



هيئة التشريع والرأي القانوني
Legislation & Legal Opinion Commission



جامعة البحرين
University of Bahrain

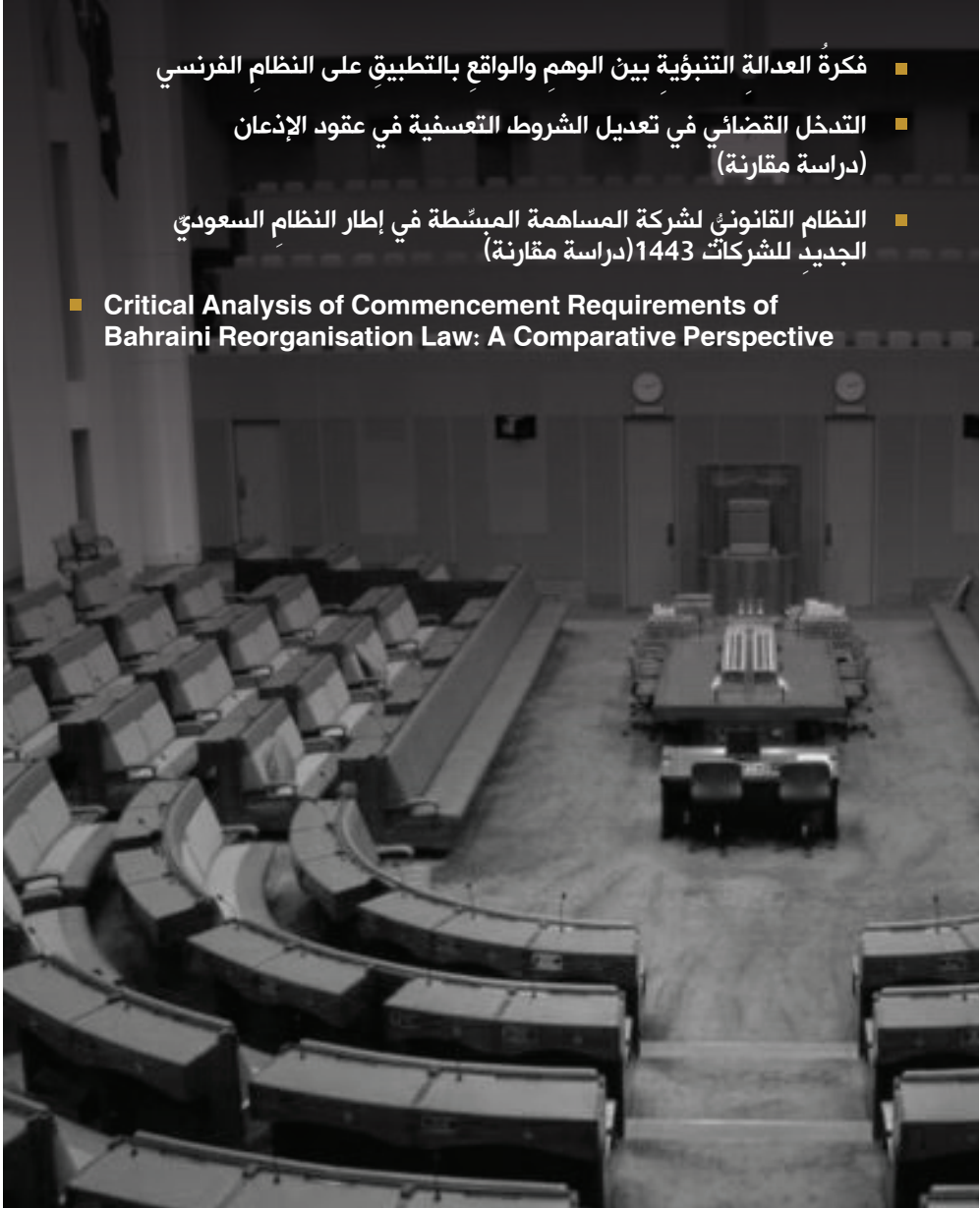
القانونية

مجلة علمية قانونية محكمة نصف سنوية
تصدر عن هيئة التشريع والرأي القانوني - مملكة البحرين
بالشراكة مع جامعة البحرين

العدد الخامس عشر - جمادى الأول 1446 هـ - نوفمبر 2024

- فكرة العدالة التنبؤية بين الوهم والواقع بالتطبيق على النظام الفرنسي
- التدخل القضائي في تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان (دراسة مقارنة)
- النظام القانوني لشركة المساهمة المبسطة في إطار النظام السعودي الجديد للشركات 1443 (دراسة مقارنة)

- Critical Analysis of Commencement Requirements of Bahraini Reorganisation Law: A Comparative Perspective





حضرة صاحب الجلالة الملك

حمد بن محمد بن خليفة

ملك البلاد المعظم



صاحب السمو الملكي الأمير
سلمان بن حمد آل خليفة
ولي العهد نائب القائد الأعلى
رئيس مجلس الوزراء



هيئة التشريع والرأي
Legislation & Legal Opinion Commission

القانونية

العدد الخامس عشر - جمادى الأولى ١٤٤٦هـ - نوفمبر ٢٠٢٤م

رئيس التحرير

المستشار نواف عبدالله حمزة.
رئيس هيئة التشريع والرأي القانوني.

هيئة التحرير

من هيئة التشريع والرأي القانوني:
المستشارة الشيخة مريم بنت عبدالوهاب آل خليفة.
نائب رئيس هيئة التشريع والرأي القانوني.

المستشار مصعب عادل بوضيغ.
مدير إدارة الرأي القانوني والبحوث.

مستشار هيئة التحرير:

المستشار الدكتور سعيد السيد قطب قنديل.
عضو إدارة التشريع والجريدة الرسمية.

معاونو مدير التحرير:

المستشار أحمد محمد المدوب.
عضو إدارة الرأي القانوني والبحوث.

المستشار المساعد سليمان محمد آل محمود.
عضو إدارة الرأي القانوني والبحوث.

المستشار المساعد محمد أحمد بوعلجل.
عضو إدارة التشريع والجريدة الرسمية.

من جامعة البحرين:

الدكتور صلاح محمد أحمد.
عميد كلية الحقوق - جامعة البحرين.

الدكتورة وفاء يعقوب جناحي.
مدير مركز ضمان الجودة والاعتماد الأكاديمي

هيئة التشريع والرأي القانوني:

:Twitter
@LLOC_BH

:Instagram
@LLOC_BH

الموقع الإلكتروني:
www.lloc.gov.bh

مجلة علمية قانونية محكمة نصف
سنوية تصدر عن هيئة التشريع
والرأي القانوني بالاشتراك مع
جامعة البحرين - مملكة البحرين

للمراسلات

هيئة التشريع والرأي القانوني - مملكة البحرين
ص ب ٧٩٠ - المنطقة الدبلوماسية
هاتف: ١٧٥١ ٨٠٠٠ (+٩٧٣)
فاكس: ١٧٥١ ٨٠٠٨ (+٩٧٣)
البريد الإلكتروني: info@lloc.gov.bh

رقم التسجيل لدى الإدارة العامة للمطبوعات والنشر
وزارة شؤون الإعلام
ISSN 2210-1985

الإخراج الفني
عمادة الدراسات العليا والبحث العلمي

الطباعة
مطبعة جامعة البحرين



محتويات العدد

4- Critical Analysis of Commencement Requirements of Bahraini Reorganisation Law: A Comparative Perspective

Thulfqar Omar Alaani

Researcher at Bahrain Chamber of **133**

Commerce and Industry

Lecturer at University of Bahrain

تقديم العدد: كلمة سعادة المستشار رئيس هيئة التشريع والرأي القانوني

محتويات العدد:

١- فكرة العدالة التبويية بين الوهم والواقع
بالتطبيق على النظام الفرنسي
القاضي الدكتور/ أحمد عبد السلام أحمد حافظ
المستشار القانوني لهيئة التخطيط والتطوير العمراني
البحرين
نائب رئيس مجلس الدولة - مصر **17**

٢- التدخل القضائي في تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان «دراسة مقارنة»
الدكتور/ صالح ناصر الطباطبائي **55**
مستشار قانوني - سلطنة عمان

٣- النظام القانوني لشركة المساهمة المسيطة في إطار النظام السعودي الجديد للشركات ١٤٤٣ (دراسة مقارنة)
إعداد الدكتورة/ **87**
مروة محمد محمد عبد الحميد العيسوي
أستاذ القانون التجاري المشارك قسم الأنظمة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية- جامعة القصيم



مقدمة

مجلة «القانونية» دورية أكاديمية علمية محكمة، نصف سنوية، متخصصة في المجال القانوني على المستويات المحلية والعربية والدولية، ومسجلة لدى الإدارة العامة للمطبوعات والنشر بوزارة شؤون الإعلام وذلك تحت رقم إيداع دولي للدوريات.

المجلة عمل علمي قانوني أكاديمي لا يهدف للربح ويرتقي بالمادة العلمية المنشورة إلى مستويات النشر الدولي، وتهدف المجلة إلى أن تكون داعمة للثقافة القانونية، فهي تمثل انطلاقة مضيئة للفكر القانوني العربي لنشر المعرفة القانونية للمتخصصين وكافة المعنيين بالبحث العلمي في المجال القانوني والقضائي بما يساهم في تطوير العمل الأكاديمي والتطبيقي معاً في المحافل القانونية على المستوى العربي.

وتعمل القانونية كذلك على تحقيق الأهداف الآتية:

1. المساهمة الجادة في إثراء الفكر القانوني من خلال نشر المستجدات من الأحكام على الصعيد القضائي، والآراء الفقهية والبحثية الأكاديمية، والمستحدث في مجال التشريع والرأي القانوني، مع التأكيد على الجودة العالية للمادة العلمية المنشورة وصلتها الوثيقة بالواقع الوطني والعربي.
2. نشر الثقافة القانونية وصولاً إلى تعزيز الوعي القانوني لدى المواطن ومؤسسات الدولة.
3. إيلاء عناية خاصة للأبحاث بالعربية والإنجليزية التي تتناول فروع القانون المقارن بالثقافتين القانونيتين العربية والشرق أوسطية في إطار تدويل بعض فروع القانون كإفراز حتمي لظاهرة العولمة الثقافية القانونية في عالمنا العربي.
4. نشر الوعي المعرفي بالمادة العلمية القانونية التي ترتقي إلى مستويات النشر الدولية، وذلك وصولاً بالدوريات العلمية في عالمنا العربي المعاصر إلى التصنيف العالمي الذي يجعلها تواكب الدوريات العلمية القانونية المصنفة في المحافل الدولية.

المحتوى العلمي للمجلة:

يحتوي المضمون العلمي للمجلة على ما يأتي:

- 1- البحوث والمقالات.
- 2- التعليق على الأحكام القضائية والفتاوى القانونية.
- 3- المتابعات القانونية (أهم المعاهدات الدولية، والتشريعات الحديثة من التشريع المحلي والعربي والدولي بمختلف الثقافات القانونية، والترجمات، ومراجعات الكتب والمتابعات العلمية للمؤتمرات والندوات والأنشطة وندوات الدائرة المستديرة).

قواعد النشر:

يشترط لقبول النشر بالمجلة ما يأتي:

١. الالتزام بمنهجية البحث العلمي.
٢. الكتابة باللغة العربية أو باللغة الإنجليزية.
٣. الالتزام بعدم النشر السابق للمادة العلمية المقدمة في أية دورية أخرى، وألا تكون مقدمة للنشر في مجلة أخرى.
٤. الالتزام بأصول البحث العلمي وقواعده العامة.
٥. أن يكون اختيار موضوع المادة العلميّة المقدمة ذا طابع عملي، أو أن يطرح فكرة أو مفهوماً يتسم بالجدة والابتكار.
٦. يجب ألا يقل البحث المقدم للنشر عن حوالي عشرة آلاف كلمة، أما بالنسبة إلى المقالة القانونية والتعليق على الأحكام وغيرها فيجب ألا يزيد عدد الكلمات على حوالي ستة آلاف كلمة.
٧. يرسل كل باحث السيرة الذاتية الخاصة به رفق المادة العلمية المقدمة منه للنشر.
٨. تعبّر الآراء الموجودة في المادة العلمية عن آراء الباحث الشخصية، وذلك في إطار من حرية الرأي التي تكفلها المجلة.
٩. لا تعتنق المجلة أية أيديولوجيات سياسيّة أو دينيّة أو خلافه تعكسها المادة العلمية المنشورة فيها، ولهيئة التحرير الحقّ في رفض أيّة مادة علميّة تتضمّن الإشارة تصرّيحاً أو تلميحاً إلى أيّ معتقد ديني أو أيّة أيديولوجية سياسية أو الترويج لأيهما، وكذلك لهيئة التحرير رفض أيّة مادة علميّة تحضّ أو تحثّ على كراهية أو ازدراء أو معاداة أيّ فئة أو طائفة سياسيّة أو فكريّة أو دينيّة أو غير ذلك مما يُعدّ خروجاً عن الأعراف العلمية، وعن الأهداف الموضوعيّة المتوخاة للمجلة في نشر البحث العلمي القانوني والقضائي.
١٠. يتحمّل مقدّم المادة العلمية المسؤوليّة المدنيّة أو الجنائيّة أو غيرها، بموجب التشريعات السارية وتعدّلاتها المستقبلية، ناتجة عن تقديمه مادة علميّة للنشر بالمجلة، سواء نشرت أم لم تنشر، وذلك إذا ثبت أنها تمثّل سرقة علميّة أو اعتداء على أي من حقوق الملكية الفكرية للغير.
١١. تقدم البحوث وغيرها بالبريد الإلكتروني على العنوان الإلكتروني الذي تخصصه لذلك: info@lloc.gov.bh
١٢. تنشر هيئة التحرير الأبحاث، وذلك بعد اجتيازها التحكيم العلمي الدقيق، وذلك وفقاً لأسبقيتها في تاريخ الورد إلى المجلة.
١٣. الالتزام بإجراء أيّ تعديلات مقترحة من قبل المحكّمين وإعادة إرسال البحث بعد تعديله وفقاً لتقرير المحكّمين خلال الفترة التي تحددها أسرة تحرير المجلة.

كلمة سعادة المستشار رئيس هيئة التشريع والرأي القانوني

بكل فخر واعتزاز أفتتح العدد الجديد من مجلة القانونية، والتي حازت انتشاراً واسعاً ولموسماً على كافة الأصعدة سواء بالنسبة للمتقدمين بأبحاث ومقالات بغية نشرها في المجلة، أو بالنسبة للمطلعين عليها عبر الموقع الرسمي للهيئة، وهو ما يمثل دلالات كبرى تعبر عن المكانة التي أصبحت فيها المجلة، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى التشكيل الخاص لهيئة تحرير المجلة الذي يضم مزيجاً نادراً بين العنصر القانوني النظري الأكاديمي والعنصر التطبيقي القضائي، وهو ما يمنح هذه المجلة خصوصية متفردة وتفوقاً نوعياً فريداً بما يجعلها وبحق في مقدمة الدوريات القانونية العلمية.

فهنيئاً لأسرة تحرير المجلة، هذا التميز والثقة الغالية التي لا نملك إزاءها إلا الابتهاج للعلي القدير أن يلهمنا سبل الرشاد لنكون جديرين بها وأن يوفق مسعانا دائماً لهذا التميز، إنه ولي ذلك والقادر عليه، ولذا أتقدم إلى المساهمين في خروج هذا العدد إلى النور والأعداد التي سبقته، بأجل عبارات الشكر والثناء على الجهود التي يبذلونها تتويجاً لما وصلنا إليه اليوم من نتائج.

وسيراً على ذات النهج، فإن الأبحاث التي نسعى دائماً لنشرها تحتوي على معلومات تواكب التوجه نحو العولمة وتطرح كل المتغيرات العالمية بعقلية مبدعة، بهدف سد الفجوة بين النظرية والتطبيق في مجالات القانون بقدر المستطاع. وقد كان لذلك صدى في هذا العدد الذي جمع بين دفتيه مجموعة من الأبحاث المتنوعة، حيث تضمن طرحاً لما هو مستجد لدى المشرع السعودي وغيره من الدراسات المقارنة بشأن شركات المساهمة البسيطة، وكذلك دراسة مقارنة تتعلق بدور القضاء بشأن عقود الإذعان والاتجاهات الحديثة بشأنها، وبحثاً آخر

يتضمن دراسة فقهية فلسفية ساندها الجانب التطبيقي لفكرة العدالة التنبؤية في النظام الفرنسي وفقاً لآخر تعديلات تشريعية تتعلق بها، كل هذا بالإضافة إلى بحث باللغة الإنجليزية يتناول دراسة نقدية لمتطلبات البدء بإجراءات إعادة التنظيم في مملكة البحرين في ضوء الممارسات العملية في كل من المملكة المتحدة والولايات المتحدة، وذلك بالمقارنة مع قانون إعادة التنظيم والإفلاس في مملكة البحرين، وهو ما يتفق مع نهج المجلة المشار إليه.

المستشار نواف عبدالله حمزة
رئيس هيئة التشريع والرأي القانوني
رئيس هيئة تحرير المجلة



البحوث



فكرة العدالة التنبؤية بين الوهم والواقع بالتطبيق على النظام الفرنسي

القاضي الدكتور / أحمد عبد السلام أحمد حافظ

المستشار القانوني لهيئة التخطيط والتطوير العمراني - البحرين

نائب رئيس مجلس الدولة - مصر

مقدمة

يعمل المشتغلون بالقانون في سياق من التعقيد المتزايد على اختلاف مهنتهم القانونية، سواء من حيث الحجم أو من حيث الطابع المهني وجودته المطلوبة. والواقع أن مزاوله الأعمال القانونية شأنها شأن أي عمل متخصص آخر تكون محفوفة بالمخاطر المهنية؛ تلك المخاطر التي تمثل الدافع للأفراد للجوء إلى القانونين؛ سواء لاتخاذ إجراء قانوني، أو صياغة عقد، أو إبرامه، أو توثيقه، أو شهره، أو حتى رفع دعوى قضائية ومباشرتها أمام المحاكم. والواقع أن هذه المخاطر ذات وجهين لعملة واحدة، فأما عن الوجه الإيجابي فيتمثل في رواج العمل القانوني، وأما الوجه الآخر فيتمثل فيما يمكن أن يُشكّله الخطأ الناجم عن مباشرة العمل القانوني من خطرٍ محفوفٍ إما بالجزاء، أو التعويض، أو الاتيين معاً، والتي تولدها الأخطاء المهنية، كنتيجة طبيعية للمسئولية القانونية.

لكن وعلى ما يبدو أن استخدام التكنولوجيا الحديثة في إتمام الأعمال القانونية من شأنه أن يقلل من المظاهر السلبية لمخاطر هذه الأعمال، ويمكن أن يمنحها مزيداً من الجودة كمياً ونوعياً؛ مما يمنح الثقة في رجل القانون ذاته، وهو في الواقع ما يُعد خير دعاية للمشتغلين بالقانون؛ لذا فإن المنطق السليم للأمر يجعلنا أن نطلق من حقيقة نفعية «برجماتية مفادها: أن الاستعانة بالتكنولوجيا الحديثة في الحقل القانوني لا يمكن إلا أن يكون موضع ترحاب على أقل تقدير من هذه الزاوية.

وعلى ما يبدو أن الحد من مخاطر العمل القانوني قد يُشكّل أحد أهم الأسباب التي أدت إلى ظهور ما بات يُعرف بمصطلح «العدالة التنبؤية» وهو ما سنحاول أن نلقي مزيداً من الضوء عليه، في ضوء ارتباطه الوثيق بمصطلح آخر يُعرف باسم: «الذكاء الاصطناعي» واستظهار ما عسى أن يُصاحب ذلك من مشكلات قانونية ومخاطر يُمكن طرحها، ثم محاولة تحديد المسئولية القانونية الناجمة عن ذلك، وسوف يكون هذا من خلال خطة رُسمت ملامحها لتتلاءم مع الغرض من هذا البحث على الوجه التالي:

المبحث الأول- ماهية العدالة التنبؤية

المبحث الثاني- مزايا ومخاطر العدالة التنبؤية

المبحث الثالث- التنظيم القانوني للعدالة التنبؤية في فرنسا

المبحث الأول ماهية العدالة التنبؤية

لسنوات استخدمت الشركات التجارية الناجحة تحليل البيانات الخاصة بمنتجاتها من خلال برامج كمبيوترية خاصة لقياس مستوى اتجاهات وسلوك المستهلكين حيال نوعية وجودة هذه المنتجات؛ لاستباق ظروف السوق من أجل بناء إستراتيجيات مبيعات عالية، وهو ما حقق رواجاً لتلك المنتجات، وبالتالي زيادة في الأرباح، ومن ثم التوسع في النشاط مع تراكم نسب الأرباح العالية. وبالمثل يُمكن طرح التساؤل التالي على مستوى العمل القانوني: هل يمكن للمشتغلين بالمهن القانونية استخدام تحليل مماثل للبيانات التي من شأنها أن تجعل أعمالهم أكثر اتساقاً مع القانون، وبالتالي تأمين عملائهم بطلان تصرفاتهم القانونية ومغبة الطعون القضائية، وهو في الواقع ما أثار فكرة «العدالة التنبؤية» فما المقصود بتلك الفكرة؟ وما مجالات تطبيقها؟ وهو ما سنحاول أن نبيّنه من خلال مطالب ثلاثة نوالي استعراضها على الوجه التالي:

المطلب الأول مفهوم العدالة التنبؤية

عرّف البروفيسور برونو دونديرو - Bruno Dundero الأستاذ بكلية الحقوق جامعة السربون بفرنسا «العدالة التنبؤية - Justice prédictive» بقوله: هي استخدام البيانات المتاحة من أجل الوصول إلى أقل قدر ممكن من عدم اليقين لما سيكون عليه نتيجة الطعن القضائي بشأن ما عسى أن يواجهه العمل أو التصرف القانوني من مشكلات قبل إثارة هذا الطعن أمام الجهة القضائية صاحبة الولاية⁽¹⁾

وعليه؛ فعبارة «العدالة التنبؤية» تعبيرٌ عن القدرة على تحديد مدى نسبة فرص الكسب في دعوى قضائية معينة مزعم إقامتها، أو لتقييم قيمة مبلغ التعويض عن ضررٍ معين؛ استناداً إلى تحليل إحصائي للعناصر المكونة لوقائع مادية محددة تقدمها خوارزميات الذكاء الاصطناعي⁽²⁾، استناداً

1- Article intitulé: Justice prédictive: où en est-on ? Disponible sur <https://www.villagejustice.com/articles/Justice-predictive>.

٢- مُصطلح الذكاء الاصطناعي - الذي يُشار له بالاختصار (AI)- يُعرف بأنه قدرة الآلات والحاسبات الرقمية على القيام بمهام مُعينة تُحاكي وتُشابه تلك التي تقوم بها الكائنات الذكية؛ كالقدرة على التفكير أو التعلّم من التجارب السابقة أو غيرها من العمليات الأخرى التي تتطلب عمليات ذهنية، كما يهدف الذكاء الاصطناعي إلى الوصول إلى أنظمة تتمتع بالذكاء وتتصرف على النحو الذي يتصرف به البشر من حيث التعلّم والفهم، بحيث تُقدم تلك الأنظمة مُستخدميها خدمات مُختلفة من التعليم والإرشاد والتفاعل وما

إلى السوابق القضائية والاجتهادات الفقهية.

ومصطلح «العدالة التنبؤية» يتكون من شقين، هما: العدالة والتنبؤ.

فأما عن العدالة: فهي تعبيرٌ صادق عن مجتمعٍ مُسالِمٍ مُتَحَضِرٍ يتخذ من القضاء أساساً لتسوية أي نزاع عساه أن ينشأ بين الأفراد بعضهم البعض، أو بينهم وبين الدولة كسلطة عامة، ودون العدالة يسود المجتمع شريعة الغاب التي تسود الأدغال.

والواقع أنه لسنوات عدة واجه نظام تسيير العدالة العديد من التحديات، أهمها مشكلتان رئيسيتان؛ أولاهما: تتعلق بالبطء في التقاضي والفصل في المنازعات بشكل أسرع، والثانية: تتمثل في ارتفاع تكلفة التقاضي الباهظة، ولتحقيق العدالة الناجزة اتبعت وزارة العدل المصرية العديد من السياسات التي تتعلق بمعالجة البطء في التقاضي؛ بزيادة أعداد القضاة قدر المستطاع، وإنشاء بعض المحاكم المتخصصة، والعمل على تقديم مشروعات بقوانين لتبسيط الإجراءات القضائية، واللجوء إلى وسائل التسوية الودية والتحكيم، لكن مع الأسف لم يكن كل ذلك كفيلاً بتوفير عدالة ناجزة؛ فلم يرض المتقاضون أو محاموهم، بل لم تستحوذ هذه السياسات على اجتذاب الرضاء الكامل للقضاة أنفسهم، فظلت العدالة بطيئة حتى تاريخ كتابة هذه السطور.

أما في فرنسا فقد واجهت ارتفاع كلفة التقاضي بوسيلتين: الأولى- بإنشاء نظام المساعدة القانونية والذي استفاد منه (١٨١، ٩٧١ شخصاً في عام ٢٠١٦ وفقاً لوزارة العدل الفرنسية) أما الوسيلة الثانية- فتتمثل في الأخذ بنظام يُتيح التأمين على الحماية القانونية ومن شأنه تغطية تكاليف التقاضي.

وعلى ذات الصعيد اتبع القضاء الفرنسي تنفيذ سياسات لتحقيق العدالة الناجزة فنتج عن ذلك صدور (٨١٩، ٣، ٨٧٧، ٢ حكماً وقراراتاً قضائياً عام ٢٠١٦ وفقاً لوزارة العدل الفرنسية) وبالرغم من ذلك يعتقد ٧٥٪ من الفرنسيين أن العدالة في فرنسا لا تعمل بشكل جيد، ومن بين أهم الانتقادات التي وُجّهت إلى نظام العدالة الفرنسي: «البُطء في التقاضي، وأنه نظام غير متساوٍ أو متكافئ»^(١) ومهما كانت التحديات التي تواجهها السلطة القضائية التي تمسك بميزان العدالة، فإنه يقع دائماً على عاتق السلطة السياسية وقف الاستياء العميق والعام للمواطنين من العدالة البطيئة، والعمل على رفع سقف توقعاتهم نحو عدالة جديدة ناجزة بأدوات غير تقليدية، ونعتقد أنه من مقتضيات حسن إدارة مرفق العدالة أن تُلبي الطموحات نحو تحقيق نظام جديد لإدارة العدالة يضمن تحقيق أهدافاً ثلاثة: تقديم المشورة الأمنية قبل اللجوء إلى القضاء، عدم التأخر في البت في المنازعات، وأخيراً تحمل تكلفة أقل للتقاضي.

إلى ذلك، ولمزيد من التفصيل يُرجع:

B.J. Copeland "Artificial intelligence « www.britannica.com Retrieved 72019-10-. Edited.

1- Un sondage BVA, publié dans Le Parisien le 16 février 2014.

والواقع أن الثورة الرقمية سمحت بظهور مجتمعات افتراضية لتقاسم المعارف وتبادلها، وهذه المجتمعات تشكلت لتحقيق مصالح مشتركة للجميع، فهي لا تستند في نشوئها على السلطة المركزية الهرمية المعتادة، وإنما تستند على بناء مشترك من القواعد لتحقيق مصالح الأفراد والمؤسسات أيضاً، وهو الأمر الذي قد يدعو إلى التشكيك في تنظيم السلطة القضائية بمفهومها التقليدي، ذلك التنظيم الذي اعتبره أغلبية الفرنسيين «غير متساوٍ وكذلك غير متكافئ» وفقاً لاستطلاع الرأي المشار إليه.

وإزاء هذه التطورات في التكنولوجيا الرقمية التي طالت جميع المؤسسات فما كان للعدالة أن تتجو بمفازة منها، تلك التطورات التي يجسدها التفكير في مشروع «قانون الخوارزميات القضائية» الأمر الذي لا يُعد تطوراً هاماً فحسب، وإنما منعطفاً خطيراً بات من الأهمية بمكان التعامل معه؛ لما يُعد به من التحول من منصات العدالة الخشبية التي يُديرها قضاة جالسون على مقاعدها الخشبية العتيقة والمهيبية، متمتعون بوجدان وعواطف وأحاسيس إنسانية ترتقي بالعدالة إلى أسمى معنى وأجل سبيلاً، لتتحول إلى منصات إلكترونية افتراضية تديرها «روبوتات - Robots»، لا شعور أو أحاسيس لديها. وأما المصطلح الآخر من الفكرة فهو التنبؤ «prévision» ويقول ماريا ايزابيل غاردو غوميز Maria Isabel Gardo Gomez - المحاضر الأقدم في فلسفه القانون في جامعه ألكالا بإسبانيا: «إن العناصر الأساسية للأمن القضائي التي تُتخذ أساساً «للتنبؤ» بالقرارات القضائية هي: اليقين والفعالية القانونيان، فضلاً عن عدم التعسف.

والأمن القضائي يُعد مفهوماً من المفاهيم القانونية الحديثة، ويمكن تناوله من خلال زاويتين: الأولى، أنه مفهوم موسّع يعكس الثقة في السلطة القضائية التي تتولاها المحاكم بمختلف أنواعها ودرجاتها كونها مصدر هذا الأمن، والثانية، من خلال مفهوم ضيق يتمثل في استقرار وتوحيد الاجتهاد القضائي الذي تتولاها المحاكم العليا⁽¹⁾.

ويرتكز الأمن القضائي على توفير الاستقلال للسلطة القضائية عن السلطتين: التشريعية والتنفيذية، فالأمن القضائي بالمفهوم الواسع يعكس الثقة في المؤسسة القضائية، والاطمئنان إلى ما ينتج عنها، وهي تقوم بمهمتها المتجلية في تطبيق أو تأويل نصوص القانون على ما يُعرض عليها من قضايا أو ما يسفر عنه اجتهادها بشأن المنازعات المطروحة أمامها، مع تحقيق ضمانات جودة أدائها وتسهيل ولوج السبيل إليها.

ويُعد التنبؤ أساساً لمبدأ «الأمن القضائي» الذي يُعد بدوره ركناً أساسياً في أي نظام قضائي حقيقي؛ لأنه يحمي المواطنين من التعسف في استعمال السلطة القضائية التي تلعب دوراً هاماً في ترسيخ مبدأ الأمن القانوني ككل.

١- محمد الخضراوي: الأمن القضائي في التجربة المغربية (١/٥) منشور على الموقع الإلكتروني: www.press.ma, consulté le 15/2014/11/.

لذلك من المهم أن تكون لقرارات المحاكم عناصر معينة تجعلها قابلة للتنبؤ «*prévision*» فعندما تتخذ جهتا القضاء (نظام القضاء المزدوج) أو أحياناً محاكم الجهة القضائية ذاتها، قرارات مُتناقضة أو مختلفة غاية الاختلاف رغم تشابه الوقائع المادية - إن لم تكن مُتطابقة - واستخدام ذات النصوص القانونية واجبة التطبيق، عند هذه اللحظة يتراجع اليقين القانوني وربما يزول، وبالتالي تهتز الثقة فيه وتتلاشى بعيداً.

ويتساءل القاضي ايمانويل بويننس Emmanuel Bowens - مؤلف كتاب محكمة الخوارزميات الحكم في عصر التكنولوجيات الجديدة (١) هل العدالة التي يمكن «التنبؤ» بها تعني اليقين القانوني؟ ويُجيب على التساؤل السابق بقوله: «يبدو أن مصطلح «*prévision*» بمعنى: يمكن التنبؤ به، أفضل من مصطلح «*prédiction*» بمعنى: يمكن التكهّن به، على الرغم من أن قاموس «*Larousse*» للغة الفرنسية يعتبر لفظ «التنبؤ» مُرادفة للفظ «التكهّن» إلا أن المصطلحين مختلفان في الواقع؛ ففي حين يُشير الأول إلى التحليل المنطقي، فإن الثاني يقوم على الحدس والعرافة والكهانة، ويستطرد القاضي ايمانويل بويننس قائلاً: «إنه يتفهم الإشارة إلى العدالة بوصف «النبوءة» التي قد تكون منطقية من وجهة نظر تسويقية وترويجية، إلا أن ذلك في الحقيقة لا يعكس الجهود المبذول باستخدام أدوات التحليل الفقهي والقضائي؛ لذا فإنه يرى أهمية استبدال مُسمى «العدالة التحليلية - Justice analytique» - بفكرة «العدالة التنبؤية» الذي يعكس الطبيعة الحقيقة لجوهر الفكرة.

وهكذا، وبالبناء على ما سلف نستطيع القول أن فكرة: «العدالة التنبؤية» وإن شئت «العدالة التحليلية» بشكل أكثر دقة تقوم على توافر كم من البيانات والمعلومات، قد تتخذ صورة أحكام قضائية أو آراء وشروحات فقهية كافية، وبواسطة استخدام «خوارزميات الذكاء الاصطناعي، حيث يتم تحليل تلك البيانات وتصنيفها وتبويبها؛ ومن خلال قدرة هذه الخوارزميات الحاسوبية، يمكن إتاحة الفرصة لتسليط الضوء على اتجاهات محاكم السلطة القضائية، استناداً إلى عدد من القياسات على وقائع متشابهة على الأقل.

ممّا يمنح هذه التحليلات القدرة على تحديد مستوى معين للمخاطر التي قد يُواجهها العمل أو التصرف القانوني عند طرح نزاع مُحدد بشأنه أمام محاكم السلطة القضائية؛ ومن ثم إتاحة الفرصة لاتخاذ قرار مستنير بشأن أمور عدة، تتمثل في: تفضيل طريق بديل لتسوية النزاع، أو استخدام سبيل معين للمرافعة بشأنه، بل ربما التخلي عن النزاع نهائياً كلما انعدمت فرصة كسبه؛ ومن ثم إمكانية اتخاذ إجراءات من شأنها إدخال أية تصحيحات ضرورية من شأنها تقوية المركز القانوني لطرفي النزاع أو أحدهما.

1- Emmanuel Poinas, Le tribunal des algorithmes: juger à l'ère des nouvelles technologies (Éditions Berger Levrault)

وتعبير دقيق وحاسم تبدو «العدالة التنبؤية» كبوابة العبور للمستقبل من خلال تحليل الماضي، بواسطة "خوارزميات الذكاء الاصطناعي" فتقف عند حد «التنبؤ» دون الوصول إلى حد «اليقين» فهي تمنح قدرًا أكبر من هذا اليقين دون تحقيق «اليقين التام».

المطلب الثاني التمييزُ بين العدالة الإلكترونية والعدالة التنبؤية

الحقيقة أن استخدام المعلومات والبيانات الرقمية من قبل المحاكم ليس شيئاً جديداً؛ فالرقمية دخلت إلى المحاكم منذ مدة تزيد على خمسة عشر عاماً، فهي إحدى وسائل إدارة العدالة بكفاءة، كما تُعد تعبيراً عما يُطلق عليه «العدالة الإلكترونية - Justice électronique» التي من خلالها تم تزويد القضاة بأقراص مُدمجة تحوي العديد والعديد من مبادئ المحاكم العليا وأحياناً المحاكم الأدنى، وكذلك حفظ المستندات من خلال توثيقها بواسطة وحدات الميكروفيلم، فضلاً عن تزويد المحاكم بأجهزة الكومبيوتر التي تحوي برامج خاصة لحساب قيمة الرسوم القضائية، وإتمام عمليات قيد دعاوى، وتحديد جلسات المرافعة، وأخيراً إمكانية الاتصال بالمحاكم من خلال شبكات الإنترنت للتعرف على مواعيد جلسات المرافعات، ومعرفة آخر إجراء تم اتخاذه في الدعاوى، فكل هذا تحققه ما يُعرف «بالعدالة الإلكترونية».

وفي تقرير صدر مؤخراً عن اللجنة الأوروبية لكفاءة العدالة، حيث أشار إلى أهمية "العدالة الإلكترونية" باعتبارها إحدى سبل تيسير الوصول إلى العدالة والانتصاف، وتحسين الاتصال بين المحاكم من جهة والمهنيين القانونيين من جهة أخرى، كما أنها تساعد القاضي أو المحاكم على إدارة العدالة بشكل أكثر إنجازاً.

ولكن يجب تمييز «العدالة الإلكترونية» عن فكرة «العدالة التنبؤية» التي ظهرت مؤخراً في مفترق طرق الذكاء الاصطناعي والبيانات القضائية الضخمة المفتوحة على مصراعها، فبفضل زيادة التقدم في الذكاء الاصطناعي الذي أنتج آلات «روبوت» قادرة على تجهيز كميات كبيرة متزايدة من البيانات والمعلومات، وبالتزامن مع سياسات الإفصاح عن البيانات العامة، دخلت الشركات المنشئة للتكنولوجيا القانونية سوق العدالة بوعده مزدوج؛ الأول: يُعد بتسهيل عمل المهنيين القانونيين، والثاني: يتضمن الوعد بالحد من عدم اليقين القانوني.

فتلك الشركات أضحت تقدم تقنية من خلالها يمكن استخدام محركات بحث قانوني مُخصّصة مثل: Casetext (etc) Ross في مجرد كبسة زر تسمح لك مثل هذه المنصات الإلكترونية بالدخول مجاناً لمدة زمنية محدودة للتجريب فتتفاجأ بأنك أمام آلاف الأحكام القضائية والعديد من الأبحاث الفقهية، وعلى ما يبدو أن مثل هذه الشركات الناشئة تهدف إلى أن تصبح أكثر من مجرد كونها

قواعد للبيانات القانونية مثلما تقدمه العدالة الإلكترونية، وإنما تتخطى حدود ذلك من خلال الخوارزميات الخاصة بها التي تتميز بالقدرة على إجراء البحوث القانونية والتكيف مع المستخدم. ومن خلال تحويل السوابق القضائية والاجتهاد الفقهي إلى بيانات، تقدم الخوارزميات القانونية تحليلاً إحصائياً يمكن أن يستخدمه المحامون لتقييم احتمالات مدى النجاح في قضية معينة، أو لبيان عناصر التعويض المتنازع عليه وتحديد قيمته طبقاً لما تم في حالات مماثلة من السوابق القضائية، أو حتى لإعداد إستراتيجيتهم باستخدام الحجج والأدلة التي أثبتت بأنها مُقنعة للقضاة وأتت أكلها في تكوين عقيدتهم؛ ولهذا السبب وعدت تلك الشركات بالحد من عدم اليقين القانوني، وهو هدف لا تسعى إليه العدالة الإلكترونية، وهذا هو الفارق الجوهرى بين المصطلحين.

المطلب الثالث مجالات العدالة التنبؤية

يرتكز العمل القانوني في نطاق: «العدالة التنبؤية» على أنظمة كمبيوتر متقدمة تعتمد خوارزميات حسابية لديها القدرة العالية جداً على استخراج البيانات من شبكة الإنترنت وغيرها من مصادر البيانات والمعارف القانونية الأخرى المتنوعة والمؤتقة التي تميل إلى إنشاء تقدير لفرص الكسب في دعوى قضائية مُزمع إقامتها؛ استناداً إلى كسب دعوى قضائية أخرى صدر فيها حكم قضائي يتعلق بوقائع مُشابهة للدعوى المزمع إقامتها، أيًا كان مستوى المحكمة التي أصدرت هذا الحكم السابق. وبالتالي فمن المتصور اتساع نطاق العدالة التنبؤية لتطال كافة أنواع المنازعات القضائية سواء أكانت مدنية أو إدارية أو حتى جنائية، فبعض التطبيقات العملية في نطاق العدالة الجنائية كان لها السبق في هذا المجال لتوقع مدى إمكانية العود إلى ارتكاب الجريمة.

وعلى ما يبدو أن مجالات تطبيق العدالة التنبؤية سيكون على نطاق أوسع بالنسبة للنظم الأنجلو أمريكية عنها بالنسبة للنظم اللاتينية؛ نظراً لاعتماد الأولى على السوابق القضائية؛ حيث يتم اللجوء إلى تطبيقاتها على كافة أنواع المنازعات - تقريباً - في هذه الدول مثل هذه الدول حتى على مستوى العدالة الجنائية ذاتها.

ففي الولايات المتحدة الأمريكية على سبيل المثال، يُستخدم الذكاء الاصطناعي على نطاق واسع في نطاق العدالة الجنائية، من خلال خوارزميات «تقييم المخاطر قبل المحاكمة» حيث تُستخدم في كل ولاية تقريباً.

وتُعتبر خوارزميات العدالة الجنائية- التي تسمى أحياناً «تقييمات المخاطر» أو "الأساليب المستندة إلى الأدلة" - كأدوات ترمي إلى التنبؤ بسلوك المتهمين والمسجونين في المستقبل، وتتفاوت الأدوات المستخدمة لتقدير ذلك من ولاية إلى أخرى، لكنها تتفق في النهاية باستخدام «التقييمات الاكتوارية» بتحديد احتمال أن يقوم المتهم بإعادة ارتكاب الاتهام المُسند إليه قبل المحاكمة، وهو ما يُعرف باسم "خطر العود".

كما تُستخدم مثل هذه التقنيات لتحديد مدى لزوم دفع الكفالات وتحديد قيمتها، وحتى في المساهمة في القرارات المتعلقة بالحكم بالإدانة أو البراءة، وكذا في تحديد مدة العقوبة، ونوع المؤسسة العقابية، ومدى استفادة المحكوم عليهم من الإفراج الشرطي قبل نهاية المدة.

وتأخذ العديد من خوارزميات "تقييم المخاطر" في الاعتبار الخصائص الشخصية للمتهم مثل: العمر والجنس ومحل الإقامة والخلفية العائلية وحالة العمل؛ ونتيجة لذلك فإن شخصين متهمين بارتكاب نفس الجريمة قد يحصلان على نتائج مختلفة، وربما إصدار أحكام بالإدانة استناداً إلى مدخلات خارجة عن إرادتهما - ولكن السؤال الملح هل من سبيل لتقييم النتائج أو الطعن فيها؟ وهو سؤال نترك الإجابة عنه في موضع آخر من هذا البحث.

ونظراً لأن خوارزميات العدالة الجنائية أصبحت أكثر استخداماً على الصعيد الاتحادي وكذلك على مستوى الولايات الأمريكية، فإنها قد خضعت لمزيد من التمهيد؛ في ضوء اعتراض العديد من خبراء العدالة الجنائية على أدوات «تقييم المخاطر» باعتبارها أدوات مُبهمّة وغير موثوقة وأحياناً غير دستورية كما سنرى لاحقاً.

أما في المملكة المتحدة، ستجهز شرطة دورهام قريباً برنامجاً مماثلاً للبرنامج المعتمد في الولايات المتحدة الأمريكية يُسمى أداة مخاطر تقييم الضرر (هارت) وهو برنامج يُحدد ما إذا كان ينبغي احتجاز المشتبه فيهم في الحبس الاحتياطي أم لا، وقد وضعت الحكومة بالاشتراك مع جامعه كامبريدج هو يأخذ في الاعتبار ما يقرب من ثلاثين عاملاً مختلفاً⁽¹⁾.

أما في فرنسا، فلم يتم تطبيق تقنيات العدالة التنبؤية على نطاق العدالة الجنائية - بعد-، بينما يتم الحديث والجدل حول تطبيقه في نطاق العدالتين المدنية والإدارية، إلا أننا نعتقد أنه ليس ثمة شك في لحظة ما سيتم تنفيذ هذا النوع من الأدوات في نطاق القانون الجنائي الفرنسي بصورة أو بأخرى؛ لأنه تطور طبيعي في ظل هذا العالم الرقمي الذي يخترق مجالات الحياة المختلفة.

المبحث الثاني مزايا ومخاطر العدالة التنبؤية

لعل السؤال الذي من المهم طرحه الآن من خلال هذا المبحث يتمثل في: هل العدالة التنبؤية أو التحليلية (بتعبير أكثر دقة) هي حقاً أداة قوية لتحقيق قدر أكبر من اليقين القانوني؟ بمعنى أكثر تحديداً: هل يُمكن لهذا النوع الجديد من العدالة أن يُقدم مزايا تُغري بتطبيق أدواتها؟ وإلى أي مدى؟

نعتقد أن الإجابة على هذه التساؤلات وغيرها، يكون من خلال بحث مزايا ومخاطر العدالة التنبؤية، وسوف نحاول جاهدين إيضاح ذلك من خلال مطلبين اثنين على النحو التالي:

1-<https://www.theverge.com/2017/15614980/10/5//uk-durham-police-ai-risk-assessment-policing>.

المطلب الأول مزايا العدالة التنبؤية

على ما يبدو أن العدالة التنبؤية يمكن أن تقدم العديد من المزايا على أصعدة عدة، ومن ذلك:

١. تحسين أداء العدالة

الواقع أن العدالة البطيئة لا تعد هماً مصرياً - فحسب - فالمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان كثيراً ما أصدرت أحكاماً تتعلق بإجراءات التقاضي البطيئة جداً على الصعيد الوطني الأوروبي؛ ومن ثم فإن القضاء الناجز بات من أكثر الموضوعات الأوروبية ترحيباً، شريطة أن يكون ذلك في صالح المتقاضين، وليس فقط الصب في مصلحة المهنيين القانونيين.

وإذا كانت «العدالة التنبؤية» تعمل بالأساس على التنبؤ المبكر المنازعات؛ ومن ثم فمن البديهي أن تساهم بالحد من المخاطر القضائية التي قد تُثيرها المنازعات حول التصرف أو العمل القانوني قبل أن تثور؛ على أساس البيانات والمنهج المرتكز على تحليل السوابق القضائية والمنازعات المشابهة أو المتطابقة بطبيعة الحال؛ والنتيجة الطبيعية لذلك هي التقليل والحد من المنازعات القضائية المترامية أمام المحاكم التي في أغلبها ذات وقائع متطابقة.

وهذا يعني أنه لا يقلل من عدد المنازعات فحسب، بل يُحسن - أيضاً - من جودة العمل القضائي كمياً ونوعياً، فضلاً عن دعم نشر الثقافة القانونية بين فئات وقطاعات مختلفة، مما ينعكس على العمل القانوني ككل.

٢. اتخاذ القرارات المستنيرة

لا شك أن تحليلات البيانات المتعلقة بالسوابق القضائية وكذلك بالكتابات الفقهية، لها غرض أساسي يتمثل في اكتشاف معلومات مفيدة لدعم اتخاذ قرارات أكثر استنارة؛ فعندما يتم تحليل البيانات المُستخلصة من التطبيقات العملية المرتبطة بإنفاذ قانون مُعين بواسطة سبل وأساليب العدالة التنبؤية، فإن هذا من شأنه أن يُعزز القدرة على اتخاذ القرارات المستنيرة عبر جوانب عدة تتناول: تحليل السوابق القضائية بشأن موضوع معين مرتبط بقاعدة قانونية محددة، والتنبؤ بالمخاطر التي من المتصور أن تُحيط بهذا الموضوع، وتحديد مواطن الضعف والقوة في العمل القانوني، ومن ثم استنتاج مدى إمكانية ما قد يُثيره مستقبلاً من منازعات والعمل على تلافيها.

وعلى ما يبدو فإن اتخاذ قرارات مُستنيرة سيكون ذا فائدة على مستويات عدة أيضاً، فبالنسبة للقضاة، ما دام القضاة الجالسون يستفيدون من مبادئ وأسباب السوابق القضائية؛ ومن ثم وعلى المدى الطويل ستؤدي العدالة التنبؤية إلى زيادة مؤاممة واتساق قرارات المحاكم إلى حد كبير ليس فقط على مستوى جهتي القضاء (بالنسبة للنظم اللاتينية منها النظام القضائي المصري بطبيعة الحال)، وإنما كذلك على مستوى محاكم الجهة القضائية الواحدة ذاتها، ولعل ذلك من أهم عناصر الأمن القضائي كما سلفت الإشارة.

وفي سياق مُتصل يُعدُّ Louis Larret-Chahine - أحد مؤسسي البرنامج التجريبي الذي اختبرته محاكم الاستئناف في رين ودواي وبار ليل- فيقول: «إن نظام العدالة التنبؤية سيضع حداً لهذه العدالة التي كانت غير متوقعة وعشوائية ومتباينة في أنحاء البلاد والتحرك نحو شيء أكثر منطقية أو علمية أو على الأقل أكثر في السيطرة على ذلك»⁽¹⁾.

وبالمثل بالنسبة للمحامين وما تُتيحه العدالة التنبؤية من معلومات واضحة وقائمة على حُجج قوية، ومن ثم تُصبح نصائحهم القانونية لعملائهم أكثر رشداً وأكثر تبصراً وأكثر يقيناً، ويؤكد البروفيسور برونو دونديرو على ذلك فيقول: "ومن خلال السماح للمحامين بالاستفادة من تطبيقات العدالة التنبؤية فإن ذلك سيجعل ما يُسدونه من نصح إلى عملائهم أكثر موثوقية ومنهجية". أضف إلى ذلك ما عسى أن يُتيحه هذا النوع من التقنيات للأفراد أنفسهم بشكل مباشر وأكثر ملاءمة بالاستفادة من الأساليب البديلة لتسوية منازعاتهم بعيداً عن اللجوء إلى القضاء؛ حيث تميل هذه البرامج إلى حل النزاعات بوسائل مُختلفة غير تلك المُتبعة أمام القضاء.

والواقع أنه إذا كان كلا الطرفين المتنازعين يعرفان تماماً ما يُمكن أن يأمل فيه عند نشوب نزاع بينهما، فمن المرجح أن يختارا التوصل إلى تسوية بديلة، ولعل شركات التأمين على الحماية القانونية أول المستخدمين لتقنية العدالة التنبؤية التي من خلالها يتسنى لها بشكل صحيح تحديد المخاطر القانونية المتوقعة؛ وهم يستخدمون هذه الأداة لثني عملائهم عن التماس سبيل التقاضي، ونتيجة لهذا الوضع الجديد هم اليوم بين أفضل عملاء للتأمين، كما ذكر لويس لارريت - شاهين خلال مؤتمر ليل⁽²⁾.

٣. النهوض بنظام العدالة

في سياق التضخم في أعداد الطعون القضائية، فإن العدالة التنبؤية ستكون أيضاً أداة «لإعادة تركيز عمل القضاة» من خلال توفير الجهد الناجم عن الاضطلاع بمهامهم التي تستهلك وقتاً طويلاً بشأن المنازعات المتطابقة والمتكررة، وبالتالي تحرير أنفسهم من عبء الفصل في جزء كبير من المنازعات التي يمكن أن نطلق عليها «التقاضي الجماعي» ومن ناحية أخرى، يمكن أن تسمح العدالة التنبؤية للمحامين بأن يكونوا أكثر عقلانية في تطوير وبناء أوجه دفعهم الشكلية، وأسس دفاعهم الموضوعي في ضوء الحجج التي أفتعت القضاة الجالسين في نزاع سابق.

1- [http://parisinnovationreview.com/Predictive justice: when algorithms pervade the law/](http://parisinnovationreview.com/Predictive%20justice%3A%20when%20algorithms%20pervade%20the%20law/) 9 June 2017 Paris Innovation Review

2- [http://parisinnovationreview.com/Predictive justice: when algorithms pervade the law/](http://parisinnovationreview.com/Predictive%20justice%3A%20when%20algorithms%20pervade%20the%20law/) 9 June 2017 Paris Innovation Review

٤- وسيلة فعالة لمواجهة صعوبة تحديد قيمة التعويض

شددت صوفي ليميرا - بحق - على الفوائد التي يُمكن أن تحققها العدالة التنبؤية في تقييم مقدار الضرر في دعاوى المسؤولية المدنية والإدارية؛ ففي بعض الأحيان يصعب حساب مبلغ التعويض المخصص بحسب المنطقة الجغرافية ونوع المحكمة ودرجتها، ويمكن من خلال الأدوات الاصطناعية (التي تستند في معظم الأحيان إلى معادلات حسابية) أن تساعد في التغلب على هذه الصعوبات والتفاوتات المتباينة في تحديد عناصر الضرر، ومن ثم تحديد قيمة التعويض بشكل أكثر دقة^(١).

المطلب الثاني مخاطر العدالة التنبؤية

بالرغم من المزايا التي من الممكن أن تقدمها تطبيقات العدالة التنبؤية السابق عرضها، وما يمكن إضافته إليها من فوائد أخرى، إلا أنه مع ذلك يبدو أن الاستخدام المُفرط لتطبيقات العدالة التنبؤية لا يخلو من العديد من المخاطر، ولعل من أبلغ ما قيل في وصف هذه المخاطر ما ذكره الأستاذ: Arno de Schinisten، وهو محام بمجلس الدولة ومحكمة النقض الفرنسيين، فيقول: "إن نتائج استخدام برمجيات التنبؤ بالعدالة على أساس تجريبي في محاكم الاستئناف في رين ودواي، جاءت مخيبة للآمال"^(٢) ويمكننا أن نناقش بعض أشكال هذه المخاطر على النحو التالي:

١. الانتقاص من حرية القاضي

يُعد مبدأ حرية القاضي في تكوين عقيدته من المبادئ التي اتفق الفقه بكافة تخصصاته وتوجهاته على وجوب تمتع القاضي بها، ومُؤداها نفاذ القاضي ببصره وبصيرته إلى روح القانون وتشبع وجدانه بفلسفته، ثم يقوم بترجمة ذلك إلى جعل إرادة القانون أقوى من نزوات الأفراد وشهواتهم ويحقق أهداف التشريع التي من المُفترض أن تقوم على العدل والإنصاف، وهو مبدأ مُقرر في كافة القوانين والأنظمة في العالم على وجه التقريب.

وبالنظر لأن حرية القاضي ليست مُطلقة وإنما تكون دائماً منضبطة، فحتى حرية القاضي الجنائي ولئن كانت غير مقيدة بوسيلة معينة للإثبات، إلا أنه بالرغم من ذلك تخضع لرقابة محكمة النقض دائماً التي تُلزمه بالإفصاح عن الأدلة التي استند إليها دون إبهام أو غموض، وأن تكون هذه الأدلة غير متناقضة، وأن يكون ما استخلصه من الأدلة مُستساغاً وفقاً لمقتضيات العقل والمنطق السليم، وإلا كان الحكم مشوباً بفساد الاستدلال الذي يُبطله.

1-La justice «prédictive»: risque ou opportunité ? 15 février 2018/dans Activités, Droit européen, Non classé, Robot /par SELENE Avocats, Disponible sur <http://www.selene-avocats.fr>

2- 12 février 2018, le cabinet Selene Avocats a eu le privilège d'assister au passionnant colloque organisé à l'occasion du bicentenaire de l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, au sujet de la justice prédictive. Disponible sur, <http://www.selene-avocats.fr>.

وعلى ما يبدو أن ثمة خطر يمكن أن ينتقص من حرية القاضي في التقدير والتقييم لدى تطبيق العدالة التنبؤية؛ لأن القاضي قد يشعر بأنه مُضطر إلى اتباع الحلول التي اقترحتها أجهزة الذكاء الاصطناعي؛ ولعل هذا الاضطرار ينبع من الضغط المعنوي عليه الذي يدفعه دفعاً إلى اتباع ذات السبيل الذي سبقه إليه زملاء له في الغالب أكثر خبرة، وهو ما يخلق الرهبة في نفسه من عدم المطابقة أو المماثلة لهذه السوابق القضائية على الأقل من الناحية الأدبية، وهو ما يمكن أن نشبهه بالإكراه المعنوي.

وأكد على ذلك القاضي: Mathias Gummer - رئيس إحدى الدوائر القضائية بمجلس الدولة الفرنسي بقوله: "إن تطبيقات الذكاء الصناعي من المهم ألا تدفع إلى عدم دحض السوابق القضائية والتأكيد على الحل النموذجي للأغلبية السابقة، بل تدفع إلى التحكيم بين مصالح مختلف الأطراف". ووفقاً لـ Thuraya Amrani-Makki - الأستاذة في جامعة باريس-ويست نانثير لا ديفانس، فإن العدالة التنبؤية لم تعمل بكامل طاقتها بعد، وأنه طالما أن الإنسان مُبرمج هذه الآلات يكون غير معصوم من الخطأ؛ فإن الخوارزميات بالتأكيد ليست معصومة أيضاً بحكم اللزوم.

٢. جمود الاجتهاد القضائي

الاجتهاد القضائي يعرف بأنه: بذل القاضي جهده في استنباط الأحكام القانونية من مصادرها الرسمية، فمصطلح الاجتهاد القضائي يُقصد به - غالباً - الرأي الذي يُتوصل إليه القاضي في مسألة قانونية الذي يقضي به، وعلى هذا يُقال اجتهادات المحاكم بمعنى الآراء التي أخذت بها هذه المحاكم في أحكامها.

والقاضي ليس في حاجة إلى أن يجتهد في كل حكم يصدره، بل إن عمله يقتصر في كثير من القضايا على مجرد تطبيق نصوص التشريع الصريحة الواضحة؛ ولذا فإن كلمة القضاء لا يقصد بها هنا جميع أحكام المحاكم، وإنما الأحكام التي تتضمن اجتهادات قضائية فقط، وللاجتهاد القضائي في مجال القانون دور بالغ الأهمية والأثر - أيضاً - لا يكاد يقل في أهميته عن دور التشريع نفسه؛ فالاجتهاد القضائي هو الذي يُضفي على القانون طابعه العملي الحي، وهو الذي يحدد مدامه وأبعاده^(١) والقاضي قد يجتهد إما من خلال النصوص التشريعية التي يلتزم تطبيقها أو من خارج هذه النصوص، فعند تطبيق النصوص التشريعية يضطر القاضي إلى أن يجتهد في حالين أساسيين: الأولي: عند غموض النص أو إبهامه، والثانية: عند النقص في النص أو سكوته عن بعض المسائل. وغموض النص يعني أن النص ليس له معنى واضح محدد وإنما يحتمل أكثر من تأويل، وعلى القاضي في هذه الحال أن يجتهد في فهم النص وتحديد معناه، وهو حين يفعل ذلك إنما يُحدد الحكم الذي

١- وقد نادى بعض مفكري الثورة الفرنسية ورجالها بإلغاء كل دور للاجتهاد القضائي وبضرورة قصر عمل القاضي، في جميع الأحوال، على تطبيق أحكام التشريع تطبيقاً آلياً، فقال مونتسكيو: «إن قضاة الوطن ليسوا سوى الفم الذي ينطق بكلمات التشريع...»، وقال روبسبير: «إن كلمة الاجتهاد القضائي يجب أن تُمحى من لغتنا...» ولكن هذا الاتجاه - في الحقيقة - جاء كرد فعل على تدخل = القضاء الفرنسي قبل الثورة في أمور التشريع لم يكتب له النجاح، وما كان ليكتب له أن ينجح، فلا يمكن بحال من الأحوال تجريد القاضي من سلطة الاجتهاد وإلا تعطل عمله وتعذر عليه الفصل في الخصومات في أحيان كثيرة.

يتضمنه هذا النص؛ ولذا قد تختلف الاجتهادات القضائية تبعاً لاختلاف القضاة في فهم النصوص وتفسيرها، أما النقص في النص: فيقع عندما يتعرض المشرع لبعض المسائل مباشرة ويتناولها بالتنظيم، ويفغل في الوقت نفسه عن مسائل أخرى فلا يبين أحكامها، ويحاول القاضي في هذه الحال الأخيرة أن يستخلص من نصوص التشريع أو التشريعات النافذة الحلول المناسبة للمسائل التي سكت عنها المشرع مُستعيناً في ذلك بطرائق التفسير المتاحة له، ولا سيما طرائق الاستنتاج المختلفة^(١)

ولا يقف القاضي في اجتهاده عند تفسير النصوص التشريعية مُحددًا معانيها أو مُستخلصًا منها أحكاماً جديدة، بل قد يتخذ من التفسير أحياناً وسيلة لتغيير معاني هذه النصوص وتعديل أحكامها؛ فنصوص التشريع تمثل غالباً آخر ما وصل إليه في الوقت الذي وُضعت فيه، ولكن هذه النصوص تبقى ثابتة، ويستمر المجتمع في تطوره فتتسأ فيه ظروف وأوضاع مادية واقتصادية واجتماعية جديدة، بل قد تتغير فيه المبادئ والقيم، فتصبح النصوص التشريعية، إذا لم تعدل، متخلفة جامدة عن مواكبة تطور المجتمع وتلبية حاجاته، ويحرص القضاء في مثل هذه الحال على التوفيق بين نصوص التشريع الثابتة وأوضاع المجتمع المتغيرة، فيتجاوز - كما ترى المدرسة التاريخية في التفسير - إرادة المشرع الذي وضع تلك النصوص، ويعطي النصوص معاني جديدة تختلف عن معانيها الأصلية، وأحكاماً مُغايرة لما أرادها واضعها كي تُصبح أكثر ملاءمة لأوضاع المجتمع الذي تُطبق فيه.

وإذا لم يجد القاضي في نصوص التشريع قاعدة يقضي بموجبها فكان لا بد له من البحث عن القاعدة خارج هذه النصوص، وذلك باللجوء إلى مصادر القانون الرسمية الأخرى، ومن أهم هذه المصادر العرف، والقاضي لا يصنع العرف طبعاً كما أنه - خلافاً لما يراه البعض - ليس هو الذي يكسبه قوته الإلزامية؛ لأن العرف مُلزم بذاته قبل أن يطبقه القضاء، ولكن للقاضي مع ذلك دورٌ مهمٌ في الأخذ بالعرف؛ لأنه هو الذي يتحقق من توافر شروطه ويثبت وجوده.

ومن المصادر الرسمية الأخرى التي أحالت إليها بعض القوانين منها القانون المصري «مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة»، وهذه المبادئ والقواعد ليست مدونة في مرجع معين أو قائمة محددة، فإذا احتاج القاضي إلى الرجوع إليها - ونادراً ما يحتاج إلى ذلك - كان عليه أن يحدد ما يراه موافقاً منها؛ لذا فإن إحالة القاضي إلى هذه المبادئ والقواعد إنما يقصد منها، كما تقول المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري، «إلزام القاضي أن يجتهد رأيه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء.»

وفي الواقع، فإن تحديد موقع الاجتهاد القضائي بين مصادر القانون يختلف مجاله اتساعاً وضيقتاً باختلاف النظم القضائية، ففي النظم التي يمكن أن يضع القضاء فيها قواعد عامة وملزمة - كما كان الحال في القانون الروماني وفي القانون الفرنسي القديم في بعض الحالات، وكما هو عليه

١- للاستزادة بشأن الاجتهاد القضائي وأحواله وطرائقه يُراجع، د. سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، ج ١، الطبعة ٦ (القاهرة ١٩٨٧).

الحال في النظامين: الإنجليزي والأمريكي - يُعدُّ ما يصدر عن القضاء من قرارات أو اجتهادات من المصادر الرسمية للقانون.

أما في النظم التي لا يجوز فيها للقضاء وضع قواعد عامة وملزمة، وإنما يرجع إلى اجتهاداته على سبيل الاستئناس - كما هو الحال في الفقه الإسلامي وفي النظام الفرنسي الحالي والنظام المصري فيُعد الاجتهاد القضائي من المصادر غير الرسمية للقانون أو من المصادر التفسيرية، ويصف الفقهاء الفرنسيون اليوم الاجتهادات القضائية التي تتضمن تعديلاً لأحكام القواعد القانونية أو تقريراً لمبادئ غير منصوص عليها بأنها «اجتهادات بريتورية» نسبة إلى ما كان يقوم به البريتور الروماني من وضع قواعد قانونية بنفسه⁽¹⁾.

وهكذا وبعد استعراض موقع الاجتهاد القضائي في الأنظمة القضائية المتباينة، فإنه وعلى ما يبدو أن استخدام العدالة التنبؤية يُحد من إمكانيات مخالفة السوابق القضائية، بما من شأنه أن يدعو إلى التعارض مع طبيعة بعض الأنظمة القانونية كما في الفقه الإسلامي، والنظام الفرنسي وبقية الأنظمة التي تدور في فلكيهما، ولهذا نجد Jean-Claude Marin - المحامي بالنقض ومجلس الدولة الفرنسيين - يؤكد على أن مثل هذه العدالة المستقبلية من أهم مفارقاتها عدم الدعوة إلى التطور؛ لأن هدفها محافظ يستند إلى البيانات والقرارات القضائية السابقة، مما يدعو - في رأيه - إلى الجمود وعدم الاجتهاد القضائي.

