الشكل القانوني في حقوق أصحاب المصالح

المطلب الأول: صور تحول الشركات محدودة المسؤولية

يعرُف التحول بأنه: " تغيير الشكل القانوني للشركة إلى شكل آخر من الأشكال المعتمدة في القانون، دون اتخاذ إجراءات حل الشركة وتصفيتها".[1] وقد أجاز المشرع السوري تحول الشكل القانوني للشركات محدودة المسؤولية إلى أي شكل تختاره، باستثناء الشكل القانوني لشركات المحاصة. ويمكن تقسيم هذه الصور إلى قسمين، الأول يتمثل بالتحول إلى أشكال شركات الأشخاص (الفرع الأول)، والثاني يتمثل بالتحول إلى أشكال شركات الأموال (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تحول الشكل القانوني للشركات محدودة المسؤولية إلى أشكال شركات الأشخاص

أجاز المشرع السوري للشركات محدودة المسؤولية أن تحول شكلها القانوني إلى أشكال شركات الأشخاص، شركات التضامن وشركات التوصية، في الفقرة /4/ من المادة /214/ من قانون الشركات السوري رقم /29/ لعام 2011، والتي نصت على أنه: " ويجوز للشركة محدودة المسؤولية تحويل شكلها القانوني إلى شركة تضامنية أو توصية".

[1] الهاجري، راشد سعد و القحطاني، حسين مبارك. (2022)، تحول الشركات في القانون الكويتي– دراسة فقهية مقارنة، مجلة قطاع الشريعة والقانون، العدد:13، مصر: القاهرة، ص:1257.

وتأتي هذه الفقرة في معرض تنظيم إجراءات تحول الشكل القانوني للشركات محدودة المسؤولية والمساهمة المغفلة الخاصة إلى شكل شركات مساهمة مغفلة عامة دون بيان أي إجراءات يجب اتخاذها لهذا التحول. وفي الحقيقة تُعدّ هذه الفقرة استثناءً للتحول إلى مثل هذه الأشكال لما يعتري هذا التحول من إشكاليات في التطبيق. ولذلك لم ينظم المشرع السوري هذه الحالة بأحكام وإجراءات صريحة، ومهما يكن، وبناءً عليه تستطيع الشركات محدودة المسؤولية أن تحول شكلها القانوني إلى شكل شركة تضامنية أو توصية.

ولابدّ لنا في هذه الحالة من تطبيق القواعد العامة للشركات على الشركات الراغبة بالتحول، على الرغم من أنها قد تؤدي إلى إشكاليات يصعب حلها. وتأسيساً لما سبق، إذا أرادت شركة محدودة المسؤولية أن تحول شكلها القانوني إلى شكل شركة تضامن تجارية، لابدّ من توفر الأهلية التجارية لدى جميع الشركاء لأنهم سيكتسبون صفة التاجر حكماً بعد استكمال إجراءات التحول.[2]

ويجب أن يصدر قرار التحول من الهيئة العامة للشركة محدودة المسؤولية بأكثرية /75%/ من أصوات الحاضرين في الاجتماع على ألا تقل عن نصف رأسمال الشركة.[3] ولا يخفى على أحد ما في هذا الحكم من إجحاف بحق الشركاء الذين يرفضون قرار التحول، وإنما فُرض عليهم بقرار الأكثرية، إذ أنهم لا يرغبون باكتساب صفة التاجر وتحمل المسؤولية التضامنية. ولذلك كان من الأفضل أن يشترط المشرع إجماع الشركاء في مثل هذه القرارات،[4] أو إعطاء الحق للمعترضين على هذا القرار بالانسحاب من الشركة واسترداد حصصهم، أسوة بالتشريعات المقارنة.[5]

[2] الفقرة /2/ من المادة /29/ من قانون الشركات السوري رقم /29/ لعام 2011.

[3] المادة /74/ من قانون الشركات السوري رقم /29/ لعام 2011.

[4] يشترط المشرع الإماراتي إجماع الشركاء في حال التحول إلى شركة تضامن، أنظر المادة /276/ من

[5] نصت المادة /251/ من قانون الشركات الكويتي رقم /1/ لعام 2016 على أنه: "يجوز للشريك الذي يعترض على قرار تحول الشركة الانسحاب من الشركة واسترداد قيمة حصته أو أسهمه وذلك بطلب يقدم

وقد يكون العبء أخف عند التحول إلى شركات توصية، فيمكن الاتفاق على أن يأخذ الشركاء المعترضين على قرار التحول المركز القانوني للشركاء الموصين في شركة التوصية، وبذلك لا يكتسبوا صفة التاجر. وعلى الرغم من ذلك قد تنتقص من حقوق الشركاء في الشركة محدودة المسؤولية فالمركز القانوني في كلا الشركتين مختلف.

والجدير بالذكر إنّ التحول إلى شكل شركات التوصية يخضع لنفس الإجراءات والشروط السابق ذكرها، مع الإشارة إلى الاختلاف في المراكز القانونية في كلا الشركات. وبما أن الشكل المراد التحول إليه شركة تضامنية أو توصية فلا يلزم تصديق الوزارة على هذا الإجراء، ويكفي تقديم طلب إلى أمين السجل التجاري لشهر الشكل القانوني الجديد.

الفرع الثاني: تحول الشكل القانوني للشركات محدودة المسؤولية إلى أشكال شركات الأموال

يجوز للشركات محدودة المسؤولية التحول إلى أشكال شركات الأموال، شركات الشخص الواحد محدودة المسؤولية وشركات المساهمة المغفلة.

أولاً: تحول الشكل القانوني للشركة محدودة المسؤولية إلى شركة الشخص الواحد محدودة المسؤولية

لم ينظم المشرع السوري في قانون الشركات أحكام شركات الشخص الواحد محدودة المسؤولية، وإنما أشار إلى جواز تأسيس شركة محدودة المسؤولية تتألف من شخص واحد فقط وأحال تنظيم أحكامها إلى اللائحة التنفيذية لشركات الشخص الواحد.[6] وبالعودة إلى اللائحة التنفيذية، نجد

إلى الشركة خلال ستين يوماً من تاريخ القيد. ويتم الوفاء بقيمة الحصص أو الأسهم بحسب قيمتها الفعلية الواردة بتقرير التقويم المنصوص عليه بالمادة السابقة". وفي ذات المضمون أيضا المادة /280/ من قانون الشركات الإماراتي رقم /32/ لعام 2021.

[6] الفقرتين /2-3/ من المادة /55/ من قانون الشركات السوري رقم /29/ لعام 2011.

المادة /15/ قد سمحت لشركة الشخص الواحد أن تحول شكلها القانوني إلى شكل شركة محدودة المسؤولية متعددة الشركاء أو إلى شكل شركة مساهمة مغفلة عامة أو خاصة.[7] إلا أن اللائحة لم تذكر إجراءات هذا التحول، وبالتالي من المفترض تطبيق أحكام تحول الشركات محدودة المسؤولية عليها.

ويثار التساؤل هنا: هل يجوز للشركات محدودة المسؤولية متعددة الأطراف تحويل شكلها القانوني إلى شركات الشخص الواحد محدودة المسؤولية؟

لم ينص المشرع السوري على جواز تحول الشكل القانوني للشركات محدودة المسؤولية إلى شركات الشخص الواحد محدودة المسؤولية كما فعل بالنسبة لبقية الأشكال، وذلك على الرغم من النص صراحةً على جواز تحول الشكل القانوني لشركات الشخص الواحد محدودة المسؤولية إلى شكل شركات محدودة المسؤولية متعددة الأطراف، وهذا ما يدفعنا إلى القول بعدم جواز التحول.

ولكن هذا الأمر لا يتوافق مع توجه المشرع السوري في قانون الشركات، إذ يسعى المشرع إلى تشجيع الاستثمار في الشركات وتسهيل تأسيسها واستمرارها، ولذلك أوجد قواعد التحول التي تساعد على استمرار الشركات في حال حدوث أمور طارئة تستدعي تحويل الشكل القانوني للشركات. ويبدو أن الشكل الأبرز لهذا التوجه يتطابق مع حالة تحول الشركة محدودة المسؤولية إلى شركة الشخص الواحد محدودة المسؤولية، إذ قد يضطر أحد الشركاء أو أكثر من الانسحاب من الشركة في الشركة محدودة المسؤولية، فيكون الحل الأمثل تحول شكل الشركة إلى شركة

[7] ويُلاحظ من اللائحة التنفيذية أنها لم تنص إلى إمكانية تحول شركة الشخص الواحد من التحول إلى شكل شركة الضمان أو التوصية، وهذا ما يثير إشكالية مفادها، هل هذا يعني أنه لا يجوز لشركة الشخص الواحد أن تحول شكلها القانوني إلى شكل شركة تضامن أو توصية أم أن أحكام الشركة محدودة المسؤولية تنطبق عليها، وبالتالي يجوز لها ذلك؟

الشـخص الواحد محدودة المسـؤولية لتشـجيعها على الاسـتمرار في نشـاطاتها مما يحقق غاية المشرع السوري في تشجيع الاستثمار في الشركات واستمرار وجودها.

وخلاصة القول، إنّ إرادة المشرع السوري تتجه إلى السماح للشركات محدودة المسؤولية لتحويل شكلها القانوني إلى شكل شركات الشخص الواحد محدودة المسؤولية، ولكنه غفل عن ذلك في معرض تنظيمه لأحكام تحول الشـركات. وهذا ما يدفعنا إلى حث المشـرع السـوري على تعديل أحكام التحول والنص صراحةً على جواز هذا الشكل من التحول.

ثانياً: تحول الشكل القانوني للشركات محدودة المسؤولية إلى شكل الشركات المساهمة المغفلة

يجوز للشركات محدودة المسؤولية تحويل شكلها القانوني إلى شكل الشركات المساهمة المغفلة سواءً أكانت عامة أم خاصة.

1- تحول الشكل القانوني للشركات محدودة المسؤولية إلى شكل الشركات المساهمة المغفلة العامة:

أجاز المشرع السوري للشركات محدودة المسؤولية أن تحول شكلها القانوني إلى شكل شركات مساهمة مغفلة عامة، ولكنه اشترط مضي ثلاث سنوات على شهر الشركة محدودة المسؤولية السـاعية للتحول.[8] وتبدأ إجراءات التحول بصـدور قرار من الهيئة العامة للشـركة محدودة المسـؤولية وبأغلبية 75% من الحصـص الممثلة في الاجتماع على ألا تقل هذه الأغلبية عن نصف رأس مال الشركة.[9]

[8] المادة /214/ من قانون الشركات السوري رقم /29/ لعام 2011.

[9] الفقرة /1/ من المادة /214/، والمادة /74/ من قانون الشركات السوري رقم /29/ لعام 2011.

ويجب على الشركة الساعية للتحول أن تقدم طلبًا إلى الوزارة للتصديق على النظام الأساسي للشركة المساهمة المغفلة العامة التي تسعى للتحول إليها. كما يجب أن يرفق بهذا الطلب النظام الأساسي للشركة المساهمة المغفلة العامة، وميزانيتها عن ثلاث سنوات سابقة لتاريخ طلب التحول مصدقة من محاسب الشركة، ويُشترط في هذه الميزانية أن تكون الشركة قد حققت الربح خلال السنتين الأخيرتين.[10]

ويبدو أنّ اشتراط تحقيق الربح يشكل السبب الأساسي لتحول الشركة محدودة المسؤولية إلى شكل الشركات المساهمة المغفلة العامة بهدف التوسع في مشروعها، ولذلك كان من الضروري اشتراط المشرع السوري نجاح مشروع الشركة محدودة المسؤولية لكي تستطيع توسعة مشروعها عن طريق التحول. ولذات السبب يبدو اشتراط المشرع السوري أن يكون رأس مال الشركة محدودة المسؤولية الساعية للتحول إلى شكل الشركات المساهمة المغفلة العامة قد دفع بالكامل.[11]

وكما في إجراءات تحول كل الشركات، يجب إعداد تقرير يتضمن تقديرًا لقيمة الشركة وبيان موجوداتها ومطاليبها، ولائحة صادرة عن مدقق الحسابات تتضمن أسماء دائني الشركة محدودة المسؤولية الساعية للتحول ومقدار دين كل منهم وعناوينهم.[12]

وبعد المصادقة على النظام الأساسي للشركة المساهمة المغفلة لابدّ من الحصول على موافقة هيئة الأوراق والأسواق المالية، وذلك من أجل اعتماد الأوراق المالية التي تصدرها الشركة والتي

[10] الفقرة /2/من المادة /214/ من قانون الشركات السوري رقم /29/ لعام 2011.

[11] الفقرة /2/ من المادة /214/ من قانون الشركات السوري رقم /29/ لعام 2011.

[12] الفقرة /2/ من المادة /214/ من قانون الشركات السوري رقم /29/ لعام 2011.

تكون ناتجة عن تحويل الشكل القانوني لها. كما تلتزم الشركة بشهر الشكل الجديد ليكون نافذاً تجاه الغير.[13]

والجدير بالذكر إنّ المشرع السوري لم ينص على ضرورة نشر إعلان عن التحويل، ولم ينص أيضًا على حق الدائنين في طلب إبطال قرار التحويل وفق الإجراءات المعتمدة في تحول شركات التضامن والتوصية.[14] وكان من الأفضل تعديل هذه المادة وإضافة هذه الإجراءات لأنها تحقق ضمانة كبيرة للدائنين.

2- تحول الشكل القانوني للشركة محدودة المسؤولية إلى شكل شركة مساهمة مغفلة خاصة:

أجاز المشرع السوري للشركات محدودة المسؤولية أن تحول شكلها إلى شكل شركات مساهمة مغفلة خاصة.[15] ويخضع هذا التحويل لنفس الإجراءات المفروضة على تحول الشكل القانوني للشركات محدودة المسؤولية إلى شكل الشركات المساهمة المغفلة العامة. إلا أن المشرع السوري لم يشترط مضي ثلاث سنوات على شهر الشركة محدودة المسؤولية للسماح لها بالتحول إلى شكل الشركة المساهمة المغفلة الخاصة كما هو الحال في تحولها إلى شكل الشركة المساهمة المغفلة العامة.

[13] الفقرة/ 6/ من المادة /214/ من قانون الشركات السوري رقم /29/ لعام 2011.

[14] نصت الفقرة /2/ من المادة /213/ من قانون الشركات السوري رقم /29/ لعام 2011 الناظمة لإعلان تحول شركات التضامن والتوصية على أنه: " يحق للدائنين الذين يبلغ مجموع ديونهم ما لا يقل عن 10% من ديون الشركة وفقاً لما هو وارد في تقرير محاسب الشركة إقامة الدعوى أمام المحكمة المختصة في مركز الشركة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان عن التحويل في الصحف لآخر مرة وذلك لإبطال قرار التحويل عندما يكون من شأنه الإضرار بمصالحهم..."

[15] المادة /215/ من قانون الشركات السوري رقم /29/ لعام 2011.

ولم يشترط أيضًا أن يكون رأس مال الشركة محدودة المسؤولية الساعية للتحول قد دفع كاملًا، ولا يشترط أيضًا تحقيق الربح عن آخر سنتين. ويبدو أن المشرع أعفى التحول من هذه الشروط لانتفاء المبرر، فالشروط المفروضة في التحول إلى شكل الشركات المساهمة المغفلة العامة هي شروط تهدف أن تكون مشاريع كبيرة، بخلاف الشركات المساهمة المغفلة الخاصة والتي تعتبر مشاريع أصغر حجمًا في الغالب.

المطلب الثاني: آثار تحول الشكل القانوني للشركات محدودة المسؤولية

يترتب على تحول الشكل القانوني للشركات محدودة المسؤولية آثاراً عديدة، منها ما يتعلق بالشركة ذاتها، ومنها ما يتعلق بأصحاب المصالح من شركاء ومتعاملين مع الشركة.

الفرع الأول: أثر تحول الشكل القانوني في الشركة محدودة المسؤولية

إنّ الغاية الأساسية من تحول الشكل القانوني للشركات يكمن في اكتساب خصائص الشكل الجديد مع الاحتفاظ بالشخصية الاعتبارية للشركة، وبالتالي لا يؤدي التحول إلى انقضاء الشخصية الاعتبارية،[16] ولكن هذا لا يتعارض على ما يترتب على تحول الشكل القانوني للشركة من خضوعها للأحكام القانونية للشكل الجديد للشركة.

أولًا: استمرار الشخصية الاعتبارية للشركة الساعية للتحويل

نصّ المشرع السوري صراحةً في قانون الشركات على استمرار الشخصية الاعتبارية للشركات الساعية للتحويل، إذ نصت المادة /217/ من قانون الشركات على أنه: "لا يترتب على تعديل

[16] عبد الرحمن، سالم أحمد. (2022)، أثر تحول الشركة التجارية على مبدأ استمرار الشخصية المعنوية– دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 7، العدد الأول، الجزائر: الجلفة، ص:189.

الشـكل القانوني للشـركة عندما يجري تحويلها إلى شـكل قانوني جديد أي تغيير في الشـخصـية الاعتبارية، بل تبقى محتفظة بكيانها وشخصيتها الاعتبارية السابقة وتحتفظ بجميع حقوقها وتكون مسـؤولة عن جميع التزاماتها السـابقة، كما أنها تكون مسـؤولة عن جميع التزاماتها اللاحقة التي تقع عليها...".[٣٨]

ويترتب على بقاء الشخصية الاعتبارية للشركة عدة نتائج وأهمها:

1- أهلية الشركة:

تحتفظ الشـركة بعد التحول بالأهلية اللازمة لجميع الأعمال والنشـاطات، وذلك مع مراعاة مبدأ تخصـص الشـخص الاعتباري الذي يفرض على الشـركة الالتزام بالغرض الذي أُنشـأت من أجله الشركة.[17]

2- الذمة المالية للشركة:

لا يترتب على التحول إنشـاء ذمة مالية جديدة للشـركة، إذ تسـتمر الذمة المالية للشـركة لما بعد التحول.[18] وتعد موجودات الشـركة السـاعية للتحول إلى حصـة عينية في رأسـمال الشـركة المراد التحول إليها.[19]

[17] MADI.R & MASN.M.(2023), The Implications of Conversion for the Converted Public Joint Stock Company, Corporate Law & Governance Review, Vol:5,Issue:2,p.117.

[18] KOLLRUSS.T.(2024), The Cross-Border Change of Legal from as an Alternative to Transnational Mergers?-Comparative Study, Liverp00l Law Review,Vol:45, P.395.

[19] الفقرة /3/ من المادة /214/ من قانون الشركات السوري رقم /29/ لعام 2011.

ويترتب على استمرار الذمة المالية للشركة استمرار الحقوق والالتزامات المترتبة على الشركة قبل التحول في ذمة الشركة بشكلها الجديد، إذ تكون الشركة مسؤولة عن الالتزامات السابقة كافة استناداً إلى القواعد التي تحكم مسؤوليتها حين نشوء الالتزام.[20]

3- جنسية الشركة وموطنها:

تحتفظ الشركة بجنسيتها السابقة لعملية التحول وبالموطن السابق،[21] وبالتالي تخضع الشركة لأحكام القانون الذي تأسست عليه من حيث الشكل والحل والتصفية وغيرها من الأحكام.[22]

ثانياً: خضوع الشركة لأحكام الشكل الجديد

إنّ استمرار الشخصية الاعتبارية للشركة في حالة التحول لا ينفي التزام الشركة بالخضوع لأحكام الشكل الجديد في المواضع التي تختلف فيها أحكام الشكل الجديد عن أحكام الشكل السابق. ولعل أبرز الاختلافات المتعلقة بتحول الشركة محدودة المسؤولية يكمن في اسم الشركة وتمثيلها وتحديد رأسمالها.

1- اسم الشركة:

لم يشترط المشرع السوري شكلاً معيناً لاسم الشركة محدودة المسؤولية، وإنما اشترط ادراج عبارة " شركة محدودة المسؤولية" في نهاية الاسم الذي تتخذه هذه الشركة،[23]وبالتالي يمكن أن يكون الاسم مستمداً من اسم شريك أو أكثر أو يمكن أن يكون اسماً مبتكراً.

[20] المادة /217/ من قانون الشركات السوري رقم /29/ لعام 2011.

[21] KOLLRUSS.T.(2024). P: 393.

[22] ناصيف، إلياس. (2011)، موسوعة الشركات التجارية، الجزء الثالث عشر، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان: بيروت، ص:27.

[23] المادة /57/ من قانون الشركات السوري رقم /29/ لعام 2011.

وما يهمنا في هذا المقام، احتفاظ الشركة محدودة المسؤولية الساعية للتحول، من حيث المبدأ، باسمها السابق، وذلك بسبب استمرار الشخصية الاعتبارية للشركة. إلا أنّ هذا المبدأ ليس مطلقاً، إذ يفرض المشرع السوري على بعض أشكال الشركات قواعد محددة لاختيار الاسم، وبناءً عليه إذا أرادت شركة محدودة المسؤولية تحويل شكلها القانوني إلى شكل شركات تضامن أو توصية فإنها تلتزم بإدراج أسماء الشركاء المتضامنين في عنوان الشركة.[24] إذ نصت الفقرة /1/ من المادة /29/ في قانون الشركات على أنه: " يتألف عنوان الشركة من أسماء جميع الشركاء أو عدد منهم مع إضافة كلمة (وشركاؤهم) أو بما هو في معناه...".

