جامعة قطر

كليّة القانون

الحماية القانونية للمتعاقد من الشروط الأسدية-(دراسة مقارنة بين القانون القطري والقانون الكويتي والمصري)

إعداد

توفيق سلمان أهوا

قُدّمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلّبات

كليّة القانون

للحصول على درجة الماجستير في

القانون الخاص

يونيو 1443/2022

©2022. توفيق سلمان أهوا. جميع الحقوق محفوظة.

لجنة المناقشة

استُعرضت الرسالة المقدّمة من الطالب/ة توفيق سلمان أهوا بتاريخ 16 مايو 2022، وَوُفِقَ عليها كما هو آتٍ:

نحن أعضاء اللجنة المذكورة أدناه، وافقنا على قبول رسالة الطالب المذكور اسمه أعلاه .وحسب معلومات اللجنة فإن هذه الرسالة تتوافق مع متطلبات جامعة قطر، ونحن نوافق على أن تكون جزء من امتحان الطالب.

أ.د فوزي أحمد ببالكناني

المشرف على الرسالة

أ.د آمال مملوك

مناقش

أ.د باسل النوايسة

مناقش–الممتحن الخارجي

أ.د محمد كمال شرف الدين، جامعة تونس المنار

.

تمّت الموافقة:

الدكتورة منى مصطفي المرزوقي، عميد كليّة القانون

المُلخَّص

توفيق سلمان أهوا، ماجستير في القانون الخاص:

يونيو 2022.

العنوان: الحماية القانونية للمتعاقد من الشروط الأسدية-(دراسة مقارنة بين القانون القطري والقانون الكويتي والمصري)

المشرف على الرسالة: أ.د فوزي أحمد بالكناني

إن عقد تأسيس الشركة كغيره من العقود يخضع لمبدأ سلطان الإرادة، فبموجبه يحق لأطرافه أن يتفقوا على ما شاءوا أن يتفقوا عليه، وأن يضعوا من الشروط ما يخدم مصالحهم ويحقق الغرض من تعاقدهم، ولا يقيد حريتهم في ذلك أي قيد إلا قيد أقره القانون، ولذلك يجوز للشركاء أو المساهمين أن يبرموا ما شاءوا من العقد، ولهم أن يضعوا ما يرونه محققاً لمصالحهم من الشروط، بل لإرادتهم قوة ملزمة تنشئ قانوناً خاصاً لهم فيما اتفقوا عليه متى ما التزموا في ذلك بالاعتبارات المقيدة لحريتهم بموجب القانون، تطبيقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون[1] تحقيقاً للعدالة وتعزيزاً لاستقرار المعاملات القانونية والمراكز القانونية.

وحيث أن عقد الشركة قائم على نية المشاركة بين الشركاء في النشاط موضوع الشركة، دون تبعية بعضهم لبعض آخر، والتعاون بين الشركاء لاقتسام ما ينشأ عن نشاط الشركة من الأرباح وتحمل الخسائر، وفقاً لقاعدة الغرم بالغنم، وبما أن الشروط الأسدية هي عبارة عن اتفاق الشركاء في عقد إنشاء الشركة بمقتضاها يتم إعفاء أحد الشركاء أو بعضهم من الخسارة أو استئثار أحدهم

[1] انظر المادة 171 من ق.م.ق

أو بعضـهم بالأرباح، فإنه قد يحتوي عقد إنشـاء الشـركة، أو إدارتها ممثلاً في النظام الأسـاسـي للشـركة، أو في أي اتفاق لاحق على التأسـيس شـرطاً من هذه الشـروط، وهي مما لا شـك أنها تخـالف الاعتبـارات التي يقوم عليهـا عقد الشـــركـة، ويترتـب عليهـا اختلال التوازن العقدي بين الشركاء وتنسف مقتضى قيام الشراكة.

وباســتقراء التشــريعات المختلفة، تتجلى الحقيقة مفادها، أن مجرد اختلال التوازن بين الآداءات المتقـابلـة في العقـد لا يترتـب عليـه بطلانـه، فلا بـد من أن يقترن ذلـك بعيـب الغش والإكراه والاسـتغلال –كما في الشـروط الأسـدية–وغيرها من عيوب الرضـا، أو تضـمن العقد شـرطاً غير عادل أو شــرط إعفاء البائع من بعض الضــمانات على البضــائع (وهو ما يطلق عليه بشــرطً تعسفي).