والنتيجة المنطقية المترتبة على الرأي السابق القضاء على فكرة الإنشاء القضائي، أما بالنسبة لاستخدام تطبيقات العدالة التنبؤية في النظم الأنجلو أمريكية، فإنه لا مرية يخدم طبيعة هذا النظام الذي يعتبر السوابق القضائية مصدرًا رئيسًا من مصادر التشريع.

والواقع أننا لا نُؤيد الأستاذ: Jean-Claude Marin - إلى منتهى رأيه؛ ذلك أن أهمية الاجتهاد القضائي - بالنسبة للفقه الإسلامي والنظم اللاتينية - إذا لم تكن لها في القانون الفرنسي والقوانين العربية التي سارت على خطاه - من الوجهة النظرية - القوة الملزمة فإنها في الواقع تتمتع من الوجهة العملية بهذه القوة، وبالتالي لا تكاد تقل أهمية عما تتمتع به قواعد القانون الناشئة عن مصادره الرسمية.

وعلى ما يبدو أن كثيراً من الاجتهادات التي صدرت عن القضاء الفرنسي مثلاً منذ عشرات السنين استقرت في النظام القانوني الفرنسي ولا تزال تُطبق حتى اليوم كأنها قواعد ملزمة مع أنها ليست قواعد قانونية مسنونة؛ ولعل السبب الرئيس لهذه القوة التي يتمتع بها الاجتهاد القضائي من الوجهة العملية يكمن في تسلسل أنواع المحاكم من جهة، ووجود رقابة من محكمة النقض على أحكام المحاكم

١- أحدث القانون الروماني منذ القرن الرابع قبل الميلاد منصب (Præteur أي الحاكم الشرعي) لتنظيم التقاضي في الأمور المدنية، وكان «البريتور» يُعين لمدة سنة واحدة، عند توليه منصبه يُصدر منشوراً يُبين فيه القواعد التي سيسير عليها في قبول الدعاوى والدفع، وله أن يستبقي من منشور سلفه القواعد التي يرى استبقاءها، ويُعدل أو يُضيف إليها، واستمر هكذا حال إلى أن نشأ من مجموع القواعد = التي تكرر الأخذ بها والنص عليها ما أطلق عليه اسم «المنشور الدائم» وتم ذلك في أواخر القرن الثاني قبل الميلاد، حيث تم تجميع قواعد المنشور الدائم في قانون عُرف باسم «القانون البريتوري»

الأدنى منها من جهة ثانية.

فحين تتبنى محكمة النقض أو مجلس الدولة في أحكامهما رأياً معيناً ويستقران عليه، تتبنى بعدهما سائر المحاكم الأدنى هذا الرأي وتطبقه بانتظام، فلا شك أن اجتهاد محكمة النقض وكذا مجلس الدولة، ولئن كان من الوجهة النظرية لا يتمتع بأية قوة إلزامية للمحاكم الأدنى؛ حيث يمكن لأية محكمة أدنى مخالفته إذا شاءت فتقوم بالرد على ما استندت إليه هذه الأحكام من حجج وبراهين، لكن - في الواقع - المحاكم الأدنى تُدرك أن لا فائدة من مخالفة اجتهادات المحاكم العليا على الأقل فيما تعلق بالأحكام المستقرة؛ لأن أحكامها ستُنقض إن هي فعلت ذلك؛ لذا فهي تُلزم نفسها - غالباً - بتلك الاجتهادات سواء اقتنعت بها أم لم تقتنع، حتى لا تكون أحكامها عرضة للنقض، وعلى هذا تصدر عن محكمة النقض ومجلس الدولة أحكاماً تتضمن مبادئ قانونية، يُطلق عليها اسم «الأحكام المبادئ».

بيد أننا نُؤيد الخطر الذي نبّه إليه الأستاذ - Jean-Claude Marin، ونعتقد أنه يُمكن أن يكون قائماً بالفعل فيما يتعلق بتسجيل و«أتمتة» بيانات أحكام محاكم أول درجة ومحاكم الاستئناف، فهنا يُعد الأخذ بالنتائج المبنية عليها بواسطة خوارزميات الذكاء الاصطناعي خطراً حقيقياً على الاجتهاد القضائي بالنسبة للنظم اللاتينية.

٣. التنميط القضائي

يُشير تعبير التنميط القضائي إلى الممارسة التي تُسبب إلى القضاء حين تتجه أحكام القضاة في منازعات معينة ضد امرأة معينة أو رجل معين ذوي خصائص أو سمات أو أدوار محددة لسبب وحيد هو توافر هذه الخصائص أو السمات أو الأدوار، والتي قد تتوافر بسبب الجنس، أو العرق، أو الاعتقاد، أو الانتماء السياسي.....الخ.

والتنميط القضائي بالوصف السابق غير مشروع؛ لأنه يُسفر عن انتهاك صارخ لحقوق الإنسان وحياته الأساسية وخصوصاً انتهاك مبدأي المساواة وعدم التمييز، التي حرصت المواثيق الدولية وجُل الدساتير الوطنية على ترسيخها واحترامها.

وقد أشار إلى ذلك Jean-Marc Sofet - نائب رئيس مجلس الدولة الفرنسي بقوله: "إن الخوارزميات بعيدة عن الحياد؛ فهي تنزع إلى التكاثر والتعزيز وتخلق تحيزات اجتماعية جديدة، وضرب مثلاً على ذلك يتعلق بحساب خطر العود إلى ارتكاب جريمة."

والواقع أن أدوات «تقييم المخاطر» هي الخوارزميات التي تستخدم الوضع الاجتماعي والاقتصادي للفرد، وخلفيته الأسرية، والجرائم السائدة بالحي الذي يقطن فيه، وحالة العمل لديه، وغيرها من العوامل للوصول إلى تنبؤ مُفترض بالمخاطر الجنائية لهذا الشخص، والحكم عليه بأنه على مستوى "منخفض" أو "مرتفع" أو بنسب مئوية محددة من الخطورة الجنائية^(١)

١-١٢ - انظر استبيان تقييم المخاطر الذي أعدته شركة compass في ويسكونسن، من ProPublica مُتاح على موقع: <https://www.documentcloud.org/documents/2702103-Sample-Risk-Assessment-COMPAS>

والحقيقة أن النتيجة المترتبة على ذلك قد تبدو مُرعبة، فيمكن أن نتخيل شخصين متهمين بارتكاب نفس الجريمة، فإنهما قد يحصلان على نتائج مختلفة بشكل حاد، فأحدهما يحصل على تصنيف عالٍ في توقع ارتكاب الجريمة، والآخر على العكس يحصل على تصنيف مُنخفض؛ استناداً إلى مُدخلات خارجة عن إرادتهما، ولا سبيل لتقييم صحة النتائج أو حتى إمكانية الطعن فيها!!

وتأكيداً للتخوف المشار إليه في عام ٢٠١٤، دعا المدعي العام Eric Holder للجنة الأمريكية لإصدار الأحكام إلى دراسة استخدام الخوارزميات في المحاكم^(١) وأعرب عن قلقه الشديد من أن نتائج تلك الخوارزميات قد تكون مصدرًا للتحيز والتمييط، وفي الوقت نفسه أعربت وزارة العدل الأمريكية عن قلقها إزاء استخدام عوامل مثل: مستويات التعليم، حالة العمل، والظروف الأسرية، والمعلومات الديمغرافية، وبالرغم من ذلك ففي حين أن لجنة إصدار الأحكام قد درست خطر معاودة الإجرام بالنسبة للمجرمين الاتحاديين، فإنها لم تقم بإجراء دراسة لنتائج المخاطر الناتجة عن ذلك^(٢)

وفي عام ٢٠١٦ أُجري تحقيق من قبل ProPublica باختبار نظام compass الذي اعتمدته ولاية فلوريدا باستخدام نفس المعيار المرجعي compass بشأن احتمال العود للإجرام في سنتين، فوجدت ProPublica أن صياغة مُفردات المعيار المرجعي رجحت بشكل خاص رفع نسبة المتهمين السود كمجرمين في المستقبل، ووصفها تقريباً بضعف مُعدل نسبة المتهمين من ذوي البشرة البيضاء، وبالتالي وصف المتهمين البيض بأنهم مُعرّضون لخطر احتمال العود بشكل أكثر انخفاضاً من المتهمين السود، ولا شك أن في ذلك تمييزاً فجاً وتمييطاً صارخاً ضد ذوي البشرة السوداء، لا يستند إلا على لون البشرة أو الانتماء إلى الأصول الإفريقية، وقس على هذا بقية الأعراق الأخرى التي قد تتعرض إلى مثل هذا التمييط المقيت.

وهكذا فعلى أهم الانتقادات التي وُجّهت إلى بعض التنبؤات الخاطئة ناجمة عن مُدخلات غير دقيقة، في حين تُعزى النتائج الأخرى إلى الطريقة التي يتم بها وزن بعض العوامل وتغليبها على ما عداها من عوامل أخرى، فعلى سبيل المثال، يُمكن تصنيف الشخص الذي اعتدى على طفل بأنه ذو خطر منخفض؛ ليس لشيء سوى لأنه يملك وظيفة ذات حيثية ما، على حين تتم إدانة شخص في جُنة ضرب فيتم تصنيفه بأنه ذو خطورة عالية؛ استناداً إلى كونه أسود يقطن في حي سكني فقير ويتقاضى إعانة بطالة، وكل ذلك التمييط القضائي يُرتب الكثير من النتائج الخطيرة الأخرى التي تتعلق ببعض التدابير الجنائية - على سبيل المثال - مثل الإفراج قبل البدء في المحاكمة، أو الإفراج الشرطي قبل انتهاء مدة العقوبة المقضي بها.

CORE.html

١- تُستخدم خوارزميات العدالة الجنائية في جميع أنحاء الولايات المتحدة الأمريكية، ولكن الأدوات المحددة تختلف حسب كل ولاية؛ بما يعني أن الخوارزميات المستخدمة لا تخضع للقوانين الاتحادية، وإنما ينطبق عليها القانون المحلي لكل ولاية، وقد استخدمت السلطات القضائية المحلية أحد نظم ثلاثة رئيسية: الأول- يتعلق بتمييط إدارة بيانات المجرمين القابلين للإصلاح عن طريق الجزاءات البديلة، والثاني- يخص تقييم السلامة العامة، والأخير- يقيس مستوى جرد الخدمات المنقح (COMPAS، LSI-R) التي أنشأتها شركته «نورثوبنت» الهادفة للربح، من خلال تقييم متغيرات تحت خمسة مجالات رئيسية، هي: المشاركة الإجرامية، والعلاقات/أنماط الحياة، والشخصية/المواقف، والأسرة، والإقصاء الاجتماعي.

٤. زيادة نسبة البطالة بين المشتغلين بالقانون

اعترف نيكولاس بوستامانتي رئيس شركة Doctrine.fr خلال ندوة حول «العدالة التنبؤية» عُقدت في الجامعة الكاثوليكية في ليل بفرنسا بأن: «هدف شركته هو تعزيز الحق في الذكاء الاصطناعي لأنتمتة «Automation» المهام المتكررة، بما يُتيح للمحامين التركيز على قيمتهم المُضافة المتمثلة في: تقديم المشورة القانونية حال الحاجة إلى الاجتهاد القانوني في المسائل المستجدة»^(١) وعلى ما يبدو أن الاعتراف السابق، يُستشف منه أن اقتحام تطبيقات العدالة التنبؤية لمجالات العمل القانوني المختلفة سواء ما تعلق بها من شغل الوظائف القضائية، أو ممارسة العمل الحر كالاقتحام بالمحاماة، أو العمل بالتوثيق القانوني من شأنه أن يؤدي إلى تراجع ممارسة المهن القانونية، فيكفي القول أن مُصممي برمجيات العدالة التنبؤية من خريجي كليات الهندسة أو كليات الحاسبات والمعلومات يمكنهم الاستعانة بأحد الخبراء القانونيين على نطاق محدود جداً؛ لتقديم المشورة حال عدم وجود السوابق القضائية، وهو ما عبر عنه «نيكولاس بوستامانتي» بالقيمة المُضافة للقانونيين».

المبحث الثالث

التنظيم القانوني للعدالة التنبؤية في فرنسا

الحقيقة أن التطورات التكنولوجية المتلاحقة التي تحتاح جميع مناحي الحياة، تجعل من غير المنطقي الادعاء بأن العدالة من الممكن أن تكون بمفازة من أن تشملها هذه التغيرات التكنولوجية والمجتمعية الهامة، والنتيجة الحتمية لذلك هي الاعتراف بأن العدالة حتماً تتأثر وحتماً يجب أن يعترتها جزء من هذه التطورات، فعلى سبيل المثال، في فرنسا نُظر استخدام المنصات الخوارزمية لحل منازعات معينة لأول مرة لدى مناقشة مشروع قانون البرمجة والإصلاح في مجال العدالة ٢٠١٨-٢٠٢٢ الذي ما لبث أن صدر وأصبح واقعاً ملموساً بمسمى:

LOI n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme
pour la justice^(٢)

وهكذا فإن العدالة التنبؤية لم تعد مجرد فكرة افتراضية في النظام القانوني الفرنسي، أو حكراً على النظم القضائية الأنجلو أمريكية دون النظم اللاتينية، فحتى النظام القانوني الفرنسي أساس النظم القضائية اللاتينية الذي تدور في فلكه أنظمة قضائية كثيرة منها معظم النظم القضائية العربية، اعترف بالفكرة وأوجد لها تنظيمًا قانونيًا في قانون إصلاح العدالة المشار إليه.

1- 12 février 2018, le cabinet Selene Avocats a eu le privilège d'assister au passionnant colloque organisé à l'occasion du bicentenaire de l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, au sujet de la justice prédictive. Disponible sur, <http://www.selene-avocats.fr>

2- JORF n°0071 du 24 mars 2019, <https://www.legifrance.gouv.fr>

وانطلاقاً مما سبق وجب التعامل مع الفكرة باعتبارها أمراً واقعاً وليس مجرد وهم أو افتراض، لكن السؤال المطروح ما هي التحديات التي يمكن أن تواجه التنظيم القانوني للفكرة؟ وماذا عن طبيعة هذا التنظيم القانوني في القانون الفرنسي؟ وكيف يمكن أن تتحقق المسؤولية القانونية الناجمة عن تطبيق الفكرة؟ وهو ما سنحاول الإجابة عنه من خلال مطالب ثلاثة نعرضها على التوالي:

المطلب الأول أركان نظام العدالة التنبؤية

إذا كان الذكاء الاصطناعي ينطوي على تنفيذ عدد من التقنيات تسمح بتقليد شكل من أشكال الذكاء البشري؛ وذلك باستخدام آلات وبرامج ذات طبيعة خاصة تحاكي الأنشطة العقلية، سواء كانت في ترتيب الفهم أو الإدراك أو اتخاذ القرار.

وفي المجال القضائي، ستُستخدم المعلومات والبيانات القضائية وربما الفقهية (المُدخلات) ومن خلال خوارزميات مُخصصة تُستخدم لإخراج نتائج تنبؤية على قدر كبير من اليقين (المخرجات) وهو ما يُثير التساؤل حول الأركان اللازمة الواجب توافرها لقيام نظام للعدالة التنبؤية، من شأنه تهيئة البيئة المناسبة لعملها وتسييرها.

والواقع أن ثمة أركان جوهرية تُعد من قبيل المفترضات التي بدونها لا يبدو أن نظام العدالة التنبؤية يمكن أن يتشكل، وتمثل هذه الأركان فيما يلي:

١. إتاحة البيانات القضائية

يُعد أحد مفترضات قيام نظام العدالة التنبؤية، إتاحة البيانات القضائية لتكون في متناول الجميع،

لكن هل يُتيح القانون الفرنسي ذلك، وإلى أي مدى يمكن إتاحة هذه البيانات؟

تنص المادة (٢٠) من القانون رقم ٢٠١٦-١٣٢١ المؤرخ ٧ أكتوبر ٢٠١٦ للجمهورية الرقمية على أن: «تُستكمل المادة (١٠) من قانون القضاء الإداري بأربع فقرات على النحو التالي: وتُتاح هذه الأحكام للجمهور مجاناً مع احترام خصوصية الأفراد المعنيين. "ويسبق هذا التوافر العلني تحليل لخطر إعادة تحديد هوية الأفراد.

ويحدد مرسوم صادر من مجلس الدولة شروط تطبيق هذه المادة، فيما يتعلق بأحكام محاكم أول درجة أو الاستئناف أو النقض".^(١)

وتنص المادة (٢١) من ذات القانون على أن: «يُستكمل الفصل الأول من الباب الأول من قانون التنظيم القضائي بمادة مرقمة ١١١-١٣:

1- Article 20 LOI n° 20161321- du 7 octobre 2016 pour une République numérique; "L'article L. 10 du code de justice administrative est complété par quatre alinéas ainsi rédigés; "Ces jugements sont mis à la disposition du public à titre gratuit dans le respect de la vie privée des personnes concernées"

"Cette mise à disposition du public est précédée d'une analyse du risque de ré-identification des personnes"

المادة. ١١١-١٣ - دون المساس بالأحكام الخاصة التي تنظم الحصول على أحكام المحاكم وإعلانها، تُتاح للجمهور الأحكام التي تتخذها المحاكم مجاناً مع احترام خصوصية الأشخاص المعنيين. "ويسبق هذا التوافر العام تحليل لخطر إعادة تحديد هوية الأفراد.....ويحدد مرسوم صادر من مجلس الدولة شروط تطبيق هذه المادة، فيما يتعلق بأحكام محاكم أول درجة أو الاستئناف أو النقض"^(١).

والبين من النصين المتقدمين أن المشرع الفرنسي استن أصلًا عامًا بمقتضاه أتاح الفرصة للأفراد الذين لا يكونون طرفًا في الأحكام القضائية الصادرة الحصول على نسخ من هذه الأحكام، يستوي في ذلك الأحكام الصادرة عن محاكم السلطة القضائية أو محاكم مجلس الدولة، لتكون في متناول الجمهور مجاناً دون تحصيل أي رسوم.

والواقع أن المشرع الفرنسي قصر إتاحة الحصول على الأحكام القضائية فقط، دون أن يمتد ذلك إلى حد إتاحة الاطلاع على مستندات الخصوم، أو مذكرات الدفاع، أو التحقيقات، أو المعاینات التي أجرتها المحكمة، أو تقارير الخبراء، أو شهادة الشهود.

ومن ناحية أخرى: لم يُقيد المشرع الحصول على نسخ الأحكام القضائية بقاءً زمني معين بحيث أضحى من الممكن الرجوع إليها في أي وقت.

كما يُلاحظ -أيضاً- أن المشرع الفرنسي أفسح المجال أمام الجمهور للحصول على كافة الأحكام سواء الصادرة عن محاكم أول درجة أو محاكم الاستئناف، وبالطبع الأحكام الصادرة في الطعون بالنقض.

ونعتقد أن إتاحة الأحكام القضائية - على النحو السابق - من شأنه أن يجعل "التنبؤ" بنتيجة المنازعات المتشابهة مُستقبلاً مبنياً على أكبر قدر من اليقين القانوني على مستوى مختلف التدرج الهرمي القضائي، وهي غاية ينشدها نظام العدالة التنبؤية، ويبقى التطبيق العملي لذلك هو المحك الحقيقي للحكم على مدى تحقيق مستوى النجاح المطلوب.

٢. احترام الحق في الخصوصية

لا شك أن إتاحة الأحكام القضائية للجمهور - على نحو ما سلف إيضاحه - من شأنه أن يؤدي إلى خطر انتهاك الحق في الخصوصية بالنسبة لطرفي الخصومة في هذه الأحكام، وكذا بالنسبة لكل من ورد ذكر اسمه بالحكم؛ ومن ثم وجب احترام هذا الحق الدستوري من خطر الانتهاك؛ وإلا تعرضت المادتان (٢٠)، (٢١) من قانون الجمهورية الرقمية الرقيم ٢٠١٦-١٢٢١ المؤرخ ٧ أكتوبر ٢٠١٦ لشبهة عدم الدستورية.

ولعل المشرع الفرنسي احتاط لهذا الأمر فحرص أشد الحرص على أن يُقرن إتاحة الحصول على الأحكام القضائية بقاءً عام عبّر عنه بضرورة احترام خصوصية الأشخاص المعنيين؛ وبالبناء على

1- Article 21 LOI n° 20161321- du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

ذلك أضحت ثمة التزام عام يتعين القيام به قبل إتاحة الأحكام القضائية للجمهور، يخلص مضمونه بالالتزام بحجب البيانات الشخصية المتعلقة بالأطراف المعنية بهذه الأحكام.

ولا يقتصر هذا الحجب على بيانات طرف الخصومة - فحسب - وإنما يمتد هذا الحجب أيضاً ليشمل جميع الأشخاص الذين ذُكرت أسماءهم بالأحكام المطلوب إتاحتها للجمهور، يستوي في ذلك أسماء الشهود وأعان القضاة.

ولعل من الأهمية - أيضاً - أن يمتد هذا الحجب ليشمل كذلك بيانات القضاة أنفسهم الذين اشتركوا في إصدار تلك الأحكام؛ فوفقاً للتقرير المتعلق بـ «البيانات الشخصية التي تتضمنها الأحكام القضائية المتاحة» المؤرخ ٢٩ نوفمبر ٢٠١٧ - الصادر عن وزارة العدل الفرنسية - الذي تضمن رغبة معظم القضاة وأمناء السر والكتابة أيضاً في الاستفادة من حجب بياناتهم بالأحكام؛ لتجنب أي نوع من التمييز القضائي من ناحية، أو لرفع أي ضغط من الرأي العام عن طريق شبكات التواصل الاجتماعي وغيرها من وسائل الإعلام وجماعات الضغط الأخرى، يمكن ممارسته ضد نتيجة معينة انتهت إليها أحكام صادرة من قضاة بأعينهم، ولا شك أن هذا الأمر يؤدي إلى نتائج غير مرغوب بها تتعلق بانخفاض درجة «التنبؤ» التي تقوم عليها فكرة العدالة التنبؤية.

والحقيقة أن إخفاء البيانات الشخصية للأشخاص المعنيين الواردة بالأحكام القضائية - التي نفذتها إدارة دعم المعلومات القانونية والإدارية بوزارة العدل الفرنسية (DILA) - كانت ذات تكلفة مالية كبيرة؛ مما يُفسر سبب انخفاض عدد الأحكام القضائية المنشورة على الموقع الرسمي للحكومة الفرنسية: <https://www.legifrance.gouv.fr> بالمقارنة مع عدد الأحكام الفعلية الصادرة كل عام، فمثلاً في عام ٢٠١٦ نُشر حوالي (١٣, ٣٦٠) حكماً، في حين أن الأحكام القضائية الصادرة من السلطة القضائية كانت كالتالي: (٢, ٦٣٠, ٠٨٥) حكماً مدنياً، (١, ٢٠٠, ٥٧٥) حكماً تجارياً، (٢٣١, ٩٠٩) حكماً في المسائل الجنائية (١)

وهكذا فإن من شأن إتاحة الأحكام القضائية بصورة عامة للجميع، تعني صراحة الحاجة إلى إخفاء كمية كبيرة جداً من البيانات، وسيعهد بهذه المهمة إلى شركات منصات العدالة الخوارزمية التي يُشار إليها بمصطلح «LegalTech» وفقاً للشروط التي سيصدر بها قرار تنظيمي.

والواقع أن التكلفة الباهظة لإخفاء بيانات الأحكام تُفسر رفض شركات «LegalTech's» تنفيذ هذا الإخفاء، فليس دقيقاً ما ادعته هذه الشركات من أنه سيكون من الممكن بفضل أدواتها الرقمية، وضع خريطة للجمهورية الفرنسية لتسليط الضوء على مختلف أوجه التفاوت والتقارب بين الأحكام الصادرة في كل منطقة إلى أخرى، بل من قاض إلى آخر.

والتبرير السابق في الحقيقة يؤكد ما سبق أن وجه إلى العدالة التنبؤية من انتقاد يتعلق بـ «التمييز القضائي» إلا أن المشرع الفرنسي تنبه إلى أهمية هذا الإخفاء وجعله التزاماً مفترضاً قبل البدء في

1- Cécile Doutriaux: Les références originales de ce texte sont: «La Justice prédictive: Mythe ou réalité ? », Revue de la Gendarmerie Nationale, 2e trimestre 2018.

إتاحة الأحكام القضائية للجمهور؛ ممّا من شأنه أن يُقلل من أهمية هذا الانتقاد، وهكذا فقد بات من الواجب على هذه الشركات المشار، إليها الالتزام بإخفاء البيانات المطلوبة قبل نشر الأحكام القضائية، وإلا كان استخدامها مُخالفًا للقانون يعرضها للمسئولية القانونية.

٣. إعداد برمجيات الخوارزميات بشكل أكثر إحكاماً

بقدر ما يجب أن تكون عليه قرارات المحاكم - التي سيتم جمعها - كونها مجهولة البيانات، فإن الفكرة القائلة بأنه سيكون من الممكن تحديد «توجهات» القضاة عند اتخاذ القرارات القضائية في نطاق اختصاص محلي معين؛ ذلك أنه من المتوقع، بل الطبيعي أن تختلف الأحكام القضائية في نطاق اختصاص محلي آخر عنها في نطاق محلي آخر، ومن ثم يمكن تقسيم توجهات القضاة بحسب النطاق الجغرافي المحدد للاختصاص القضائي المحلي كما تعتقد شركات "LegalTech" وعلى ما يبدو أن الافتراض السابق ليس من السهولة قبوله؛ فهو لا يضع في اعتباره المركز القانوني للقاضي الذي يتغير كل فترة زمنية قصيرة قد لا تزيد على ثلاث سنوات على أقصى تقدير، فالقضاة مُعرضون للنقل الدوري وللانحداب -أيضاً- من نطاق اختصاص محلي إلى آخر، وبالتالي فمن الصعب اختصاص منطقة جغرافية بقضاة معينين بأشخاصهم لفترات طويلة، وبالتالي فمن المتوقع اختلاف الأحكام القضائية بقدر ما يسمح به القانون من اجتهادات قضائية باختلاف توجه القضاة.

ومن ناحية أخرى تلعب الاختلافات الفردية التي يتمتع بها كل قاضٍ دوراً كبيراً في تشكيل عقيدته، فالسلطة التقديرية التي يمنحها القانون للقاضي تسمح بأن تأخذ في الاعتبار كل حال على حدة، بل إن كل قاضٍ فريد في تاريخه، وتعليمه، وبيئته الثقافية، وقيمها، وكذلك في قدرة شخصيته على استيعاب التطور والاندماج فيه، وكلها عوامل تُؤثر في نتيجة ما قد يتمتع به من سلطة تقديرية؛ لهذا فمن المتوقع عدم التماثل في الأحكام التي قد تبدو وقائماً متماثلة، وفي ظل هذه الظروف من الازدواجية في طبائع القضاة البشرية، فيجب إعداد الخوارزميات بما يكفي من البراعة لمراعاة

تعقيد كل حال، فهل تستطيع شركات «LegalTech» تحقيق هذه المعادلة الصعبة؟
تدعي شركات «LegalTech» أن القرار الذي سوف تتخذه الخوارزميات أو بمساعدتها له ميزة تبدو أكثر إنصافاً وعدالة من قرارات القاضي الجالس، وتقول هذه الشركات أن العدالة التنبؤية ستكون بالضرورة: محايدة وموضوعية، وهو ما من شأنه أن يضمن حقوق المواطنين ويُزيل التعسف في التقدير المتوقع الناتج عن الاختلافات البشرية بين القضاة.

وبالرغم من الوعود البراقة التي تُعد بها شركات «LegalTech» إلا أننا نُؤيد الأستاذ: Cécile Doutriaux، فيما ذهب إليه من أن التدخل البشري دائماً سيظل موجود حال استخدام منصات العدالة الخوارزمية، منذ وضع الخوارزمية، ثم اختيار معايير وفئات البيانات التي تُؤخذ في الاعتبار، حتى الوصول إلى النتيجة المتوقعة؛ فالخوارزميات ستعكس في الواقع «الآراء المُعرب عنها في تعليمات

البرمجية «ولذلك فإن العدالة التي تتم من خلال الذكاء الاصطناعي لن تُزيل الذاتية أو التمييز المرتبط بالبرمج (1)»

وأخيراً، فإن كل وقائع النزاع وجميع الدفوع الشكلية وأوجه الدفاع المطولة التي قدمها المحامون الوكلاء، لا يتم تناولها بالكامل في الأحكام، وإنما يلخصها القضاة جزئياً دون عرضها بالكامل، وإذا كانت الأدوات التحليلية التي تُعد بها «LegalTech» حاليًا لا تتناول إلا نتيجة الحكم، أي: حل النزاع دون التعرض للحجج والأسباب التي نتيجة الحكم ودون التعرض كذلك لمناقشة حجج وأسناد المحامين؛ لذلك فإن قرارات المحاكم الموصى بها عن طريق المنصات الخوارزمية ستستند إلى بيانات غير مكتملة وتقريبية؛ ومن ثم تكون غير دقيقة، وستسفر بالتبعية عن نتائج خاطئة أو على الأقل مضللة بشأن النزاع المطروح.

وهكذا يمكن التشكيك وبصورة مشروعة في دقة النتائج الصادرة من منصات الذكاء الاصطناعي في المجال القضائي، استناداً إلى إحصاءات وبيانات مُجتزأة من سياق تفصيلاتها، وفي تقديري ستكون هذه النقطة أكبر تحدٍ سيواجه التنظيم القانوني لتطبيقات العدالة التنبؤية.

٤. احترام المبادئ الأساسية للمحاكمات القضائية

قبل النظر في تطبيق الذكاء الاصطناعي على العدالة، من الضروري معرفة ما إذا كان تنفيذ هذه التقنية سيحترم المبادئ الأساسية التي تحكم المحاكمات القضائية أو سينتهك حرمتها، ويهتك قُدسيتها.

والواقع أن جميع المتقاضين يجب أن يُحاكموا محاكمة عادلة، وفي سياق المحاكمات القضائية جميعاً، لا يبت القاضي في النزاع إلا بعد مناقشة حرة لطلبات الخصوم، والانصات لحجج كل منهم وتمحيصها، وإتاحة الفرصة لأطراف الخصومة لإبداء وجهة نظرهم، ومُطالعة ومناقشة حجج وأدلة كل خصم، وإفساح المجال أمامهم لتبادل المستندات الخاصة بهم بملف النزاع طوال أمد جلسات المرافعة.

واستناداً إلى المادتين (١٤) و (١٥) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، وما يُناظرهما في قانون الإجراءات الإدارية، يكفل القاضي احترام مبدأ الحياد في الخصومة، حيث يجب عليه أن يذكر بحكمه ملخص أوجه الدفوع والدفاع التي أثيرت أثناء المرافعات.

كما أن على القاضي التزام آخر بإتاحة الوقت الكافي لمرافعات المحامين للتأكيد على النقاط الأساسية التي يُثيرها النزاع وتوجيه انتباه المحكمة إلى الحجج التي يعتبرونها أساسية لبت فيه، وبيان الآثار التي ستترتب على نتيجة النزاع بالنسبة لموكليهم.

والواقع أن لحظة تبادل المستندات وتقديم المذكرات المكتوبة وإبداء المرافعات الشفهية تكون مُضمّعة - أحياناً - بالمواقف الإنسانية، كما تسمح بتجسيد الاستنتاجات المنطقية وإثارة التساؤلات حول

1- Cécile Doutriaux: Les références originales de ce texte sont: «La Justice prédictive: Mythe ou réalité ?», Revue de la Gendarmerie Nationale, 2e trimestre 2018.

مختلف الحجج والبراهين التي يتبادلها طرفا الخصومة مما يسمح للقاضي بالإحاطة بكل بوقائع النزاع ودقائقه.

وبعد ذلك تأتي مرحلة اختلاء القاضي بنفسه وبحوزته ملف النزاع، وبشكل مستقل يبدأ تقدير القيمة الثبوتية للأدلة المقدمة من طرفي الخصومة في ضوء المرافعات والمناقشات التي شملت شهادة الشهود، ومحاضر المعاينات، وتقارير الخبرة، وما إلى ذلك، وله أن يفسر نطاقها، فيحجب أو يرفض بعض الأدلة باعتبارها غير حاسمة في مقطع النزاع، وله -أيضاً- سلطة تقديرية لتقييم سوء أو حسن نية الخصوم؛ استناداً إلى ما تتضح به الأوراق والشواهد وليس استناداً إلى بيانات ومعلومات تتعلق بحالة الشخص.

وهذه ضمانات أساسية جوهرية لأي قاعدة قانونية تطالب باحترام الحق في الدفاع باعتباره من الحقوق الأساسية التي أكدتها المواثيق الدولية، وحرصت الدساتير الوطنية على النص عليها، وتتكفل السلطة القضائية بالتقيد بها وتضمن تجسيدها واقعاً ملموساً.

ويتشكك الأستاذ: Cécile Doutriaux، في تحقيق الضمانات - سائلة الذكر - حال استخدام تقنيات الذكاء الاصطناعي في مجال العدالة بقوله: «ولا يكاد استخدام هذه التقنيات في مجال العدالة يخلو من عدم الامتثال بصرامة لجميع المبادئ التوجيهية للمحاكمات القضائية، فالواقع يؤكد أنه لم يعد من الممكن النظر في المستندات، ولم يعد النزاع موضع نقاش حقيقي بين الطرفين، ولم يعد للقضاة سلطة تقديرية بالنسبة لتقييم الأدلة والحجج والبراهين؛ لأن قرارهم سيسترشد بالنتيجة التي تعطيها منصات المسح الحسابي الخورازمية، وتوقع نتيجة المحاكمة، ويستترد قائلاً: إذا كان للقضاة أن يكونوا راضين اليوم عن حكم أصدره، فماذا عن الغد الذي يحتاج إلى إعادة النظر في الحكم مرة أخرى في ضوء التطورات التي اعترت المجتمع، فهل سيتم اللجوء إلى هذه التقنيات للنظر في الأمر وانتظار ما سيصدر عنها من توصية لتحديد النتيجة؟ ويجب Cécile Doutriaux، على التساؤل السابق الذي طرحه بقوله: إن ذلك سيؤدي إلى نتائج متطابقة بشكل منهجي لنفس نوع المنازعة، مما من شأنه أن يؤدي إلى ما أسماه «بالحبس الحسابي» وعندئذ سيكون من المستحيل تطوير القانون، وتبنيه المشرع أو محكمة النقض إلى المشاكل العملية التي تواجه تطبيق القاعدة القانونية وتدعو الحاجة إلى تعديلها أو حتى تغييرها بالكلية⁽¹⁾

1- Cécile Doutriaux ; Les références originales de ce texte sont: «La Justice prédictive: Mythe ou réalité ? », Revue de la Gendarmerie Nationale, 2e trimestre 2018.

المطلب الثاني مدى ارتباط الخدمات القانونية عبر الإنترنت بالعدالة التنبؤية

بموجب نص المادة (٤) من القانون رقم ٢٠١٩-٢٢٢ المؤرخ ٢٣ مارس ٢٠١٩ - بشأن البرمجة وإصلاح العدالة أضيفت سبع مواد جديدة بعد المادة (٤) من القانون رقم ٢٠١٦-١٥٤٧ المؤرخ ١٨ نوفمبر ٢٠١٦ بتحديث العدالة في القرن الحادي والعشرين، تُدرج بالترتيب من ٤-١ إلى ٤-٧ وبمقتضى هذه المواد فإن المشرع الفرنسي عدّد الخدمات القانونية التي يُمكن تقديمها عبر شبكة المعلومات الدولية «الإنترنت» ووضع الالتزامات المهنية التي تقع على عاتق المرخص له بتقديمها، وسوف نُوالي عرض كل عنصر من العنصرين السابقين لاستجلاء علاقتهما بالعدالة التنبؤية، على النحو التالي:

أولاً- الخدمات القانونية التي يجوز تقديمها عبر شبكة المعلومات الدولية

رخص المشرع الفرنسي للأفراد أو الشركات الذين يعرضون خدماتهم - بأجر أو بدون أجر - أداء مجموعة من الخدمات القانونية عبر شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت) التي تشمل الأنشطة التالية:

١. التوفيق أو الوساطة على النحو المحدد في المادة (٢١) من القانون ٩٥-١٢٥ المؤرخ ٨ فبراير ١٩٩٥ بشأن تنظيم المحاكم والإجراءات المدنية والإدارية والجنائية^(١).
٢. التحكيم حيث يجوز إصدار قرار التحكيم إلكترونياً، بشرط عدم اعتراض أحد الطرفين^(٢).
٣. الوساطة للتوفيق بناءً على أمر إحالة صادر من المحكمة^(٣).
٤. أجاز المشرع الفرنسي للأفراد أو الشركات أن يقدموا خدماتهم المتعلقة بأعمال المساعدة أو التمثيل القانوني إلا أنه قصر ذلك فقط على الأشخاص المرخص لهم بمزاولة المهن القانونية والقضائية الذين تنطبق عليهم الشروط المحددة بالمادة (٤) من القانون رقم ٧١-١١٣٠ المؤرخ ٢١ ديسمبر ١٩٧١، بشأن مزاولة بعض المهن القضائية والقانونية^(٤).

1- 4 -1.- Les personnes physiques ou morales proposant, de manière rémunérée ou non, un service en ligne de conciliation ou de médiation, telle que définie à l'article 21 de la loi n° 95125- du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, administrative et pénale, sont soumises aux obligations relatives à la protection des données à caractère personnel et, sauf accord des parties, de confidentialité.

2- 4 -2.-Les personnes physiques ou morales proposant, de manière rémunérée ou non, un service en ligne d'arbitrage sont soumises aux obligations relatives à la protection des données à caractère personnel et, sauf accord des parties, de confidentialité.

3- 4 -4.-Les personnes physiques ou morales proposant, de manière rémunérée ou non, un service en ligne d'aide à la saisine des juridictions sont soumises aux obligations relatives à la protection des données à caractère personnel et de confidentialité.

4- 4- 5.-Les personnes physiques ou morales mentionnées aux articles 42-1,4- et 44- ne peuvent réaliser des actes d'assistance ou de représentation que dans les conditions prévues à l'article 4 de la loi n° 711130- du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines.

ثانياً- التزامات مقدمي الخدمات القانونية عبر شبكة المعلومات الدولية

أورد المشرع الفرنسي بالمادة (٤) من القانون رقم ٢٠١٩-٢٢٢ المؤرخ ٢٣ مارس ٢٠١٩ - بشأن البرمجة وإصلاح العدالة عدة التزامات يقع على مقدمي الخدمات القانونية المشار إليها آنفاً القيام بها، وهي التزامات سابقة على ممارسة النشاط، وتتمثل في الترخيص المسبق قبل المزاولة، والالتزامات أخرى تتعلق بالمزاولة المهنية والتي تتمثل في احترام البيانات الشخصية والسرية لطالب الخدمة، وكذا أداء المهام بنزاهة واستقلالية وكفاءة واجتهاد، وسوف نقوم باستعراض مضمون كل التزام من الالتزامات السابقة على الوجه التالي:

١. الحصول على ترخيص بتقديم الخدمة:

٢. تقديم خدمات الوساطة والتوفيق والتحكيم

أ. حظر المشرع الفرنسي على الأفراد أو الشركات الذين يعرضون- بأجر أو بدون أجر - خدمات التوفيق أو الوساطة أو التحكيم عبر الإنترنت تقديم هذه الخدمات، دون الحصول على ترخيص مسبق من هيئة معتمدة، بعد التأكد من استيفاء الشروط المحددة في المادة (٤) من القانون رقم ٢٠١٩-٢٢٢ المؤرخ ٢٣ مارس ٢٠١٩ - وكذا توافر الشروط الأخرى التي يصدر بها قرار تنظيمي^(١).

وتنفيذاً لذلك صدر المرسوم رقم ٢٠١٩-١٠٨٩ بتاريخ ٢٥ أكتوبر ٢٠١٩ بشأن التصديق على خدمات التوفيق والوساطة والتحكيم عبر الإنترنت^(٢) حيث أجازت المادة (٢) منه أن يصدر الترخيص - موثقاً ومعتمداً - من لجنة الاعتماد الفرنسية، أو من أي هيئة اعتماد أخرى موقعة على اتفاق للاعتراف المتبادل المتعدد الأطراف في إطار التنسيق الأوروبي لهيئات الاعتماد.

كما رخصت المادة^(٣) من ذات المرسوم للأفراد أو الشركات طالبي الترخيص إرسال طلباتهم إلى هيئة التصديق والاعتماد بأية وسيلة من وسائل الاتصال، وعلى اللجنة منحهم مهلة معينة لفحص طلباتهم، وتبلغ هيئة التصديق والاعتماد مقدم الطلب بالوقت المتوقع لبحث طلبه وشروط المراجعة التي يتم منح الترخيص استناداً إليها.

وبمقتضى المادة^(٤) من ذات المرسوم إذا تبين للجنة التصديق والاعتماد أن الخدمة الإلكترونية المطلوب الترخيص بها مستوفية متطلبات منح الترخيص، وجب عليها إخطار طالب الترخيص بقبول طلبه، وتُصدر له ترخيصاً لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد.

1-47-.-Les services en ligne fournissant des prestations de conciliation, de médiation, telle que définie à l'article 21 de la loi n° 95125- du 8 février 1995 précitée, ou d'arbitrage peuvent faire l'objet d'une certification par un organisme accrédité. Cette certification est accordée au service en ligne qui en fait la demande, après vérification du respect des exigences mentionnées aux articles 41- à 46-..... Les conditions de délivrance et de retrait de la certification mentionnée au présent article ainsi que les conditions dans lesquelles est assurée la publicité de la liste des services en ligne de conciliation, de médiation ou d'arbitrage sont précisées par décret en Conseil d'Etat"

2- JORF n°0251 du 27 octobre 2019, Disponible sur en <https://www.legifrance.gouv.fr>.

ويكون هذا الترخيص مُتاحاً لاطلاع المستخدمين على شبكة الإنترنت، والذي يجب أن يتضمن على وجه الخصوص: تحديد نطاق الأنشطة المعتمدة، النموذج التطبيقي المرخص به ونسخته، اسم هيئة التصديق التي أصدرت الترخيص، وتاريخ سريان الترخيص وانتهائه. وخلال مدة صلاحية الترخيص، يتم إبلاغ هيئة التصديق على الفور بأية تغييرات تتعلق بالوضع القانوني للخدمة المعتمدة عبر الإنترنت وتنظيمها وتشغيلها، وتخضع الخدمة عبر الإنترنت للرقابة والمراجعة والمتابعة من قبل الهيئة، وفي جميع الأحوال يجب أن تتم مراجعة تجديد الترخيص لمدة ثلاث سنوات أخرى قبل انتهاء مدة صلاحيته.

ب. أعمال الوساطة للتوفيق الخاصة:

وتشمل هذه الأعمال فئتين خاصتين من أعمال الوساطة المحددة بنص قانوني خاص، الأولى: تتضمن الوساطة من أجل العدالة، ويشترط لمنح هؤلاء ترخيصاً لمزاولة أعمال الوساطة صدور أمر من الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف وفقاً للمادة (٣) من المرسوم المؤرخ ٢٠ مارس ١٩٧٨ أما الفئة الأخرى فتشمل الوساطة في كل من: القائمة المنصوص عليها بالمادة (١٠٦١٥) من قانون المستهلك، وكذلك في قائمة الوساطة المنصوص عليها في الفرع ٢٢-١ - أ من القانون رقم ٩٥-١٢٥ المؤرخ ٨ فبراير ١٩٩٥.

وقد تطلبت المادة (٧) من المرسوم رقم ٢٠١٩-١٠٨٩ بتاريخ ٢٥ أكتوبر ٢٠١٩ - المشار إليه - بشأن أي من الفئتين المذكورتين الحصول على ترخيص بمزاولة أعمالهم عبر الإنترنت اشتراط أن يكونوا مُدرجين بالقائمة الخاصة بالوساطة التي يطلب مزاولتها الخاصة.

ج. أعمال المساعدة والتمثيل القانوني:

أجاز المشرع الفرنسي بمقتضى المادة (٤-٥) المضافة بالمادة (٤) من القانون رقم ٢٠١٩-٢٢٢ المؤرخ ٢٣ مارس ٢٠١٩ - بشأن البرمجة وإصلاح العدالة، للأفراد أو الشركات الذين يقدمون أعمال الوساطة أو التوفيق أو التحكيم أو التوفيق القضائي، أن يقوموا بأعمال المساعدة أو التمثيل عبر شبكة الإنترنت، وقيد ذلك بتوافر الشروط المنصوص عليها بالمادة (٤) من القانون ٧١-١١٣٠ المؤرخ ٣١ ديسمبر ١٩٧١، كما حظر عليهم أن يقدموا إلا استشارات قانونية أو مشاريع أعمال شريطة أن يمتثلوا للالتزامات المنصوص عليها في المادة ٥٤ من القانون ذاته.

٢. الالتزام باحترام البيانات الشخصية والسرية لطالبي الخدمة

إذا كانت المادة ٢٤ من القانون رقم ٩٥-١٢٥ المؤرخ ٨ فبراير ١٩٩٥ بشأن تنظيم المحاكم والإجراءات المدنية والجنائية والإدارية قد ألزمت الموفق والوسيط من أجل العدالة المعين بقرار من القاضي الالتزام بالسرية فيما يتعلق بالأطراف المعنية، وحظرت عليه إحالة النتائج التي يتوصل إليها والبيانات التي يجمعها إلا إلى القاضي الذي ينظر في النزاع بعد موافقة أطراف النزاع، وأكد المشرع الفرنسي على حظر استخدام هذه النتائج في نزاع آخر^(١)

1- l'article 24 de la LOI n° 95125- du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative;»Le conciliateur et le médiateur sont tenus à

وبالمثل فإن المادة (٤) من القانون رقم ٢٠١٩-٢٢٢ المؤرخ ٢٣ مارس ٢٠١٩ ألزمت جميع من يقومون بأداء أي عمل من الأعمال القانونية المشار إليها بالمادة سالفة الذكر سواء اتخذت شكل وساطة، أو توفيق، أو تحكيم اتفاقي، أو شكل وساطة خاصة، أو وساطة وتوفيق قضائي عبر الإنترنت باحترام البيانات الشخصية والسرية للأطراف طالبي الخدمة.

وبالتالي، فقد استن المشرع الفرنسي أصلاً عاماً حظر بمقتضاه الإفصاح عن البيانات الشخصية، وكذلك السرية الخاصة بطالبي الخدمة القانونية الإلكترونية عبر الإنترنت لأي جهة كانت، حتى لو كانت السلطة القضائية، بيد أنه استثنى من ذلك الإفصاح بموافقة الأطراف المعنية.

ونرى أن الموافقة على الإفصاح يتعين أن تكون صريحة خالية من أي عيب من عيوب الإرادة تبطلها باعتبارها تصرفاً إرادياً منفرداً يخضع لشروط الصحة المقررة قانوناً.

٣. الالتزام بالتبصير

واقع الأمر أن العمل القانوني ليس مجرد مهنة عادية وإنما مهنة تقوم على الدقة والخبرة، فالقانوني مهني مُتَبَصِّر بما يتمتع به من كفاية وخبرة، ممّا يجعله محلاً للثقة التي أولاهها القانون إياه؛ لذا لم يكن من الغريب وصفه بأنه مهني مُتَبَصِّر يُنْتَظَر منه الحرص والاحترام وبذل عناية خاصة لحماية المصالح التي ائتمن عليها، ولأجل ذلك فقد ألقى على عاتقه التزامٌ مهنيٌّ بتبصير عملائه بإسداء النصيحة لهم بكل ما قد يترتب على محرراتهم وتصرفاتهم من آثار قانونية حتى لا يُفاجئوا بأثار لم تكن تجول في خاطرهم نتيجة إقدامهم على إبرام التصرف القانوني؛ ولعل هذا ما عناه المشرع الفرنسي بقوله: «الالتزام بتوفير معلومات مفصلة عن كيفية أداء الخدمة المطلوبة»

وهكذا فيتعين على مُقدم الخدمة القانونية عبر الإنترنت، أن يكون أميناً في إسداء النصيحة التي من شأنها أن تمكن عملاءه من اتخاذ القرار الصحيح بشأن التصرف الذين يتأهبون لإتمامه، ويُعد طلب المشورة هو خطوة تمهيدية للعملاء تضعهم على الطريق الصحيح إزاء تصرفاتهم المستقبلية، فقد لا تكون لديهم أي خبرات مُسبقة تُؤهلهم للإقدام على إبرام أو معرفة طبيعة التصرف والأحكام التي يتعين أن يخضع لها، وعندئذ يتعين على مقدم الخدمة توجيه الإرشادات والتوجيهات التي تكون محل تساؤلات من عملائهم في حدود ما يسمح به القانون، بل يتعين على مقدم الخدمة أن يبين لعملائه ما قد يجهله بشأن التصرف.

٤. الالتزام بأداء الخدمة بالحياد والنزاهة والاستقلال أ. الالتزام بالنزاهة:

الواقع أن الالتزام بالنزاهة يقتضي اتخاذ المسلك «المهني الشريف» في كل الظروف، والشرف وصف جامع لفضائل الصفات وأطيبها، ويتناقض معه أرذلها وأخبثها، وهو ما يُجتم على مقدمي الخدمات

l'obligation du secret à l'égard des tiers. Les constatations du conciliateur ou du médiateur et les déclarations qu'ils recueillent ne peuvent être évoquées devant le juge saisi du litige qu'avec l'accord des parties.

القانونية عبر الإنترنت التعامل بالصدق والأمانة، سواء في مواجهة عملائهم، أو حتى في مواجهة بعضهم البعض؛ ومن ثم وجب عليهم ألا يُخلوا بالثقة الواجبة في التعامل مع عملائهم بالكذب أو الخداع، وأن يكون اجتذاب العملاء في إطار مبدأ حرية العميل في اختيار مؤدي الخدمة، وبالتالي يمتنع التدخل بأي عمل من جانب مقدمي الخدمة الالكترونية من شأنه التأثير على هذا الاختيار، أو يؤدي إلى اجتذاب العملاء أو الاحتفاظ بهم، حتى لا يعتبر ذلك نوعاً من المنافسة غير المشروعة التي تتنافى من النزاهة المطلوبة.

وكذلك تجنب الممارسات التي تؤدي إلى الإخلال بهذه الثقة - أيضاً - في مواجهة زملائهم ومنافسيهم، بالامتناع عن الإضرار بالسمعة المهنية لزميل أو بتشويهه أو النيل من كفاءته ومعرفته المهنية، ومن ذلك مثلاً استغلال المعرفة بأحد الأحكام الصادرة في حق زميل لهم من أجل الإساءة إلى سمعة هذا الزميل أو إلحاق الضرر بالعلاقات بينه وبين موكله أو عملائه، وبما يشمل - أيضاً - حظر اللجوء إلى أية وسيلة من شأنها تشويه سمعة زميل حال استشعار إخلال هذا الزميل بأحد واجباته المهنية.

ب. الالتزام بالحياد:

يلتزم كذلك مقدمو الخدمات القانونية عبر الإنترنت بأداء خدماتهم بالحيادة المطلوبة في كل ما يقومون به من أعمال؛ فلا يجوز لهم الانحياز إلى أحد عملائهم، أو تفضيل عميل على آخر، فمن الواجب أن يتمتعوا بالحياد المطلق، وهو ما يؤدي إلى الامتناع عن ارتكاب الغش أو التحايل بأية صورة من الصور.

ومن أظهر الأمثلة على ذلك الامتناع عن تناول تصرف قانوني أو عقد يكون هو نفسه طرفاً فيه أو ممثلاً أو مرخصاً له بأية صفة، أو كان العقد أو التصرف يتضمن فائدة له، أو كان يخص أحداً من أقاربه أو كان فيه وكيلاً أو متصرفاً أو أية صفة أخرى كانت، إلا وافق عميله على ذلك، وهنا يتعين عليه أن يلتزم الحيادة عند القيام بعمله.

ج. الالتزام بالاستقلال المهني:

يؤكد واقع الحال أنه في غمار ممارسة المهن القانونية تكون العلاقة بين القانوني وعميله علاقة ثنائية، فالأول يضع خبرته ومعرفته المهنية القانونية ويُسخرهما لإتمام ما يطلبه الأخير من أعمال تدخل في نطاق عمله المهني، ومتى باشر القانوني أعماله امتنع على عميله أو أي طرف ثالث التدخل فيما يتخذه من تدابير لإتمام مهمته إلا بالقدر الذي لا يتعارض مع الاستقلال المهني، أي: الحد الذي لا يُعد تدخلاً في شأن من الشؤون المهنية القانونية؛ لما من شأنه أن يؤثر على أداء العمل القانوني المطلوب، وما قد يسببه من أضرار للعميل نفسه أو للغير وهو المبرر لإثارة المسؤولية المدنية، وبما قد يرتب من أضرار أكثر جسامه يتمثل في الإخلال بالثقة الواجبة في الممارسة المهنية ذاتها، وهو المبرر للمسؤولية التأديبية.

ونعتمد أن الاستقلال، والثقة، والمسؤولية، هي عناصر أساسية رئيسة لعلاقة قانونية ضمنية تربط العميل بالقانوني، هذه العلاقة لا تكون صحيحة متى كان القانوني خاضعاً لتأثيرات أخرى غير مصلحة عميله في إطار القواعد القانونية التي تحكم الإجراء المطلوب؛ وبالتالي فإن الاستقلال المهني للقانوني هو ضرورة لثقة العميل، بل واجب ينبغي على الطرفين أن يحافظا عليه تعزيزاً لهذه الثقة، ومن ثم تدعيماً للمهنة ذاتها بما يؤدي إلى جودة الخدمة القانونية.

ولهذا حرص المشرع الفرنسي على أن يبنأ بمقدمي هذه الخدمات عن كل ما من شأنه أن يمس استقلالهم المهني؛ من خلال المنع من ممارسة النشاط المهني في حالات معينة من شأنها أن تجعل المهني أسيراً لفائدة تُرجى أو منفعة تأمل تُؤثر في اتخاذ قراره، وبالتالي تضحي هي الموجه لسلوكه المهني فتخضعه لإرادة أخرى قد تقهر إرادته.

ولا نعتقد أن لجوء القانوني إلى تطبيقات العدالة التنبؤية للاسترشاد بنتائجها يعد مساساً بالتزاماته المهنية المشار إليها، أو اعتبارها غير مكتملة؛ فمن ناحية: يعتبر ذلك مثله مثل المراجع القانونية التي يُحمل اللجوء إليها على اتجاه القصد إلى الاستزادة المعرفية بهدف توفير أفضل رعاية للعميل، ومن ناحية أخرى: فإن تلك التطبيقات لا يُمكن أن تُحيط بكل المسائل محل العمل القانوني، وإنما هي تتضمن - فحسب - الأصول والسوابق بما يجعلها وعاءً للخبرة الفنية للقانوني؛ وبالتالي فهي تساعده في اتخاذ القرار المناسب الرشيد الذي يتوافق مع مصلحة عميله.

وهكذا يمكن التأكيد على أن المعلومات الناتجة عن تطبيقات العدالة التنبؤية ليست مُلزِمة للقانوني، وبالتالي يُمكنه الأخذ بها بالكلية، أو القياس عليها، أو طرحها جزئياً لعدم قابليتها كلياً للتطبيق على حالة عميله، بل يُمكنه الاختلاف معها واتخاذ قراره على عكس ما اعتنقته من أفكار بما يتمتع به من استقلال مهني؛ وبالتالي تظل مسؤوليته القانونية قائمة عند الاخلال بأحد التزاماته المهنية.

المطلب الثالث المسؤولية القانونية عن الأخطاء الناجمة عن تطبيقات العدالة التنبؤية

في سياق الأحكام التي تُصدرها محاكم السلطة القضائية، فإن القاضي هو المسؤول الوحيد من حيث المبدأ عن أحكامه، ويجوز لأحد طرفي النزاع أو كليهما إذا ساورهما الشك في حياد القاضي، إبداء طلب تنحيته ورده لكف نظره عن الدعوى في أحوال معينة حددها القانون.

ويجوز للقاضي - نفسه - إذا استشعر نوعاً من الحرج عند نظر نزاع معين أن يتنحى عن نظر الدعوى حتى وإن لم يطلب الخصوم تنحيته أو رده، وفي كل هذه الأحوال تُحال الدعوى إلى محكمة أخرى لنظر مدى توافر حالة من حالات عدم حياد القاضي، فإن استظهرت تلك المحكمة توافر إحدى هذه الحالات، تعين إحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لنظر موضوعها، وقد عالجت ذلك المادة ٢٤٢ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

والحقيقة أنه قبل صدور التعديلات التي اعترت القانون رقم ٧٨-١٧ بتاريخ ٦ يناير ١٩٧٨ بشأن علوم الكمبيوتر والبيانات والحريات عام ٢٠١٨، فإن استخدام الروبوت من أجل تمكين الجهات القضائية من تحقيق نوع من الفاعلية للعدالة الناجزة؛ من خلال التنبؤ بجل النزاعات عبر منصات خوارزمية، كان يصطدم دائماً بعقبة قانونية تتعلق بالبحث عن المسؤولية القانونية لمختلف الأطراف الناشئة عن نتيجة خطأ القرار المركب الصادر في نطاق مجال الذكاء الاصطناعي.

لذلك؛ كان من الطبيعي طرح التساؤل التالي، في حال حدوث ضرر بواسطة الخوارزميات، من هو الشخص الذي سيكون مسؤولاً وملزماً بإصلاح هذا الضرر الذي لحق بالمضروب، وكيف سيتم التعويض عنه؟

ونظراً لعدم تبني نظام محدد للمسؤولية، فإن الحل الذي كان مطروحاً هو الإشارة إلى نظام المسؤولية القائمة، أي: المسؤولية المدنية والجنائية التقليديين، وثار التساؤل هل يمكنه أن تنطبق أحكامهما على منصات الذكاء الاصطناعي؟

الواقع أن أيّاً من هذه النظم لم يكن لينطبق بسهولة؛ لأنه لكي يُعتبر «الروبوت» مسؤولاً، لا بد من منحه الشخصية القانونية، أي: الاعتراف بأن تكون له المقدرة على اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، وهو حل رغم نبه إلا أنه غير سليم؛ لأن «الروبوت» ببساطة عبارة عن "آلة"

مما جعل البعض يفكر في القول بأن المسؤولية المدنية تطوي على حقيقة مناهة قيامها «الإنسان»؛ لأن المادة (١٢٤٠) من القانون المدني الفرنسي تنص على أن «أي واقعة للإنسان» تُسبب ضرراً للغير، تُلزم فاعلها بالتعويض"، كما أن المسؤولية الجنائية، بموجب المادة ١٢١-١ من قانون العقوبات، تقوم على أن «لا يُسأل الشخص جنائياً إلا عن واقعة ارتكباها» وهو ينطوي أيضاً على اكتساب الشخصية القانونية، مع ملاحظة أن القانون الفرنسي يأخذ بالمسؤولية الجنائية للشخص المعنوي.

أما المسؤولية عن المنتجات المعيبة المقررة بموجب المادة (١٢٤٥) من القانون المدني التي تنص على أن: «المنتج مسؤول عن الضرر الناجم عن عيب في منتجه، سواء أكان ملزماً بعقد مع المضرور أم لا»، وعلى ما يبدو أن هذا النوع من المسؤولية قد يكون أكثر ملاءمة، ولكن هذا يعني أن الخوارزميات يمكن اعتبارها منتجاً، شأنها شأن قطع الأثاث أو المتاع.

وفي مواجهه هذا التعقيد، اقترح البعض تعيين شخصية قانونية للروبوتات بتخصيص رقم ٢ لها، وقصر نوعي الشخصية بالعددتين (١) أو (٢) الأشخاص، وبهذا الفكر سنكون قد منحنا الخوارزميات نفس المكناات المخولة للأفراد والكيانات الاعتبارية، مثل: توقيع العقود، وتقديم الشكاوي، الحصول على أجر، والحصول على إجازة، والتمتع بالضمان الاجتماعي، إلخ... وهي ليست مسألة خطيرة فحسب، وإنما غير منطقية أيضاً.

وبقدر ما لا يمكن تصور الافتقار التام إلى مساءلة السلطة القضائية في سياق نظام العدالة القائم على منصات حسابية، بقدر الحاجة الملحة إلى وضع نظام للمسؤولية المشتركة بين جميع الأطراف التي تتدخل لتكوين هذا النظام الجديد من العدالة، وهي مسألة من الصعوبة بمكان تقتضي، تتبع

سلسلة مختلف الأطراف الفاعلة في إحداث الضرر الذين يمكن إسناد المسؤولية الحقيقية إليهم عن الضرر الذي لحق بالمتقاضي: هل هو صانع (الروبوت) أم منصة العدالة ممثلة بوزارة العدل التي تعاقدت على توريد «الروبوت» أم المحاكم ممثلة في القضاة الذين اتخذوا القرار النهائي بناءً على توصية وتنبؤات "الروبوت"؟

وإذا كان المتوخى القيام بمسؤولية مشتركة بين أكثر من طرف من الأطراف المشار إليها، فسيكون من المناسب -أيضاً- معرفة إلى أي مدى امتثل القاضي في القضية للتوصية الصادرة عن الروبوت؟ ولمحاولة الإجابة على تحديد المسئول عن أضرار «منصة العدالة الخورازمية» نعتقد أن الرجوع إلى اللائحة الأوروبية المتعلقة بحماية البيانات الشخصية الصادرة في أبريل عام ٢٠١٦ مفيد في تحديد ذلك، وتحديداً بالرجوع إلى المادة (٢٢) من اللائحة التي تنص على أنه: «للشخص المعني الحق في ألا يكون محل قرار يستند حصراً إلى معالجة آلية، بما في ذلك التمييز، أو إحداث آثار قانونية تتعلق به، أو تؤثر بشكل كبير عليه بطريقة مماثلة، ولا تنطبق هذه الفقرة عندما يكون القرار:

- (أ) ضرورياً لإبرام أو تنفيذ عقد بين الشخص المعني ومدير المعالجة،
- (ب) مصرحاً به بموجب قانون الاتحاد الأوروبي أو قانون الدولة العضو الذي يكون الشخص المسئول عن المعالجة فيها ذاتياً، والذي يوفر -أيضاً- التدابير المناسبة لضمان حقوق الشخص المعني وحرياته ومصالحه المشروعة.
- (ج) يستند إلى موافقة صريحة من الشخص المعني.

وفي الحالتين اللتين يشملهما (أ) و (ج) من الفقرة السابقة، يلتزم الشخص المسئول عن المعالجة باتخاذ التدابير المناسبة لحماية حقوق الشخص المعني وحرياته ومصالحه المشروعة، على الأقل حق الشخص المعني في الحصول على تدخل الإنسان من جانب الشخص المسئول عن المعاملة، والتعبير عن وجهة نظره، والطعن في القرار.

وتنص أن المادة (٤٧) القانون رقم ٧٨-١٧ بتاريخ ٦ يناير ١٩٧٨ بشأن علوم الكمبيوتر والبيانات والحرية معدلاً بموجب الأمر رقم ٢٠١٨-١١٢٥ المؤرخ ١٢ ديسمبر ٢٠١٨- المادة (١) منه على أنه: «لا يجوز إصدار قرار من المحكمة يتعلق بتقييم سلوك شخص، استناداً إلى معالجة آلية لبياناته الشخصية لتقييم جوانب معينة من شخصية ذلك الشخص، كما لا يجوز اتخاذ أي قرار له آثار قانونية على فرد أو التأثير عليه بأية طريقة على أساس المعالجة الآلية لبياناته الشخصية، بما في ذلك التمييز، باستثناء:

الحالتان المشار إليهما في البندين (أ) و (ج) من الفقرة (٢) من المادة (٢٢) من اللائحة الأوروبية رقم ٢٠١٦/٦٧٩ المؤرخة ٢٧ أبريل ٢٠١٦، مع أعمال التحفظات المذكورة في الفقرة (٣) من نفس المادة التي تتضمن أن القواعد التي تحدد المعاملة والخصائص الرئيسية لتنفيذها ترسل، باستثناء الأسرار المحمية قانوناً، من جانب الشخص المسئول عن المعاملة إلى الشخص المعني إذا طلب ذلك(٢).....»