أما في حال أرادت شركة محدودة المسؤولية التحول إلى شكل شركة مساهمة مغفلة عامة أو خاصة، فتلتزم بتغيير اسمها إذا كان مستمداً من اسم شخص طبيعي، إذ نصت المادة /88/ من قانون الشركات السوري على أنه: " 1-لا يجوز أن يكون اسم الشركة اسماً لشخص طبيعي إلا إذا كان غرض الشركة استثمار براءة اختراع مسجلة باسم هذا الشخص. 2- يجب أن يتبع اسم الشركة عبارة (شركة مساهمة مغفلة خاصة أو عامة)".

وتأسيساً على ما سبق، تلتزم الشركة محدودة المسؤولية الساعية للتحول بالقواعد المنظمة لاسم الشركة في الشكل الجديد.

2- تمثيل الشركة:

إنّ تحول الشكل القانون للشركة محدودة المسؤولية يؤثر في المركز القانوني لممثلي الشركة، فإذا تحولت الشركة محدودة المسؤولية إلى شكل شركة توصية، وكان المدير السابق شريكاً موصياً

[24] أطلق المشرع السوري على الاسم التجاري للشركات محدودة المسؤولية والشركات المساهمة المغفلة مصطلح " اسم الشركة)، بينما أطلق مصطلح " عنوان الشركة" على الاسم التجاري لشركات التضامن والتوصية.

في الشكل الجديد للشركة، تلتزم الشركة بعزله وتعيين شخصاً آخر، لأن الشريك الموصي محظور من ممارسة أعمال الإدارة.[25] ولا يوجد ما يمنع من استمرار المدير أو المديرين في حال تحولت الشركة محدودة المسؤولية إلى شكل شركة تضامن.

وتلتزم الشركة محدودة المسؤولية الساعية للتحول إلى شركة مساهمة مغفلة بإتباع احكام تشكيل مجلس إدارة الشركة المساهمة المغفلة وفقاً لأحكام الشركة المساهمة المغفلة العامة أو الخاصة.

3- رأسمال الشركة:

يفرض المشرع السوري حداً أدنى لرأسمال كل شكل من أشكال الشركات،[26] فإذا أرادت الشركة محدودة المسؤولية تحويل شكلها القانوني، فإنها تلتزم بالحد الأدنى المطلوب في رأسمال الشكل الجديد للشركة. وتجدر الإشارة إلى إنّ هذه القاعدة تطبق في حال كان الشكل الجديد يتطلب رأسمال أكبر من رأسمال الشركة محدودة المسؤولية.

الفرع الثاني: أثر تحول الشكل القانوني في حقوق أصحاب المصالح

يترتب على تحول الشكل القانوني للشركات محدودة المسؤولية آثاراً على حقوق الشركاء في هذه الشركة، وحقوق المتعاملين مع الشركة من الدائنين والعاملين فيها.

[25] المادة /44/ من قانون الشركات السوري رقم /29/ لعام 2011.

[26] حددت وزارة الاقتصاد (وزارة التجارة الداخلية وحماية المستهلك سابقاً) الحد الأدنى لرأسمال الشركات في القرار رقم /2883/ لعام 2022، إذ اشترطت أن يكون الحد الأدنى لرأسمال شركات التضامن والتوصية خمسة عشر مليون ليرة سورية، وشركات محدودة المسؤولية خمسون مليون ليرة سورية، أما الحد الأدنى لرأسمال الشركات المساهمة المغفلة الخاصة مئة مليون ليرة سورية، بينما يكون مليار ليرة سورية في الشركات المساهمة المغفلة العامة.

أولاً: أثر تحول الشكل القانوني في حقوق الشركاء

إنّ تحول الشـــكل القانوني للشـــركات محدودة المســـؤولية قد يؤدي إلى تغيير المركز القانوني للشريك، إذ يكتسب الشريك صفة الشريك المتضامن في حال التحول إلى شكل شركة التضامن، الأمر الذي يؤدي إلى تحول مسؤوليته من محدودة المسؤولية إلى مسؤولية شخصية وعلى وجه التضـامن مع الشـركة والشـركاء في الشـكل الجديد. ولكن بالمقابل يكون له تقديم حصـة عمل المحظور تقديمها في الشركات محدودة المسؤولية.[27]

ويُثار التساؤل هنا: في حال تحول شركة محدودة المسؤولية إلى شكل شركة التضامن، وكانت ذمتها المالية مشغولة بديون لبعض الأشخاص، هل تكون مسؤولية الشركاء مسؤولية شخصية وعلى وجه التضامن عن هذه الديون؟

نظّم المشرع السوري هذه المسألة بوضوح عندما نص في المادة /217/ على أنه: "... وتكون الشركة الناتجة عن التحول مسؤولة عن جميع الالتزامات السابقة على التحول استناداً للأحكام والقواعد التي تحكم مسؤوليتها حين نشوء الالتزام".

يترتب على هذا النص تطبيق الأحكام التي تحكم المســـؤولية وقت نشـــوء الالتزام، فإذا كانت الشركة محدودة المسؤولية وقت نشوء الدين وتحولت بعد ذلك إلى شركة تضامن لا يسأل الشركاء بصفتهم الشخصية، وإنما تبقى مسؤوليتهم المحدودة. وعليه إذا تم شهر إفلاس شركة التضامن الجديدة بسـبب توقفها عن دفع هذه الديون، فلا يمكن شـهر إفلاس الشـركاء على اعتبار أنهم شركاء متضامنين في الشكل الجديد.[28]

[27] الفقرة /6/ من المادة /56/ من قانون الشركات السوري رقم /29/ لعام 2011.

[28] الحكيم، جاك. (2011)، الشركات التجارية، منشورات جامعة دمشق، سورية: دمشق، ص:246.

وقد يترتب على التحول إلى شكل شركة التوصية تغيير الحقوق الإدارية للشركاء، إذ يفقد الشركاء عند تحول صفتهم إلى شركاء موصين حقوق المشاركة في إدارة الشركة كما هو منصوص في أحكام شركات التوصية.[29]

أما التحول إلى شكل شركات المساهمة المغفلة، فيكون التغيير بصفة الشريك، إذ يتحول إلى مساهم، وبناءً عليه يفقد حق الرجحان،[30] ويكتسب حق الأفضلية في الاكتتاب في الأسهم الجديدة عند زيادة رأسمال الشركة، إضافة إلى اكتسابه الميزات المرتبطة بخاصية الأسهم، كالإدراج في سوق الأوراق المالية وتداولها بالطرق التجارية.

ثانياً: أثر تحول الشكل القانوني في حقوق المتعاملين مع الشركة

يترتب على بقاء الشخصية الاعتبارية للشركة بقاء العقود والتصرفات كافة التي ابرمتها الشركة، نافذةً وسارية بعد تعديل شكلها القانوني، إذ تستمر عقود العمل التي أبرمتها الشركة دون تأثير هذا التحول على حقوقهم.[31]

[29] المادة /44/ من قانون الشركات السوري رقم /29/ لعام 2011.

[30] يُعرف حق الرجحان بأنه: " حق الشركاء في الشركة ذات المسؤولية محدودة في شراء الحصص بالأولوية والأفضلية فيما لو رغب أحد الشركاء التنازل عن حصته أو جزء منها للغير بعوض أو بدون عوض، وفقاً لإجراءات معينة". قطيشات، علي خالد و البرغوثي، آمنة عبد الحي. (2020)، حق الشركاء في استرداد الحصص في الشركة ذات المسؤولية محدودة في قانون الشركات الأردني –دراسة مقارنة، مجلة المنارة جامعة أهل البيت، الأردن: المفرق، ص:3.

[31] الحكيم. (2011)، ص246.

وينطبق الحكم ذاته على الدائنين، فلا يجوز أن يترتب على التحول أي إخلال بحقوق دائنيها،[32] وبالتالي لا يؤدي التحول إلى تجديد هذه الديون، بل تبقى سارية وفق الأحكام والقواعد السابقة للتحول.[33]

وهذا ما يفسر عدم نص المشرع السوري على حق الدائنين في الاعتراض على قرار التحويل إذا كان من شأنه الإضرار بديونهم المنصوص عليها عند تحول شركات التضامن والتوصية إلى الأشكال الأخرى من الشركات.[34] إذ يبدو أن المشرع السوري افترض عدم تأثر حقوق الدائنين في عملية التحول، إذا تبقى هذه الديون خاضعة للأحكام ذاتها وقت نشوء الالتزام. وعلى الرغم من وجاهة هذا الموقف، إلا أن هناك جانب من الفقه يدعو إلى السماح للدائنين الذين نشأت ديونهم قبل إجراءات التحول أن يطلب من المحكمة تقديم ضمانات لهم في مواجهة الشركة المتحول إليها في حال وجود أسباب جدية تبرر ذلك.[35]

[32] طه، مصطفى كمال. (1982)، القانون التجاري، منشأة المعارف، مصر: الإسكندرية، ص408.

[33] المادة /217/ من قانون الشركات السوري رقم /29/ لعام 2011.

[34] نصت الفقرة /2/ من المادة /213/ من قانون الشركات السوري رقم /29/ لعام 2011 الناظمة لاعلان تحول شركات التضامن والتوصية على أنه: " يحق للدائنين الذين يبلغ مجموع ديونهم ما لا يقل عن 10% من ديون الشركة وفقاً لما هو وارد في تقرير محاسب الشركة إقامة الدعوى أمام المحكمة المختصة في مركز الشركة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان عن التحويل في الصحف لآخر مرة وذلك لإبطال قرار التحويل عندما يكون من شأنه الإضرار بمصالحهم..."

[35] القليوبي، سميحة. (2011)، الشركات التجارية، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، مصر: القاهرة، ص:544.

خاتمة:

يُعدّ التحول من الأساليب المرنة التي تسهل عملية تعديل الشكل القانوني للشركات مع الاحتفاظ بشخصيتها الاعتبارية. وقد أولى المشرع السوري أهمية لهذه العملية عندما أفرد لها قواعد وأحكام خاصة، لا سيما تحول الشركات محدودة المسؤولية، إلا أن هذا التنظيم يعتريه بعض الإشكاليات، وبناء عليه يمكن ابراز النتائج التي توصلنا إليها فيما يلي:

- لم ينظم المشرع السوري إجراءات تحول الشركة محدودة المسؤولية إلى شكل شركة تضامن أو توصية، الأمر الذي يثير مشكلات عند التحول تؤثر في حقوق أصحاب المصالح في الشركة.
- لم ينص المشرع السوري على إمكانية تحول الشركة محدودة المسؤولية متعددة الأطراف إلى شركة الشخص الواحد محدودة المسؤولية، ذلك على الرغم من أولوية تنظيم هذه المسألة التي تعالج قدر كبير من الشركات القائمة وتحول دون انحلالها وتصفيتها.
- وفّق المشرع السوري في تنظيم حقوق الشركاء والدائنين في المادة /217/ التي أسندت مسؤولية إلى أحكام المسؤولية حين نشوء الالتزام.
- لم يوفّق المشرع السوري في حماية الشركاء الذي يرفضون قرار التحول بسبب تغيير مركزهم القانوني وزيادة المسؤوليات الملقاة على عاتقهم.

وبناء على هذه النتائج نقترح ما يلي:

- تنظيم عملية تحول الشركة محدودة المسؤولية إلى شكل شركة تضامن وتوصية بقواعد واضحة لما ينتج عن هذه العملية من آثار تمس حقوق أصحاب المصالح في الشركة.
- النص صراحة على إمكانية تحول الشركة محدودة المسؤولية متعددة الأطراف إلى شركة الشخص الواحد محدودة المسؤولية، وتنظيم أحكامها بشكلٍ كافٍ، لما يحقق هذا التحول من ضمان استمرار نشاطات الشركات القائمة وتفادي حلها.

- منح الشـريك الذي يرفض قرار التحول حق الخروج من الشـركة واسـتعادة قيمة حصـته بسعرٍ عادل.

قائمة المراجع:

أولاً: باللغة العربية

- الحكيم، جاك. (2011)، الشركات التجارية، منشورات جامعة دمشق، سورية: دمشق.
- طه، مصطفى كمال. (1982)، القانون التجاري، منشأة المعارف، مصر: الإسكندرية.
- عبد الرحمن، سالم أحمد. (2022)، أثر تحول الشركة التجارية على مبدأ استمرار الشخصية المعنوية– دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 7، العدد الأول، الجزائر: الجلفة.
- قطيشـات، علي خالد و البرغوثي، آمنة عبد الحي. (2020)، حق الشـركاء في اسـترداد الحصـص في الشركة ذات المسؤولية محدودة في قانون الشركات الأردني –دراسـة مقارنة، مجلة المنارة جامعة أهل البيت، الأردن: المفرق.
- القليوبي، سـميحة. (2011)، الشـركات التجارية، الطبعة الخامسـة، دار النهضـة العربية، مصر: القاهرة.
- ناصـيف، إلياس. (2011)، موسـوعة الشـركات التجارية، الجزء الثالث عشـر، منشـورات الحلبي الحقوقية، لبنان: بيروت.
- الهاجري، راشـد سـعد و القحطاني، حسـين مبارك. (2022)، تحول الشـركات في القانون الكويتي– دراسة فقهية مقارنة، مجلة قطاع الشريعة والقانون، العدد:13، مصر: القاهرة.

ثانياً: باللغة الإنجليزية

- MADI.R & MASN.M.(2023), The Implications of Conversion for the Converted Public Joint Stock Company, Corporate Law & Governance Review, Vol:5,Issue:2.
- KOLLRUSS.T.(2024), The Cross-Border Change of Legal from as an Alternative to Transnational Mergers?-Comparative Study, Liverp00l Law Review,Vol:45.

الطبيعة القانونية لعقد المتاجرة بالهامش

الدكتور مرهف محمد كله – دكتوراه بالقانون التجاري.

إن عقد المتاجرة بالهامش هو عبارة عن اتفاق يتم بين شركة وساطة وعميل يرغب باستثمار أمواله عن طريق الحصـــول على رافعة مالية لزيادة أرباحه، ولكن هذا العقد وإن كان يتم في الســـوق المالية إلا أنه يختلف عن باقي العقود ســـواء من حيث شـــروطه أو من حيث طبيعته القانونية.

حيث أنه وإن كان يهدف إلى الاســـتثمار وتحقيق الربح إلا أنه ليس عقد اســـتثمار عادي وإنما يتضمن بيع وشراء ورهن وقرض في أن واحد، فهو عقد يتم بالاتفاق، حيث تقوم الشركة الوسيطة بعملية الإقراض في مقابل الحصول على الفوائد والأرباح والعمولات، ويقوم العميل بالشراء والبيع للأوراق المالية عن طريق الاقتراض من الشـركة بغرض زيادة أرباحه والحصـول على رأسـمال أكبر لشراء وبيع أكبر عدد ممكن من الأوراق المالية التي يرغب بالاستثمار بها.

إلا أن هذا العقد وإن كان يزيد من حجم اســـتثمارات العميل وزيادة نســـبة أرباحه، إلا أنه نتيجة لخصـوصـية هذا العقد قد يؤدي بالمقابل إلى خسـارة العميل رأسـماله إضـافة إلى تحمل تكاليف إضافية من فوائد القرض وعمولات الشركة الوسيطة. الأمر الذي يستدعي البحث في هذه خصـــوصـــية من خلال البحث في الطبيعة القانونية لعقد المتاجرة بالهامش وصـــولاً إلى القواعد الناظمة لهذا العقد.

الكلمات المفتاحية:

الهامش- القرض- البيع- الرهن- شركة الوساطة المالية- الاستثمار.

Abstract :

The margin trading contract is an agreement between a brokerage company and a client who wants to invest his money by obtaining a financial leverage to increase his profits ، but this contract، although it is ، is different from the rest of the contracts، done in the financial market whether in terms of its terms or in terms of its legal nature.

Whereas ، although it aims to invest and make a profit، it is not an ordinary investment contract ، selling، but rather includes buying، mortgaging and a loan at the same time. For securities by borrowing from the company for the purpose of increasing his profits and obtaining greater capital to buy and sell the largest possible number of securities he wishes to invest in.

However . ، although it increases the volume of the ، this contract، but as a ، client's investments and increases the percentage of his profits ، it may in turn lead to the client losing ، result of the privacy of this contract his capital in addition to bearing additional costs from the interest of the loan and the commissions of the intermediary company. Which calls for

research into this particularity by researching the legal nature of the margin trading contract in order to reach the rules governing this contract.

Key words:

Margin- loan- sale- mortgage- brokerage company- investment.

مقدمة:

تعد المتاجرة بالهامش معاملة معاصرة، تهدف إلى تحريك السيولة النقدية للشركة الوسيطة مما يؤدي إلى تنميتها، وذلك عن طريق تشجيع المستثمرين الراغبين بالاستثمار ولا يملكون رأسمال كافي لقيمة معاملاتهم، وإقراضهم جزء من هذه القيمة مع وضع شروط دقيقة تؤمن هذه القروض بحيث لا يصيب الشركة نقص أو خسارة من هذه العملية.

وقد انتشرت تجارة الهامش بين الناس في الأسواق المالية من خلال رغبتهم في جني أرباح سريعة، إضافة إلى التسهيلات التي يحصل عليها المستثمر عن طريق القروض التي تمنح لهم بما يفوق قدراتهم المالية بكثير، الأمر الذي دفع المستثمرين نحو تجارة الهامش في الأسواق المالية رغبة في أرباحها السريعة.

وتختلف العقود التي تعتمد على الهامش، فبعضـــها يتم عن طريق الإقراض حيث لا يكون لدى العميل سـوى رد ما اقترضــه دون تملك أي أوراق مالية أو أسـهم، وهو ما يجري التعامل به في الأسواق المالية الكبيرة من حيث انه يتطلب رؤوس أموال ضخمة كما أن مخاطره تكون أكبر في حال حصول مضاربات في الأسواق المالية، وبعضها يتم عن طريق شراء وتملك أوراق مالية وأسهم مع رهنها لضمان القرض الممول من الشركة، ويتم من خلال إبرام اتفاق التداول بالهامش مع الشركة الوسيطة.

والجديد في هذا العقد هو حصـول العميل المسـتثمر على حد ائتماني من الشـركة الوسـيطة يمكنه من المتاجرة بالأوراق المالية بأضــعاف ما يملكه من رأســمال، الأمر الذي يعني حصــوله على ربح كثير من رأس مال قليل، فإذا ربح تضـاعف ربحه وكذلك في حال الخسـارة فإنه يخسـر ما دفعه.

وإن كان اتفاق التداول بالهامش يتضـمن شـراء ورهن وقرض ألا أنه يخضـع لأحكام خاصـة تحدد الآثار التي تترتب عنه، وبالتالي فهو عقد ذو طبيعة خاصـــة حيث وإن كانت يعود بالنفع على الوسيط والعميل إلا انه قد يسبب خسارتهما كما في حال نقص هامش الصيانة وعدم تكملته وكذلك وقف أو إلغاء أوراق مالية من التداول وغيرها، الأمر الذي يســتدعي ضــرورة البحث في الطبيعة القانونية لهذا العقد ســـواء أكان عقد بيع وشـــراء أو عقد قرض أو رهن وبيان الأحكام القانونية الخاصة به.

أهمية البحث:

حيث أن عقد المتاجرة بالهامش هو عبارة عن معاملة تتضمن تمويلاً طرفاه الممول (الشركة) والعميل، ومتاجرة محلها غالباً الأوراق المالية والأسهم والسندات، وكذلك رهن طرفاه الراهن الشركة والمرهون العميل، إضافة إلى السمسرة والوساطة وهي الشركة الوسيطة التي تكون وسيطاً في العقد. الأمر الذي يقتضي تحديد طبيعة هذا العقد وتحليله والوقوف على القوانين المنظمة للمتاجرة بالهامش للوصول إلى أفضل القواعد القانونية التي يمكن أن تنظم علاقة العميل مع الشركة المرخصة للتمويل بالهامش سواء من حيث القرض أو البيع أو الرهن، وهو ما سنتناوله في هذا البحث.

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى تحليل وبيان ماهية عقد المتاجرة بالهامش من خلال الوقوف على تعريفه وتحديد خصائصه، بالإضافة إلى تحليل القواعد القانونية الناظمة لعقد المتاجرة بالهامش للوصول إلى التكييف القانوني الصحيح للعقد، كصيغة استثمارية وعقد يتم في الأسواق المالية، للوصول إلى أفضل القواعد القانونية التي يمكن تطبيقها عليه.

إشكالية البحث:

إن عقد المتاجرة بالهامش بالرغم من الخصوصية والأحكام الخاصة التي تحكمه فهو عقد تتوافر فيه خصائص سائر العقود التي تتم في البورصة سواء من حيث كونه يعتمد على شخص

العميل المتعاقد أو من حيث كونه يهدف إلى تحقيق منفعة لطرفيه، إضـــافة إلى أنه يضـــفي التزامات متبادلة على الطرفين بمجرد توقيع العقد.

الأمر الذي يثير إشكالات عدة منها :

1- هل يعتبر عقد المتاجرة بالهامش عقد قرض ينبثق منه عقد قرض آخر أو عقد رهن؟

2- هل يعتبر عقد بيع أوراق مالية يتضمن عقد أخر إما إقراض أو بيع أو رهن؟

3- أم أن عقد المتاجرة بالهامش هو عقد تداول يتضـمن شـروط خاصـة يختلف عن عقد التداول الذي يتم في الأسواق المالية.

حيث تهدف هذه الدراسة إلى بيان مفهوم هذا العقد وخصائصه إضافة إلى تحديد طبيعته، ســـواء من الناحية الفقهية، أو من الناحية القانونية، وذلك من خلال الوقوف على الأحكام والقوانين الناظمة له، وهو ما سنتناوله في هذا البحث.