والجدير بالملاحظة أن كل من شروط الأسد والشروط التعسفية تتقارب من حيث كونهما شروطا يترتب على تضــمنها في العقد اختلال التوازن بين الآداءات المتقابلة في العقد، وأنهما شــروط غير عادلة، بالإضافة إلى أنهما تلتقيان باعتبارهما من صور بنود الإعفاء من المسؤولية، وكذلك من حيث الأحكام المقررة لكل منهما عبر القوانين المختلفة بخلاف علل هذه الأحكام.

فالشــرط التعســفي كما عرفتها المادة 1/3 من توجيه المجتمع الفرنســي رقم 13/93 بتاريخ 5 أبريل 1993 بشـأن الشـروط غير العادلة في العقود المبرمة مع المسـتهلكين بأنه الشـرط الذي "خلافا لما يقتضــيه حســن النية، يترتب عليه الاختلالً الكبير في التوازن بين حقوق الأطراف والتزاماتهم الناشــئة عن العقد، أو هي عبارة عن البنود التي يكون هدفها أو تأثيرها ، على غير المهني أو المســتهلك ، خللًا كبيرًا في التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد، ويدخل انعدام العدالـة في العقود المبرمـة بين المهنيين وغير المهنيين أو المســتهلكين"، وذلـك طبقاً للمـادة L.132-1 ، الفقرة 1 ، من قـانون المســتهلك. أمـا مجلس الإتحـاد الأوروبي فقد عرفهـا في

توصيته لدول الأعضاء بشأن إنشاء الآليات القانونية الفعالة لحماية المستهلكين ضد الشروط غير عادلة بأنها: عبارة عن شروط تؤدي إلى عدم التوازن بين الحقوق والالتزامات في العقد على حساب المستهلك. والجدير بالملاحظة أن المشرع الفرنسي ومجلس الإتحاد الأوروبي قد استعملا مصطلح شروط غير عادلة مرادفاً للشروط التعسفية[2].

أما القانون الأمريكي، فإنه يعرف ذلك بالشروط منافية للضمير، ويتألف من الشرط المفاجئ غير عادل (Surprise-Unfair) الذي يضعه المهني مع علمه المسبق بأن هذه الشروط تخالف توقعات الطرف الآخر. وهو يستغل جهل المستهلك الذي لن يلاحظ أن هذا الشرط قد تم إدراجه في العقد، إلى جانب شرط يعفي الطرف الأقوى من المسؤولية التعاقدية (Exculpatory Clauses) أو شرط يقيّد بعض ضمانات البائع على البضائع التي باعها (Limitations on Warranty Liability)، وهي الشروط في مجملها مخالفة للنظام والآداب العامة للمجتمع يطلق عليها بالشروط المنافية للضمير3. وتحصل في هذه الشروط في العقد في مرحلة التفاوض أي عند تكوين العقد، خصوصاً شرط المفاجأة غير العادلة التي تعد شائعة في العقود المطبوعة المسبقة التي يقوم الطرف الذي يتمتع بمركز تفاوضي أقوى بصياغتها- كما في عقود الإذعان- وتقدم للطرف الضعيف على أساس خذها أو اتركها4، ولعل من أمثلة شرط المفاجأة غير عادلة في التشريع القطري ما نصت عليه المادة (775) من القانون المدني التي ذهبت إلى أنه: "لا

---

[2] Peglion-Zika, C., LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE AU SENS DE L'ARTICLE L. 132-1 DU CODE DE LA CONSOMMATION, école doctorale de droit privé, Université Panthéon-Assas , 2013, p. 9, Avocats Murielle Cahen :https://www.murielle-cahen.com/publications/p_contestationclause.asp, 28-05-2021, 16:00

[3] Eisenberg, Melvin A., The Principle of Unconscionability, UC Berkeley Law and Economics Workshop, 2009, "pp 1-29" p.6, https://escholarship.org/uc/item/77h162nt, 31-08-2021, 19:45

[4] National Paralegal College: https://lawshelf.com/coursewarecontentview/unconscionability/,30-08-2021@ 18:00

يجوز الاحتجاج على المؤمن له بالشـروط المتعلقة بالبطلان أو بالسـقوط، إلا إذا أبرزت بشـكل ظاهر ، ولا بشـرط التحكيم إلا إذا ورد في صـورة اتفاق خاص منفصـل عن الشـروط العامة ."، وتقابل هذه المادة من القانون المدني المصري المادة (750).