وهكذا فإن المشرع الفرنسي حظر بصورة صريحة أن يصدر قرار من أي محكمة يتعلق بتقييم سلوك شخص، استناداً إلى معالجة آلية لبياناته الشخصية لتقييم جوانب معينة من شخصية ذلك الشخص، كما حظر -أيضاً- اتخاذ أي قرار يكون ذا آثار قانونية على الشخص أو التأثير عليه بأية طريقة تستند على أساس من المعالجة الآلية لبياناته الشخصية، بما في ذلك التمييز. واستثنى المشرع الفرنسي من ذلك حالتين: الأولى: عندما يكون القرار ضرورياً لإبرام أو تنفيذ عقد بين الشخص المعني ومدير معالجة البيانات، الثانية: عندما يستند القرار إلى موافقة صريحة من الشخص المعني.

وفي كلتا الحالتين المشار إليهما، فقد ألزم المشرع الشخص المسؤول عن المعالجة، اتخاذ التدابير المناسبة لحماية حقوق الشخص المعني وحرياته ومصالحه المشروعة، وبحد أدنى: حق الشخص المعني في الحصول على تدخل إنساني من جانب الشخص المسؤول عن معالجة البيانات، وإتاحة الفرصة للشخص المعني في التعبير عن وجهة نظره، بل وتمكينه من الطعن على القرار الناتج عن هذه المعالجة ومناقشة أسبابه.

وعلى ما يبدو أنه قبل تعديل أحكام القانون رقم ٧٨-١٧ بتاريخ ٦ يناير ١٩٧٨ بشأن علوم الكمبيوتر والبيانات والحرريات بموجب الأمر رقم ٢٠١٨-١١٢٥ المؤرخ ١٢ ديسمبر ٢٠١٨ - المادة ١، فإن المسؤولية عن أخطاء "العدالة التنبؤية" كانت ستصبح أكثر غموضاً وتعقيداً وتشابكاً، وفي ضوء ما تقدم جميعاً، فإننا سنحاول الرجوع إلى أحكام القانون المشار إليه؛ لعلنا نجد ضالتنا التي نبحث عنها، بشأن تحديد مسؤولية الأطراف المتعددة على نحو ما يلي:

١. مسؤولية القاضي الجالس

تنص المادة (١٢٠) من أحكام القانون رقم ٧٨-١٧ بتاريخ ٦ يناير ١٩٧٨ بشأن علوم الكمبيوتر والبيانات والحرريات المعدل بموجب الأمر رقم ٢٠١٨-١١٢٥ المؤرخ ١٢ ديسمبر ٢٠١٨ - على أنه: «لا يجوز أن يستند أي قرار من المحكمة يتضمن تقييماً لسلوك الشخص استناداً إلى المعالجة الآلية للبيانات الشخصية لتقييم جوانب معينة من شخصيته.

كما يُحظر اتخاذ أي قرار آخر يكون ذا آثار قانونية عليه أو يؤثر عليه بأي شكل من الأشكال استناداً - فقط - على المعالجة الآلية للبيانات الشخصية التي تهدف إلى التنبؤ أو تقييم بعض جوانب الشخصية للشخص المعني»^(١).

1- Article 120 Créé par Ordonnance n°20181125- du 12 décembre 2018: «Aucune décision de justice impliquant une appréciation sur le comportement d'une personne ne peut avoir pour fondement un traitement automatisé de données à caractère personnel destiné à évaluer certains aspects de la personnalité de cette personne. Aucune autre décision produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne ou l'affectant de manière significative ne peut être prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données à caractère personnel destiné à prévoir ou évaluer certains aspects personnels relatifs à la personne concernée

وعلى ما يبدو من النص المتقدم، أن المشرع الفرنسي قد ألزم القضاة بالتزامين جوهريين هما:
الأول: يتعلق بحظر إصدار أي قرار يتضمن تقييماً لسلوك شخص استناداً إلى المعالجة الآلية للبيانات الشخصية لتقييم جوانب معينة من شخصيته.

أما الثاني فيتعلق بحظر اتخاذ أي قرار يكون ذا آثار قانونية على شخص أو من شأنه أن يؤثر بأي شكل من الأشكال على المركز القانوني له؛ استناداً - فقط - إلى المعالجة الآلية للبيانات الشخصية التي تهدف إلى التنبؤ أو تقييم بعض جوانب الشخصية للشخص المعني؛ فهنا وفي هذه الحال يكون قرار القاضي مبنياً فحسب على التنبؤ الناتج من المعالجة الآلية للبيانات والمعلومات الشخصية، وهو ما يتم عن طريق منصات العدالة التنبؤية.

وعليه؛ فإن القاضي الجالس لا يمكنه أن يؤسس حكمه على أساس مخرجات منصات العدالة التنبؤية فحسب، فقيمتها لا تعدو أن تكون أداة من الأدوات المساعدة في عمله دون أن تحل محله، فهو يسترشد بها ويأنس إليها ثم يصدر حكمه استناداً إلى الوقائع والملاسات المتعلقة بالنزاع المطروح أمامه، ويسوق الأسباب التي أدت إلى النتيجة التي انتهى إليه حكمه.

وبالترتيب على ذلك إذا أخل القاضي بأحد الالتزامين المشار إليهما آنفاً أو كليهما، فيمكن اعتبار خطؤه جسيماً يستوجب مسؤوليته المدنية عن طريق مخصصته.

٢. مسؤولية معالج البيانات:

تُص المادة (١٢١) من أحكام القانون رقم ٧٨-١٧ بتاريخ ٦ يناير ١٩٧٨ بشأن علوم الكمبيوتر والبيانات والحريات المعدل بموجب الأمر رقم ٢٠١٨-١١٢٥ المؤرخ ١٢ ديسمبر ٢٠١٨ - على أنه: «يلتزم الشخص المسؤول عن المعالجة باتخاذ جميع الاحتياطات اللازمة، بحسب طبيعة البيانات والمخاطر التي تنطوي عليها المعالجة، وبالمحافظة على أمن البيانات، ولا سيما منع تشويهها أو تلفها أو السماح بوصول أطراف ثالثة غير مصرح لها بالوصول إليها» (١)

وعلى ما يبدو من النص المتقدم، أن المشرع الفرنسي قد حدّد التزام شخص يُعهد إليه بتجهيز معالجة البيانات بالتزام جوهري يتمثل في: المحافظة على سلامة أمن البيانات والمعلومات، وهو يشمل منع تشويهها أو تلفها أو تسريبها بإتاحة وصول أطراف غير مصرح لها بالاطلاع عليها، وبالترتيب على ذلك فإن الإخلال بهذا الالتزام الجوهري لا مرية يرتب مسؤولية المعالج المدنية حال تسبب هذا الإخلال بالضرر.

1- Article 121: 'Le responsable du traitement est tenu de prendre toutes précautions utiles, au regard de la nature des données et des risques présentés par le traitement, pour préserver la sécurité des données et, notamment, empêcher qu'elles soient déformées, endommagées, ou que des tiers non autorisés y aient accès.'

٣. مسؤولية المتعاقد معه من الباطن:

تُص المادة (١٢٢) من ذات القانون المشار إليه على أنه: «لا يجوز معالجة البيانات الشخصية إلا من جانب متعاقد معه من الباطن، وهو شخص يتصرف تحت سلطة المسؤول عن المعالجة، وبناء على تعليماته.

ويجب أن يوفر المتعاقد معه من الباطن الضمانات الكافية التي تكفل تنفيذ تدابير الأمن والسرية المشار إليها في المادة (٤) والمادة (١٢١)، ولا يُعفي هذا الشرط الشخص المسؤول عن المعالجة من التزامه بضمان الامتثال لهذه التدابير.^(١)

ويتضمن العقد المبرم بين المتعاقد معه من الباطن ومسئول المعالجة، الإشارة إلى التزامات المتعاقد معه من الباطن بحماية أمن البيانات وسريتها، ويُص كذلك على أنه لا يمكن للمتعاقد من الباطن أن يعمل إلا بناءً على تعليمات من المسؤول عن المعالجة.»

وبموجب النص السابق فإن المشرع الفرنسي، يكون قد أوجب على الشخص المسؤول عن معالجة البيانات التعاقد مع شخص آخر هو «المتعاقد معه من الباطن» يختص بالقيام بتنفيذ الأعمال المتعلقة بمعالجة البيانات الشخصية، وهو يخضع للسلطة الإشرافية المباشرة لمسؤول المعالجة، ويعمل بناءً على تعليماته.

ويلتزم المتعاقد معه من الباطن بتوفير الضمانات الكافية التي تكفل تنفيذ تدابير الأمن والسرية للبيانات والمعلومات، وهذا الالتزام لا يُعفي المسؤول عن المعالجة من التزامه بضمان الامتثال لهذه التدابير، كما أنه مسؤول -أيضاً- مع مسؤول المعالجة عن حماية أمن البيانات وسريتها؛ وبالترتيب على ذلك تتعدد المسؤولية المدنية للمتعاقد معه من الباطن عند إخلاله بأي التزام من التزاماته المشار إليها وبالقدر الذي يتسبب فيه بالضرر الناتج عن إخلاله بالتزاماته.

الخاتمة

وهكذا وبعد الإطلالة الموجزة السابقة - التي آمل أن أعمقها مُستقبلاً إن قدر الله لي ذلك- فإن فكرة «العدالة التنبؤية» قامت على أساس نبيل بهدف تبسيط العدالة وجعلها أقرب إلى المواطن، ومن المؤكد أن الدفاع الأعمى عن الفكرة وُغض الطرف عن جميع المخاطر التي من المتوقع أن تجلبها

1- Article 122:»Les données à caractère personnel ne peuvent faire l'objet d'une opération de traitement de la part d'un sous-traitant, d'une personne agissant sous l'autorité du responsable du traitement ou de celle du sous-traitant, que sur instruction du responsable du Le sous-traitant doit présenter des garanties suffisantes pour assurer la mise en œuvre des mesures de sécurité et de confidentialité mentionnées au 6° de l'article 4 et à l'article 121. Cette exigence ne décharge pas le responsable du traitement de son obligation de veiller au respect de ces mesures Le contrat liant le sous-traitant au responsable du traitement comporte l'indication des obligations incombant au sous-traitant en matière de protection de la sécurité et de la confidentialité des données et prévoit que le sous-traitant ne peut agir que sur instruction du responsable du traitement.

يجعلها أكثر جاذبية، وهو ما ينتهي في الحقيقة إلى تساؤل في غاية الأهمية: ما الفائدة من استخدام الفكرة؟ لأنه استناداً إلى البيانات الضخمة، يمكن استخدام حجم هائل من قرارات المحاكم لاستباق قرار القاضي بشأن النزاع القضائي المتوقع.

والحقيقة أن الأخذ بهذا الحل غير العادي يتطلب قبول المتقاضين وثقتهم أيضاً، في هذا الشكل الجديد من العدالة، إلا أن الواقع يشي بأن تلك الثقة بعيدة كل البعد عن تحقيقها؛ حيث إن (٩٥٪) من الفرنسيين يريدون أن يحتفظ البشر بالسيطرة على الخوارزميات؛ لأنهم يخشون قبل كل شيء فقدان السيطرة على هذه الآلات، فحوالي (٥٢٪) لا يتقنون في أسس برمجياتها، (٥٦٪) يتخوفون من حوسبة العقوبات السالبة للحرية، (٥٠٪) لا يتقنون في جمع البيانات الشخصية بصورة سليمة، وفقاً للدراسة التي نشرتها CNIL (الهيئة الفرنسية لحماية البيانات الشخصية) في ديسمبر ٢٠١٧^(١) فما مقدار الثقة التي يمكن أن تكون عليها هذه المنصات الإلكترونية؟

وعلى ما يبدو تتطلب الإجابة عن التساؤل السابق فحصاً لطبيعة الشركات التي تقترح برمجة هذه الأدوات الرقمية الجديدة، وتُسوق لها في فرنسا LegalTech التي تفتقر إلى الكفاءة القانونية؛ فقد وجد أن القائمين على إعداد برمجيات هذه الشركات هم في الأساس غير متخصصين في العمل القانوني، ومتوسط عمر هذه التكنولوجيا الفرنسية هو ست سنوات بالنسبة لـ ٦٩,٢ ٪ منها، بينما ثلثها تم إنشاؤها عام ٢٠١٥، ثم لوحظ انخفاض تكوين مثل هذه الشركات بنحو ٤٠ ٪ في عام ٢٠١٧، وهذا الانكماش في استمرار، وهو ما يعكس مقدار عدم الثقة في عمل مثل هذه الشركات، وعلى العموم فإن الأيام القادمة ستكشف مدى فائدة هذه التقنيات ومثالبها خصوصاً في ضوء التعديلات التشريعية الضخمة التي أُجريت في فرنسا، تلك التي شملت القانون رقم ٧٨-١٧ بتاريخ ٦ يناير ١٩٧٨ بشأن علوم الكمبيوتر والبيانات والحريات المعدل بموجب الأمر رقم ٢٠١٨-١١٢٥ المؤرخ ١٢ ديسمبر ٢٠١٨-، وإصدار القانون رقم ٢٠١٦-١٥٤٧ المؤرخ ١٨ نوفمبر ٢٠١٦ لتحديث العدالة في القرن الحادي والعشرين، وهكذا بات من غير المشكوك فيه أن المحاكم ستفتح بيانات أحكامها لشركات خاصة تتولى تحليلها، ثم إعادة بيعها إلى نفس المحاكم والمتقاضين على حد سواء، وهو ما يؤدي إلى الخشية من التبعية الاقتصادية وتحويل العدالة من قيمة ريفية إلى سلعة تترج منها شركات البرمجيات.

وفيما يتعلق بتجربة بعض تطبيقات العدالة التنبؤية في المحاكم الفرنسية، ففي الواقع أُجريت تجربة عام ٢٠١٧ مع محكمتي الاستئناف برين ودواي بالشراكة مع وزاره العدل، لكن للأسف الشديد دون الاقتناع المسبق للقضاة، ووفقاً لما ذكره القاضي «كزافييه روتسين - Xavier Rotsen»، الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف في رين والمدير السابق للمدرسة الوطنية للقضاة، فإن الحل الذي اقترحه الهيئة القانونية لم يجلب أية قيمة مضافة مقارنة بمحركات البحث الأخرى التي تسمح

1- Selon l'étude réalisée par et consultable sur [https:// www.maddyness.com/201705/12/exclu-legaltechs-francaises-tendances-2017/](https://www.maddyness.com/201705/12/exclu-legaltechs-francaises-tendances-2017/)

بالفعل بتحليل السوابق القضائية^(١).

وأخيراً، فعلى ما يبدو أن المشكلة الرئيسية مع هذه المنصات الخوارزمية هو عدم وجود الشفافية والمعلومات حول الوسائل التقنية والمعايير المستخدمة لمخرجاتها التنبؤية، وكيفية إعداد برمجة اتخاذ القرارات القانونية.

وبالرغم مما سبق، فإننا ندعو إلى التفاوض بشأن تطبيقات هذه التقنية الجديدة، فكل جديد لا شك مُتَشَكِّكٌ في جدواه وفي نتائجه -أيضاً- إلا أن التطبيق العملي هو الذي سيُفَرِّز حقيقة هذه التقنية ويظهر محاسنها ومساوئها، ولعل هذا التفاوض الحذر قائمٌ على أنه في ١٢ فبراير ٢٠١٨، أُحْيَت نقابة المحامين الفرنسية احتفالية على شرف حضور الندوة المثيرة التي نُظمت بشأن العدالة التنبؤية في مجلس الدولة ومحكمة النقض واللذين قررا الاستعانة بهذه التقنية لاستخلاص التضارب في اتجاهات دوائرها، لمعرفة مدى الحاجة إلى وضع حد لهذا الخلاف إن وُجد.

وهكذا نستطيع القول: إن تطبيقات العدالة التنبؤية حتى الآن في فرنسا مُنحصرة في نطاق مساعدة العدالة، ولم تحلْ بعدُ محلَّ القضاة أو المساعدين القضائيين أو حتى المحامين.

مصادر البحث

- د. سليمان مرقس: الواجب في شرح القانون المدني، ج ١، الطبعة ٦ (القاهرة) ١٩٨٧
- Laurine Tavitian; Justice prédictive: où en est-on ? Disponible sur <https://www.villagejustice.com/articles/Justice-predictive>
 - Un sondage BVA□ publié dans Le Parisien le 16 février 2014.
 - Emmanuel Poinas□ Le tribunal des algorithmes: juger à l'ère des nouvelles technologies (Éditions Berger Levrault).
 - <https://www.theverge.com/2017/15614980/10/5//uk-durham-police-ai-risk-assessment-policing>.
 - <http://parisinnovationreview.com/Predictive-justice:when-algorithms-pervade-the-law/>- 9 June 2017 Paris Innovation Review
 - La justice «prédictive»: risque ou opportunité ? 15 février 2018/dans Activités□ Droit européen□ Non classé□ Robot /par SELENE - Avocats- Disponible sur <http://www.selene-avocats.fr>
 - <https://www.documentcloud.org/documents/2702103-Sample-Risk-Assessment-COMPAS-CORE.html>
 - [ps://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing](https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing).

1- Selon le Président E. Macron dans l'interview du 31 mars 2018 accordée à Wired sur l'intelligence artificielle et consultable sur le site www.elysee.fr/interviews/article/interview-du-president-de-la-republique-emmanuelmacron-pour-wiredsur-l-intelligence-artificielle-en-versionfrancaise.

- <https://www.legifrance.gouv.fr>
- Cécile Doutriaux: Les références originales de ce texte sont: «La - Justice prédictive: Mythe ou réalité ?» Revue de la Gendarmerie Nationale □ 2e trimestre 2018.
- Selon l'étude réalisée par et consultable sur [https:// www.maddyness com /201705/12// exclu-legaltechs-francaises-tendances-2017](https://www.maddyness.com/201705/12//exclu-legaltechs-francaises-tendances-2017).
- Selon le Président E. Macron dans l'interview du 31 mars 2018 accordée à Wired sur l'intelligence artificielle et consultable sur le site www.elysee.fr/interviews/article/interview-du-president-de-la-republique-emmanuelmacron-pour-wiredsur-l-intelligence-artificielle-en-versionfrancaise.

التدخل القضائي في تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان «دراسة مقارنة»

الدكتور: صالح ناصر الطباطبائي

مستشار قانوني - سلطنة عمان

الملخص:

تعدّ عقود الإذعان إحدى أكثر المواضيع حضوراً على الساحة القانونية والقضائية؛ نظراً للتطور الاقتصادي الهائل الذي آل إلى تفول الشركات الكبرى، التي تسعى بشكل حثيث إلى تحقيق مصالحها عبر الانفراد في تحديد طبيعة الشروط التي تتعاقد بها مع الأفراد والذي يقتصر دورهم على القبول بها كما هي أو رفضها، في منافاة واضحة للأصل الحاكم في العقود المتمثل بالحرية التعاقدية في مناقشة مضمون العقد مما رتب على ذلك اختلال التوازن التعاقدية بين العاقدين .

الكلمات المفتاحية: عقد، إذعان، قاضي، شروط تعسفية

المقدمة:

إنّ الطبيعة الإنسانية جُبلت على التطور والتغيير عبر الأزمنة واختلافها، وهذا الحتمية نابعة من الحاجة الملحة الكامنة في الذات البشرية لإشباع حاجياتهم ورغباتهم.

شهد التاريخ الحديث مراحل مفصلية كانت منطلقاً لتطور المجتمعات شملت كافة مناحي الحياة، ولعلّ ما شهدته القرن الثامن عشر من ثورة صناعية اجتاحت أوروبا وبلغت أوجها في القرن التاسع عشر والعشرين، والتي انتقلت بدورها إلى العالم بأسره ساهمت بشكل فعّال ومؤثر في تطور المجتمعات عبر تغيير المفاهيم الاقتصادية والقانونية وظهور أخرى لم يقع معالجتها ضمن المفاهيم التقليدية، ممّا أحدث معها ثورة في تلك المفاهيم، فكان من نتاج تلك الثورة ظهور الصناعات الضخمة التي تجاوزت دورها مقدرة الفرد وقدرته على استيعابها ممّا صعب العملية الانتاجية، وبرزت اختلال التوازن التعاقدية بين قطبي العلاقة التعاقدية عبر بروز الطرف القوي والمتمثل بصاحب العمل والذي انفراد بتحديد شروط العقد، والطرف الضعيف المتمثل بالعامل والذي لا يملك من أمره شيئاً إلا القبول بما فرضه صاحب العمل أو رفضه دون مناقشة في مضمون تلك الشروط¹، إلى جانب ظهور طائفة من العقود لم تكن معروفة - في وقتها - كعقود التأمين هذه الوضعية القانونية لم يسبق للتشريعات القانونية معالجتها وخلت من ذلك نظراً لحدوثها - آنذاك - ممّا حدا بتلك التشريعات

١. الترمائيني: عبد السلام، "سلطة القاضي في تعديل العقود (في القانون المدني السوري وبالمقارنة مع قوانين البلاد العربية)"، مجلة المحاماة-نقابة المحامين المصريين، ٦٤، السنة الحادية والأربعون لعام ١٩٦١م، ص ٩٠٤.

وفي سبيل تحقيق التوازن بين أطراف العقد إلى إيجاد حلول قانونية مبتكرة في سبيل مواجهتها، فضلا عن عامل الوقت الذي أصبح له دورا مهما في نطاق العملية الاقتصادية و شكل بدوره دافعا لدى أصحاب الشركات وفي سبيل توفير الوقت والنفقات إلى إعداد نماذج من العقود معدة مسبقا أو تلك التي عرفت بالعقود النموذجية^٢ التي يقتصر فيها دور المتعاقد على مليء الفراغات لإبراز شخصيته دون مناقشة مضمونها .

لقد ساهم التطور الاقتصادي بشكل فعال وملموس في ظهور نوع من العقود يقتصر فيها دور أحد العاقدين على الموافقة عليها فقط دون مناقشتها وهو ما يعرف بعقود الإذعان^٣، أو عقود الانضمام^٤، والتي ينسب الفضل في الإشارة إليها والتعريف لها الفقيه الفرنسي سالي "Saleilles" الذي يعتبر أول من استعمل عبارة^٥: "les Contrats D'adhésion" .

لم يكن هذا النوع من العقود محط أنظار التشريعات القانونية السابقة على هذا التطور، حيث دفع انتشارها وكثرة الجدل الفقهي حولها إلى ضرورة معالجتها؛ على اعتبار أن مهمة تلك التشريعات مواكبة التطورات في سبيل الاحاطة بها وتنظيمها حتى لا تكون أداة للاستغلال أو مدخلا للتحايل

١. ساهمت هذه العوامل في ظهور فكرة عقود الإذعان، وللمزيد من التفصيل حول تلك العوامل انظر: المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الفلسطيني، ديوان الفتوى والتشريع—وزارة العدل الفلسطيني، ٢٠٠٣م، ص١٢٧. مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، وزارة العدل المصرية، مطبعة دار الكتاب العربي—مصر، ١٩٥٠م، ج٢، ص٦٨. المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، المكتب الفني لتقابة المحامين—الأردن، ج١، ص١١٢. ه. انية: محمد علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية—بيروت، ط١، ٢٠١٤م، ص١٠ وما بعدها. السباتين: خالد محمد، الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير في القانون، كلية الحقوق—جامعة القدس (فلسطين)، ٢٠٠١م، ص٢٦

٢. وعرف العقد النموذجي بأنه: العقد الذي توضع لعقود معينة بواسطة شخص طبيعي أو معنوي تستخدم عند إبرام عقود مشابهة تنصب على نفس الموضوع ويقتصر دور العاقد على مليء الفراغات. وتعتبر الوسيلة الغالبة في عقود الإذعان. انظر: سعد: أيمن، العقود النموذجية، دار النهضة العربية بالقاهرة، ٢٠١٢-٢٠١٣م، ص١٢.

٣. ويعتبر الفقيه السنهوري أول من أطلق هذا المصطلح والذي برز هذه التسمية لما فيها من الاضطرار في القبول مستندا في ذلك إلى المعنى اللغوي "للإذعان". واصبح المصطلح المعتمد في جل التشريعات القانونية، ودرج عليه فقهاء القانون المدني العربي. انظر على سبيل المثال: عبد الباقي: عبد الفتاح، موسوعة القانون المدني المصري - نظرية العقد والإرادة المنفردة -، ١٩٨٤م، ج١، ص١٨١. غير أن بعض من الشراح ومنهم: رفيق المصري، انتقد إطلاق هذا التسمية على هذا النوع من العقود لما فيه من معاني الذل والخضوع التي تأباه النفوس، وأن الأولى التمسك بالترجمة الحرفية للمصطلح ألا وهي (عقود الانضمام) انظر: المصري: رفيق، الخطر والتأمين - التأمين التجاري هل هو جائز شرعا؟-، الدار الشامية—بيروت، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م، ص٧٩.

٤. وهي الترجمة الحرفية للمصطلح الفرنسي: "les Contrats D'adhésion"، حيث درج بعض الفقهاء على استعمال هذا المصطلح، إلا أنه انتقد من ما في استعمال مصطلح "الانضمام" من خلط بين العقد والوسيلة التي يتكون بها العقد، كونها تبعت على الظن خطأ أن هناك اتفاقا من نوع خاص يسمى "الانضمام"، فعند القول: "عقد الانضمام" كما تقول عقد بيع أو عقد إجار. إلى شمولية مصطلح "الانضمام" عن مصطلح الإذعان، فقد يقع الانضمام دون أن يتوافر فيه معنى الإذعان والرضوخ، كما في حالة البيوع المحددة فيها السعر والتي تقوم به المحال الكبرى فهو انضمام للتعاقد برضا واختيار وليس إذعانا من شأنه أن يحد الحرية التعاقدية. انظر: الصدة: عبد المنعم، في عقود الإذعان في القانون المصري (دراسة فقهية وقضائية ومقارنة) أطروحة دكتوراه في الحقوق (جامعة فؤاد الأول - جامعة القاهرة حاليا)، ١٩٤٦م، ص٧٧-٧٨. وكتابه نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩٠م، هامش ص٢٤٦.

5. Saleilles, Raymond: De la Déclaration de Volonté- contribution à l'étude de l'acte Juridique dans le Code Civil Allemand, 1901,p226..

Saleilles, Raymond: De la Déclaration de Volonté, Op,cit ,p226.

باسم القانون.

نظمت التشريعات القانونية عقود الإذعان دون وضع تعريف محدد لها^١، ممّا ترك الباب مفتوحاً أما الفقه القانوني ليدلي بدلوّه في ذلك والذي بدوره اختلف في تحديد معالم هذا النوع من العقود وتعريفه، ممّا دفع بعض من الفقهاء إلى جعل هذا النوع "غير قابل للتعريف بدقة"^٢.

عرّف جانب من الفقه القانوني^٣ عقد الإذعان^٤ بأنه: "ذلك العقد الذي يكون فيه القبول مجرد إذعان لما يُملّيه الموجب"^٥، وهو ما أكتفى به المشرع الفلسطيني عن إيرادهِ لعقد الإذعان في المادة (٨٩)^٦ من القانون المدني قبل تعرضه لتدخل القاضي في تعديله، أو هو ذلك العقد: "الذي يُفرض من أحد الأطراف على الآخر الذي يكتفي بالإذعان له - الاستسلام"^٧، بينما أتجه أغلبية الفقه عن التعرض لتعريف هذا النوع من العقود إلى القول أن عقد الإذعان هو: "ذلك العقد الذي يسلم فيه أحد الطرفين بشروط مقررة يطبقها الطرف الآخر ولا يسمح له بمناقشتها وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية تكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون مناقشة محدودة النطاق بشأنها"^٨.

فيظهر من التعريفات أن عقد الإذعان ما هو إلا استسلام من قبل الطرف المدّعن بشروط مقررة

١. فليس من مهمة التشريعات القانونية التصدي للتعريفات، حتى لا تكون ملزمة للكافة.

٢. غستان: جاك، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، تر: منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - بيروت، ط١٤٢٠هـ، ٢٠٠٠م، ص٩٦.

٣. سمعت بعض التشريعات إلى وضع تعريف لبعض العقود حسماً للجدال إزاءها، وإلى هذا كان توجه المشرع الفرنسي في تعريفه لعقد الإذعان - ضمن التعديلات التي طالت القانون المدني الفرنسي عام ٢٠١٦ - في المادة (١١١٠/٢): بأنه: "بأنه ذلك العقد الذي تكون شروطه العامة غير قابلة للتفاوض محددة سلفاً من قبل أحد الأطراف" وقد نحتت الفقرة الثانية من هذه المادة، بموجب قانون التصديق الذي أعقب مرسوم ٢٠١٦م رقم ٢٨٧ لسنة ٢٠١٨م، وذلك باعتماده معياراً أكثر وضوحاً، حيث وقع التخلي عن عبارة: "شروط عامة غير القابلة للتفاوض" لتكون "شروط غير قابلة للتفاوض"، سعياً في توضيح الشروط، فأصبحت المادة بعد تعديل ٢٠١٨م كالآتي: "بأنه ذلك العقد الذي تكون شروطه غير القابلة للتفاوض محددة سلفاً من قبل أحد الأطراف". انظر: قاسم: محمد حسن، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠١٨م، ص٨٦.

٤. الإذعان لغة: وردت في قواميس اللغة بمعانٍ متعددة منها: الإصحاب مع الانقياد: يقال: أذعن الرجل أي إنقاد، وتأتي بمعنى الإسراع مع الطاعة يقال: أذعن لي بحقي أي: طأوتني. وكذلك يأتي بمعنى الخضوع يقال: أذعن للحق أي: خضع له. انظر: ابن فارس: أحمد بن زكرياء، مقاييس اللغة، تح: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، ج٢، ص٢٥٥. ابن منظور: محمد بن مكرم، لسان العرب، دار صار - بيروت، ط٢، ١٤١٤هـ، ج١٣، ص١٧٢. الرازي: أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، تح: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية - الدار النموذجية - بيروت، ط٥، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م، ص١١٢.

٥. السنهوري: عبد الرزاق، الوسيط في القانون المدني، ج١، (نظرية الالتزام بوجه عام)، تح: مصطفى الفقي وعبد الباسط جميعي، دار النهضة العربية بالقاهرة، ط٢، ١٩٨١م، ج١، ص٢٩٢.

٦. نصت المادة (٨٩) م.ف: "يقتصر القبول في عقود الإذعان على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

٧. وينسب للاستاذ الفرنسي سالي (Saleilles). وانظر:

Saleilles, Raymond: De la Déclaration de Volonté, Op.cit, p226.

٨. وهذا التعريف الذي اتجه إليه أكثر الشراح انظر: الصدة: عقود الإذعان، م.س، ص٧٧. القيسي: عامر، الحماية القانونية للمستهلك (دراسة مقارنة في القانون المدني والمقارن)، الدار العلمية الدولية، الأردن، ٢٠٠٢م، ص٣٢. غستان: المطول في القانون المدني، م.س، ص٩٧. وانظر:

,p120.Bricks,Helene :Les Clauses Abusives, L.G.D.J,Paris.1982 ,

مسبقاً حددها الموجب من شأنها أن تخدم مصلحته، ولا يقبل من الطرف الآخر المناقشة، فهو بذلك أمام خيارين، إما القبول بهذه الشروط ومن ثم التعاقد أو رفضها وعدم التعاقد. على أن يكون مضمون هذا العقد سلعة ضرورية لا غنى للمجتمع عنها^١، وعلى أن تكون محتكرة من قبل الطرف القوي ويستوي في ذلك أن يكون الاحتكار قانونياً بموجب المكنة القانونية أو بحكم السوق أي محتكر فعلياً، وعلى أن يكون الإيجاب لهذه السلعة أو الخدمة موجه للكافة دون تحديد^٢ انطلاقاً من أهمية تنظيم عقود الإذعان رسخت التشريعات القانونية- في مجملها- هذا النوع من العقود ضمن نصوص قانونية واضحة بدءاً من بيان كيفية انشاءها وصولاً إلى مضمونها وانتهاءً بمعالجتها.

فقد تبنى المشرع الفلسطيني تنظيم هذه العقود في المواد: (٨٩)^٤ المتعلقة بالقبول في عقود الإذعان والمادة: (١٥٠)^٥ المتضمنة لسلطة للقاضي تجاه الشروط التعسفية لعقود الإذعان والمادة: (١٦٦/٢)^٦ والتي تتيح للقاضي تفسير الشك في عقود الإذعان وذلك سعياً للحفاظ على التوازن التعاقدية، وكذلك التشريعات العربية ومنها: المصري والعراقي والأردني والسوري^٧ وغيرهم.

ونظمت بعض التشريعات كاللبناني هذا النوع من العقود تحت مسمى: "عقود الموافقة"، لما في هذا المصطلح من إشارة لفظه على اقتصار دور أحد الأطراف على الموافقة بما جاء به العقد من شروطه

١. جميعي: حسن عبد الباسط، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩٠-١٩٩١م، ص ١٠٤. حسن: عاطف عبد الحميد، حماية المستهلك "الحماية المدنية للمستهلك من الشروط التعسفية"، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩٦م، ٦٣-٦٤.

ومعيار ضرورية السلع يخضع لحال الزمان والمكان انظر: نقض مصري بتاريخ ١٢ مارس ١٩٧٤م، سنة ٢٥ قضائية، مجموعة أحكام النقض (المكتب الفني)، ص ٤٩٢. راجع: موقع محكمة النقض المصرية: <https://www.cc.gov.eg/>.

٢. البية: محسن، مشكلتان متعلقتان بالقبول السكوت والإذعان، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٨٥م، ص ١٢٥. الصدة: عقود الإذعان، م.س، ص ٦٥. وانظر:

p121, Ricks, Helene: Les Clauses Abusives, L.G.D.J, Paris. 1982,

٣. مياد: العربي محمد، عقود الإذعان بين التأصيل الفقهي والعمل القضائي (دراسة مقارنة محيئة)، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، ٢٠١٨م، ص ٦٨. ونظراً لخصوصية القبول في عقد الإذعان، أطلق عليه بعض الشراح مصطلح: "العقد غير القابل للتفاوض". انظر: عبد اللاه: رجب كريم، التفاوض على التعاقد، دار النهضة العربية بالقاهرة، ٢٠٠٠م، ص ١٩٨. عبد السلام: سعيد سعد، "التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية- كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، مج ٧، ع ١٢٤، ١٩٩٨م، ص ٦٠. وانظر:

Aubert, Jean- Luc, Savaux, Eric: Introduction au Droit et Thèmes Fondamentaux du Droit Civil, 14e e d , Sirey, paris, 2012, tome II, p264265-

٤. نصت المادة (٨٩) م.ف: " يقتصر القبول في عقود الإذعان على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

٥. نصت المادة (١٥٠) م.ف: "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق ينص بغير ذلك".

٦. نصت المادة (١٦٦/٢) م.ف: "ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن".

٧. القانون المدني المصري في المواد (١٠٠)، (١٤٩) و(١٥١). والقانون المدني الأردني في المادتين (١٠٤) والمادة (٢٠٤) والقانون المدني العراقي في المادة (١٦٧) والقانون المدني السوري في المادتين (١٠١) و(١٥٠).

والتي وضعها الطرف الآخر^١.

وعلى صعيد آخر فقد وجدت بعض التشريعات العربية خلت من تنظيم هذا النوع من العقود، كالمشرع التونسي، فقد جاءت مجلة الالتزامات والعقود خالية من تنظيم هذا النوع من العقود صلب نصوص تشريعية واضحة ولكن وجدت بعض التطبيقات في إطار قوانين أخرى مثل قانون البعث العقاري وقانون التأمين التي توحى بأخذها بفكرة عقود الإذعان، نظرا لخطورة هذه العقود التي تعتبر من المسائل الاجتماعية الحساسة^٢.

فضلا عن التشريع الفرنسي الذي ظل رافضا لتنظيم عقود الإذعان، مكتفيا بمعالجة الشروط التعسفية في إطار عقود الاستهلاك، وذلك تمسكا منه بمبدأ الحرية التعاقدية، إلى أن جاء تعديل القانون المدني بمرسوم ١٣١-٢٠١٦م، والذي أقر في ثلاث مواد منه بعقود الإذعان وهي: المادة: (١١١٠) وتضمنت تعريف الإذعان وعدلت بموجب قانون التصديق رقم: ٢٨٧ لسنة ٢٠١٨م، والمادة: (١١٧١) المتضمنة لسلطة القاضي تجاه الشروط التعسفية في عقود الإذعان والمادة: (١١٩٠) تناولت الحديث عن تفسير عقود الإذعان.

وفي إقرار المشرع الفرنسي لهذه المواد استجابة لضغوطات المجلس الأوروبي الذي دعا فيها إلى تطور القانون المدني بما يناسب والتغيرات الاقتصادية والتكنولوجية والتي تنعكس على توازن العقود والحياة الاقتصادية كليا^٣.

أهمية البحث:

تتمثل أهمية تناول هذا الموضوع بالآتي:

١. اتساع رقعة التعامل بهذا النوع من العقود، نظرا للتطور الاقتصادي الكبير الذي اجتاح كافة مناحي الحياة مما سهل تحكّم الطرف دون آخر في شروط العقد.
٢. عدم انحصار آثار هذا العقد على أطرافه فقط بل تنعكس على المجتمع ككل، نظرا للدورة الاقتصادية للعقود، فالمتعاقد الدائن في عقد هو مدين في عقد آخر، ومن ثم هي سلسلة مكملة بعضها لبعض.
٣. ضرورة البحث في التدخل القاضي وبيان معالجته لهذا العقد، نظرا لانتشاره النابع من التطور الاقتصادي.

١. انظر: المادة (١٧٢) من قانون الموجبات اللبناني، ويلاحظ أن هذه المادة قد خلت من توفير أي حماية أو معالجة للشروط التعسفية للطرف المذعن، و اكتفت بالإشارة إلى عقود الإذعان. انظر: سيوفي: النظرية العامة للموجبات، م.س، ج، ١، ص ٤٩.

٢. فالمستهلك المرشح لشراء مسكن يكيف على أنه طرف ضعيف مذعن، حيث تعد شراء المساكن من المسائل التي تتصل بالمجتمع كله وكذلك عقود التأمين تعد من قبيل عقود الإذعان انظر: مجلة التأمين لعام ١٩٩٣م. انظر: الزين: محمد، النظرية العامة للالتزامات (العقد)، د.ن، تونس، ط٢، ١٩٩٧م، ص ٥٧-٥٨.

3. Ghestin Jacques: Les Clauses Abusives dans les Contrats Types en France et en Europe. "Actes de la Table Ronde du 12 Décembre 1990", L.G.D.J.paris,1991,p17.

٤. إظهار المعالجة التشريعية لهذا النوع من التعاقد بين الأفراد، مما يعكس استيعابها للتطورات الحاصلة في المجتمعات، وهذا الأصل في للتشريعات القانونية التي وجب عليها مراعاة التغيرات والتطورات المحيطة بها.

إشكالية البحث:

تتمحور إشكالية البحث بالآتي:

إلى مدى رسخت التشريعات القانونية دور القاضي في مواجهة الشروط التعسفية المتضمنة في عقود الإذعان؟

منهج البحث:

عمدت في البحث إلى المنهج الاستقرائي والمقارن، وذلك عبر استقراء النصوص القانونية ذات الاتصال، ومن ثم عقدت مقارنة بين التوجهات القانونية المتعددة منها: التشريعات العربية كالقانون المصري إلى جانب القانون المدني الفلسطيني، وكذلك التشريعات الغربية لا سيما القانون المدني الفرنسي نظرا لحدثة التنظيم القانوني لهذا النوع من العقود ضمنه قوانينه.

خطة البحث:

المبحث الأول: إمكانية تدخل القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان
المطلب الأول: مدى جواز منح القاضي السلطة التعديلية إزاء الشروط التعسفية
المطلب الثاني: شروط تدخل القاضي إزاء الشروط التعسفية في عقود الإذعان
المبحث الثاني: نطاق تدخل القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان
المطلب الأول: التدخل الحمائي بتعديل الشرط التعسفي
المطلب الثاني: التدخل الحمائي بإلغاء الشرط التعسفي

المبحث الأول:

إمكانية تدخل القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان

أثار ظهور عقود الإذعان جدلا فقهيًا قضائيًا إزاء الاعتراف بها ابتداءً أنها من طائفة العقود التي تنشأ في نطاق الحرية التعاقدية أم لا ، وأنعكس هذا الجدل على القول بجواز التدخل القضائي إزاءها من عدمه (المطلب الأول) وذلك عبر تمكينه من تعديل ما تضمنه العقد من شروط تعسفية أو إلغائها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مدى جواز منح القاضي السلطة التعديلية إزاء الشروط التعسفية

انقسم شرح القانون والفقهاء في القول بمدى جواز تدخل القاضي في تعديل الشرط التعسفي إلى قسمين: الأول مؤيد لهذه السلطة الحمائية وآخر معارض لها. والسبب في هذا يرجع إلى عدم اتفاقهم على تحديد الطبيعة القانونية لهذه النوع من العقود، فالبعض ذهب إلى إضفاء الصبغة التعاقدية على هذا النوع من العقود وآخرون نقوا ذلك عنها.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لعقود الإذعان

امتازت عقود الإذعان بوجود طرفين غير متكافئين، طرف قوي يفرض شروطه التعاقدية وطرف ضعيف يرضخ لها دون مناقشة، ونظرا لهذا التفاوت بين مركزي المتعاقدين، اختلف شرح القانون، في تحديد الطبيعة القانونية لعقود الإذعان، باعتبارها عقدا قانونيا حقيقيا طبيعيا، يحصل بتوافق إرادتين ومن ثم يخضع لأحكام العقود، أم أنه مركز قانوني منظم يتبوؤه الموجب، يخضع إلى القواعد المنظمة للمراكز القانونية بمعنى أن هذا العقد ذو طبيعة خاصة لا يخضع إلى ما تخضع إليه العقود؛ لذلك كان الاختلاف على اتجاهين:

الاتجاه الأول: إنكار الطبيعة القانونية لعقود الإذعان

ذهب جانب من شرح القانون^١ إلى إنكار الصبغة القانونية على عقد الإذعان وأنها ليست بعقود قانونية حقيقية، كونها لم تنشأ بتوافق وحرية بين المتعاقدين^٢، على اعتبار القبول فيها ما هو إلا خضوع ورضوخ لإرادة الطرف القوي دون تكافؤ أو تساوي بين الإرادات. وتأسيسا على هذا الرأي، فإن هذا النوع من المعاملات أقرب إلى القانون أو اللائحة منه إلى العقد، كونه ينشأ بإرادة منفردة من قبل الموجب ويقتصر دور القابل على القبول فقط ومن ثم يخضع إلى الأحكام المنظمة لللائحة أو المركز القانوني، ولا يخضع إلى أحكام العقود سواء أكان بالتنفيذ أو التفسير أو غيرهما^٣.

١. وأغلب من اتجه إليه شرح القانون العام أمثال: ديجي (Duguit) وهوريو (Hauriou) وسالي (Saleilles) من شرح القانون المدني.

٢. السنهوري: الوسيط، م.س، ج١، ص ٢٩٦. غانم: إسماعيل، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، مكتبة سيد وهبة-مصر، ١٩٦٤م، ص ١٣١.

٣. عمران: محمد السيد، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد (دراسة مقارنة)، منشأة المعارف بالاسكندرية، د.ط.د.ت.ن، هامش ص ٢٠. ديجي: ليون، التطورات العامة للقانون الخاص منذ مجموعة نابليون، ترجمة: ضياء الدين عارف، دراسة وتحليل: سمير تناغو، دار نهوض للدراسات والنشر، الكويت، ط٢، ٢٠١٨م، ص ٢٠٤.

وبرر أصحاب هذا الرأي قولهم إن معاملة الإذعان، يشترط فيه ثلاثة شروط تخرجه عن الطبيعية التعاقدية وهي:

الأول: عمومية الإيجاب:

فالإيجاب في الإذعان موجه للكافة أو فئة معينة توافرت فيها شروط معينة، فالإيجاب ليس موجها لشخص معين وكذلك الاستمرارية في الإيجاب التي تميزت بطول المدة وهذا من شأنه أن يخرج هذا النوع من المعاملات عن طبيعة العقد^١.

الثاني: عنصر الإكراه الاقتصادي:

الذي يتمثل في التفوق والهيمنة الاقتصادية والتي من شأنها أن تمكن الطرف القوي من فرض شروطه التعاقدية على الطرف الضعيف، والذي يؤدي إلى اختلال المساواة بين المتعاقدين، فلا مجال أمام المدّعين إلا القبول بما أملاه دون مناقشة.

فهذا النوع من الإكراه يخرج هذا النوع من المعاملات عن النطاق التعاقدية^٢، وإن كان هذا الإكراه في حقيقته غير معيب للإرادة.

الثالث: عنصر الإذعان:

أي الرضوخ والاستسلام من طرف من وجه إليه الإيجاب؛ فهو لا يملك إلا الإعلان عن خضوعه لمشاركة الطرف القوي، فإرادة المدّعين ليست إرادة حرة، بل مقيدة لإرادة الطرف القوي الفارضة لشروطه، وهذا من شأنه أن يخرج المشاركة التي وضعها المشتري من كونها عقدا بالمعنى الصحيح^٣.
فلذلك اعتبر هذا الاتجاه، أن عقد الإذعان بهذا التصور يصعب معه إضفاء الصفة التعاقدية عليه؛ كونه يناهز العملية التعاقدية الطبيعية.

الاتجاه الثاني: إضفاء الصبغة العقدية على الإذعان:

ذهب أغلبية شراح القانون^٤، الى اعتبار الإذعان عقدا بالمعنى القانوني الحقيقي ينشأ بتوافق إرادتين، ويخضع الى ما تخضع إليه سائر العقود من قواعد وأحكام.
وانتقدوا ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الأول القائلين بالإكراه الاقتصادي، فهو غير معتبر في إطار العلاقات التعاقدية، فهذا النوع من الإكراه مغاير لمفهوم الإكراه الذي من شأنه أن يعيب إرادة المتعاقدين^٥، فالإرادة التعاقدية تحققت بتوافق أطرافها وهو المطلوب لصحة العقود.

١. الصده: عقود الإذعان، م.س، ص ٩٥. البيه: مشكلتان متعلقتان بالقبول، م.س، ص ١٢٨.

٢. عبد السلام: "التوازن العقدي"، م.س، ص ٤٢. ١١١٠ سلامة: عزت، "نحو تكييف حديث للإذعان في ضوء تعديلات القانون المدني الفرنسي ٢٠١٦م والتطبيق على التعاقد الالكتروني"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية-كلية الحقوق جامعة المنصورة بمصر، ع ٧٠٤، ٢٠١٩م، ص ١١٣٦.

٣. حسن: حماية المستهلك، م.ي، ص ٧٦. غانم: مصادر الالتزام، ص ١٣٢.

٤. وأغلبهم من شراح القانون الخاص ومنهم: ديموج (Demogue)، وكابيتان (Capitant).

٥. الفضل: منذر، النظرية العامة للالتزامات، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع—الأردن، ط ٢، ١٩٩٥م، ص ١٣٢. العدوي: جلال، الإيجاب القانوني على المعاوضة، مطبعة جامعة الإسكندرية، ١٩٦٥م، ص ٧٢. عبد العال: محمد حسين، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دار النهضة العربية بالقاهرة، ٢٠٠٦م، ص ٧٧. عبد اللاه: التفاوض على العقد، م.س، ص ١٨١.

وأما المساواة المطلوبة في العقود فهي تلك المساواة من الناحية القانونية، لا الاقتصادية، فعدم تحققها، لا يمنع من التعاقد، لأن القانون نفسه يفترض أن أحد طرفي العقد أضعف من الآخر، فالموجب الذي ينفرد بوضع الشروط التعاقدية، ولا يقبل مناقشتها أو تعديلها من الطرف الآخر، فهذا لا يعنى إهدارا لحرية الطرف الضعيف لأنه يمتلك الرفض أو القبول وكما لا يشترط في العقود أن يسبقها مفاوضات أو مناقشات على قدم المساواة بين الطرفين^١.

وهذا ما اتجهت إليه ورسخته أغلبية التشريعات القانونية بتنظيمها عقود الإذعان على أساس أنها عقود حقيقية تسري عليها الأحكام المتعلقة بالعقود كافة. وهذا ما أميل إليه، لأن ما يرد على حرية القابل لا يعدو أن يكون نوعا من التباين الاقتصادي الذي لا أثر له على صحة التراضي، فحرية كلا الطرفين كاملة متحققة، فضلا عن أن المساواة المطلوبة بين المتعاقدين هي القانونية وليست الاقتصادية، لأن الغاية من العقود هي إشباع الرغبات، وتحقيق الغايات.

الفرع الثاني: الخلاص حول منح القاضي سلطة التعديل.

انعكس الاختلاف بين شراح القانون، في تحديد الطبيعة القانونية لعقود الإذعان، على القول بمدى جواز تدخل القاضي إزاءها عن طريق تعديل الشروط التعسفية التي تضمنتها. وتمثل ذلك بين اتجاهين: مؤيد لهذه السلطة وآخر معارض لها.

الاتجاه الأول: الاتجاه الرافض لتدخل القاضي

ذهب جانب من شراح القانون - وهم بالأساس الرافضون لهذا النوع من العقود - إلى رفض ومعارضة منح القاضي سلطة التدخل إزاء عقود الإذعان، وانتقدوا توجه المشرع في التوسع في حماية الطرف المدّعن، من خلال منح القاضي سلطة تعديل الشروط التعاقدية.

واعتبروا أن منح هذه السلطة يمثل خروجاً عن الحدود المألوفة للقاضي العادي؛ التي تتمثل في التفسير للبحث عن النية المشتركة بين المتعاقدين وإزالة ما يكتنفها من غموض لا أن تصل إلى حد تعديل الشرط التعسفي بإلغائه أو انتقاصه، وهذا ما يعد ضرباً لمبدأ الحرية التعاقدية وسلطان الإرادة، القائم على أن كل ما اتفق عليه المتعاقدان واجب النفاذ^٢.

وكما اعتبروا أن إطلاق يد القاضي في التعديل، من شأنه أن ينال من الاستقرار المطلوب للمعاملات، لأن المتعاقدين عندما يتعاقدان؛ يعرض كل منهما الآثار التي ينتجها العقد ومن ثم يعرف كل متعاقد حقوقه وواجباته، فالقول بتدخل القاضي بتعديل هذه الحقوق والواجبات من شأنه أن يؤدي إلى

١. عبد الباقي: نظرية العقد، م.س، ج، ١، ص ٢١٠. بودالي: محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة - الجزائر، د.ط، د.ت.ن، ص ١٥.

٢. داود: إبراهيم عبد العزيز، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دار الجامعة الجديدة - مصر، ٢٠١٤م، ص ٢١. عبد السلام: "التوازن العقدي"، م.س، ص ٧١.

اضطراب المعاملات^١.

وكما أضافوا: أن التشريعات التي أقرت هذه السلطة، قد خلت من تحديد ماهية الشروط التعسفية ومعاييرها وآلية أعمال القاضي لها وتدخله في مواجهتها سواء بالتعديل أو الإغناء منها، وهذا كله من شأنه أن ينتج عنه تضارب الحلول والتوجيهات القضائية في مواجهة الشروط التعسفية^٢.
فحفاظا على الحرية التعاقدية وتجنباً لاضطراب العقود، وتنوع الحلول العلاجية إزاء الشروط التعسفية كان الرأي بمنع التدخل القضائي إزاءها.

الاتجاه الثاني: الاتجاه المؤيد لتدخل القاضي:

ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى القول: بضرورة تدخل القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان، واعتبروا أن توجه المشرع في حماية الطرف الضعيف فيه تماشياً والتطورات التشريعية التي تحاول استيعاب التطورات الاقتصادية والاجتماعية في العصر الحديث.

وفي معرض مناقشتهم لأصحاب الاتجاه الراض لهذا التدخل قالوا: إن السماح بتدخل القاضي يمثل خروجاً عن القواعد العامة المرسومة للقاضي، فإن المشرع هو صاحب الحق في تقدير ضروريات الخروج عن هذه الأحكام والقواعد وفقاً لتقديره للمستجدات التي تقتضي ذلك، فخضوع المذعن لشروط الموجب دون مناقشة تعتبر مبرراً لخروج القاضي عن هذه القواعد^٣ - وفقاً للمشرع -، فصاحب كلمة الفصل في فرض هذه الحماية هو المشرع الذي رسّخ هذه الحماية التشريعية وليس القاضي الذي تقتصر مهمته على تفعيل هذه الحماية وتطبيقها عند الحاجة إليها وتحقق مقتضاها، وكما أن الاختلال في العقد وقع قبل تدخل القاضي، وما تدخله إلا بغية إعادته إلى الوضع الطبيعي الذي يجب أن يكون فيه وذلك من خلال رفع صفة التعسف التي شابت الشروط.

أما القول بأن تدخل القاضي في تعديل الشرط التعسفي من شأنه أن يؤدي إلى اضطراب المعاملات، فهذا مناقض ومنافٍ للأساس الذي تقوم عليه العلاقات التعاقدية التي مبناهما العلاقة الاقتصادية، والمتمثل في المبادئ الأخلاقية من حسن النية والعدالة التي يجب أن تسود العقود ورد المتعاقدين إليها في حالة انحرافهم عنها حتى وإن وافقوا عليها عند الإنشاء.

وفيما يخص ضباية الشرط التعسفي وعدم وضع معايير لتمييزه عن غيره من الشروط مما يؤدي إلى تضارب الأحكام القضائية، فهذا لا يعني عدم خضوع القاضي عند تعديله للشروط إلى رقابة محكمة النقض التي تراقب بدورها مدى موافقة القاضي لصحيح القانون من عدمه عند تطبيق النص، وذلك من خلال النظر في تسبب القاضي لحكمه في إلغاء الشرط أو تعديله، فعند انحراف القاضي عن الأصول القانونية المعتبرة في ذلك، فإن محكمة النقض تضع حداً لذلك إن وجد وذلك

١. الصده: عقود الإذعان، م.س، ص ٤٠٧-٤٠٨. عبد الباقي: نظرية العقد، م.س، ج ١، ص ٢١٥. السباتين: الحماية القانونية، م.س، ص ١٢٦.

٢. مياذ: عقود الإذعان بين التأصيل الفقهي والعمل القضائي، م.س، ص ٤١٨. بودالي: الشروط التعسفية، م.س، ص ١٧.

٣. جمعي: أثر عدم التكافؤ، م.س، ص ٢٤٧. سلامة: نحو تكييف عقد الإذعان، م.س، ص ١١٢٩.

بنقض حكمه^١.

وهذا ما تبنته التشريعات القانونية ومنها القانون المدني الفلسطيني. وبهذا أتصور أن القول بجواز تدخل القاضي يكون أولى من رفضه، لأن في الرفض إبقاء الطرف الضعيف تحت سطوة الطرف القوي وتحكمه خاصة وإن القاضي يُفترض فيه الحيادية عند نظره للنزاعات بين الأفراد، فضلاً عن نظراته الموضوعية عند الموازنة بين مصلحة طرفي العقد ومنع تعسف أحدهما.

المطلب الثاني: شروط تدخل القاضي إزاء الشروط التعسفية في عقود الإذعان

وعت التشريعات القانونية بالآثار الناجمة على انتشار عقود الإذعان والتي من شأنها أن تؤول إلى سطوة في جانب أحد العاقدين ووضعه موضع القوي في مقابل وجود طرف ضعيف لا يملك من أمره شيئاً ونظير حاجته الملحة الضرورية لا يجد بداً إلا القبول بالتعاقد على الرغم من علمه بجحافه الشروط التعاقدية في حقه، لذلك أقرت بالتدخل التعديلي للقاضي إزاءها لإعادة العدالة التعاقدية. بالمقابل؛ لم تطلق النصوص التشريعية المقررة لهذه السلطة التعديلية يد القاضي دون ضوابط وجب عليه مراعاتها عند تصديده وتعامله مع هذا النوع من العقود، وذلك حتى لا يكون تدخل القاضي مدعاة لزعزعة الاستقرار التعاقدية، أو أن يكون وسيلة للتعسف في استعمال مكنة قانونية، لذلك أحاطتها - أي التشريعات - بشروط وجب على القاضي مراعاتها قبل استعمال هذه السلطة.

الفرع الأول: إذعائه العقد

لقد اشترطت المادة (١٥٠) م.ف، لإعمال القاضي سلطته الحمائية لصالح الطرف المذعن أن يكون موضوع النزاع "عقد إذعان"، حيث يفترض التدخل القضائي أن يكون في مواجهة عقد صحيح الإنشاء بتوافق إرادتين خالية من العيوب، وأن يتصف هذا العقد بخصائص عقد الإذعان، من عمومية الإيجاب والاحتكار للسلع والخدمات الضرورية التي لا يمكن الاستغناء عنها - كما سبق تناولها- والتي تمثل الجانب المادي.

إضافة الى ذلك، توافر الجانب المعنوي، والمتمثل، في وجود إرادة أضعف من إرادة، ألا وهي إرادة القابل للضعيفة بانحصارها في قبول ما فُرض عليه دون مناقشة أو مساومة، في مواجهة إرادة الموجب القوية أما إذا خضعت هذه الشروط المتضمنة للعقد إلى المناقشة والمساومة، فلا مجال لإعمال سلطة القاضي، وإن وصفت هذه الشروط بالتعسفية، وذلك استناداً الى مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"،

١. عبد السلام: سعيد، سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان، الولاء للطبع والتوزيع-مصر، ١٩٩٢م، ص١٦. السباتين: الحماية القانونية، م.س، ص١٢٧. راقية: عبد الجبار علي، سلطة القاضي في تعديل العقد "دراسة قانونية مقارنة"، منشورات زين الحقوقية-لبنان، ط١٧، ٢٠١٧م، ص١٦٠.

كونها أدرجت في العقد بمحض الاختيار الكامل والرضا للطرف الملزم بها^١. وهذا بدوره يفرض على القاضي إلى جانب البحث في الجانب المادي البحث في الجانب المعنوي، بالنظر في إرادة الطرف الضعيف ومدى تحقق معنى الرضوخ والاستسلام لما فرضه الموجب من عدمه، فإذا تبين تحقق معنى التسليم دون مناقشة فيعمل القاضي سلطته.

الفرع الثاني: أن يتضمن العقد شروطاً تعسفية

بعد أن يفرغ القاضي من البحث والتحقق من النزاع وأنه تعلق بـ "عقد إذعان"، ينتقل إلى البحث عن مدى توافر الشروط التعسفية في العقد من عدمه، وتبرز أهمية هذا الشرط كونه المبرر لتدخل القاضي بهدف فرض سلطته الحمائية للطرف الضعيف، فإذا خلا العقد - وإن كان إذعانا- من هذه الشروط، فلا مجال للقول بتدخله وفرض تطبيق النص^٢.

وعلى الرغم من جوهرية هذا الشرط، إلا أن النص المنظم لعقود الإذعان، قد خلا من أدنى إشارة حول تحديد ماهية الشروط التعسفية وماهية المعايير التي يمكن للقاضي أن يستعين بها في سبيل تمييزها عن الشروط العادية، الأمر الذي دفع الشراح إلى تولي هذه المهمة، على النحو الآتي:

أولاً: مفهوم الشرط التعسفي:

نظراً لل فراغ التشريعي الذي اعترى نص المادة (١٥٠) م.ف -على غرار أغلبية التشريعات^٣، في تحديد ماهية الشرط التعسفي، اختلف شراح القانون في وضع تعريف محدد له نظراً لصعوبة "تحديد فكرة التعسف ومعياره"^٤، ومن هذه التعريفات:

١. عبد الغفار: أنس، آليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، دار الكتب القانونية - مصر، ٢٠١٣م، ص ١٩٢. فودة: عبد الحكم، تفسير العقد في القانون المصري والمقارن، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٥م، ص ٣٦١. عبد السلام: التوازن العقدي، م.س، ص ٧٣.

٢. وبذلك يصدق القول: إن الإذعان غير مرادف للشرط التعسفي، فقد يكون العقد إذعانا ومع ذلك غير متضمن لشرط تعسفي، فقد وجود الطرف القوي إلا أنه قد يحرص على توفير الخدمة أو السلعة الضرورية للجمهور دون تعسف، وهذا يكثر في شركات الكهرباء والماء. فإذا العبرة بالشرط التعسفي لا مصطلح الإذعان. انظر: القيسي: الحماية القانونية للمستهلك، م.س، ص ٩٨.

٣. بينما عرفته بعض التشريعات ومنها: ما جاء في قانون حماية المستهلك اللبناني: رقم ٦٥٩ لعام ٢٠٠٥م، في المادة (٢٦)، البند (الشرط) التعسفي: هو الذي يرمي أو قد يؤدي إلى الإخلال بالتوازن فيما بين حقوق وموجبات المحترف (الموجب) والمستهلك لغير مصلحة هذا الأخير".

وعرفه قانون الاستهلاك الأوروبي رقم ١٣-٩٣ لعام ١٩٩٣م في المادة (٣/١) الشرط التعسفي هو: "الشرط التعسفي العقدي الذي لم يكن موضوعاً لمفاوضة فردية يعتبر تعسفاً وذلك عندما ينشأ خلافاً لما يقضي حسن النية وضد مصلحة المستهلك تفاوتاً جلياً بين حقوق والتزامات الطرفين الناشئة عن العقد".

٤. عمران: حماية المستهلك، م.س، هامش ص ٣٣.

- ما عرفته المادة: (٣٥) من قانون رقم: "٢٣-٧٨" المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين الفرنسي لعام ١٩٧٨م (المُلغى): "هي الشروط المفروضة من المهنيين على غير المهنيين أو المستهلكين^٢ بواسطة تعسف النفوذ الاقتصادي للطرف الآخر وتمنح هذا الأخير ميزة فاحشة"^٣

- وعرفه بعض الشراح: "هو ذلك الشرط الجائر الذي يتضمن أحكاما منافية للعدالة التي يجب أن تسود التعامل ويترتب عليها إخلال توازن العقد"^٤.

- وذهب آخرون إلى القول: "بأنه ذلك الشرط الذي يفرضه المتعاقد القوي من الناحية الاقتصادية على المتعاقد الضعيف من الناحية نفسها ولا يستطيع هذا الأخير إلا أن يقبلها نظرا لضعف مركزه الاقتصادي، سعيا للحصول على ميزة مجحفة"^٥.

- أو هو "بند في العقد يؤدي إلى اختلال توازنه، اشترطه الطرف القوي بما له من نفوذ اقتصادي بهدف تحقيق ميزة فاحشة على حساب الطرف الآخر دون مقتضى"^٦.

ويلاحظ على هذه التعريفات التركيز على النفوذ الاقتصادي لأحد المتعاقدين والذي يجعله في المركز القوي ويمكنه من فرض شروطه التعاقدية بغية الحصول على مميزات فاحشة لتحقيق مصلحته وذلك مخالفة لمقتضى العقد، وليس أمام الطرف الآخر إلا القبول بذلك.

ومن هذا يمكن القول: أن الشرط التعسفي ما هو إلا "شرط يفرضه صاحب الهيمنة الاقتصادية سعيا للحصول على مقابل مجحف من الطرف الآخر على خلاف مقتضى العقد ومن شأنه أن يؤدي إلى اختلال توازنه"^٧ الأمر الذي يشكل مبررا لتدخل القاضي بهدف إعادة التوازن الاقتصادي للعقد.

ثانيا: معايير الشرط التعسفي:

لم يعمد المشرع القانوني إلى تحديد أنواع الشروط التعسفية أو معايير يستهدي القاضي بها إلى معرفتها، بل فسح المجال للقاضي لإعمال سلطته التقديرية في ذلك، سعيا لتحقيق أكبر قدر من

١. ويقصد بالمهني: هو الشخص الذي يتعاقد من خلال ممارسة مهنته سواء أكان نشاطه تجاريا أم صناعيا أو حرا أو هو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتعاقد في مباشرته لنشاط مهني ما سواء أكان هذا النشاط صناعيا أم تجاريا أو حرفيا أو حرا أو غير ذلك. انظر: الرفاعي: أحمد محمد، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩٤م، ص ٢١.