منهج البحث:

اتبع في هذا البحث المنهج التحليلي المقارن، من خلال جمع وتحليل المعلومات والآراء المختلفة و المقارنة بينها، إضـافة إلى تحليل القواعد القانونية المختلفة والأحكام المتعلقة بالتداول والاستثمار في الأسواق المالية للوصول إلى الهدف الرئيس للبحث؛ وهو تحديد الطبيعة القانونية لعقد المتاجرة بالهامش.

خطة البحث:

المبحث الأول: مفهوم عقد المتاجرة بالهامش

المطلب الأول: تعريف عقد المتاجرة بالهامش

المطلب الثاني: خصائص عقد المتاجرة بالهامش

المبحث الثاني: التكييف القانوني لعقد المتاجرة بالهامش

المطلب الأول: العلاقة بين العميل والشركة عقد قرض

المطلب الثاني: العلاقة بين العميل والشركة عقد بيع

المبحث الأول: مفهوم عقد المتاجرة بالهامش

يبرم عقد المتاجرة بالهامش بين شركة خدمات ووساطة مرخصة بالتمويل بالهامش، وعميل مستثمر يرغب في استثمار أمواله في أحد الأسواق المالية، حيث يتم الاتفاق على آلية التداول والهامش الأولي والحد الائتماني المتمثل في هامش الصيانة، وغيرها من الأمور التي تحدد آلية

التداول والتزامات أطراف هذا العقد، الأمر الذي يقتضـــي ضـــرورة بيان المقصـــود بهذا العقد والخصائص المميزة له.

وســـنتناول في هذا المبحث التعريف بعقد المتاجرة بالهامش ســـواء من الناحية الفقهية أو القانونية، وبيان خصـــائصـــه كعقد يتم في الأســـواق المالية بهدف التداول والاســـتثمار بالأوراق المالية في الأسواق والبورصات المالية.

المطلب الأول: تعريف عقد المتاجرة بالهامش:

ســـنتناول في هذا المطلب البحث في تعريف المتاجرة بالهامش في الفرع الأول ثم التعريف بالهامش في الفرع الثاني:

الفرع الأول: المتاجرة بالهامش:

إن عقد المتاجرة بالهامش هو أحد العقود التي يتمكن بها المستثمر من استثمار أمواله بقدر أكبر من رأسماله، وذلك بدفع جزء من هذا المال واقتراض الجزء الآخر، وللوقوف على المقصود بالمتاجرة بالهامش لابد من تحديد المقصـــود بكل من الهامش المبدئي وكذلك هامش الصـــيانة إضـــافة إلى تحديد التزامات وحقوق الطرفين في العقد، ذلك أن عقد المتاجرة بالهامش يهدف إلى اســتثمار الأموال، الأمر الذي يقتضـــي الربح و الخســـارة، لذلك لابد من إحاطة المســـتثمر علماً بمخاطر هذا العقد وسلبياته من قبل السمسار أو شركة الوساطة.

و**المتاجرة** هي التصرف في رأس المال بشراء السلع والخدمات ثم محاولة بيعها بثمن أعلى بقصـــد الأرباح وهي أخص من البيع الذي هو مبادلة مال بمال تملكاً وتمليكاً، أو مبادلة المال بالمال بالتراضـي، سـواء أكان بقصـد تحقيق الربح أم بقصـد الحصـول على النقود دون تحقيق أرباح أو بخسارة كما في بيع التولية، وبيع الوضيعة [1].

أما **الهامش** هو المبلغ النقدي الذي يملكه المسـتثمر ويقرر اسـتثماره كجزء من كامل مبلغ يرغب في اسـتثماره حيث سـيقوم باقتراض باقي المبلغ الذي يحتاجه من المؤسـسـات التمويلية أو البنوك[2].

وقد عُرف **عقد المتاجرة بالهامش** بعدة تعاريف نذكر منها: ((أن يســـدد العميل جزءاً من الثمن ثم يقترض الباقي من سـمسـاره بفائدة محدودة على أن ترهن الأوراق المالية المشـتراة عند السمسار كضمان للقرض)) [3].

[1] أ.د. محمد عثمان شبير، المتاجرة بالهامش والأحكام المتعلقة بها في الفقه الإسلامي، (بحث مقدم للدورة الثامنة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، 2005)، ص12.
[2] طاهر حيدر حردان، مبادئ الاستثمار، دار المستقبل، عمان، الأردن، ط1، 1997، ص49.
[3] الدكتور عطية فياض، سوق الأوراق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، (دار النشر للجامعات، القاهرة،1418 هـ)، ص 312.

وعُرف أيضـاً بأنه: ((قيام الوسـيط المالي بتمويل جزء من قيمة الأوراق المالية في حسـاب التمويل على الهامش بضمانة الأوراق المالية في ذلك الحساب)) [4].

أما هيئة الأوراق المالية والبورصـات الأمريكية فقد عرفت المتاجرة بالهامش بأنها: ((اقتراض الأموال من سمسار لشراء أسهم وجعلها رهناً للسمسار ويستخدم المستثمر الهامش لزيادة قدرته الشرائية مما يمكنه من امتلاك أسهم أكثر دون دفع كامل ثمنها)) [5].

كما عرفها سوق لندن للأوراق المالية بأنها: ((حساب مفتوح لدى السمسار يمكن العميل من شراء الأوراق المالية بالدين بعد إيداع العميل لجزء من ثمنها نقداً))[6] .

أما مجلس إدارة هيئة الأوراق المالية والسـلع الإماراتي فقد عرف التداول بالهامش بأنه: ((تمويل شركة الوساطة لنسبة من القيمة السوقية للأوراق المالية الممولة بالهامش، وذلك بضمان الأوراق المالية الموجودة في حسـاب التداول بالهامش أو أي ضـمانات أخرى في الحالات الواردة حصراً في هذا النظام))[7].

---

[4] المادة 3 من تعليمات التمويل على الهامش الصادرة من مجلس مفوضي هيئة الأوراق المالية بالأردن .

[5]Margin : Borrowing money to pay for stock ، SEC <<The U.S securities and exchange commission>> www.sec.gov

[6]London stock exchange glossary ، www.londonstockexchange.com/global/glossary /m.htm .

[7] قرار مجلس إدارة الهيئة رقم 25 لسنة 2008 المتضمن تعليمات التداول بالهامش ، الإمارات ، المادة 1 .

كما عرفته تعليمات التمويل على الهامش في الأردن في المادة (3): قيام الوسيط المالي بتمويل جزء من قيمة الأوراق المالية في حساب التمويل على الهامش بضمانة الأوراق المالية في ذلك الحساب.

كما عُرف بموجب القرار رقم 192 لعام 2005 الصادر عن وزارة الاستثمار المصرية : ((العمليات التي تتم بموجب اتفاق ثلاثي بين أحد أمناء الحفظ وشركة أو أكثر من شركات السمسرة وأحد العملاء ، موضوعه توفير التمويل اللازم لسداد جزء من ثمن الأوراق المالية المشتراة لحساب هذا العميل)) [8] .

ومن خلال التعاريف السابقة يمكن التوصل لتعريف لعقد المتاجرة بالهامش بأنه: ((عقد بموجبه يدفع المشتري أو المستثمر جزءاً من المال، ويقترض الجزء الآخر من شركة وساطة مرخصة للتداول بالهامش، وذلك مقابل فائدة شهرية أو يومية على المستثمر لشراء كمية أكبر من الأوراق المالية، مع رهن هذه الأوراق المالية المشتراة لصالح الشركة كضمان للمبلغ المقترض .))

الفرع الثاني: الهامش:

[8] قرار رقم 192 لعام 2005 الصادرة بقرار وزير الإقتصاد والتجارة الخارجية رقم ١٣٥ لسنة ١٩٩٣ ، الباب التاسع ، الفصل الأول ، المادة 289 ، مصر .

أما الهامش فيقصـد به كل من الهامش المبدئي وهامش الصـيانة، إذ يقرر البنك المركزي مقدار الهامش في السوق المالية والحاضرة، أما الحد الأدنى للهامش في سوق العقود فإنه يتقرر بواسطة هيئة الأوراق المالية أو إدارة السوق[9].

والهامش المبدئي: هو الحد الأدنى الذي يدفعه المسـتثمر من ماله الخاص قبل تنفيذ الصفقة، وتختلف نسبته باختلاف القواعد والأنظمة الحاكمة للتعامل في مختلف الأسواق المالية، إلا أنه يمكن لشـركات الوسـاطة أن تحدد نسـبة أعلى من النسـبة المقررة من البنوك المركزية وهيئات الأسواق المالية، كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية[10] .

وقد عرفت تعليمات التداول بالهامش في الإمارات الهامش المبدئي بأنه: ((ما يودعه العميل لدى الوسيط لحساب التداول بالهامش من المبالغ المالية المراد تداولها بالهامش قبل تنفيذ أمر الشراء)) [11] .

[9] د. منير إبراهيم هندي – الأوراق المالية ، و أسواق رأس المال ، (توزيع منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، 2006)، ص616 .
[10] د منير إبراهيم الهندي .مرجع سابق . ص137 .
[11] المادة 1 من قرار مجلس إدارة الهيئة رقم 25 لسنة 2008 المتضمن تعليمات التداول بالهامش الأمارات.

كما عرفته قواعد التداول بالهامش في قطر بأنه: ((المبلغ الذي يودعه العميل لدى شـــركة الخدمات المالية في حســاب التداول بالهامش، وفق النســب المقررة باتفاقية التداول بالهامش من القيمة السوقية للأوراق المالية المراد تداولها بالهامش قبل الشراء)) [12].

أما هامش الصـــيانة أو الوقاية فهو: ((الحد الأدنى من حق الملكية الذي يشـــترط ألا يقل عنه حق الملكية للمستثمر. ويقصد بحق الملكية الفرق بين القيمة السوقية لمحل الصفقة ومبلغ التمويل))[13].

فالمستثمر بعد أن يحصل على التمويل ويشتري به أوراقاً مالية أو نقدية، فإن القيمة السوقية لما اشـــترى يجب أن تكون دائماً أكبر من مبلغ التمويل. والفرق بينهما هو هامش الوقاية، فالمقصود بهذا الهامش هو المحافظة على الهامش المبدئي[14] .

وقد عرفت تعليمات التمويل بالهامش الصـــادرة عن هيئة الأوراق المالية في الأردن هامش الصـــيانة بأنه: ((الحد الأدنى لمســـاهمة العميل في القيمة الســـوقية للأوراق المالية في

[12] المادة (1) من قواعد التداول بالهامش الصادرة عن هيئة قطر للأسواق المالية.
[13] د حمزة حسين الشريف، الأحكام الشرعية لتجارة الهامش، (بحث مقدم للدورة الثامنة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالمي الإسلامي ، مكة المكرمة ، السعودية). ص 7 .
[14] د محمد علي القري، تجارة الهامش،(بحث مقدم للدورة الثامنة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالمي الإسلامي، مكة المكرمة، السعودية). ص 6 .

حســـاب لتمويل على الهامش في أي وقت بعد تاريخ الشـــراء)) [15]. وكذلك الأمر بالنســـبة لتعليمات التداول بالهامش في الأمارات وقواعد التداول بالهامش في قطر.

وعقد المتاجرة بالهامش يتم بفتح المســتثمر حســاب لدى شـركة الوســاطة لأغراض التمويل بالهامش، حيث يقوم المستثمر بدفع جزء من قيمة الأوراق المالية المراد شراؤها ويتم الاتفاق على التمويل ورهن الأوراق المالية لضمان التمويل بين الطرفين.

وقد ألزمت قواعد التداول بالهامش في قطر بأن تتضـــمن الاتفاقية: أن الأوراق المالية و الرصـيد النقدي للعميل في حسـاب التداول بالهامش والضـمانات الأخرى إن وجدت تعد ضـماناً للوفاء بالمبالغ المســتحقة للشــركة في حســاب التداول بالهامش[16]. وكذلك قواعد التمويل على الهامش في الأردن في المادة (11/ب): إن الأوراق المالية في حســـاب التمويل على الهامش تعتبر ضمانًا للتمويل على الهامش.

حيث ترهن الأوراق المالية لدى الشــركة كضــمان للقرض (التمويل) حيث يقوم هذا الأخير غالباً بالاقتراض بضمانها من البنك، ولكن بسعر فائدة لأقل[17].

[15] المادة (2) من تعليمات التمويل على الهامش لسنة 2018 . عمان ، الأردن .
[16] المادة (2/6، ب) من قواعد التداول بالهامش، قطر.
[17] أ. د. سمير الرضوان، أسواق الأوراق المالية و دورها في التنمية الاقتصادية، (المعهد العالي للفكر الإسلامي، القاهرة) ص 328 .

كما نصـت تعليمات التداول بالهامش في الامارات بأنه: يجب أن تتضـمن الاتفاقية موافقة العميل الصريحة على رهن الأوراق المالية الممولة بالهامش لصالح شركة الوساطة ضماناً للوفاء بالمبالغ المستحقة لها في حساب التداول بالهامش[18].

وبالرجوع إلى القوانين والتعليمات والأنظمة الصـادرة عن هيئة الأوراق والأسـواق المالية السـورية نجد أنه لم تتضـمن أي تعريف للمتاجرة بالهامش، ولم يتم السـماح بالتداول في سـوق دمشق في ظل غياب أي قواعد قانونية تحمي المستثمرين من مخاطر هذا النوع من التداول.

وعليه فإن عقد المتاجرة بالهامش هو عبارة عن شـراء أوراق مالية مع اقتراض من الوسـيط بضـمان هذه الأوراق المالية المشـتراة، حيث يتم إبرام عقد لغرض التداول في السـوق المالية بيعاً وشـراءً عن طريق تسـديد مبلغ محدد في العقد هو الهامش المبدئي وتحديد مبلغ يكون أكبر من المبلغ المقترض هو الهامش الصيانة ليغطي قيمة القرض الممنوح من الوسيط في حال حصـول خسـارة. ويتم تحديد التزامات وحقوق المسـتثمر والشـركة من حيث نسـبة الهامش والتمويل والعمولات والضمانات وفق بنود الاتفاقية التي تبرم فيما بينهم.

المطلب الثاني: خصائص عقد المتاجرة بالهامش:

[18] المادة 9 من تعليمات التداول بالهامش ، الامارات.

يتم عقد المتاجرة بالهامش بالاتفاق بين الطرفين على بنود العقد المبرم بينهما وتبادل الإيجاب و القبول، ويتسم بخصائص متعددة أهمها:

الفرع الأول: عقد رضائي:

يعتبر عقد التمويل بالهامش من العقود الرضائية إذ يكفي لانعقاده تراضي المتعاقدين وتوقيعهما على اتفاقية التداول بالهامش، أي اقتران الإيجاب والقبول، وهو ما نصت عليه تعليمات التداول بالهامش في الإمارات والتي أوجبت أن تتضمن اتفاقية التداول بالهامش موافقة العميل الصريحة على رهن الأوراق المالية الممولة بالهامش إضافة إلى منح الشركة حق بيع نسبة من هذه الأوراق في حال انخفاض الهامش الأولي عن هامش الصيانة، وكذلك قبول الشركة منح العميل حق التصرف بالأوراق المالية الممولة بالهامش طوال مدة الاتفاقية وذلك وفقاً للقواعد و الإجراءات المتبعة[19].

كما تضمنت تعليمات التمويل على الهامش في الأردن أن تتضمن اتفاقية التمويل على الهامش على تعريف التمويل على الهامش والمخاطر التي قد يتعرض لها العميل جراء تعامله بذلك، وحق الوسيط المالي ببيع جزء من الأوراق المالية الممولة على الهامش في حال انخفاض

[19] المادة 9 تعليمات التداول بالهامش ، الامارات .

نسبة هامش الصيانة عن الحد المسموح به وعدم قيام العميل بتغطية النقص في هامش الصيانة [20].

كما نصـــت قواعد التداول بالهامش في قطر على أنه: ((لا يجوز التداول بالهامش بين شـــركة الخدمات المالية و عميلها قبل توقيع اتفاقية التداول بالهامش))[21]. حيث يعتبر نموذج الاتفاقية بمثابة إيجاب من قبل الشـــركة ويعتبر موافقة وتوقيع العميل المســـتثمر بمثابة القبول، وبالتالي تلاقي إرادتين بالإيجاب والقبول.

وبالتالي فهو عقد يتم بين الطرفين من خلال تلاقي أرادتهما حيث يتم الاتفاق على بنوده المتضـــمنة حقوق والتزامات كل من الطرفين ومن ثم التوقيع على العقد برضـــائهما من خلال اتفاقهما وتوقعهما على اتفاقية التمويل على الهامش.

الفرع الثاني: عقد ملزم لجانبين:

يعد عقد التمويل بالهامش عقداً ملزماً لكل من طرفيه، ذلك أنه ينشـــئ التزامات متقابلة لكل من الوسيط والعميل، بحيث يعتبر كل منها دائن للآخر ومدين له في نفس الوقت، فيلتزم الوسيط بتنفيذ أوامر العميل بالإقراض وبالبيع و الشـــراء للأوراق المالية، و يلتزم العميل بتكملة الهامش ودفع العمولة والفوائد وفقاً للاتفاقية المبرمة بينهما.

[20] المادة(11/ا) من تعليمات التمويل على الهامش في الإردن.
[21] المادة (1/6) من قواعد التداول بالهامش ، قطر .

حيث حددت التعليمات والقواعد المتعلقة بالتداول بالهامش التزامات الشـــركة من حيث فتح حساب للعميل، إضافة إلى تسجيل الأوراق المالية باسمه وتزويده بكشف حساب شهري، إضافة إلى مراجعة حسابه في نهاية كل يوم عمل وغيرها من الالتزامات[22].

وبالتالي فإنه بمجرد توقيع العقد تنشـأ التزامات متقابلة للطرفين سـواءً بالنسـبة للشـركة من حيث فتح الحساب ومتابعته وتنفيذ أوامر العميل، وكذلك بالنسبة للعميل من حيث تكملة الهامش والمبلغ الممول وتنفيذ بنود العقد.

الفرع الثالث: عقد معاوضة:

إن عقد التمويل بالهامش يعتبر من عقود المعاوضـة ذلك أن كل من المتعاقدين يأخذ مقابلاً لما أعطاه، فيلتزم العميل تجاه الشـركة الوسـيطة بدفع العمولة بالإضـافة إلى الفوائد، مقابل قيام الشـــركة بعملية الإقراض وفتح الحســـاب وبيع وشـــراء الأوراق المالية ليتمكن العميل من زيادة استثماره، حيث يكون المقابل بالنسبة للشركة للقيام بالتزاماتها تجاه العميل المستثمر هو قيام هذا الأخير بدفع العمولة والفوائد المتفق عليها في العقد للشركة الوسيطة.

[22] المواد (11/د،ز-12) من تعليمات التمويل على الهامش في الأردن، والمواد (8-7-6) من تعليمات التداول بالهامش في الأمارات. والمادتان (10-9) من قواعد التداول بالهامش في قطر.

و قد أوجبت تعليمات التداول بالهامش أن تتضمن الاتفاقية نصاً يحدد مقدار المصاريف التي ستتقاضاها شركة الخدمات المالية من عميلها[23]، وكذلك تحديد قيمة العمولات والمصاريف والتكاليف المترتبة على العميل مقابل هذه الخدمة[24].

إضافة إلى حق العميل في قبض الأرباح والفوائد عند استحقاقها من الأوراق المالية الموجودة في حسابه[25]. وكذلك قبول شركة الوساطة منح العميل المستثمر حق التصرف في الأوراق المالية الممولة بالهامش طوال سريان مدة الاتفاقية[26].

وبالتالي فإن عقد المتاجرة بالهامش غالباً ما يهدف بالنسبة للعميل المستثمر إلى تحقيق الربح وزيادة الاستثمار، وبالنسبة للشركة الوسيطة إلى الحصول على العمولات إضافة إلى الفوائد عن المبلغ الذي تم إقراضه إلى العميل للقيام بعملية التداول بالهامش.

الفرع الرابع: عقد تجاري:

[23] المادة (2/6، د) من قواعد التداول بالهامش ، قطر .
[24] المادة (11/د) من تعليمات التمويل على الهامش في الأردن، والمادة (3/ أولاً ، ج) من تعليمات التداول بالهامش الأمارات.
[25] المادة (11/ج) من تعليمات التمويل على الهامش في الأردن، والمادة (2/6 ، ج) من قواعد التداول بالهامش قطر.
[26] المادة (3/9) من تعليمات التداول بالهامش ، الأمارات.

وذلك أن شـــركة الخدمات و الوســـاطة تعتبر من قبل شـــركات الأموال (شـــركة محدودة المسؤولية – شـركة مسـاهمة) والتي تعتبر شـركة تجارية بحكم القانون[27]، وبالتالي فإن أعمالها وعقودها تعتبر تجارية بالنسـبة للشـركة، وبالتالي تخضـع للأحكام والأعراف التجارية وإلى قانون الشركات وقانون التجارة والقوانين الخاصة بها.

أما بالنسـبة للعميل المسـتثمر فإن قيامه بالتداول بالهامش بقصـد تحقيق الربح يعتبر العمل بالنســبة له عملاً تجارياً بماهيته الذاتية [28]، وذلك أن التداول وشــراء الأوراق المالية يتم بقصــد البيع والهدف من ذلك هو تحقيق الربح.