وتظهر حكمة المشرع القطري ونظيره المصري من اشتراط أن يتضمن شرط سقوط حق المؤمن له في التأمين ضمن شروط خاصة دون عامة هي تحصين المؤمن له من أن يتفاجأ بوجود مثل هذا الشرط الذي يتعلق بمصير عقد التأمين بشكل غير ظاهر وشرط التحكيم بشأنه ضمن شروط عامة، ولذلك أوجب المشرعان بأن يكون هذا الشرط –لكي يجوز الاحتجاج به– بارزاً، وأن يكون شرط التحكيم وارداً في شكل اتفاق منفصل عن الشروط العامة، الأمر الذي تنتفي معه المفاجأة غير عادلة ويورث العلم اليقين بوجوده[5].

ثم إن الهدف من وضـع التشـريعات بشـأن الشـروط التعسـفية هو حماية المسـتهلك من اسـتغلال المهني لجهل المســـتهلك التقني والقانوني، ومـا يتمتع بـه المهني من الامكـانيـة التقنيـة والقوة الاقتصـادية في تحديد مضـمون العقد لصـالحه، بوضـعه مثل هذه الشـروط في ثنايا العقود، بينما الغاية من وضـع التشـريعات الخاصـة بشـروط الأسـد هي منع اسـتغلال الطرف الأقوى للطرف الأضـعف، ومكافحة خرق القواعد الآمرة الخاصـة بحدود الحصـة المسـموح للأجانب بتملكها في الشركة الوطنية.

ثم إنه ولكي نكون أمام الشـروط التعسـفية، وتتحقق الحماية المقررة للمسـتهلك منها، فلا بد أن نكون بصـدد عقد طرفاه مهني وغير مهني أو مسـتهلك، وأن يكون ذلك في عقد الإذعان، وكان أحد طرفي العقد يتمتع بمركز تفاوضـــي أقوى من الطرف الآخر واســـتغل الطرف الأقوى هذا

[5] البراوي، حسن حسين، عقد التأمين في القانون المدني القطري، كلية القانون، جامعة قطر، 2017، ص608

المركز للحصـــول على منفعة، ما كان ليحصـــل عليها فيما لو كان الطرف الآخر يتمتع بنفس المركز التفاوضـــي [6]. ولذلك فإن ســـبب بطلان العقد في هذه الحالة يعود علاوة على اختلال التوازن بين الأداءات المتقابلة إلى اقتران مثل هذا العقد بهذه العيوب أو بالشروط التعسفية، إلى جانب كون أطرافه هم الفئة المعينة من المجتمع (المهني والمستهلك)[7]، وإذا انتفت هذه الشروط، فليس هناك ما يسمى الشرط التعسفي، ولذلك فإن علة حكم الشروط هي حماية المستهلك من جشع المهني وتعسفه في استعمال حقه قدراته وإمكانياته بشكل غير منصف ومخالف للنظام العام وآداب المجتمع.

وفي المقابل، فإن شروط الأسد، وإن كان في بعض صورها بنود الإعفاء من خسائر الشركة – وهي تطبيق من تطبيقات شرط الإعفاء من المسؤولية حسب وجهة نظري المتواضعة –إلا أن أحكامها لا علاقة لها باختلال التوازن بين الأداءات المتقابلة في العقد، بل من الجائز أن يتفق الشركاء على توزيع الأرباح بشكل لا يراعى فيه هذا التوازن.

وتقترب شروط الأسد من الشروط التعسفية من حيث وجود شبهة عيب الاستغلال، ولكن أحكام الشروط التعسفية لا تتعلق بعيب الاستغلال فقط، بعكس شروط الأسد–وسنتناول ذلك في القسم الثاني من هذا البحث–. ثم إن العبرة في الشروط التعسفية بمرحلة تكوين العقد، بينما قد تكون العبرة في شروط الأسد بمرحلة التكوين كما قد تكون بالمرحلة الأخيرة من عمر العقد أو المشروع

---

[6] National Paralegal College: https://lawshelf.com/coursewarecontentview/unconscionability/,30-08-2021@ 18:00

[7] Waddams, S.,"ABUSIVE OR UNCONSCIONABLE CLAUSES FROM A COMMON LAW PERSPECTIVE", Canadian Business Law Journal, by permission of Thomson Reuters Canada Limited, Vol. 49, year 2010, "pp. 378-399", p. 379

وهي الغالبة باعتبار وقت نشـــوب الخلاف، حيث إن في هذه المرحلة تثار مشـــكلة حول توزيع الأرباح.