٢. والمستهلك: هو ذلك الشخص الذي يتعاقد بقصد إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية دون القصد المهني. انظر: حمد لله: حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك "دراسة مقارنة"، دار الفكر العربي—مصر، ١٩٩٧م، ص ١٠ وما بعدها. عبد الباقي: عمر، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م، ص ٢٠ وما بعدها.

٣. واتجه إلى هذا التعريف أغلبية شراح القانون الفرنسي. وانظر:

Bricks, Helene: Les Clauses Abusives ,Op.cit, 1982.p5.

Dionisi- Peyrusse, Amélie: Droit Civil, Les Obligations,ed CNFPT ,paris,2007,Tome2,P103.

٤. فودة: تفسير العقد، م.س، ص ٣٦٠. وفي نفس المعنى انظر: بنداري: محمد إبراهيم، "نحو مفهوم أوسع لحماية المستهلك في عقد الإذعان" دراسة مقارنة في القانون المصري والإماراتي والفرنسي^٨، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، ١٤، مج ٨، ص ٢٠٠م، ص ٢٨.

٥. حمد لله: حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية م.س، ص ٥٣. يوسف: أمير، الشرح والتعليق على قانون حماية المستهلك في القوانين العربية والأجنبية، المكتب العربي—مصر، ٢٠١٥م، ص ١٨٤.

٦. عبد الباقي: عمر، الحماية العقدية م.س، ص ٤٠٣.

الحماية للطرف الضعيف الذي خالف فيها الطرف القوي بفرضه هذه الشروط ما يجب أن يسود التعامل من روح الحق والعدل، فدفعاً للضرر الذي لحق الطرف الضعيف وتحقيقاً للعدالة العقدية^١، ارتأى المشرع تجنب حصر القاضي في جملة من الشروط التعسفية بل ترك تحديد معاييرها له والذي يستعين بدوره في تحديدها بالظروف الملازمة للتعاقد وظروف العاقدين. وفي سبيل تحديد معايير للشروط التعسفية اجتهدت المحاكم وشرح القانون الذين كان لهم الحظ الوفير في إبراز أهم المعايير التي يستعين ويستهدي بها القاضي لتحديد وتميز الشرط التعسفي عن غيره من الشروط ومن هذه المعايير:

١. معيار التمييز بين الشروط التعسفية بذاتها وبحكم الاستعمال^٢:

ذهب جانب من شرح القانون إلى اعتماد معيار التمييز بين الشروط التعسفية بذاتها والشروط التعسفية بحكم استعمالها، للترقية بين الشروط التعسفية عن غيرها من الشروط. وفرّقوا بينهما على أساس: إن الشرط التعسفي في ذاته هو الذي يظهر من التعسف منذ إدراجه بالعقد وتكشف عنه ألفاظه بأن تأتي متناقضة مع جوهره والتي تسمح للموجب الحصول على مميزات فاحشة ومبالغ بها، كأن يوجد شرط في العقد يقضي بإعفاء الموجب من المسؤولية أو بإمكانه الرجوع عن العقد فظاهر الشرط، يظهر تعسف واضعه ليكون بمأمن عن المسؤولية التي يفرضها العقد في وضعه الطبيعي.

أمّا الشرط التعسفي بحكم استعماله، فهذا الشرط لا يظهر من صيغته وألفاظه التعسف عند إدراجه بالعقد وإنما تظهر صفته التعسفية عند تطبيقه على أرض الواقع من خلال تمسك الموجب بحرفية النص، وعدم مراعاة جوهره وروحه، كالشرط التي تدرجه شركة التأمين الذي يلزم فيه المؤمن له إعلام المؤمن معلومات أو أمور معينة خلال فترة سريان العقد وإلا سقط حقه بالتعويض - مبلغ التأمين-، فهذا الشرط في الأصل لا تشوبه صفة التعسف، ولكن يظهر ذلك عند التطبيق بأن تتمسك شركة التأمين بحرفية الشرط لإسقاط حق التعويض رغم حسن نية المؤمن له كوجود عذر مقبول دفعه إلى التأخير في تقديم هذه المعلومات، لا سيما إذا كان هذا التأخير ليس من شأنه زيادة جسامه الخطر^٣.

ولكن هل يمكن القول إن هذا المعيار يتماشى ونص المادة (١٥٠) م.ف ومن ثمّ صلاحيته كمعيار يمكن للقاضي أن يستهدي به في معرفة الصفة التعسفية للشرط؟

١. سعودي: عبد العزيز متولي، سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه-كلية الحقوق بجامعة القاهرة-، ١٩٩٠م، ص ٥١٩. الرفاعي: الحماية المدنية م.س، ص ٢١٢.

٢. فودة: تفسير العقد، م.س، ث ٣٥٩-٣٦٠. الرفاعي: الحماية المدنية للمستهلك، م.س، ص ٢١٢-٢١٣. عبد السلام: سلطة محكمة النقض، م.س، ص ١٢-١٣. هانية: الرقابة القضائية، م.س، ص ١٨٧-١٨٨.

٣. وهذا ما صرحت به المادة (٨٧٥/٢) م.ف: "يقع باطلاً كل ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية: ٢- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى الجهات المطلوب إخطارها أو في تقديم المستندات، إذا تبين أن التأخير كان لعذر مقبول".

بالرجوع إلى منطوق المادة (١٥٠) م.ف " إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز...؛ يظهر لي أن صلاحية هذا المعيار تتجسد في جزء منه دون الآخر، أما الذي يصلح فهو المتعلق باعتبار الشرط التعسفي في ذاته، لأن النص تحدث عن عقد إذعان قد تم إنشاؤه وتضمن شروطاً تعسفية أي وصف التعسف في الشرط كان منذ لحظة إنشاء العقد ومن ثم إعطاء القاضي الحق في استعمال سلطته التعديلية وذلك برد الموجب إلى صوابه إذا تمسك بإعماله، أما الشرط التعسفي بحكم الاستعمال فأتصور عدم صلاحيته بأن يكون معياراً يستهدي به القاضي لتمييز صفة التعسف من عدمه وفقاً للمادة (١٥٠) م.ف لأن الدائن (المشترط) سوف يتمسك بتنفيذ ما تم الاتفاق عليه من شروط والتي انتفت عنها الصفة التعسفية ظاهرياً.

٢. معيار التعسف باستعمال الحق لتمييز الشرط التعسفي:

ذهب جانب آخر من الشراح إلى إيجاد معيار آخر للشرط التعسفي، تمثل في الرجوع إلى النظرية العامة للتعسف باستعمال الحق في القانون المدني، فمتى توافر في الشرط أي حالة من حالات التعسف باستعمال الحق الواردة في المادة (٥) م.ف ١، فهو يعتبر بالضرورة شرطاً تعسفياً. فإذا لم يقصد الموجب من وراء إدراج الشرط في العقد إلا الإضرار بالمذعن؛ كأن يتضمن عقد العمل شرطاً يقضي وجوب حضور العامل يومياً إلى مؤسسة العمل قبل ساعة من بدء توقيت العمل الرسمي، دون بيان الغاية من وراء هذا الشرط فيظهر منه نية الإضرار بالعامل فقط ومن ثم يعدّ شرطاً تعسفياً.

وكذلك يعدّ الشرط تعسفياً إذا كانت المصالح التي يرمي الموجب إلى تحقيقها من وراء إدراجه في العقد قليلة الأهمية بحيث لا تناسب البتة مع الأضرار التي قد تصيب الطرف الضعيف بسببها، كأن تشترط شركة التأمين أن يلتزم المؤمن له ضد العجز في عقد العمل وجوب الحصول على شهادة تثبت عجزه من أشهر وأمهر الأطباء المتخصصين في ذلك مع أن شهادة أي طبيب في الاختصاص تكفي لذلك. فيعد هذا الشرط تعسفياً.

وكما يعد الشرط شرطاً تعسفياً، إذا كانت المصالح التي يسعى إليها الموجب من وراء إدراجه غير مشروعة، كأن يشترط صاحب العمل على العامل أن يتنازل عن حقوقه السياسية أو النقابية فلا مجال لتطبيق هذا الشرط لمخالفته النظام العام ابتداءً، فهذه الحقوق مكفولة قانونياً ولا يجوز التخلي عنها، وكما يظهر التعسف في اشتراطه.

فوفقاً لهذا المعيار فالشرط التعسفي، هو ذلك الشرط الذي جاء مخالفاً لنظرية التعسف في استعمال الحق الواردة في نص المادة (٥) م.ف ٢.

١. وحددت المادة (٥) م.ف حالات التعسف وهي: "١- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير. ٢- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة. ٣- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. ٤- إذا كان من شأنه أن يلحق بالغير ضرراً غير مألوف".

٢. أحمد: رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة، دار الهانتي للطباعة، مصر، ط١، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م، ص٢٨٨-٢٨٩. الديب: محمود، الحماية المدنية للمستهلك، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠١١م، ص٥٦-٥٧.

ولم يسلم هذا المعيار من انتقاد الشراح لعدم وضوحه، كونه لا يؤدي إلى تحديد الشرط التعسفي تحديدا كاملا وشاملا، لكل الحالات التي تصيب الطرف الضعيف حيث يؤدي في كثير من الحالات إلى وصف التعسف في إطار ضيق وذلك مخالف لغاية المشرع التي هدف من ورائها عدم تحديد نطاق الشرط التعسفي لتحقيق أكبر قدر ممكن من الحماية للطرف الضعيف، فقد يوجد الشرط التعسفي على الرغم أن الطرف القوي لم يتعمد الإضرار بالطرف الضعيف أو يهدف إلى تحقيق مصالح غير مشروعة^١.

ومن ثم فهذا المعيار من شأنه أن يقلل الحماية للطرف الضعيف من جهة حصر حالات التعسف وكذلك مدى تحققها من عدمه، لذلك يعد هذا المعيار غير صالح بدرجة كبيرة لتحديد الشرط التعسفي.

٣. اعتماد النفوذ الاقتصادي والميزة الفاحشة معيارا للشرط التعسفي.

ذهب جمع من الشراح إلى اعتماد المادة (٢٥) من قانون إعلام وحماية المستهلكين الفرنسي لعام ١٩٧٨م - القديم-، معيارا لتحديد وتمييز الشرط التعسفي^٢، وجاء في نص المادة: " في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين... تفرض الشروط على غير المهنيين أو المستهلكين بواسطة تعسف النفوذ الاقتصادي للطرف الآخر وتمنح هذا الأخير ميزة فاحشة"^٣ وتأسيسا على هذا النص، اعتبر هذا جانب من الشراح، أن معيار الشرط التعسفي هو الذي توفر فيه شرطان مرتبطان ارتباطا السبب بالنتيجة وهما: النفوذ الاقتصادي والميزة الفاحشة:

التعسف في استخدام النفوذ الاقتصادي من جانب الموجب :

وهو الشق المعنوي الذي يجب تحقيقه في الشرط التعسفي، حيث ذهب بعض الشراح إلى اعتماد هذا المعيار للشرط التعسفي، وقصدوا بالتعسف ذلك التعسف المتصل بالحالات التي جاءت به المادة (٥) م.ف - كما ذهب إليه أصحاب المعيار السابق-، حيث رأوا أنه يمنع على الموجب فرض شروط من شأنها أن تتجاوز حدود التعاقد إلى الإضرار بالتعاقد المدعّن (المستهلك)؛ لأن هذا التجاوز لا يعني إلا التعسف بالمعنى التقليدي له المتمثل في الغاية الاجتماعية للحقوق الشخصية^٤.

وانتقد هذا المعيار؛ لأن الموجب عندما يفرض شروطه التعاقدية مسبقاً، فإن ذلك لا يعني أنه من قبيل الحق الشخصي له، لأن الغاية من تحرير العقود النموذجية لا يتعدى أن يكون توفيراً للوقت والجهد والنفقات في إعداد العقود، وهذا يعد من قبيل سلطة الواقع التي يمارسها الموجب وليس من

١. داود: حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، م.س، ص٢٨. عبد السلام: "التوازن العقدي"، م.س، ص٥٦. عبد العال: مفهوم الطرف الضعيف، م.س، ص١٢٢.

٢. يوسف: حماية المستهلك، م.س، ص١٨٧-١٨٨. وانظر:

٣. Op.cit, p116. Ghestin Jacques: Les Clauses Abusives dans les Contrats.

٤. حسن: حماية المستهلك، م.س، ص ٩٨. عبد السلام: "التوازن العقدي"، م.س، ص٥٥. محمود: علي رحمه، الحماية المدنية والقضائية للمستهلك من الشروط التعسفية، مركز الدراسات العربية للنشر- مصر، ط١، ٢٠١٨م، ص٢١٢.

قبيل ممارسة الحق الشخصي له^١.

وكما لم يشهد لنجاعة هذا المعيار التطبيق القضائي وعمل المحاكم حيث لم يشهد له تطبيقاً قضائياً في المجال التعاقدى^٢.

علاوة على الغموض الذي يكتنفه، لأن القول بالنفوذ الاقتصادي غايته الحصول على ميزة فاحشة فهذا يعني أن التفوق الاقتصادي يكون مرادفاً للقوة أو عظم شأن الموجب والواقع ليس كذلك، إذ قد يوجد حريفي بسيط مثلاً يستطيع أن يستخدم نفوذه في السوق، على عكس شركة كبيرة قد لا تستطيع استخدام ذلك حرصاً على سمعتها وتجنباً لحدوث اضطرابات تجارية في السوق^٣.

وفضلاً على ذلك، الضبابية وعدم الوضوح الذي يعتري هذا المعيار لعدم الاستناد إلى مقومات تكشف وتبين مقومات النفوذ الاقتصادي.

وفي سبيل تلافي هذه الانتقادات سعى أصحاب هذا المعيار إلى بيان مؤشرات ومقومات التفوق الاقتصادي، فذهب البعض إلى: اعتبار عدم التعادل الجسيم بين الطرفين مؤشراً على التفوق الاقتصادي لصالح الطرف القوي، بينما ذهب آخرون إلى اعتماد مؤشر مركز الموجب في السوق كدليل على تفوقه الاقتصادي من عدمه، وذلك من خلال تقدير أهمية المشروع الذي يمتلكه ومدى انعكاس قوته من عدمها على السوق^٤.

الميزة الفاحشة:

يعد هذا المعيار نتيجة للمعيار الأول، فما الميزة الفاحشة إلا نتيجة لاستخدام التفوق الاقتصادي، فالغاية التي يسعى إليها الموجب من وراء استخدام تفوقه الاقتصادي هي تحقيق ميزة فاحشة، تتمثل في الحصول على منافع مألوفة وغير مألوفة من وراء التعاقد والتي لا تقتصر بدورها على المنافع المادية فقط من جانب الطرف الضعيف بل تشمل الالتزامات الملقاة على عاتق المذعن بالتخفيف منها^٥، لذلك يصعب من الناحية الواقعية تصور هذا المعيار منفرداً - الركيزة المادية - بدون معيار التفوق الاقتصادي - الركيزة المعنوية - لاعتبار الشرط تعسفياً.

وبهذا يمكن القول: إن فكرة الميزة الفاحشة تقارب إلى حد كبير فكرة الغبن واختلال الالتزامات المتقابلة.

١. داود: حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، م.س، ص ٢٨. جستان: المطول في القانون المدني، م.س، ص ٩٨. عبد العال: مفهوم الطرف الضعيف، م.س، ص ١٢٣.

٢. أحمد: محمد، الحماية المدنية للمستهلك التقليدي والإلكتروني، دار الجامعة الجديدة - مصر، ٢٠١٥م، ص ٨٥. قويدر: حماية الطرف الضعيف، م.س، ص ١١٦.

٣. هانية: الرقابة القضائية، م.س، ص ١٩٢. القيسي: الحماية القانونية للمستهلك، م.س، ص ١٤١.

٤. عبد الباقي: الحماية العقدية للمستهلك، م.س، ص ٤٠٥. الرفاعي: الحماية المدنية للمستهلك، م.س، ص ٢١٨. حمد لله: حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، م.س، ص ٥٩. عبد السلام: "التوازن العقدي"، م.س، ص ٥٦-٥٧.

٥. حسن: حماية المستهلك، م.س، ص ١٠٢. عبد الباقي: الحماية العقدية للمستهلك، م.س، ص ٤٠٥. محمود: الحماية المدنية والقضائية للمستهلك، م.س، ص ٢١٧.

غير أن هذا المعيار، قد تعرض إلى نقد -أيضا- لعدم وضوحه علاوة على خلوه من تحديد نسبة أو مقدار لما يعتبر ميزة مفرطة وفاحشة من الميزة العادية، الأمر الذي دفع بعض الشراح -في معرض الرد على هذا النقد- إلى القول: أن هذا الشرط يجب أن لا يُنظر إليه بمفرده بل يجب أن ينظر إليه بجملة مضمون العقد ككل وباقي شروط العقد، لأن النظر إلى الشرط لوحده قد يظهر التعسف فيه ولكن قد يوجد بالمقابل شرطا في نفس العقد يعطي الطرف الآخر -الضعيف- ما يكفي لإعادة التوازن العقدي فلا مبرر للتعديل، ومن ثمّ إذا اشتمل العقد على شرط عدّ تعسفا فوفقا لهذا المعيار، يجب أن لا يكتفى بالنظر إليه بل إلى مجمل العقد وشروطه^١.

فإذاً يظهر، أن هذا الجانب من الشراح الذين اعتمد ماجاء في المادة (٢٥) من قانون حماية المستهلكين الفرنسي لعام ١٩٧٨م، كمعيار لتمييز الشرط التعسفي عن غيره من الشروط إذ لا بد له من توافر شقين أحدهما: معنوي: تمثل بالتفوق الاقتصادي وآخر مادي: يتمثل بالميزة الفاحشة. إلا أن المشرع الفرنسي وفي محاولات سعيه لتلافي الانتقادات التي وجهت إلى هذا المعيار فضلا عن الاستجابة لدعوات الانسجام مع التوجه الأوروبي المتعلق بحماية المستهلكين، فقد تخلى عنه في تعديله لقانون حماية المستهلكين لعام ١٩٩٥م، واستعاض عنه بمعيار: "الإخلال الظاهر بالتوازن"^٢، وعلى الرغم من هذا التعديل فإنّ شراح القانون لا يرون فرقا بين هذا المعيار الذي جاء به التعديل والمعيار السابق فكلاهما يدور في فلك الغبن وتحقيق غرم وفائدة على حساب طرف ضعيف^٣.

غير أن هذا المعيار الذي اعتمده أصحاب هذا الرأي في إطار عقود الاستهلاك، يطرح تساؤلا عن مدى صلاحية اعتماد هذا المعيار وسريانه على عقود الإذعان نظرا لاختلاف تنظيم كل منهما؟. يمثل عقد الإذعان الصورة الغالبة للشروط التعسفية، ولكن هذا لا يمنع أن ترد في غيره من العقود كعقود الاستهلاك، فلا يوجد ما يمنع من اعتماد المعيار الذي اعتمده شراح القانون استنادا لما جاء في قانون الاستهلاك - كما سبق-، وهذا ما أكد عليه التوجه الأوروبي لحماية المستهلكين لعام ١٩٩٢م، ونصت المادة ٢/٢ منه: "الشرط الذي لم يكن موضوعا لمفاوضة فردية، إذ تمت صياغته سلفا دون أن يكون باستطاعة المستهلك نتيجة لذلك أن يؤثر في مضمونه وبخاصة في "عقد إذعان". وهذا ما أكد عليه القانون المدني الفرنسي في تعديله الأخير لعام ٢٠١٦م، الذي اعتمد ذات المعيار الذي اعتمده في قانون الاستهلاك لعام ١٩٩٥م، في إطار عقود الإذعان في المادة (١١٧١): "يعتبر

١. حمد لله: حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، م.س، ص ٦٠. بودالي: الشروط التعسفية، م.س، ص ٩٤. عبد العال: مفهوم الطرف الضعيف، م.س، ص ١١٢. الروازق: فراس جبار، الحماية القانونية من الشروط التعسفية، المركز العربي للنشر- مصر، ط ١، ١٤٢٨هـ- ٢٠١٧م، ص ١٠٧. القيسي: الحماية القانونية للمستهلك، م.س، ص ١٢٩.

٢. جاء في المادة (١٢٢-١) من قانون رقم ٩٦-٩٥. في تاريخ ١٩٩٥م: "تعتبر شروطا تعسفية في العقود المبرمة ما بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين تلك التي يكون موضوعها أو آثارها اختلال واضح بين حقوق والتزامات الأطراف في العقد". و أعاد التأكيد عليه في تعديل ٢٠١٦م الخاص بقانون الاستهلاك.

٣. أحمد: الحماية المدنية للمستهلك، م.س، ص ٨٤ و ٩٤. عبد العال: مفهوم الطرف الضعيف، م.س، ص ١٢٢. بودالي: الشروط التعسفية، م.س، ص ٩٥-٩٦.

كأن لم يكن كل شرط في عقد الإذعان يرتب اختلالاً واضحاً في التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد".

وبهذا يظهر أنه لا إشكال في تطبيق ذات المعيار في إطار عقود الإذعان.

أما على صعيد المشرع الفلسطيني الذي خلا من ذكر معيار لتحديد الشرط التعسفي، لا أتصور وجود ما يعارض أو يمنع القول بصلاحيّة تطبيق هذا المعيار من قبل القاضي ليستهدي به في معرفة الشرط التعسفي، لأن قوام عقود الإذعان الإخلال الجسيم جراء انفراد الطرف القوي بوضع الشروط التعاقدية دون مناقشة من الطرف الضعيف.

وكما أن المادة (٢٣) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٥م تؤكد على ذلك، وحيث نصت على: "يجوز للمجلس - مجلس حماية المستهلك - أن يراجع مدى معقولية وعدالة الشروط الواردة في عقود الاستهلاك والعقود النموذجية...."، والعقود النموذجية من طائفة عقود الإذعان وخاصة من خصائصه.

فإذا وبعد عرض هذه المعايير التي اجتهدت المحاكم وكذلك الشراح في إيجادها، كي تكون منارة للقاضي يستهدي بها في تحديد الشروط التعسفية إلا أنها تبقى محض اجتهادات غير ملزمة للقاضي في ظل الفراغ التشريعي الملزم، وهذا يعني أن القاضي هو صاحب كلمة الفصل في تحديد الشرط كونه تعسفياً من عدمه وله في ذلك السلطة التقديرية الواسعة وفقاً للظروف المصاحبة لعملية التعاقد.

غير أن هذا الإطلاق من سلطة القاضي في تحديد الشروط التعسفية، قد لا يكون في جميع الحالات ذات فائدة أو أن يحقق الغاية التي سعى إليها المشرع، لذلك حريٌّ بالمشرع أن يلجأ إلى ضبط جملة من المعايير وإن كانت في إطار عام من شأنها أن تساهم في تحديد الشرط التعسفي. ومن ثمّ يسهل على القاضي الفصل في النزاع وحسمه بالطريقة الأقرب إلى تحقيق التوازن ودفع الضرر. وفي هذا دعا بعض شراح القانون المدني العربي ١ إلى ضرورة اتباع الأساليب التي اعتمدها بعض التشريعات الغربية كالفرنسي ٢ والألماني ٣، في تحديد طبيعة الشروط التعسفية في إطار عقود الاستهلاك، حيث اتبعت هذه الدول أساليب معينة لضبط هذا النوع من الشروط، ومنها:

١. أول من دعا إليها: د. عبد الباسط جيمعي. انظر كتابه: أثر عدم التكافؤ، م.س، ص ٢٨٣.
٢. عمد المشرع الفرنسي - بداية من قانون حماية المستهلكين ١٠/١/١٩٧٨م وما أعقبه من تعديلات - في سبيل تحديد معايير للشروط التعسفية إلى عدة أساليب مختلفة. ومنها: - ما له الطابع الإلزامي وهي: المراسيم التي تصدر عن الحكومة، وهي على سبيل الحصر ومنها ما له الطابع الاستشاري: كالتوائم الملحقة بقانون الاستهلاك، أو القوائم التي تصدر عن لجان مختصة، وتعرف بالتوائم الاسترشادية أو الرمادية والشروط الواردة فيها والتي توصف بالتعسفية هي على سبيل المثال. انظر: عبد العال: مفهوم الطرف الضعيف، م.س، ص ١١٩. قويدر: حماية الطرف الضعيف، م.س، ص ١٢٢ وما بعدها.
٣. واتجه المشرع الألماني في قانون حماية المستهلك لعام ١٩٧٦م، إلى اعتماد أسلوب القوائم في تحديد الشروط التعسفية، ومنها القوائم السوداء والشروط الواردة فيها تعتبر شروطاً تعسفية باطلة ولا يمتلك القاضي سلطة تجاهها، وكذلك قوائم رمادية، يمتلك القاضي تجاهها سلطة تعديلية. انظر: محمود: الحماية المدنية والقضائية للمستهلك، م.س، ص ٢٢٢. جيمعي: أثر عدم التكافؤ، م.س، ص ٢٨٢. داود: حماية المستهلك في مواجهة الشرط التعسفية، م.س، ص ١٣٦.

- إعداد قوائم تحتوي أنواعاً للشروط التعسفية
 - اعتماد لجان متخصصة في تحديدها.
 - إصدار مراسيم من الجهات المعنية المختصة^١.
- وهذه الأساليب من شأنها أن تساعد القاضي على تحديد الشرط التعسفي، فبمجرد وجود الشرط في القائمة أو المرسوم، يعتبر قرينة على التعسف، مع ضرورة عدم إلزامية القاضي بما ورد فيها، وحصره بها دون سواها، لأن حصر القاضي في قائمة معينة يذكر فيها أنواع الشروط التعسفية، من شأنه أن يقلل الحماية التي يسعى المشرع إلى توفيرها للطرف الضعيف^٢.

المبحث الثاني:

نطاق مراجعة القاضي للشروط التعسفية في عقود الإذعان

فرضت المادة (١٥٠) م.ف، حماية تشريعية تمثلت بمنح القاضي سلطة التدخل في مواجهة الشروط التعسفية في إطار عقود الإذعان، سعياً إلى حماية الطرف المذعن نظراً لضعفه في مواجهة الطرف القوي الذي انفرد في وضع الشروط دون مناقشة أو مفاوضات مع الطرف الآخر والتي من شأنها أن تؤدي إلى اختلال التوازن التعاقدية فيما بينهم، وذلك خلاف الأصل في الاشتراط ضمن العقود القائم على المساومة والتراضي.

وتمثلت هذه الحماية بثلاثة صور، وللقاضي السلطة في استخدام أيّ منهم وفقاً لتقديره وهذه السلطات المستند أساساً إلى تقدير مدى تعسف الشرط المتضمن في العقد، فقد يقدر القاضي أن الشرط يستقيم معه إزالة التعسف الذي اعتراه مع بقاءه فيلجأ إلى تعديله (المطلب الأول)، بالمقابل فقد يبلغ التعسف في الشرط ما لا يصلح معه التعديل فعندها يلجأ القاضي إلى إلغاءه (المطلب الثاني). وكما أضافت المادة (١٦٦) م.ف، سلطة أخرى للقاضي تمثلت في تفسير العبارات التي اعترها الشك في إطار عقود الإذعان، والتي تكون لصالح الطرف المذعن.

وسوف أقتصر في الحديث عن الصورتين الأولى دون الأخيرة تماشياً مع طبيعة البحث.

١. بالنظر إلى قانون حماية المستهلك الفلسطيني، يلاحظ بأنه اتبع بعض هذه الوسائل، فالمادة (٢٢) من نفس القانون أقرت أسلوب اللجان المختصة، حيث نصت المادة (٤) من نفس القانون على إنشاء " المجلس الفلسطيني لحماية المستهلك " وهو بمثابة لجنة مختصة استشارية لها صلاحية إصدار توصية للوزير أو الجهة المسؤولة عن إصدار عقود الاستهلاك لمراجعة بعض البنود التي توصف بالتعسفية أو إلزاتها. وكذلك أخذته بفكرة المراسيم أو اللوائح والتي تصدر عن مجلس الوزراء لتحديد نظام لتقدير البنود التي يمكن اعتبارها تعسفية في عقود الاستهلاك. انظر: المادة (٢٢) وكما أصدر مجلس الوزراء الفلسطيني اللائحة التنفيذية رقم (١٧) لعام ٢٠٠٩م لقانون حماية المستهلك، وأشارت المادة (٤) منه إلى حقوق المستهلك ومنها: "١- حرية اختيار السلع والخدمات دون أية شروط أو موعات... وتنعكس هذه المادة توفير حماية للمستهلك من الشروط التعسفية في إطار عقد الاستهلاك. ومن شأنها ان تشكل معايير يستهدي بها القاضي في تحديد الشروط التعسفية.

٢. وكما أشار قانون حماية المستهلك الفلسطيني إلى جملة من الشروط التعسفية بطريقة غير مباشرة وردت في المادة (٢٢) وما ورد كذلك في إطار عقود التأمين، في المادة (٨٧٥) م.ف.

المطلب الأول: التدخل الحمائي بتعديل الشرط التعسفي

عند نظر القاضي في تعديل عقود الإذعان، فإن أول ما يبحث عنه مدى اشتغال العقد على شروط تعسفية من عدمه، حيث نصت المادة (١٥٠) م.ف "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط، أو أن يعفي الطرف المذعن منها....."، وكما توحى القراءة الظاهرة للنص أن المعالجة القضائية في مواجهة الشروط التعسفية تكتسي الصفة التراتبية فأول ما يثيره القاضي لمواجهة الشرط التعسفي يكون بواسطة تعديله، فإذا لم يؤت أكله فعندها يكون الإلغاء، غير أن ما عليه شراح القانون خلافاً لظاهر النص، حيث ذهبوا إلى القول بعدم إلزامية القاضي بهذه التراتبية، وله أن يختار ما يراه مناسباً في سبيل مواجهة الشروط التعسفية وفقاً لسلطته التقديرية.

وتعديل الشرط التعسفي، يتمثل بإزالة الصفة التعسفية التي اعترت الشرط حتى يستقيم والتوازن التعاقدية، فهو بذلك يبقى -أي الشرط- وجل ما في الأمر أن القاضي يعمل على إعادة الأمور إلى نصابها الطبيعي، مستندا في ذلك إلى مقتضيات العدالة، وفي سبيل تعديل الشرط، فالقاضي له الصلاحية والسلطة التقديرية في اختيار الوسيلة التي يراها ملائمة ومناسبة لإزالة التعسف^١. والشرط التعسفي قد يتمثل بعدة صور بحسب طبيعته، الأمر الذي يتطلب من القاضي مراعاة كل صورة منها وإبداء الحل المناسب لها عند قيامه بالتعديل. ومن هذه الصور^٢:

١. قد يتمثل الشرط التعسفي، بالمقابل الذي يفرض على الطرف المذعن نظير الخدمة التي سيؤديها في عقد العمل أو الثمن

في عقد البيع أو القيمة الإيجارية في عقود الإيجار، حيث يقوم الموجب في هذه العقود بتحديد الثمن وقت التسليم للمعقود عليه وليس وقت التنفيذ أو التعاقد، فمثل هذا الشرط، يعتبر من الشروط الجوهرية في العقد، الأمر الذي يعني صعوبة قيام القاضي بإلغائه، لأن القول بإلغاء هذا الشرط يترتب عليه تعديل في الصيغة التعاقدية ككل وإعادة تكييفه، ومن ثم يكون الحل الأنسب في هذه الوضعية تعديل الشرط التعسفي مع الإبقاء عليه رفعا للإجحاف الذي لحق الطرف المذعن.

١. السنهوري: الوسيط، م.س، ج ١، ص ٢٠٠. البيه: مشكلتان متعلقتان بالقبول، م.س، ص ١٦٧. يوسف: حماية المستهلك، م.س، ص ١٩٥-١٩٦. عبد الغفار: آليات مواجهة الشروط التعسفية، م.س، ص ١٩٥. وانظر:

Maume, Florian: Essai Critique sur la Protection du Consentement de la Partie Faible en Matière Contractuelle, Thèse pour L'obtention de Grade de Docteur en Droit, Université d'Evry- Val-d'Essone, France, 2015.P433..

Lemieux, Marc: " Les clauses Abusives dans les Contrats D'adhésion ", Les Cahiers de Droit, vol 42, n° 3, 2001.P864..

٢. الصدة: عقود الإذعان، م.س، ص ٢٨٦. الأهواني: نظرية الالتزام، م.س، ص ٤٢٤-٤٢٦. سليم: العقود النموذجية، م.س، ص ٦٤ وما بعدها.

ومثالها: إذا الشرط المدرج في لائحة المصنع من شأنه أن يفرض غرامات باهظة على العامل في حالة ارتكابه أخطاء بسيطة، لا تتناسب وقيمة الشرط، فهنا يجوز للقاضي أن يتدخل في تعديل قيمة الشرط إذا ما قدره أنه شرطا تعسفيا.

٢. قد يتعلق الشرط التعسفي بوسائل تنفيذ العقد أو مدته، فيلجأ القاضي إلى التعديل إما بزيادة المدة أو نقصانها بما يتناسب

وطبيعة العقد سعيا إلى إزالة الصفة التعسفية عن هذا الشرط، وتحقيق الهدف الذي ابتغاه المشرع من فرض الحماية للطرف المذعن ومنح القاضي سلطة التعديل ألا وهو تحقيق التوازن التعاقدية.

كأن يتضمن عقد توزيع الكهرباء شرطا يتمثل بأحقية الشركة أن تقطع التيار الكهربائي عن المستفيد في اليوم التالي لاستحقاق فاتورة الاستهلاك حال عدم قيامه بالدفع في الموعد المحدد، فهنا إذا قدر القاضي أن هذا الشرط يعد تعسفا من قبل الشركة، يحق له تعديله بما يزيل عنه صفة التعسف والمتعلق بالمدة، بأن يزيدها مثلا، وذلك من خلال إعطاء الشركة الحق في مثل هذا الإجراء بعد أسبوع مثلا من إشعار المستفيد بضرورة دفع الفاتورة.

٣. قد يتمثل هذا الشرط في صورة من صور الغبن المجرد، فهنا يحق للقاضي أن يتدخل بتعديل الشرط بالزيادة أو النقصان لإزالته، دون التقيد بالشروط التي حددها المشرع لتحقيق الغبن بمعناه المادي أو الغبن الاستغلالي - كما سبق - لأن تدخل القاضي وتعديله للشرط هنا ليس على أساس الغبن بمعناه المادي أو النفسي - كما سبق - بل على أساس تعسفية الشرط.

٤. قد يتمثل الشرط التعسفي في صورة الشرط الجزائي - التعويض الاتفاقي - بأن يكون هذا الشرط مبالغا فيه لدرجة لا تتناسب و الضرر الفعلي، فهنا للقاضي أن يتدخل في سبيل تعديله وتحقيق التناسب بين قيمة الشرط والضرر الفعلي، وذلك على اعتباره شرطا تعسفيا.

فإذا أظهر، من هذا العرض أن للقاضي متى رأى أن الشرط المتضمن للعقد، قد اكتسى بصفة تعسفية، فله أن يتدخل في تعديله سعيا لإزالة هذه الصفة، بما يتفق ومقتضيات العدالة لتحقيق التوازن التعاقدية بين أطرافه، إضافة إلى أن الشرط التعسفي وإن كانت صورته الغالبة في عقود الإذعان، إلا أنه يتصور وجوده في إطار عقود أخرى، وهذا يعني أن القاضي متى رأى أن الشرط يعد تعسفيا، له أن يتدخل في تعديله.

المطلب الثاني: التدخل الحمائي بإلغاء الشرط التعسفي

للقاضي إلى جانب سلطة التعديل، سلطة الإلغاء للشرط التعسفي، وهي الخيار الثاني الذي يلجأ إليه القاضي في سبيل مواجهة الشروط التعسفية، إذا ما رأى أن التعديل ليس من شأنه أن يحقق الحماية للطرف الضعيف، وذلك بإزالة الصفة التعسفية، فله أن يلغيه ويبطل مفعوله وذلك بإعفاء الطرف المذعن منه واعتباره كأنه لم يكن، ومعيار القاضي في ذلك مقتضيات العدالة.

وأقرّ المُشرع الفلسطيني هذه السلطة - على غرار أغلبية التشريعات^١ - في المادة (١٥٠) م.ف، "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للمحكمة أن تعدل... أو أن يعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقتضي به العدالة...".

وتعتبر هذه السلطة أداة خطيرة بيد القاضي، لذلك انتقدها جمع كبير من شراح القانون، لما فيها من خروج عن القواعد العامة المنظمة للعقود، فالعقد شريعة المتعاقدين، بإقرار سلطة الإلغاء من شأنها أن تضرب بعرض الحائط هذه القواعد وتجعلها حبراً على ورق وليس لها أي قيمة على أرض الواقع^٢.

فضلاً عن أن إقرار هذه السلطة يمثل خروجاً عن مهمة القاضي الأساسية تجاه العقود والمتمثلة بتفسير العقد دون أن تتجاوزته إلى إبطال أو حتى تعديله.

ويتفق أصحاب هذا الرأي مع أصحاب النظرة التقليدية تجاه العقود، في إضفاء هالة قدسية على الإرادة التعاقدية ويعتبرونها خطأً أحمر لا يجوز تجاوزه من أي طرف كان ومهما كانت الغاية من وراء ذلك.

في الحقيقة لا أميل إلى هذا الرأي، وأتصور أن المُشرع في إقراره لهذا النوع من السلطات للقاضي، إنما كان ذلك سعياً وراء تحقيق غاية تمثل قوام العقود كافة ألا وهي العدالة والتوازن التعاقدية الذي نشأ فيه العقد بين أطرافه وأن يحصل كل واحد منهم على حقه وما سعى إليه دون ظلم أو جور على حساب الطرف الآخر، وهذا لا يعني الخروج عن القواعد العامة للعقود وما يوجبها سلطان الإرادة، ولكن أتصور أن هذه القواعد محكومة بالغاية التي أقرت من أجلها ألا وهي تحقق التوازن التعاقدية. فإذا للقاضي وفي سبيل مواجهته للشروط التعسفية، أن يعدل منها بإزالة الصفة التعسفية وإبقائها أو أن يبطلها ويعتبرها كأنها لم تكن.

١. أقرّ المُشرع الفرنسي -الذي يعتبر حامل لواء النظرة التقليدية تجاه العقود (سيادة الإرادة)-، سلطة القاضي لإبطال الشرط التعسفي واعتباره شرطاً لاغياً غير مكتوب في المادة (١١٧١) -جديد- بل أنه ذهب إلى أبعد من ذلك في مواجهته لهذا النوع من الشروط، حيث أبدى شدة وصرامة تجاهها وحيث خلا النص من سلطة التعديل ولم يقر إلا سلطة الإبطال، والذي يمثل -برأيي- قصوراً تشريعياً في فرض الحماية للطرف الضعيف، في إطار عقود الإذعان، لأن الشرط التعسفي قد لا يصل إلى درجة من التعسف يمكن القول معها عدم صلاحية مواجهته إلا بإطاله واعتباره كأنه لم يكن، فهناك من الشروط يمكن معها الاكتفاء بتعديلها مع الإبقاء عليها، وأتصور أن المُشرع الفرنسي الذي أقرّ بهذا النوع من العقود -الإذعان-، وفي حصره لسلطة القاضي في الإبطال دون التعديل، ما هو إلا امتداد لفلسفته في إطار عقود الاستهلاك الذي حصر القاضي أيضاً في الإبطال دون التعديل للشروط التعسفية. ولعلّ: التوجه التشريعي الفرنسي لهذا العقد والتدخل القضائي إزاءه، كان -على مضمّن- استجابة للتطورات الاقتصادية وضرورة الانسجام بين التوجه الفرنسي والأوروبي في إطار العقود، فالمُشرع الفرنسي ما زال متمسكاً بالهالة القدسيّة لمبدأ سلطان الإرادة ولا يرغب في الخروج من عباؤها، فهو بذلك أراد حصر سلطة القاضي قدر المستطاع وعدم حياده عن مهمته الأساسية تجاه العقود المتمثلة بالتفسير دون أن يتعداها للتعديل.

٢. فودة: تفسير العقد، م.س، ص ٢٦٢. السنهوري: الوسيط، م.س، ج ١، ص ٢٠٠. حسن: حماية المستهلك، م.س، ص ١١٨. يوسف: حماية المستهلك، م.س، ص ١٩٦.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الوسائل التي جاء بها القانون المدني، قد أقرها الفقه الإسلامي صراحة، فقد سبق القول: إن معالجة الفقهاء للشروط التعسفية كانت في إطار نظرية الشروط المترنة للعقد، فالشروط الفاسدة أو الباطلة كما سبق ما هي إلا شروط ذات صبغة تعسفية كاشتراط المنفعة أو التي من شأنها أن تقيّد ما اقتضاه العقد أو تنفيه، ومن ثمّ حكم ببطلان.

ومِمَّا يُثار في هذه المقام، مدى وجوب علم الطرف الضعيف، بالصفة التعسفية لهذه الشروط من عدمه لجواز تدخل القاضي أي: هل يشترط للطرف المدّعن لكي يتمسك بتدخل القاضي أن يعلم أنّ الشرط الذي تم تضمينه في العقد يعتبر شرطا تعسفيا أم لا يشترط ذلك؟

لقد أثارَت المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الفلسطيني هذه الفرضية، وأجابت عنها في إطار مناقشات نص المادة (١٥٠) م.ف حيث جاء فيها: إن الطرف الضعيف والذي يحق له أن يتمسك بما جاء به النص؛ هو ذلك الطرف الذي لم يعلم بالصفة التعسفية للشروط التعسفية، وكما صرّحت المذكرات بالغاية من وراء اقتصار هذه الحماية على الجاهل بهذه الصفة دون العالم، ألا وهي الحفاظ على استقرار المعاملات والعقود وعدم زعزعتها، فعلم الطرف الضعيف بهذه الشروط وقبوله بها على الرغم مما اشتملت عليه من تعسف، فهو بذلك علم الآثار المترتبة عليها وما ينتج عنها، وهذا ما يتنافى والغاية التشريعية لفرض الحماية من وراء تدخل القاضي^١.

لم يسلم هذه التوجه الذي جاءت به المذكرات الإيضاحية من التعرض للنقد الشديد من قبل الشراح، فلم يتلقوه بالقبول؛ واعتبروه مخالفا لمنطوق نص المادة (١٥٠) م.ف التي صرّحت بأن تدخل القاضي إزاء الشرط التعسفي سواء بالتعديل أو الإعفاء يجب أن يكون "... وفقا لمقتضيات العدالة.. " فالمعيار الذي يجيز للقاضي التدخل في الاختيار بين الوسيّلتين - الإلغاء والتعديل - هو العدالة، وذلك دون التمييز بين الشروط التي ثبت علم الطرف الضعيف بها أو التي لم يعلم بها^٢.

وأتصور أن هذا القول، أولى بالقبول والعمل به، وما صرّح به واضعو المذكرات الإيضاحية جاء مجانباً للغاية التشريعية التي سعى إليها من وراء إقرار هذا النص، ألا وهي فرض الحماية للطرف المدّعن من بطش وسطوة الطرف القوي، وإن الطرف المدّعن، سواء علم أو لم يعلم بهذه الشروط التعسفية، فلا يملك من أمره شيئاً فلا مجال أمامه إلا القبول بها نظراً لحاجته للسلعة أو الخدمة التي انضرد فيها الطرف القوي، لذلك أميل إلى ما ذهب إليه الشراح أن الطرف الضعيف له أن يتمسك بالتدخل القضائي في جميع الحالات سواء علم بها أم لم يعلم، لأننا أمام عقد العنصر المميز فيه هو القبول دون مناقشة أو مساومة.

١. انظر: المذكرات الإيضاحية الفلسطينية، م.س، ص ١٨٥. وهذا الرأي مأخوذ من مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري انظر: مجموعة الأعمال، م.س، ج ٢، ص ٢٩٢. وكما أيده بعض الشراح والباحثين. انظر: راقية: سلطة القاضي في التعديل، م.س، ص ١٦٢.

٢. البية: مشكلتان متعلقتان بالقبول، م.س، ص ١٦٥. السنهوري: الوسيط، م.س، ج ١، ص ٢٩٩. مبروك: رمزي، حماية المستهلك في إطار مفهوم جديد لعقد الإذعان، مكتبة الجلاء الجديدة - مصر، ٢٠٠٢م، ص ٨٠.

ومما يجب الإشارة إليه أن المشرع، جعل سلطة القاضي إزاء الشروط التعسفية من قبيل القواعد الأمرة المتصلة بالنظام العام وذلك بصريح نص المادة (١٥٠) م.ف: "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للمحكمة أن تعدل....، ويقع باطلاً كل اتفاق ينص بغير ذلك". فإذا أي شرط بين المتعاقدين، من شأنه أن يسلب القاضي هذه السلطة إزاء الشرط التعسفي سواء بالتعديل أو الإبطال هو شرط باطل لمخالفته للنظام العام، وتكمن الغاية من وراء ذلك، ضمان المشرع من فرض حماية جدية للطرف الضعيف^١؛ لأن القول بجواز سلب القاضي هذه السلطة، من شأنه فقدان هذه الحماية؛ لأنه -ببساطة- يستطيع الطرف القوي أن يفرض شرطاً على الطرف الضعيف باستبعاد أي دور للقاضي في تعديل الشرط التعسفي ولا يوجد أمامه إلا القبول، ومن ثم أراد فإن المشرع أراد من وراء هذا المنع أن لا يجعل حماية الطرف المذعن شكلية يسهل استبعادها فهو أرادها حماية حقيقية من هيمنة الطرف الموجب القوي اقتصادياً لا صورياً.

وعلى الرغم من هذا التصور التشريعي إزاء سلطة القاضي وتحسينها من الاستبعاد فإن ذلك لا يخوله أن يبادر بالتصدي من تلقاء نفسه لتعديل الشرط التعسفي أو إلغائه -وفق ما عليه أغلبية شراح القانون- دون إثارة ذلك من قبل صاحب المصلحة ألا وهو الطرف الضعيف، وذلك حفاظاً على مبدأ "حياد القاضي" الذي يوجب عليه التقيّد بما يطلبه الخصوم وعدم تجاوزها، غير أن بعض الشراح لا يرون ما يمنع من تصدي القاضي للشرط التعسفي وإن لم يثره المتضرر منه^٢. وأتصور في الحقيقة هذا الرأي فيه من الوجاهة والقبول، وذلك بالنظر إلى الغاية التي سعى إليها المشرع من وراء منح وإجازة هذا التدخل ألا وهي حماية الطرف الضعيف الذي قد لا ينتبه إلى عظم ضرر هذا الشرط وإجحافه بحقه.

وعلى الرغم من ذلك، إلا أن قبول الدعوى وما أثاره صاحب المصلحة، يبقى من مشمولات السلطة الجوازية التقديرية للقاضي وصرحت المادة (١٥٠) م.ف بقولها: "... جاز للمحكمة..". فالأمر متروك للقاضي وسلطته التقديرية وليس وجوباً عليه، فله أن يرفض إعمال سلطته، إذا ارتأى أن هذا الشرط ليس فيه الصفة التعسفية، وتقدير القاضي في ذلك يكون تبعاً للظروف والملابسات المصاحبة للنزاع إضافة لنوع السلعة أو الخدمة موضوع العقد. وكذلك مصلحة المتعاقدين تكون حاضرة في ذهن القاضي عند فصله للنزاع وتقديره لمجريات الأمور، ومن ثم يقرر استعمال هذه السلطة أم لا ولا تعقيب على تقديره من محكمة النقض^٣.

١. الصدة: عقود الإذعان، م.س، ص ٢٢٤. حمد لله: حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، م.س، ص ٩٢. عبد الدايم: العقود الاحتكارية، م.س، ص ١٩٤-١٩٥. غانم: مصادر الالتزام، م.س، ص ١٢٤. بودالي: حماية المستهلك، م.س، ص ٢٦٢.
٢. بودالي: الشروط التعسفية، م.س، ص ٥٩. سليم: العقود النموذجية، م.س، ص ٦٥. عبد الباقي: نظرية العقد، م.س، ج ١، ص ٢١٤. الأهواني: حسام الدين، النظرية العامة للالتزام (المصادر الإرادية)، د.ن، د.م.ن ط٢، ٢٠٠٠ م، ص ٤٣٥.
٣. فودة: تفسير العقد، م.س، ص ٣٦٤. عبد السلام: سلطة محكمة النقض في تفسير عقد الإذعان، م.س، ص ٢٠. حسن: حماية المستهلك، م.س، ص ١٢٤.

ومعيار القاضي في أعمال سلطته، استناداً لهذا النص هي مقتضيات العدالة، وتصريح المشرع بهذا المعيار غاية تجنب اتهام القاضي بالنكول عن أداء العدالة في أعمال سلطته، غير أن هذا المعيار يحيطه الغموض والإبهام لاختلافه وتغيره بتغير الأزمنة والأمكنة والأفراد، فهو معيار يمثل انعكاساً لأسس ثابتة في المجتمع وتطبيقه من قبل القاضي يسعى من خلاله إلى الوصول لهذه الأسس، وتطبيق هذا المعيار تجاه الشرط التعسفي عند أعمال القاضي لسلطته يكون بتحقيق المساواة بين الأفراد بما يقيم التوازن بينهم وتجنب الجور وحصول الإنسان على ما يستحقه وعدم الإضرار بالغير والإثراء على حسابه، فقواعد العدالة هي التي يجب أن تسود وتستقر في العلاقات التعاقدية في جميع مراحلها ابتداءً من المفاوضات السابقة على التعاقد أو عند الإنشاء وصولاً إلى مرحلة التنفيذ^١، وبهذه القواعد يسترشد القاضي في تدخله إزاء الشروط التعسفية سواء أكان تعديلاً أم إعفاءً.

الخاتمة:

وفي ختام هذا المقال، فقد ظهر أن عقود الإذعان ما كانت لتوجد لولا التطور الاقتصادي الذي دفع إلى سطوة أحد طرفي العقد نظراً إلى موقعه الاقتصادي وسعيه إلى تضمين العقد الشروط التي من شأنها أن تحافظ على تلك السطوة وتوصف تلك الشروط بالتعسفية وليس أمام الطرف الضعيف إلا القبول بها دون مناقشة.

ودفع هذا النوع من العقود إلى ضرورة استجابة القوانين لهذا التطور، حتى تضمن الاستقرار في المعاملات التعاقدية والتوازن في إطارها، فكان من ذلك الإقرار ابتداءً بهذا النوع من العقود، ثم السماح بتدخل القاضي في تعديل ما تضمنها من شروط تعسفية وذلك بإزالة الصبغة التعسفية عنها وردها إلى شروط مقبولة أو إلغاءها في حالة ما إن بلغت درجة من التعسف لا يصلح معه التعديل. ومن خلال ما تناولته في هذا المقال فقد توصلت إلى جملة من النتائج والتوصيات:

أولاً: النتائج

شمولية عقود الإذعان لمجالات التعاقد المختلفة، وعدم انحصارها في نموذج دون الآخر، وإن كان الميدان الحقيقي لها والأكثر استعمالاً هي عقود الاستهلاك والتأمين. يعد التطور الاقتصادي العامل الأبرز في ظهور هذا النوع من العقود إلى جانب عوامل أخرى ساهمت في ذلك.

تقتصر عقود الإذعان إلى الأصل القائم عليها العقود ألا وهو المساواة والمناقشة، فلا خيار أما الطرف الضعيف إلا القبول أو الرفض دون مناقشة، مما أوجب على التشريعات القانونية تدخل القاضي إزاءها في محاولة لجبر هذا الأصل بإعادة التوازن التعاقدية إلى حالته الطبيعية المقبولة قدر المستطاع.

١. أحمد: أثر الظروف الاقتصادية، م.س، ص ٢٩١. عبد السلام: "التوازن العقدي"، م.س، ص ٧٤. السباتين: الحماية القانونية، م.س، ص ١٢٩.

تعد فكرة الاحتكار - قانونيا كان أم فعليا - هي العنصر المميز لعقود الإذعان، كونه - أي الاحتكار - يُمكن المحتكر من بسط سلطته في الشروط التعاقدية.

خلو التشريعات القانونية من بيان ماهية الشرط التعسفي وأنواعه، ممّا سمح بالاجتهاد القضائي والفقهي؛ والذي آل بدوره إلى اختلاف معايير التمييز بين الشروط التعاقدية، ومن ثم لا يوجد ما يمنع القاضي من الاختيار فيما بينها لعدم وجود ما يلزمه بتباعد معيار دون آخر .

إقرار التشريعات القانونية لسلطة قضائية في مواجهة الشروط التعسفية المتضمنة في عقود الإذعان إلى جانب تلك الواردة في نصوص خاصة كعقود التأمين أو الوارد في عقود حماية المستهلك .

تعدد صور التدخل القضائي إزاء التعامل مع الشرط التعسفي إمّا بالإلغاء أو التعديل وذلك وفقا لمدى تعسفية الشرط من عدمه

إحاطة التشريعات القانونية المنظمة لعقود الإذعان سلطة القاضي بحماية من السلب وذلك باعتبارها من قبيل النظام العام الذي لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على استبعادها، وذلك سعيا لتحقيق الغاية من وراء إقرار هذه السلطة، وإلا كان إقرارها شكليا يسهل استبعادها عبر تضمين العقد يمنع من تدخل القاضي في تعديل العقد .

ثانيا: التوصيات:

يجب على المشرع الفلسطيني العمل على بيان ماهية الشرط التعسفي وأنواعه، وضمّمها ضمن لوائح والتمييز بينها، كما هو الحال في القانون الفرنسي والألماني.

وجب على المشرع الفلسطيني تعديل النص الخاص بعقود الإذعان والذي أتى فيه على ذكر دور القاضي وذلك بتضمينه جملة من المعايير التي تحدد طريقة تعامله مع هذا النوع من العقود، وذلك لتجنب التضارب في الأحكام القضائية نتيجة لهذا الفراغ التشريعي، لاسيما أن الحلول الفقهية جاءت متباينة كما سبق التطرق إليه.

محاولة المشرع الفلسطيني إلى تشريع جديد لقانون حماية المستهلك الفلسطيني يتناول فيه الحديث عن الشروط التعسفية أسوة بالقانون الفرنسي والألماني، حيث جاء قانون حماية المستهلك الحالي قاصراً عن بيان الشروط التعسفية مما يعني خضوعها اضطراراً لتطبيق النص العام الخاص بعقد الإذعان

فهرس المصادر والمراجع

أولاً: كتب اللغة:

الرازبي: زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر
مختار الصحاح، تح: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية -الدار النوزجية- بيروت، ط ٥،
١٤٢٠هـ-١٩٩٩م.

الزمخشري: محمود بن عمرو بن أحمد:
الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل، دار الكتاب العربي-بيروت، ط ٣، ١٤٠٧هـ.
ابن فارس: أبو الحسين أحمد بن زكرياء القزويني
معجم مقاييس اللغة دار الفكر تح: عبد السلام محمد هارون ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م.
ابن منظور: أبو الفضل محمد جمال الدين
لسان العرب، دار صادر، بيروت-بيروت، ط ٣، ١٤١٤هـ.

ثانياً: الكتب القانونية

أحمد: رشوان: أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة، دار الهاني للطباعة - مصر، ط ١،
١٤١٤هـ-١٩٩٤م.

الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، وزارة العدل المصرية، مطبعة دار الكتاب العربي،
مصر، ١٩٥٠م.

الأهواني: حسام الدين، النظرية العامة للالتزام (المصادر الارادية)، دن، د.م.ن ط ٣، ٢٠٠٠م.
بنداري: محمد إبراهيم "نحو مفهوم أوسع لحماية المستهلك في عقد الإذعان" دراسة مقارنة في
القانون المصري والإماراتي والفرنسي"، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، ١٤، مج ٨،
٢٠٠٠م.

البعلي: عبد الحميد، ضوابط العقود (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي
وفقهه)، مكتبة وهبة-مصر، ط ١، د.ت.ن.

بودالي: محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة -الجزائر، د.ط،
د.ت.ن.

البيه: محسن، مشكلتان متعلقتان بالقبول السكوت والإذعان، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٨٥م.
الترمانيني: عبد السلام، "سلطة القاضي في تعديل العقود (في القانون المدني السوري وبالمقارنة
مع قوانين البلاد العربية)"، مجلة الحمامة-نقابة المحامين المصريين، ٦٤، السنة الحادية
والأربعون لعام ١٩٦١م.

جميعي: حسن عبد الباسط، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية
بالقاهرة، ١٩٩٠-١٩٩١م.

حسن: عاطف عبد الحميد، حماية المستهلك "الحماية المدنية للمستهلك من الشروط التعسفية"،
دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩٦م

- الحكيم: عبد المجيد، الموجز في شرح القانون المدني، شركة الطبع والنشر الاهلية _ بغداد، ط٢، ١٣٨٣هـ-١٩٦٣م.
- حمد لله: حمد لله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك " دراسة مقارنة"، دار الفكر العربي-مصر، ١٩٩٧م.
- داود: إبراهيم عبد العزيز، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دار الجامعة الجديدة-مصر، ٢٠١٤م.
- ديجي: ليون، التطورات العامة للقانون الخاص منذ مجموعة نابليون، ترجمة: ضياء الدين عارف، دراسة وتحليل: سمير تناغو، دار نهوض للدراسات والنشر، الكويت، ط٢، ٢٠١٨م.
- الديب: محمود، الحماية المدنية للمستهلك، دار الجامعة الجديدة-مصر، ٢٠١١م.
- الرفاعي: أحمد محمد، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩٤م.
- الروازق: فراس جبار، الحماية القانونية من الشروط التعسفية، المركز العربي للنشر-مصر، ط١، ١٤٢٨هـ-٢٠١٧م.
- الزين: محمد، النظرية العامة للالتزامات (العقد)، دن، تونس، ط٢، ١٩٩٧م.
- السياتين: خالد محمد، الحماية القانونية للطرف المدعى في عقود الإذعان (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير في القانون، كلية الحقوق-جامعة القدس (فلسطين)، ٢٠٠١م.
- سعد: أيمن، العقود النموذجية، دار النهضة العربية بالقاهرة، ٢٠١٢-٢٠١٣م.
- سعودي: عبد العزيز متولي، سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه-كلية الحقوق بجامعة القاهرة-، ١٩٩٠م.
- سلامة: عزت، "نحو تكييف حديث للإذعان في ضوء تعديلات القانون المدني الفرنسي ٢٠١٦م والتطبيق على التعاقد الالكتروني"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية-كلية الحقوق جامعة المنصورة بمصر، ع٧٠، ٢٠١٩م.
- السنهوري: عبد الرزاق، الوسيط في القانون المدني: ج١، (نظرية الالتزام بوجه عام)، تح: مصطفى الفقي وعبد الباسط جميعي، دار النهضة العربية بالقاهرة، ط٢، ١٩٨١م.
- سيوفي: مرسال، النظرية العامة للموجبات والعقود، (مصادر الموجبات)، دن، بيروت، ١٩٩٤م.
- الصدرة: عبد المنعم، في عقود الإذعان في القانون المصري (دراسة فقهية وقضائية ومقارنة) أطروحة دكتوراه في الحقوق (جامعة فؤاد الأول - جامعة القاهرة حالياً)، ١٩٤٦م.
- نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩٠م.
- عبد الباقي: عبد الفتاح، موسوعة القانون المدني المصري-نظرية العقد والإرادة المنفردة -، ١٩٨٤م.
- عبد الباقي: عمر، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.
- عبد الجبار علي، سلطة القاضي في تعديل العقد "دراسة قانونية مقارنة"، منشورات زين الحقوقية-لبنان، ط١، ٢٠١٧م.
- عبد السلام: سعيد سعد،

- "التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية- كلية الحقوق، جامعة المنوفية - مصر، مج7، ع13، 1998م.
- سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان، الولاء للطبع والتوزيع-مصر، 1992م.
- عبد العال: محمد حسين، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة ال. عقدية، دار النهضة العربية بالقاهرة، 2006م.
- عبد الغفار: أنس، آليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، دار الكتب القانونية__ مصر، 2012م.
- عبد اللاه: رجب كريم، التفاوض على التعاقد، دار النهضة العربية بالقاهرة، 2000م.
- العدوي: جلال، الإيجار القانوني على المعاوضة، مطبعة جامعة الإسكندرية، 1965م، ص 73.
- عمران: محمد السيد، حماية المستهلك أثناء تكويني العقد (دراسة مقارنة)، منشأة المعارف بالاسكندرية، د.ط، د.ت.ن،
- غانم: إسماعيل، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، مكتبة سيد وهبة-مصر، 1964م.
- غستان: جاك، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، تر: منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع-بيروت، ط1، 1420هـ-2000م.
- الفضل: منذر، النظرية العامة للالتزامات، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع-الأردن، ط2، ص1995م.
- فودة: عبد الحكم: تفسير العقد في القانون المصري والمقارن، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1985م.
- قاسم: محمد حسن، العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2018م.
- القيسي: عامر، الحماية القانونية للمستهلك (دراسة مقارنة في القانون المدني والمقارن)، الدار العلمية الدولية، الأردن، 2002م.
- مبروك: رمزي، حماية المستهلك في إطار مفهوم جديد لعقد الإذعان، مكتبة الجلاء الجديدة-مصر، 2002م.
- محمود: علي رحمه، الحماية المدنية والقضائية للمستهلك من الشروط التعسفية، مركز الدراسات العربية للنشر- مصر، ط1، 2018م.
- المذكرات الايضاحية للقانون المدني الفلسطيني، ديوان الفتوى والتشريع-وزارة العدل الفلسطيني، 2002م.
- المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، المكتب الفني لنقابة المحامين-الأردن.
- المصري: رفيق، الخطر والتأمين - التأمين التجاري هل هو جائر شرعاً؟-، الدار الشامية-بيروت، 1422هـ-2001م.
- مياد: العربي محمد، عقود الإذعان بين التأصيل الفقهي والعمل القضائي (دراسة مقارنة محيّنة)، مطبعة المعارف الجديدة-الرباط، 2018م

نسرين: عبد الحميد محمد، عقود الإذعان في الشريعة والقانون، منشأة المعارف بالاسكندرية، ٢٠١٥م.

هانية: محمد علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية-بيروت، ط١، ٢٠١٤م.

يوسف: أمير الشرح والتعليق على قانون حماية المستهلك في القوانين العربية والأجنبية، المكتب العربي-مصر، ٢٠١٥م

ثالثا: المراجع الفرنسية:

Aubert, Jean- Luc, Savaux, Eric: Introduction au Droit et Thèmes Fondamentaux du Droit Civil, 14e e d , Sirey, paris, 2012, tome.

Bricks, Helene: Les Clauses Abusives ,L.G.D.J, Paris, 1982.

Dionisi- Peyrusse, Amélie: Droit Civil, Les Obligations,ed CNFPT ,paris,2007,Tome2

Ghestin Jacques: Les Clauses Abusives dans les Contrats Types en France et en Europe. "Actes de la Table Ronde du 12 Décembre 1990", L.G.D.J.paris,1991.

Lemieux, Marc: “Les clauses Abusives dans les Contrats D’adhésion”, Les Cahiers de Droit, vol 42, n° 3. 2001.

Maume, Florian: Essai Critique sur la Protection du Consentement de la Partie Faible en Matière Contractuelle, Thèse pour L’obtention de Grade de Docteur en Droit, Université d’Evry- Val- d’Essone, france, 2015.

Ricks, Helene: Les Clauses Abusives ,L.G.D.J, Paris, 1982.

Saleilles, Raymond: De la Déclaration de Volonté- contribution à l'étude de l'acte Juridique dans le Code Civil Allemand, 1901.

Terre François: Les Obligations,Op.cit , Tome 2.