ويشــترط أن تكون نية المشــتري هي إعادة البيع بقصــد تحقيق الربح، فإذا كانت هذه النية متوفرة إلا أن العميل خسـر عند البيع بسـبب انخفاض سـعر الأوراق المالية فيبقى العمل تجارياً؛ لأن العبرة هي لتوافر نية التداول وقصـد الربح وقت الشـراء، وبالتالي يكفي توافر هذه النية وقت الشراء لكي يعتبر العمل تجارياً[29].

[27] راجع المادة (6و9) من قانون التجارة الأردني رقم 12لعام 1966، والمادة 9 من قانون التجارة السوري رقم 33 لعام 2007.
[28] راجع المادتين (6،7) من قانون التجارة السوري رقم 33 لعام 2007 .
[29] د . محمد فاروق أبو الشامات ، د . جمال الدين مكناس ، الحقوق التجارية (الأعمال التجارية والتجار و المتجر) الطبعة الأولى ، منشورات جامعة دمشق ، دمشق 2008 .

كما يمكن أن يكون عملاً تجارياً بالتبعية الشـــخصـــية طالما قام به تاجر لأغراض تتعلق بنشـاطه التجاري وفقاً لنص المادة (8) من قانون التجارة السـوري رقم 33 لعام 2007. ونص المادة (8) من قانون التجارة الأردني رقم 12 لعام 1966.

الفرع الخامس: عقد يقوم على الاعتبار الشخصي:

حيث يكون لشـخصـية المتعاقد دور على مسـتوى انعقاد العقد وتنفيذه، فهو لا ينعقد بمجرد صـــدور الإيجاب والقبول من أي شـــخص بل لابد أن يكون العميل تتوافر فيه الأهلية القانونية والملاءة المالية المطلوبة وفق القوانين والتعليمات الصـادرة عن الهيئة، ولذلك ينقضـي العقد بوفاة العميل الذي أبرم العقد.

وكذلك في حال انعدام أهليته كما في حال الجنون والعته وكذلك في حال إفلاســـه، وحينئذ يقوم النائب الشرعي المأذون من القاضـي أو وكيل التفليسـة بمتابعة الصـفقات المتعلقة بالحسـاب حتى إنهائها وإغلاق الحســـاب مع الشـــركة، وهو ما نصـــت عليه أغلب عقود و قواعد التداول بالهامش في الأسواق المالية[30].

وقد أكدت القواعد والتعليمات المنظمة لتداول الأوراق المالية الاعتبار الشـــخصـــي للعميل، حيث أوجبت على الشـركة التأكد من توافر الأهلية القانونية للعميل إضـافة إلى التأكد من ملاءته

[30] المادة (2/15) من قواعد التداول بالهامش قطر، والمادة (24) من تعليمات التمول على الهامش في الأردن.

المالية[31]. كما أكدت على أنه للشـــركة إقفال حســـاب التداول بالهامش دون الرجوع للعميل في حال وفاته[32].

وبالتالي فإن عقد المتاجرة بالهامش هو عقد يقوم على الاعتبار الشـــخصـــي للعميل، حيث يكون لشـــخص العميل دور في ابرام العقد، ومدى أهليته القانونية للتصـــرف إضـــافة إلى ملاءته المالية وفق للقوانين والأنظمة النافذة.

وهكذا نجد أن عقد المتاجرة بالهامش هو عقد اســـتثماري يتم بين المســـتثمر والشـــركة عن طريق حصول العميل على رافعة مالية لزيادة استثماره من الشركة من خلال هذا العقد، وهو عقد تجاري شـخصـي يحقق الفائدة للطرفين عن طريق تنفيذ كل طرف لالتزاماته للوصـول إلى الهدف الأسـاسـي للعقد وهو الحصـول على العمولات والفوائد بالنسـبة للشـركة، واسـتثمار الأموال وزيادة الأرباح بالنسبة للعميل.

المبحث الثاني: التكييف القانوني لعقد المتاجرة بالهامش:

[31] المادة (2/6) من تعليمات التداول بالهامش في الأمارات، المادة (4/9) من قواعد التداول بالهامش قطر.
[32] المادة (1/15) من قواعد التداول بالهامش قطر.

يتم عقد المتاجرة بالهامش على أساس قيام المستثمر بشراء أوراق مالية عن طريق دفع جزء من قيمتها وقيام الشركة الوسيطة بدفع الجزء المتبقي على أن تكون هذه الأوراق المالية ضماناً للشركة لاستيفاء ما دفعته.

ولكن السؤال الذي يثور هنا هل عقد المتاجرة بالهامش هو عقد شراء وبيع للأوراق المالية عن طريق اقتراض جزء من ثمنها من وسيط حيث يتملك العميل الأوراق المالية ثم يبيعها؟ أم هو عقد قرض مستقل عن عقد التداول حيث بواسطته يتمكن العميل من الحصول على المال اللازم لشراء أو اقتراض الأوراق المالية بقصد الانتفاع منها عن طريق بيعها بربح ومن ثم إعادة شرائها وإعادة المبلغ المقترض أو الأوراق المالية المقترضة دون تملكها؟ بحيث يكون عقد القرض مستقل عن عقد التداول.

وسنتناول في هذا المبحث العلاقة بين العميل والوسيط على أنها عقد إقراض أوراق مالية مملوكة للشركة في المطلب الأول، ثم سنبحث في العلاقة بين العميل والوسيط على أنها عقد إقراض مال لشراء أوراق مالية مملوكة للعميل في المطلب الثاني.

المطلب الأول: العلاقة بين العميل والشركة عقد إقرض أوراق مالية:

يكون عقد المتاجرة بالهامش عقد إقرض أوراق مالية في حال كانت الأوراق المالية محل العقد مملوكة للشركة وقت العقد، وعندئذ تقوم الشركة إما بشراء الأوراق المالية وإقراضها للعميل، ويدفع العميل جزءً من قيمة الأوراق المالية محل العقد دون تملكها.

وهنا الشركة تطلب من العميل تسجيل هذه الأوراق المالية محل العقد باسمها أي اقراضها للعميل بعد شرائها وتملكها من قبل الشركة، وكذلك تطلب من العميل أن ترهن جزء من قيمة هذه الأوراق المالية عندها، لأجل ضمان حقها في سداد قيمة الأوراق المالية محل العقد. أو تقترض الشركة الأوراق المالية ومن ثم تقرضها للعميل دون تملكها وتقوم برهن مبلغ الهامش والذي يمثل جزءً من قيمة هذه الأوراق المالية لديها كضمان لوفاء العميل بقيمة القرض.

وبالتالي نكون أمام حالتين :

الفرع الأول: القرض بشرط الاقتراض:

وذلك بأن يدفع العميل جزء أو نسبة من قيمة الأوراق المالية التي يريد المتاجرة بها بالهامش ويقترض هذه الأوراق المالية من الشركة، وتشترط الشركة في هذه الحالة تسجيل الأوراق المالية محل العقد باسم الشركة، ومن ثم تقوم بإقراض هذه الأوراق المالية للعميل. وهنا نكون أمام عقد قرض آخر من المقترض للمقرض مقابل القرض الأول وهو ما يطلق عليه بالفقه بـــــــ "أسلفني أسلفك"[33].

[33] وهو ما ذهب إليه فقهاء المالكية، كما تسمى هذه الصورة بعدة مسميات منها القروض المتبادلة بالشرط، أو القروض المتبادلة، أو الودائع المتبادلة. قضايا فقهية معاصرة ، د . نزيه حماد ص 229، القروض المتبادلة د. سعد اللحياني ، مجلة جامعة الملك عبد العزيز ، الاقتصاد الإسلامي ، المجلد 14 . ص103-105 .

وتســـمى هذه المعاملة البيع على المكشـــوف والذي هو ((بيع أوراق مالية لا ينوي البائع (الشركة) تسليمها من ملكيته أو حافظته المالية، إما لأنه لا يملكها أساساً، أو لأنه يملكها ولكن لا ينوي تسـليمها وقت البيع[34])). حيث أن العميل المسـتثمر يتوقع انخفاض في سـعر الأوراق المالية فيعمد إلى اقتراضـها من الشركة مع دفع جزء من ثمنها وبقاء ملكيتها باسم الشركة كرهن لضـمان السـداد، ثم يقوم العميل المسـتثمر ببيعها وعند انخفاض سـعرها يقوم بإعادة شـرائها من السوق و إعادتها إلى الشركة.

وبالعودة إلى أحكام الناظمة للمتاجرة بالهامش نجد أن الوســـيط يقوم بفتح حســـاب خاص لعميله للتمويل على الهامش بموجب العقد المبرم بينهما، حيث نصـــت المادة (12) من تعليمات التمويل على الهامش في الأردن على التزام الوسـيط المالي بفتح حسـاب خاص لعميله يسـمى حساب التمويل على الهامش بموجب اتفاقية التمويل على الهامش الموقعة بينه وبين العميل، كما نصـت المادة (7+3/9) من قواعد التداول بالهامش في قطر على التزام شـركة الخدمات المالية بفتح حساب لغرض التداول بالهامش لدى جهة الإيداع لكل عميل من عملائها الراغبين بالتعامل معها بالتداول بالهامش، وتسجيل الأوراق المالية التي تم شراؤها بالهامش لدى جهة الإيداع باسم العميل.

[34] البراوري، شعبان محمد إسلام. بورصة الأوراق المالية من منظور إسلامي، (دمشق-بيروت: دار الفكر، دار الفكر المعاصر، ط1، 2002)، ص195.

حيث يتم تسـجيل الأوراق المالية محل هذا العقد باسـم العميل في حسـابه الخاص بالتداول بالهامش ورهنه لصـــالح الوســـيط، وبالتالي لا يمكن تكييف عقد المتاجرة بالهامش على أنه عقد قرض واقتراض أوراق مالية تبقى مملوكة للشركة.

الفرع الثاني: القرض بشرط الرهن:

وذلك بأن تشترط الشركة تسجيل الأوراق المالية باسمها واقراضها للعميل المستثمر بعد دفع جزء من ثمنها على أن يتم رهن هذه الأوراق المالية للشركة كضمان لها، وتكون فائدة ذلك الرهن للشـركة هي الانتفاع مما تدره هذه الأوراق المالية من أرباح إضـافة إلى ضـمان حقها في وفاء الجزء المتبقي من قيمة الأوراق المالية محل العقد.

وعندئذ نكون أمام أمرين:

1- رهن قيمة الأوراق المالية محل العقد:

وحيث أن هذه الأوراق المالية تمثل حصص شائعة من رأس مال الشركة وهذه الحصص قد تكون حصصاً عينية أو نقدية، وبالتالي فإن هذا الرهن هو رهن للمشاع، ويخضع لأحكام الرهن التجاري، حيث نصـــت أغلب القوانين على جواز رهن الأوراق المالية ومنها ما جاء في قانون التجارة السوري بأن جميع القيم المنقولة بما فيها الأسهم يمكن تخصيصها للوفاء بدين[35].

[35] المادة 118 و المادة 407 من قانون التجارة السوري رقم 33 لعام 2007 .

ومن الناحية الفقهية فإنه يجوز رهن المشـــاع مطلقاً وهو قول الجمهور، وبالتالي فإنه يجوز رهن الأســـهم والأوراق المالية محل العقد تطبيقاً للقاعدة في أن " كل ما جاز بيعه جاز رهنه "، لأن المقصود من الرهن توثيق بالدين، للتوصل إلى استيفائه من ثمن الرهن إذا تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن، وهذا يتحقق في كل عين يجوز بيعها[36].

وبالتالي فإنه يجوز رهن قيمة هذه الأوراق المالية محل العقد لدى الشـركة كضـمان لها في حال تعذر العميل رد الأوراق المالية، كما في حال ارتفاع قيمتها وقت الســـداد عن قيمتها وقت الإقراض، وبالتالي تجنب الشركة الوقوع في الخسارة من خلال ضمان حقها برهن هذه القيمة.

2- توثيق القرض الممنوح من الشركة بالرهن:

أي رهن الأوراق المالية محل العقد أو قيمتها لضـــمان اســـتيفاء مبلغ القرض من العميل، وذلك ممكن قانوناً، حيث يجوز للشـركة أن تطلب ضـمانات في مقابل القرض، إلا أنه لا يجوز لها أن تتصـــرف بالأوراق المالية المرهونة إلا في حال انخفاض قيمتها عند حد معين وهو ما يســمى هامش الصــيانة، عندئذ يجوز في حال عدم قيام العميل بتقديم ضــمانات إضــافية بيع الأوراق المالية محل العقد لاستيفاء قيمة القرض.

[36] المغني ، لموفق الدين عبد الله بن أحمد بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي، تحقيق د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، د عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، الطبعة الثالثة، عام 1417 هـ . (455/6).

وقد نصت أغلب تعليمات وقواعد التداول بالهامش ضرورة تحديد نسبة معينة تسمى هامش الصيانة يتم إيداعها في حساب العميل ورهنها لضمان سداد قيمة الأوراق المالية الموجودة في حساب التداول بالهامش.

حيث نصت قواعد التداول على الهامش في قطر والأردن على أنه: من حق الشركة بيع جزء من الأوراق المالية في حال انخفاض هامش الصيانة عن الحد المحدد في الاتفاقية وعدم قيام العميل بتغطية هذا النقص، كما أكدت على أن الأوراق المالية في حساب العميل تعد ضماناً للوفاء بالمبالغ المستحقة للشركة في حساب التداول بالهامش[37].

كما نصت تعليمات التداول بالهامش في الأمارات بأن للشركة بيع نسبة من الأوراق المالية إذا تخلف العميل عن تغطية النقص، على أن تكون الأولوية لبيع الأوراق المالية المتسببة في الانخفاض. كما نصت على أنه يجب أن تتضمن اتفاقية التداول بالهامش موافقة العميل الصريحة على رهن الأوراق المالية الممولة بالهامش ضماناً للوفاء بالمبالغ الممولة من الشركة في حساب التداول بالهامش[38].

[37] المادة (2/6 ، أ - ب) من قواعد التداول بالهامش قطر. والمادة (11/أ-2+ب) من تعليمات التمويل عبل الهامش في الأردن.
[38] المادة (8/6) والمادة (1/9)من تعليمات التداول بالهامش الأمارات .

إلا أنه نظراً لعدم تملك العميل لهذه الأوراق وإنما يقترضـــها مع بقاء ملكيتها للشــركة كرهن لضــمان الوفاء فإنه يتم في حال الخســارة إخطار العميل إذا تجاوزت المديونية نســبة معينة بأن يخفض هذه النسبة عن حد معين وإلا اتخذت الشركة إجراءات اللازمة.

وهو ما نصت عليه قواعد اقتراض الأوراق المالية بغرض البيع في مصر حيث نصت بأنه إذا زادت القيمة الســـوقية للأوراق المالية بحيث تجاوزت قيمة مديونية العميل نســـبة 60% من القيمة السوقية للأوراق المالية المقترضة فإنه يتم إخطاره لتخفيض نسبة المديونية بالسداد النقدي وإلا اتخذ أمين الحفظ الإجراءات اللازمة بشـــراء الأوراق المالية المقترضـــة إذا تجاوزت نســـبة المديونية 70% من القيمة السوقية.

وعادةً ما يكون العقد في هذه الحالة لمدة قصيرة، حيث يتم اقتراض الأوراق المالية لمدة يوم واحد بشـــكل تلقائي مالم يتفق الطرفين وغالباً البائع على مد فترة إقراض الأوراق المالية حتى تنخفض بالقدر الذي يأمله، وحينئذ يقوم البائع العميل بشرائها بسعر أقل من السعر الذي باع فيه منتفعاً بفارق السعر[39].

[39] د. معبد الجارحي، نظرة إسلامية إلى الأسواق العالمية و السلعية، (صندوق النقد العربي، ص36)

ومن الناحية القانونية فإن هذه الحالة تعتبر تصـــرف في ملك الغير بغير إذنه، وقد ذهب البعض للقول بأن هذا البيع هو بيع الفضـــولي إلا أنه موقوف على إجازة المالك[40] حيث أن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، فإذا أجازه تم البيع و إذا لم يجزه بطل واعتبر كأن لم يكن[41].

وذلك أن العميل لم يكن اصـــيلاً أو وكيلاً أو ولياً أو وصـــياً حينما أقدم على التصـــرف بالأوراق المالية من غير تملكها ودون الحصـــول على إجازة مالكها، حيث يقوم ببيع ما لا يملك. وبالتالي فإن عقد الفضـــالة هو الذي ينطبق على البيع على المكشـــوف، حيث يتم البيع من غير تملك الأوراق المالية محل العقد وكذلك دون الحصول على إذن مالك الأوراق المالية.

إلا أنه في هذا الحالة فإن العلاقة بين العميل والشـــركة في البيع على المكشـــوف لا تكون تصـــرفات الشـــركة أو البائع تصـــرفات الفضـــولي، ولا يكون العقد المبرم بينهما عقد فضـــالة؛ لأن العميل يتوجب عليه أن يرد الأوراق المالية محل العقد بأعيانها لا بأمثالها.

وكذلك يجب على العميل أن يرد مثل ما أخذ، إما المشـتري في حالة تصـرف الفضـولي فلا يلزم برد ما اشـــتراه بل هو ملكه واشـــتراط رده يتنافى مع جوهر عقد البيع بوصـــفه ناقلاً للملكية بمجرد تمام العقد. وبالتالي لا يمكن اعتبار العلاقة بين العميل والشـــركة قائمة على أســـاس

[40] المادة 213 من قانون المعاملات المدنية الأماراتي، والمادة 191 من القانون لمدني السوري و المصري.
[41] انظر البراوري، بورصة الأوراق المالية من منظور إسلامي، مرجع سابق، ص201.

تصــرفت الفضــولي وبيع ملك الغير بغير إذنه وإنما هو أقرب لعقد قرض بفائدة تمنحه الشــركة للعميل وفق العقد المبرم بينهما.

وقد ذهب البعض الآخر إلى أن العقد عقد وكالة أو مضـــاربة، إلا أنه بالرجوع إلى أحكام وقواعد عقد البيع على المكشـوف نجد أن العميل يبرم العقد ويبيع ويشـتري ويضـارب لنفسـه لا وكالة لغيره، وبالتالي فإن الأرباح التي يحققها تكون مســتحقة له وليس للمالك الحقيق للســهم، وبالتالي فإن العقد لا يكون عقد وكالة أو مضاربة[42].

ونجد في التعامل بالأسـواق المالية بأن الشـركة الوسـيطة تقوم بإقراض أوراقاً مالية وأسـهم مودعة لديها من قبل عملائها ومرهونة لصـالح الشركة لضـمان حقها، وبالتالي تقوم بإقراض هذه الأوراق المالية للعميل بفائدة متفق عليها، وبما أن هذه الأســهم والأوراق المالية مثلية بمعنى أنها ترد بأمثالها لا بأعيانها فإن العلاقة بين العميل والشركة تكون عقد قرض بفائدة[43].

وقد ذهب البعض إلى انه لا يجوز إقراض الأسهم والأوراق المالية؛ لأنها تمثل أعياناً وديوناً للشركة وعليها، كما تمثل قيمتها السوقية في السوق المالية، ولابد من معرفة مقدار هذه الأعيان

[42] أنظر البهوتي، منصور بن يونس، شرح منتهى الإرادات، (بيروت، عالم الكتب ج2)، ص134. و الدردير، أبو البركات أحمد بن محمد، الشرح الصغير على أقرب المسالك،(مؤسسة المعارف للطباعة و النشر، ج 3، ص 683).

[43] أنظر أحمد محمد لطفي، معاملات البورصة في النظم الوضعية و الأحكام الشرعية، (الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ط1، 2006 م) . ص254 ومابعدها .

والنقود بالتفصيل ليرد المقترض كلاً منها بنسبته، ولما كان الأمر غير ممكن التقدير من الناحية العملية لذلك فإنه من غير الممكن إقراض الأسهم والأوراق المالية[44].

وقد ذهب اتجاه آخر إلى أنه لا يمكن اعتبار العميل فضـــولي وأنه باع ما لا يملك؛ لأنه تملك الأوراق المالية محل العقد بالقرض، و للمقترض الحق في التصـــرف في المال المقرض بحسب ما يراه من مصلحته، حيث يتصرف في القرض تصرف المالك في ملكه[45].

ومن ثم نجد أن الحالة التي يتم فيها إقراض العميل أوراق مالية مع احتفاظ الشـركة بملكيتها ورهن جزء من قيمتها لديها هو اقرب ما يكون بيع على المكشـــوف، ذلك أن الشـــركة لا تمتلك دائماً الأوراق المالية التي تقوم بإقراضـــها وكذلك فإن العميل المقترض بالطبع لا يملك الأوراق التي باعها، و المشتري لا يعلم أنه يشتري أوراقاً لا يملكها بائعها.

وبالتالي فإنه في حالة اقتراض العميل للأوراق المالية من الشـــركة دون تملكها وبيعها ومن ثم إعادة شـــرائها وردها للشـــركة، فأننا نكون أمام عقد قرض بفائدة أو ما يســـمى بالبيع على المكشـــوف، وبالتالي لا تنطبق عليه أحكام و قواعد التداول بالهامش التي تتطلب تملك العميل للاســهم والأوراق المالية محل العقد ورهنها لدى الشـركة كضـمان للوفاء بمبلغ القرض المقترض

[44] مبارك بن سليمان آل سليمان، احكام التعامل بالأسواق المالية المعاصرة، (كنوز اشبيليا للنشر و التوزيع، الرياض، السعودية) ص771 .