وتقابل شروط الأسد والشروط التعسفية من العائلة الجرمانية الشرط المفاجئ غير عادل والشروط المقيدة لبعض ضمانات البائع على البضائع التي باعها وغيرها المنضوية تحت مسمى الشروط المنافية للضـــمير في نظام قانون الكومو لو، وتلتقيان في أنهما اعتبرا هذه الشـــروط كلها مخالفة للنظام والآداب العامة للمجتمع، كما تلتقيان من حيث التشابه في الحكم مع اختلاف علته.

وتختلف مواقف القضاء والتشريع المقارن من الشروط التعسفية؛ ففي الولايات المتحدة الأمريكية، وإذا وجدت هذه الشروط في العقد عند تكوينه، فإن للقاضي؛ إما أن يجعل العقد غير قابل للتنفيذ أو قابلاً للتنفيذ دون الشروط المنافية للضمير أو الحد من تطبيق هذه الشروط بقدر يجنب آثار الشروط المنافية للضمير طبقاً لحكم المادة 302-2 من القانون التجاري الأمريكي الموحد، وهو ما عُبر عنه بالشرط المنافي للضمير (Unconscionable clause)[8]، بينما كان موقف محاكم الكومون لو الرافض لبنود الإعفاء من المسؤولية منصباً على الأعمال المدنية وحماية المستهلك، دون الأعمال التجارية التي تعتبر بنود الإعفاء فيها عادلة ومعقولة، وذلك لأن هناك العديد من الاتفاقيات غير المعقولة لا تندرج تحت شروط الإعفاء فقط[9].

وأما في فرنسا، فقد قسم المشرع الفرنسي الشروط غير عادلة إلى قائمتين؛ قائمة السوداء وقائمة الرمادي، فبموجب مرسوم 20 مارس 2009، أضحت قائمة السوداء -التي تضم بنود الإعفاء من المسئولية التعاقدية لصالح المهني- محظورة في العقد بين المحترف والمستهلك، وتعتبر غير

---

[8] National Paralegal College: https://lawshelf.com/coursewarecontentview/unconscionability/,30-08-2021@ 18:00

[9] Waddams, S. M.; "Unconscionability in Contracts", Wiley on behalf of the Modern Law Review, No. 4, Vol. 39, year 1976, "pp. 369-393", p.378

عادلة، ولا يجوز للمهني أن يعترض أو يستأنف ضد هذه القائمة، وتعتبر غير مكتوبة، ويجب ألا تظهر هذه البنود في العقد بعد ذلك، وإن وجدت، فإن للقاضـــي أن يأمر بإزالتها على حســـاب المحترف، كما له صـــلاحية في أن يقرر ضـــم صـــور بنود الإعفاء الأخرى غير واردة ضـــمن القائمة، أما قائمة الرمادي، فتعتبر قائمة الشـــروط التعســـفية يتعين على غير المهنيين أو المستهلكين إثبات الطابع التعسفي لهذه الشروط[10].

وبما أن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً-كما يقول الأصـوليون-، فإن شـروط الأسـد تختلف عن الشروط التعسفية، لاقتضاء الأخيرة، بأن تكون -إلى جانب اختلال توازن الأداءات المتقابلة- بصدد عقود الإذعان التي يتولى المهني صياغتها ويضع فيها ما شاء أن يضع، واستغلاله جهل المستهلك للحصول على المنفعة أو الكسب، ما كان ليكسبها لو كان كل منهما يمتعان بالمركز التفاوضي المتوازن، بعكس شروط الأسد التي لا ترتبط علة حكمها باختلال التوازن بين الأداءات المتقابلة في العقد، بل من الجائز أن يتفق الشـركاء على توزيع الأرباح بشـكل لا يراعى فيه هذا التوازن، كما لا يشترط أن تنشأ بين الفئة المعينة، وإنما تتعلق بعيب الاستغلال ومكافحة التحايل على النظام والآداب العامة للمجتمع. وبذلك، فإن علة حكم شـــروط الأســـد تتوفر في عقود الشركات بأنواعها المختلفة.

وعليه، فإن شـروط الأسـد من المسـائل الخاصـة بعقد الشـركة بنوعيها المدنية والتجارية، كما أن أغلب تشريعات الدول العربية قد درجوا على التنصيص على ثلاث حالات تقليدية لشروط الأسد وهي؛ الحالة الأولى: اسـتئثار أحد الشـركاء أو بعضـهم بالأرباح كلها مع حرمان كلي للشـركاء الآخرين منها، أو توزيع الربح التافه على أحد الشـــركاء أو بعضهم. والحالة الثانية: اعفاء أحد

---

[10] Peglion-Zika, C., Ibid., p.10, Avocats Murielle Cahen: https://www.murielle-cahen.com/publications/p_contestationclause.asp, 28-05-2021, 16:00

الشركاء من تحمل الخسائر، وتأخذ صور عديدة، أما الحالة الثالثة فهي حالة تحميل أحد الشركاء أو بعضهم دون الآخرين كافة خسائر الشركة[11]، الأمر الذي يعطي الانطباع غير حقيقي عن طبيعة هذه الشروط، غير أن القضاء المصري الذي يزخر بالاجتهادات في هذا الموضوع، لم يأل جهداً لإزالة ما قد يوهم الناس هذا التنصيص على الحالتين فقط.