النظام القانوني لشركة المساهمة المبسطة في إطار النظام السعودي الجديد للشركات ١٤٤٣ (دراسة مقارنة)

إعداد الدكتورة/

مروة محمد عبد الحميد العيسوي

أستاذ القانون التجاري المشارك قسم الأنظمة

كلية الشريعة والدراسات الإسلامية - جامعة القصيم

مقدمة:

في إطار تطلعات المملكة العربية السعودية وطموحاتها وفق رؤيتها ٢٠٣٠، الأمر الذي حدا بالمنظم السعودي إلى إصدار نظام الشركات السعودي الجديد عام ١٤٤٣هـ، والذي استحدث في إطاره شكلاً جديداً من الشركات، سماه "شركة المساهمة المبسطة"، وقد نظم أحكامها في المواد (من ١٣٩ إلى ١٥٥) من نظام الشركات، وتعد الشركة نموذجاً جديداً يتناسب مع المشروعات متناهية الصغر أو الصغيرة (١). وتتسم شركة المساهمة المبسطة بالعديد من الخصائص تمثل حافزاً لاجتذاب الاستثمارات - سواء الداخلية أو الخارجية -؛ إذ تمتاز بمرونة عالية، والاعتداد بمبدأ سلطان الإرادة الذي يتمتع المساهمون في إطاره بحرية تعاقدية واسعة النطاق، دون الرجوع إلى أحكام النظام إلا بناءً على إرادتهم. ويراعى أن المشرع الفرنسي قد اعتد - بموجب القانون رقم (١/٩٤) لسنة ١٩٩٤ بشركة المساهمة المبسطة (٢)، ومن ثم فقد تأثر بالتشريع الفرنسي بعض

(١) يراعى أنه لأول مرة يتطرق النظام - بموجب المادة (١٩) منه إلى الشركة متناهية الصغر والصغيرة، وقد أحال النظام إلى اللائحة لتحديد المعايير التي يكون بناء عليها وصف الشركة بأنها متناهية الصغر أو الصغيرة؛ إذ تنص المادة "السابعة" - في هذا الصدد - من اللائحة التنفيذية على أن:

"١- تُعد الشركة متناهية الصغر أو صغيرة خلال السنة المالية الواحدة وفقاً للفقرة (١) من المادة (التاسعة عشرة) من النظام عند تحقق اثنين من الآتي:

ألا يتجاوز مجموع إيراداتها السنوية مبلغ (عشرة) ملايين ريال سعودي.

ألا تتجاوز أصولها مبلغ (عشرة) ملايين ريال سعودي.

ج- ألا يتجاوز عدد الموظفين بها (تسعة وأربعين) موظفاً.

(٢) يراعى أن المشرع الفرنسي قد اختار لهذه الشركة تسمية شركة الأسهم المبسطة - La société par actions simplifiée بدلاً من تسميتها "شركة المساهمة المبسطة" - La société anonyme simplifiée والسبب في ذلك - طبقاً لما ارتآه البعض - هو الرغبة في تضاد أي جدال أو لبس يتعلق بضرورة تطبيق توصيات الاتحاد الأوروبي عليها، ولاسيما التوصية الخامسة المتعلقة بتنظيم قواعد الإرادة في شركة المساهمة. انظر الدكتور/ ليلى فتح، شركة المساهمة المبسطة في التشريع المغربي والمقارن، رسالة دكتوراه في القانون الخاص مقدمة لكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني - عين الشق - الدار البيضاء، السنة الجامعية ٢٠٠٥، ص ٢٢. هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، وقد كان أساس اعتداد المشرع الفرنسي بتلك الشركة - طبقاً لما ذهب إليه جانب من الفقه - هو التقرير الصادر عن المجلس الوطني الفرنسي لأرباب العمل، حيث لفت انتباه الحاجة

التشريعات العربية منها التشريع المغربي أولاً (١) والنظام السعودي. وشركة المساهمة المبسطة تتماثل في كثير من أحكامها مع شركة المساهمة، الأمر الذي جعل بعض التشريعات المقارنة التي تبنت هذا الشكل من الشركات قد أحالت في كثير من أحكام شركة المساهمة المبسطة إلى شركة المساهمة؛ ولعل الباحثة تشير - في هذا الصدد - إلى المادة (١٢٨) من نظام الشركات السعودي؛ إذ تنص على أن:

" ١- تسرى على شركة المساهمة المبسطة فيما لم يرد به نص خاص في هذا الباب، وبما يتفق مع طبيعتها، أحكام شركة المساهمة عدا المواد: " (الحادية والستين)، و (الثالثة والستين)، ومن (السابعة والستين) إلى (الحادية والسبعين)، ومن (الرابعة والسبعين) إلى (الثامنة والثمانين)، ومن (التسعين) إلى (الأولى بعد المائة)، و (الحادية عشرة بعد المائة/٢)، و (الحادية والعشرين بعد المائة)، و (الثانية والعشرين بعد المائة) ".

وتستخلص الباحثة من سياق نص المادة (الثامنة والثلاثين بعد المائة)، بعض الاعتبارات القانونية الآتية:

١. أن الباب الخامس والمعنون "شركة المساهمة المبسطة" والذي يشتمل على أربعة فصول تبدأ من المادة (١٢٨) إلى المادة (١٥٥) من النظام تدرج نصوصها فيما يسمى "نص خاص".
٢. أشارت الفقرة (١) - سالفه الذكر إلى استثناء بعض المواد المتعلقة بشركات المساهمة من سريان أحكامها على شركة المساهمة المبسطة لأنها لا تتناسب وطبيعة هذا النوع من الشركات الأخيرة: كالأحكام المتعلقة بمجلس إدارة الشركة من حيث طريقة تعيينه وعزله واجتماعاته وإصدار قراراته، وكذلك الأحكام المتعلقة بجمعيات المساهمين وغيرها من الأحكام التي تم استثنائها صراحة بموجب الفقرة (١) - سالفه الذكر - من المادة (١٢٨) من نظام الشركات.
٣. فيما عدا المواد المستثناة من مواد شركات المساهمة، تعتبر بقية تلك المواد بمثابة "شريعة عامة" أو بالأحرى "نص عام". ومن ثم، يمكن القول - في ضوء ما سبق بيانه - النص الخاص يقيد النص العام، وفقاً لما هو مسلم به قانوناً (٢).

الماسة للمؤسسات الصناعية الكبرى، التي تتطلع إلى إيجاد إطار قانوني جديد يسمح بتطوير التعاون بين المقاولات باعتبار أن التعويل على شركة المساهمة - في هذا الصدد - لا يحقق المبتغى لأنها لا تجيز مجالاً واسعاً للحرية التعاقدية، فضلاً على أنها تقتقد المرونة، لأنها مكبله بقواعد أمره إزاء تنظيم أحكامها. لذا برزت الحاجة لضرورة وجود شركة مساهمة تمنح مرونة واسعة وتسمح بتنظيم خاص وملائم، تكون فيه الحرية التعاقدية = على نحو نطاق واسع، تجيز للمساهمين بوضع ما يرونه مناسباً لتنظيم أحكام الشركة وهيكلتها وإدارتها من واقع نظامها الأساسي.

Voir pierre - Louis Périn, La Société par action simplifiée, l'organisation des pouvoirs joly édition 2000, pratique des affaires, p. 213.

(١) الأستاذة/ ليلي فتح، مرجع سابق، ص ١٢.

(٢) ومن ثم، فإن الأحكام التي تنظم شركة المساهمة المبسطة تستقي أحكامها من ثلاثة مصادر قانونية:

يتمثل المصدر الأول من الأحكام الخاصة بشركة المساهمة المبسطة من الباب الخامس والمعنون "شركة المساهمة المبسطة" والذي يشتمل على أربعة فصول تبدأ من المادة (١٢٨) إلى المادة (١٥٥) من النظام.

يتمثل المصدر الثاني في الأحكام العامة لشركات المساهمة الواردة من الباب الرابع الذي يشتمل على ستة فصول ويبدأ الباب من المادة

وتُضيف الباحثة إلى ما سبق أن شركة المساهمة المبسطة تُعد من أحدث أشكال الشركات ظهوراً في العصر الحديث، وتُعد المملكة العربية السعودية من أوائل دول مجلس تعاون الخليج العربية وثاني الدول العربية بعد المملكة المغربية في تبنيها لشركة المساهمة المبسطة في نظام الشركات السعودي الجديد. ومن ثم، فإن المنظم السعودي على هذا النحو قد فطن لأهمية الاعتداد بشركات المساهمة المبسطة إزاء قطاع مشروعات متناهية الصغر والصغيرة والمتوسطة، مما يسهم بفعالية في تحقيق مستهدفات رؤية المملكة لسنة ٢٠٣٠م.

ومن منظور حادثة شركة المساهمة المبسطة في إطار الشركات السعودي الجديد، وهو الأمر الذي حدا بالباحثة إلى ضرورة التطرق إلى النظام القانوني لشركة المساهمة المبسطة ليكون محل بحث، وتأمل الباحثة من خلال استعراض الجوانب القانونية المتعددة والمتنوعة لشركة المساهمة المبسطة مع تناولها بقدر من التحليل والتأصيل والتعقيب، أن يمثل ذلك البحث خطوة حثيثة لعل تستفاد به المكتبة العربية وكذلك المتخصصون.

أهمية البحث:

تبدو أهمية البحث في أن شركة المساهمة المبسطة تمثل حافزاً لتأسيس مشروعات متوسطة الحجم ومتناهية الصغر والصغيرة، لكونها لا تتطوي في تأسيسها على إجراءات معقدة، ولا وجود فيها لهيئات إدارية أو رقابية من نمط معين، كما أن مبدأ سلطان الإرادة *Autonomie de la volonte* يهيمن (١) في تنظيمها وتسييرها؛ إذ يتمتع المساهمون فيها بحرية واسعة في وضع هيكلتها وبيان كيفية إدارتها واتخاذ القرارات بشأنها.

إشكالية البحث:

من منظور أن شركة المساهمة المبسطة استحدثها نظام الشركات السعودي الجديد الصادر عام ٢٠٢٣، سوف نقوم بتسليط الضوء على ماهية شركة المساهمة المبسطة. وهذا لن يتسنى إلا بعد التطرق إلى بعض الجوانب القانونية المتعددة والمتنوعة لتلك الشركة. وتسليط الضوء هذا ليس هدفاً في حد ذاته، إنما هو وسيلة للوصول إلى الهدف الحقيقي على النحو الموضح بعاليه.

(٥٨) وينتهي بالمادة (١٣٧).

يتمثل المصدر الثالث في الأحكام العامة للشركات بصفة عامة التي تبدأ بالمادة (٤) حتى المادة (٣٤) من النظام. (١) ذهب جانب من الفقه - في إطار إبراز أهمية مبدأ سلطان الإرادة - إلى هذا المبدأ صار دعامة تبنى عليها النظريات القانونية، وهو بعد تمشي فيه المنطق القانوني أصبح يشتمل على أصليين:

أولاً: كل الالتزامات، بل كل النظم القانونية ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة.

ثانياً: لا تقتصر الإرادة على أن تكون مصدر الالتزامات، بل هي - أيضاً - المرجع الأعلى فيما يترتب على هذه الالتزامات من آثار. انظر د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (الجزء الأول: نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام)، إصدار نادى قضاة مصر، ٢٠٠٨، ص ١٢٢.

منهج البحث:

من المنظور المتعلق بموضوع البحث، فإن ذلك يقتضي من الباحثة استعراض كافة النصوص القانونية ذات الصلة الوثيقة بشركة المساهمة المبسطة، وهو الأمر الذي يفرض اتباع المنهج التحليلي إزاء النصوص حتى يتسنى إدراك مفهوم مضامينها؛ للوصول إلى مقصد المنظم السعودي دون التوقف عند مجرد الوصف.

فضلاً عما سبق، سيتم الاعتماد على مزايا المنهج المقارن دون الاختصار على مجرد السرد، وذلك يرجع إلى أن الوصف والسرد لن يضيفا شيئاً على الإطلاق ولم يقدموا شيئاً جديداً. وفي إطار مناهج البحث السالفة الذكر فإن ذلك يؤدي إلى الإثراء القانوني لموضوع البحث.

خطة البحث:

سوف يتم تقسيم البحث إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: ماهية شركة المساهمة المبسطة وطبيعتها القانونية

المطلب الأول: ماهية شركة المساهمة المبسطة من خلال الفروع الثلاثة الآتية:

الفرع الأول: نظرة عامة على شركة المساهمة المبسطة

الفرع الثاني: تعريف شركة المساهمة المبسطة

الفرع الثالث: خصائص شركة المساهمة المبسطة

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لشركة المساهمة المبسطة

الفرع الأول: مدى اعتبار الشركة المساهمة المبسطة من شركات الأشخاص

الفرع الثاني: مدى اعتبار الشركة المساهمة من شركات الأموال

الفرع الثالث: مدى اعتبار الشركة المساهمة ذات طبيعة مختلفة

المبحث الثاني: الأحكام القانونية لشركة المساهمة المبسطة

المطلب الأول: تأسيس شركة المساهمة المبسطة وتكوين رأس مالها

المطلب الثاني: إدارة شركة المساهمة المبسطة

الفرع الأول: إدارة الشركة من جانب رئيس الشركة أو مديرها أو مجلس إدارتها

الفرع الثاني: إدارة الشركة من جانب المساهمين

المطلب الثالث: مسئولية من يتولى إدارة الشركة المساهمة المبسطة

المطلب الرابع: تسوية المنازعات

الخاتمة وتشمل النتائج والتوصيات

المراجع

المبحث الأول ماهية شركة المساهمة المبسطة وطبيعتها القانونية

يتم تناول موضوع ذلك المبحث بقدر من التحليل والتأصيل والتعقيب من خلال هذين المطلبين التاليين:

المطلب الأول ماهية شركة المساهمة المبسطة

الفرع الأول نظرة عامة على الشركة المساهمة المبسطة

ابتدع المشرع الفرنسي، بمقتضى القانون رقم ٩١ - ١ الصادر في ٢ يناير عام ١٩٩٤ والمعدل لقانون الشركات لعام ١٩٦٦، نوعاً جديداً من شركات الأموال، بخلاف الأشكال التقليدية المعروفة، هو شركة المساهمة المبسطة. وظهرت الحاجة لشركة المساهمة المبسطة بهدف إمداد تجمعات الشركات groupements des Sociétés^(١) بهيكل أو إطار قانوني جديد يلبي حاجتها في إقامة تعاون فيما بينها على قدم المساواة وعلى نحو دائم ومستمر، خاصة وأن هياكل التعاون التقليدية قد فقدت بريقها ولم تعد الإطار المثالي لمثل هذا التعاون.

فالشركة الوليدة المشتركة Filiale Commune^(٢)، أولى هذه الهياكل التقليدية، لم تعد تستقطب الشركات الكبيرة، التي تزمع الدخول في تعاون دائم ومستمر، بسبب اتخاذها شكل شركة التضامن بما يستتبعه ذلك من مسؤولية الشركاء فيها مسئولية تضامنية ومطلقة عن كافة تعهداتها.

(1) Voir M. Jeantin, Société par actions Simplifiée, GLN - Joly, 1994, p. 400.

(٢) الشركة الوليدة المشتركة هي شركة يتقاسم فيها الشركاء بالتساوي رأس المال والسلطة ويكون غرضها تنظيم التعاون بين الشركاء فيها على نحو دائم ومستمر. ذهب جانب من الفقه - في إطار إبراز مزايا الشركة الوليدة - إلى أن المنشآت - لاسيما الصناعية منها - تفضل في الوقت الحاضر إنشاء الشركات الوليدة. وذلك لأسباب عديدة منها: إن إنشاء شركة وليدة تكتسب جنسية الدولة المضيفة يسهل على المشروع التعامل مع السلطات المحلية والقانون الوطني. إن إنتاج السلعة أو تجميعها داخل الدولة المضيفة أقل تكلفة من تصديرها إليها، لا سيما مع الزيادة المطردة الجمركية، عما يصحب عملية التصدير من إجراءات تستغرق عادة وقتاً طويلاً. =

= - وإذا كانت الوحدة الفرعية شركة وليدة، فإنها تكتسب في الدولة المضيفة شخصية مستقلة عن شخصية الشركة الأم (المركز الأصلي) ولكن تظل هذه الأخيرة محتفظة فيها بميزة تهيئ لها السيطرة عليها. انظر د. محسن شفيق، المشروع ذو القوميات المتعددة من الناحية القانونية، مطبعة جامعة القاهرة - الكتاب الجامعي ١٩٧٨، ص ٢٩.

كما أن التجمع ذا المصلحة الاقتصادية Groupement d'intérêt économique^(١) قد فقد بدوره، اعتباره بسبب المسؤولية المطلقة والتضامنية لأعضائه عن الديون التي تنشأ عن تعاملاته مع الغير. وتلافياً لهذه العيوب، لم يكن هناك مفر من البحث عن آلية قانونية بديلة وتتمتع - في ذات الوقت - بنظام قانوني مرن يسهل ويدعم التعاون بين الشركات التي تتبنى الآلية المذكورة. هذه الآلية هي شركة المساهمة المبسطة Société anonyme Simplifiée التي تعرف اختصاراً باسم S.A.S^(٢). والفكرة الرئيسية التي تتمحور حولها هذه الشركة هو التقليل أو تقليص بقدر الإمكان من النصوص القانونية الأمرة التي تحكم شركات المساهمة التقليدية، وإتاحة الحرية المطلقة للشركاء أو للمساهمين لتنظيم حياة الشركة وكيفية إدارتها. ويترتب على هذه الفكرة المحورية اضمحلال فكرة التنظيم القانوني في هذا النوع من الشركات، وعودة الهيمنة والسيادة للفكرة "التعاقدية" التي تقوم على مبدأ سلطان الإرادة.

الفرع الثاني: تعريف شركة المساهمة المبسطة

بمطالعة نظام الشركات السعودي الجديد يتبين أن المنظم السعودي حرص على تخصيص (المادة الأولى) فيه وللتعريفات الواردة في النظام، وتستخلص الباحثة في ضوء هذه التعريفات بعض الاعتبارات القانونية الآتية:

أ. المنظم السعودي حرص على تخصيص المادة الأولى لبيان المقصود ببعض الكلمات والعبارات الواردة بالنظام، لا شك أن نهج المنظم في هذا الشأن وإن كان يُعد نهجاً صائباً، إلا أن ذات النهج شابه القصور للأسباب الآتية:

١. التعاريف التي عدتها المادة - على النحو الموضح ذكره - لم تكن مرقمة بترتيب متسلسل، الأمر الذي من شأنه يتعذر معه أعمال التوثيق على نحو يتسم بالدقة في هذا الخصوص.
٢. المنظم السعودي استحدث شكلاً جديداً من أشكال الشركات التجارية، ألا وهو الشركة المساهمة المبسطة. لذا، كان من باب أولى أن يدرج المنظم في إطار مواد النظام في بداية الأحكام التي تعالج كل شركة على حدة الخاصة بالتعريفات، تعريفاً للشركة المساهمة المبسطة، وهو ما لم يفتن إليه المنظم السعودي، الأمر الذي يصم صياغة المادة الأولى بالقصور.

(١) التجمع ذو المصلحة الاقتصادية - طبقاً لما ارتآه جانب من الفقه - هو شخص معنوي ليس له نشاط مستقل عن نشاط أعضائه ويهدف إلى تعبئة كل الوسائل التي تسهل وتحمي النشاط الاقتصادي لهؤلاء الأعضاء وتعمل على تحسين وازدياد ناتج هذا النشاط. د. محمد فريد العريني، الشركات التجارية، دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٤٢٦ حاشية رقم (١).

(٢) انظر في هذه الشركة:

M. Jeantin, op. cit ; A. Couret & P. Le cannu, Société par actions Simplifiée, GLN - Joly, 1994; J.J. Daigre & D. Gerry, la Société par actions Simplifiée, Dr. Soc, Actes pratique, 1994.

ولعل الباحثة في تعضيد ما جاء بالبندين (١) و(٢) - سالف الذكر - بالإشارة إلى ما ذهب إليه جانب من الفقه - بأنه غدت الحاجة ملحة في الأغلب من التشريعات الحديثة إلى إيراد تعاريف لبعض العبارات والكلمات التي يتضمنها التشريع، استجابة لضرورات توحيد المقصود بهذه العبارات والكلمات في نطاق تطبيق أحكامه هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، فإن اتباع نهج إيراد التعاريف يؤدي لسد ذرائع الاختلاف في تفسير الكلمات والعبارات المعنية، باختلاف فهم جهات إنفاذ وتطبيق القانون. وخلص إلى أن الجزء الخاص بالتعاريف يعتبر من أهم مكونات هيكل التشريع، وكلما أحسنت صياغة التعاريف وترقيمتها بكفاءة ودقة، كان من ثمار ذلك صيرورة نصوص التشريع محددة واضحة، كما تساعد على تجنب تكرار معاني الكلمات والعبارات المعرفة كلما ترددت في التشريع^(١).

٢. جاء بالفقرة (٢) بالمادة الأولى ما نصه "دون إخلال بأحكام النظام، تضمن اللوائح تعريفات للكلمات والعبارات الأخرى الواردة في النظام". وترى الباحثة أن النظام يحيل على نحو صريح إلى اللائحة بخصوص تعريفات للكلمات والعبارات الأخرى الواردة في النظام، الأمر الذي يوحى بأن اللائحة قد تتكفل باستدراك القصور الذي شاب صياغة المادة الأولى من النظام بعدم تعريف شركة المساهمة المبسطة. وبمطالعة اللائحة الصادرة في ٢٠٢٣/٥١٤٤٤م تبين أن واضع اللائحة التنفيذية خصص المادة الأولى منها والمعنونة "التعريفات" ولكن للأسف أن واضع اللائحة في صياغته لهذه المادة قد شابه القصور سواء من حيث إيراد التعاريف دون ترتيب متسلسل، وكذلك لم يتطرق البتة لتعريف شركة المساهمة المبسطة. ومن ثم، فمن أجل تجنب التكرار والإطناب في هذا الشأن أن الباحثة ترى أن ما قيل بشأن انتقاد صياغة المادة الأولى من النظام يسرى بالتبعية على المادة الأولى من اللائحة.

ب. خصص المنظم السعودي مادة مستقلة لتعريف شركة التضامن^(٢)، ومادة مستقلة لتعريف شركة التوصية بالأسهم^(٣)، ومادة مستقلة لتعريف شركة المساهمة^(٤)، ومادة مستقلة لتعريف الشركة ذات المسؤولية المحدودة^(٥)، بينما أغفل ذات المنظم تخصيص مادة لتعريف شركة المساهمة المبسطة تماثل المواد التي تعلق بتعريف شركة التضامن، وشركة التوصية بالاسم، شركة المساهمة، شركة ذات المسؤولية المحدودة.

(١) مستشار دكتور/ سري محمود صيام، صناعة التشريع (الكتاب الأول - المعايير الحاكمة للتشريع)، دار النهضة العربية، ٢٠١٥، ص ١٩٠ وما بعدها.

ويراعى أن مؤلف ذلك المرجع كان يشغل منصب مساعد وزير العدل المصري لشؤون التشريع ورئيس مجلس القضاء الأعلى المصري الأسبق.

(٢) انظر - في هذا الصدد - المادة الخامسة والثلاثين.

(٣) انظر - في هذا الصدد - المادة الخامسة والخمسين.

(٤) انظر - في هذا الصدد - المادة الثامنة والخمسين.

(٥) انظر - في هذا الصدد - المادة السادسة والخمسين بعد المائة.

ولعل الباحثة تُبرر مسلك المنظم السعودي إزاء عدم تضمين نظام الشركات لنص يتعلق بتعريف شركة المساهمة المبسطة يعزى إلى تأثيره بنهج نظيره المغربي؛ إذ المشرع المغربي لم يقيم - خلال تنظيمه - لشركة المساهمة المبسطة - بوضع تعريف لها، بل قام بسرد بعض العناصر المكونة لها والأهداف التي يرى تحقيقها من وراء هذا الشكل الجديد، وهذا مستفاد من خلال ما جاء بالفقرة الأولى من المادة (٤٢٥) من قانون الشركات المغربي؛ إذ تنص على أنه: "يمكن لشركتين أو عدة شركات قصد إنشاء شركة تابعة مشتركة أو تسييرها أو شركة ستصبح أمًا لهما، أن تشكل فيما بينها شركة مساهمة مبسطة تخضع لأحكام هذا القسم"^(١). هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، ذهب البعض - في إطار تسويق مسلك المنظم السعودي - إلى أن المنظم السعودي لم يتناول تعريف الشركة المساهمة المبسطة، إلا أنه تناول تنظيم الأحكام المتعلقة بها، وقد أحال في كثير من أحكامها إلى الشركة المساهمة، وذلك لتشابهها معًا في كثير الجزئيات، ولكونهما من شركات الأموال ومن خلال الرجوع إلى نصوص المواد المتعلقة بالشركة المساهمة وشركة المساهمة المبسطة، وخلص إلى إمكان تعريف شركة المساهمة المبسطة بأنها الشركة التي تؤسس من مساهم أو أكثر من ذوى الصفة الطبيعية أو الاعتبارية، يكون لهم كامل الحرية في تنظيم أحكامها، ويقسم رأس مالها إلى أسهم قابلة للتداول، وتكون الشركة وحدها مسؤولة عن الديون والالتزامات المترتبة عليها أو الناشئة عن نشاطها، ولا يسأل الشركاء إلا بحدود مساهمتهم في رأس مال الشركة^(٢).

وترى الباحثة أن ما ذهب إليه البعض في هذا الشأن وإن كان بعيد الصلة بالمفهوم القانوني لمصطلح "شركة المساهمة المبسطة"، إلا أنه أقرب إلى سرد خصائص شركة المساهمة المبسطة. وهو ما يتم تناولها في الفرع التالي:

الفرع الثالث: خصائص شركة المساهمة المبسطة

من منظور أن محل البحث شركة المساهمة المبسطة فإن الباحثة تركز على إبراز خصائص تلك الشركة من خلال مقارنتها وتمييزها عن شركة المساهمة. ويتم تناول تلك الخصائص من خلال النقاط الآتية:

أولاً: عدم وجود حد أدنى لرأس مال الشركة

وتستخلص هذه الخبيصة وفقاً لما جاء بالمادة التاسعة والثلاثين بعد المائة والمعنونة "رأس مال شركة المساهمة المبسطة"؛ إذ تنص على أن:

(١) د. ليلي فتح، شركة المساهمة المبسطة في التشريع المغربي والمقارن، رسالة دكتوراه في القانون الخاص مقدمة لكلية العلوم

القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، ٢٠٠٥، ص ٢٩ وما بعدها.

(٢) د. عدنان بن صالح العمر - أستاذ القانون التجاري المشارك - الوجيز في الشركات التجارية وأحكام الإفلاس (وفقاً لنظام

الشركات لسنة ١٤٤٣هـ ونظام الإفلاس الجديد)، دراسة تحليلية مقارنة، دون ذكر دار للنشر، الطبعة الخامسة ١٤٤٤هـ، ص ٢٥٩.

"١- يحدد في نظام الشركة الأساس مقدار رأس مالها المصدر وقيمة المدفوع منه، ويجوز أن ينص فيه على أن يكون لها رأس مال مصرح به.

٢- لا يسرى متطلب الحد الأدنى لرأس المال المقرر لشركة المساهمة على شركة المساهمة المبسطة".
وتستخلص الباحثة من سياق ما جاء بالفقرتين - سالفتي الذكر - من المادة (١٣٩) من النظام بعض الاعتبارات القانونية الآتية:

أ. جاء بالفقرة (١) - سألفة الذكر - استخدام بعض المصطلحات المتعلقة برأس مال شركة المساهمة المبسطة منها:

- "رأس المال المصدر" ذهب جانب من الفقه - في إطار المقصود بـ "رأس المال المصدر" ورأس المال المرخص به إلى أن رأس المال المصدر Issued Capital هو رأس المال الذي يجب الاكتتاب فيه عند تأسيس الشركة، والذي يشكل الضمان الحقيقي والوحيد للدائنين، أما رأس المال المرخص به Autoiused Capital فهو رقم حسابي يجاوز رقم رأس المال المصدر يرد في نظامها، أو يجوز للشركة بلوغه أثناء حياتها عن طريق زيادة رأس المال المصدر دون حاجة إلى تعديل نظام الشركة^(١). وترى الباحثة أن تطرق النظام إلى الاعتداد بـ "رأس المال المرخص به" يتميز بالمرونة الكافية التي تمكن الشركة من التوسع والنمو بسهولة تتفق وضرورات الحياة الاقتصادية. كما تطرق نظام الشركات السعودي إلى هذا الشأن؛ إذ تنص المادة "الستون" المعنونة "رأس المال المصدر والمصرح به" على أن:

- "١- يكون لشركة المساهمة رأس مال مصدر يمثل الأسهم المكتتب بها، ويجوز أن يحدد نظام الشركة الأساس رأس مال مصرحاً به.

- يجوز بقرار من مجلس إدارة الشركة زيادة رأس المال المصدر في حدود رأس المال المصرح به، على أن يكون رأس المال المصدر قد دُفع بالكامل".

كما استخدمت الفقرة (١) مصطلح "رأس المال المدفوع منه" ويقصد به - طبقاً لما ذهب إليه الفقه - بأن رأس المال المدفوع، وهو الحد الأدنى الذي يجب دفعه من قيمة المكتتب فيها، فور الاكتتاب^(٢).

ب. جاء بالفقرة (٢) - سألفة الذكر - من المادة (١٣٩) من النظام ما نصه: "لا يسرى متطلب الحد الأدنى لرأس المال المقرر لشركة المساهمة على شركة المساهمة المبسطة".

(١) د. محمد بهجت عبد الله فايد - أستاذ القانون التجاري والبحري بكلية الحقوق جامعة القاهرة - الشركات التجارية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ١٩٩٧، ص ٢٥٠.

(٢) د. عاشور عبد الجواد عبد الحميد - أستاذ القانون التجاري والبحري بكلية الحقوق - جامعة بنى سويف - الشركات التجارية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية ٢٠١٢، ص ٥٥٧.

ومن ثم، لم يشترط المنظم السعودي - خلافاً لشركة المساهمة^(١) - حداً أدنى لمقدار رأس مال شركة المساهمة المبسطة، وهذا مستفاد من نص المادة (٢/١٣٩) من نظام، فإن متطلب الحد الأدنى لرأس المال المقرر لشركة المساهمة - طبقاً للمادة (٥٩) سائلة الذكر - لا يسري على شركة المساهمة المبسطة، ويجب أن يحدد في النظام الأساسي لشركة المساهمة المبسطة مقدار رأس مالها المصدر وقيمة المدفوع منه، ويجوز أن ينص فيه على أن يكون لها رأس مال مصرح به. وقد ذهب البعض إلى أنه يجب طرح أسهم الشركة للاكتتاب العام وفقاً لنظام السوق المالية في حال لم يكتب المؤسسون بجميع أسهم الشركة، ولم يشترط المنظم السعودي دفع كامل قيمة الأسهم التي تم الاكتتاب بها عند تأسيس الشركة، وإنما يجوز تأجيل الجزء غير المدفوع من قيمة الأسهم للمدة التي يتم تحديدها في النظام الأساسي للشركة. وأما فيما يتعلق بإيداع المدفوع من قيمة الأسهم فيتبع في ذلك الإجراءات المتعلقة بشركة المساهمة الواردة في المادة (٦٤) من نظام الشركات^(٢).

ثانياً: المرونة في إدارة شركة المساهمة المبسطة وتسييرها

تستخلص خصيصة المرونة من المادة (١٣٨) من النظام؛ إذ تنص على أن:

"١- ...

٢- للمساهمين في شركة المساهمة المبسطة تنظيم هيكل الشركة وطريقة عملها، وذلك في نظام الشركة الأساس.

٣- يحل المساهمون محل الجمعية العامة العادية وغير العادية لشركة المساهمة، وذلك في نطاق الأحكام التي تسري على شركة المساهمة المبسطة، وللمساهمين تحديد من يتولى تلك الاختصاصات في نظام الشركة الأساس، وذلك فيما لم يرد به نص خاص في هذا الباب.

٤- يمارس رئيس شركة المساهمة المبسطة أو مديرها أو مجلس إدارتها، بحسب الأحوال، جميع الاختصاصات المقررة لرئيس وأعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة ويحلون محلهم، وذلك فيما لم يرد به نص خاص في هذا الباب."

وتستخلص الباحثة من سياق ما جاء بالفقرة الثالثة - سائلة الذكر - من المادة (١٣٩) من النظام بعض الاعتبارات القانونية الآتية:

١. لم يتدخل المنظم السعودي بنصوص أمرة في إدارة شركة المساهمة المبسطة وتسييرها، وجعل لمبدأ سلطان إرادة المساهمين دوراً فعالاً في هذا الشأن، ولعل من مظاهر ذلك:

- لم يلزم المنظم السعودي إدارة شركة المساهمة المبسطة بطريقة معينة؛ إذ خُوِّل للمساهمين فيها - وطبقاً للمادة (٢/١٣٩) - تنظيم هيكل الشركة وطريقة عملها.

(١) تنص المادة (التاسعة والخمسون) المعنونة رأس مال شركة المساهمة على أنه "يجب ألا يقل رأس مال شركة المساهمة المصدر عن (خمسة آلاف ريال)، ويجب ألا يقل المدفوع منه عند التأسيس عن (الربع).

(٢) د. عدنان بن صالح العمر، مرجع سابق، ص ٢٦٠.

- يحل المساهمون في شركة المساهمة المبسطة - وطبقاً للمادة (٣/١٣٩) - محل الجمعية العامة سواء العادية أو غير العادية لشركة المساهمة^(١)، بالإضافة أن للمساهمين سلطة تحديد من يتولى الاختصاصات المنصوص عليها في النظام الأساسي لشركة المساهمة المبسطة.

- يمارس رئيس شركة المساهمة المبسطة أو مديرها أو مجلس إدارتها بحسب الأحوال - وطبقاً للمادة (٤/١٣٩) - جميع الاختصاصات المقررة لرئيس وأعضاء مجلس إدارة المساهمة ويحلون محلهم، وذلك فيما لم يرد به نص خاص يتعلق بها.

٢. ذهب جانب من الفقه - في هذا الصدد - إلى أن فكرة التنظيم القانوني قد تضاءلت وأصبحت السيادة لإرادة المتعاقدين في شركة المساهمة المبسطة التي أوجدها المشرع الفرنسي بمقتضى القانون رقم (١٩١-١) الصادر في ٣ يناير عام ١٩٩٤ لتلبية حاجة المشروعات الصناعية الكبرى إلى هيكل قانوني جديد، يمكنها من التعاون فيما بينها^(٢).

ثالثاً: حلول المساهمين محل الجمعية العامة

تستخلص تلك الخبيصة من المادة (الثامنة والثلاثين بعد المائة) من النظام؛ إذ تنص على أن:

"١- ...

٢- ...

يحل المساهمون محل الجمعية العامة العادية وغير العادية... وللمساهمين تحديد من يتولى تلك الاختصاصات في نظام الشركة الأساس...". لم يشترط المنظم السعودي - خلافاً لشركة المساهمة - للشركة المساهمة المبسطة ضرورة وجود جمعية عامة لها، وإنما يحل المساهمون - طبقاً للمادة (٣/١٣٩) - محل الجمعية العامة العادية وغير العادية، ويناط بهم - بالتالي - ممارسة اختصاصات الجمعية العامة، ولهم - أيضاً - تحديد من يتولاها.

(١) وترى الباحثة أن نهج المنظم السعودي في هذا الشأن يتفق مع ما ذهب إليه جانب من الفقه بأن الأصل أن الجمعية العامة باعتبارها الجهاز الذي يضم جميع المساهمين، وتعتبر من الناحية القانونية صاحبة السيادة في شركة المساهمة. غير أن هذا الأصل يكذبه الواقع العملي؛ إذ يتندر أن يحضر المساهمون اجتماعات الجمعية العامة للوقوف على أحوال الشركة. فهم - وبحق - بمثابة دائنين عابرين للشركة لا يهم سوى المضاربة على أسهمها، أكثر منهم شركاء حقيقيين تجمعهم نية المشاركة بما تنطوي عليه من تعاون إيجابي بقصد الوصول إلى تحقيق غرض، وفي الأحوال التي يحضرون فيها تلك الاجتماعات لا يمارسون رقابة حقيقية على مجلس الإدارة لأحجامهم عند مناقشة أعضائه، وموافقته على قراراته دون كثير من الجدل؛ لذلك انتقلت السيادة الفعلية على أمور الشركة إلى مجلس الإدارة، وأصبحت الجمعية العامة جهازاً صورياً قليل الفاعلية. انظر د. محمد فريد العريني - أستاذ القانون التجاري والبحري - كلية الحقوق جامعة إسكندرية - الشركات التجارية، دار الجامعة الجديدة - إسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٢٨٩.

(2) Voir Philippe Merle, Précis, droit Commercial, Sociétés Commerciales, 5^é éd, Dalloz, Delta 1996, p. 693.

المطلب الثاني الطبيعة القانونية لشركة المساهمة المبسطة

يتم تناول تحديد الطبيعة القانونية لشركة المساهمة المبسطة من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول:

اتجاهات للطبيعة القانونية لشركة المساهمة المبسطة

يدافع الفقه الفرنسي بشدة عن فكرة كون شركة الأسهم المبسطة شركة مستقلة فهي ليست بشركة مساهمة بقدر ما هي شكل ثالث من شركات الأسهم يضاف إلى شركة المساهمة وشركة التوصية بالأسهم. وقد استندوا في ذلك إلى حجتين أساسيتين⁽¹⁾:

١. تتمثل في أن المشرع الفرنسي عند إحالته إلى تطبيق أحكام شركة المساهمة على شركة الأسهم المبسطة في حالة عدم تعارضها مع الأحكام الخاصة بهذه الأخيرة، فإنه استثنى صراحة من هذه الأحكام المواد من ٨٩ إلى ١ - ١٧٧ من مدونة التجارة الفرنسية التي تنظم قواعد الإدارة والتسيير والجمعيات العمومية داخل شركة المساهمة، وخول في المقابل ما يتعلق بإدارة وتسيير هذه الشركة لإرادة الشركاء.

٢. تعول على أن المشرع الفرنسي قد أدرج - بموجب قانون ٣ يناير ١٩٩٤ - القواعد المنظمة لشركة الأسهم المبسطة بعد المادة ٢٦٢ من مدونة التجارة الفرنسية، أي: بعد شركة التوصية بالأسهم، وبالتحديد ضمن العنوان الرابع من القسم الحادي عشر من الفصل الأول تحت عنوان "شركة الأسهم المبسطة"، وهذا الترتيب في نظرهم يضع هذه الشركة في ذات مرتبة شركة المساهمة وشركة التوصية بالأسهم.

الفرع الثاني:

مدى اعتبار شركة المساهمة المبسطة من شركات الأشخاص، أو من شركات الأموال، أو ذات طبيعة مختلطة (بين الأشخاص والأموال)

سبق الإشارة إلى أن مبدأ سلطان الإرادة مهيم في تنظيم شركة المساهمة المبسطة من مرحلة تأسيسها وحتى لحظة انقضاءها: الأمر الذي يفصح بجلاء عن أن تأسيسها متروك لإرادة المساهمين الحرة مما يعزز الاعتبار الشخصي للمساهمين فيها. ومن ثم، فإن ذلك من شأنه يثير تساؤلاً حول طبيعة هذه الشركة فيما إذا كانت من شركات الأشخاص، أم من شركات الأموال، أم أنها شركة ذات طبيعة مختلطة؟

وفي إطار الإجابة على ذلك التساؤل يكون من خلال النقاط الآتية:

(1) Voir Pierre - Louis Périn, La Société par action Simplifiée, l'organisation des pouvoirs, Joly édition 2000, Pratique des affaires, p. 164; Dominique Vidal, La Société par actions Simplifiée, édition 1994, Montchrestien, Paris, p. 12 - 13.

أولاً: مدى اعتبار شركة المساهمة المبسطة من شركات الأشخاص

يراعى أن شركات الأشخاص Sociétés de personnes هي تلك التي يكون الاعتبار الأول في قيامها لشخصية الشركاء ولثقة المتبادلة بينهم، فالشركة تُبنى على الثقة التي يوليها كل شريك لشريكه الآخر، ولذلك فإنه - وطبقاً - لما ارتآه جانب من الفقه - الغلط في شخص الشريك يعتبر غلطاً جوهرياً يترتب عليه أن يكون عقد الشركة قابلاً للإبطال، كما أن الشركة كقاعدة تتعرض للحل إذا إنهار هذا الاعتبار الشخصي، كما لو توفي أحد الشركاء أو شهر إفلاسه، كما لا يجوز للشريك أن يتصرف في حصته من غير رضا باقي الشركاء، وخلص إلى أن الشركات التي تقوم على الاعتبار الشخصي هي: شركات التضامن، والتوصية البسيطة، والمحاصة^(١).

ذهب البعض^(٢) - في هذا الصدد - إلى أن شركة المساهمة المبسطة تُعد من شركات الأشخاص، ويعزى ذلك إلى ما يتمتع به أعضاؤها من حرية واسعة في تنظيمها وتسيير شئونها، حيث لا يلتزموا بطريقة محددة في الإدارة، كما هو الحال في شركة المساهمة التي تحاط إدارتها بقواعد أمر لا يجوز الاتفاق على مخالفة أحكامها. كما أنه لا محل لوجود للجمعيات العامة فيها العادية أو غير العادية، والأغلبية المحددة في الحضور واتخاذ القرارات على النحو المعمول به في الشركة المساهمة؛ إذ إن ذلك يتم تحديده من جانب المساهمين في الشركة، بل ويشترط لصحة بعض القرارات ضرورة الحصول على إجماع المساهمين، كل ذلك يجعلها مقاربة من شركات الأشخاص، إضافة لذلك فقد أجازت بعض التشريعات التي أخذت بها، للمساهمين إمكانية حظر تداول الأسهم لمدة معينة، وبالمقابل إمكانية إبعاد أحد الأعضاء عن الشركة من خلال إجباره على التنازل عن حصته في الشركة. وخلص إلى أن هذه الأمور كافة تستهدف الاعتبار الشخصي، ولا وجود لها بشركة المساهمة.

بيد أن البعض وبحق - في إطار انتقاد ما ذهب إليه البعض من اعتبار شركة المساهمة المبسطة من قبيل شركات الأشخاص - لا يؤيد ما ذهب إليه؛ إذ إنه استند على المبررات الآتية^(٣):

١. لا يُعد مبدأ سلطان الإرادة وقوته معياراً معتمداً للقول بوجود الاعتبار الشخصي من عدمه، حيث إن هناك الكثير من الأمور في شركة المساهمة يترك أمر تنظيمها للشركاء أنفسهم يتفقون عليها سواء أكان هذا الاتفاق في النظام الأساسي أو أثناء المداولات في الجمعيات العامة، وأما مسألة إحاطة شركة المساهمة بنصوص أمر، وعدم ترك تنظيم ذلك للشركاء، فإن ذلك يكون من أجل ضبط ومراقبة أعمال هذه الشركة، وخوفاً من تقول كبار المساهمين فيها صغارهم.

٢. وجود جمعيات عامة أو عدم وجودها لا يُعد - أيضاً - معياراً صالحاً للتمييز بين شركات الأشخاص وشركات الأموال؛ وذلك لأن المساهمين يحلون محل الجمعيات في الشركة المبسطة،

(١) د. عاشور عبد الجواد عبد الحميد، مرجع سابق، ص ١٢ - ١٣.

(٢) د. عبد الرحمن بن نبيل الصالح، شركة المساهمة المبسطة (دراسة تحليلية مقارنة)، بحث منشور في مجلة الحقوق - الكويت، ٢٠٢١، ص ٢١ وما بعدها.

(٣) د. عدنان بن صالح العمر، مرجع سابق، ص ٢٦٢ وما بعدها.

ويقومون بممارسات اختصاصاتها وصلاحياتها، وأما مسألة الأغلبية في الحضور واتخاذ القرارات فهي موجودة في شركة المساهمة المبسطة، ويتم تحديدها من قبل المساهمين أنفسهم، كما أن اتخاذ بعض القرارات بالإجماع لا يُعد دليلاً على قوة الاعتبار الشخصي، فحتى شركة المساهمة يشترط لصحة بعض القرارات الصادرة عن الجمعية العامة ضرورة الحصول على أغلبية قريبة من الإجماع^(١).

٣. وأما مسألة حظر التصرف بأسهم الشركة لمدة معينة فهو لا يدل على وجود الاعتبار الشخصي؛ إذ إن هذا الحظر هو مؤقت لمدة معينة من أجل استقرار الشركة وأسهمها في الأسواق المالية^(٢).

٤. فإذا كانت بعض التشريعات قد نصت على عدم جواز طرح أسهم الشركة المبسطة للاكتتاب من خلال الجمهور، فإن بعض التشريعات أجازت ذلك؛ كالنظام السعودي، حيث أجاز إمكانية طرح أسهمها للاكتتاب العام، وتداولها من خلال السوق المالية، إضافة لاستخدامه مصطلح "المساهم" بدلاً من "الشريك" للدلالة على أن هذه الشركة تصدر أسهمًا لا حصصًا، وبالتالي لا يمكن الاعتماد على خصوصية الأحكام المتعلقة بهذه الشركة لاختلافها من قانون لآخر.

ثانيًا: شركة المساهمة المبسطة من شركات الأموال

ذهب جانب من الفقه - في إطار بعض العبارات أمعن في المضمون والدلالة في هذا الشأن - إلى أن شركات الأموال Sociétés de capitaux تظهر فيها بصمات الاعتبار المالي ابتداءً من تكوين الشركة، مرورًا بحياتها، وانتهاءً بانقضائها؛ إذ إن الحصول على رأس المال اللازم لقيام الشركة يتم، في الغالب الأعم، بدعوة الجمهور للاكتتاب في رأس المال مما يدل على أن العبرة هي بقيمة المساهمة المالية وليس بنوعية الشريك الذي قدمها. وأثناء حياة الشركة لا يظل الشريك أسيرًا لها، بل يستطيع التحرر منها بتداول أسهمه فيها أو التنازل عنها بطريقة سهلة وسريعة وبمبسطة بعيدة عن تعقيدات حوالة الحق المدنية. وهذا يعنى أن ظاهرة تجدد المساهمين وتغييرهم لا تأثير لها على الشركة مما يقطع بضعف الاعتبار الشخصي في هذه الطائفة من الشركات وسيادة الاعتبار المالي فيها. وخلص إلى أنه بسبب توارى الاعتبار الشخصي وهيمنة الاعتبار المالي، أصبحت شركات الأموال الأداة المثلى للتقدم في العصر الحديث لقدرتها الفائقة على جمع رؤوس الأموال اللازمة للنهوض بالمشروعات الاقتصادية الضخمة والعملاقة التي يعجز أممها الأفراد وشركات الأشخاص

(١) تنص المادة (الثالثة والتسعون) من النظام الفقرة الرابعة من المادة على أن:

٤- تصدر قرارات الجمعية العامة غير العادية بموافقة (ثلثي) حقوق التصويت الممثلة في الاجتماع، إلا إذا كان القرار متعلقًا بزيادة رأس المال أو تخفيضه أو بإطالة مدة الشركة أو بحلها قبل انقضاء المدة المحددة في نظامها الأساسي أو باندماجها مع شركة أخرى أو تقسيمها إلى شركتين أو أكثر، فلا يكون صحيحًا إلا إذا صدر بموافقة (ثلاثة أرباع) حقوق التصويت الممثلة في الاجتماع ..

(٢) تنص المادة (الحادية والخمسون بعد المائة) والمعنونة: "قيود التصرف في الأسهم" من النظام على أنه:

"يجوز أن ينص في نظام الشركة الأساسي على قيود على التصرف في الأسهم تتعلق بالآتي:

حظر التصرف فيها لمدة لا تتجاوز (عشر) سنوات من تاريخ إصدارها، ويجوز تمديد هذه المدة بإجماع المساهمين؛

اشتراط موافقة الشركة أو المساهمين قبل التصرف فيها. ويُعد باطلاً كل تصرف في الأسهم يقع بالمخالفة لتلك القيود .."

بإمكاناتها المتواضعة^(١). وقد ذهب رأى - في إطار ما تقدم - إلى اعتبار شركة المساهمة المبسطة من شركات الأموال، وذلك لمجموعة من الاعتبارات القانونية التي تتمثل في الآتي^(٢):

١. حمل اسم الشركة مصطلح "المساهمة"، وهذا فيه دلالة واضحة على أنها شكل من أشكال شركات المساهمة. ويمكن - بالتالي - القول إن هناك شركات مساهمة احاطتها التشريعات بقواعد قانونية أمره في مراحلها المختلفة (التأسيس، الإدارة، الرقابة، الهيئات العامة فيها، والنصاب والأغلبية المطلوبة لاتخاذ القرارات وغير ذلك)، وهناك شركات مساهمة بسيطة في إنشائها وإدارتها ورقابتها، واتخاذ القرارات فيها، وقوة مبدأ سلطان الإرادة فيها.

٢. أحالت التشريعات التي تبنت هذا النوع من الشركات فيما لا يوجد لها أحكام خاصة لأحكام شركة المساهمة، على شرط عدم تعارض هذه الأحكام مع الأحكام الخاصة لها. وهذا يدل أيضاً على تشابه هذه الشركة مع شركة المساهمة في كثير من أحكامها، وإلا لما كان المنظم السعودي قد أحال إلى الشركة الأخيرة، وفي هذا دلالة أيضاً على اعتبارها من شركات الأموال.

٣. تخضع شركة المساهمة المبسطة لمبدأ تحديد المسؤولية، حيث لا يسأل المساهمون فيها إلا بمقدار مساهمتهم في رأس مال الشركة، حتى ولو كانت الشركة مملوكة لشخص واحد^(٣). ومما لا شك فيه أن هذا معيار جوهري للتمييز بين شركات الأموال وشركات الأشخاص، حيث تكون مسؤولية الشريك في شركات الأشخاص، وتحديدًا الشريك المتضامن مسئولية مطلقة بجميع أمواله عن ديون الشركة والتزاماتها، على خلاف المساهم في شركات الأموال والذي لا يسأل إلا بمقدار مساهمته في رأس مالها.

٤. كما أن التشريعات التي أخذت بهذا النوع من التشريعات، ومنها نظام الشركات السعودي لم تُجر تقديم حصة عمل في رأس مال شركة المساهمة المبسطة، وإنما يقتصر رأسمالها على الحصص النقدية والعينية فقط، وتكون الأسهم قابلة للتداول في الأسواق المالية، ويسري عليها ما يسري على الشركة المساهمة؛ لأن خاصية التداول لصيقة بالأسهم. وذلك على خلاف شركات الأشخاص التي يجوز فيها إضافة للحصص النقدية والعينية تقديم حصص عمل، ولا يجوز تداول حصصها بالأسواق المالية، وإنما من خلال إجراءات خاصة بها.

ويمكن القول - في ضوء ما تقدم بيانه - أن شركة المساهمة المبسطة تُعد من شركات الأموال، حيث يظهر فيها جانب الاعتبار المالي بشكل واضح، ولا وجود للاعتبار الشخصي في هذه الشركة.

(١) د. محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص ١٥٣.

(٢) د. أحمد شكري السباعي، الوسيط في الشركات والمجموعات ذات النفع الاقتصادي، الجزء (٥)، دار المعرفة الطبعة الأولى، دون ذكر تاريخ للنشر، ص ٢٠.

(٣) تنص المادة (الثالثة عشرة) من النظام السعودي للشركات على أن:

يجوز أن تكون حصة الشريك أو المساهم نقدية أو عينية أو الائتني معاً =

= ب- فيما عدا شركتي المساهمة والمساهمة المبسطة، يجوز أن تكون حصة الشريك عملاً مقابل نسبة في الأرباح يحدد عقد تأسيس الشركة مقدارها، ولا يجوز أن تكون حصته ماله من سمعة ونفوذ".

ثالثاً: مدى اعتبار شركة المساهمة المبسطة من الشركات المختلطة

ذهب جانب من الفقه إلى أن توارى الاعتبار الشخصي في شركات الأموال لا يعني بحال من الأحوال غيابه تماماً، بل يعني ضعف دوره مقارناً بالدور الذي يضطلع به الاعتبار المالي فيها، فلا يوجد إذاً ما يمنع من وجود الاعتبارين معاً في هذه الشركات، وخير دليل ذلك شركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة، وهى من شركات الأموال، حيث يتعايش فيها الاعتباران معاً ويتركان بنسب متفاوتة بصماتهما على هذين الشكلين من أشكال شركات الأموال^(١).

وما ذهب إليه ذلك الفقه هو الذي حدا بالبعض إلى القول بأن شركة المساهمة المبسطة ذات طبيعة مختلطة؛ إذ ذهب في تبرير ذلك إلى أن تلك الشركة تجمع عنصرين^(٢):
الأول: هو الاتجاه التعاقدى، ويعني أن الشركة بمثابة عقد يشترط لإبرامه وصحته ما يشترط في سائر العقود من رضا ومحل وسبب وأهلية قادرة على مباشرة التصرف.

الثاني: هو الاتجاه المتعلق بالتنظيم القانوني الذي ينصرف إلى كون الشركة باعتبارها شكلاً وقائلاً حدد القانون أحكامه المنظمة له، ويقتصر دور الأفراد بقبول القالب وفقاً للشكل الذي رسمه القانون أو رفضه، غير أن تدخل المنظم السعودي في تنظيم الشركة لم يقلص من الطبيعة التعاقدية لها؛ إذ إنها كيان لا يقوم إلا بتوافق إرادة الأطراف المنشئين لها ابتداءً، إلا أن نطاق الطبيعة العقدية للشركة تتحدد بمدى نطاق تدخل المشرع في تنظيم الأحكام الخاصة بالشركة، وخلص إلى أن المعيار في تحديد الطبيعة القانونية يرتكز على عنصرين أساسيين:

الأول: هو مسؤولية الشريك عن ديون الشركة.

والثاني: هو حرته في التعاقد،

ففي الشركات التي يكون الشريك مسؤولاً في ماله الشخصي عن ديون الشركة يتضاءل اتجاه التنظيم القانوني فيه، بينما تزداد حرية الشريك العقدية، في المقابل حينما يكون الشريك في الشركة مسؤولاً في مقدار ما قدمه في رأس مال الشركة وحسب، وتتضاءل حرته العقدية إلى مجرد القبول بجملة الأحكام والقواعد المنظمة للشركة. وخلص - بناءً على ما تقدم - إلى أنه لا يمكن اعتبار شركة المساهمة المبسطة شركة من شركات الأموال - كشركة المساهمة - وذلك أن التشريعات التي أخذت بها منحت المساهمين بالشركة قدرًا كبيراً من الحرية في إدارة وتسيير أعمالها، كما أنه يتعذر وصفها - أيضاً - بأنها شركة من شركات الأشخاص لقدرتها على إصدار الصكوك القابلة للتداول، بالإضافة إلى أن مسؤولية المساهم فيها مسؤولية محدودة. لذا؛ خلص - في ضوء ما سبق تبيانه - إلى أن شركة المساهمة المبسطة واحدة من الشركات المختلطة.

(١) د. محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص ١٥٢.

(٢) د. عبد الرحمن بن نبيل الصالح، شركة المساهمة المبسطة (دراسة تحليلية مقارنة، بحث منشور في مجلة الحقوق - جامعة الكويت، ٢٠٢١، ص ٢١ - ٢٢.

كما ذهب البعض الآخر - في هذا الصدد - إلى أن شركة المساهمة المبسطة هي شركة هجينة جمعت ما بين خصائص شركة الأشخاص وخصائص شركة الأموال^(١).

وترى الباحثة إزاء تحديد الطبيعة القانونية لشركة المساهمة المبسطة أنها تدرج في شركات الأموال، مما يعني أن الاعتبار المالي هو المهيمن في تلك الشركة، ولعل الباحثة تستند - في هذا الصدد - على ما جاء بالمادة (الثامنة والثلاثين بعد المائة) من النظام السعودي؛ إذ تنص على أن:

"١- تسري على المساهمة المبسطة فيما لم يرد به نص خاص في هذا الباب، وبما يتفق مع طبيعتها، أحكام شركة المساهمة عدا المواد: (الحادية والستين)، و(الثالثة والستين)، ومن (السابعة والستين) إلى (الحادية والسبعين)، ومن (الرابعة والسبعين) إلى (الثامنة والثمانين)، ومن (التسعين) إلى (الرابعة والتسعين)، و(الخامسة والتسعين/١)، ومن (السادسة والتسعين) إلى (الثامنة والتسعين)، و(المائة) و(الأولى بعد المائة)، و(الحادية عشرة بعد المائة/٢)، و(الحادية والعشرين بعد المائة)، و(الثانية والعشرين بعد المائة).

وتستخلص الباحثة - من سياق الفقرة (١) - سالفه الذكر من المادة (الثامنة والثلاثين بعد المائة) من النظام بعض الاعتبارات القانونية الآتية:

أ. استهلقت الفقرة بالنص على سريان أحكام شركة المساهمة على شركة المساهمة المبسطة. وبمطالعة نظام الشركات السعودي تبين أن المنظم السعودي الباب الرابع لشركة المساهمة وأن نصوص أحكام ذلك الباب تبدأ بالمادة (٥٨) حتى المادة (١٣٧)، وهو ما يعني - بموجب الحساب المبسط - أن هناك (٧٩) مادة تتعلق بكافة الجوانب القانونية لشركة المساهمة هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى، أن الفقرة (١) استخدمت عبارة " ما عدا المواد " مما يُفصح بجلاء أن كافة المواد البالغ عددها (٧٩) مادة لا تسري كلها شركة المساهمة المبسطة، بل استثنى من هذا السريان عددًا من المواد تم ذكرها على نحو صريح وحصري، ويبلغ عددها - بموجب الحساب البسيط - ٣٦ مادة ومن ناحية ثالثة أنه بإجراء طرح ٣٦ مادة من ٧٩ مادة، أي: ٣٦ - ٧٩ = ٤٣ مادة، مما يعني أن أحكام ٤٣ مادة التي تتعلق بشركة المساهمة تسري أحكامها على شركة المساهمة المبسطة، وهذا الأمر يفصح بجلاء مدى هيمنة الاعتبار المالي وظهور بصماته على شركة المساهمة المبسطة، ويرجح بالتأكيد اندراجها في شركات الأموال.

ب. كما استهلقت الفقرة (١) - سالفه الذكر - بعبارة " تسري على المساهمة المبسطة فيما لم يرد به نص خاص في هذا الباب، وبما يتفق مع طبيعتها... ". ويُستخلص من سياق العبارة - أنفة الذكر - الآتي:

- إن عبارة " تسري على المساهمة المبسطة فيما لم يرد به نص خاص في هذا الباب، وبما يتفق مع طبيعتها " ويُستخلص من ذلك: في هذا الباب، وهو ينصرف إلى الباب الخامس المعنون " شركة

(١) خالد أحزبيل، الطبيعة القانونية لشركة المساهمة المبسطة في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم نهاية التكوين في سلك الماستر الأساسي قانون الأعمال، جامعة ابن زهر أكادير، ٢٠١٧، ص ٢٧.

المساهمة المبسطة" وهذا الباب يبدأ بالمادة (١٣٨) حتى المادة (١٥٥) وتعتبر بمثابة نص خاص، بينما تعتبر (٧٩) مادة والمتعلقة بشركة المساهمة بمثابة نص عام، وطبقاً لما هو مسلم به ومستقر عليه قانوناً أن النص الخاص يقيد النص العام هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، أنه يتعين على النص العام أن يراعى طبيعة شركة المساهمة المبسطة، وهذا هو المستفاد من عبارة "... وبما يتفق مع طبيعتها". لذا، فإن الباحثة - في ضوء ما سبق تبيانه - تشاطر ما ذهب إليه البعض إلى أن شركة المساهمة المبسطة تُعد ضرة لشركة المساهمة تناقضها وتُغري عشاقها^(١).

المبحث الثاني الأحكام القانونية لشركة المساهمة المبسطة

يتم تناول موضوع هذا المبحث بقدر من التحليل والتأصيل والتعقيب إن كان له مقتض، وذلك من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول تأسيس الشركة المساهمة المبسطة وتكوين رأس مالها الفرع الأول: تأسيس الشركة المساهمة المبسطة^(٢)

تبدأ شركة المساهمة المبسطة كفكرة تجول بخاطر بعض رجال الأعمال، فيقومون بدراستها من كافة الجوانب حتى إذا ما اقتنعوا بجدواها سعوا إلى تحويلها إلى حقيقة ملموسة عن طريق اتخاذ الإجراءات اللازمة لتأسيسها، لذا، يطبق على شركة المساهمة المبسطة الأحكام العامة التي تطبق على باقي الشركات من حيث تأسيسها، حيث يجب على مؤسسي الشركة Fondateurs استيفاء بيانات يجب اشتغالها بنظام الشركة الأساس، وكذلك يجب أن يرفق بالنظام الأساس عند تقديم طلب تأسيس الشركة بيانات معينة.

أولاً: بيانات نظام الشركة الأساس

وقد أوجبت الفقرة (١) من المادة (١٤٠) من النظام أن يشتمل النظام الأساسي لشركة المساهمة المبسطة بصفة خاصة على البيانات الآتية:

اسم الشركة؛ ب- المركز الرئيسي للشركة؛ ج- غرض الشركة؛

د- رأس مال الشركة المصرح به - إن وجد - والمصدر والمدفوع فيه^(٣)؛

(١) د. ليلي فتح، شركة المساهمة المبسطة في التشريع المغربي والمقارن، رسالة دكتوراه في القانون الخاص مقدمة لكلية عين الشق - جامعة الحسن الثاني، ٢٠٠٦، ص ٢٩.

(٢) يراعى أن المنظم السعودي خصص الفصل الثاني المعنون "تأسيس شركة المساهمة المبسطة، وذلك الفصل يشتمل على المادتين (١٤٠) و (١٤١) من النظام. وهو ما يحرص المطلب الأول على التطرق إليهما.

(٣) انظر ما سبق تناوله عن المقصود رأس المال المصدر، ورأس المال المدفوع فيه.

- هـ- عدد الأسهم، وأنواعها وفئاتها إن وجدت، والقيمة الاسمية، والحقوق المتصلة بكل نوع أو فئة؛
- و- مدة الشركة، إن وجدت؛ ز- إدارة الشركة والأحكام الخاصة بذلك؛
- ح- التنازل عن الأسهم؛ ط- اجتماعات المساهمين، والنصاب اللازم لصحتها؛
- ى- قرارات المساهمين، والنصاب اللازم لصحتها؛ ك- تاريخ بدء السنة المالية وانتهائها؛
- ل- أي أحكام أو شروط أو بيانات أخرى يتفق المؤسسون أو المساهمون على تضمينها في نظام الشركة الأساس ولا تتعارض مع أحكام النظام.
- وتقيد الفقرة الفرعية (ل) - سالفه الذكر - أن المؤسسين والمساهمين ليسوا أحراراً في كتابة النظام الأساسي للشركة بالكيفية التي تروق لهم، بل يتعين عليهم تحريره على نحو يستوفي البيانات التي عدتها الفقرة (١) هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، جاء بالفقرة الفرعية (ل) - سالفه الذكر - ما نصه " أي أحكام أو شروط أو بيانات أخرى يتفق المؤسسون أو المساهمون على تضمينها في نظام الشركة الأساس ولا تتعارض مع أحكام النظام " وتستخلص الباحثة ما جاء بالفقرة الفرعية (ل) الآتي:
١. إن عبارة " أي أحكام أو شروط أو بيانات أخرى... " تُفصح بجلاء أن البيانات المنصوص في الفقرات الفرعية - سالفه الذكر - لم ترد على سبيل الحصر.
٢. أنه يجب على المؤسسين والمساهمين ضرورة مراعاة البيانات التي يتضمنها نظام الشركة الأساس ألا تتعارض مع أحكام النظام.
٣. إن عدم مطابقة البيانات التي يتضمنها نظام الشركة الأساس يُعتبر من الأسباب التي تخول الجهة المختصة بالشركات الحق في الاعتراض على تأسيس الشركة المساهمة المبسطة.
- ثانياً: البيانات الواجب إرفاقها بالنظام الأساسي عند تقديم طلب تأسيس شركة المساهمة المبسطة**
- أشارت إلى تلك البيانات الفقرة (٢) من المادة (١٤٠) من النظام؛ إذ تنص على أنه:
- "٢- يجب أن يرفق بالنظام بالأساس عند تقديم طلب تأسيس الشركة الآتي:
- أ. أسماء المؤسسين، وعناوينهم، وجنسياتهم.
- ب. بيان عن الأعمال والنفقات المتوقعة لتأسيس الشركة.
- ج. إقرار المؤسسين بالاكتتاب بكل أسهم الشركة، وقيمة المدفوع منها.
- د. شهادة إيداع القدر المدفوع من رأس المال المصدر لدى أحد البنوك المرخص لها في المملكة.
- هـ. قرار عن المؤسسين بتعيين رئيس الشركة أو مديرها أو مجلس إدارتها، بحسب الأحوال، متضمناً أسماءهم وجنسياتهم، وعناوينهم، وتواريخ ميلادهم.
- و. إقرار المؤسسين بالالتزام بجميع متطلبات النظام ذات الصلة بتأسيس الشركة.
- ز. بيان أو تقرير مُعد من مقيم معتمد أو أكثر يُبين فيه القيمة العادلة للحصص العينية (إن وجدت)، وإقرار من باقي المؤسسين بالموافقة على المقابل المحدد لها.