[45] انظر اندوراس، عاطف وليم، أسواق الأوراق المالية بين ضرورات التحول الاقتصادي و التحرير المالي ومتطلبات تطويرها، (الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2006). ص52 .

من الشركة. وإنما يخضع للقواعد والأعراف المتبعة في الأسواق المالية والتعليمات التي تصدرها الهيئات والأسواق المالية بشأن التعامل بالبيع على المكشوف.

وإن كان عقد المتاجرة بالهامش وعقد البيع على المكشوف كل منهما يقوم على الاقتراض، إلا أنهما يختلفان في محل القرض، ففي البيع على المكشوف محل القرض هو الأوراق المالية إما في المتاجرة بالهامش فمحل القرض هو النقود[46]. وبالتالي لا يمكن اعتبار العلاقة بين الوسيط والعميل في عقد المتاجرة بالهامش عقد قرض واقتراض أوراق مالية.

المطلب الثاني: العلاقة بين العميل والشركة عقد بيع:

وهي الحالة التي تكون فيها الأوراق المالية محل العقد غير مملوكة للشركة، ومن ثم تقوم بشراء هذه الأوراق لصالح العميل بناءً على أوامره، حيث يدفع جزءً من ثمنها والباقي يكون ديناً في ذمته للشركة الوسيطة. حيث تقوم الشركة بشراء الأوراق المالية محل العقد وتسجيلها في حساب العميل للتداول بالهامش مع رهنها لديها لضمان الوفاء بمبلغ القرض المقرض للعميل.

وفي هذه الحالة نكون أمام الحالات التالية:

- بيع وقرض في عقد واحد.

(46) د. أحمد بن عبد الله بن حسن المباركي، المتاجرة بالهامش وأحكامها في الفقه الإسلامي، (كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات، جامعة الأزهر فرع الاسكندرية، حولية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالإسكندرية، المجلد 3، العدد 33).

- بيعين في عقد واحد.
- بيع ورهن في عقد واحد.

الفرع الأول: بيع وقرض في عقد واحد:

ويتم ذلك في حال قيام الشركة بشراء الأوراق المالية محل العقد وبيعها للعميل ومن ثم قيام العميل بإقراضها للشركة، وبالتالي تضمن العقد بيع واقراض في نفس الوقت.

وهي تختلف عن حالة القرض بشرط الإقراض بأنه تكون الشركة مالكة للأوراق المالية ومن ثم تقرضها للعميل مع بقاء الملكية للشركة، إما في هذه الحالة تقوم الشركة بشراء الأوراق المالية للعميل من غير تملكها؛ حيث يتم الشراء من السوق المالية مباشرة وتسجيلها باسم العميل في حسابه ومن ثم اقتراضها منه.

ومن الناحية الفقهية فهو أمر غير جائز، حيث ذهب بعض الفقه إلى أنه لا يجوز الجمع بين البيع والقرض مع الشرط، أما من غير شرط فهو جائز، بينما ذهب البعض الآخر إلى أنه لا يجوز اجتماع البيع مع القرض مطلقاً، حيث جاء بأنه لا يحل سلف وبيع بأن أحدهما مشروطاً في الآخر[47]. وكذلك لا يحل سلف وبيع وهو أن يبيعه بشرط أن يسلفه [48].

[47] تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي للإمام محمد بن عبد الرحمن المباركفوري، علي محمد معوض، (دار إحياء التراث العربي بيروت، 1422 هـ). (493/4) .
[48] الإمام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، عمدة الحازم في الزوائد على مختصر أبي القاسم، تحقيق نور الدين الطالب، توزيع وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية بدولة قطر، 1428 هـ .

كما أن اشـتراط البيع مع القرض يخرج القرض من موضـوعه الأسـاسـي وذلك أن القرض ليس من عقود المعاوضـة فلا يصـح أن يكون له عوض، فإن قارن القرض عقد معاوضـة كان له حصـــة من العوض، فخرج عقد القرض عن موضـــوعه فبطل، وبطل ما قارنـه من عقود المعاوضة[49].

ومن الناحية القانونية فأن أغلب القواعد المنظمة للتداول بالهامش تشـــترط أن تتضـــمن الاتفاقية بإن الأوراق المالية في حســـاب التمويل على الهامش تعتبر ضـــمانًا للتمويل على الهامش[50]، وبالتالي لا يمكن اقراض أموالاً مرهونـة أي الأوراق المالـية محل العقد، ولا يمكن للشـركة التصـرف في المال المرهون لديها إلا وفق ما يتضـمنه عقد التداول بالهامش (في حال حصول نقص في هامش الصيانة وعدم تكملته خلال مدة معينة).

واجتماع البيع مع القرض لا يتوافق مع طبيعة عقد المتاجرة بالهامش الذي يشـــترط رهن الأوراق المالية لدى الشـــركة كضـــمان للمبلغ الممول للعميل عند التعاقد، وبالتالي فإن الأوراق المالية تكون لدى الشركة على سبيل الرهن وليس القرض.

الفرع الثاني: بيعين في بيع واحد:

[49] ا موفق الدين عبد الله بن احمد بن قدامة المقدسي، لكافي، (توزيع وزارة الشؤون الإسلامية بالمملكة العربية السعودية ، 1419 هـ) (175/3) .
[50] المادة (11/ب) من تعليمات التمويل على الهامش في الأردن، والمادة (2/6-ب) من قواعد التداول بالهامش في قطر.

وهي الحالة التي يقوم فيها العميل بشـراء الأوراق المالية محل العقد من الشـركة بدفع جزء من قيمتها ويؤجل وفاء باقي الثمن، ثم تقوم الشـركة بشـراء هذه الأوراق المالية بثمن مؤجل أكثر مما تبقى لها في ذمة العميل، وهنا تكون الشـــركة مدينة للعميل بكامل قيمة العقد. وعادة تلجأ بعض المؤسسات المالية إلى هذه الحالة لتشجيع أصحاب الأموال للدخول في الأسواق المالية، حيث غالباً ما يكون الربح في هذه الحالة مضمون.

وقد ذهب فقهاء المالكية إلى أن بيعتين في بيعة هي: ((أن يقول رجل للآخر اشتر السلعة الفلانية لي بكذا وبيعني ياها بكذا إلى أجل)) [51].

ويطلق على هذا النوع من البيع بيع العينة، وهي بيع سـلعة بثمن مؤجل، ثم شـراؤها ممن اشـتراها بأقل منه نقداً[52]. وقد عرفت عكس العينة بأنها: ((بيع عين بثمن كثير مؤجل يسـلمها ثم يشتريها بنقد يسير ليبقى الكثير في ذمته))[53].

ووفقاً لتعليمات وقواعد المتاجرة بالهامش فإنه لا يجوز للشـــركة أن تبيع الأوراق المالية للعميل ثم تشتريها منه بثمن مؤجل أكثر منه سواءً اشترط شراؤها في العقد أو حصل اتفاقاً، وذلك

[51] الإمام مالك بن أنس مطبوع مع شرح الزرقاني، لموطأ،(دار الحديث و القاهرة ، 1427 هـ) ، (297/3) .
[52]لابن قدامة، المغني، مرجع سابق (260/6).
[53] وهو تعريف الشافعية، أنظر أبي يحيى زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، (دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، 158/5)

لأن هذا ينطبق على مسألة عكس العينة. حيث أنه في عقد المتاجرة بالهامش يبقى العميل مالكاً للأوراق المالية ولا تخرج من ملكيته إلا في حال بيعها وإنهاء العقد.

وقد نصـت أغلب القواعد المنظمة للتداول بالهامش بأن الأوراق المالية في حسـاب العميل للتداول بالهامش تكون ضـمان للمبلغ الممول من الوسـيط وبالتالي لا يجوز التصـرف فيها أو بيعها أو اقراضـها، كما جاء في المادة (20) من تعليمات التمويل على الهامش في الأردن على حظر الوسـيط المالي من التعامل لصـالح عملائه في حسـاب التمويل على الهامش بالأوراق المالية المصدرة عنه أو من قبل الشركات التابعة أو الحليفة او الام او الشقيقة له.

لذلك فإن اشتراط شراء الأوراق المالية من العميل بثمن مؤجل واعتبار عقد المتاجرة بالهامش عقد يتضـمن بيعين ضـمن بيع واحد يخالف قواعد التداول بالهامش التي تقتضـي احتفاظ العميل بملكية الأوراق المالية مع تعلق حق للوسـيط بها حتى وفاء المبالغ المترتبة على العميل بموجب العقد.

الفرع الثالث: شراء ورهن في عقد واحد:

وهي الحالة التي تقوم فيها الشـركة بشـراء الأوراق المالية التي يرغب العميل بها وذلك بدفع جزء من قيمتها من قبل العميل والباقي يكون مؤجلاً، وثم تقوم الشركة برهن جميع الأوراق المالية التي اشتراها العميل إلى أن يسدد المبلغ المتبقي من قيمة العقد وهو المبلغ المقترض من الشركة.

وهذه الصورة الغالبة للتعامل بالهامش في الأسواق المالية، حيث تستفيد الشركة من الرهن من أرباح هذه الأسهم بالإضافة إلى فوائد المبلغ المقترض، إضافة إلى أن الهدف الأساسي من الرهن هو توثيق الدين الممنوح للعميل كتمويل للتداول بالهامش.

حيث نصت أغلب قواعد التداول بالهامش على أنه يجب أن تتضمن اتفاقية الهامش موافقة العميل الصريحة على رهن الأوراق المالية الممولة بالهامش لصالح الشركة ضماناً للمبالغ المستحقة لها بذمة العميل[54].

كما نصت قواعد شراء الأوراق المالية بالهامش في مصر على أن تتضمن اتفاقية التداول بالهامش تحديد نوع الأوراق المالية التي تقوم الشركة بشرائها للعميل، إضافة إلى التزام العميل بتسليم أمين الحفظ الأوراق المالية كضمان للاتفاق الموقع معه[55].

وفي هذه الحالة نكون أمام أمرين:

أ- حبس المبيع على ثمنه: حيث تقوم الشركة بحبس الأوراق المالية حتى يقوم العميل بقضاء الدين الذي عليه بسبب المبيع.

[54] المادة (1/9) من تعليمات التداول بالهامش الأمارات، المادة (3/3) من تعليمات التداول بالهامش فلسطين، المادة (3/6) من قواعد التداول بالهامش قطر، المادة (11/ب) من تعليمات التمويل على الهامش في الأردن.
[55] المادة (297/أ) من تنظيم عمليات الشراء بالهامش، واقتراض الأوراق المالية بغرض البيع. مصر.

ومن الناحية الفقهية فإن هذا الشـرط صـحيح؛ حيث أن بما أنه يجوز رهن المبيع عند غير البائع فإنه يصـــح رهنه عند البائع، وكذلك بما أنه يجوز رهن المبيع على غير ثمنه فإنه يجوز رهنه على ثمنه، وكذلك فإن الأصل في الشروط الصحة ولا يوجد دليل أو نص قانوني على منع هذا الشرط[56].

وقد ذهب بعض الفقه إلى أنه لا يمكن اشـتراط حبس المبيع على ثمنه حيث أن الهدف من عقد البيع هو تمكن المشـتري من التصـرف بالمبيع وهذا الشـرط يمنع ذلك، إلا أن هذا الرأي لا يتنافى مع طبيعة عقد البيع ولا يؤدي إلى بطلانه؛ حيث أنه لا مانع من اشـتراط ما قد يؤدي إلى منع المشـتري من بعض حقوقه التي أوجبها له العقد، مثل شـرط الخيار وشـرط تأجيل الثمن فإن فيه تعويقاً للبائع من تسلمه، وكذلك اشتراط رهن المبيع على ثمنه يعتبر من هذا القبيل[57].

وبالتالي فإنه يجوز لشـركة الوسـاطة حبس الأوراق المالية محل العقد كرهن تأميني إلى أن يسـدد العميل باقي المبلغ الممول من الشـركة. على أن هذا المنع من التصـرف يكون فقط بما يساوي قيمة هامش الصيانة من قيمة الأوراق المالية في حسابه، أما فيما يجاوز هامش الصيانة فإنه يجوز له التصرف بها.

[56]لابن قدامة، المغني، مرجع سابق (504/6).
[57] الوسيط (75/3)، المغني، مرجع سابق (504/6).

حيث جاء في المادة (18) من تعليمات التمويل على الهامش في الأردن أنه يجوز للعميل سحب أي أموال من حساب التمويل على الهامش تتجاوز نسبة الهامش الأولي من القيمة السوقية للأوراق المالية في ذلك الحساب، شريطة أن لا يسبب سحب هذا المبلغ تجاوز سقف التمويل على الهامش الممنوح للعميل المحدد في الاتفاقية.

كما نصت أغلب قواعد التداول بالهامش على أن تقوم الشركة ببيع كل أو بعض الأوراق المالية الموجودة في حساب العميل إذا تخلف عن تغطية النقص في الهامش الاولي عن النسبة المحددة في العقد محسوبة على أساس القيمة السوقية لتلك الأوراق المالية في تاريخ البيع عند انتهاء المهلة الممنوحة من الشركة لتغطية النقص في الهامش[58].

ب- انتفاع المرتهن (الشركة) برهن الأوراق المالية:

حيث أن الشركة تقوم برهن الأوراق المالية محل العقد لحين قيام العميل بسداد مبلغ التمويل الممنوح من الشركة للمتاجرة بالهامش، وبالتالي فإن الفوائد التي تعود للشركة عن كل يوم تبييت للأوراق المالية تكون بإذن من العميل.

وقد ذهب بعض الفقه إلى ان هذا الإذن هو إذن بالربا، وذلك لأن المرتهن يستوفي دينه كاملاً من الراهن فتصبح المنفعة التي انتفع بها **فضلاً** وبالتالي تكون ربا، إلا أن إذن الراهن

[58] المادة (17/أ) من تعليمات التمويل على الهامش في الأردن، المادة (8/6) من قواعد التداول بالهامش الأمارات، المادة (2/أ) من قواعد التداول بالهامش قطر، المادة(9/5) من تعليمات التداول بالهامش فلسطين.

للمرتهن بالانتفاع من المرهون لا يعد ربا، وإنما هو هبة؛ لأنه ليس مبادلة مال بمال من عينه مع زيادة وإنما هو عقد معاوضة وضع فيه رهن توثقه للدين الناتج عنه، و وهب الراهن للمرتهن منفعة العين المرهونة فلا يكون ربا و إنما هبة[59].

وبالتالي يجوز للشركة الانتفاع بالأوراق المالية المرهونة لديها محل العقد، شرط ألا يتضمن العقد تأخير مدة الوفاء؛ لأن دين الرهن يكون بسبب عقد البيع والذي هو عقد المتاجرة بالهامش عن طريق منح تمويل مالي للعميل لشراء أوراق مالية ورهنها ضماناً للوفاء بالمبلغ الممول، وحيث أنه يحظر رهنها للانتفاع منها لغير الوسيط حيث جاء في المادة (16/ج) من تعليمات التمويل على الهامش في الأردن انه لا يجوز رهن الأوراق المالية الممولة على الهامش باستثناء رهنها لصالح الوسيط المالي المانح للتمويل.

إلا أنه الغالب في التعامل أن الشركة الوسيطة تحدد فائدة على المبلغ الممول للعميل لغرض التداول بالهامش إضافة إلى تحديد عمولة لها كمقابل لخدمة التمويل بالهامش وتبقى الأوراق المالية مرهونة لدى الوسيط كضمان لعدم خسارة الشركة في حال تعرض العميل لخسارة نتيجة التداول بالهامش.

[59] د . عبد الكريم بن يوسف الخضر، حكم الانتفاع بالرهن بدون عوض ،(دار بلنسية للنشر و التوزيع، الرياض)، ص 42 .

وبالتالي نجد أن طبيعة عقد المتاجرة بالهامش أقرب ما تكون لشـــراء أوراق مالية من قبل الوسيط بتفويض من العميل مع رهنها لديه كتأمين لحين سداد المبالغ المترتبة على العميل نتيجة لاتفاقية المتاجرة بالهامش، وبالتالي فإن عقد المتاجرة بالهامش يتضـــمن اقتراض مالي وتفويض بالبيع أو الشراء ورهن في آن واحد.

خاتمة:

وبعد أن انتهينا من دراسـتنا في موضـوع هذا البحث ألا وهو الطبيعة القانونية لعقد المتاجرة بالهامش توصلنا للنتائج الأتية:

1- أن عقد المتاجرة بالهامش هو عقد رضـائي يتم بين العميل والشـركة من خلال التوقيع على نموذج الاتفاقية المتعلقة بالهامش والتي تحدد حقوق والتزامات الطرفين، إضـــافة إلى الفائدة التي ستتحقق للطرفين من هذا العقد (الفوائد والعمولات بالنسبة للشركة الوسيطة من جهة ورافعة مالية بالنسبة للعميل لزيادة استثماراته من جهة أخرى).

2- ان قيام الشـــركة بإقراض العميل أوراقاً مالية دون تملكها وقيام العميل ببيعها وإعادة شـرائها هو أمر جائز في التعامل بالأسـواق المالية، ويخضـع لأحكام القرض و الرهن التجاري سواء من حيث تحديد التزامات العميل بالسداد أو من حيث توثيق القرض بجزء من قيمة الصفقة يدفعه العميل عند الاقتراض، إلا أنه أقرب ما يكون بيع على المكشوف من كونه متاجرة بالهامش

ويخضـــع هذا النوع من التعامل للقواعد والأنظمة الخاصـــة به والتعليمات التي تصـــدرها هيئة الأوراق المالية وإدارة السوق المالية.

3- عقد المتاجرة الهامش هو عقد يتضـمن شـراء من الشـركة إلى العميل يتمثل في الأوراق المالية المشـتراة لصـالح العميل، وعقد قرض من الشـركة إلى العميل والمتمثل في المبلغ الممنوح للعميل كتمويل لشـــراء أوراق مالية بالهامش، وعقد رهن من خلال إقرار العميل بأن هذه الأوراق المالية في حساب الهامش لديه تكون مرهونة لدى الشركة كضمان للوفاء بمبلغ القرض الممول. وبالتالي فهو عقد خاص يتضمن شراء وقرض ورهن في آن واحد.

4- إن الشـركة من خلال عقد التداول بالهامش سـوف تحقق أرباح تتجسـد فيما يعود عليها من الفوائد والعمولات، وكذلك سوف تمكن أصحاب رؤوس الأموال الصغيرة من زيادة استثماراتهم من خلال شـــراء أوراق مالية والاقتراض ورهن هذه الأوراق لضـــمان القرض ومن ثم بيع الأوراق المالية بعد ارتفاع قيمتها ورد مبلغ القرض مع الفوائد و العمولات للشـــركة و تحقيق الربح من خلال الفرق بين سعر الشراء وسعر البيع، الأمر الذي يبرر هذه الخصوصية لهذا العقد.

وبعد الدراســـة والبحث في طبيعة عقد التداول بالهامش وقواعده القانونية توصـــلنا إلى المقترحات التالية:

1- إن عقد المتاجرة بالهامش هو عقد استثماري تجاري يخضع للأحكام التجارية والقوانين الخاصة المنظمة له، وهو عقد اتفاقي؛ لذلك ونظراً لخصوصية هذا العقد فإنه يتوجب على العميل قبل توقيع العقد أن يكون لديه الخبرة الكافية والدراية الواسعة بالأسواق المالية وآليات الاستثمار؛ لأنه بمجرد الاتفاق وتوقيع العقد فإنه ينشئ التزامات لصالح الشركة ومن الممكن أن يؤدي خسارته إذا لم يتمكن من البيع في الوقت المناسب.

2- عملية المتاجرة بالهامش عن طريق الاقتراض أو ما يسمى البيع على المكشوف يترتب عليه مخاطرة من قبل العميل الراغب بالاستثمار؛ نظراً لاعتماده على التوقع بارتفاع قيمة الأوراق المالية مما قد يوقع بالخسارة إذا لم يتمكن من التقدير الصحيح، الأمر الذي يتطلب خبرة واسعة من العميل قبل الإقدام على الاستثمار بهذا النوع من العقود، لذلك فإن المتاجرة بالهامش عن طريق الشراء مع الرهن تكون أقل مخاطرة حيث أن العميل يلزم فقط بالمحافظة على هامش الصيانة.

3- يقترن عقد المتاجرة بالهامش بالقرض الممنوح من الشركة، لذلك فإن العميل يلتزم بموجب اتفاقية التمويل التي يوقعها مع الشركة عند التعاقد برهن الأوراق المالية التي سيشتريها في حساب الهامش لصالح الشركة؛ لذلك فإن العميل يجب أن يلتزم بمراقبة الأسواق المالية ومراقبة حركة السوق حتى إذا ما انخفضت قيمة هذه الأوراق المالية عن هامش الصيانة – والذي هو الحد الأدنى الذي يجب أن يبقى في حساب الهامش لديه– بأن يقدم ضمانات إضافية في حساب الهامش حتى يستمر العقد.

4- يســتهدف العميل في عقد المتاجرة بالهامش تحقيق الربح من خلال شــراء أوراق مالية يتوقع ارتفاع قيمتها ومن ثم بيعها وتحقيق الربح، أما في حال شراء أوراق مالية وإعادتها للشركة بسعر أعلى من سعر الشراء فإن ذلك يخرج عن قواعد المتاجرة بالهامش و نكون أمام ما يسمى بيع العينة، وبالتالي فإن العميل يجب أن يهدف من العقد بيع الأوراق المالية عند ارتفاع ســعرها في السوق لتحقيق الأرباح.