وعلى ضوء ذلك، فقد انقسم مواقف التشريع القطري والتشريع المقارن إلى ثلاثة أقسام؛ القسم الأول اعتبر شروط الأسد دون عقد الشركة باطلاً، ويمثل موقف المشرع القطري المدني ونظيره الكويتي في رأيه الجديد، والقسم الثاني تبنى البطلان النسبي للعقد المتضمن لشرط من شروط الأسد، ويمثل هذا موقف المشرع الكويتي في رأيه القديم، بينما اعتبر القسم الثالث عقد الشركة وشروط الأسد معا باطلين ويمثل موقف المشرع المصري.

وتبعاً لهذه المواقف، فقد اختلفت الحماية المقررة للمتعاقد، وفي ظل التشريع القطري والكويتي الجديد، يمكن إنصاف المتعاقد عبر خيارين لا يمسان كيان الشركة، حيث يرتكز ذلك على توزيع الأرباح وفقاً للقواعد المقررة لذلك أو من خلال انسحاب الشريك من الشركة وحصوله على حصته من رأس مال الشركة، وفقاً لقيمتها السوقية في يوم انسحابه، بالإضافة إلى حقه في الأرباح أو الخسائر بشكل يتفق مع مبدأ العدالة، كما يمكن أن يلجأ الشريك المتضرر إلى طلب حل الشركة. أما في القانون المصري، وبما أن عقد الشركة باطل بطلانا مطلقا، لا تتمتع الشركة بأية شخصية معنوية، ولا يمكن تطبيق نظرية الشركة الفعلية، ويترتب على ذلك سقوط كافة الحقوق والتزامات

---

[11] A. Bamdé & J. Bourdoiseau-Law in all its forms: https://aurelienbamde.com/2016/12/22/lobligation-de-contribution-aux-pertes-et-la-prohibition-des-clauses-leonines, 02-06-2021, 10:42 AM

الشركة واسترداد الشركاء حصصهم من أموال الشركة، وتقسيم الفائض فيما بينمهم وفقاً لتقسيم الأموال الشائعة مع حرمان دائني الشركة والدائنين الشخصيين لأحد الشركاء من حقوقهم، وهو الأمر الذي جعل القضاء المصري لم يقف مكتوف الأيدي، ولذلك بدأ بالتبني الرأي الأول حماية لمصالح هؤلاء المتعاقدين.

وفي سبيل انجاز هذه الرسالة ونظراً لطبيعة موضوعها، فقد اتبعت ثلاثة مناهج؛

فالمنهج الأول هو منهج الاستقراء: وذلك من خلال وصف مفهوم شروط الأسد وبيان صورها المختلفة، إلى جانب وصف مفهوم الحماية المقررة لضحايا هذه الشروط وللغير، ومدى نجاعة هذه الحماية من عدمها، وذلك كله في القانون القطري والقانون المقارن، وعلى ضوء أحكام القضاء واجتهادات الفقهاء.

أما المنهج الثاني فهو المنهج التحليلي: بموجبه يتم تحليل المفاهيم الواردة في هذه الدراسة والتأصيل القانوني لها عبر استقراء الأحكام ذات العلاقة والاسترشاد بقرارات المحاكم والسوابق القضائية–متى ما وجدت– كل ذلك في إطار المقارنة.

والمنهج الأخير هو المنهج المقارن: ويتم ذلك بتحليل القانون القطري والقانون المقارن طبقاً للمنهج، وبغية التوصل إلى بيان أوجه الاتفاق والتميز بين تلك القوانين.

ABSTRACT

Legal Protection for the disadvantaged party and third party against the Leonine clauses- Comparative study (Qatari, Kuwaiti and Egyptian`s Law)

The aim of this graduation thesis is to fulfil master's degree in Private law program`s requirement, this study tries to elucidate the nature of these clauses, its provisions, as well as its conventional and contemporary practices, it also aims at analyzing and examining Qatari legislation`s stand towards the Leonine conditions, comparing it with its Kuwaiti and Egyptian counterparts, illustrating and shedding the light on legislative and judiciary protection for the disadvantaged partners, creditors, and the partner`s personal creditors as well.