تنص المادة (السادسة) من النظام على أن:

" ١- يُعد مؤسسًا كل من اشترك فعليًا في تأسيس الشركة ومساهم في رأس مالها بحصة نقدية أو عينية" مفاد الفقرة (١) - سألفة الذكر - أن المنظم السعودي أقام قرينة قانونية قاطعة مؤداها أن " يُعتبر مؤسسًا على وجه الخصوص كل من اشترك على نحو فعلي ليس في تأسيس الشركة فحسب، بل مساهم في رأس مالها بحصة نقدية أو عينية.

ولا شك أن الاشتراك الفعلي في تأسيس الشركة والمساهمة في رأسمالها تكمن حكمته - طبقًا لما ذهب إليه جانب من الفقه - في توفير أقصى الضمانات لجمهور المدخرين الذين يكتتبون في أسهم رأس مال هذا الشكل من الشركات، ودرءًا لكل تحايل قد يلجأ إليه المؤسسون الفعليون للشركة بقصد الإفلات من المسؤولية الناجمة عن عملية التأسيس - عن طريق تسخير أشخاص لا حول لهم ولا قوة^(١) - ومن ثم، فإن صفة المؤسس - طبقًا للفقرة (١) - مرصودة إذا لكل شخص اشترك فعليًا في تأسيس الشركة وساهم في رأس مالها بحصة نقدية أو عينية، وعلى ذلك، لا يصدق هذا الوصف على الأشخاص الذين يروجون لمشروع الشركة ويقومون بعمل الدعاية اللازمة له، ولا على أولئك الذين يقتصر عملهم على مجرد إقناع الغير بالاكتتاب في أسهم الشركة.

ثالثًا: تأسيس شركة المساهمة المبسطة من شخص واحد

تنص المادة (الخمسون بعد المائة) والمعنونة "شركة المساهمة المبسطة من شخص واحد" من النظام على أنه:

" في حال تأسيس شركة المساهمة المبسطة من شخص واحد، أو إذا آلت جميع أسهمها إلى شخص واحد، يترتب ما يأتي:

أ. اقتصار مسؤولية هذا الشخص على ما خصصه من مال ليكون رأس مال للشركة.

ب. أن تكون له صلاحيات وسلطات المساهمين المنصوص عليها في هذا الباب، وتصدر قراراته كتابة وتدون في سجل خاص لدى الشركة".

ويستخلص من سياق نص المادة (١٥٠) من النظام الآتي:

لم يكتف المنظم السعودي باستحداث شركة المساهمة المبسطة، إنما سبق له أن استحدث شركة الشخص الواحد^(٢) بموجب نصوص صريحة في إطار نظام الشركات الملغى^(٣). وقد أجاز المنظم السعودي في إطار نظام الشركات الجديد النفاذ - وطبقًا للمادة (١٥٠) سألفة الذكر - تأسيس

(١) د. حسام عيسى، الشركات متعددة الجنسيات (دراسة في الأوجه القانونية والاقتصادية للتركز الرأسمالي المعاصر)، المؤسسة العربية للدراسات والنشر - بيروت، ١٩٨٠، ص ٢٢.

(٢) لمزيد من التفصيل - في هذا الصدد - انظر د. مروة محمد محمد عبد الحميد العيسوي، النظام القانوني لشركة الشخص الواحد في نظام الشركات السعودي الجديد (الصادر ١٤٣٧هـ - ٢٠١٥م)، بحث منشور في مجلة الحقوق - جامعة الكويت، مقبول للنشر في ٢٠١٩/٨/٢٠.

(٣) تنص المادة (الثمانون بعد المائتين) من نظام الشركات الجديد على أن " يحل النظام محل نظام الشركات الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣) وتاريخ ١/٢٨/١٤٣٧هـ.

شركة المساهمة المبسطة وقد يكون تأسيس هذه الشركة عن طريق التكوين المباشر، وذلك ابتداءً من شخص واحد، بإرادته المنفردة، منشئاً بذلك شخصاً اعتبارياً جديداً منفصلاً ومتميزاً عن شخصيته، ويكون مالكاً لجميع أسهمها ورأس مالها، وقد تنشأ شركة المساهمة المبسطة من شخص واحد بطريق غير مباشر، ولا يكون ذلك عند تأسيس الشركة، وإنما يكون نتيجة اجتماع جميع أسهم الشركة في يد شخص واحد بعد أن كانت في حيازة عدد من المساهمين في الشركة.

ويترتب على ملكية الشركة المساهمة المبسطة من شخص واحد، سواء أكان ذلك بطريق مباشر أو غير مباشر، اقتصار مسئولية مالكاها - طبقاً للمادة (١٥٠/أ) سالف الذكر - على ما له من أسهم في رأس مال الشركة.

وتكون له - طبقاً للمادة (١٥٠/ب) - صلاحيات وسلطات المساهمين، وتصدر قراراته كتابة وتدون في سجل خاص لدى الشركة.

ولا شك أن تأسيس شركة المساهمة المبسطة عن طريقة التكوين غير المباشر - سالف الذكر - تفصح عن نهج صائب للمنظم السعودي؛ إذ بدلاً من انقضاء الشركة وزوالها مما يكون له مردود سلبي متمثل على وجه الخصوص تسريح العمالة، لذا؛ أجاز المنظم في هذه الحالة بقاء الشركة كشخصية اعتبارية في حال خروج جميع المساهمين وبقاء مساهم واحد فيها، لما في ذلك من مردود إيجابي في انتعاش الحياة الاقتصادية والتجارية.

الفرع الثاني: رأس مال شركة المساهمة المبسطة

يتم تناول موضوع الفرع الثاني من خلال الجوانب الآتية:

أولاً: نظام الشركة الأساس إزاء تحديد رأس مال شركة المساهمة المبسطة

تنص المادة التاسعة والثلاثون بعد المائة على أن:

"١- يحدد في نظام الشركة الأساس مقدار رأس مالها المصدر وقيمة المدفوع منه، ويجوز أن يُنص فيه على أن يكون لها رأس مال مصرح به.

١. لا يسري متطلب الحد الأدنى لرأس المال المقرر لشركة المساهمة على شركة المساهمة المبسطة".

٢. ويُستخلص مما جاء بالفقرتين (١) و(٢) - سالف الذكر - الآتي:

آ. ورد بنظام الشركات السعودي استثناءً لشركة المساهمة المبسطة من ناحية رأس المال بالرغم من إحالة أحكام هذه الشركة - طبقاً لما سبق بيانه - إلى شركة المساهمة، وهو أن رأس المال المصدر والمدفوع منه^(١) يُحدد - طبقاً للفقرة (١) - في النظام الأساس للشركة، ويجوز أن يُنص فيه على أن يكون لها رأس مال مصرح به، وهذا يعني أن النظام منح للمساهمين بشركة المساهمة المبسطة

(١) انظر إلى ما سبق تناوله عن المقصود بـ "رأس مال المصدر"، رأس المال والمدفوع منه.

الحرية بوضع رأس المال المصدر والمدفوع منه عند التأسيس باشتراط تحديده في نظام الشركة الأساس.

ب. كما جاء بالفقرة (٢) ما نصه " لا يسري متطلب الحد الأدنى لرأس المال المقرر لشركة المساهمة على شركة المساهمة المبسطة"؛ إذ تنص المادة (التاسعة والخمسون) من النظام - في إطار بيان متطلب الحد الأدنى لرأس المال المقرر لشركة المساهمة - على أنه " يجب ألا يقل رأس مال شركة المساهمة المصدر عن (خمسمائة ألف) ريال، ويجب ألا يقل المدفوع منه عند التأسيس عن (الربع)"، ويعني ذلك أن ما جاء بالمادة (التاسعة والخمسين) أو بعبارة أدق أن هذا المتطلب المتعلق بالحد الأدنى لرأس المال لا يسري - طبقاً للفقرة (٢) - على شركة المساهمة المبسطة، مما يمثل استثناءً من عدم سريان أحكام شركة المساهمة على شركة المساهمة المبسطة، مما يؤكد أن الأخيرة تتميز عن الأولى.

رابعاً: الأوراق المالية التي تصدرها الشركة المساهمة المبسطة

تنص المادة (الأربعون بعد المائة) من نظام الشركة على أن:

" ١- يجب أن يشمل النظام الأساس لشركة المساهمة المبسطة بصفة خاصة على الآج-ج...،

د-...

هـ- عدد الأسهم، وأنواعها وفئاتها إن وجدت، والقيمة الاسمية، والحقوق المتصلة بكل نوع أو فئة...".
ومن ثم، فإن مفاد نص الفقرة الفرعية (هـ) أوجب أن يتضمن نظام لشركة الأساس بياناً بعدد الأسهم، وأنواعها وفئاتها، والقيمة الاسمية للسهم، والحقوق المتصلة بكل نوع أو فئة، ويسري على أسهم شركة المساهمة المبسطة ما يسري على أسهم شركة الأسهم، ويستثنى من ذلك القيود التي يجوز لهيئة سوق المال إيرادها على حرية تداول الأسهم، وكذلك الإلزام بالتنازل عن الأسهم، وهو ما يتم تناولهما في البندين التاليين:

البند الأول: قيود التصرف في الأسهم

تنص المادة (الحادية والخمسون بعد المائة) المعنونة "قيود التصرف في الأسهم" على أنه:

" يجوز أن يُنص في نظام الشركة الأساس على قيود على التصرف في الأسهم تتعلق بالآتي:

أ. حظر التصرف فيها لمدة لا تتجاوز (عشر) سنوات من تاريخ إصدارها، ويجوز تمديد هذه المدة بإجماع المساهمين.

ب. اشتراط موافقة الشركة أو المساهمين قبل التصرف فيها.

ويُعد باطلاً كل تصرف في الأسهم يقع بالمخالفة لتلك القيود". ويستخلص من سياق نص المادة (١٥١) الآتي:

أجازت هذه المادة وضع قيود - مصدرها نظام الشركة - على التصرف في الأسهم، وذلك على النحو المنصوص عليه بالبندين (أ) و(ب) - سالف الذكر - وترى الباحثة - في ضوء المادة

(١٥١) - أن حرية تداول الأسهم ليست مطلقة، بل يمكن أن يرد عليها بعض القيود على النحو المنصوص بالبندين (أ) و (ب) شريطة ألا تؤدي إلى حرمان المساهم من حق التنازل عن أسهمه، هذا من ناحية.

٢. ومن ناحية أخرى، أنه يمكن أن ينص في النظام الأساس على حظر تداول بعض الأسهم دون البعض الآخر أو فئة منها، أو منع التصرف فيها إلى الغير أو للغير والمساهمين، وفي هذه الحالة التي يشتمل فيها نظام شركة الأساس على حظر التصرف بأسهم الشركة، فإن ذلك يشكل التزاماً يقع على كاهل المساهمين قاطبة، ويتعين عليهم - بالتالي - الانصياع إليه.

٣. ومن ناحية ثالثة، يُعد كل تصرف في الأسهم يقع بالمخالفة لتلك القيود يؤدي إلى بطلان التصرف وليس إغائه^(١).

٤. ومن ناحية رابعة، وقد اشترط المنظم السعودي - وطبقاً للفقرة أ- لصحة حظر التصرف في الأسهم مدة لا تتجاوز (عشر) سنوات من تاريخ إصدارها، ويجوز تمديد هذه المدة بإجماع المساهمين" وترى الباحثة أن ما جاء بالشرط الأخير من الفقرة (أ) "... ويجوز تمديد هذه المدة بإجماع المساهمين" يُفصح بجلاء بأن المنظم السعودي لا يحيد تمديد هذه المدة، وهذا مستفاد بأن تمديد هذه المدة مرهون بإجماع المساهمين، ولا شك أن اشتراط صدور القرار في هذا الشأن بإجماع المساهمين يُعد من قبيل التشديد في التصويت.

البند الثاني: الإلزام بالتنازل عن الأسهم

تُص المادة (الثانية والخمسون بعد المائة) من النظام على أنه: "يجوز أن ينص في نظام الشركة الأساس على شروط إلزام أحد المساهمين بالتنازل عن أسهمه، ويقدر ثمن شراء الأسهم وفقاً للقيمة العادلة، ما لم ينص نظام الشركة الأساس على غير ذلك، ويجوز أن ينص في نظم الشركة الأساس على تعليق الحقوق المتصلة بأسهم ذلك المساهم - فيما عدا الحقوق المالية - إلى حين تنازله عنها".

يجوز - طبقاً لنص المادة (١٥٢) سالفه الذكر - أن ينص نظام الشركة الأساس على شروط إلزام أحد المساهمين بالتنازل عن أسهمه في حالة تحقق الأسباب والشروط التي توجب ذلك:

كحالة وجود خلافات بين المساهمين، أو ارتكاب أحد المساهمين مخالفات تضر بمصلحة الشركة، أو ممارسة أنشطة غير مشروعة أو سوء في الإدارة أو غير ذلك من الأسباب التي يتفق المساهمون على تضمينها النظام الأساس للشركة، ويستطيع شراء الأسهم وفقاً للقيمة العادلة ما لم ينص نظام

(١) التصرف الباطل هو تصرف انعقد معيماً منذ البداية، وبالتالي فإنه تعدم آثاره القانونية ولا سيما بالنسبة للماضي. أما الإلغاء فهو على العكس من ذلك حق يقرره المشرع للمتعاقدين مراعاة منه لاعتبارات معينة، وبموجبه يكون لهذا المتعاقد أن ينهي التصرف القانوني، أي: بوقف آثاره بالنسبة للمستقبل فقط، دون مساس بما يكون التصرف قد أنتجه بالفعل من آثار قبل ممارسة حق الإلغاء. لمزيد من التفصيل - في هذا الصدد - انظر د. ياسر أحمد كامل الصيرفي - أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق جامعة القاهرة - إلغاء التصرف القانوني، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، يشتمل على ٢٧٩ صفحة.

الشركة الأساسي على غير ذلك.

وفي حالة عدم تنازل المساهم عن أسهمه عند تحقق أحد الأسباب التي توجب ذلك في نظام الشركة الأساس أو تأخره في التنازل، فقد أجاز - الشطر الأخير من المادة (١٥٢) سالف الذكر - تعليق الحقوق غير المالية المتصلة بأسهم ذلك المساهم، إلى حين تنازله عنها، كالحق في حضور اجتماع المساهمين والتصويت والاطلاع على وثائق الشركة، بيد أنه يبقى له الحق في اقتضاء الحقوق المالية المترتبة له: كالحق في الأرباح وفائض التصفية والاحتياطي وغيرها من الحقوق المالية الأخرى. وترى الباحثة - في هذا الصدد - أنه في حالة إصرار المساهم على عدم التنازل والخشية من إحداث شقاق بين المساهمين مما يؤثر بالسلب على مصلحة الشركة؛ لذا، كان من الأصوب أن ينص نظام الشركة الأساس على تعليق الحقوق المتصلة بالأسهم فيما عدا الحقوق المالية ابتداءً، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، أنه في حالة إصرار المساهم وتعمته ضد مصلحة الشركة، فعندئذ يمتد نطاق التعليق ليشمل حقوقه المالية على نحو تدريجي حتى يفيد من جراء ذلك التعنت، لذا، توصي الباحثة - في ضوء ما سبق - المنظم السعودي على إجراء تعديل نظامي يعالج استدراك هذا القصور إزاء التعنت غير المبرر لذلك المساهم.

خامساً: الحصص العينية *Apports en Nature*

وقد تكون الحصص شيئاً آخر غير النقود، كأن يتعهد المساهم بتقديم عقار كقطعة أرض أو مبنى، أو منقول مادي كالآلات والمهمات والبضائع، أو منقول معنوي كبراءة اختراع أو علامة تجارية... إلخ. وهذه الحصص مثار صعوبات خاصة من حيث قيمتها؛ إذ قد يتجه أحياناً مقدمها إلى المبالغة في تقدير هذه القيمة مما يعود بالضرر على دائني الشركة وعلى أصحاب الحصص النقدية، لأنهم سيحوزون على عدد من الأصوات وعلى نصيب من الأرباح أقل من ذلك الذي سيحوزه أصحاب الحصص العينية. ومن منظور الطبيعة الخاصة للشركة المساهمة المبسطة وإمكانية تأسيسها من رأس مال متدن، وعدم رغبة المنظم تحميل الشركة نفقات إضافية قد تضعف من رأس مالها، فإن المنظم السعودي - طبقاً للمادة (١/١٤١) من النظام - لم يوجب في حال تقديم حصص عينية عند تأسيس الشركة أو عند زيادة رأس مالها، تقييمها من مقيم معتمد إذا كان مجموع الحصص العينية لا يتجاوز قيمتها نصف رأس مال الشركة، ما لم يتفق المؤسسون أو المساهمون على غير ذلك. وأما إذا تجاوزت قيمة الحصص العينية عند تأسيس الشركة أو زيادة رأس مالها نصف رأس مالها، فإن المنظم السعودي - وطبقاً للمادة (٢/١٤١) - أوجب تقييمها من مقيم معتمد^(١) أو أكثر، ويجب

(١) جاء بالمادة (الأولى) المعنونة: التعريفات^{١١} من اللائحة التنفيذية ما نصه:

"١- يكون للكلمات والعبارات الواردة في هذه اللائحة المعاني الموضحة أمام كل منها في المادة (الأولى) من نظام الشركات، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٣٢) وتاريخ ١٢/١٢/١٤٤٣هـ.

٢- يقصد بالكلمات والعبارات الآتية - أينما وردت في هذه اللائحة - المعاني الموضحة أمام كل منها، ما لم يقتض السياق غير ذلك: المقيم المعتمد: شخص ذو صفة طبيعية أو اعتبارية مرخص له وفقاً لنظام المقيمين المعتمدين، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٣) بتاريخ ١٤٣٣/٧/٩م^{١١}.

أن يُعد المقيم تقريراً يبين فيه القيمة العادلة لهذه الحصص، ويعرض ذلك التقرير على المؤسسين أو المساهمين للمدولة فيه، ولا يكون لمقدمي الحصص العينية المشاركة في التصويت بشأن التقرير المعد عنها، فإن قرر المؤسسون والمساهمون تخفيض المقابل المحدد للحصص العينية، وجب - طبقاً للشطر الأخير من الفقرة (٢) من المادة (١٤١) من النظام - الحصول على موافقة مقدمي تلك الحصص على ذلك التخفيض.

يشترط - طبقاً للفقرة (٣) من المادة (١٤١) من النظام - ألا تتجاوز المدة ما بين إصدار تقرير المقيم المعتمد بتقرير القيمة العادلة العينية، وإصدار الأسهم مقابل تلك الحصص، المدة التي تحددها اللوائح وقد تم تحديدها بستة أشهر^(١) سادساً: مدى الاعتداد بحصة العمل عند تأسيس شركة المساهمة المبسطة أو عند زيادة رأس مالها

ذهب جانب من الفقه إلى أن حصة العمل يقصد بها كل ما يملك الشريك تقديمه للشركة من أعمال وخبرات جادة ونافعة تنتفع بها الشركة في نشاطها وتدخل في تحقيق أغراضها، وذلك عوضاً عن الحصة النقدية أو العينية^(٢).

أما فيما يتعلق بمدى الاعتداد بحصة العمل في إطار شركة المساهمة المبسطة؛ فإن الإجابة على ذلك التساؤل تكون من خلال المادة (الثالثة عشرة من النظام) والمعنونة "حصة الشريك أو المساهم"؛ إذ تنص على أنه: "يجوز أن تكون حصة الشريك أو المساهم نقدية أو عينية، أو الاثنین معاً.

- فيما عدا شركتي المساهمة والمساهمة المبسطة، يجوز أن تكون حصة الشريك عملاً مقابل نسبة في الأرباح يحدد عقد تأسيس الشركة مقدارها، ولا يجوز أن تكون حصته ما له من سمعة أو نفوذ". تكون الحصص النقدية والحصص العينية وحدها رأس مال الشركة.

يجوز للمؤسسين أو الشركاء أو المساهمين تقديم حصص أو أسهم في رأس مال الشركة إلى شخص مقابل قيامه بعمل أو خدمات تعود على الشركة بالنفع وتحقق أهدافها، وذلك دون إخلال بأحكام النظام".

وتستخلص الباحثة من سياق الفقرات الأربع من المادة (الثالثة عشرة) - سالف الذكر - من النظام بعض الاعتبارات القانونية الآتية:

١. الأصل - طبقاً للفقرة (١) - أن تكون حصة الشريك أو المساهم نقدية أو عينية، أو الاثنین معاً.
٢. استثنى المنظم السعودي - طبقاً للفقرة (٢) - شركة المساهمة وشركة المساهمة المبسطة أن

(١) بمطالعة اللائحة التنفيذية لنظام الشركات تبين أنها تطرقت إلى تحديد هذه المدة؛ إذ تنص المادة (الثالثة) المعنونة "تقرير تقييم الحصص العينية المقدمة في رأس مال الشركة" على أنه "مع مراعاة أحكام تقييم الحصة العينية المنصوص عليها في النظام، يجب ألا تتجاوز المدة من إصدار تقرير المقيم المعتمد بتقدير القيمة العادلة للحصص العينية المقدمة في رأس مال شركة المساهمة وشركة المساهمة المبسطة والشركة ذات المسؤولية المحدودة، إلى إصدار الحصص أو الأسهم المقابلة لها، (سنة) أشهر".

(٢) د. محمد بهجت عبد الله قايد، حصة العمل في الشركة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، ١٩٨٩، ص ١١.

٢. تكون حصة المساهم فيهما عملاً مقابل نسبة في الأرباح^(١) هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، وطبقاً للشطر الأخير من ذات الفقرة - فلا يجوز للشريك أو المساهم أن يقدم ما يتمتع به من نفوذ اجتماعي أو سياسي كحصة أو سهم؛ لأن ذلك - وطبقاً لما قضت محكمة النقض المصرية - يُعد استغلالاً للنفوذ يجافى النظام العام، ويقع في بعض الأحوال تحت طائلة القانون الجنائي، وإذا كان القانون قد أجاز لأحد الشركاء أن يقدم الثقة التجارية التي يتمتع بها كحصة في الشركة، فإنه لا يجوز للشريك أن يقدم كحصة في الشركة نفوذه السياسي أو بطشه وتأثير قوته على الغير^(٢).

تكون الحصص النقدية والحصص العينية وحدها - طبقاً للفقرة (٢) سالف الذكر - رأس مال الشركة، وذهب جانب من الفقه - في إطار إبراز الحكمة من ذلك - إلى أن هذه الحصص هي وحدها الضمان لدائتي الشركة لقبليتها لأن تكون خاضعة للتنفيذ الجبري. أما الحصة بالعمل فلا تدخل في تكوين رأس المال^(٣).

٤. إن حظر الاعتداد بحصة العمل ليس مطلقاً، إذ أجازت الفقرة (٤) سالف الذكر - للمؤسسين أو الشركات أو المساهمين تقديم حصص أو أسهم في رأس مال الشركة إلى شخص مقابل قيامه بعمل أو خدمات تعود على الشركة بالنفع وتحقق أهدافها.

وتقول الباحثة في إطار تفسير ما جاء بالفقرة (٤) سالف الذكر على ما ذهب إليه جانب من الفقه - في إطار بعض العبارات أمعن في المضمون والدلالة - إلى أن العمل الذي يصلح حصة في الشركة يكفى فيه أن يكون عملاً جاداً يعود على الشركة بالنفع، يستوى في ذلك أن يكون هذا العمل فنياً أو إدارياً مادياً أو ذهنياً، ويستوى أيضاً أن يكون مقدمه حائزاً على مؤهلات علمية، أو صاحب خبرة عملية فحسب، فالمهم هو جدية العمل، والفائدة التي من ورائه على الشركة، وليس بنوع العمل فنياً أو مادياً، ما دام هذا العمل مفيداً للشركة في تحقيق غرضها وضرورياً لسيرها ونجاحها^(٤).

٥. كما أن نظام الشركات السعودي لم يعتد بحصة العمل فحسب، بل اعتد بالآثار المترتبة تلك الحصة، وهذا مستفاد من الفقرة الثانية (من المادة الرابعة عشرة) من النظام؛ إذ تُص على أنه:

٦. إذا كانت حصة الشريك عملاً، وجب أن يقوم بالعمل الذي تعهد به، ويكون كل كسب ينتج من هذا العمل من حق الشركة، ولا يجوز له أن يمارس هذا العمل لحسابه الخاص، ومع ذلك، لا يكون ملزماً بأن يقدم إلى الشركة ما حصل عليه من حقوق على الملكية الفكرية الناتجة من هذا العمل، إلا إذا اتفق على ذلك^(٥).

(١) وترى الباحثة أن سبب ذلك يكمن في أن هذه الشركات تعتمد هذه الشركات في النهوض بمشروعاتها على ما يقدمه المساهمون من أموال وقت تأسيس الشركة، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، أن الحصة بالعمل لا تدخل في تكوين رأس مال الشركة؛ لأن رأس مال الشركة - لما سبق ذكره - يجب أن يكون قابلاً لوقوع التنفيذ الجبري عليه باعتباره الضمان العام لدائتي الشركة، والحصة بالعمل لا تتوافر فيها هذه الخصائص لكونها غير قابلة لأن تكون محلاً للتنفيذ الجبري.

(٢) حكم محكمة النقض المصرية جلسة ١٦ أكتوبر ١٩٥٢، مجموعة أحكام النقض السنة (٤)، ص ٢١.

(٣) د. محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص ٣٥.

(٤) د. محمد بهجت عبد الله قايد، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص ٥٢.

وتستخلص الباحثة من سياق الفقرة (٢) - سالفه الذكر - بعض الاعتبارات القانونية الآتية:

أ. إن المنظم السعودي لم يكتف بالاعتداد بحصة العمل فحسب، بل رتب بعض الآثار القانونية المترتبة على حصة العمل، وهي:

- وجوب أن يقوم المساهم بالعمل الذي تعهد به.
- كل ما يتمخض عن ذلك يكون حقاً خالصاً للشركة.
- لا يجوز أن يمارس هذا العمل لحسابه الخاص هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن ما يكون للشركة من حق من أثر حصة العمل، لا يكون بصفة مطلقة، بل قد ورد عليه قيد صريح - بموجب النص - يتمثل في الحقوق المتعلقة بالملكية الفكرية الناتجة من جراء ذلك العمل لا يكون حقاً للشركة، بل صاحب حصة العمل ذات الصلة بالحقوق الملكية الفكرية يستأثر بذلك الحق وحده. وفي إطار تبرير ذلك، ذهب جانب من الفقه إلى أن للمبتكر حق استثناء على نتاج فكرة، فله وحده أن يستعمل اختراعه أو مصنفه الأدبي أو الفني أو أن يستغله، وأن يتنازل عنه للغير بعوض وأن يفيد منه مادياً. ومن ثم، فإن رغبت شركة المساهمة المبسطة في امتلاك حق الملكية الفكرية؛ فإن ذلك يقتضي إبرام اتفاق بين المساهم صاحب حصة العمل ذات الطابع المعنوي والشركة^(١).

المطلب الثاني إدارة شركة المساهمة المبسطة

سيتم تناول هذا المطلب من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول:

رئيس الشركة أو مديرها أو مجلس إدارتها أو المساهمون

في إطار تأصيل موضوع هذا الفرع فإن الباحثة تعول في هذا الشأن على الفقرات الأربع من المادة (الثانية والأربعين بعد المائة) والمعنونة "طريقة إدارة الشركة"؛ إذ تُصص هذه المادة على أن:

"١- تحدد طريقة إدارة شركة المساهمة المبسطة في نظامها الأساس، ويجوز أن يتولى إدارتها رئيس أو مدير أو أكثر أو مجلس إدارة أو غير ذلك، ويبين في نظام الشركة الأساس طريقة تعيين من يتولى إدارتها، وعزله، وحدود سلطاته وصلاحياته وطريقة عمله، وإذا خلا نظام الشركة الأساس من أحكام بهذا الخصوص، تولى المساهمون ذلك".

وتستخلص الباحثة من سياق الفقرة (١) - سالفه الذكر - بعض الاعتبارات القانونية الآتية:

١. إن الفقرة (١) تتضمن في ذاتها فقرات فرعية ثلاثة ذات أهمية في إلقاء الضوء على إدارة شركة

(١) لمزيد من التفصيل - عن الجانب المالي Patrimonial لحقوق الملكية الفكرية Intellectual Property Rights. انظر د. سميحة قليوبي، الملكية الصناعية، دار النهضة العربية، الطبعة التاسعة ٢٠١٣، ص ١٤ وما بعدها؛ د. على سيد قاسم، حقوق الملكية الفكرية في قانون دولة الإمارات العربية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩، ص ٨ وما بعدها.

المساهمة المبسطة.

٢. أشارت الفقرة (١) إلى مصطلح "نظام الشركة الأساس" على نحو متكرر؛

- إذ استهلكت الفقرة (١) بعبارة "تحدد طريقة إدارة شركة المساهمة المبسطة في نظامها الأساس، وهذا يوضح أن إدارة شركة المساهمة المبسطة لا تتم بطريقة عشوائية؛ إذ المعول الرئيسي في تحديد طريقة إدارة الشركة هو نظام شركة الأساس. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن الفقرة الفرعية (٢) نصت على أن "ويبين في نظام الشركة الأساس طريقة تعيين من يتولى إدارتها، وعزله، وحدود سلطاته وصلاحياته وطريقة عمله.

- وقد فطن المنظم السعودي - بموجب الفقرة الفرعية (٢) - لافتراض خلو نظام الشركة الأساس من أحكام بهذا الخصوص، تولى المساهمون ذلك".

٢. كما جاء بالشطر الثاني من الفقرة (١) ما نصه:

"... ويجوز أن يتولى إدارتها رئيس أو مدير أو أكثر أو مجلس إدارتها أو غير ذلك".

ويمكن القول - في ضوء ما سبق تبيانه - أن أحكام من يتولى إدارة شركة المبسطة انحصرت في الآتي:

أولاً: رئيس شركة المساهمة المبسطة، أو مدير الشركة، وأكثر، أو مجلس إدارتها

وقد تكفلت الفقرات الثلاث من المادة (١٤٢) من النظام ببيان الأحكام المتعلقة بجوانب إدارة الشركة من جانب رئيس الشركة، أو مديرها، أو مجلس إدارتها، ويتم إلقاء الضوء على تلك الجوانب من خلال النقاط الآتية:

يكون لرئيس شركة المساهمة أو مديرها أو مجلس إدارتها - بحسب الأحوال - وطبقاً للفقرة (٢) أوسع السلطات في إدارة الشركة بما يحقق أغراضها، وذلك فيما عدا ما استثنى بنص خاص في النظام أو نظام الشركة الأساس من أعمال أو تصرفات تدخل في اختصاص المساهمين، ويعنى ذلك أن الشطر الأول من الفقرة (٢) وإن أشار بتمتع رئيس شركة المساهمة المبسطة أو مديرها أو مجلس إدارتها بسلطات واسعة النطاق في إدارة الشركة بغرض تحقيق أغراضها، إلا أن تلك السلطات ليست مطلقة، بل يرد عليها قيود مصدرها وجود نص خاص في النظام أو نظام الشركة الأساس فيما تتعلق من أعمال أو تصرفات تدخل في اختصاص المساهمين. وهذا يوضح أنه على رئيس الشركة أو مديرها أو مجلس إدارتها ضرورة مراعاة عدم إبداء رأي أو اغتصاب ما يدخل في اختصاص المساهمين من أعمال وتصرفات هذا من ناحية^(١).

٢. كما أجاز الشطر الثاني من الفقرة (٢) لرئيس شركة المساهمة المبسطة أو مديرها فحسب - في حدود اختصاصات أيهما - أن يفوض الغير في مباشرة عمل معين أو أكثر.

(١) وترى الباحثة أن هذا النص ينبئ عن تبنى المنظم السعودي للاتجاه الحديث الذي يوسع من سلطات المجلس واختصاصاته، وهو اتجاه تلميه الاعتبارات العملية كي يستطيع المجلس مجابهة كافة الظروف واتخاذ القرارات اللازمة لتسيير الشركة وتحقيق غرضها.

أما بالنسبة لمجلس الإدارة - في حدود اختصاصاته - فله أن يفوض واحدًا أو أكثر من أعضائه أو من الغير في مباشرة عمل معين أو أكثر^(١).

٣. وفي إطار تمثيل الشركة أمام القضاء، فإن الفقرة (٢) قد تطرقت إلى تحديد الأشخاص الذين يناط بهم القيام بذلك التمثيل؛ إذ تُص على أن: "يمثل رئيس شركة المساهمة المبسطة أو مديرها أو رئيس مجلس إدارتها - بحسب الأحوال - الشركة أمام القضاء وهيئات التحكيم والغير، ويجوز أن يفوض غيرها في تمثيلها إذا نص نظامها الأساس على ذلك".

ويُستخلص من سياق الفقرة (٢) - سالفه الذكر - الآتي:

أ. تكفلت بتحديد من يمثل الشركة أمام القضاء، إذ انحصر ذلك التمثيل في كل رئيس لشركة المساهمة المبسطة أو مديرها أو رئيس مجلس إدارتها.

ب. لم يقتصر تمثيل أي من هؤلاء الأشخاص الطبيعيين أمام القضاء فحسب، بل وسع نطاق ذلك التمثيل ليكون أمام هيئات التحكيم وكذلك أمام الغير.

٤. مدى التزام الشركة بأعمال وتصرفات رئيس شركة المساهمة أو المدير أو مجلس الإدارة.

تطرقت الفقرة (٤) من المادة (١٤١) من النظام إلى بيان مدى التزام الشركة في هذا الشأن؛ إذ تُص على أن: "تلتزم شركة المساهمة المبسطة بجميع الأعمال والتصرفات التي يُجريها الرئيس أو المدير أو مجلس الإدارة - بحسب الأحوال - باسمها ولو كانت خارج اختصاصاته، إلا إذا كان من تعامل معه سيئ النية إن كان يعلم أن تلك الأعمال والتصرفات خارج اختصاصاته".

ويُستخلص من سياق الفقرة (٤) - سالفه الذكر - بعض الاعتبارات القانونية الآتية:

أ. فبالنظر لهذا النص تلتزم شركة المساهمة المبسطة أمام الغير بجميع الأعمال والتصرفات الصادرة من رئيس الشركة أو مديرها أو مجلس إدارتها - بحسب الأحوال - التي باسمها ولو كانت خارج نطاق اختصاصاته - ولا شك أن عبارة "التي يُجريها الرئيس أو المدير أو مجلس الإدارة باسمها" تعني أن هذه الأعمال والتصرفات ترتبط بنشاط تمارسه الشركة فعلياً، أو كانت من التصرفات والأعمال التي جرى العرف أو العادات التجارية على اعتبارها داخلة في حدود السلطات

(١) يتعين في إطار التفويض - طبقاً لما تراه الباحثة - مراعاة الضوابط الآتية:

يجب أن يكون قرار التفويض مكتوباً، وواضحاً وصريحاً، وأن تحدد فيه صلاحيات المفوض إليه، وصفته الوظيفية، ومدة التفويض، واسم المفوض إليه بالتوقيع.

لا يجوز للمفوض إليه أن يفوض غيره فيما فوض فيه.

للأصيل أن يعقب على القرارات الصادرة من المفوض إليه بالإلغاء أو التعديل، ولا يعفي التفويض الأصيل من المسؤولية عما فوض فيه.

لا يجوز للأصيل ممارسة الاختصاصات التي فوض فيها إلا بعد انتهاء التفويض بسبب من الأسباب الآتية:

انتهاء مدته أو الغرض منه.

إلغاء قرار التفويض كتابة.

شغور وظيفة الأصيل أو المفوض إليه أو تغيير صفة أي منهما.

المعتادة، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن النص يسوى بين الأعمال المادية والتصرفات القانونية إزاء التزام الشركة بأثارها.

ب. إن إلزام شركة المساهمة المبسطة بمثل هذه الأعمال والتصرفات لا يعني أن المنظم السعودي يضي الشرعية على تجاوز الشركة خارج نطاق اختصاصاتها المنصوص عليها في نظام أو نظام الشركة الأساس، بل يعني أنه يجردها فقط من إمكانية التنصل من التزاماتها من الغير حسن النية^(١). ومن ثم، فإن المنظم السعودي قد انصرف إرادته - هنا - بقصد حماية الغير الذي انخدع بالوضع الظاهر. ولا شك أن ذلك يُعد باعثاً نبيلاً من جانب المنظم السعودي.

ج. ولكي يتمتع الغير بالحماية التي قررها نص الفقرة (٤) ينبغي أن يكون - بمفهوم المخالفة الواردة بالشطر الأخير من الفقرة (٤) حسن النية، ويكون الشخص حسن النية إذا كان لا يعلم بالفعل، أو لم يكن في مقدوره أن يعلم - بحسب موقعه بالشركة أو علاقته بها - بأوجه النقص أو العوار في التصرف المراد التمسك في مواجهة الشركة.

د. ولما كان الأصل هو افتراض حسن النية، فعلى الشركة - إن هي أرادت أن تتنصل من الأعمال والتصرفات خارج نطاق اختصاصات رئيس الشركة أو مديرها أو مجلس إدارتها - إثبات سوء نية الغير الذي تعامل مع الشركة. ويكون ذلك بإقامة الدليل على أن ذلك الغير - طبقاً للشطر الأخير من الفقرة (٤) - كان يعلم بالفعل أو كان في مقدوره أن يعلم بأوجه النقص أو العيب الذي شاب العمل أو التصرف الذي يتمسك به في مواجهة الشركة.

المطلب الثالث

مسئولية من يتولى إدارة الشركة المساهمة المبسطة

تُص المادة (الثالثة والأربعون بعد المائة) والمعنونة "مسئوليات الإدارة" من النظام على أن: "تسري الأحكام الخاصة بمسئولية مجلس إدارة شركة المساهمة على رئيس شركة المساهمة المبسطة أو مديرها أو مجلس إدارتها بحسب الأحوال".

ومفاد نص المادة (١٤٢) - سالف الذكر - تحيل في تحديد أحكام مسئولية من يتولى إدارة الشركة المساهمة المبسطة - سواء كان رئيس الشركة أو مديرها أو مجلس إدارتها بحسب الأحوال - إلى الأحكام الخاصة بمسئولية مجلس إدارة شركة المساهمة.

(١) لمزيد من التفصيل عن مبدأ حسن النية. انظر:

Le principe de bonn Fai - good Faith.

د. حسام الدين فتحي ناصف، حماية التعاقد حسن النية مع صاحب الوضع الظاهر، دار النهضة العربية، ١٩٩٦، ص ٧٢ وما بعدها. د. سعودي حسن سرحان، نحو نظرية لحماية الغير حسن النية المتعاملين مع الشركات التجارية، دار الأندلس - المنوفية - مصر، ١٩٨٩، ص ٢٢ وما بعدها.

= See John Klein, good Faith in International Transactions, 15 Liverpool, 1993, p. 1.2 et seq.

وبمطالعة الباب الرابع من النظام المتعلق بشركة المساهمة والذي يشتمل على المواد التي تبدأ بالمادة (٥٨) حتى المادة (١٣٧). وبفحص نصوص تلك المواد بترؤ وتتمعن حتى يتسنى للباحثة الوقوف على " الأحكام الخاصة بمسئولية مجلس إدارة شركة المساهمة، لإمكان تطبيقها على شركة المساهمة المبسطة في هذا الشأن، فقد تبين:

أ. تنص المادة (٧١) على أن:

"١- مع مراعاة حكم المادة (السابعة والعشرين) من النظام^(١)، يجب على عضو مجلس الإدارة فور علمه بأي مصلحة له سواء مباشرة أو غير مباشرة في الأعمال والعقود التي تكون لحساب الشركة، أن يبلاس بذلك.

٢- ...

٣- تقع المسئولية عن الأضرار الناتجة عن الأعمال والعقود المشار إليها في الفقرة (١) من هذه المادة على العضو صاحب المصلحة من العمل أو العقد.

ب. تنص المادة (الخامسة والثمانون) من النظام على أن تختص الجمعية العامة غير العادية بالآتي:

١. تعديل نظام الشركة الأساس، إلا ما يتعلق بما يأتي:

أ. حرمان المساهم أو تعديل أي من حقوقه الأساسية التي يستمدّها بصفته مساهمة، وذلك مع مراعاة طبيعة الحقوق المتعلقة بنوع أو فئة الأسهم التي يمتلكها المساهم، ويأتي:

٢.

٥. طلب الاطلاع على سجلات الشركة ووثائقها، ومراقبة أعمال مجلس الإدارة، ورفع دعوى المسئولية على أعضاء المجلس...".

ويثور التساؤل حول ما تم سرده من بعض نصوص المواد - على النحو السالف - هل يمكن أن يشكل - وبحق - الأحكام خاصة بمسئولية مجلس إدارة شركة المساهمة؟ والمنظم السعودي وإن أشار في عبارة "رفع دعوى المسئولية على أعضاء المجلس"، وترى الباحثة أن تلك العبارة جاءت على استحياء، كما أن مضمونها كان مقتضياً إزاء بيان الأحكام الخاصة بمسئولية مجلس إدارة شركة المساهمة التي أحالت إلى تلك الأحكام المادة (١٤٣) - سائلة الذكر - من النظام.

(١) يراعى أن المادة "السابعة والعشرين" معنونة "تعارض المصالح والمنافسة واستغلال الأصول" وجاء بالفقرتين رقمي (٦) و(٧) ما نصهما:

"٦- يحق للشركة في حال مخالفة مديرها أو عضو مجلس إدارتها الفقرة (١) من هذه المادة، المطالبة أمام الجهة القضائية المختصة بإبطال العقد، وإلزامه بأداء أي ربح أو منفعة تحققت له من ذلك.

٧- يحق للشركة في حالة مخالفة مديرها أو عضو مجلس إدارتها الفقرة (٢) من هذه المادة المطالبة أمام الجهة القضائية المختصة بالتعويض المناسب".

وترى الباحثة أن مسألة تعارض المصالح Conflicts of Interest من المسائل المهمة التي لا تقل أهمية مجابهاتها لإرساء الشفافية والنزاهة في إدارة الشركات. ولمزيد من التفصيل - في هذا الصدد - انظر د. سامي عبد الباقي أبو صالح - أستاذ ورئيس قسم القانون التجاري كلية الحقوق جامعة القاهرة - تعارض المصالح في الأنشطة الخاضعة لقانون سوق المال المصري والواقع والحلول (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، ٢٠١٦، مؤلف يشتمل على ٤٨٨ صفحة.

وعلى ذلك، فإن نظام الشركات السعودي يوصم بالقصور إزاء إغفال الأحكام الخاصة بمسئولية مجلس إدارة شركة المساهمة، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، أنه يتعذر - إزاء القصور والإغفال - إمكانية تطبيق نص المادة (١٤٣) سالفه الذكر. الأمر الذي يفصح بجلاء أن نص المادة المذكورة أصبح معطلاً وهو أمر غير متصور؛ إذ إن النصوص القانونية تشر لكي تطبق ولا تُعطل.

بيد أن في المقابل، فإن القانون المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ بشأن شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة إزاء معالجته لمسئولية أعضاء ورئيس مجلس إدارة شركة المساهمة؛ إذ قرر مسئولية مدنية - بموجب المادة (١٦٠) - تستطيع شركة المساهمة - بوصفها شخصاً معنوياً - رفع المسئولية المدنية على رئيس وأعضاء مجلس الإدارة عن التصرفات والقرارات الضارة، وترفع هذه الدعوى بواسطة الجمعية العامة.

كذلك قرر مسئولية جنائية؛ إذ بموجب المادة (١٦٢) من ذات القانون يسأل رئيس وأعضاء مجلس الإدارة جنائياً إذا وقعت منهم أفعال تدرج تحت طائلة نصوص جنائية سواء في قانون العقوبات أو قانون الشركات؛ إذ يعاقب هؤلاء مدة لا تقل عن سنتين وبغرامة لا تقل عن ألفي جنيه ولا تزيد على عشرة آلاف جنيه - يتحملها المخالف شخصياً - أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من:

١. أثبت عمداً في نشرات إصدار الأسهم أو السندات بيانات كاذبة أو مخالفة لأحكام القانون أو وقع على تلك النشرات.

٢. وزع أرباحاً أو فوائد على خلاف أحكام القانون أو نظام الشركة.

٣. زور في سجلات الشركة أو أثبت فيها عمداً وقائع غير صحيحة كان من شأنها التأثير على قرارات الجمعية.

٤. كل من يقوّم من الشركاء بطريق التدليس حصصاً عينية بأكثر من قيمتها الحقيقية.

وتضيف المادة (١٦٣) من ذات القانون أن رئيس وأعضاء مجلس الإدارة يعاقبون بغرامة لا تقل عن ألفي جنيه ولا تزيد على عشرة جنيه^(١).

حالة إدارة شركة المساهمة المبسطة من جانب المساهمين

جاء بالمادة (الثانية والأربعين بعد المائة) والمعنونة "طريقة إدارة شركة المساهمة المبسطة" ومفاد الشطر الأخير من الفقرة (١) - سالفه الذكر - خول للمساهمين في شركة المساهمة المبسطة الحق في إدارة الشركة متى جاء نظام الشركة الأساس خالياً من أحكام بهذا الخصوص.

ومن ثم، يكون للمساهمين في شركة المساهمة المبسطة دور فعال وكبير ومباشر في إدارة الشركة واتخاذ القرارات بشأنها، وذلك لكونهم - بموجب نص صريح بالفقرة (٣) من المادة (١٣٨) من

(١) لمزيد من التفصيل - عن المسئولية المدنية والجنائية لرئيس وأعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة انظر د. عاشور عبد الجواد عبد الحميد، مرجع سابق، ص ٦٢٨ - ٦٣٣؛ د. محمد بهجت عبد الله قايد، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص ٢٢٠ - ٢٢٥؛ د.

محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص ٢٧٩ - ٢٨٦.

نظام - يحلون محل الجمعية العامة العادية وغير العادية لشركة المساهمة، ويمارسون - بالتالي - الاختصاصات التي تمارسها. وحتى يتسنى الإلمام بدور المساهمين في شركة المساهمة المبسطة، فإن ذلك يقتضي استعراض بعض الجوانب ذات الصلة من خلال النقاط الآتية:

أولاً: المسائل التي يختص المساهمون بالنظر فيها واتخاذ القرارات بشأنها

للمساهمين - طبقاً للفقرة (٢) من المادة (١٣٨) من النظام تنظيم هيكل الشركة وطريقة عملها، كما لهم أن يحلون - طبقاً لما سبق بيانه - محل الجمعية العامة العادية وغير العادية لشركة المساهمة، كذلك المساهمين - طبقاً للشطر الأخير من الفقرة (٢) من ذات المادة سالفة الذكر - تحديد من يتولى تلك الاختصاصات في نظام الشركة الأساس، وذلك فيما لم يرد نص خاص في هذا الباب - أي: الباب الخامس المتعلق بشركة المساهمة المبسطة.

أما بخصوص بيان السند للمسائل التي يختص بها المساهمون، فإن المادة (الخامسة والأربعين) بفقراتها الأربع قد تطرقت إلى ذلك، ويتم في ذلك الإشارة إلى الآتي:
يحدد في النظام الأساس لشركة المساهمة المبسطة المسائل التي يجب عرضها على المساهمين لاتخاذ قرار بشأنها، وذلك بالشكل والشروط المحددة في النظام المذكور.

يجب أن تتخذ من المساهمين القرارات الداخلة في اختصاصات الجمعية العامة العادية أو غير العادية لشركة المساهمة فيما يتعلق بزيادة رأس المال أو تخفيضه أو تحول الشركة إلى شكل آخر أو اندماجها أو تقسيمها أو حلها أو تعيين مراجع الحسابات أو مناقشة القوائم المالية أو توزيع الأرباح أو تعديل نظام الشركة الأساس^(١).

تحدد في نظام الشركة الأساس النصاب اللازم لصحة اجتماعات المساهمين وصدور قراراتها^(٢). يجوز أن يُحدد في نظام الشركة أنصبة مختلفة لمسائل معينة عند عرضها على المساهمين واتخاذ القرار بشأنها^(٣).

يُحدد في نظام الشركة الأساس المسائل التي يتعين لإصدار قرار بشأنها موافقة المساهمين بالإجماع^(٤). ويستخلص مما تم سرده بعاليه تمتع المساهمين باختصاصات لا يحد منها سوى غرض شركة المساهمة المبسطة، والقيود التي يتضمنها نظام الشركة الأساس.

ثانياً: اجتماعات المساهمين وأحكامها

أ. اجتماعات المساهمين

تعقد اجتماعات المساهمين في شركة المساهمة المبسطة - وطبقاً للفقرة (١) من المادة (١٤٦) من النظام - بدعوة من رئيسها أو مديرها أو مجلس إدارتها بحسب الأحوال وفقاً للأوضاع التي

(١) طبقاً للفقرة (١) من المادة (١٤٥) من نظام الشركات.

(٢) طبقاً للفقرة (٢) من المادة (١٤٥).

(٣) طبقاً للفقرة (٣) من المادة (١٤٥).

(٤) طبقاً للفقرة (٤) من المادة (١٤٥).

يحددها نظام الشركة الأساس، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى تجوز الدعوة لاجتماع المساهمين بناء على طلب مراجع الحسابات إن وجد، أو مساهم أو أكثر يمثلون (عشرة في المائة) من أسهم الشركة التي لها حقوق تصويت على الأقل.

توجه الدعوة - وطبقاً للفقرة (٢) من المادة (١٤٦) من النظام - إلى الاجتماع إلى جميع المساهمين قبل الميعاد المحدد له (بخمسة) أيام على الأقل، متضمنة مكان عقد الاجتماع وتاريخه وموعده، ويُرفق بها جدول الأعمال متضمناً البنود المطلوب تصويت المساهمين عليها. ويجوز أن يحدد في الدعوة مكان عقد الاجتماع الثاني وتاريخه وموعده، في حال لم يتوافر النصاب اللازم لعقد الاجتماع الأول.

ب. وسيلة الدعوة اجتماعات المساهمين

يُبلغ المساهمون بالدعوة - طبقاً للفقرة (٣) من المادة (١٤٦) من النظام - بموجب خطابات مسجلة ترسل على عناوينهم الواردة في سجل المساهمين، أو من خلال وسائل التقنية الحديثة، ما لم ينص في نظام الشركة الأساس على غير ذلك.

ج. مكان اجتماعات المساهمين

تعقد اجتماعات المساهمين - طبقاً للفقرة (٥) من المادة (١٤٦) - في مركز الشركة الرئيسي أو أي مكان آخر يحدده، ويجوز عقدها عبر وسائل التقنية الحديثة. لم يفرض المنظم السعودي - في إطار فقرات المادة (١٤٦) سالف الذكر - موعداً معيناً يجتمع فيه المساهمين بصفة منتظمة، ولم يضع حداً أدنى لمرات الاجتماع، بل ترك الأمر لمحض تقدير رئيس الشركة أو مديرها، ولمشيئة طلب مراجع الحسابات. وترى الباحثة أن وجود إلزام بعقد اجتماع المساهمين في ميعاد معين - وبصفة دورية ومنتظمة وليكن مرة على الأقل كل شهر - يؤدي إلى ضمان قيام المساهمين بالاختصاصات المنوطة بهم على نحو فعال والإلمام بمجريات أمور الشركة.

د. إمكانية إصدار قرارات المساهمين بالتمرير

تنص المادة (التاسعة والأربعون بعد المائة) المعنونة "إصدار القرار بالتمرير" على أنه:
"١- يجوز أن ينص في نظام الشركة الأساسي على إصدار قرار المساهمين بعرضه عليهم بالتمرير دون الحاجة إلى اجتماعهم. وفي هذه الحالة يرسل رئيس الشركة أو مديرها أو مجلس إدارتها بحسب الأحوال، القرار المقترح والوثائق ذات العلاقة به إلى جميع المساهمين، مع بيان ما يتعين على المساهم اتباعه للموافقة عليه والتاريخ الذي يتعين فيه صدوره.

٢- ما لم ينص نظام الشركة الأساس على وسيلة إبلاغ أخرى، يجوز أن يرسل القرار المقترح وما يتعلق به من وثائق بأي من الوسائل الآتية:

أ. إرسالها إلى المساهمين بخطابات مسجلة.

ب. التسليم شخصياً إلى المساهمين أو من ينوب عنهم نظاماً.

إرسالها بالبريد الإلكتروني أو أي من وسائل التقنية الحديثة.

٢. يحدد نظام الشركة الأساس النصاب اللازم لصحة إصدار قرارات المساهمين بالتمرير^١ وتلاحظ للباحثة ما جاء بالمادة (١٤٩) - سالفه الذكر - الآتي:

١. أن إصدار قرارات المساهمين بالتمرير دون الحاجة إلى اجتماعهم يفصح بجلاء عن مدى حرص المنظم السعودي على إرساء نهج التسهيل والتسيير على إصدار قرارات المساهمين بالتمرير، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن المنظم السعودي يأخذ بعين الاعتبار الظروف التي قد تؤدي عدم الحضور الفعلي أو التأخير عن حضورهم على نحو يصدر قرارهم على نحو صريح وسليم. كما أن المنظم لم يغفل الإشارة والاعتداد بالوسائل التقنية الحديثة في هذا الشأن. ولا شك أن ذلك يُعد نهجاً صائباً ومحموداً من المنظم السعودي.

حقوق والتزامات المساهم في الشركة المساهمة المبسطة

حقوق المساهم

يُعد الحق في الإعلام من أهم حقوق المساهم، حتى يتسنى له من ممارسة حقه في المشاركة في اتخاذ القرارات في اجتماع المساهمين والذي يقوم مقام الجمعيات العامة في شركة المساهمة.

حق المساهم في اتخاذ القرار

حتى يتسنى للمساهم ممارسة حقه في اتخاذ القرار في اجتماعات المساهمين، يكون له الحق في الحضور والتصويت وتمكينه من ذلك. وهذا ما أكدت عليه المادة (١٤٥) من نظام الشركات، وباستثناء المسائل التي اشترط المنظم فيها - طبقاً للفقرة (٤) من المادة (١٤٥) - لإصدار قرار بشأنها موافقة المساهمين بالإجماع.

الحقوق المالية للمساهم:

لا شك في أن الهدف من الدخول في الشركة بوجه عام هو الحصول على الأرباح المالية التي تحققها الشركة؛ وهذا ما جاء بالمادة (الثانية والعشرين) المعنونة "توزيع الأرباح؛ إذ تُص على أنه"^١ - يجوز توزيع أرباح سنوية أو مرحلية من الأرباح القابلة للتوزيع على الشركاء أو المساهمين في شركات المساهمة والمساهمة المبسطة وذات المسؤولية المحدودة.

ويتقاسم جميع الشركاء الأرباح والخسائر بحسب نسبة حصة كل منهم في رأس مال، فإن اتفق على حرمان أي منهم من الربح أو على إعفائه من الخسارة عد هذا الاتفاق - طبقاً للمادة (١/٢٣) من النظام - كأن لم يكن^٢.

وقد ذهب جانب من الفقه^(١) - في هذا الصدد - إلى أن طريقة اقتسام الأرباح والخسائر مرهونة باتفاق الشركاء، أي: أنها متروكة لإرادتهم ينظّمونها كيفما يشاءون. غير أن هذه المشيئة مقيدة بعدم جواز تضمين عقد الشركة شرطاً يقضي بحرمان أحد الشركاء من الأرباح أو بإعفائه من الخسائر.

(١) د. محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص ٢٧.

ويسمى هذا الشرط " بشرط الأسد ^(١) Clause Léonine".

التزامات المساهم في الشركة المساهمة المبسطة

وإذا كان المساهم يتمتع ببعض الحقوق التي تثبت له، وفي المقابل يقع على كاهله بعض الالتزامات، ويمكن استعراضها بإيجاز على النحو الآتي:

١. الالتزام بدفع كامل قيمة الأسهم التي اكتتب فيها، ويكون ذلك على النحو الذي نص عليه نظام الشركة الأساس؛ إذ يتعين على المساهم القيام بوفاء بقية ثمن الأسهم التي اشتراها في المواعيد المحددة في نظام الشركة، ولا يجوز إلزام المساهم أو الشركة بتقديم ميعاد الوفاء إلا إذا اتفقوا على خلاف ذلك، ومن حق الشركة عند إخلال المساهم بالتزامه في المواعيد المحددة بالرجوع عليه بالفوائد المستحقة عن هذا التأخير، وللشركة بصدد مطالبتها للمساهم بحقوقها أمامها - طبقاً لما ارتأه جانب من الفقه - وسيلتان^(٢):

الوسيلة الأولى: وهي وسيلة الدعوى القضائية والتنفيذ على الأموال الخاصة للمساهم للحصول على مستحقاتها سواء من بقية ثمن الأسهم أو الفوائد والمصاريف، وهذه الوسيلة مكلفة ومعقدة تتطلب مصروفات لا تتناسب مع الفائدة التي تعود على الشركة من كل سهم منفرد.

الوسيلة الثانية: وهي أكثر سرعة وأقل كلفة ويُص عليها عادة نظام الشركة وتنظمها اللائحة التنفيذية، وهي التنفيذ في البورصة، ويتم البيع في البورصة متى كانت مقيدة فيها، والتنفيذ في البورصة فيتم بعد إعدار المساهم بالوفاء، وذلك ببيع السهم على مسؤوليته ولحسابه دون حاجة إلى اتخاذ إجراءات قضائية. فإذا لم تكن الأسهم مقيدة بإحدى البورصات يتم البيع بطريقة المزاد العلني الذي يتولاه أحد السماسرة.

وتُضيف الباحثة إلى ما سبق أن أصحاب الأسهم الذين تم إعدارهم بسبب التأخير في وفاء قيمتها، ولم يقوموا بالوفاء يتعرضون - طبقاً للمجرى المألوف والمنطقي للأمر - لوقف ممارسة حقوقهم الناشئة عن هذه الأسهم كالحق في التصويت، والحصول على الأرباح.

التزام المساهم بتحمل الخسائر التي تلحق بالشركة

ويقصد بذلك تحمل المساهم - طبقاً لما سبق بيانه - للخسائر التي تقع للشركة، وذلك في حدود مساهمته في رأس مال الشركة، وذلك وفقاً لمبدأ المسؤولية المحدودة للمساهم في الشركة.

(١) وترجع هذه التسمية إلى خرافة قديمة موجهة أن أسداً دخل في شركة للصيد مع غيره من وحوش الغابة، ولما حان وقت توزيع الغنائم استأثر بها الأسد وحده ولم يجرؤ شركاؤه على معارضته نظراً لقوته وهيلمانه.

ويراعى أن هذه الخرافة تنسب إلى Ecope، الروائي والأديب اليوناني في القرن السادس قبل الميلاد. والأساس البعيد لبطلان شرط الأسد هو، قانون الأخوة - Jus Fraternalitatis الذي أطلقه الرومان على عقد الشركة نقلًا عن د. محمد العريني، مرجع سابق، ذات الموضوع السابق، هامش رقم (٢).

(٢) د. محمد بهجت عبد الله قايد، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص ٢٨٢.

- تسوية المنازعات

تنص المادة (الثالثة والخمسون بعد المائة) المعنونة "تسوية المنازعات" على أن:
" فيما عدا الأفعال الجنائية، يجوز أن ينص في نظام الشركة الأساس على تسوية المنازعات أو الخلافات أيًا كانت طبيعتها التي قد تقع بين المساهمين أو بين الشركة ورئيسها أو مديرها أو أي من أعضاء مجلس إدارتها - بحسب الأحوال - باللجوء إلى التحكيم أو غيره من الوسائل البديلة لتسويتها".

وتستخلص الباحثة من سياق نص المادة - سالف الذكر - بعض الاعتبارات القانونية:

١ . استبعاد الأفعال الجنائية من وسائل التسوية الذي نص عليها الشرط الأخير من هذه المادة والتي تنحصر في التحكيم وفي الوسائل البديلة لتسويتها.

٢ . حصر وسائل تسوية المنازعات في التحكيم، الوسائل البديلة لتسويتها: وبالنسبة لعبارة " الوسائل البديلة لتسويتها" ترى الباحثة بشأنها الآتي:

١ . إن صياغتها جاءت بشكل مبتر ومقتضب.

٢ . كان من الممكن أن تنعت "الوسائل" بصفة الودية قبل البديلة، وبالتالي تكون على النحو الآتي:

الوسائل الودية البديلة. وهو ما يعني تبني المنظم السعودي نهج التحول عن نظم التقاضي إلى نظم التراضي في تسوية المنازعات أو بالأحرى "الهروب أو الفرار من عسر التقاضي إلى يسر التراضي.

٣ . كما جاءت صياغة تلك العبارة خالية من الإشارة على نحو صريح إلى أمثلة تُعد من قبيل الوسائل البديلة، وهي متعددة، لعل الباحثة تذكر منها الأكثر ذيوماً، الوساطة، التوفيق، المصالحة.

٤ . يراعى أن المنظم السعودي سبق أن اعتد بالوسائل الودية البديلة، منها المصالحة، والوساطة؛ إذ تنص المادة (الثامنة) من نظام المحاكم التجارية^(١) - في هذا الصدد - على أن: "تحدد اللائحة الآتي:

١ . إجراءات المصالحة والوساطة، بما في ذلك الدعاوى التي يجب أن يسبق نظرها إلى المصالحة والوساطة، على ألا تزيد مدة تلك الإجراءات على (ثلاثين) يوماً من تاريخ البدء فيها، ما لم تتفق الأطراف على مدة أطول"^(٢).

(١) صدر نظام المحاكم التجارية بالمرسوم الملكي رقم (م/٩٣) وتاريخ ١٨/٨/١٤٤١هـ.

(٢) استهلت المادة (الثامنة) - سألفة الذكر - بعبارة "تحدد اللائحة الآتي..." فإن الباحثة تشير إلى المواد ذات الصلة من اللائحة التنفيذية في هذا الشأن، وهي:

المادة (٥٧) المعنونة "المصالحة والوساطة".

المادة (٥٨) المعنونة "الدعاوى التي يجب فيها سيق اللجوء للمصالحة والوساطة".

المادة (٥٩) تنص على أنه يتحقق سبق إلى المصالحة بتقديم وثيقة بانتهاء المصالحة بغير صلح أو بصلح في بعض المنازعة.

المادة (٦٠) تخول للمحكمة في أي مرحلة إحالة الأطراف - بشرط موافقتهم - إلى المصالحة والوساطة.

المادة (٦١) إذا توصل الأطراف إلى المصالحة بعد قيد القضية، أثبتت ما اتفقوا عليه في محضر صلح.

المادة (٦٢) في الأحوال التي تنتهي المصالحة فيها بسند تنفيذي تزود المحكمة بصورة منه. بالإضافة للمادتين (٦٣) و (٦٤).