5- يتجلى هدف الشــركة من عقد المتاجرة بالهامش في تحقيق فائدة من خلال فوائد تبييت الأوراق المالية في حساب الهامش الخاص بالعميل، لذلك يجب أن تتضمن اتفاقية الهامش تحديد العمولات و الفوائد، وهو ما أصبحت تتضمنه أغلب نماذج التداول بالهامش التي تعدها الشركات المرخصة للتداول بالهامش.

6- تتضــمن عملية المتاجرة بالهامش بيع وقرض ورهن في عقد واحد مما يؤدي إلى زيادة الاســتثمار و التداول في الأوراق المالية إضــافة إلى تحريك الاقتصــاد من خلال عملية إقراض الأموال ومن ثم إعادتها؛ وهذا بدوره يؤدي إلى زيادة في معدلات التداول في الأســـواق المالية. الأمر الذي يوجب تشجيع هذا النوع من العقود إضافة إلى وضع وتحديد القوانين المنظمة لعملية التداول والمتاجرة بالهامش في الأسواق المالية.

7- يجب أن تتضــمن القوانين الناظمة للهامش قواعد منظمة لشــراء الأوراق المالية وبيعها ورهنها، بالإضــافة إلى تحديد كل من نســبة هامش الصــيانة والهامش الأولي وهو ما تضــمنته أغلب قواعد التداول للهامش.

8- إن عقد المتاجرة بالهامش لا يمكن أن تطبق عليه قواعد عقد القرض المصـــرفي ولا قواعد الرهن التجاري، فبالرغم من تضمنه قرض ورهن إلا أنه تنظمه القواعد الخاصة به، إضافة إلى الاتفاقية الخاصـــة بالتداول بالهامش والتي تبرم بين الوســيط والعميل بعد اعتمادها من هيئة الأوراق المالية.

المراجع:

أولاً : باللغة العربية:

1-الكتب:

1- أبي يحيى زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، (دار الكتاب الإسلامي، القاهرة)

2- أحمد محمد لطفي، معاملات البورصة في النظم الوضعية و الأحكام الشرعية، (الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ط1، 2006 م) .

3- الإمام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، عمدة الحازم في الزوائد على مختصـــر أبي القاســم، (تحقيق نور الدين الطالب، توزيع وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية بدولة قطر، 1428 هـ).

4- الإمام مالك بن أنس مطبوع مع شرح الزرقاني ، (لموطأ، دار الحديث، القاهرة، 1427 هـ).

5- اندوراس، عاطف وليم، أسواق الأوراق المالية بين ضرورات التحول الاقتصادي و التحرير المالي ومتطلبات تطويرها، (الإسكندرية، القاهرة، دار الفكر الجامعي، 2006)

6- البراوري، شعبان محمد إسلام. بورصة الأوراق المالية من منظور إسلامي، (دمشق-بيروت: دار الفكر، دار الفكر المعاصر، ط1، 2002) .

7- البهوتي، منصور بن يونس، شرح منتهى الإرادات، (بيروت، عالم الكتب ج2).

8- تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي للإمام محمد بن عبد الرحمن المباركفوري، علي محمد معوض، (دار إحياء التراث العربي، بيروت ، لبنان، 1422 هـ).

9- الدردير، أبو البركات أحمد بن محمد، الشرح الصغير على أقرب المسالك، (مؤسسة المعارف للطباعة و النشر، ج 3) .

10- د . سمير الرضوان ، أسواق الأوراق المالية و دورها في تمويل التنمية الاقتصادية،(المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، مصر، 1417).

11- د .عبد الكريم بن يوسف الخضر، حكم الانتفاع بالرهن بدون عوض، (دار بلنسية للنشر و التوزيع، الرياض ، 1423).

12- د. سعد اللحياني، القروض المتبادلة، (مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد الأسلامي، المجلد 14).

13- د. عطية فياض، سوق الأوراق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، (دار النشر للجامعات، القاهرة، مصر، عام 1418 هـ).

14- د . محمد فاروق أبو الشـامات، د . جمال الدين مكناس، الحقوق التجارية (الأعمال التجارية والتجار و المتجر) الطبعة الأولى، منشـورات جامعة دمشـق، دمشق 2008.

15- د . منير إبراهيم الهندي ، الأوراق المالية و أسواق رأس المال.(توزيع منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، عام 2006).

16- طاهر حيدر حردان، مبادئ الاسـتثمار، دار المسـتقبل، عمان، الأردن، ط1، 1997.

17- مبارك بن سـليمان آل سـليمان، احكام التعامل بالأسـواق المالية المعاصـرة، (كنوز اشبيليا للنشر و التوزيع، الرياض، السعودية) .

18- د. معبد الجارحي، نظرة إسـلامية إلى الأسـواق العالمية و السـلعية، (صـندوق النقد العربي) .

19- موفق الـدين عبـد الله بن احمـد بن قـدامـة المقدســـي، الكـافي،(توزيـع وزارة الشؤون الإسلامية بالمملكة العربية السعودية، 1419 هـ).

20- موفق الدين عبد الله بن أحمد بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، تحقيق د . عبد الله بن عبد المحســـن التركي، د عبد الفتاح محمد الحلو،(دار عالم الكتب، الرياض، الطبعة الثالثة، السعودية، عام 1417 هـ).

2-المقالات:

1- د. أحمد بن عبد الله بن حسن المباركي، المتاجرة بالهامش وأحكامها في الفقه الإسلامي، (كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات، جامعة الأزهر فرع الاسكندرية، حولية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالإسكندرية، المجلد 3، العدد 33).

2- د. أسامة عمر الأشقر، البيع على المكشوف كصيغة استثمارية و أداة للتحوط المالي دراسة فقهية، (كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية، جامعة قطر، مجلة كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية، العدد 28، غام 2010).

3- د . حمزة حسين الفعر الشريف ،الأحكام الشرعية لتجارة الهامش . (بحث مقدم للدورة الثامنة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي) .

4- د. عبد العظيم احمد عدوان، بيع العينة و حكمه في الأســـلام، (كلية القانون، جامعة ديالى، مجلة الفتح، عدد 32، عام 2008).

5- د .عبد الله بن محمد بن حسن السعيدي، المتاجرة بالهامش، (بحث مقدم للدورة الثامنة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة).

6- د. فهد بن خلف المطيري، عكس العينة و التطبيق على العلاقة بين العميل و السمسار في الشراء بالهامش، (كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية، جامعة القصيم، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، مج10، ع3، عام 2014).

7- أ.د. محمد عثمان شبير ، المتاجرة بالهامش و الأحكام المتعلقة بها في الفقه الإسلامي ، (بحث مقدم للدورة الثامنة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، 2005).

8- د . محمد علي القري، تجارة الهامش،(بحث مقدم للدورة الثامنة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة).

3-القوانين:

1-تعليمات التمويل على الهامش والصادرة استناداً لأحكام المادتين (12/ف) و (47) من قانون الاوراق المالية رقم (76) لسنة 2002 والمعدلة بموجب قراري مجلس المفوضين رقم 485 و رقم 2016/88 .عمان، الإردن.

2-قانون التجارة الأردني رقم 12 لعام 1966.

3-تعليمات مجلس إدارة هيئة سوق الأوراق المالية رقم 7 لعام 2013 بشأن التمويل على الهامش. فلسطين.

4-قانون التجارة السوري رقم 33 لعام 2007.

5-قانون المدني السوري بالمرسوم التشريعي 84 لعام 1949/5/18.

6-قانون المعاملات المدنية الإماراتي الصادر بالقانون الاتحادي رقم 5 لعام 1985.

7-قرار مجلس إدارة الهيئة رقم 25 لسنة 2008 المتضمن تعليمات التداول بالهامش، الأمارات.

8-قرار رقم 192 لعام 2005 بتعديل بعض أحكام اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ الصادرة بقرار وزير الإقتصاد والتجارة الخارجية رقم ١٣٥ لسنة ١٩٩٣، الباب التاسع، الفصل الأول، المادة 289. مصر .

9-قرار مجلس إدارة هيئة قطر للأسواق المالية رقم 6 لسنة 2014 المتضمن قواعد التداول بالهامش.

ثانياً: باللغة الأجنبية:

1- Margin : Borrowing money to pay for stock ، SEC "The U.S securities and exchange commission" www.sec.gov

2- London stock exchange glossary www.londonstockexchange.com/global/glossary /m.htm

دور المجلس الدستوري الفرنسي في الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا

طالبة الدراسات العليا: هيفاء ابراهيم

قسم القانون العام–كلية الحقوق–جامعة حمص

إشراف الدكتور: باسم ونوس

الملخص

يتربع الدستور على رأس الهرم التشريعي في كافة الدول، ولا يكون لسمو الدستور أي قيمة بدون رقابة دستورية تضمن عدم مخالفة القوانين للدستور لذلك تبنت الدول آليات مختلفة لضمان سمو الدستور، منها ما حقق الغاية منها ومنها ما لم يحقق ذلك بحرمان الأفراد من الطعن بالقانون المخالف للدستور ،كما في فرنسا قبل عام 2008 وإن قصور هذه الرقابة التي يمارسها المجلس الدستوري والتي تعتبر رقابة سياسية وفق آلية الإخطار كانت السبب في تفعيل الرقابة القضائية اللاحقة والسماح للأفراد بشكل غير مباشر بالتقاضي امام المجلس الدستوري عن طريق مسألة الأولوية الدستورية.

الكلمات المفتاحية:

مجلس دستوري– مسألة أولية– رقابة سياسية –رقابة قضائية– سمو الدستور– مخالفة القوانين – دعوى دستورية–آلية مراقبة–رقابة سابقة ولاحقة– الطعن بالقانون –الإخطار

The Role of the French Constitutional Council in Oversight of the Constitutionality of Laws in France

Abstract

The constitution sits at the top of the legislative pyramid in all countries, and the supremacy of the constitution has no value without constitutional oversight that ensures that laws do not violate the constitution. Therefore, countries have adopted various mechanisms to ensure the supremacy of the constitution, some of which have achieved their purpose, while others have not, by depriving individuals of challenging a law that violates the constitution, as in France before 2008. The shortcomings of this oversight exercised by the Constitutional Council, which is considered political oversight according to the notification mechanism, were the reason for activating subsequent judicial oversight and indirectly allowing individuals to litigate before the Constitutional Council through the issue of constitutional priority.

Keywords:

Constitutional Council, preliminary issue, political oversight, judicial oversight, supremacy of the constitution - violation of laws, constitutional lawsuit, oversight mechanism, prior and subsequent oversight, legal challenge, notification.

الرقابة الدستورية في فرنسا اقتصرت على رقابة دستورية مشاريع القوانين (رقابة المطابقة) والتي تعرض فيها تلك المشاريع على رقابة المحكمة الدستورية والمجلس الدستوري لإبداء رأيه بشأن مطابقتها للدستور من عدمه، ولم تشمل الرقابة على القانون بعد نفاذه، ومن البديهي العلم بأن عيوب الدستورية لا تظهر إلا بعد وضع القانون موضع التنفيذ وهو ما دفع فرنسا إلى إعادة النظر في نظام الرقابة الدستورية وهنا أتت الرقابة القضائية على دستورية القوانين في فرنسا لتطوير نظام إخطار القضاء الدستوري بشأن القوانين المخالفة للدستور والذي كان مقصوراً على السلطات العامة، أما الفرد فلم يسمح له ممارسة حق التقاضي الدستوري.

الأهمية:

تنبع أهمية البحث من أهمية الرقابة الدستورية ذاتها من خلال دورها في سمو الدستور وحماية الحريات والحقوق.

الهدف:

يهدف البحث إلى تسليط الضوء على طرق الرقابة الدستورية في فرنسا قبل عام 2008 وبعده والتحقق فيما إذا كانت الإصلاحات المتبعة أكثر عدالة للأفراد.

الإشكالية:

إن وجود نصوص مخالفة للدستور ووجود نظام الرقابة السابقة على دستورية القوانين في فرنسا قبل عام 2008شكل نوعاً من الضغط عند المتقاضين والمحاكم الفرنسية، فهل الإصلاحات التشريعية والقضائية عام 2008 حققت رقابة دستورية متكاملة ومنعت تطبيق القانون المخالف للدستور.

المنهج:

سوف نستخدم في هذه الدراسة المنهج التاريخي من خلال التطرق لطرق وآليات الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا قبل عام 2008، والمنهج التحليلي من خلال تحليل بعض النصوص القانونية.

المخطط:

المطلب الأول: الرقابة على دستورية القوانين قبل التعديل الدستوري لعام 2008

الفرع الأول: أسباب استبعاد الرقابة القضائية في فرنسا ما قبل عام 2008

الفرع الثاني: محاولات الإصلاح التشريعية والقضائية على نظام الرقابة الدستورية

المطلب الثاني: مهام المجلس الدستوري في الرقابة الدستورية

الفرع الأول: اختصاص المجلس الدستوري بالرقابة على دستورية القوانين

الفرع الثاني: اتصال المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية

المطلب الأول

الرقابة على دستورية القوانين قبل التعديل الدستوري لعام 2008

شكل القضاء الفرنسي العادي والإداري الاتجاه الرافض لفكرة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واعتمد على حجج محددة لدعم موقفه وهو ما سنبحثه في الفرع الأول لننتقل في الفرع الثاني لدراسة محاولات الإصلاح التشريعية التي كانت أساس لتجاوز نصوص الدستور والقانون الأساسي المتعلق بالمجلس الدستوري والتي لم تكن تجز حتى عام 2008 إلا الرقابة على دستورية التشريعات التي لم تصدر بعد.

الفرع الأول: أسباب استبعاد الرقابة القضائية في فرنسا ما قبل عام 2008

تتمثل هذه الأسباب بما يلي:

أولاً: الحظر بنصوص تشريعية:

حظرت بعض النصوص التشريعية في القانون الفرنسي على القضاء إجراء الرقابة على دستورية القوانين، مثل النص على ما يلي "ليس للمحاكم أن تتدخل في أعمال السلطة التشريعية ولا تمنع تنفيذ القوانين أو إلغائها"[1]، وكذلك " ليس للمحاكم بصفة مباشرة أو غير مباشرة أن تقوم بأي عمل من أعمال السلطة التشريعية وأن لا تمنع تنفيذ القوانين أو اصدارها[2]"، وهذا ما نص عليه قانون العقوبات الفرنسي الذي عاقب القضاة ممن يتدخلون في عمل السلطة التشريعية[3]، وحجة ذلك الشك في جهات القضاء، وكي لا يقف القضاء في وجه الإصلاحات الثورية وحتى لا تعطل القوانين الثورية الجديدة بحجة عدم إخضاعها لأحكام الدستور.

من خلال ذلك نستنتج أن الرغبة كانت واضحة لدى مشرعي هذه القوانين لاستبعاد فكرة إسناد الرقابة على دستورية القوانين للقضاء.

ثانياً: اعتبار القانون التعبير الحر والرسمي للإرادة العامة للأمة:

وهي الفكرة التي حرصت الثورة الفرنسية على تدعيمها في إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789ولما كانت هذه الإرادة ذات سيادة وسلطة عليا لا يوجد ما هو أعلى منها، ولا تفرض أي رقابة عليها، وبالتالي لا يمكن مراقبة القانون باعتباره أداة التعبير عن هذه الإرادة، وأن الرقابة اللاحقة ترتب المساس بمبدأ الأمن القانوني، لأنها تؤدي إلى الحكم بعدم دستورية عدة تشريعات مطبقة حتى ولو كانت قديمة [4]

ثالثا: مبدأ الفصل بين السلطات:

[1] المادة 3 من التشريع الصادر في 8 سبتمبر لعام 1891 م في فرنسا
[2] المادة 11 من قانون التنظيم القضائي الصادر سنة 1890 في فرنسا
[3] المادة 128 قانون عقوبات فرنسي لعام 1890
[4] عبد المنصف عبد الفتاح محمد إدريس، رقابة الملائمة في القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس لعام2011، ص126

إن منح القضاء حق الرقابة الدستورية من شأنه أن يجعل منه سلطة سياسية تسمو على سائر سلطات الدولة، وتمارس عمل سياسي لا ينسجم مع طبيعة العمل القضائي بينما هذا المبدأ يقتضي حصر وظيفة القضاء في الحكم وفق القوانين أي تطبيق القوانين، وليس رقابتها وفحص مدى دستوريتها.

من خلال ذلك تم التوصل إلى أنه لا يجوز للقضاء مراقبة دستورية القوانين وبحث أعمال السلطة التشريعية التي منحها الدستور مهمة التشريع، ويعتبر تقرير تلك الرقابة تعدي على السلطة التشريعية التي تملك الاستئثار بتقييم مدى مطابقة القانون لأحكام الدستور، باعتبارها المعبرة عن الإرادة العامة للأمة[5].

الفرع الثاني: محاولات الإصلاح التشريعية والقضائية على نظام الرقابة الدستورية

حاول الفرنسيون قبل عام 2008 إصلاح نظام الرقابة على دستورية القوانين المستقر في نظامهم الدستوري، وذلك من خلال تعديل نصوص دستور 1958وإدراج دور الأفراد في معادلة الرقابة على دستورية القوانين، وهو ما تم عن طريق محاولتين فاشلتين لتعديل الدستور والعمل بأسلوب سؤال الأولوية الدستورية وتعد محاولتي العمل بأسلوب سؤال الأولوية الدستورية لعامي 1990و 1993 الأساس الذي أسست عليه المحاولة الناجحة للعمل بهذا الأسلوب عام 2008 وسنتطرق هنا إلى المشاريع الإصلاحية المطروحة قبل تعديل 2008، والغايات المرجوة من سؤال الأولوية الدستورية طبقاً للمصطلح الذي تبناه النموذج الفرنسي في تحديد طبيعته القانونية وقواعد عمله[6].

أولاً: محاولات الإصلاح التشريعية

تم طرح عدة مشاريع كان الهدف منها تخويل الفرد حق إخطار المجلس الدستوري بشأن عدم دستورية القوانين السارية المفعول وهي تعديل أسلوب تحريك الرقابة السابقة على دستورية القوانين

[5] نورة بلال، حق الأفراد في الدفع بعدم دستورية القوانين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة باتنة عام 2022 ص74

[6] د. عمر العبدالله، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة دمشق، المجلد 17 العدد 2 لعام 2002 ص15

والمعاهدات الدولية في عامي 1992و1974 حيث كان يجب عرض القوانين الأساسية والأنظمة الداخلية المنظمة لعمل السلطة التشريعية بمجلسيها على المجلس الدستوري لبحث مدى دستوريتها بعد تمام التصويت عليها وقبل اعتمادها بصورة نهائية[7]، وبالتالي فإن هذين النوعين من التشريعات يخضعان للرقابة الوجوبية من قبل المجلس الدستوري، والسبب الأساسي الذي دفع واضعي دستور 1958 إلى إخضاعهما للرقابة الوجوبية هو منع أي محاولة من جانب السلطة التشريعية لتعديل الدستور أو الإضافة إلى أحكامه عن طريق القوانين الأساسية أو السيطرة على الإجراءات التشريعية والعمل البرلماني بأكمله، من خلال تضمين الأنظمة الداخلية لمجلسي السلطة التشريعية ما يؤدي إلى ذلك[8].

وبالرجوع إلى المادتين 61 و54 من الدستور، نرى أنهما أجازتا لمجموعة من السلطات السياسية التي حددتها على سبيل الحصر، أن تطلب متى رأت ضرورة لذلك، تدخل المجلس الدستوري لبحث مدى دستورية القوانين العادية، والمعاهدات الدستورية، قبل إصدار القانون أو الارتباط بالمعاهدة بصفة نهائية[9].

نستنتج أن رقابة المجلس الدستوري وفق المواد 61 و54 من الدستور تعد رقابة جوازية، وقد اقتصر حق تحريك الرقابة الجوازية على دستورية القوانين العادية والمعاهدات الدولية حتى عام 1974على السلطات التالية: رئيس الجمهورية، والوزير الأول، ورئيس مجلس الشيوخ، ورئيس الجمعية الوطنية.

ثم منح هذا الحق لستين عضو بمجلس الشيوخ وستين عضو بالجمعية الوطنية، في سنة 1974 بالنسبة للقوانين العادية وفي عام1992بالنسبة للمعاهدات الدولية، ويعود سبب حرمان أعضاء البرلمان من حق تحريك الرقابة على دستورية القوانين العادية والمعاهدات الدولية إلى ترشيد النظام البرلماني للدرجة التي تضعف دور البرلمان في إدارة شؤون الدولة على المستوى الداخلي والمستوى

[7] المادة 61 من الدستور الفرنسي 1958م
[8] إبراهيم عبد العزيز شيحا، المبادئ الدستورية العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، عام 2006، ص268
[9] د. إلياس جوادي رقابة دستورية القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، عام 2009، ص33

الخارجي، عن طريق غلق باب المجلس الدستوري أمام البرلمانيين، حتى لا يتمكنوا من الاحتجاج على السياسة الداخلية للسلطة التنفيذية، التي تترجم في صيغة قوانين عادية، تتحكم في سنها ،بما لها من سيطرة على الإجراءات التشريعية، وعلى السياسة الخارجية التي تتحكم فيها بمقتضى الدستور وتترجمها في شكل معاهدات على المستوى الدولي[10].