This study is consisted of an introductory and two chapters, each of them dealing with different aspect of the study`s components. the Introductory Chapter defines the concepts of the corporate`s shareable profits and losses among the partners. It is subdivided into two Sections. Section 1 elaborates concept of partners` intention to participate in the corporate`s activities, as well as their participation in both positive and negative outcomes of these activities. While Section 2 discusses the profit and lost concept and its distribution`s rules.

Chapter 1 investigates the leonine clauses concept. The chapter consists of two main sections which is subdivided into two subdivisions. Section 1 focuses on the condition concept in general and expatiates its provisions, Section 2 on the other hand deals with definition of the Leonine Conditions and its provisions.

Chapter 2 deliberates on the legal and judiciary`s protections provided to the disadvantaged partners, as well as the third party. This chapter is subdivided into two main parts which is also subdivided into two subdivisions.

Section 1 illustrates legislative protection for the disadvantaged partners (sub-section 1) and the third party (sub-section 2), Section 2 looks at judiciary role and its contribution to the legislative protections.

The study concludes that:

- The subject of the Leonine conditions is related to the company's contract, whether it is the memorandum of association, its articles of association, or any subsequent agreement related to the company`s activities.
- Due to the variety of the Leonine conditions applications, there is no comprehensive definition for it.

- The Leonine conditions violate the rules of justice and the principle of good faith in dealing, as well as the Public Policy.
- contrary to what it is wide circulated in the legislative texts which limit the Conditions to the two major forms, there are many applications of these clauses.
- The Leonine clauses are divided into the traditional conditions and the contemporary clauses, and their provisions are differed accordingly.
- the protections prescribed for the disadvantaged partners and the third party are differed across the under studied legislations.
- Considering the new trend in the Arab Gulf states towards attracting foreign capital to invest in their countries and raising the limitation of the percentage of foreign shares in national companies in some areas of investment, it is necessary to revisit provisions of the Leonine conditions in these countries, and the researcher advises to adopt the relative invalidity.

Finally, in order to accomplish the thesis`s aim and due to the nature of its subject matter, the three following methods were endorsed; The **Descriptive Method** is the first one: which is applied to describe the concept of the conditions of the Leonine clauses and its various forms, in

addition to describing the concept of protection, either legally or judicially established for victims of these conditions, and the extent of the effectiveness or lack of this protection in the Qatari and comparative law and considering the judiciary precedents and the jurists` discretionary. As for the second approach, which happened to be **Analytical approach**, it analyzes the various concepts of this study, which include the legal authenticity thereof, by inferring the relevant provisions and being guided by court decisions and judicial precedents – whenever they exist – all of this within the framework of comparison. The final approach is the **Comparative approach**, and this is done by analyzing the Qatari and comparative law according to the method to arrive at an explanation of the aspects of agreement and distinction between those laws.

شكر وتقدير

وفي هذا المقام لا يسعني إلا أن أحمد الله وأشكره بما أنعم على بإتمام هذه الرسالة، كما أتقدم بجزيل الشكر إلى كل من:

مكتب سعادة رئيس الجامعة، على دعمهم الكبير وتذليل جميع العقبات في سبيل انجاز هذه الرسالة،

الأستاذ الدكتور/ فوزي بلكناني، على قبوله الإشراف على هذه الرسالة، على الرغم من كثرة أعبائه، وأسأل الله تعالى أن يشكر سعي سعادته ويجعل ذلك في ميزان حسناته،،،

كما أتقدم بالشكر والدعاء الوافر للأستاذة/ مريم خير الله، ولكلية القانون وكلية الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية– جامعة قطر والقائمين عليها، والشكر كذلك موصول إلى كل من ساهم في إنجاز هذه الرسالة، فبارك الله فيكم وجزاكم الله عني كل خير.

وهذا ما تيسر جمعه وإعداده في هذه الرسالة العلمية، فما كان فيها من صواب فمن الله، فله الشكر والمنة والثناء الحسن، وما كان من خطأٍ أو سهوٍ أو نسيانٍ فمني ومن الشيطان، واستغفر الله وأتوب إليه من كل ذلك، وصلى الله وسلم على سيدنا محمد الأمي وعلى آله وصحبه أجمعين...