٢. تم إنشاء مركز المصالحة وهو مركز تابع لوزارة العدل السعودية يُعنى بتقديم خدمات الصلح عبر منصة تراضي الرقمية^(١)، ويهدف إلى نشر ثقافة الصلح في المجتمع السعودي، ليصبح البديل المفضل اجتماعياً واقتصادياً لتسوية النزاعات عبر مصالحين مؤهلين ومتخصصين في مختلف مسارات النزاع، ضمن إجراءات مؤسسية وتشريعات معتمدة.

٣. لا شك أن تبني المنظم السعودي نهج الوسائل البديلة لتسوية المنازعات من شأنه تحقيق عدالة ودية رضائية، الوقاية من تعميق الخصام ونشر السلام، وتخفيف العبء عن المحاكم والاقتصاد في الوقت والنفقات^(٢). وتخلص الباحثة - في ضوء ما سبق تبيانها - إلى أن عبارة "الوسائل البديلة لتسويتها" كانت صياغتها تفتقد الدقة، علاوة أنها قد شابها القصور. لذا، توصي المنظم السعودي باستدراك القصور بإجراء تعديل نظامي على المادة (الثالثة والخمسين بعد المائة) في ضوء ما لاحظته الباحثة، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، أنه بمطالعة نص المادة (١٥٣) - سالف الذكر - من النظام، نجد أنه حصر تسوية المنازعات عن طريق التحكيم أو الوسائل البديلة التي تثور بين المساهمين أو بين الشركة ورئيسها أو مديرها أو أي من أعضاء مجلس إدارتها. ويلاحظ على أطراف المنازعات أنه اقتصر على الأطراف فحسب ذات الصلة بشركة المساهمة المبسطة. لذا، فإن الباحثة تود أن يتسع نطاق أطراف المنازعات ليشمل أطرافاً أخرى خارج شركة المساهمة المبسطة مثل الغير. الأمر يشوب صياغة المادة (١٥٣) - أيضاً - بالقصور. لذا، لزم ضرورة إجراء تعديل نظامي عليها لمعالجة ذلك القصور.

(١) ومنصة التراضي الرقمية: هي منصة إلكترونية تابعة لمركز المصالحة بوزارة العدل السعودية تمكن أطراف الدعوى ومصلحي وزارة العدل والمصلحين المسجلين من الالتقاء الواقعي والافتراضي وممارسة عملية المصالحة للتوصل لحل يرتضيه أطراف النزاع، عبر إجراءات مؤتممة بالكامل بداية من تقديم طلب المصالحة حتى انتهائه بوثيقة صلح أو تعذر.

(٢) لمزيد من التفصيل عن مزايا الوسائل الودية لتسوية وضرورتها، انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات (المفاوضات - الوساطة - التوفيق - الصلح) بديلاً عن المعترك القضائي، دار النهضة العربية، ٢٠١٣، المؤلف يشتمل على ٥٤٦ صفحة.

الخاتمة:

وقد خلصت الباحثة في ضوء ما تم تناوله من الجوانب القانونية المتعددة والمتنوعة لشركة المساهمة المبسطة إلى بعض النتائج والتوصيات الآتية:

أولاً: النتائج:

١. في إطار تعريف شركة المساهمة المبسطة وخصائصها وتحديد طبيعتها القانونية خلصت إلى الآتي:

- لم يتطرق المنظم السعودي وكذا واضع اللائحة التنفيذية لتعريف الشركة المساهمة المبسطة بالرغم من أن ذات المنظم حرص على تخصيص مادة مستقلة لتعريف كل من شركة التضامن، وشركة التوصية البسيطة، وشركة المساهمة، والشركة ذات المسؤولية المحدودة.
- من حيث إبراز خصائص تلك الشركة، خلصت الباحثة إلى أن الفكرة الرئيسية التي تعول عليها هذه الشركة هي التقليل بقدر الإمكان من النصوص القانونية الأمرة التي تحكم شركات المساهمة التقليدية، وإتاحة الحرية المطلقة للشركاء وعودة الهيمنة والسيادة للفكرة التعاقدية، التي تقوم على مبدأ سلطان الإرادة.
- ومن حيث بيان تحديد طبيعتها القانوني خلصت الباحثة إلى أن الشركة المساهمة المبسطة وإن كانت تدرج ضمن شركات الأموال، إلا أنها تتميز في ذات الوقت بخصائص تميزها عن الشركات المساهمة التقليدية..
- أما فيما يتعلق بتكوين رأس مالها، فإن المنظم السعودي أشار إلى الضوابط الآتية في هذا الشأن:

- استثناء شركة المساهمة المبسطة من متطلب الحد الأدنى لرأس المال المقرر لشركة المساهمة.
- أن تكون حصة المساهم نقدية أو عينية، أو الاثنين معاً.
- أما فيما يتعلق بحصة العمل فقد استثنى المنظم السعودي شركة المساهمة المبسطة أن تكون حصة المساهم فيها عملاً، إلا أن ذلك الاستثناء لم يكن بصفة مطلقة؛ إذ جاز تقديم حصة العمل في إطار شركة المساهمة المبسطة، إلا أن ذلك مشروط بأن تكون حصة العمل تعود بالنفع على الشركة ومفيدة في تحقيق أغراضها وضرورية لسيرها ونجاحها.

٢. أما بخصوص إدارة شركة المساهمة خلصت الباحثة أن تلك الإدارة تنحصر في رئيس الشركة أو مديرها أو مجلس إدارتها، أو إدارتها من جانب المساهمين.

٣. أما بخصوص مسؤولية من يتولى إدارة الشركة المساهمة المبسطة، فإن المنظم السعودي أحال بموجب نص صريح بسريان الأحكام الخاصة بمسؤولية مجلس إدارة شركة المساهمة على شركة المساهمة المبسطة. وخلصت الباحثة إلى أنه بمطالعة الأحكام الخاصة لمسؤولية مجلس إدارة شركة المساهمة تبين أن المنظم السعودي لم يتطرق إلى تلك الأحكام، مما يمثل قصوراً في هذا الشأن.

٤. أما بخصوص اجتماعات المساهمين في شركة المساهمة المبسطة، فقد خلصت الباحثة إلى أن المنظم السعودي لم يفرض موعداً معيناً يجتمع فيه المساهمون بصفة منتظمة، ولم يضع حداً أدنى لمرات الاجتماع، بل ترك الأمر لمحضر تقدير رئيس الشركة أو مديرها، أو لمشيئة مراجع الحسابات. وخلصت الباحثة إلى أن مسلك المنظم السعودي في هذا الشأن لا يحقق مصلحة الشركة؛ لأن عدم مواءمة أمور الشركة يؤدي إلى خلل في إدارتها واضطرابها، مما يؤدي إلى إحداث أضرار بمصلحتها.

٥. أما بخصوص تسوية المنازعات، فقد خلصت الباحثة إلى الآتي:

- إن المنظم السعودي قد حصر وسائل تسوية المنازعات في التحكيم والوسائل البديلة لتسويتها، وخلصت الباحثة بشأن العبارة "الوسائل البديلة لتسويتها" الواردة في المادة (١٥٣) إلى الآتي:
 - أن صياغتها جاءت بشكل مبتسر ومقتضب.
 - كما جاءت صياغة تلك العبارة خالية من الإشارة على نحو صريح إلى أمثلة تعد من قبيل الوسائل البديلة، وهي متعددة مثل الوساطة، والتوفيق، والمصالحة.
 - كما أن نص المادة (١٥٣) قد حصر تسوية المنازعات عن طريق التحكيم أو الوسائل البديلة التي تثور بين المساهمين أو بين الشركة ورئيسها أو مديرها أو أعضاء مجلس إدارتها، ويلاحظ على أطراف المنازعات - طبقاً لوجهة نظر الباحثة - أنها اقتصرت على الأطراف ذات الصلة بشركة المساهمة المبسطة، والباحثة كانت تأمل أن يتسع نطاق أطراف المنازعة ليشمل أطرافاً أخرى خارج شركة المساهمة المبسطة مثل الغير.

ثانياً: التوصيات:

التوصية الأولى: بخصوص تعريف شركة المساهمة المبسطة

١. المنظم السعودي استحدث شكلاً جديداً من أشكال الشركات التجارية، ألا وهو الشركة المساهمة المبسطة. لذا، كان من باب أولى أن يدرج المنظم في إطار المادة الأولى والخاصة بالتعريفات، تعريفاً للشركة المساهمة المبسطة، وهو ما لم يفتن إليه المنظم السعودي، الأمر الذي يصم صياغة المادة الأولى بالقصور.

ولعل الباحثة في تعضيد ما سبق الإشارة إليه ما ذهب إليه جانب من الفقه - بأنه غدت الحاجة ملحة في الأغلب من التشريعات الحديثة إلى إيراد تعاريف لبعض العبارات والكلمات التي يتضمنها التشريع، استجابة لضرورات توحيد المقصود بهذه العبارات والكلمات في نطاق تطبيق أحكامه، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى، فإن إتباع نهج إيراد التعاريف يؤدي لسد ذرائع الاختلاف في تفسير الكلمات والعبارات المعنية، باختلاف فهم جهات إنفاذ وتطبيق القانون. وخلص إلى أن الجزء الخاص بالتعاريف يعتبر من أهم مكونات هيكل التشريع، وكلما أحسنت صياغة التعاريف وترقيمتها بكفاءة ودقة، كان من ثمار ذلك صيرورة نصوص التشريع محددة واضحة، كما تساعد على تجنب تكرار معاني الكلمات والعبارات المعرفة كلما ترددت في التشريع^(١).

(١) مستشار دكتور/ سري محمود صيام، صناعة التشريع (الكتاب الأول - المعايير الحاكمة للتشريع)، دار النهضة العربية، ٢٠١٥.

٢. وتوصي الباحثة بتعديل النظام، حيث إنه يحيل على نحو صريح إلى اللائحة بخصوص تعريفات للكلمات والعبارات الأخرى الواردة في النظام، الأمر الذي يوحي بأن اللائحة قد تتكفل باستدراك القصور الذي شاب صياغة المادة الأولى من النظام بعدم تعريف شركة المساهمة المبسطة. وبمطالعة اللائحة الصادرة في ١٤٤٤/٥/٢٣م تبين أن واضع اللائحة التنفيذية خصص المادة الأولى منها والمعنونة "التعريفات" ولكن للأسف أن واضع اللائحة في صياغته لهذه المادة قد شابه القصور، سواء من حيث إيراد التعاريف دون ترتيب متسلسل، وكذلك لم يتطرق البتة لتعريف شركة المساهمة المبسطة. ومن ثم، فمن أجل تجنب التكرار والإطناب في هذا الشأن فإن الباحثة ترى أن ما قيل بشأن انتقاد صياغة المادة الأولى من النظام يسري بالتبعية على المادة الأولى من اللائحة.

٣. خصص المنظم السعودي مادة مستقلة لتعريف شركة التضامن (١)، ومادة مستقلة لتعريف شركة التوصية بالأسهم (٢)، ومادة مستقلة لتعريف شركة المساهمة (٣)، ومادة مستقلة لتعريف الشركة ذات المسؤولية المحدودة (٤)، بينما أغفل ذات المنظم تخصيص مادة لتعريف شركة المساهمة المبسطة تماثل المواد التي تعلق بتعريف شركة التضامن، وشركة التوصية بالاسم، شركة المساهمة، شركة ذات المسؤولية المحدودة.

وتخلص الباحثة في ضوء ما سبق بيانه إلى أن إغفال المنظم السعودي لتعريف شركة المساهمة المبسطة يفقد التبرير القانوني، ويعوزه المنطق السليم.

التوصية الثانية:

تص المادة (الثالثة والأربعون بعد المائة) والمعنونة "مسئوليات الإدارة" المتعلقة بشركة المساهمة المبسطة على أن "تسري الأحكام الخاصة بمسئولية مجلس إدارة شركة المساهمة على رئيس شركة المساهمة المبسطة أو مديرها أو مجلس إدارتها بحسب الأحوال".

وبمطالعة الباحثة للباب الرابع من النظام والمتعلق بشركة المساهمة، والذي يشتمل على المواد التي تبدأ بالمادة (٨٨) حتى المادة (١٣٧). وبفحص نصوص تلك المواد بترؤ وتضمن حتى يتسنى الوقوف على "الأحكام الخاصة بمسئولية مجلس إدارة شركة المساهمة، وللباحثة أن تحيل إلى ما أوردته في المتن في هذا الشأن. إذ خلصت إلى أن الباب الرابع المتعلق بشركة المساهمة جاء خلواً من بيان الأحكام الخاصة بمسئولية مجلس إدارة شركة المساهمة، الأمر يصم الباب الرابع من النظام بالقصور في هذا الشأن، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإنه يتعذر - إزاء القصور - إمكانية

ص ١٩٠ وما بعدها.

ويراعى أن مؤلف ذلك المرجع كان يشغل منصب مساعد وزير العدل المصري لشئون التشريع ورئيس مجلس القضاء الأعلى المصري الأسبق.

(١) انظر - في هذا الصدد - المادة الخامسة والثلاثين.

(٢) انظر - في هذا الصدد - المادة الخامسة والخمسين.

(٣) انظر - في هذا الصدد - المادة الثامنة والخمسين.

(٤) انظر - في هذا الصدد - المادة السادسة والخمسين بعد المائة.

تطبيق أحكام المادة (١٤٣) من جانب القضاء بحسب كونها مادة معطلة، كما يتعذر - أيضاً - التطرق إليها من جانب الباحثين. لذا، توصي الباحثة المنظم السعودي باستدراك القصور وبإجراء تعديل نظامي على المادة (١٤٣) وأن يعول المنظم السعودي على نظيره المصري في هذا الشأن.

التوصية الثالثة:

يلاحظ في إطار فقرات المادة (١٤٦) من النظام أن المنظم السعودي لم يفرض موعداً معيناً يجتمع فيه المساهمون بشركة المساهمة المبسطة بصفة منتظمة، ولم يضع حداً أدنى لمرات الاجتماع، بل ترك الأمر لمحض تقدير رئيس الشركة أو مديرها، أو مشيئة طلب مراجع الحسابات. وترى الباحثة أن وجود إلزام بعقد اجتماع المساهمين في ميعاد معين - وبصفة دورية ومنتظمة - وليكن مرة على الأقل كل شهر يؤدي إلى ضمان قيام المساهمين بالاختصاصات المنوطة بهم على نحو فعال والإمام وموالاته مجريات أمور الشركة، لذا فإن صياغة المادة (١٤٦) في هذا الشأن يشوبها القصور، وعليه توصي الباحثة المنظم السعودي بإجراء تعديل نظامي لاستدراك هذا القصور.

التوصية الرابعة:

أشارت المادة (١٥٢) إلى إجازة نظام الشركة الأساس أن ينص على شروط إلزام أحد المساهمين بالتنازل عن أسهمه... ويجوز أن ينص نظام الشركة الأساس على تعليق الحقوق المتصلة بأسهم ذلك المساهم - فيما عدا الحقوق المالية - إلى حين تنازله. وترى الباحثة أنه إذا كان تعليق الحقوق غير المالية لهذا المساهم غير مُجدٍ، وذلك باستمرار تعنته على عدم التنازل - فإن مصلحة الشركة - تقتضي في هذه الحالة أن يمتد نطاق التعليق ليشمل حقوقه المالية على نحو تدريجي حتى يفيق من جراء تعنته. لذا توصي الباحثة - في ضوء ما سبق - المنظم السعودي بإجراء تعديل نظامي ليعالج استدراك هذا القصور إزاء التعنت غير المبرر لذلك المساهم.

التوصية الخامسة:

تنص المادة (الثالثة والخمسون بعد المائة) المعنونة "تسوية المنازعات" على أن: "فيما عدا الأفعال الجنائية، يجوز أن ينص في نظام الشركة الأساس على تسوية المنازعات أو الخلافات أيًا كانت طبيعتها التي قد تقع بين المساهمين أو بين الشركة ورئيسها أو مديرها أو أي من أعضاء مجلس إدارتها - بحسب الأحوال - باللجوء إلى التحكيم أو غير من الوسائل البديلة لتسويتها".

وفي إطار انتقاد صياغة نص المادة (١٥٢) - من جانب الباحثة، فإنها عوّلت على الآتي:

إن عبارة "الوسائل البديلة لتسويتها" الواردة بالنص لاحظت بشأنها الآتي:

أ. إن صياغتها جاءت بشكل مبتسر ومقتضب، لذا، كان من الأصوب أن تتعت "الوسائل" بصفة الودية قبل البديلة، وتكون على النحو الآتي:

"الوسائل الودية البديلة" وهو ما يعني تبنى المنظم السعودي نهج التحول عن نظم التقاضي إلى نظم التراضي في تسوية المنازعات أو بالأحرى "الهروب أو الفرار من عسر التقاضي إلى يسر التراضي.

ب. كما جاءت صياغة تلك العبارة خالية من الإشارة على نحو صريح إلى أمثلة تُعد من قبيل الوسائل البديلة، وهي متعددة، لعل الباحثة تذكر منها الأكثر ذيوغاً، الوساطة، التوفيق، المصالحة.

ج. يراعى أن المنظم السعودي سبق أن اعتد بالوسائل الودية البديلة، منها المصالحة والوساطة؛ إذ تُص المادة (الثامنة) من نظام المحاكم التجارية - في هذا الصدد - على أن " تحدد اللائحة الآتي:

إجراءات المصالحة والوساطة، بما في ذلك الدعاوى التي يجب أن يسبق نظرها إلى المصالحة والوساطة...".

د. تم إنشاء مركز المصالحة، وهو مركز تابع لوزارة العدل السعودية يُعنى بتقديم خدمات الصلح عبر منصة تراضي الرقمية، ويهدف إلى نشر ثقافة الصلح في المجتمع السعودي، ليصبح البديل المفضل اجتماعياً واقتصادياً لتسوية النزاعات عبر مُصلحين مؤهلين ومتخصصين في مختلف مسارات النزاع، ضمن إجراءات مؤسسية وتشريعات معتمدة.

وتخلص الباحثة - في ضوء ما سبق تبيانه - إلى أن:

عبارة "الوسائل البديلة لتسويتها" كانت صياغتها تفتقد الدقة، علاوة على أنها قد شابها القصور. لذا توصي المنظم السعودي باستدراك القصور بإجراء تعديل نظامي على المادة (الثالثة والخمسين بعد المائة) في ضوء ما لاحظته، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإنه بمطالعة نص المادة (١٥٣) - سالف الذكر - من النظام نجد أنه حصر تسوية المنازعات عن طريق التحكيم أو الوسائل البديلة التي تثور بين المساهمين أو بين الشركة ورئيسها أو مديرها أو أي من أعضاء مجلس إدارتها، ويلاحظ على أطراف المنازعات أنه اقتصر على الأطراف فحسب ذات الصلة بشركة المساهمة المبسطة، لذا، فإن الباحثة تود أن يتسع نطاق أطراف المنازعات ليشمل أطرافاً أخرى خارج شركة المساهمة المبسطة مثل الغير، الأمر يشوب صياغة المادة (١٥٣) - أيضاً - بالقصور. لذا، لزم ضرورة إجراء تعديل نظامي عليها لمعالجة ذلك القصور.

المراجع أولاً: المراجع العربية المؤلفات العربية

- د. أحمد شكري السباعي، الوسيط في الشركات والمجموعات ذات النفع الاقتصادي، دار المعرفة - الجزء الخامس، دون ذكر تاريخ للنشر.
- أحمد عبد الكريم سلامة، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات (المفاوضات - الوساطة - التوفيق - الصلح) بديلاً عن المعترك القضائي، دار النهضة العربية، ٢٠١٢.
- د. حسام الدين فتحي ناصف، حماية المتعاقد حسن النية مع صاحب الوضع الظاهر، دار النهضة العربية، ١٩٩٦.
- د. سامي عبد الباقي أبو صالح، تعارض المصالح في الأنشطة الخاضعة لقانون سوق المال المصري الواقع والمأمول، (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، ٢٠١٦.
- د. سعودي حسن سرحان، نحو نظرية لحماية الغير حسن النية المتعاملين الشركات التجارية، دار الأندلس - المنوفية - مصر، ١٩٨٩.
- د. سميحة القليوبى، الملكية الصناعية، دار النهضة العربية، الطبعة التاسعة، ٢٠١٣.
- د. عاشور عبد الجواد عبد الحميد، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، ٢٠١٣.
- د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (الجزء الأول - نظرية الالتزام بوجه عام ومصادر الالتزام)، إصدار نادى القضاة المصري، ٢٠٠٨.
- د. عدنان بن صالح العمر، الوجيز في شركات التجارية وأحكام الإفلاس، (وفقاً لنظام الشركات لسنة ١٤٤٣هـ ونظام الإفلاس)، دراسة تحليلية مقارنة، دون ذكر دار للنشر الطبعة الخامسة، ١٤٤٤هـ.
- د. على سيد قاسم، حقوق الملكية الفكرية في قانون دولة الإمارات العربية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩.
- د. محسن شفيق، - الفقيه الكبير للقانون التجاري وكان عضواً بلجنة اليونسيترال UNCITRAL بالأمم المتحدة - المشروع ذو القوميات المتعددة من الناحية القانونية، مطبعة جامعة القاهرة، الكتاب الجامعي ١٩٧٨.
- د. محمد بهجت عبد الله قايد:
- حصة العمل في الشركة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، ١٩٨٩.
- الشركات التجارية (النظرية العامة للشركة - شركات الأشخاص - الشركة ذات المسؤولية المحدودة، شركة التوصية بالأسهم - شركة المساهمة)، دار النهضة العربية، ١٩٩٧.
- د. ياسر أحمد كامل الصيرفي، إلغاء التصرف القانوني، دار النهضة العربية، ١٩٩٥.

دوريات:

د. عبد الرحمن بن نبيل الصالح، شركة المساهمة المبسطة، (دراسة تحليلية مقارنة)، بحث منشور في مجلة الحقوق - الكويت، ٢٠٢١.

د. مروة محمد عبد الحميد العيسوي، النظام القانوني لشركة الشخص الواحد في نظام الشركات السعودي الجديد الصادر ١٤٣٧ - ٢٠١٤٥، بحث منشور في مجلة الحقوق - جامعة الكويت، مقبول للنشر في ٢٠/٨/٢٠١٩.

رسائل:

د. خالد آخر بيل، الطبيعة القانونية لشركة المساهمة في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم نهاية التكوين في سلك الماستر الأساسي قانون الأعمال - جامعة أبو زهر الجدير، ٢٠١٧.

د. ليلي فتح، شركة المساهمة المبسطة في التشريع المغربي والمقارن، رسالة دكتوراه في القانون الخاص مقدمة لكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني - عين الشق، الدار البيضاء، ٢٠٠٥.

ثانياً: المراجع الأجنبية:

المراجع الفرنسية:

- A. Couret & P. Le cannu, Société par actions Simplifiée, GLN – Joly, 1994.
J.J. Daigre & D. Gerry, la Société par actions Simplifiée, Dr. Soc, Actes pratique, 1994.
M. Jeantin, Société par actions Simplifiée, GLN – Joly, 1994.
Philippe Merle, Précis, droit Commercial, Sociétés Commerciales, 5é éd, Dalloz, Delta, 1996.
Pierre – Louis périn, la société par action simplifiée, l'organisation des pouvoirs, Joly édition 2000, pratique des affaires.

المراجع الإنجليزية:

John Klein, good Faith in International Transactions, 15 Liverpool, 1993.

Case number 022022) 9/9430/2022/).
Case number 022022) 9/8522/2022/).
Case number 022022) 7/6322/2022/).
Case number 022022) 4/5097/2022/).
Case number 022022) 8/21586/2022/).
Case number 022022) 2/21012/2022/).
Case number 022022) 3/20692/2022/).
Case number 022022) 9/20511/2022/).
Case number 022022) 9/18239/2022/).
Case number 022022) 8/12421/2022/).
Case number 92023) 02/2023/10010/).
Case number 82023) 02/2023/17534/).
Case number 82023) 02/2023/08042/).
Case number 22023) 02/2023/9664/).
Case number 022023) 6/5577/2023/).
Case number 022023) 9/04328/2023/).
Case number 022023) 9/0203/2023/).
Case number 52024) 02/2024/1369/).

Table of Legislation

UK:

Companies Act 2006
Corporate Insolvency and Governance Act 2020
Enterprise Act 2002
Insolvency Act 1986

US:

Bankruptcy Code 1978
Bahrain:
Bankruptcy and Composition Law 1987
Civil Law 2001
Financial Institutions Law 2006
Reorganization and Bankruptcy Law 2018

Other Jurisdictions:

Egyptian Restructuring, Preventive Composition and Bankruptcy Law 2018
German insolvency Code 1999 (Insolvenzordnung)
Omani Bankruptcy Law 2019
Saudi Bankruptcy Law 2018
Spanish Law 382011/ of October 2011

Table of Cases

UK

In Re DeepOcean [2020] EWHC 3549 (Ch).

In Re Virgin Atlantic Airways Ltd [2020] BCC 997.

US:

Carolin Corp. v Miller 886 F.2d 693 (4th Cir. 1989).

In re Andrews, 17 B.R. 515 (Bankr. C.D. Cal. 1982).

In re Johns-Manville Corp, 36 BR 727 (Bankr S D N Y 1984).

In re Little Creek Dev. Co., 779 F.2d 1068 (5th Cir. 1986)

In re Pappas, 17 B.R. 662, 667 (Bankr. D. Mass. 1982)

In re SGL Carbon Corp, 200 F3d 154 (3rd Cir 1999).

In re the Gibson Group, Inc, 66 F3d 1436, 1442 (6th Cir 1995)

In re Verrazzano Towers, Inc., 10 B.R. 387 (Bankr. E.D.N.Y. 1981)

Bahrain:

Cassation number 2522010) 2010/).

Case number 022019) 8/16113/2019/).

Case number 022019) 9/14061/2019/).

Case number 022019) 8/10764/2019/).

Case number 022019) 1/06095/2019/).

Case number 022019) 9/03349/2019/).

Case number 022019) 2/00563/2019/).

Case number 022020) 1/6415/2020/).

Case number 022020)1/5362/2020/).

Case number 022020) 9/12434/2020/).

Case number 022020) 8/06305/2020/).

Case number 022020) 9/05922/2020/).

Case number 022020) 8/03064/2020/).

Case number 022021) 3/5775/2021/).

Case number 022021) 7/19494/2021/).

Case number 022021) 1/19452/2021/).

Case number 022021) 3/18462/2021/).

Case number 022021) 5/18461/2021/).

Case number 022021) 5/17004/2021/).

Case number 022021) 6/12974/2021/).

Case number 022021) 1/125/2021/).

Case number 022021)7/11296/2021/).

Case number 022021)4/10045/2021/).

ontext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=(sc. Search)&comp=pluk > accessed 1 July 2024

Shura Council, 'Rules of 28th session- 4th Legislative Chapter' (Shura Council, 29 April 2018) <https://councilsessions-s3-bucket.s3.me-south-1.amazonaws.com/_28_pdf-1704976865799.pdf?X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=AKIA4XAHVY3LHQ7YI5EO%2F202407172%Fme-south-12%Fs32%Faws4_request&X-Amz-Date=20240717T120432Z&X-Amz-Expires=900&X-Amz-Signature=102149aa5257c61ec8109a2c691bf545af96ef8b5fdaf2f0e60394be18a6655a&X-Amz-SignedHeaders=host> accessed 10 July 2024

Command Papers and Reports

Cork K, *Insolvency Law and Practice: Report of the Review Committee* (HM Stationery Office 1982)

UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law* (United Nations 2005)

IMF, *Orderly & Effective Insolvency Procedures* (International Monetary Fund 1999).

Ph.D. Thesis

Alfawzan F, 'Critical Examination of Saudi Restructuring Law in the Light of United Kingdom and United States Experiences' (PhD thesis, University of Leeds, January 2022)

Faseluka J, 'A Critical Analysis of The Effectiveness of Corporate Rescue in Retail Sector Insolvency Cases' (PhD thesis, University of Leeds, March 2022) 8.

Koops C.E, 'Contemplating compliance: European compliance mechanisms in international perspective' (PhD thesis, Amsterdam Center for International Law, March 2014)

Working Papers

Banerjee R and Hofmann B, 'Corporate zombies: Anatomy and life cycle' (2020) Bank for International Settlements working paper 882 1

Gurrea-Martínez A, 'Insolvency Law in Emerging Markets' (2020) Ibero-American Institute for Law and Finance working paper 32020/ <<https://ssrn.com/abstract=3606395>> accessed 28 July 2023

Mohan M.P R, 'The Role of Insolvency Tests: Implications for Indian Insolvency Law' (2021) IIMA working paper 1, 2.

- (Alayam, 3 April 2023) <<https://alay.am/p/6xn4>> accessed 26 July 2023.
- , 'Judgments of Lawsuits in Commercial Disputes' (Supreme Judicial Council, 2023) <<https://ahkamtejaria.sjc.bh/>> accessed 15 August 2023' (Alayam, 1 Feb 2024) <<https://alay.am/p/7ux3>> accessed 1 July 2024.
- Abu-Safi T, 'Top of Form, "Awal Al Khaleej" is heading towards liquidation and complete closure' (Top of Form Bottom of Form) (Alayam, 1 Feb 2024) <<https://alay.am/p/7ux3>> accessed 1 July 2024.
- Almansoor H, 'An Overview of Bahrain's Bankruptcy Framework' (Mondaq, 13 April 2022) <<https://www.mondaq.com/insolvencybankruptcy/1182506/an-overview-of-bahrains-bankruptcy-framework>> accessed 28 July 2023
- Gearon P and Reichert W, 'Notable Changes to Insolvency Legislation in the GCC' (Charles Russell Speechlys, 15 April 2021) <<https://www.charlesrussellspeechlys.com/en/news-and-insights/insights/corporate/2021/notable-changes-to-insolvency-legislation-in-the-gcc/>> accessed 29 July 2023.
- Hajjar F and Goud S, 'Bahrain Introduces New Insolvency Regime' (Lexology, 28 Feb 2019) <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=efa7bea9-a1994-fd01-9504-c3c392f2047>> accessed 28 July 2023
- Langat R and Alhashemi M, 'Black is the new black, Bahrain's bankruptcy regime at a glance' (Al Doseri Law, 1 Dec 2021) <<https://www.aldoserilaw.com/black-is-the-new-black-bahrains-bankruptcy-regime-at-a-glance/>> accessed 28 July 2023.
- Payne J, 'An Assessment of the UK Restructuring Moratorium' (SSRN, January 4 2021) <<https://ssrn.com/abstract=3759730> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3759730>> accessed 2 July 2024.
- Practical Law Restructuring and Insolvency, 'Administration' (Practical Law UK) <https://mail.google.com/mail/u/2/#inboxhttps://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Document/I3351a6fee8da11e398db8b09b4f043e0/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv12%Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401200000190bbb11284b83f10c73%Fppcid%3D159592272a8145a9b0e5385f984f01b726%Nav%3DKNOWHOW_UK%26fragmentIdentifier%3DI3351a6fee8da11e398db8b09b4f043e026%parentRank%3D026%startIndex%3D126%contextData%3D%2528sc.Search%252926%transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=87021b9d45648aeec472bef424ec08e6&list=KNOWHOW_UK&rank=1&sessionScopeld=d6f4ab8b728c354ab26b58009942b8f7f0921fba5f2f1cbf0132aab91403b13&ppcid=159592272a8145a9b0e5385f984f01b7&originationC>

- Hynes R.M and. Walt S.D, 'Revitalizing Involuntary Bankruptcy' (2020) 105 Iowa L Rev 1127
- Isherwood N, 'Coronavirus and Corporate Insolvency: A Comparative Analysis of the Corporate Insolvency and Governance Act 2020' (2022) 11 Aberdeen Student L Rev 100
- McCormack G, 'Corporate Rescue Law in Singapore and the Appropriateness of Chapter 11 of the US Bankruptcy Code as a Model' (2008) 20 SAclJ 396
- Mohamed H, 'Restructuring of Troubled Commercial Projects' (Arabic) (2023) 42 Legal & Scholar Research Journal 753
- Mojdehi A & Gertz J, 'The Implicit Good Faith Requirement in Chapter 11 Liquidations: A Rule in Search of a Rationale' (2006) 14 Am Bankr Inst L Rev 143
- Tabb C, 'The Future of Chapter 11' (1992) 44 SC L Rev 791
- Tribe J, 'Company Voluntary Arrangements and Rescue: A New Hope and a Tudor Orthodoxy' (January 15, 2009) Journal of Business Law, Forthcoming 1
- Warren E and Westbrook J, 'The Success of Chapter 11: A Challenge to the Critics'(2009) 107 MICH. L. REV. 603
- Westbrook J, 'The Globalisation of Insolvency Reform' (1999) 1999 NZ L Rev 401

Websites and Blogs

Bottom of Form

- , 'Bahrain Economic Vision 2030'(Kingdom of Bahrain's National Portal, 18 July 2021) <[https://www.moj.gov.bh/ar/communication-guide-arb-6](https://www.bahrain.bh/wps/portal/en!/ut/p/z1/IVLLUslwFP0VN12W3DbQRneVQZCRwQFKIRsmhfShbVJCbPXvDcMKFYrZJXNe9-QiilaIClbnKdO5FKww9zX1NqMpeI5L3DHBIYZg6vVn9wNwhtBD0TkAMB4cAf6rv7x3PQKI3sIHd9J3nruGP5kABORx9rJ46gMM8Y38Cydo9V8iimi1zXdojRPHT3q9xHZ9wu2ux8AmMYtt4ntu4hDCux4-ordCVzpDa57KupJKs2LDIAUFE7tcpHcVS_nBgphliuXCBQw_S_qdgl6fITrattR80rjSY5vJ2oT0L4Y0CIGd8waFQqrSbMb8n8WNAI3bPsNsW_6239PAICyF5p8arW5v2cinhYxPWxulGJMUUcUTrrjqfCjznGldHR4ssKBpmk4qZVrwzlaWFvxFyeTB-J8j0ZwpVJVhGJYef9nvM9lSkqyoy4ho8g1roKJ3/dz/d5/L0IHSkpZQSEhL3dMTUFIa0FFa0EhIS80TIZFL2Vu/> accessed 27 July 2023</p><p>--, 'Bankruptcy Cases' (Ministry of Justice, Islamic affairs and Waqf) < accessed 15 August 2023
- , 'Continuous development is necessary to improve the law. 'House of Merchants': No cases of bankruptcy law exploitation were discovered.'

Bibliography

Books

- Ali A, *The Saudi Bankruptcy System: An Analytical Study Compared to The Bankruptcy Systems in The United States, England, and European Union (Arabic)* (Law and Economic Library 2023)
- Anderson C and Morrison D, 'The Commencement of the Company Rescue: How and When Does It Start?' in Paul J Omar (ed), *International Insolvency Law: Themes and Perspectives* (Ashgate Publishing Limited 2008)
- Finch V and Milman D, *Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles* (3rd edn, Cambridge University Press 2017)
- McCormack G, *Corporate Rescue Law: An Anglo-American Perspective* (Edward Elgar 2008)
- Payne J, *Schemes of Arrangement: Theory, Structure and Operation* (Cambridge University Press 2014)
- Radhi N, Janahi N, Altraif M, 'Bahrain: Law and Practice' in Paul Leake (ed), *Insolvency* (Chambers and Partners 2022)
- Westbrook J, Booth C, Paulus C, Rajak H, *A Global View of Business Insolvency Systems* (Martinus Nijhoff Publishers 2010)

Articles

- Al-Arnaout I, 'The Regular Reorganisation Plan to Save Troubled Economic Projects According to The Jordanian Insolvency Law (A Comparative Study)' (Arabic) (2020) 47(3) *Derasat* 152
- Al-Faliti S, 'The Role of Restructuring in Saving Projects and Commercial Companies in The Omani Bankruptcy Law: An Analytical Study' (Arabic) (2019) *Journal of the College of Law for Legal and Economic Research-Alexandria University* 2 1127
- Al-Gheit R, 'Restructuring Troubled Projects as a Mechanism to Prevent Bankruptcy: In Accordance with the Provisions of Law No. 11 Of 2018 Regarding the Organization of Restructuring, Preventive Composition and Bankruptcy' (Arabic) (2020) 6(2) *Sadat City University, Faculty of Law* 3
- Amin B and Billington D, 'Bahrain's New Bankruptcy Law' (2019) 9 *Emerging Markets Restructuring Journal* 1
- Cuevas C, 'Good Faith and Chapter 11: Standard That Should Be Employed to Dismiss Bad Faith Chapter 11 Cases' (1993) 60 *Tenn L Rev* 525
- El-Bastawisi I, 'Restructuring According to Law No. 11 of 2018 Regulating Restructuring, Protective Composition and Bankruptcy "A Comparative Study with Some Arab Laws"' (Arabic) (2022) 25(2) *Tfhna Al-Ashraf Law College Journal* 975

lacks any alternative formal reorganisation frameworks, making the insolvency test's application even more problematic.

Moreover, the imposition of the insolvency test in Bahrain contradicts supranational recommendations, which advocate for more flexible and debtor-friendly approaches to reorganisation. The rigid requirement to prove insolvency not only hampers the potential for early intervention but also places an undue burden on debtors, thereby reducing the likelihood of successful reorganisation attempts. This misalignment with international best practices suggests the need for a reassessment of the current legal framework.

Drawing parallels with the US Chapter 11 system, which relies on a good faith test rather than an insolvency test, this article argues for a more lenient approach to the commencement of reorganisation processes under RBL 2018. The recommendation is to omit the insolvency test while ensuring the rigorous application of the good faith standard. Such an adjustment would strike a balance between protecting debtors and preventing misuse, ultimately enhancing the efficiency and accessibility of reorganisation proceedings in Bahrain.

Furthermore, the article suggests adopting a financial difficulty test as an alternative to the insolvency test. This approach, already utilised in jurisdictions like UK, Egypt and Oman, would allow companies facing significant financial challenges to seek reorganisation without the onerous requirement of proving insolvency. Implementing a financial difficulty test would provide a more realistic and practical threshold for reorganisation, promoting early intervention and increasing the chances of successful business rescues.

In summary, the article advocates for a nuanced re-evaluation of the insolvency test within the RBL 2018 framework to better align with the unique features of the Bahraini legal landscape and foster a more robust and equitable insolvency regime. By adopting a financial difficulty approach, Bahrain can create a more supportive environment for struggling businesses, encouraging early reorganisation efforts and ultimately contributing to the country's economic stability and growth.

Regionally, the concept of ‘financial difficulty’ as a criterion for initiating reorganisation processes is increasingly being recognised as a practical and effective approach within the legal frameworks of Arab countries. This is evident in the Egyptian Restructuring, Preventive Composition and Bankruptcy Law 2018, and the Omani Bankruptcy Law 2019 which both have adopted ‘financial difficulty’ approach, facilitating earlier intervention before the status of insolvency and increasing the chances of successful rehabilitation.¹

To sum up, Bahrain’s RBL 2018 could significantly enhance its effectiveness by revisiting its insolvency requirement and considering the adoption of a ‘financial difficulty’ criterion. This change would not only align Bahrain’s framework with aligning with international best practices and supranational recommendations and regional advancements but also improve the prospects for successful rehabilitation of distressed companies, thereby supporting economic stability and growth.

Conclusion

In conclusion, this article has delved into the commencement requirements for reorganisation proceedings under the RBL 2018, comparing them with counterparts in the US and UK legal frameworks. The primary focus has been on the insolvency test, a pivotal condition for initiating reorganisation proceedings in Bahrain. While the RBL 2018’s good faith requirement and court-centric nature offer commendable safeguards against misuse, the imposition of the insolvency test has been scrutinised for its drawbacks.

The analysis has highlighted that the insolvency test, requiring debtors to prove their financial distress, poses significant impediments to early rescue attempts, burdens businesses with extensive evidentiary obligations, and, in practice, has led to a limited number of approved reorganisation petitions. This raises concerns about the test’s relevance within the Bahraini context. Despite the insolvency test’s potential relevance in UK administration proceedings, it is essential to note that the UK benefits from having multiple formal reorganisation mechanisms. Bahrain, however,

1. Al-Faliti (n 92) 1211; Ibrahim Ahmed El-Bastawisi, ‘Restructuring According to Law No. 11 of 2018 Regulating Restructuring, Protective Composition and Bankruptcy “A Comparative Study with Some Arab Laws”’ (Arabic) (2022) 25(2) Tfhna Al-Ashraf Law College Journal 975,10023-.

2018. If the RBL 2018 had included provisions to protect companies experiencing financial hardship before reaching insolvency, AGM might have had the opportunity to implement a formal reorganisation process, rather than being forced into liquidation.

AGM needed official legal protection to facilitate its out-of-court settlement and ensure that the agreements made with creditors were enforceable. The financial difficulties that AGM experienced with local banks since 2018 indicate that the company was facing financial difficulties long before it filed for liquidation and become insolvent. However, without a legal framework that recognises financial difficulty as a valid criterion for initiating reorganisation, AGM had no formal means to seek protection and restructure its debts under Bahraini law. The requirement to prove insolvency as a precondition for reorganisation effectively barred AGM from accessing the necessary legal mechanisms to resolve its financial distress. Eventually, the delays and expenses associated with the insolvency prerequisite led to value erosion for AGM and resulted in its liquidation.

Had there been a formal reorganisation process available to AGM under RBL 2018, the company could have sought court approval for a reorganisation plan at an earlier stage, even before reaching the point of insolvency. This legal protection would have allowed AGM to negotiate with creditors under the supervision of the court, ensuring that the agreements reached were binding and could not be unilaterally altered by the banks. The enforcement of a reorganisation plan through the court would have provided AGM with the necessary breathing space to restructure its operations, reduce its debt burden, and avoid liquidation. Moreover, the inclusion of a 'financial difficulty' criterion would align RBL 2018 with international best practices, as recommended by supranational bodies like UNCITRAL and the IMF. These organisations advocate for a flexible approach to reorganisation that allows companies to address financial difficulties early on, thereby increasing the chances of successful rehabilitation and minimising the need for liquidation. The insistence on an insolvency test not only contradicts these recommendations but also fails to provide a practical solution for companies like AGM that are struggling but not yet insolvent.

This approach highlights the flexibility and practicality of assessing financial difficulty rather than strictly requiring insolvency. By focusing on the seriousness of financial distress and its impact on a company's viability, the court enabled companies that had not yet ceased payments to access the reorganisation process. This proactive stance allows for earlier intervention, potentially preventing liquidation and preserving value.

Adopting a similar 'financial difficulty' approach within Bahrain's RBL 2018 could offer substantial benefits. Currently, RBL 2018's requirement for demonstrating insolvency imposes a significant burden on debtors, often delaying intervention until the financial situation has deteriorated to a critical point. This delay can lead to value erosion, as will be seen in the case of Awal Gulf Manufacturing (AGM), where the requirement to prove insolvency before seeking protection contributed to the company's eventual liquidation.

4.1 A Working Example: Awal Gulf Manufacturing (AGM)

A notable example supporting the 'financial difficulty' approach as an alternative to the insolvency test within the framework of RBL 2018 is the current situation of Awal Gulf Manufacturing (AGM). AGM is a leading HVACR manufacturing company based in the Kingdom of Bahrain since 1970, serving customers in more than 40 countries globally. Recently, AGM announced that it has filed a lawsuit before the Bahraini courts for the liquidation and bankruptcy of the company and its complete closure.¹ AGM stated that the decision to liquidate and completely close the company came against the backdrop of 'financial difficulties' the company started facing with local banks since 2018, due to debts amounting to approximately 49 million Bahraini dinars. Despite AGM reaching a settlement regarding its debts with creditor banks, the company was forced into liquidation and closure after local banks reneged on the previously agreed-upon debt reduction. Consequently, AGM has announced the layoff of more than 760 employees.

The situation of AGM exemplifies the potential benefits of adopting a 'financial difficulty' approach instead of an insolvency test within the framework of RBL

1. Tamam Abu-Safi, "Awal Al Khaleej" is heading towards liquidation and complete closure Top of Form Bottom of Form' (Alayam, 1 Feb 2024) <<https://alay.am/p/7ux3>> accessed 1 July 2024.

Financial difficulties can be identified through several key indicators that align with international accounting standards,¹ beyond the traditional insolvency tests such as the payment cease and balance sheet test. Firstly, a significant increase or decrease in the project's debt ratio signals potential financial difficulty. This can be accompanied by a continuous reliance on short-term financing to cover commercial expenditures, highlighting a shortfall in the project's ability to manage its finances sustainably. Additionally, if the project frequently resorts to debt rescheduling and extends repayment periods multiple times, this indicates ongoing financial challenges. Another critical indicator is a consistent rise in inventory levels, which may suggest sales decline. A substantial drop in company sales and a decrease in overall project profitability are also clear signs of financial strain. Moreover, signs of weakened management capability to adapt to different economic conditions further exacerbate the financial difficulties faced by the project.²

As seen in *Re DeepOcean*, the UK court provided a significant precedent for assessing the 'financial difficulty' approach. The court emphasised that for condition A to be met, the current or expected financial difficulties must be 'sufficiently serious' to give rise to the likelihood that the company will be unable to continue operations as a going concern. This standard ensures that only those companies facing genuinely severe financial distress, which threatens their ongoing viability, are eligible for reorganisation protection.

In this particular case, despite the parent company not being in a state of ceased payments nor its affiliates (the applicant companies), it faced financial constraints that jeopardised its ability to continue providing the necessary support without risking its own financial stability. The court found that the financial difficulties of the applicant companies, exacerbated by the parent company's inability to sustain financing, sufficiently demonstrated a threat to their ability to operate as a going concern. Consequently, the court concluded that condition A was satisfied, allowing the companies to benefit from the reorganisation process.

1. Hayam Abdulghani Yousif Mohamed, 'Restructuring of Troubled Commercial Projects' (Arabic) (2023) 42 *Legal & Scholar Research Journal* 753,7634-.

2. *ibid.*

businesses.¹ Moreover, the insolvency requirement lacks justification within the framework of RBL 2018, given the court-based nature of the proceedings, and the robust good faith test, both of which adequately safeguard against any potential improper use. In addition, the requirement of the insolvency test contradicts supranational recommendations, which promote a more lenient requirement than liquidation. This requirement also puts a heavy burden on debtors, further complicating their efforts to seek relief through reorganisation proceedings. Consequently, the author consequently recommends a more lenient approach to the commencement of reorganisation processes under RBL 2018, with the exclusion of the insolvency test.

4. A Lenient Approach: Financial Difficulty Approach

A question may arise regarding what alternative approach could be used instead of the insolvency test. By considering the comparative aspect of this research, which entailed observing UK and US reorganisation mechanisms, the Bahraini insolvency framework could benefit from these systems. RBL 2018, as discussed earlier, is similar to the US Chapter 11 approach in imposing the good faith test, which serves as a robust guard against any misuse of the reorganisation process.

From the UK perspective, which includes various reorganisation regimes that do not require insolvency status, such as the CVAs, SoA, Part 26A scheme, and the Stand-Alone Moratorium, one mechanism stands out: the Part 26A scheme. This scheme includes a ‘financial difficulty’ approach rather than a ‘financial distress’ approach.

Financial difficulty refers to a situation where a company is experiencing problems with its finances, such as reduced cash flow and increased debt. It is often a preliminary stage and can be manageable with corrective actions such as reorganisation. On the other hand, financial distress is a more severe condition where a company is struggling to meet its financial obligations and is at risk of defaulting on its debt, which is essentially the insolvency status.

1. Aurelio Gurrea-Martínez, ‘Insolvency Law in Emerging Markets’ (2020) Ibero-American Institute for Law and Finance working paper 312 ,2020/ <<https://ssrn.com/abstract=3606395>> accessed 1 July 2024.

the excessive burden placed on debtors to provide comprehensive evidence, often leading to the rejection of their petitions. In fact, only two reorganisation petitions being approved for the commencement of bankruptcy proceedings,¹ despite RBL 2018 having existed for more than six years.

While some of these required documents are crucial for determining various tests imposed by RBL 2018, such as the good faith test, viability test, the idea here is not to challenge the validity of all these documentation requirements. Rather, the argument is that imposing an insolvency test and its burden on top of this excessive burden significantly hinders debtors. As discussed above, the insolvency test prevents early reorganisation attempts, lacks justification within Bahrain's insolvency framework, and contradicts supranational recommendations. Consequently, the necessity to prove insolvency, coupled with the demand for extensive documentation, creates an almost insurmountable barrier for debtors seeking relief through reorganisation proceedings, making the process overly complex and inaccessible. Moreover, the exclusion of the insolvency test would also reduce the heavy burden on debtors, especially those required to provide audited financial reports for the entire corporate group, including all branches. This change would streamline the process, allowing for earlier and more effective intervention in financial distress cases, aligning Bahrain's insolvency framework more closely with international best practices.

It could be argued that the RBL 2018 considers a debtor insolvent if he is 'unable to pay on the maturity dates'. However, this potential insolvency test has not yet been tested in courts. Given the rigid application of the law by the courts, as discussed above, it is neither promising nor clear how the courts will interpret this concept.

Based on the aforementioned arguments, it can be deduced that the 'insolvency' requirement stipulated in RBL 2018 functions as a severe impediment to debtors seeking protection through reorganisation proceedings. This hindrance prevents early rescue attempts and imposes additional burdens, making the reorganisation process unattractive for

1. GARMCO (n 83); case number 022019) 9/03349/2019/).

As seen above, court applications have developed more rigid requirements, such as the submission of comprehensive audited financial reports and bank statements for all branches of the parent company, even those not involved in the bankruptcy case. The same applies to all branches of individual establishments, regardless of their direct involvement in the bankruptcy proceedings. These requirements are not only exhaustive but also exceptionally expensive and burdensome for the debtor.

Despite RBL 2018 permits the court a level of authority to initiate bankruptcy proceedings even without meeting the document requirements.¹ However, the courts have applied a very rigid approach, rarely exercising this discretionary power.

In fact, this research included an empirical study involving quantitative analysis of 66 published bankruptcy cases.² The findings revealed that 87% of these cases were rejected. Of these rejected cases, 78% were due to the failure to submit all required documents and the inability to prove the insolvency status necessary for commencing bankruptcy proceedings, whether through liquidation or reorganisation.³ This highlights

1. RBL 2018, art 7: 'If the court decides not to meet the requirements stipulated in paragraph (A) of this article, it must notify the plaintiff of the deficiencies and provide a reasonable opportunity to correct or complete them. Otherwise, the court may dismiss the claim, proceed with the case as filed, or issue the decision it deems appropriate.'

2. According to published bankruptcy cases from the Ministry of Justice and the Supreme Judicial Council. See --, 'Bankruptcy Cases' (Ministry of Justice, Islamic affairs and Waqf) <<https://www.moj.gov.bh/ar/communication-guide-arb-6>> accessed 15 June 2024; --, 'Judgments of Lawsuits in Commercial Disputes' (Supreme Judicial Council, 2024) <<https://ahkamtejarja.sjc.bh/>> accessed 15 June 2024.

3. See. e.g. case number 022019) 1/06095/2019/); case number 022019) 8/10764/2019/); case number 022019) 9/14061/2019/); case number 022019) 8/16113/2019/); case number 022020) 8/03064/2020/); case number 022020) 8/06305/2020/); case number 029/12434/2020/2020/); case number 022020)1/5362/2020/); case number 022020) 1/6415/2020/); case number 022021)4/10045/2021/); case number 022021) 6/12974/2021/); case number 025/17004/2021/2021/); case number 022021) 5/18461/2021/); case number 022021) 3/18462/2021/); case number 022021) 1/19452/2021/); case number 022021) 7/19494/2021/); case number 022022) 8/12421/2022/); case number 022022) 9/18239/2022/); case number 029/20511/2022/2022/); case number 022022) 3/20692/2022/); case number 022022) 2/21012/2022/); case number 022022) 8/21586/2022/); case number 022022) 4/5097/2022/); case number 022022) 9/8522/2022/); case number 022022) 9/9430/2022/); case number 029/0203/2023/2023/); case number 022023) 9/04328/2023/); case number 022023) 6/5577/2023/); Case number 92023) 02/2023/10010/); Case number 82023) 02/2023/08042/); Case number 22023) 02/2023/9664/); Case number 82023) 02/2023/17534/); Case number 502/2024/1369/2024/)).

4. Bank statements for all company accounts with banks for the three years preceding the petition and for all branches of the company/institution.
5. A list detailing the types of debts (commercial, personal, secured, unsecured) and the due date for each debt.
6. A list of the company's owned assets and funds (cash, real estate, movable assets such as company furniture, etc.) and a report containing information about these assets, their nature, and their valuation.¹
7. A list of assets excluded from the bankruptcy estate.
8. Documentation indicating the company's cessation or inability to pay within 30 days from the due date, or that it will be unable to pay, or that its financial obligations exceed its assets according to Article 6, and the date of the last payment made to each creditor.
9. Any documents showing the company's activity and contracts for the three years preceding the filing of the petition or cessation of activity.
10. A list detailing the names of creditors, including their email addresses and phone numbers, the total amount owed to each, the due date, and the nature of the debt (secured or unsecured, mortgaged, guaranteed, or privileged if applicable).
11. A list of the names of the company's debtors, their email addresses, and phone numbers if available, the total amount owed by each, the due date, and the nature of the debt (secured or unsecured, mortgaged, guaranteed, or privileged if applicable).
12. A list of all current and former employees, the amounts due to them if any, the total amount due to all employees, and their identification numbers.²
13. Translation of all documents into Arabic.

This requirement for extensive evidence has proven problematic, As evidenced by the rigid approach adopted by the courts in cases where the prescribed documents were not satisfactorily presented to meet all requirements.

1. Case number 022021) 5/18461/2021/).

2. Case number 022023) 6/5577/2023/).

serves this purpose well, acting as a robust safeguard against the improper use of reorganisation proceedings. However, retaining the insolvency test contradicts the overarching goal of facilitating early intervention and flexible access to reorganisation, as emphasised by UNCITRAL and the IMF.

In summary, while RBL 2018 incorporates significant safeguards to prevent the misuse of reorganisation proceedings, its insistence on an insolvency test diverges from supranational recommendations. To better align with UNCITRAL and IMF guidelines, the Bahraini insolvency framework could benefit from eliminating the insolvency test and focusing instead on ensuring that reorganisation proceedings are initiated in good faith. This would enhance the flexibility and effectiveness of the reorganisation process, ultimately improving the prospects for the successful rehabilitation of financially distressed companies.

3.3.1.4 Excessive Burdensome

Another significant concern supporting the argument for the exclusion of the insolvency test within the framework of RBL 2018 pertains to the excessively high burden of proof it places on the debtor. Article 12(A) and judicial application mandates that the debtor furnish a substantial amount of evidence to meet the requirements for opening bankruptcy proceedings. These requirements encompass:

1. Financial statements/reports of the claimant company, or commercial ledgers, or any documentation proving activity for the three years preceding the filing date of the bankruptcy petition, in addition to the year in which the petition was filed up to the filing date.
2. Audited reports based on sound accounting principles must be submitted; internal reports are not accepted.¹
3. Financial reports for each branch of the company/institution must be provided, as the cease of payment or distress of one branch does not necessarily mean the cease of payment or distress of the other branches. Moreover, the activity and revenue of any branch will reflect on the entire group, especially if the branches engage in diverse and different activities rather than a single field.²

1. Case number 022021)7/11296/2021/); Case number 022021)4/10045/2021/).

2. Case number 022021) 6/12974/2021/).

process more burdensome.¹ This objective can be achieved by granting the relevant court the power to deny any petition conducted with the intention of improper use, which aligns with the good faith test imposed in RBL 2018.²

Additionally, the International Monetary Fund (IMF) emphasises that the primary economic objective of reorganisation procedures is to transform financially distressed enterprises into competitive and productive participants in the economy, benefiting all stakeholders involved. To achieve this, the features of these procedures must be sufficiently attractive to encourage debtors to initiate proceedings early in their financial difficulties, thereby increasing the chances of successful rehabilitation. In consistent with this objective, the IMF recommends that is appropriate to design a commencement criterion that does not require the debtor to wait until it has ceased making payments (i.e., until it is illiquid) before starting rehabilitation proceedings.³ Many countries have recognised the value of this approach, though they implement it in different ways.

The IMF recommendations further elaborate on this point, noting that a more relaxed commencement criterion could potentially be misused by debtors. However, the potential for such abuse largely depends on the design of other elements within the rehabilitation procedure.

Despite these international guidelines, the Bahraini insolvency framework imposes an insolvency test, which requires debtors to demonstrate insolvency before they can seek reorganisation under RBL 2018. This requirement stands in contrast to the flexible and preventive approach recommended by UNCITRAL and the IMF. By insisting on the insolvency test, the Bahraini framework potentially delays the initiation of reorganisation proceedings, thereby reducing the chances of successful rehabilitation and increasing the likelihood of liquidation.

UNCITRAL's recommendations suggest that insolvency laws should concentrate on discouraging improper use of reorganisation proceedings. This can be effectively achieved by empowering the courts to reject petitions made in bad faith. The good faith requirement in RBL 2018

1. *ibid* 54.

2. *ibid*.

3. IMF, *Orderly & Effective Insolvency Procedures* (International Monetary Fund 1999).

ceasing to pay or having liabilities that exceed their assets.¹ Additionally, the pre-packaged reorganisation process heavily relies on creditors' willingness to voluntarily participate in the voting process, which is challenging to achieve, especially when dealing with multiple creditors. Furthermore, this mechanism lacks a moratorium during the negotiation process, meaning that creditors can continue to take actions against the debtor while negotiations are ongoing. As a result, it is not surprising that the pre-packaged reorganisation mechanism has yet to be tested in Bahraini courts.

In comparison to the UK insolvency framework, the limitations of the Bahraini system are evident. The absence of multiple reorganisation options means that debtors have less flexibility in addressing their financial distress and ultimately must be insolvent to seek protection under RBL 2018. In the UK, however, the diverse reorganisation mechanisms provide a range of tools that can be tailored to the specific circumstances of the debtor. This offers a more nuanced approach to insolvency and mitigates the consequences of requiring an insolvency test in the UK Administration process.

3.3.1.3 Harmonising with Supranational Recommendations

Imposing the insolvency test in the reorganisation process is contrary to supranational recommendations, notably those from UNCITRAL and the International Monetary Fund (IMF). Although RBL 2018 is based on UNCITRAL principles, it diverges from these recommendations by maintaining the insolvency test for the commencement of reorganisation proceedings.

The UNCITRAL recommendations emphasise that the reorganisation process should enable debtors to address financial difficulties at an early stage.² To this end, the commencement process should be more flexible than that of liquidation, allowing debtors to seek protection before they reach the point of actual cessation of payments.³ Additionally, UNCITRAL stresses the importance of focusing on discouraging improper use of reorganisation proceedings rather than making the commencement

1. RBL 2018, art 124.

2. UNCITRAL (n 14) 53.

3. *ibid.*

and maintaining the integrity of the process. The comparison with the US Chapter 11 system further illustrates that a good faith test, when rigorously enforced, is sufficient to prevent abuse, making an additional insolvency test unnecessary and potentially counterproductive.

3.3.1.1.2 Court Involvement

Additionally, the reorganisation process under RBL 2018 is characterised by a profound reliance on court involvement, requiring court approval at almost every stage,¹ from the initiation of the proceedings to the final ratification of the reorganisation plan. This heightened level of court supervision acts as a deterrent against any misuse of the reorganisation process.² Under the RBL 2018, for example, the moratorium is not automatically triggered upon the filing of the reorganisation petition. Instead, the court must first evaluate all the prerequisites for opening the bankruptcy proceedings, including the moratorium. Only after this assessment can the moratorium take effect. This rigorous judicial supervision ensures that the debtor cannot easily manipulate the reorganisation process, as they must meet every court-mandated requirement.

3.3.1.2 Lack of Alternative Reorganisation Mechanism

Another factor supporting the argument against imposing the insolvency test is the lack of alternative formal reorganisation mechanisms in the Bahraini insolvency framework. Unlike the UK regime which offers procedures do not require the debtor to be insolvent such as the Company Voluntary Arrangement (CVA), Scheme of Arrangement (SoA), Part 26A scheme and the Stand-Alone moratorium. Consequently, distressed debtors in Bahrain have only one formal recourse: seeking protection under the reorganisation process governed by the RBL 2018.

While it can be argued that the RBL 2018 includes provisions allowing debtors to file a pre-packaged reorganisation petition without initiating bankruptcy proceedings, there are significant limitations. Firstly, the pre-packaged reorganisation still requires the debtor to be insolvent, either by

1. The sole exception to court approval arises when the insolvency trustee performs their mission within the ordinary course of business. See RBL 2018, art 23, 25.

2. RBL 2018, art 2324-.

it ensures that only those debtors who genuinely seek to reorganize their businesses and meet their obligations are allowed to utilise the reorganisation process. This requirement acts as a filter to weed out any attempts to misuse the system for purposes such as delaying creditor actions or evading liabilities without a genuine intention to restructure. Secondly, it provides a level of protection and assurance to creditors, who can trust that the reorganisation process is being used appropriately and that their interests are being considered.

Unlike the RBL 2018, the US Chapter 11 bankruptcy code does not require an insolvency test for a debtor to initiate reorganisation proceedings. Instead, it relies on a good faith requirement, similar to the RBL 2018. This comparison underscores the sufficiency of the good faith test as a safeguard. The US experience demonstrates that rigorous enforcement of the good faith criterion can effectively prevent abuse without the need for an additional insolvency test.

Introducing an insolvency test on top of the good faith requirement could impose further hardship on debtors. The insolvency test requires a detailed assessment of the debtor's financial status, which can be time-consuming and resource-intensive. For debtors already in distress, meeting this additional criterion could delay access to the reorganisation process, potentially exacerbating their financial difficulties. Moreover, the insolvency test could create an unnecessary barrier for debtors who are on the verge of insolvency but still have a viable path to reorganisation if allowed to proceed promptly.

In contrast, the good faith requirement focuses on the debtor's intentions and plans for reorganisation rather than their current financial state. This approach allows for a more dynamic and responsive process, where the primary concern is whether the debtor genuinely intends to use the reorganisation process to address their financial issues and develop a feasible plan for recovery. By ensuring that the reorganisation process is reserved for those with legitimate intentions, the good faith test effectively protects against misuse without adding undue burden to the debtor.

overall, the rigorous enforcement of the good faith requirement under the RBL 2018 provides a robust safeguard against improper use of the reorganisation process. It ensures that only genuine and well-intentioned debtors can access the benefits of reorganisation, protecting creditors

This minimal court involvement is represented in the Enterprise Act 2002, where various routes into administration were introduced.¹ Pursuant to the Enterprise Act 2002, the appointment of an administrator is now permissible either by the company itself or by a qualified floating charge holder outside the court process,² which minimises the court's authority over the reorganisation process. Conversely, Alfawzan also observes that such an approach may not be necessary under US Chapter 11, given the court-based nature of the proceedings and the judicial safeguard represented by the good faith requirement.³ Moreover, one potential mitigating factor for the drawbacks associated with the insolvency test requirement under the UK administration regime lies in the existence of alternative formal restructuring procedures that do not require an 'insolvency test', notably the CVAs, SoA, Part 26A scheme and the Stand-Alone Moratorium, despite of their drawbacks.⁴ The aforementioned argument finds relevance within the Bahraini context as well, as discussed below:

3.3.1.1.1 Robust Safeguards Against Misuse

RBL 2018 offers substantial protection against the misuse of the reorganisation process through its stringent good faith requirements, and extensive court involvement, ensuring the integrity and effectiveness of the restructuring framework in Bahrain.

3.3.1.1.1.1 Good Faith Test

As has been previously discussed, RBL 2018 incorporates a stringent good faith requirement for the reorganisation process, serving as a robust safeguard against any potential improper use of the reorganisation proceedings. Notably, RBL 2018 enforces the good faith criterion more rigorously than does US Chapter 11. This rigorous enforcement is evidenced by the imposition of substantial punitive fines and other consequences by Bahraini courts, forming a strong deterrent against disingenuous debtors attempting to exploit the reorganisation process. The RBL 2018's emphasis on good faith serves a dual purpose. Firstly,

1. McCormack, Corporate Rescue Law: An Anglo-American Perspective (n 123) 119.

2. *ibid.*

3. Alfawzan (n 2) 116.

4. *ibid.* 117.

good faith test to prevent such unfair practices.