نستنتج أن واضعي دستور 1958 أرادوا استخدام المجلس الدستوري كأداة لصالحهم بالنسبة للأنظمة الداخلية للبرلمان والقوانين الأساسية، التي تضعف السلطة التنفيذية بشأنها وكذلك أرادوا ألا يكون للمجلس أي دور بالنسبة للقوانين العادية والمعاهدات الدولية، التي يتوسع دور السلطة التنفيذية بشأنها ويمكن أن تبرر بأغلبية بسيطة في البرلمان، ويكون من الجيد حرمان البرلمانيين سيما المعارضين من الاعتراض عليها عن طريق حرمانهم من تحريك الرقابة على دستوريتها أمام المجلس الدستوري.

ونرى أن التوجه نحو منح أعضاء البرلمان سلطة تحريك الرقابة على دستورية القوانين العادية عام 1974وعلى المعاهدات الدولية عام ،1992يعبرعن تجديد العلاقة بين السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية، وكذلك الانفتاح والتوجه نحو نظام للرقابة على دستورية القوانين يكرس حق الأفراد فيه ولو بصورة غير مباشرة عن طريق ممثليهم في البرلمان.

*نستخلص مما سبق أن المحاولة التشريعية للإصلاح نلاحظها في عنصرين هما منح أعضاء البرلمان حق تحريك الرقابة على دستورية القوانين العادية عام 1974 وكذلك منح أعضاء البرلمان حق تحريك الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية عام1992.

ويمكننا اختصار التحفظات البرلمانية التي صيغت في شكل تعديلات في النقاط الآتية[11]:

[10]د. رشيدة العام، المجلس الدستوري الجزائري، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، عام 2006 ص25

[11]هنري روسيون، المجلس الدستوري، ترجمة محمد وطفة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، عام 2009، ص64

توسيع قانون سؤال الأولوية الدستورية ليشمل كل المقتضيات التشريعية التي تسبق تاريخ دستور 1958والتي تشكل جزءاً من البناء القانوني الفرنسي، وهذا التعديل كان ضد رغبة الحكومة التي أرادت أن تقتصر المقتضيات التشريعية على تلك الصادرة عن برلمانات الجمهورية الخامسة فقط، وتمثلت الغاية من ذلك التعديل في تحقيق أهداف الرقابة البعدية والمتمثلة في تطهير الاحتياط التشريعي من النصوص المشوبة بعيب عدم احترام الحقوق والحريات المضمونة بشكل دستوري، وتخفيف شروط إحالة سؤال الأولوية الدستورية من قبل قاضي الموضوع إلى المحكمة العليا التي يتبع لها، وذلك باستبدال الصيغة الواردة في المشروع الحكومي التي تنص على أن يكون المقتضى المطعون فيه يتحكم في نتيجة التقاضي، بمعنى أن المقتضى المطعون فيه يطبق على النزاع أو يشكل أساس المتابعات، والنص على أن قاضي الموضوع يقر في سؤال الأولوية الدستورية دون أجل، وجعل قانون سؤال الأولوية الدستورية يكرس للمتقاضين ضمانات، لذلك تم التشديد على ضرورة تعليل كل القرارات القضائية المرتبطة بمسار هذه المسألة، وعقلنة آجالها[12].

نستنتج أن الغاية من إدراج سؤال الأولوية هو منح محاسن لهذه الآلية الحديثة لتأكيد نجاحها في مواجهة اعتياد المواطن على الدعوى الاتفاقية ضمن القضاء الفرنسي.

كذلك إلزام مجلس الدولة ومحكمة النقض، بالفصل في سؤال الأولوية الدستورية الذي يثار لأول مرة أمامهما ضمن أجل ثلاث أشهر كحد أقصى، والنص على إحالة سؤال الأولوية الدستورية بشكل مباشر للمجلس الدستوري في حالة عدم الفصل فيه ضمن الأجل المحدد له.

ثانياً: محاولات الإصلاح القضائية

إن وجود نصوص مخالفة للدستور لاسيما بين القوانين العادية التي تخضع للرقابة الجوازية ووجود نظام الرقابة السابقة على دستورية القوانين في فرنسا شكل نوعاً من الضغط عند المتقاضين والمحاكم الفرنسية وخصوصاً في الفترة التي سبقت منح البرلمانيين حق تحريك الرقابة السابقة على

[12]محمد أتركين، دعوى الدفع بعدم الدستورية في التجربة الفرنسية في الإطار القانوني والممارسة القضائية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، عام 2013، ص29

دستورية القوانين عام 1974 حيث أن الأفراد الفرنسيين يجوز لهم إثارة سؤال الأولوية الدستورية أمام الهيئات الأوروبية لكن يستحيل عليهم إثارتها أمام المحاكم الوطنية وهنا جاء موقف المحاكم الفرنسية والمجلس الدستوري بالنسبة للقوانين التي دخلت حيز النفاذ حيث رفض المجلس الرقابة عليها حتى عام 1985،وقد شكل هذا العام منعطف حيث اتخذ المجلس من رقابته السابقة منطلقاً للحكم بعدم دستورية القوانين التي دخلت حيز النفاذ.

وفي عام 1988 وافق المجلس الدستوري بحث دستورية نص تشريعي انتخابي ينتهك اتفاقية أوروبية لحقوق الإنسان ويخالف المادة 55 من دستور 1958 التي تعلي المعاهدة على القوانين الداخلية، ومثل هذا القضاء استثناء لمبدأ مستقر منذ سنة 1975 يقول بأن مخالفة القانون الداخلي للاتفاقية الدولية لا يعني مخالفة القانون للدستور[13].

كما نصت المادة 37من دستور 1958على أن "المسائل التي لا تدخل في نطاق القانون تكون لها صفة لائحية"، وقد اعتمد المجلس الدستوري على هذه المادة كأداة لتطوير رقابته على دستورية القوانين التي دخلت حيز التطبيق متجاوز بذلك الهدف الأصلي من الفقرة الثالثة من نفس المادة، والمتمثل في تكريس المجلس الدستوري كآلية لرفع الصفة التشريعية عن كل ما يصدر من البرلمان من تشريعات في المجال اللائحي للحكومة بهدف اضفاء الصفة اللائحية عليها وبالتالي السماح للحكومة بتعديلها أو بالتشريع في مجالها عن طريق اللائحة.

نستنتج أن محاولات الإصلاح قبل عام 2008 وما أفضت إليه في عام 2008 يعد تطوراً جوهرياً وعادلاً في حماية حقوق الأفراد من القوانين غير الدستورية.

المطلب الثاني

مهام المجلس الدستوري في الرقابة الدستورية

[13]د. محمد السيد زهران، الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الثاني، السنة 1970، ص298

يعد المجلس الدستوري الفرنسي أحد أبرز المؤسسات الدستورية التي أنشئت لضمان احترام مبدأ سمو الدستور وسيادة القانون في الجمهورية الفرنسية، فمنذ إحداثه بموجب دستور الجمهورية الخامسة لعام 1958، أنيط به دور محوري في الرقابة على دستورية القوانين، بهدف تحقيق التوازن بين السلطات والحفاظ على الحقوق والحريات الأساسية للمواطنين، وقد تطور دور المجلس الدستوري بشكل تدريجي، من هيئة تمارس رقابة سابقة محدودة على القوانين، إلى مؤسسة فاعلة تمارس رقابة لاحقة من خلال "المسألة الأولية الدستورية"، التي أقرت بموجب التعديل الدستوري عام 2008، ما عزز مكانته كضامن حقيقي للشرعية الدستورية، وتكمن أهمية المجلس الدستوري على الرغم من عدم تحديد الطبيعة القانونية لهذا المجلس في كونه لا يتدخل في مضمون التشريع إلا بما يتوافق مع المبادئ الدستورية، وهو ما يجعله حارساً للحقوق الدستورية ومحدداً للحدود التي يجب ألا تتجاوزها السلطة التشريعية، لذلك، فإن دراسة دور هذا المجلس في الرقابة على دستورية القوانين تمثل مدخلا لفهم طبيعة النظام الدستوري الفرنسي وآليات حماية الدستور داخله.

الفرع الأول: اختصاص المجلس الدستوري بالرقابة على دستورية القوانين

تكون رقابة المجلس إما إجبارية أو اختيارية أو ممنوعة وغير ممكنة، في الرقابة الإجبارية على دستورية القوانين وفق المادة 16 من دستور 1958 فإن كل القوانين الأساسية يجب أن تحال – وبعد موافقة البرلمان عليها– وقبل إصدارها إلى المجلس الدستوري للتحقق من دستوريتها أولاً كما يأتي:

أولاً: الرقابة الإجبارية

وتسمى أيضاً القوانين الأساسية التي يجب أن تحال إلى المجلس بالقوانين العضوية أو النظامية، حيث توصف بذلك نظراً إلى الموضوعات التي تعالجها، والمتعلقة بنظام الحكم وحقوق الأفراد، ويقال عنها بالقوانين المكملة للدستور لأنها تحتوي الأحكام التفصيلية لما تناوله الدستور أو بالقوانين من نوع خاص، تصدرها السلطة التشريعية، وفق شروط وإجراءات تكون مختلفة في الغالب لشروط

وإجراءات إقرار القوانين العادية، لتنظم من خلالها مسائل تعد دستورية بطبيعتها أو في جوهرها .[14]

نلاحظ أن عرض القوانين الأساسية على المجلس الدستوري إجباري وبدون أي طعن، وذلك لغاية التحقق من مطابقتها لنصوص الدستور، ويمتنع رئيس الدولة عن إصدارها إذا أعلن المجلس عدم دستوريتها، وسبب عرضها الإلزامي أنها نوعية متميزة من القوانين التي يصدرها البرلمان، كما أن الدستور حدد بنصوص صريحة الموضوعات المنظمة بقوانين عضوية على سبيل الحصر.

أ–النظام الداخلي لمجلسي البرلمان : يراقب المجلس الدستوري مدى مطابقة نظامي مجلسي البرلمان قبل تطبيقهما، حيث يجب عليه الفصل في مدى دستورية النظامين[15].

بعد المصادقة على النظام الداخلي، يجب على رئيسي الغرفتين –مجلس الشيوخ والجمعية العامة –بصفة وجوبية إخطار المجلس الدستوري، وتم الاخذ بهذه الخطوة ضمن الدستور الفرنسي تفادياً لما حصل في ظل الجمهورية الثالثة و الرابعة، لأنه عن طريق النظام الداخلي كانت المجالس تمنح لنفسها مهام لم يمنحها لها الدستور، حيث كان هناك تجاوز واضح للنصوص الدستورية دون اعتبار لمرتبتها التي تحتلها على رأس الهرم القانوني لهذا قال الفقيه بيار أن هذه اللوائح كان لها أهمية أكبر من الدستور نفسه في سير الشؤون العامة، و على الرغم من ذلك، فإن مبدأ الاستقلال السيادي للبرلمان في وضع لوائحه الداخلية قد تلاشى بعد صدور دستور عام 1958الذي أخضع هذه اللوائح للرقابة الوجوبية أمام المجلس الدستوري[16].

وقد مارس المجلس الدستوري رقابته لدستورية لوائح مجلسي البرلمان بفعالية وأجبرهما على تعديل عدة نصوص في هذه اللوائح للتوافق مع نصوص الدستور، والمجلس الدستوري في رقابته عليها

[14]تبينة حكيم ، الرقابة السياسية على دستورية القوانين –المجلس الفرنسي نموذجاً-كلية الحقوق جامعة محمد لين دباغين، بحث منشور في مجلة الدراسات والبحوث القانونية العدد 5 المجلد2 عام 2020 ص100

[15]المادة 161، الفقرة 1 من الدستور الفرنسي 1958

[16]د. عصام سعيد عيد أحمد، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر عام 2006، ص238

يستهدي دائماً بمبدأ ضرورة المحافظة على التوازن الدستوري بين السلطات الذي يسود الروح العامة للدستور.

ب- دستورية الاقتراحات بالقوانين الاستفتائية: يجب عرض اقتراحات القوانين المنصوص عليها على المجلس الدستوري بفحص مدى مطابقتها للدستور قبل عرضها على الاستفتاء الشعبي.

وبالرجوع إلى أحكام المادة 11 من الدستور الفرنسي فإن ما تضمنته اقتراحات هذه القوانين هو تنظيم السلطات العامة أو الإصلاحات المتعلقة بالسياسة الاقتصادية أو البيئية للأمة وبالمرافق العامة التي تساهم في ذلك و يتضح مما سبق أن رقابة الدستورية التي يجريها المجلس الدستوري تعد من ناحية أولى رقابة وجوبية، كما تعد من ناحية ثانية رقابة سابقة، أي أن رئيس الجمهورية ملزم بعرض اقتراحات القوانين الاستفتائية على المجلس الدستوري ليقرر مدى مطابقتها للدستور، حتى يمكن إصدارها بعد موافقة الشعب عليها في الاستفتاء[17].

مع الإشارة إلى أن هذه القوانين الاستفتائية كانت تخرج عن رقابة المجلس الدستوري، وذلك في قراره الذي أصدره بتاريخ1962حيث قرر أنه لا يختص بالفصل في مدى مطابقة القوانين الاستفتائية مع نصوص الدستور، وقد علل ذلك بأن هذه القوانين التي أقرها الشعب في استفتاء عام تمثل التعبير المباشر للسيادة الوطنية[18]، فالقوانين الاستفتائية لا يمكن الطعن فيها.

ونرى أن قرار المجلس السابق هو الأصح حيث أن ما يعبر عن السياسة الوطنية بالاستفتاء العام لا يمكن أن ينافي الدستور لأن الدستور أساساً لا يمكن أن يتنافى مع الديمقراطية وحرية الاستفتاء.

ثانياً: الرقابة الجوازية

تكون بناء على إخطار مقدم من طرف الهيئات المختصة إلى المجلس، ويتعلق الأمر بالرقابة على القوانين العادية والمعاهدات الدولية.

[17]حسن مصطفى البحري، القضاء الدستوري (دراسة مقارنة)، دون دار نشر، عام 2017، ص68

[18] Favoreu et Philip, les grandes décisions du conseil constitutionnel. Ed. Sirey, 1979- P.176

أ- القوانين العادية: إن المجلس الدستوري يتم إخطاره من طرف هيئات محددة للفصل في مدى مطابقة القوانين للدستور قبل إصدارها.[19]

نلاحظ أن الرقابة هنا هي رقابة وقائية لأنها تقع على مشروعات القوانين بعد أن يقرها البرلمان وقبل أن يصدرها رئيس الجمهورية، بالإضافة إلى أن تقديم الطعن أمام المجلس الدستوري لا يمكن أن يتم إلا من قبل السلطات العامة المحددة حصرا، ووفقا للشكل والإجراء المحدد قانوناً.

كما نلاحظ أن رقابة المجلس الدستوري على دستورية القوانين العادية ليست تلقائية، لأنه لا يملك القيام بها من تلقاء نفسه، وإنما بناء على إحالة من إحدى الجهات التي حددها النص الدستوري، كما أنها تعد رقابة جوازية، فعرضها على المجلس الدستوري لفحص مدى مطابقتها للدستور ليس إلزامياً وإنما جوازي متروك لتقدير الجهات العامة التي حددها الدستور.

ونستنتج أن غاية جعل الإخطار سلطة اختيارية هي عدم إثقال عبء المجلس الدستوري، كما أن نظام مناقشتها أمام البرلمان تحت رقابة الحكومة، وما تملك من امتيازات دستورية رقابية أثناء إعدادها يؤدي إلى قرينة عامة بافتراض مطابقتها للدستور.

ب -المعاهدات الدولية: إذا صرح المجلس الدستوري بناء على إخطار من رئيس الجمهورية أو الوزير الأول أو رئيس أحد المجلسين أو ستين نائباً أو ستين عضوا في مجلس الشيوخ، أن تعهدا دوليا ما يتضمن بنداً مخالفاً للدستور فإنه لا يؤذن بالتصديق على هذا التعهد الدولي أو الموافقة عليه إلا بعد مراجعة الدستور[20]، ويتضح من خلال هذا النص الدستوري أن رقابة المجلس الدستوري على المعاهدات الدولية هي رقابة سابقة على تصديق ونفاذ هذه المعاهدات، وهذا يعني أن هذه الرقابة تنصب على مشروعاتها، ولهذا السبب فإن هذه الرقابة الوقائية لها أهمية كبيرة كونها لا تثير الإشكالية المتعلقة بالمسؤولية الدولية[21].

---

[19]الفقرة الثانية من المادة 62 من دستور 1958

[20]انظر المادة 54 من الدستور الفرنسي لعام 1958م

[21]د.محمد يوسف المحيميد، الاشكالية القانونية للمجلس الدستوري الفرنسي، مجلة جامعة تكريت للحقوق، بغداد، العراق، العدد1 لعام 2016، ص315

وقد أكد المجلس الدستوري أنه يراقب كل مواد المعاهدة، وبذلك يفرض عدم الدستورية حتى بالنسبة للنصوص التي لم يخطر بها، ولا يمكن للمجلس استعمال تقنيات التفسير أو اعتبار نص معيب دستورياً بتحفظ، وإنما يقرر إما دستورية النص أو عدمها، كما أنه عند تقرير عدم دستورية معاهدة فإنها لا تعدل.

نلاحظ أن واضعي الدستور أرادوا وضع قيود تفرضها رقابة المجلس على دستورية المعاهدات ضمن إطار الاتحاد الأوربي، تعبيراً عن الوطنية، وخوفاً على المساس بالسيادة الوطنية.

عندما يجد المجلس الدستوري أن نصاً في مشروع الاتفاقية يتعارض مع الدستور، فإنه يجب أن تتخذ الإجراءات لتعديل الدستور نفسه، ومن بين التطبيقات التي وضعها المجلس الدستوري الفرنسي بموضوع الرقابة الدستورية للمعاهدات، البروتوكول المتعلق باتفاقية حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، والخاص بإلغاء عقوبة الإعدام في دول الاتحاد الأوربي، والذي كان محل رقابة المجلس الدستوري عام 1958 بإحالة من رئيس الجمهورية، وقرر المجلس أنه لا يتعارض مع الدستور.

نستنتج أن المعاهدات أو الموافق عليها قانونياً تكتسي قوة تفوق مرتبة القوانين، شريطة أن تطبق الجهة الأخرى هذه المعاهدة.

ج–توزيع الاختصاصات بين مجالي القانون و اللائحة: إن المشرع الدستوري الفرنسي قد قيد لأول مرة مجال القانون بعدم الاعتداء على المجلس اللائحي المستقل للحكومة، فلا يجوز للمشرع البرلماني التدخل في المجلس اللائحي، لأنه قد يقوم البرلمان بتجاوز نطاق اختصاصاته الدستورية المحددة، بالاعتداء على المجلس اللائحي للحكومة[22]، ولهذا السبب منح المشرع الدستوري اختصاص رقابي للمجلس الدستوري، لضمان عدم وقوع هذا الاعتداء[23] تبين أثناء تطبيق الإجراء التشريعي أن اقتراح لا يدخل في اختصاص القانون أو يتعارض مع تفويض منح بموجب المادة

[22]حددت المادة 34 من دستور 1958 الحالات التي تعالجها القوانين على سبيل الحصر، ونصت الفقرة الأولى من المادة 37على أن المواضيع الأخرى لا تدخل ضمن مجال القانون هي من اختصاص التنظيم.

[23]تبينة حكيم، الرقابة السياسية على دستورية القوانين(المجلس الفرنسي نموذجاً)، مرجع سبق ذكره، ص104

38 يمكن للحكومة أن تعترض عليه بعدم القبول، وفي حالة خلاف بين الحكومة و رئيس المجلس المعني يفصل المجلس الدستوري في الخلاف بطلب من أحدهما في أجل ثمانية أيام[24]،إن قرار المجلس الدستوري في هذه الحالة لن يكون بدستورية القانون أو عدم دستوريته، بل إعلان الصفة اللائحية.

الفرع الثاني: اتصال المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية

يحال الدفع بعدم الدستورية من مجلس الدولة أو محكمة النقض بقرار إحالة يصدر من أي منهما متى توافرت شروط قبول الدفع بعدم الدستورية الإجرائية والموضوعية، سواء كان الدفع بعدم الدستورية محال إلى أي منهما من محكمة الموضوع أو أثير أمام أي منهما لأول مرة بمناسبة نظر الطعون في الأحكام أو الدعاوى الأصلية ففي حالة توافر شروط قبول الدفع بعدم الدستورية يصدر قرار الإحالة خلال ثلاثة أشهر من تاريخ إحالة الدفع إلى مجلس الدولة أو محكمة النقض من جانب محكمة الموضوع، أو خلال ثلاثة أشهر من تاريخ إثارة الدفع لأول مرة أمام مجلس الدولة أو محكمة النقض

كما يجب أن يكون قرار الإحالة معلل ومصحوب بمذكرات وطلبات الأطراف، كما يجب إخطار محكمة الموضوع التي أثير أمامها الدفع بقرار الإحالة وكذلك الأطراف خلال ثمانية أيام من تاريخ صدوره[25]، وهو ما سنقوم بدراسته ثانياً بعد أن نقوم بالبحث في شروط قبول الدفع بعدم الدستورية.

أولاً: شروط قبول الدفع بعدم الدستورية

توجد شروط شكلية وشروط موضوعية وهي كما يأتي:

1-الشروط الشكلية: نص المشرع الفرنسي على ضرورة تقديم الدفع بعدم الدستورية في مذكرة مكتوبة ومنفصلة ومسببة؛ بمعنى أنه لا يجوز تقديم الدفع بعدم الدستورية مع الطلب الأصلي، ولا

[24]المادة 41 من دستور 1958 الفرنسي

[25]أ.د شريف يوسف خاطر حلمي ،المسألة الدستورية الأولية في فرنسا ،بحث منشور في مجلة البحوث القانونية الاقتصادية،عدد 55 ،لعام 2014،ص302

يجوز تقديمه مع طلب آخر أو دفع آخر يختلف عنه في الطبيعة والمضمون، كما يجب أن يكون الدفع مفسراً لأسباب تقديمه من حيث انتهاك النص القانوني الواجب التطبيق على النزاع للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، والا حكم برفض الدفع[26].