(...وَمَا تَوْفِيقِي إِلَّا بِاللَّهِ ۚ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ) "هود:88"

الباحث: توفيق سلمان أهوا

3 شعبان 1442 هـ الموافق 16 مارس 2021م

الإهداء

إلى والداي الغاليين اللذين أسأل الله ربي أن يرحمهما كما رباني صغيراً،

وإلى روح الشـــيخ عبد الرحمن محمد الأول أوولابي (رحمه الله)، مؤســـس جمعية تبليغ الدعوة الإسلامية ومعهدها، منهل العلم والدعوة في بلادي نيجيريا،

وإلى أستاذي الفاضل والمربي الكريم/ الدكتور شافي بن سفر الهاجري –حفظه الله وأنعم عليه بموفور الصحة والعافية،

وإلى رفيقة دربي زوجتي الصبورة وبناتي الكريمات،،

وإلى جميع من له فضل علي، إليكم جميعاً أهدي هذا الجهد المتواضع،،،

فهرس المحتويات

شكر وتقدير ..... ط

الإهداء ..... ظ

فهرس المحتويات..... ع

مقدمة.....1

خطة الدراسة؛.....15

الفصل الأول: ماهية الشروط الأسدية.....16

المبحث الأول: الترابط بين نية المشاركة وتوزيع أرباح وخسائر الشركة 17

المطلب الأول: ارتباط نية المشاركة بتقاسم أرباح الشركة وخسائرها.....18

المطلب الثاني: مساهمة الشريك في الأرباح وتحمله بالخسائر 24

المبحث الثاني: تعريف الشروط الأسدية.....33

المطلب الأول: مفهوم الشروط الأسدية 34

المطلب الثاني: أحكام شروط الأسد وتطبيقاتها.....42

الفصل الثاني: الحماية المقررة للشريك المتضرر والغير من الشروط الأسدية 70

المبحث الأول: الحماية القانونية المقررة للشريك المغبون والغير من الشروط الأسدية.....71

المطلب الأول: الحماية القانونية المقررة للشريك المغبون من الشروط الأسدية 74

المطلب الثاني: الحماية المقررة لدائني الشركة والدائنين لأحد الشركاء من الشروط الأسدية 81

المبحث الثاني: دور القضاء في حماية الشريك المغبون والغير من الشروط الأسدية 87

المطلب الأول: دور القضاء في تفسير العقد كوسيلة ناجعة لمعالجة آثار الشروط الأسدية 89

المطلب الثاني: صلاحية القاضي في تكييف وتعديل العقد المتضمن للشروط الأسدية 95

النتائج والتوصيات؛ 102

قائمة المصادر والمراجع 104

التشريعات: 104

المراجع باللغة العربية: 104

المراجع باللغات الأجنبية: 108

مراجع شبكة الإنترنت العربية: 109

مراجع شبكة الإنترنت الأجنبية: 110

مقدمة

لا مراء في أن العقد من أبرز التصـرفات القانونية المنتشـرة بين الإنسـان، بل هو ميزة يمتاز بها بنو آدم قديماً وحديثاً، وهو مصـــدر من مصـــادر الالتزام، منشـــاؤه اتفاق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، ســـواء كان ذلك من حيث إنشـــاء الالتزام، أو نقله، أو تعديله أو إنهاؤه، فلا مندوحة عن إرادة أطراف العقد عند تكوينه، بل ولا يتصور العقد بدونها، حيث إنها مصدر إنشاء العقد ومخرجه إلى حيز الوجود من ناحية، ومحدد آثاره ومداه من ناحية أخرى، وهو ما يعبر عنه بمبدأ سلطان الإرادة أو النظرية التقليدية للعقد.

ثم إن من المعلوم أن مبدأ سـلطان الإرادة قد حاز نصـيباً لا يسـتهان به من الدراسـات القانونية، حيث يعد من المتطلبات الأساسية للعملية التعاقدية، بل إنه أساسها الجوهري، ذلك لأنه يرتب أثراً قانونياً في ذمة أطراف العقد، فلا يعقل ألا يكون ذلك انعكاســـاً لإرادتهم، ولذلك فلا ريب في أن عماد هذا المبدأ هو الحرية والمسـاواة، فالحرية أسـاس النشـاط الذي يتمثل في إرادة الإنسـان الذي ينشئ العقد ويختار آثاره، بغية تحقيق ما يشاء من المصـالح بحسب حاجاته، ليتولى القانون دوراً مكملاً لإرادة هذا الإنسان، وأما المساواة، فتحقق المصلحة العامة التي هي مجموع مصالح الأفراد بإتاحة الفرص للجميع دون تمييز. ولئن كانت حرية التعاقد هي أســـاس العقود وهي التي تقرر قواعد العقد وسـريانه وآثاره، فإنه ليس على إطلاقه، وإنما هنالك اعتبارات من شـأنها أن تقيد هذه الحرية.