Conversely, this approach entails several significant disadvantages. A significant critique of imposing the insolvency requirement in restructuring processes is that it impedes early attempts to rescue distressed businesses.¹ This imposition is argued to hinder companies from initiating rehabilitation procedures until the possibility of successful rescue is no longer feasible.² Early engagement in seeking rehabilitation during the initial stages of financial difficulties is crucial for the success of the rehabilitation process. However, the insolvency test may hinder such early rescue attempts.³ As professor Westbrook noted, the criteria for commencing insolvency proceedings should facilitate convenient, cost-effective, and expeditious access to the laws.⁴ If debtors willingly acknowledge their need for legal protection due to their financial condition or imminent financial failure, it remains uncertain whether the delays and expenses associated with an insolvency test will yield a commensurate benefit.⁵ Such delays often lead to value erosion for both the debtor and its creditors, increasing the likelihood that a proposed rescue will culminate in liquidation.⁶ Furthermore, creditors may anticipate a bankruptcy test if they become aware of the debtor's insolvency susceptibility. As a result, creditors may take steps to protect assets that would be allocated in an orderly and equitable manner in the case of bankruptcy.⁷

Considering the severe consequences associated with requiring an insolvency test, it is imperative to carefully evaluate this approach when contemplating reorganisation proceedings. Alfawzan argues that such an approach finds justification within the framework of the UK administration process, primarily due to the minimal court involvement in the administration procedure, which necessitates the imposition of the insolvency requirement to counter potential abusive use of the procedures.⁸

1. Gerard McCormack, *Corporate Rescue Law: An Anglo-American Perspective* (Edward Elgar 2008) 119.

2. Alfawzan (n 2) 115; Colin Anderson and David Morrison, 'The Commencement of the Company Rescue: How and When Does It Start?' in Paul J Omar (ed), *International Insolvency Law: Themes and Perspectives* (Ashgate Publishing Limited 2008) 92.

3. Alfawzan (n 2) 115.

4. Westbrook and others, *A Global View of Business Insolvency Systems* (n 121).

5. *ibid.*

6. *ibid.*

7. Anderson and Morrison (n 124).

8. Alfawzan (n 2) 116.

prior to filing for bankruptcy or subject to a set-off for the amount of the alleged debt.¹

3.3.1 Assessing the Insolvency Test Requirement

3.3.1.1 Comparative Perspective

From a comparative standpoint, the insolvency test requirement in RBL 2018 appears to be consistent with the UK administration process that requires the debtor to be insolvent.² However, it diverges from other UK reorganisation regimes, namely SoA, CVAs, Part 26A scheme and Stand-Alone moratorium which all do not mandate an insolvency test, as has been discussed earlier in Section 2.³

While despite being inspired by the US Chapter 11 provisions, the RBL 2018 adoption of insolvency test prerequisite contrasts with Chapter 11 approach. Chapter 11 does not require that the debtor be insolvent or near insolvency to apply for protection.⁴ Chapter 11 proceedings primarily serve as a tool for debtor relief rather than a remedy for creditors.⁵ As has been discussed in the previous section, instead of an insolvency test, Chapter 11 safeguards against misuse through the dismissal of filings made in ‘bad faith’.⁶ Thus, a debtor must pass a good faith test to commence the proceedings.

3.3.1.2 Analysing the Insolvency Test

When evaluating the rationale behind mandating an insolvency test, it becomes evident that the primary argument for this approach is to prevent the improper use of reorganisation proceedings.⁷ This refers to situations where a financially stable debtor may file a reorganisation petition solely to exploit existing legal protections, particularly the moratorium. However, such justification is inadequate, as demonstrated by US Chapter 11, which safeguards creditors from such improper use by employing the

1. RBL 2018, art 6 (B).

2. IA 1986, s 123.

3. Finch and Milman (n 6) 411; Jennifer Payne, *Schemes of Arrangement: Theory, Structure and Operation* (Cambridge University Press 2014) 196.

4. Isherwood (n 3) 131.

5. *ibid.*

6. Jay Lawrence Westbrook, Charles D. Booth, Christoph G. Paulus, Harry Rajak, *A Global View of Business Insolvency Systems* (Martinus Nijhoff Publishers 2010) 66.

7. UNCITRAL (n 17).

a shared commitment to preventing the abuse of bankruptcy laws and ensuring that debtors seeking reorganisation are doing so with honest intentions and a realistic plan for financial recovery.

The good faith requisite is also fundamental in the assessment of the insolvency test, discussed in the following section. In summary, the adoption of the good faith requirement under RBL 2018 is justified.

3.3 Insolvency Test

The requirement of insolvency as a prerequisite for utilising such procedures is an important issue to consider while investigating the commencement of reorganisation proceedings. The RBL 2018 interconnection of reorganisation procedures and the bankruptcy petition, as discussed earlier, exemplifies the mandate for the debtor's insolvency condition as a prerequisite to commence bankruptcy proceedings and trigger reorganisation measures, including the moratorium. As such, reorganisation proceedings cannot be commenced unless the court is satisfied that the debtor is currently or potentially insolvent. A debtor is considered insolvent under the following conditions:

1. Where the Debtor fails to pay his debts within thirty days from the date his debts are due or will be unable to pay on the maturity dates;
2. Where the value of the financial liabilities exceeds the value of assets.¹

It is evident from this article that RBL 2018 requires both a 'cash flow' and a 'balance sheet' test² to deem the debtor insolvent. The cash flow test assesses the debtor's ability to meet its current financial obligations as they come.³ Conversely, the balance sheet test evaluates the overall financial health by comparing total liabilities to total assets.⁴ If liabilities exceed assets, the debtor is considered insolvent, providing a longer-term perspective on the debtor's financial stability.

In both tests, debtors are declared unable to pay their debts when they fail to pay on the due date and the entire debt is not subject to a lawful dispute

1. RBL 2018, art 6 (A)(1)(2).

2. Finch and Milman (n 6) 119; UNCITRAL (n 17) 5960-; Abdulrahim Khalaf-Allah Mohamed Ali, *The Saudi Bankruptcy System: An Analytical Study Compared to The Bankruptcy Systems in The United States, England, and European Union (Arabic)* (Law and Economic Library 2023) 47.

3. M. P. Ram Mohan, 'The Role of Insolvency Tests: Implications for Indian Insolvency Law' (2021) IIMA working paper 1,2.

4. *ibid.*

emphasise the necessity of genuine intent and honesty in bankruptcy filings to prevent manipulative abuses of the process. In Chapter 11, the good faith test, illustrated by cases such as *Carolin Corp. v. Miller*, includes both objective and subjective assessments to evaluate the debtor's true intent to reorganise. This involves examining whether the debtor has a reasonable likelihood of successfully restructuring and whether their filing aligns with the fundamental purposes of the bankruptcy code. Similarly, Bahrain's RBL 2018, while not explicitly mentioning 'good faith', integrates this requirement implicitly through various articles as discussed.

For instance, Article 31 (A-2) of RBL 2018 empowers the court to dismiss reorganisation cases lacking a 'lawful purpose for bankruptcy', reflecting a similar judicial oversight to that in the Chapter 11, where courts assess the sincerity and legitimacy of bankruptcy petitions. Furthermore, stringent punitive measures in Bahrain for bad faith actions, such as fines up to BD 100,000 and imprisonment for up to two years for deceptive practices, align with the U.S. approach to maintaining the integrity of bankruptcy proceedings. Furthermore, in *In re Andrews*, the US court identified bad faith through indicators such as false statements and failure to maintain accurate records, leading to dismissal of the bankruptcy case. Bahrain's RBL 2018 similarly addresses such conduct, with strict penalties for actions like concealing property, exaggerating debts, or submitting false information, thereby reinforcing the necessity of good faith.

Moreover, Bahrain's judicial application of the lawful purpose test to determine good faith in bankruptcy petitions, as seen in cases like 022/16940/22023/, demonstrates a parallel to the US application of subjective tests. This ensures that debtors' filings are sincere attempts at reorganisation rather than strategic moves to delay creditors or gain unfair advantages. In both jurisdictions, the courts scrutinise the debtor's conduct and intentions, emphasising the need for honesty and genuine reorganisation efforts to uphold the integrity and fairness of the bankruptcy process.

Overall, both Bahrain and the US prioritise the principles of integrity, transparency, and genuine intent in their bankruptcy proceedings, ensuring that the protections of Chapter 11 and RBL 2018 are reserved for those with legitimate needs and purposes. This alignment reflects

a lawful manner does not entail liability, even if it causes harm to others. However, the exercise of a right is considered unlawful in certain cases, such as when the sole intention is to harm others, or when the interests sought to be achieved are of little importance compared to the harm caused to others, or when the interests or benefits sought to be achieved are unlawful.

The Court also referred to the Court of Cassation ruling that the right to litigate is one of the legitimate rights that should be protected for everyone. Therefore, a person who seeks justice in court for a legitimate right should not be questioned, unless it is proven that they have deviated from the legitimate right to engage in malicious litigation, seeking to harm the opponent. The court's assessment of abuse and excess in the exercise of one's right is a matter within the court's discretion.¹

Considering the above, the court applied such principles applying to RBL 2018, requires the presence of an 'unlawful motive and cause' in the debtor's lawsuit, along with the establishment of 'bad faith' by the debtor. This bad faith leads to deviating from the legitimate right and entering the realm of abuse of rights. However, the court concluded that the debtor filed his bankruptcy lawsuit believing in its validity, based on the documents he had available and included in his lawsuit. The court used its authority to investigate this matter and ultimately rejected his bankruptcy petition. Therefore, there is no evidence that the debtor had the 'intent to harm' or 'abuse the interveners or to engage in malicious litigation against creditors', which would justify imposing the prescribed fine on him. Consequently, the court decided to reject creditors request to impose the fine against the debtor.

The cases discussed above clearly demonstrate that filing a reorganisation petition with indicators of bad faith can lead to the dismissal of the bankruptcy petition. Key indicators of bad faith include a lack of transparency and cooperation, dishonesty, malicious intent, false statements, the absence of employees, and minimal or no cash flow.

3.2.2.2 Comparative analysis

The good faith requirement in RBL 2018 closely parallels the principles observed in US Chapter 11 bankruptcy proceedings. Both jurisdictions

1. Cassation number 2522010) 2010/)

and a complete overview of its assets and liabilities. Consequently, the trustee and the court were unable to accurately determine the company's true financial status and decide whether to initiate the proceedings.

Furthermore, the trustee noted inconsistencies in the statements made during a meeting attended by the company's owners. In this meeting, the partners revealed that the company had no operational activities and had laid off all its employees in 2021. Based on these findings, the trustee recommended rejecting the bankruptcy petition, asserting that it was filed in violation of Article 12 and Article 31 of RBL 2018, as it did not serve a legitimate purpose for bankruptcy. The court, satisfied with the trustee's report findings, ruled to dismiss the case.

In similar case, 027/6322/2022/, the bankruptcy trustee recommended dismissing the case for several reasons, one of which is the debtors' lack of transparency and cooperation with the trustee and the court, as it did not serve a legitimate purpose for bankruptcy.

3.2.2.1.2 Subjective Test

A notable case, 025/03954/2019/, has implemented the subjective test, which focuses on the debtor's intentions. In such a case, two creditor filed a motion to the court requesting the imposition of a fine on the debtor and the publication of this fine for 'intentionally' fabricating a state of bankruptcy' based on Article 21 which stipulates:

The Court at its own motion or upon the request of any interested Person shall be entitled to fine a sum up to twenty thousand Bahraini Dinars on the party who presented a petition or a demand in accordance with this Law with the intention of obstructing or delaying the Bankruptcy Proceedings without lawful justification, for an illegal purpose, deliberate fabrication of bankruptcy, harming the Debtor's reputation or exploiting the Bankruptcy Proceedings in an abusive manner. The Court shall be entitled to order the publication of the fining decision at the expense of the convicted party in one or more daily newspaper of wide circulation in or outside the Kingdom, in Arabic or in a foreign language.

The court in determining the bad intention of the debtor used a subjective test referring to the general principle of the Civil Law 2001¹ in exercising rights. Article 28 of Civil Law 2001 states that the exercise of a right in

1. Civil Law 2001.

data, information, registers or documents that must be presented to them or deliberately prevents them from having access to the said information and documents;

12. Knowingly presents an untrue claim against the Debtor or fraudulently exaggerates the value of his claim;

Many of the behaviours mentioned above serve as indicators of bad faith that debtors or other parties may exhibit during bankruptcy proceedings. RBL 2018 addresses such conduct with strict punitive measures aimed at preventing the abuse of the bankruptcy process.

Moreover, the bankruptcy court can impose fines up to BD 20,000 on the party who presented a petition with the intention ‘of obstructing or delaying the Bankruptcy Proceedings without lawful justification, for an illegal purpose, deliberate fabrication of bankruptcy... or exploiting the bankruptcy proceedings in an abusive manner’.¹ These provisions underscore the importance of good faith and discourage misuse of the reorganisation process.

3.2.2.1 Good Faith in Judicial Application

Good faith requirement has been fairly tested in Bahraini courts through various cases, demonstrating the judiciary’s commitment to upholding the integrity of bankruptcy proceedings. This section will discuss such cases, illustrating how the courts have interpreted and applied the principle of good faith within the framework RBL 2018

3.2.2.1.1 Lawful Purpose Test

Bankruptcy courts have applied the ‘lawful purpose’ test to determine whether the bankruptcy petition is filed with good faith. for instance, in case number 022/16940/22023/, the debtor sought the protection of RBL 2018 by filing a reorganisation petition stating that his debts exceed BHD 4,000,000. The court, however, before ruling on the plaintiff’s request to initiate bankruptcy proceedings, decided to appoint a temporary bankruptcy trustee. In his report, the trustee reached several conclusions, one of which was that the plaintiff company was ‘not serious about filing for bankruptcy’. This assessment was based on the company’s failure to provide the necessary documents, an accurate list of creditors and debtors,

1. RBL 2018, art 21.

For example, Article 31 (A-2) grants the insolvency court the authority to decline a reorganisation case if it lacks a ‘lawful purpose for bankruptcy’, a principle seems to be derived from the US perspective of good faith requirement as discussed above. Article 2 exemplifies the ‘lawful purpose’, emphasising integrity, transparency, and efficiency in utilising bankruptcy proceedings. Additionally, Article 23 (E) empowers the court to prevent abusive exploitation of bankruptcy proceedings.

To uphold the principle of good faith in the proceedings, RBL 2018 implements stringent punitive measures to prevent abuse of the bankruptcy process. Parties may face fines of up to BD 100,000 and a maximum imprisonment term of two years If found to have filed the bankruptcy petition with any of the following.¹

1. Deliberately conceals of all or part of his property or exaggerates its value in order to be entitled to a procedure under the Bankruptcy Proceedings;
2. Deliberately allows a creditor who is untrue, or not permitted to participate in the Bankruptcy Proceedings or exaggerates his debts to participate in the deliberations and voting or deliberately allows him to take part;
3. Deliberately omits a creditor from the list of creditors;
4. Deliberately exaggerates his debts;
5. Participates in the Reorganisation deliberations or voting knowing he is legally prohibited from doing so;
6. Knowingly concludes a secret contract granting him special privileges to the prejudice of other creditors;
7. Is not a creditor and knowingly participates in Bankruptcy Proceedings as a creditor;
8. Pays debts to some creditors or provides them with a security right with the intention of causing prejudice to others and as a consequence becomes unable to settle their debts in full;
9. Fraudulently increases the Debtor’s liabilities or decreases the value of his estate;
10. Knowingly submits to the Court or the Bankruptcy Trustee false or misleading information;
11. Deliberately conceals from the Court or the Bankruptcy Trustee any

1. RBL 2018, art 19293-.

was instead a strategic move to gain leverage in pending antitrust litigation. This decision highlighted the court's commitment to maintaining the integrity of the bankruptcy process by ensuring that Chapter 11 petitions are filed in good faith, with an honest intent to reorganise.

Additionally, in *In re Little Creek Dev. Co.*,¹ where the court emphasised that bankruptcy courts must consider whether the debtor's filing is an honest attempt to reorganise or merely an attempt to delay and manipulate the legal process

US Bankruptcy courts also have often dismissed cases for lack of good faith when the debtor is not an ongoing business. Chapter 11's primary purpose is to rehabilitate troubled businesses.² Therefore, reorganisation proceedings are unnecessary if there is no viable business to protect. In addition, another factor bankruptcy courts consider is the debtor's conduct. For instance, in *In re Andrews*³ the court found the debtor lacked 'that candor, frankness, sincerity and willingness to do equity which are the indicia of good faith'.⁴ Moreover, evidence of bad faith includes false statements to the court, failure to maintain books or records, unexplained absences from court hearings.⁵ Furthermore, filings that lack good faith typically include organisations with no employees, little or no cash flow, and no available sources of income to support a reorganisation plan.⁶

In summary, the implicit good faith requirement in Chapter 11 bankruptcy ensures that filings are made with genuine intent to reorganise viable businesses, preventing misuse of the bankruptcy process for dishonest purposes.

3.2.2 Bahrain perspective

One notable requirement of RBL 2018 is that it requires the reorganisation petition be filed in good faith. While despite the word good faith is not explicitly mentioned in RBL 2018, The good faith requirement is clearly integrated in many in RBL 2018 articles.,

1. *In re Little Creek Dev. Co.*, 779 F.2d 1068, 5th Cir. 1986.

2. McColl (n 93) 345.

3. 17 B.R. 515 (Bankr. C.D. Cal. 1982).

4. McColl (n 93) 346.

5. *In re Verrazzano Towers, Inc.*, 10 B.R. 387 (Bankr. E.D.N.Y. 1981); *In re Pappas*, 17 B.R. 662, 667 (Bankr. D. Mass. 1982); McColl (n 93) 346.

6. *In re Little Creek Dev. Co.* (n 102).

subjective test used in the case of *Carolin Corp. v. Miller*,¹ which evaluates whether the specific reorganisation case's goals align with the principles underlying Chapter 11.²

The objective–subjective test comprises two key components. The objective part evaluates the debtor's ability to reorganise effectively.³ This means that the court examines whether there is a reasonable likelihood that the debtor can successfully restructure its obligations and continue operations. For instance, the court assesses the debtor's financial situation, the viability of its business model, and the feasibility of its proposed reorganisation plan. If the debtor lacks a genuine ability to reorganise, it may be deemed to have filed in bad faith, as the filing would appear to be a strategic move to delay creditors or gain an unfair advantage rather than a sincere effort to reorganise.

The subjective part of the test focuses on the intentions behind the filing.⁴ This component seeks to prevent the abuse of Chapter 11 by ensuring that the debtor's motives align with the fundamental purposes of the bankruptcy code. The court examines the debtor's conduct and intentions to evaluate whether the filing is intended to achieve a genuine reorganisation or is a tactical manoeuvre to impede creditors, avoid obligations, or pursue a hidden purpose. Overall, the subjective test examines the debtor's honesty and ability to reorganise, ensuring that the filing is not a mere façade for improper purposes.⁵

The court in *Carolin Corp* emphasised the objective–subjective test effectively balanced the competing interests of debtor rehabilitation and creditor protection, ensuring that a debtor's opportunity to reorganise was not prematurely jeopardised.⁶

Another notable case exemplifying these principles is *SGL Carbon Corporation*⁷. In this case, the court dismissed *SGL Carbon Corporation*'s Chapter 11 petition, concluding that the company lacked a 'genuine reorganizational purpose'. The court found that the filing was not driven by the need to restructure its business operations and financial obligations but

1. 886 F.2d 693 (4th Cir. 1989).

2. Cuevas (n 91) 530.

3. Cuevas (n 91) 530.

4. *ibid.*

5. *ibid.*

6. *ibid* 531.

7. 200 F3d 154 (3rd Cir 1999).

3.3 Good Faith Test

The good faith test is a pivotal principle in bankruptcy proceedings, ensuring that the debtor's intentions are genuine and honest when filing for reorganisation or bankruptcy. The good faith test scrutinises the motivations and behaviour of the debtor. This test aims to prevent the misuse of the bankruptcy process by ensuring it is accessed only by those who sincerely seek financial rehabilitation.

As bankruptcy courts function as courts of equity, they are not intended to be used as a 'sword against creditors'.¹ Therefore, a debtor should not be allowed to file for reorganisation with the sole purpose of obstructing a creditor's attempts to enforce their rights under bankruptcy law.

The rationale for this test stems from the fact that reorganisation is a process that aims to help the troubled debtor get out of their crisis and prevent collapsing and a cessation of activity. This benefit should only be granted to traders whose acts are marked by honesty and integrity.² It inhibits the abuse of the reorganisation law's protection.

The good faith test has been fairly assessed under RBL 2018 and US Chapter 11, as discussed below.

3.2.1 US Perspective

Chapter 11 bankruptcy proceedings include an implicit requirement of good faith, which, though not explicitly stated in the code, is a well-established principle in judicial practice and legal commentary.³ To obtain a successful petition for restructuring under Chapter 11, a fundamental condition must be met: the requirement of good faith.⁴

Courts have developed various interpretations and tests to assess whether this condition is met, with one notable example being the objective–

1. Carlos J. Cuevas, 'Good Faith and Chapter 11: Standard That Should Be Employed to Dismiss Bad Faith Chapter 11 Cases' (1993) 60 *Tenn L Rev* 525, 531

2. Salem bin Salam bin Humaid Al-Faliti, 'The Role of Restructuring in Saving Projects and Commercial Companies in The Omani Bankruptcy Law: An Analytical Study' (Arabic) (2019) *Journal of the College of Law for Legal and Economic Research-Alexandria University* 2 1127,1208.

3. Cuevas (n 91) 525; Diane B. McColl, 'Good Faith in Chapter Eleven Reorganizations' (1984) 35 *S C L Rev* 333, 333.

4. McCormack, 'Corporate Rescue Law in Singapore and the Appropriateness of Chapter 11 of the US Bankruptcy Code as a Model' (n 15); Ali M. M. Mojdehi & Janet Dean Gertz, 'The Implicit Good Faith Requirement in Chapter 11 Liquidations: A Rule in Search of a Rationale' (2006) 14 *Am Bankr Inst L Rev* 143, 144.

the debtor to continue its activities and fulfil its debts.¹ Conversely, in case number 027/6322/2022/², the trustee stated in his report that he was unable to reach a professional conviction supporting the viability of the plaintiffs continuing in a reorganisation process. He highlighted the reasons for his conclusion, citing the impossibility of generating financial returns from the company and the high value of the company's debts compared to its assets. Consequently, the court dismissed the reorganisation petition.

The viability test is crucial for several reasons. Primarily, it determines if a company can realistically continue operating, ensuring that restructuring efforts are not wasted on businesses with no chance of recovery. It has been argued that the viability test prevents 'zombie' companies from seeking the benefits of reorganisation proceedings.³ A zombie company is defined as a business that consistently fails to generate sufficient profits and exhibits poor expected future growth potential, making them financially unsustainable in the long term⁴ and have no chance to be rescued.⁵ Moreover, the viability test aligns with the goals set out in RBL 2018, particularly the objective of 'Reorganizing the Debtor and avoiding liquidation wherever reasonably possible'.⁶ The test ensures that reorganisation efforts are pursued only when there is a realistic chance of achieving this objective. By allowing only those companies with a genuine potential for recovery to enter reorganisation. This approach ensures that resources are effectively utilised, and that the reorganisation process remains focused on viable outcomes.

The next section undertakes a comprehensive analysis of the other two prerequisites for initiating the commencement of reorganisation proceedings under RBL 2018. The analysis draws insights from the reorganisation regimes in both the US and UK to provide a comparative perspective where relevant.

1. GARMCO (n 83) 2.

2. Case number 022022) 7/6322/2022/).

3. Alfawzan (n 2) 102.

4. Ryan Banerjee and Boris Hofmann, 'Corporate zombies: Anatomy and life cycle' (2020) Bank for International Settlements working paper 882 1,3.

5. Alfawzan (n 2) 102.

6. RBL 2018, art 3.

Under RBL 2018, the reorganisation proceedings cannot be commenced unless the court is satisfied three pivotal conditions are met: the good faith test, insolvency test,¹ and viability test.

After furnishing a general outline of the overarching provisions of RBL 2018, the following section engages in a comprehensive comparative analysis of the commencement requirements: the good faith test, insolvency test, and viability test as stipulated by RBL 2018.

3. Analysing Commencement Requirements of RBL 2018

This section critically delves into the specific requirements outlined in RBL 2018 for commencing reorganisation proceedings and compares them to corresponding provisions in US and UK laws where relevant. This provides full insight into RBL 2018's strengths and limitations and identifies potential areas for improvement.

As discussed earlier, Under RBL 2018, the initiation of reorganisation proceedings is subject to three pivotal conditions: the good faith test, insolvency test, and viability test.

3.2 Viability Test

The viability test pertains to the debtor's capacity to effectively address their financial distress and reach a satisfactory settlement with their creditors within a reasonable timeframe.² This test is satisfied when there are 'economic reasons for the debtor to resume his business'.³ In Case number 022/00563/2019/ (GARMCO),⁴ the first successful – and most important⁵ – reorganisation case in Bahrain, with debts reaching USD 81,000,000, the court appointed a temporary reorganisation trustee solely for the purpose of satisfying this test. The trustee's report concluded with the possibility of pursuing the path of reorganisation as a means for

1. *ibid* art 6 (A)(1); Hisham Almansoor, 'An Overview of Bahrain's Bankruptcy Framework' (Mondaq, 13 April 2022) <<https://www.mondaq.com/insolvencybankruptcy/1182506/an-overview-of-bahrains-bankruptcy-framework>> accessed 15 June 2024; Amin and Billington (n 10).

2. Alfawzan (n 2) 118.

3. RBL 2018, art 17.

4. Case number 022(2019) 2/00563/2019/ (GARMCO).

5. GARMCO is considered a significant case due to its substantial debt and its impact on Bahrain's economy. Furthermore, it is the only reorganisation case in which the judgment and case documents have been published.

instance, in cases number 029/05922/2020/ and 021/125/2021/,¹ petitions for bankruptcy were made by affiliates of foreign companies, Emirati and Cypriot entities. The court rejected these petitions, stating that ‘from reviewing the commercial register certificate of the plaintiff and the extract from its commercial register, it is evident that the company is a branch of an Emirati company established in the United Arab Emirates. Consequently, it is a subsidiary of that company and not a company incorporated in the Kingdom of Bahrain to which the Reorganisation and Bankruptcy Law applies. Therefore, as a foreign company (Emirati), it falls outside the scope of the applicable Reorganisation and Bankruptcy Law. Thus, its request to initiate bankruptcy (liquidation) proceedings is not supported by the law and must be dismissed.’²

This judicial interpretation underscores the clear jurisdictional boundaries set by the RBL 2018. The law is designed to regulate insolvency and reorganisation within the Bahraini jurisdiction, ensuring it effectively addresses the specific needs and challenges of businesses incorporated in Bahrain. While despite the court in the previous cases not elaborating on the justification for excluding foreign companies from the scope of the RBL 2018, it is evident that extending its scope to include foreign companies would complicate enforcement and administration due to jurisdictional challenges and potential conflicts with the laws of other countries.

2.3.2 Commencement requirements

Under RBL 2018, the initiation of both reorganisation and liquidation proceedings is contingent upon filing of a bankruptcy case with the court. Within this bankruptcy case, the debtor must distinctly specify whether they seek to commence reorganisation or liquidation processes.³

The bankruptcy proceedings, encompassing reorganisation and liquidation proceedings, can be initiated either voluntarily by the debtor or involuntarily through a creditor’s petition. In cases where the claim exceeds BD 20,000, a single creditor can initiate the petition; however, when the claim is less, at least three creditors are required for such initiation.⁴

1. Case number 022020) 9/05922/2020/); Case number 022021) 1/125/2021/).

2. Case number 022020) 9/05922/2020/);

3. RBL 2018, art 6, 8.

4. RBL 2018, art 8 (A), (C); Case number 022021) 3/5775/2021/).

2.3.1 Scope

The scope of RBL 2018 provisions is limited exclusively to merchants, encompassing both natural persons and juridical entities, such as commercial companies.¹ Notably, RBL 2018 does not extend its application to banks and other financial institutions regulated by the Central Bank of Bahrain, including insurance companies.² The reorganisation of such institutions remains within the jurisdiction of the Central Bank and is governed by the Financial Institutions Law 2006.³ The exclusion of banks and other financial institutions from the RBL 2018's scope seems to be due to their unique nature and critical role in the financial system. These institutions are regulated by the CBB, which ensures their stability and soundness through stringent regulatory and supervisory frameworks. Financial institutions, including banks and insurance companies, have specific operational, risk management, and solvency requirements that differ significantly from those of other businesses. The legislative history of RBL 2018 supports this justification. During the deliberations on enacting RBL 2018 in the Shura Council, the Minister of Justice stated that 'these types of institutions are regulated by the Central Bank of Bahrain, which can intervene with specific procedures that do not fall under this Law [referring to RBL 2018]'.⁴

Furthermore, the scope of the RBL 2018 does not encompass foreign companies or their affiliates operating within Bahrain. Article 3 explicitly states that the law shall apply to 'commercial companies incorporated in the Kingdom'. This limitation is reinforced by judicial application. For

1. Ibid, art 3 (A).

2. Ibid, art 3 (C)(1)

3. Financial Institutions Law 2006; Patrick Gearon and William Reichert, 'Notable Changes to Insolvency Legislation in the GCC' (Charles Russell Speechlys, 15 April 2021) <<https://www.charlesrussellspeechlys.com/en/news-and-insights/insights/corporate/2021/notable-changes-to-insolvency-legislation-in-the-gcc/>> accessed 29 July 2023; Noor Radhi, Noora Janahi, Mohamed Altraif, 'Bahrain: Law and Practice' in Paul Leake (ed), *Insolvency* (Chambers and Partners 2022) 96.

4. Shura Council, 'Rules of 28th session- 4th Legislative Chapter' (Shura Council, 29 April 2018) <https://councilsessions-s3-bucket.s3-me-south-1.amazonaws.com/_28_pdf-1704976865799.pdf?X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=AKIA4XAHVY3LHQ7YI5EO%2F202407172%Fme-south-12%Fs32%Faws4_request&X-Amz-Date=20240717T120432Z&X-Amz-Expires=900&X-Amz-Signature=102149aa5257c61ec8109a2c691bf545af96ef8b5fdaf2f0e60394be18a6655a&X-Amz-SignedHeaders=host> accessed 10 July 2024

was filed in bad faith, the debtor company may recover the proceeding expenses from the petitioning creditors and seek redress.¹ However, Involuntary reorganisation petitions are extremely uncommon. In fact, creditors' involuntary petitions currently account for fewer than 0.05 percent of all petitions.²

2.3 Bahrain Perspective

The Reorganization and Bankruptcy Law of 2018 (RBL 2018) marks a significant milestone in the legal landscape of Bahrain, positioning the country as a pioneer among GCC states in adopting a comprehensive reorganisation process under Chapter 3. Inspired by the principles of US Chapter 11 bankruptcy and the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) recommendations, RBL 2018 introduces an effective framework for reorganisation and bankruptcy proceedings.

The objectives of the RBL 2018 are multifaceted.³ Primarily, the law seeks to preserve and protect the bankruptcy estate, ensuring that the assets of a distressed company are safeguarded and managed effectively. By maximising the value of the bankruptcy estate, the law also aims to provide the best possible outcome for all stakeholders involved. The law also emphasises the importance of integrity and transparency in bankruptcy proceedings, ensuring that all matters are handled in an orderly and expeditious manner.

Another critical goal of RBL 2018 is to reorganise the debtor, thereby avoiding liquidation wherever reasonably possible. This approach not only helps to preserve the business but also protects the interests of employees, creditors, and other stakeholders. The law provides for the fair distribution to creditors and ensures equal treatment of creditors with similar claims. It also strives to offer fair treatment to all persons having an interest in the bankruptcy proceedings, thereby upholding principles of justice and equity.

1. McCormack (n 15) 407.

2. Richard M. Hynes and Steven D. Walt, 'Revitalizing Involuntary Bankruptcy' (2020) 105 Iowa L Rev 1127,1128.

3. RBL 2018 , art 2.

concern value rather than the possibility of a more meager satisfaction through liquidation'¹

2.2.1 Commencement requirements

A Chapter 11 restructuring petition is usually initiated voluntarily at the request of the company. In exceptional cases, the restructuring petition might be filed involuntarily against the company's willingness, namely by its creditors.

There is no requirement that the debtor be insolvent or near insolvency in order to apply for Chapter 11 protection.² As a result, Strategic bankruptcies have become prominent feature of the US regime. In simple terms, companies may claim the protective shroud of Chapter 11 for a variety of reasons other than pure insolvency,³ including lowering employee costs and resolving potential tort liability.⁴ In *re Manville*⁵ is an excellent example of employing Chapter 11 for non-insolvency issues. In 1982, Johns-Manville Corporation filed for Chapter 11 bankruptcy to address a significant problem caused by an unmanageable surge in asbestos litigation made against it as a result of its long-term use of asbestos-containing products, which caused health problems.⁶ The court ruled that a business, even if foreseeing insolvency, need not wait until it becomes unable to pay debts before initiating Chapter 11 proceedings. In addition to the voluntary Chapter 11 filing, the debtor company may be compelled to take part in the Chapter 11 proceedings. If the debtor company has at least 12 creditors, three of whom have unsecured non-contingent, undisputed claims totalling more than \$10,000, the creditors can file an involuntary petition against the company, and if the company 'generally fails to pay debts as they become due unless such debts are the subject of a bona fide dispute'.⁷ If the company has less than 12 creditors, the proceedings can be initiated by one of its creditors.⁸ If the involuntary petition did not meet the aforementioned conditions or

1. In *re the Gibson Group, Inc*, 66 F3d 1436, 1442 (6th Cir 1995); Alfawzan (n 2) 109.

2. *Isherwood* (n 3) 131.

3. *McCormack* (n 15) 406.

4. Alfawzan (n 2) 110.

5. *ibid*; In *re Johns-Manville Corp*, 36 BR 727 (Bankr S D N Y 1984).

6. Alfawzan (n 2) 110.

7. *ibid* 407.

8. Alfawzan (n 2) 112.

In *Re Virgin Atlantic Airways Ltd*,¹ the court examined the satisfaction of condition A by concluding that if the restructuring plan is not sanctioned, the most likely alternative is an administration of the company resulting in liquidation.²

condition B can be satisfied if the restructuring plan aims to reduce the impact of the financial difficulties whether towards some or all creditors or even the company itself.³ In other words, Condition B is met even if the restructuring plan does not seek to restore a company's full financial capability.⁴ This leniency appears to lower the entry threshold for debt restructuring.⁵

2.2 US Chapter 11 perspective

The success and robustness of the US bankruptcy regime rely significantly on its comprehensive structure, which includes Chapter 7 liquidation bankruptcy, Chapter 11 reorganisation bankruptcy, and Chapter 15 cross-border bankruptcy.⁶ Among these, Chapter 11 is often regarded as the gold standard for managing corporate reorganisation due to its structured approach, judicial oversight, and ability to balance the interests of various stakeholders.⁷

Chapter 11 of the US Bankruptcy Code, enacted as part of the Bankruptcy Reform Act of 1978, stands as one of the extraordinary laws that have profoundly shaped the American economy and society.⁸ Its influence has resonated globally, making Chapter 11 a prominent model in commercial law reform worldwide.⁹

At its core, Chapter 11 is based on the idea that a failing business can be reshaped into a successful operation through reorganisation.¹⁰ It 'provide[s] a debtor with legal protection in order to give it the opportunity to reorganize, and thereby to provide creditors with going-

1. [2020] BCC 997.

2. *ibid* [23]; Alfawzan (n 2) 106.

3. Isherwood (n 3) 116.

4. *ibid*.

5. Alfawzan (n 2) 106.

6. Isherwood (n 3) 130.

7. Payne, 'An Assessment of the UK Restructuring Moratorium' (n 37) 457.

8. Elizabeth Warren and Jay L. Westbrook, 'The Success of Chapter 11: A Challenge to the Critics' (2009) 107 MICH. L. REV. 603, 604.

9. *ibid*.

10. *ibid*.

2.1.5 Part 26A scheme

A Part 26A Scheme of Arrangement, newly introduced under CIGA 2020, is a legal mechanism used to restructure a company's debts or make significant changes to its corporate structure. This new procedure is codified in Part 26A, which was added to the Companies Act 2006. The Part 26A scheme and SoA generally share common procedures and features.

2.1.5.1 Commencement requirements

Similarly, to SoA, Part 26A scheme does not require to be in insolvency or imminent insolvency. However, a company would be eligible for applying such a scheme if two conditions were met:

- (A) the company has encountered, or is likely to encounter, financial difficulties that are affecting, or will or may affect, its ability to carry on business as a going concern;
- (B) the purpose of the plan is to eliminate, reduce, prevent or mitigate the impact of those financial difficulties.¹

Despite the 'financial difficulties' term is mentioned in both conditions, it is not defined. It is most likely derived from the first condition, which is any difficulties affecting the business's ability to carry on business as a going concern.² In *Re DeepOcean*,³ the court emphasised, in determining whether condition A was met, that the current or expected financial difficulties must be 'sufficiently serious' to give rise to the likelihood that the company will be unable to continue operations as a going concern.⁴ In such a case, the applicant companies argued that severe financial underperformance had led them to rely on continuous funding from their parent company, DeepOcean Group. However, the parent company faced constraints that made it unable to sustain this financing without risking its own financial stability, making it unlikely to continue providing the necessary funds. As a result, the court concluded that condition A was satisfied because the underperformance causing the applicant companies' financial difficulties had jeopardised their ability to operate as a going concern.⁵

1. CA 2006, s 901A.

2. Riz Mokal, 'The difficulties with "financial difficulties": the threshold conditions for the new Pt 26A process' (2020) 35(10) *BJIB&FL* 662, 662.

3. In *Re DeepOcean* [2020] EWHC 3549 (Ch).

4. *ibid* (39).

5. *Alfawzan* (n 2) 106.

and securitisation companies.¹

The viability test stands for that ‘it is likely that a moratorium for the company would result in the rescue of the company as a going concern’.² To meet this requirement, the proposed monitor must state confidently that the moratorium will indeed facilitate the company’s rescue as a going concern.³

2.1.4 Scheme of Arrangements

A Scheme of Arrangement (SoA) is a legal mechanism under the Companies Act 2006 (CA 2006) in UK, used to restructure a company’s debts or make other significant changes to its corporate structure. It involves a formal agreement between the company and its creditors or shareholders, requiring court approval and the agreement of a specified majority of stakeholders. This process provides a structured and legally binding framework for companies to reorganise their affairs, often as part of a broader insolvency or restructuring strategy.

2.1.4.1 Commencement requirements

The application of SoA can be applied by the company itself, any creditor or member of the company, the liquidator, or the administrator if the company is in administration or liquidation.⁴

One distinct feature of SoA that it is open for both solvent and insolvent companies,⁵ meaning that the scheme can be filed and approved whether the company is in actual or imminent insolvency.⁶ Nevertheless, SoA itself does not inherently include a moratorium. As a result, during the duration of the scheme’s initial application, until it becomes effective and accepted, any creditor has the right to exercise all of his rights and remedies against the company.⁷ To obtain such moratorium, the company has to accordingly pair the scheme with administration or the stand-alone moratorium process.

1. Alfawzan (n 2) 101.

2. IA 1986, pt A1, ch 2, s A6.

3. Alfawzan (n 2) 102.

4. Company Act 2006 (CA 2006) s 896(2).

5. Finch and Milman (n 6) 411.

6. Alfawzan (n 2).

7. Finch and Milman (n 6) 414.

of a proposed nominee, who assists in implementing the arrangement.¹

2.1.2.1 Commencement requirements

Unlike Administration, a company who apply for a CVA does not need to be insolvent or unable to pay its debts,² making it a flexible option for businesses seeking to restructure their obligations and achieve financial stability. Despite this advantage, it is important to note that CVAs do not include a moratorium on creditor actions, which means that while the arrangement is being proposed and negotiated, creditors are not prevented from taking enforcement actions against the company. However, a moratorium can be obtained by combining CVAs with other restructuring routes, such as administration or the stand-alone moratorium.³

2.1.3 Stand-Alone Moratorium

Stand-Alone Moratorium is a relatively new addition to the UK's restructuring toolkit, introduced by the Corporate Insolvency and Governance Act 2020 (CIGA 2020). It allows financially distressed companies to obtain an initial 20-business-day moratorium period which can be extended, during which they are protected from creditor actions.⁴ This restructuring moratorium operates as a stand-alone mechanism and is not a preliminary step to an insolvency process, although it can be used alongside various restructuring mechanisms including schemes of arrangement and CVAs.⁵

2.1.3.1 Commencement requirements

To initiate the Stand-Alone Moratorium proceedings, two key conditions must be met: the company must pass an eligibility test and demonstrate viability.

All companies are eligible for the standalone moratorium, except those explicitly excluded under Schedule ZA1.⁶ This exclusion list covers business types such as banks, insurance companies, investment exchanges,

1. *ibid.*

2. *ibid.*

3. *ibid.*

4. IA 1986, part A9 (2).

5. Jennifer Payne, 'An Assessment of the UK Restructuring Moratorium' (SSRN, January 2021) <<https://ssrn.com/abstract=3759730> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3759730>> accessed 2 July 2024, 463.

6. IA 1986, Sch ZA1.

a qualifying floating charge over the company's assets.¹ The out-of-court appointment of an administrator has become the predominant method since the enactment of the Enterprise Act 2002.²

For the court to grant an administration order, it must be satisfied that the company is unable or likely to become unable to pay its debts (insolvency test), and that the administration is reasonably likely to achieve its purpose.³ The insolvency test includes the cash flow test where the debtor is 'unable to pay its debts as they fall due'⁴. And the balance sheet test, when 'the value of the company's assets is less than the amount of its liabilities, taking into account its contingent and prospective liabilities'.⁵

2.1.2 Company Voluntary Arrangements (CVAs)

Company Voluntary Arrangements (CVAs) provide an alternative path for companies experiencing financial difficulties. Established under the Insolvency Act 1986, CVAs were designed to offer companies a chance to initiate rescue efforts before becoming insolvent.⁶ The primary purpose of a CVA is to facilitate the recovery of a company, often in conjunction with other mechanisms such as administration.⁷

CVAs allow companies to negotiate the composition of their debts with creditors. For instance, a company might agree to pay 59 pence on the pound of its debts.⁸ Additionally, a CVA can involve a scheme of arrangement where creditors are paid a portion of what is owed, but not necessarily immediately.⁹ The compromise reached through a CVA binds all creditors who were entitled to vote at the meeting approving the arrangement, including those who would have been entitled to vote if they had received notice of the meeting.¹⁰

One of the distinctive features of a CVA, compared to administration, is that the company's management retains control over the business operations. This control is exercised under the supervision and guidance

1. Practical Law Restructuring and Insolvency (n 19).

2. Alfawzan (n 2) 91.

3. IA 1986 Schedule B1, para 11; Alfawzan (n 2) 91.

4. IA 1986, s 123(1)(e).

5. IA 1986, s 123(2).

6. John Paul Tribe, 'Company Voluntary Arrangements and Rescue: A New Hope and a Tudor Orthodoxy' (January 15, 2009) *Journal of Business Law*, Forthcoming 1,9.

7. *ibid* 10.

8. *ibid*.

9. *ibid*.

10. Alfawzan (n 2) 95.

2.1.1 Administration

Administration in the UK is a legal process that facilitates the reorganisation of a company or the realisation of its assets.¹ It serves as a gateway to various routes that a distressed company can take rather than being a stand-alone reorganisation procedure.² When corporate restructuring appears feasible, the appointed administrator may propose a Company Voluntary Arrangement (CVA) under Part 1 of the Insolvency Act 1986, a scheme of arrangement under Part 26 of the Companies Act 2006, or a restructuring plan under Part 26A of the Companies Act 2006.³

Upon entering administration, an insolvency practitioner is appointed as the administrator, taking over control of the company's business and assets from the directors. The administrator's role is to achieve one of the statutory objectives of administration. The primary goal is to rescue the company as a going concern. If this is not practicable, the secondary objective is to achieve a better outcome for creditors than would be possible through liquidation. The third objective, pursued only if the first two are unattainable, is to realise the company's property to make a distribution to secured or preferential creditors.⁴

2.1.1.1 Commencement requirements

A company can enter administration either through a court order or by filing documents at court, known as the out-of-court route. The court route involves a formal application and an open hearing, while the out-of-court route can be initiated by the company, its directors, or the holder of

1. Practical Law Restructuring and Insolvency, 'Administration' (Practical Law UK) <[2. Alfawzan \(n 2\) 90.](https://mail.google.com/mail/u/2/#inboxhttps://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Document/I3351a6fee8da11e398db8b09b4f043e0/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv12%Fre sults%2Fnavigation%2Fi0ad7401200000190bbb11284b83f10c73%Fppcid%3D159592272a8145a9b0e5385f984f01b726%Nav%3DKNOWHOW_UK%26fragmentIdentifier%3DI3351a6 fee8da11e398db8b09b4f043e026%parentRank%3D026%startIndex%3D126%contextData%3D%2528sc.Search%252926%transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageS ource=87021b9d45648aee472bef424ec08e6&list=KNOWHOW_UK&rank=1&sessionScop eId=d6f4ab8b728c354ab26b58009942b8f7f0921fba5f2f1cbf0132aabd91403b13&ppcid=159 592272a8145a9b0e5385f984f01b7&originationContext=Search%20Result&transitionType= SearchItem&contextData=(sc.Search)&comp=pluk > accessed 1 July 2024</p>
</div>
<div data-bbox=)

3. *ibid.*

4. Practical Law Restructuring and Insolvency (n 19); Insolvency Act 1986 (IA 1986) paragraph 3(1), Schedule B1.

and various UK reorganisation mechanisms. Section 3 critically analyses the three pivotal commencement tests under RBL 2018: the viability test, the good faith test, and the insolvency test, in comparison with US and UK bankruptcy legislation. Section 4 suggests adopting a more lenient approach for RBL 2018, advocating for the Financial Difficulty approach instead of the insolvency test. Lastly, Section 5 provides a conclusion to the research, encapsulating the principal findings and recommendations generated by the study.

2. Commencement of Reorganisation Proceedings: An Overview

To assess the success of reorganisation processes, it is critical to determine their accessibility and investigate the commencement requirements for such procedures. As an overall concept, it is preferable that the commencement requirement be transparent and certain, permitting accessible, cost-effective, and timely access to insolvency proceedings to encourage financially troubled or insolvent enterprises to voluntarily initiate proceedings.¹ Meanwhile, Accessibility must be matched with appropriate protections to prevent improper use of proceedings.² Thus, a balance is needed between the commencement requirements.

The following section delves into the specific requirements outlined in RBL 2018 for commencing reorganisation proceedings and compare them to the corresponding provisions in US and UK laws. This allows it to obtain a full insight of RBL 2018's strengths and limitations, as well as identify potential areas for improvement.

The section begins by providing an overview of the reorganisation regimes in the UK and US, highlighting their commencement requirements.

2.1 UK perspective

The UK offers a variety of reorganisation regimes designed to address the financial difficulties of businesses, including the Company Voluntary Arrangements (CVAs), Scheme of Arrangement (SoA), Part 26A scheme, Stand-Alone Moratorium, and the Administration process.

1. UNCITRAL, Legislative Guide on Insolvency Law (United Nations 2005) 45.

2. *ibid.*

Furthermore, this study embraces a comparative methodology by comparing RBL 2018 to the reorganisation regimes of the UK and US. This comparative aspect is pivotal to evaluating the efficacy of RBL 2018 in furnishing effective reorganisation mechanisms for distressed debtors. The provisions of RBL 2018 are largely influenced by US Chapter 11, rendering a comparative analysis with it instrumental in comprehending and assessing RBL 2018's provisions. Additionally, the established and well-tested nature of both the UK and US reorganisation regimes offers insights to address any deficiencies and enhance the effectiveness of RBL 2018. Moreover, the diverse solutions provided by the various reorganisation frameworks in the UK offer strategies to navigate legal challenges. Lastly, the pro-debtor nature of Chapter 11, in contrast with the pro-creditor UK regimes,¹ provides a notable contrast that deepens the analysis of RBL 2018.

Finally, this article also employs an empirical methodology in certain sections, incorporating a quantitative approach. This involves analysing 66 bankruptcy cases to understand the reasons behind their dismissals. By examining these cases, the study provides valuable insights into how the law is applied in practice,² highlighting patterns and potential areas for improvement. This empirical analysis not only supports the theoretical arguments presented but also offers practical guidance for refining the legal framework to better serve debtors and creditors. Through this comprehensive approach, the article aims to bridge the gap between theory and practice, ensuring that the recommendations are grounded in real-world evidence.

1.4 Research Outline

This article is structured into five sections. Section 1 presents an introductory overview of the research subject, including the research justification, methodology, objectives, and an outline of the forthcoming sections. Section 2 provides an overview of the prerequisites for commencing reorganisation proceedings under RBL 2018, US Chapter 11,

1. Alfawzan (n 2) 32; Gerrard McCormack, 'Corporate Rescue Law in Singapore and the Appropriateness of Chapter 11 of the US Bankruptcy Code as a Model' (2008) 20 SAclJ 396,406.

2. C.E. Koops, 'Contemplating compliance: European compliance mechanisms in international perspective' (PhD thesis, Amsterdam Center for International Law, March 2014) 65.

attention to evolving court practices. This article seeks to fill that void by critically analysing RBL 2018 six years after its enactment, considering new case law and updated insights. The current practice of RBL 2018 has raised concerns. The challenges in initiating reorganisation proceedings have frequently unfolded in court, leading to notable case dismissals. These concerns form focal points for the subsequent sections, which aim to advance comprehension in the realm of corporate insolvency and furnish pragmatic insights for policymakers, legal practitioners, and scholars alike.

1.2 Objectives

This article seeks to scrutinise the effectiveness and ease of the commencement requirements inherent in RBL 2018's reorganisation proceedings, considering practices in the US and UK. Central to this analysis are three pivotal commencement tests: the viability test, the good faith test, and notably, the insolvency test.

The viability test evaluates whether a debtor can realistically continue its operations post-restructuring, thereby ensuring that reorganisation efforts are economically feasible and likely to succeed. In contrast, the good faith test examines the sincerity of the debtor's intentions in proposing a reorganisation plan, safeguarding against abusive or fraudulent practices. However, the focus of critique within this article revolves around the justification for the insolvency test as a prerequisite for initiating reorganisation proceedings under RBL 2018.

1.3 Methodology

The research primarily adopts a doctrinal methodology to assess and analyse RBL 2018. This approach involves a comprehensive examination of legal sources, including legislation, case law, scholarly articles, and government reports.¹ Such a method allows for a thorough examination of the key features of the legislation and case law. Relevant components are subsequently carefully merged or synthesised to make a thorough and correct legal assertion on the subject matter.²

1. Jadesola Tiwalola Faseluka, 'A Critical Analysis of The Effectiveness of Corporate Rescue in Retail Sector Insolvency Cases' (PhD thesis, University of Leeds, March 2022) 8.

2. Dawn Watkins and Mandy Burton (eds), *Research Methods in Law* (2nd edn, Routledge 2017) 13.

comprehensive framework for corporate reorganisation, aligning Bahrain with international best practices in the realm of insolvency laws, drawing inspiration from the renowned Chapter 11, and building on recommendations from UNCITRAL.¹

Prior to the enactment of RBL 2018, the only formal option for distressed debtors to avoid bankruptcy was under the repealed Bankruptcy and Composition Law 1987 (BCL 1987). In that legal framework, debtors sought a settlement with their creditors, overseen by the court,² to avoid the bankruptcy stigma and harsh consequences of being declared bankrupt. These consequences encompassed the curtailment of various civil and political rights of the bankrupt debtor, such as the rights to vote, stand for public office, and engage in public employment.³

This article seeks to critically analyse the commencement requirements of the Reorganization and Bankruptcy Law 2018 (RBL 2018) concerning the initiation of reorganisation proceedings. Assessing these conditions is crucial as it determines the accessibility and effectiveness of the Law, which is essential for the successful resolution of corporate insolvency. Comparisons will be drawn with the commencement requirements under the insolvency laws of the United Kingdom and the United States, specifically Chapter 11 of the US Bankruptcy Code and various UK insolvency frameworks.

1.2 Justification

The enactment of RBL 2018 represents a significant step into corporate rescue in Bahrain's landscape. Despite its potential significance, RBL 2018 remains understudied in academic literature. Only limited assessments have been implemented, primarily shortly after its passage, which lack

1. Buthaina Amin and David Billington, 'Bahrain's New Bankruptcy Law' (2019) 9 *Emerging Markets Restructuring Journal* 1,1; Ronald Langat and Maryam Alhashemi, 'Black is the new black, Bahrain's bankruptcy regime at a glance' (*Al Doseri Law*, 1 Dec 2021) < <https://www.aldoserilaw.com/black-is-the-new-black-bahraains-bankruptcy-regime-at-a-glance/> > accessed 28 July 2023; --, 'Continuous development is necessary to improve the law. 'House of Merchants': No cases of bankruptcy law exploitation were discovered.' (*Alayam*, 3 April 2023) < <https://alay.am/p/6xn4> > accessed 26 July 2023.

2. Farooq Ahmed Zaher, *The Bankruptcy System in Egyptian Law Between the Old and New Trade legislations* (Arabic) (Dar Al-Nahda Al-Arabia 2003) 277.

3. Saeed Abdullah Al-Hamidi, *Explanation of Bahrain Bankruptcy Law* (Arabic) (1st edn, Modern Arab Office 2010) 9.

Within the United Kingdom, the recommendations of the Cork Report,¹ regarded as the cornerstone upon which contemporary corporate insolvency frameworks are built,² spurred a significant transformation in the landscape of English corporate insolvency. The Cork Report's suggestions laid the groundwork for fostering a 'rescue culture' emphasising the necessity of modern insolvency laws to preserve viable businesses that contribute to the economy.³ In reaction to the Cork Report, the Insolvency Act of 1986 (IA 1986) implemented reorganisation procedures, such as Administration and the Company Voluntary Arrangement (CVA). Moreover, the Enterprise Act 2002 represents a significant reform in the insolvency framework of the UK. Later, the Companies Act 2006 (CA 2006) introduced the Scheme of Arrangement (SoA), and the most recent reform, the Corporate Insolvency and Governance Act 2020 (CIGA), introduced a stand-alone moratorium procedure and a restructuring plan mechanism (Part 26A scheme). Each of these mechanisms is tailored to a specific scenario and offers a range of options for companies in financial distress to reorganise and recover.

Bahrain, a key player in the context of the Gulf Cooperation Council countries, enacted the Reorganization and Bankruptcy Law 2018 (RBL 2018),⁴ implemented in tandem with Bahrain's ambitious 2030 Economic Vision.⁵ Together, these comprise a significant step towards modernising the country's business landscape. RBL 2018 seeks to establish a

1. Kenneth Cork, *Insolvency Law and Practice: Report of the Review Committee* (HM Stationery Office 1982).

2. Vanessa Finch and David Milman, *Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles* (3rd edn, Cambridge University Press 2017) 15.

3. *ibid* 202.

4. *Reorganization and Bankruptcy Law 2018* (RBL 2018).

5. --, 'Bahrain Economic Vision 2030' (Kingdom of Bahrain's National Portal, 18 July 2021) <[https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=efa7bea9-a1994-fd01-9504-c3c392f2047](https://www.bahrain.bh/wps/portal/en!/ut/p/z1/IVLLUsIwFP0VN12W3DbQRneVQZCRwQFKIRsmhfShbVJCbPXvDcMKFYrZJXNe9-QiilaIClbnKdO5FKww9zX1NqMpeI5L3DHBIYZg6vVn9wNwhtBD0TkAMB4cAf6rv7x3PQKI3sIHd9J3nruGP5kABORx9rJ46gMM8Y38Cydo9V8iimiIzXdojRPHT3q9xHZ9wu2ux8AmMYtt4ntu4hDCux4-ordCVzpDa57KupJKs2LDIAUFE7tcpHcVS_nBgphliuXCBQw_S_qdgl6fITtrattR80rjSY5vJ2oT0L4Y0CIGd8waFQqrSbMb8n8WNAI3bPsNsW_6239PAICyF5p8arW5v2cinhYxPWxuIGJMUUcUTrrjqfCjznGldHR4ssKBpmk4qZVrwzlaWFvxFyeTB-J8j0ZwpVJVhGJYEf9nvM9Iskqyoy4ho8g1roKJ3/dz/d5/L0IHskpZQSEhL3dMTUFia0FFa0EhIS80TIZFL2Vu/> accessed 27 July 2023; Foutoun Hajjar and Siddharth Goud, 'Bahrain Introduces New Insolvency Regime' (Lexology, 28 February 2019) < accessed 28 July 2023.

Introduction

1.1 Background

In the dynamic realm of modern business, corporate reorganisation and rescue mechanisms are pivotal in maintaining economic stability and ensuring the sustainability of businesses facing financial distress. These mechanisms provide a framework for distressed businesses to restructure their operations, debts, and assets, allowing them to regain their footing and contribute to the preservation of employment opportunities and the enhancement of the national economic framework.¹ Such socio-economic benefits of enacting rescue-oriented insolvency laws are actively promoted by international organisations, such as the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), which consider offering both a formal restructuring framework and liquidation procedures crucial for maintaining a nation's international reputation in terms of insolvency regulations.²

Chapter 11 of the US Bankruptcy Code 1978, which embodies a comprehensive and flexible framework that allows debtors to restructure their debts, operations, and assets while preserving value for all stakeholders, is at the global forefront of corporate reorganisation processes. It is widely regarded as the 'golden standard' in reorganisation procedures,³ and its impact transcends borders and influences reorganisation regimes worldwide.⁴

1. H.R. REP. No. 595, 95th Cong., 1st Sess. 220 (1977), reprinted in 1978 U.S.C.A.N. 5963, 6179; Charles J Tabb, 'The Future of Chapter 11' (1992) 44 SC L Rev 791, 792; Rasha Mustafa Abu Al-Gheit, 'Restructuring Troubled Projects as a Mechanism to Prevent Bankruptcy: In Accordance with the Provisions of Law No. 11 Of 2018 Regarding the Organization of Restructuring, Preventive Composition and Bankruptcy' (Arabic) (2020) 6(2) Sadat City University, Faculty of Law 3, 12; Ibrahim Sabri Al-Arnaout, 'The Regular Reorganization Plan to Save Troubled Economic Projects According to The Jordanian Insolvency Law (A Comparative Study)' (Arabic) (2020) 47(3) Derasat 152, 154.

2. Faisal Ibrahim F Alfawzan, 'Critical Examination of Saudi Restructuring Law in the Light of United Kingdom and United States Experiences' (PhD thesis, University of Leeds, January 2022) 25.

3. Nigel J. Isherwood, 'Coronavirus and Corporate Insolvency: A Comparative Analysis of the Corporate Insolvency and Governance Act 2020' (2022) 11 Aberdeen Student L Rev 100, 130.

4. See, e.g. Spanish Law 382011/ of October 2011; German insolvency Code 1999 (Insolvenzordnung); Saudi Bankruptcy Law 2018; Jay Lawrence Westbrook, 'The Globalisation of Insolvency Reform' (1999) 1999 NZ L Rev 401, 401.

future reforms to enhance the efficiency and effectiveness of Bahrain's insolvency regime.

Keywords: Insolvency, Bankruptcy, Reorganisation, Restructuring, Bahrain, UK, US.

ملخص

في عام ٢٠١٨، اتخذت مملكة البحرين خطوة مهمة نحو تعزيز ثقافة إنقاذ الأعمال، من خلال سنّ قانون إعادة التنظيم والإفلاس لسنة ٢٠١٨، الذي يتماشى مع رؤية البحرين الاقتصادية ٢٠٣٠، مستمداً أحكامه من قانون الإفلاس الأمريكي (الفصل الحادي عشر) وكذلك التوصيات الدولية للأونسيترال. على الرغم من أهمية دور هذا القانون في تنمية الاقتصاد الوطني، لم يحظَ بكثير من الاهتمام على الصعيد الأكاديمي. تهدف الورقة البحثية الماثلة إلى سدّ هذه الفجوة من خلال التركيز على التحليل النقدي لمتطلبات بدء إجراءات إعادة التنظيم في ظل قانون إعادة التنظيم والإفلاس لسنة ٢٠١٨، وذلك من خلال تحليل مقارنة مع أحكام الفصل الحادي عشر وأنظمة إعادة التنظيم المتعددة في المملكة المتحدة، مع التركيز على ثلاثة شروط رئيسية: شرط إمكانية الاستمرار، شرط حسن النية، شرط الإعسار.

تتركز أبرز أهداف هذا البحث على التحليل النقدي لمسوِّغات شرط الإعسار بوصفه شرطاً أساسياً لبدء إجراءات إعادة التنظيم بموجب قانون الإفلاس البحريني. توصلت نتائج البحث إلى أنّ شرط الإعسار الذي يتطلّب من المدين إثبات ضائقته المالية وتوقفه عن الدفع، يعيق بشكل كبير المحاولات المبكرة لإنقاذ الشركات، ويتقل كاهل المدين بعبء إثبات إعساره. علاوة على ذلك - في سياق قانون الإفلاس البحريني - يفتقر شرط الإعسار إلى المسوِّغ بسبب وجود شرط حسن النية الصارم، وكذلك سلطة المحكمة في إدارة دعوى الإفلاس، اللذين يوفران ضمانات قوية ضد سوء استخدام أو استغلال إجراءات إعادة التنظيم. بالإضافة إلى ذلك، فإن غياب آليات إعادة تنظيم رسمية بديلة في البحرين وتعارض شرط الإعسار مع التوصيات الدولية، يضعفان الحجة الداعية لتبني شرط الإعسار.

وبناءً على ذلك، يقترح المقال حذف شرط الإعسار مع استمرار تطبيق شرط حسن النية، واعتماد نهج أكثر مرونة: اختبار الاضطراب المالي. سيسمح هذا النهج بالتدخل المبكر قبل الوصول إلى مرحلة الإعسار مما يزيد فرص نجاح إعادة التنظيم، ويجعل اللجوء إلى إجراءات إعادة التنظيم يسيراً، مما يعزّز كفاءة نظام الإفلاس وفعاليتّه في المملكة.

Critical Analysis of Commencement Requirements of Bahraini Reorganisation Law: A Comparative Perspective

Thulfqar Omar Alaani

Researcher at Bahrain Chamber of Commerce and Industry.

Lecturer at University of Bahrain

Abstract

In 2018, Bahrain enacted the Reorganization and Bankruptcy Law (RBL 2018), aligning with its 2030 Economic Vision and drawing inspiration from US Chapter 11 legislation and supra-national recommendations. Despite its potential significance, RBL 2018 has received limited attention in academic literature. This article aims to address this gap by critically analysing the commencement requirements of RBL 2018 through a comparative analysis with Chapter 11 and various UK reorganisation regimes. This study focuses on three commencement tests: the viability test, the good faith test, and the insolvency test.

The critique centers on the justification for the insolvency test as a prerequisite for initiating reorganisation proceedings under RBL 2018. The analysis reveals that the insolvency test, which requires debtors to prove their financial distress, significantly impedes early rescue attempts and burdens businesses with extensive evidentiary obligations. Furthermore, within the context of RBL 2018, the insolvency test lacks justification due to the stringent good faith test and high court involvement, both of which provide strong safeguards against misuse. Additionally, the absence of alternative formal reorganisation mechanisms in Bahrain and the contradiction with supra-national recommendations further undermine the necessity of the insolvency test.

Consequently, the article suggests omitting the insolvency test -while maintaining the stringent application of the good faith test- in favour of a more lenient approach: the financial difficulty test. This approach would allow for earlier interventions and make reorganisation proceedings more accessible. The study concludes with recommendations for potential



جامعة البحرين
University of Bahrain

هيئة التشريع والرأي القانوني
Legislation & Legal Opinion Commission



AL Qanoniya

Volume No. 15- Jumada Al-Awwal
1446 Hijri- November 2024



A Biannual Law Journal Issued by the
Legislation and Legal Opinion Commission
In Collaboration with: University of Bahrain