نلاحظ أن المشرع الفرنسي تشدد في الالتزام بهذا الإجراء بضرورة تقديم الدفع في طلب مستقل ومعلل، وحظر قيام القاضي بتنبيه المتقاضين لتصحيح شكل الدفع وضرورة الحكم برفضه إذا لم يقدم في الشكل والصورة التي نص عليها المشرع، فيما عدا ما سبق لم يرد نص يتطلب شروط شكلية أخرى، لذا يخضع الدفع بعدم الدستورية للشروط الكلية العامة الأخرى المنصوص عليها في تقنين الإجراءات المدنية والإدارية من حيث تقديمه من صاحب المصلحة وفي المواعيد المحددة القانون، وقد حظر على القاضي في فرنسا سواء قاضي الموضوع أو الاستئناف أو النقض إثارة الدفع بعدم الدستورية من تلقاء نفسه[27].

2- الشروط الموضوعية: هناك عدة شروط موضوعية وهي:

أ- يشترط لقبول الدفع بعدم الدستورية صلة النص بالنزاع المعروض أي أن يكون النص المطعون بدستوريته مطبقا على النزاع، أو يمثل أساس للملاحقة أو المسؤولية القضائية[28].

وقد حدث خلاف بين محكمة النقض من ناحية، ومجلس الدولة والمجلس الدستوري من ناحية أخرى بشأن التشريعات التي ألغيت لكن لاحقا عدلت محكمة النقض عن اتجاهها وأخذت بوجهة نظر المجلس الدستوري.

ب- يجب ألا يكون النص التشريعي قد سبق الحكم بتطابقه مع الدستور، ما لم تتغير الظروف[29].

---

[26] د. محمد السيد زهران، الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الثاني، سنة 1970 ص169

[27] المادة 23الفقرة الأولى منها من القانون الأساسي الصادر في 10ديسمبر 2009

[28] د.محمد المنجى، دعوى عدم الدستورية، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2002، ص255

[29] الفقرة الثانية من المادة 23 من القانون الأساسي الصادر في 10 ديسمبر2009

ج–جدية الدفع بعدم الدستورية : يشترط لإحالة الدفع بعدم الدستورية إلى محكمة النقض أو مجلس الدولة حسب الحال، أن يغلب عليه الحكم بعدم دستورية النص المطعون فيه بواسطة المجلس الدستوري، وهو ما يطلق عليه "ألا يكون الدفع مجرد من صفة الجدية" أي رجحان الحكم بعدم دستورية النص التشريعي ، ويهدف المشرع من اشتراط هذا الشرط إلى ضمان أن إثارة الدفع لم تكن بغرض إطالة أمد التقاضي، وأن النص المطبق على النزاع يمثل بالفعل انتهاك لحق أو حرية تتعلق بمقدم الدفع ويتضمنها الدستور، ويترك لمحكمة الموضوع السلطة التقديرية في تقدير جدية الدفع من عدمه مع الخضوع لرقابة القضاء في حالة رفض الدفع والطعن على قرار الرفض يكون عند الطعن على الحكم في الدعوى الأصلية، حيث لا يجوز الطعن على قرار رفض الإحالة منفصل، كذلك يكون الدفع جدي عندما لا يكون وسيلة لتعطيل الفصل في الدعوى والسعي للإضرار بالخصم نتيجة هذا التعطيل، أي أنه ليس دفعا كيدياً.[30]

ثانيا: اتصال المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية من مجلس الدولة أو محكمة النقض يترتب على صدور قرار بإحالة الدفع بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري وقف الفصل في الدعوى الموضوعية المنظورة أمام محكمة الموضوع التي أثير أمامها الدفع، أو أمام مجلس الدولة أو محكمة النقض في حالة إثارة الدفع أمام أي منهما، ما لم يكن المتهم محبوساً أو كان القانون يتطلب الفصل في الدعوى خلال مدة معينة، أو في حالة الاستعجال[31].

أ–اتصال المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بقوة القانون: يثار تساؤل حول بيان الوضع في حالة عدم قيام مجلس الدولة أو محكمة النقض بإحالة الدفع بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري خلال الثلاثة أشهر المحددة قانونا بمقتضى الفقرات الرابعة والخامسة من المادة 23من القانون

[30]د. إبراهيم محمد حسنين ود. أكرم الله إبراهيم محمد، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في النظام الدستوري المصري: دراسة مقارنة مع النظامين الكويتي والبحريني، منشأة دار المعارف بالإسكندرية، 2013ص.257

[31]د. فتحي فكري، القانون الدستوري، الكتاب الأول، المبادئ الدستورية العامة، دار المطبوعات الجامعية،ص23

الأساسي الصادر في 10ديسمبر 2009 ومن المعلوم أن مشروع القانون الأساسي لم يتضمن نصاً يلزم مجلس الدولة أو محكمة النقض بإحالة الدفع بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري خلال مدة محددة ولذلك اقترح أمين عام المجلس الدستوري ضرورة إحالة الدفع بعدم الدستورية بصورة تلقائية من مجلس الدولة أو محكمة النقض إلى المجلس الدستوري في حالة عدم الفصل فيه خلال مدة محددة باعتبار ذلك جزاء على عدم الفصل في الدفع، على أن تتم الإحالة من قلم كتاب مجلس الدولة أو محكمة النقض إلى قلم كتاب المجلس الدستوري أي من قلم كتاب إلى قلم كتاب[32]، وبعد عدة مناقشات تقرر بأنه في حالة انتهاء مدة الثلاثة أشهر دون اتخاذ قرار من جانب مجلس الدولة أو محكمة النقض على حسب الأحوال بالتصرف في الدفع بعدم الدستورية يجب أن يحال الدفع بعدم الدستورية بقوة القانون من قلم كتاب مجلس الدولة أو قلم كتاب محكمة النقض إلى المجلس الدستوري للفصل فيه.

ب- إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام المجلس الدستوري أو التصدي له: تقتضي الفقرة الأولى من المادة 61 من الدستور بأنه وبمناسبة دعوى منظورة أمام إحدى المحاكم، إذا وجد نص تشريعي يتضمن انتقاص للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، يمكن للمجلس الدستوري الفصل في المسألة، بناء على طلب من مجلس الدولة أو محكمة النقض.... ولم يشر النص لإمكانية الدفع بعدم الدستورية أمام المجلس الدستوري، حيث يتعلق الأمر فقط بالدفع بعدم الدستورية أمام محاكم القضاء الإداري الخاضعة لرقابة مجلس الدولة، أو أمام محاكم القضاء العادي الخاضعة لرقابة محكمة النقض، وعندما صدر القانون الأساسي الخاص بتطبيق أحكام المادة 61من الدستور لم تتم الإشارة لإمكانية الدفع بعدم الدستورية أمام المجلس الدستوري أو تصدى المجلس الدستوري للنصوص التشريعية غير الدستورية عند ممارسته لأي من اختصاصاته[33].

[32]مضمون نص الفقرة السابعة من المادة23 من القانون الأساسي للمجلس الدستوري الفرنسي.

[33]د. صلاح الدين فوزي محمد، المجلس الدستوري الفرنسي الطبعة الثانية مزيدة ومنقحة، دار النهضة العربية، القاهرة، لعام 2013 ص244

كما أن المناقشات البرلمانية لم تشر إلى ذلك، حيث اقتصرت المناقشات على مدى إمكانية الدفع بعدم الدستورية أثناء نظر الدعوى أمام قاضي الموضوع أو أمام مجلس الدولة أو محكمة النقض – لأول مرة – دون الإشارة للمجلس الدستوري إلا باعتباره القاضي المختص بالفصل في المسألة الدستورية ذات الأولية المحالة إليه من مجلس الدولة أو محكمة النقض أو بقوة القانون في حالة انقضاء الثلاثة أشهر دون الفصل في المسألة الدستورية من جانب مجلس الدولة أو محكمة النقض[34].

ولكن قرر أمين عام المجلس الدستوري في تعليقه على المسألة الدستورية ذات الأولية بأنه يجوز الدفع بعدم الدستورية أمام المجلس الدستوري، ويجوز له التصدي للنص التشريعي غير الدستوري، بمناسبة أداء مهمته كقاضي انتخابات، حيث يتصرف في هذه الحالة كقاضي موضوع، دون التزام بإحالة المسألة الدستورية لمجلس الدولة أو محكمة النقض، حيث يتولى المجلس الدستوري فحص الموضوع من حيث شروطه الإجرائية والموضوعية والفصل في المسألة الدستورية متى كانت تتضمن انتقاص للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور[35].

ونحن نرى أنها وجهة نظر صائبة للأمين العام للمجلس حيث يمكن للمجلس الدستوري قبول الدفع بعدم الدستورية أمامه أو التصدي له بمناسبة ما يمارسه من اختصاصات خاصة فيما يتعلق بالقوانين التي صدرت دون الخضوع للرقابة الوجوبية، حيث أصبح الحال بعد عام 2008يجيز الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، ومن ثم لم يعد مقبولاً من المجلس الدستوري الثبات على موقفه بعدم جواز التعرض للقوانين التي دخلت حيز النفاذ والقول بغير ذلك سيؤدى إلى سيطرة مجلس الدولة ومحكمة النقض على الدفع بعدم الدستورية ومن ثم سيكونون بوضع أفضل من المجلس الدستوري.

[34] أ.د شريف يوسف خاطر حلمي، المسألة الدستورية الأولية في فرنسا، مرجع سبق ذكره، ص311

[35] د. محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين (المبادئ النظرية والتطبيقات الجوهرية) دار الجامعة الجديدة، عام 2008، ص217

وتأكيداً لذلك صدر حكم حديث للمجلس الدستوري في 12يناير 2012 يتعلق بمنازعات الانتخابات التي يختص المجلس الدستوري وحده بالفصل فيها باعتباره قاضى أول وآخر درجة، حيث تم الدفع أمام المجلس بعدم دستورية نص المادة 289من تقنين الانتخابات لما تتضمنه من انتهاك للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، وقضى المجلس في حكمه بدستورية النص المطعون عليه[36].

كما قضى في العديد من الأحكام الصادرة عن المجلس الدستوري، بأن المجلس يمكنه في إطار تطبيق نظام الدفع بعدم الدستورية التصدي لبعض الدفوع الأساسية ، كما هو الشأن في ظل نظام الرقابة السابقة على دستورية القوانين ،والمجلس الدستوري يجب عليه إخطار كل من رئيس الجمهورية والوزير الأول ورئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الشيوخ، بأمر اتصاله بالمسألة الدستورية ذات الأولوية، حتى يمكن لهؤلاء إرسال ملاحظاتهم إليه حول المسألة الدستورية واذا كان أحد هذه الدفوع التي أثارها المجلس تسمح بالحكم بعدم الدستورية، استند المجلس إلى هذا الدفع دون الإشارة للدفوع الأخرى المقدمة من الطاعنين ،والغاية من ذلك تمكين هذه السلطات من تقديم ملاحظاتها حول الدفع ولا بد من ذكر أنه لا يترتب على انقضاء الدعوى التي أثير فيها الدفع بعدم الدستورية، لأي سبب كان، أية نتائج على الفصل في الدفع بعدم الدستورية بواسطة المجلس الدستوري، لاحترام مبدأ عينية الدعوى الدستورية، وأكد المجلس الدستوري ذلك فيما يتعلق بعدم جواز سحب طلب رقابة دستورية تشريع معين سبق وأن تقدمت به إحدى السلطات المختصة بتقديمه[37].

ولا بد من الإشارة أن النص المقضي بعدم دستوريته لا يمكن تطبيقه وهو غير قابل للطعن بأي طريق وعلى السلطات في الدولة الالتزام به وتطبيقه أي أن قرارات المجلس تتمتع بقوة القضية

[36]د. صلاح الدين فوز، المجس الدستوري الفرنسي، مرجع سبق ذكره، ص247

[37]د. عيد أحمد الغفول، الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي في ضوء أحكام القانون الدستوري رقم 734 لسنة 2008 بشأن تحديث مؤسسات الجمهورية الخامسة، ط2منقحة، دار النهضة العربية، عام 2011، ص100

المحكوم بها38، أي أنها حجة فيما فصلت فيه من حقوق ومسائل، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية.

الخاتمة:

ختامًا، يتبين أن الرقابة الدستورية في فرنسا تمثل ركيزة أساسية في حماية مبدأ سمو الدستور، وضمان احترام التوازن بين السلطات، وصون الحقوق والحريات العامة، وقد شكل المجلس الدستوري أداة فعالة لضبط العملية التشريعية ضمن حدود النص الدستوري، في إطار جمهوري يقوم على احترام القانون والديمقراطية.

وقد عرفت الرقابة الدستورية الفرنسية تطوراً ملحوظاً، خصوصاً بعد إدخال المسألة الأولية الدستورية عام 2008، التي سمحت للمواطنين بإثارة الرقابة بعد صدور القانون، ما جعل من المجلس الدستوري سلطة حقيقية في مواجهة النصوص التشريعية التي قد تمس بالضمانات الدستورية.

إن النموذج الفرنسي في الرقابة على دستورية القوانين يجمع بين الخصوصية والمرونة؛ فهو لا يعتمد فقط على الرقابة السابقة، بل يتيح للمواطنين المشاركة الفعلية في الدفاع عن الشرعية الدستورية، مما يعكس تطوراً نوعياً في الفكر الدستوري المعاصر ويؤكد دور القضاء الدستوري كحام للحريات ودولة القانون.

النتائج :

1. الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا كانت رقابة سابقة حتى عام 2008 وهي رقابة وجوبية على القوانين الأساسية واللوائح الداخلية للمجالس النيابية ورقابة جوازية على القوانين العادية وقوانين التصديق على المعاهدات الدولية وفيما بعد أدخلت الرقابة اللاحقة وبعد عام 2008 أدخلت الرقابة

[38]دمحمد الحسن ،القانون الدستوري والنظم السياسية، جامعة حمص، مديرية الكتب والمطوعات، عام 2011، ص140

القضائية والتي تعد تحولاً جزرياً وديمقراطياً حيث سمح للأفراد بالدفع بعدم الدستورية بطريقة غير مباشرة.

2. تعتبر محاولات إصلاح الرقابة الدستورية التشريعية والقضائية في فرنسا محاولات ناجحة حيث تم إدخال سؤال الأولوية الدستورية الذي تجاوز عقبة سيكولوجية في موضوع مراقبة دستورية القوانين حيث منح حق جديد للمتقاضين وتجاوز حالة القصور الدستوري النسبة للمواطن الفرنسي ويعتبر سؤال الأولوية تعبير عن الوطنية القانونية.
3. المجلس الدستوري ذو طابع خاص يجمع بين الصفة القضائية من ناحية حجية القرارات وبين الصفة السياسية من ناحية تشكيل الأعضاء وتعيينهم.
4. نلاحظ أن الرقابة الجوازية في القوانين العادية هي رقابة وقائية كما أنها ليست تلقائية فلا يملك المجلس ممارسة الرقابة إلا بناء على إحالة من إحدى الجهات التي حددها النص الدستوري.
5. قرار المجلس بأن القوانين الاستفتائية لا يمكن الطعن بها هو قرار صائب لأن الدستور لا يمكن أن يتنافى مع حرية الاستفتاء
6. إن غاية جعل الإخطار سلطة إختيارية هي عدم إثقال عبء المجلس الدستوري.
7. رقابة المجلس الدستوري على المعاهدات الدولية هي رقابة سابقة على تصديق ونفاذ هذه التعهدات، مما يعني أن هذه الرقابة تنصب على مشروعاتها، ولذلك فإن هذه الرقابة الوقائية لها أهمية كبيرة كونها لا تثير الإشكالية المتعلقة بالمسؤولية الدولية.
8. نلاحظ أن واضعي الدستور أرادوا وضع قيود تفرضها رقابة المجلس على دستورية المعاهدات ضمن إطار الاتحاد الأوربي، تعبيراً عن الوطنية، وخوفاً على السيادة الوطنية.
9. نستنتج أن المعاهدات أو الاتفاقيات الموافق عليها قانونياً تكتسي قوة تفوق مرتبة القوانين، شريطة أن تطبق الجهة الأخرى هذه المعاهدة.

التوصيات:

1. تضمين القانون الأساسي للمجلس فقرة بضرورة إحالة الدفع بعدم الدستورية إلى المجلس في حال لم تفصل به محكمة النقض أو مجلس الدولة خلال المدة المحددة.
2. ضرورة النص في القانون الأساسي للمجلس على جواز تصدي المجلس للدفع بعدم الدستورية لأول مرة أمامه.
3. نوصي بتحديد الطبيعة القانونية للمجلس الدستوري.
4. نقترح تنظيم مسألة التنفيذ في مجال القضاء الدستوري فقد أغفل القانون تنظيم هذه المسألة وقد تثور منازعات بشأن التنفيذ كون قرار عدم الدستورية يعد حكم قضائي فلم يتم توضيح آلية التنفيذ وعقوبات عدم التنفيذ. (الاقتراح بحاجة إلى شرح و تحديد)
5. إحاطة الأفراد بضمانة قانونية مهمة إلى جانب آلية سؤال الأولوية الدستورية وهي منح المتضرر تعويض عن الضرر الذي أصابه بسب تقرير عدم دستورية نص ما.
6. النص على معايير لعنصر الجدية وعدم فتح باب السلطة التقديرية للقاضي .
7. ضرورة وجود صياغة خاصة للأحكام الصادرة في مواضيع الرقابة الدستورية تختلف عن صياغة الأحكام القضائية الأخرى نظراً لخصوصية وأهمية الرقابة الدستورية. (ما الأسباب الداعية لذلك)؟؟
8. تحديد أثر قرار عدم الدستورية فيما إذا كان رجعياً أو مباشراً .

المصادر:

1. الدستور الفرنسي لعام 1958
2. القانون الأساسي للمجلس الدستوري 2009
3. قانون التنظيم القضائي الفرنسي 1890
4. التشريع الفرنسي الصادر في 8 سبتمبر 1891

الكتب المتخصصة :

5. د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، المبادئ الدستورية العامة، منشأة المعارف–الإسكندرية مصر–سنة 2006

6. د. إبراهيم محمد حسنين ود. أكرم الله إبراهيم محمد، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في النظام الدستوري المصري: دراسة مقارنة مع النظامين الكويتي والبحريني، منشأة دار المعارف بالإسكندرية، ٢٠١٣

7. د. إلياس جوادي، رقابة دستورية القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت سنة 2009ص

8. د. حسن مصطفى البحري، القضاء الدستوري –دراسة مقارنة –دون دار نشر، عام 2017

9. د. رشيدة العام، المجلس الدستوري الجزائري، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة سنة 2006

10. د. صلاح الدين فوزي محمد، المجلس الدستوري الفرنسي، ط ٢ مزيدة ومنقحة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣،

11. د. عصام سعيد عبد أحمد، الرقابة على دستورية القوانين دراسة مقارنة، منشأة المعارف –الإسكندرية مصر–سنة 2006

12. د. عمر العبدالله، الرقابة على دستورية القوانين، (دراسة مقارنة) مجلة جامعة دمشق المجلد 17 العدد 2 لعام 2002

13. د. عيد أحمد الغفلول، الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي في ضوء أحكام القانون الدستوري رقم 724 لعام 2008، بشأن تحديث مؤسسات الجمهورية الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة،2010

14. د. فتحي فكري، القانون الدستوري، الكتاب الأول: المبادئ الدستورية العامة، عام 2001م

15. أ.د محمد إبراهيم الحسن، القانون الدستوري والنظم السياسية، جامعة حمص، كلية الحقوق، مديرية الكتب والمطبوعات عام 2011

16. د. محمد أتركين، دعوى الدفع بعدم الدستورية في التجربة الفرنسية، الإطار القانوني والممارسة القضائية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2013

17. د. محمد المنجى، دعوى عدم الدستورية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٢،

18. د. محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية–المبادئ النظرية والتطبيقات الجوهرية –دار الجامعة الجديدة للنشر مصر عام 2008

19. د. هنري روسيون، المجلس الدستوري –ترجمة محمد وطفة – المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت،2001

الرسائل:

الأبحاث والمجلات:

1. تبينة حكيم، الرقابة السياسية على دستورية القوانين –المجلس الفرنسي نموذجاً–كلية الحقوق جامعة محمد لين دباغين، بحث منشور في مجلة الدراسات والبحوث القانونية العدد5، المجلد2، عام 2020

2. د. محمد السيد زهران، الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا، مجلة ادارة قضايا الحكومة، العدد الثاني، السنة،1970

3. د. محمد يوسف المحيميد، الإشكالية القانونية للمجلس الدستوري الفرنسي، مجلة جامعة تكريت للحقوق، بغداد، العراق، العدد 1، 2016

4. أ. د شريف يوسف خاطر حلمي، المسألة الدستورية الأولية في فرنسا، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية الاقتصادية، عدد55 لعام 2014

المراجع الأجنبية:

1. Favoreu et Philip, les grandes décisions du conseil constitutionnel. Ed. Sirey, 1979.