والجدير بالذكر أن تبني الاعتبارات المقيدة لمبدأ حرية التعاقد جاء نتيجة تطورات اقتصـــادية واجتماعية وتكنولوجية، بعد أن ســـاد المبدأ لحقبة من الزمن، ثم ظل إلى جانب عوامل أخرى مصدراً لنشوء تصرفات قانونية وتحديد مداها. وبما أن عقد الشركة كما عرفه المشرع القطري هو عقد يلتزم بمقتضـاه شـخصـان أو أكثر، بأن يسـاهم كل منهم في مشـروع مالي، بتقديم حصـة من

مال أو من عمل واقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو من خسارة[12]، وهو من العقود الرضائية، حيث يخضع لمبدأ سلطان الإرادة[13].

وعلى ضوء هاذين المبدأين يكون للشركاء أو المساهمين أن يبرموا ما شاءوا من العقد، ولهم أن يضعوا ما يرونه محققاً لمصالحهم من الشروط، بل لإرادتهم قوة ملزمة تنشئ قانوناً خاصاً لهم فيما اتفقوا عليه متى ما التزموا في ذلك بالاعتبارات المقيدة لحريتهم بموجب القانون، والشروط الأسدية هي عبارة عن اتفاق الشركاء في عقد إنشاء الشركة بمقتضاها يتم إعفاء أحد الشركاء أو بعضهم من الخسارة أو استئثار أحدهم أو بعضهم بالأرباح[14]، وقد يحتوي عقد إنشاء الشركة أو إدارتها ممثلاً في النظام الأساسي للشركة، أو في أي اتفاق لاحق على التأسيس شرطاً من هذه الشروط.

وأما الحماية القانونية والقضائية، فهي عبارة عن "توفير الأمان والاطمئنان والضمان للشخص في ممارسة حقوقه ومصالحه ومكناته القانونية بصورة تجعله مكفولاً ومتسلحاً بسلاح الدفاع عن أي من حقوقه ومصالحه ومكناته من خلال وسائل وأدوات هيأها القانون، له استخدامها عند مواجهته لخطر أو تعرضه لضرر"[15]، وليس هناك شك في أن الشريك المتضرر من الشروط الأسدية، يتعرض حقه في الحصول على نصيبه من الأرباح مساوياً لإسهاماته من رأس مال الشركة لخطر حرمانه منه أو لخطر تحميله خسائر الشركة وحده بشكل تعسفي. كما لا شك في

---

[12] انظر المادة 513 من ق.م.ق والمادة 3 من ق.ش.ك، والمادة 505 من ق.م.م

[13] الشاذلي، ياسين، الوجيز في قانون الشركات القطري الجديد وفقاً لقانون الشركات التجارية رقم 11 لسنة 2015، LexisNexis، بدون مكان النشر، 2016، ص32

[14] الملحم، أحمد عبد الرحمن؛ قانون الشركات التجارية الكويتي والمقارن، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2009، ص139، والشاذلي، ياسين، مرجع سابق، ص79

[15] الروازق، فراس جبار كريم؛ الحماية القانونية من الشروط التعسفية، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر،1438هـ الموافق 2017، ص55

أن دائني الشركة والشركاء تتهدد حقوقهم بالمآلات المحتملة للعقد الذي يتضمن شرطاً من شروط الأسد، ولو كان ذلك نسبياً.

وعلى ضـوء هذا التعريف، فإن المراد بالحماية القانونية في هذه الدراسـة هي سـلسـلة الأحكام القانونية، والصلاحية الممنوحة للقضاء، للتدخل من خلالها في تفسير، وتكييف العقود، وإلغائها– وذلك اسـتثناء على الأصـل العام–، وإعادة التوازن في العقد –إن اختل–، وحماية للطرف الضـعيف، وحفاظاً على النظام والآداب العامة، إلى جانب الأحكام الخاصـة بتصـفية الشـركات حماية للغير.

ولا ريب في أن المشـرع في القانون القطري وفي القوانين المقارنة، قد حمي المتعاقدين والغير بسياج من الأحكام القانونية، والقضائية، بالإضافة إلى ما ابتكره الفقه من الحلول وذلك بأسلوبين؛ الأسلوب المباشر والأسلوب غير المباشر؛ ويتمثل الأسلوب المباشر فيما أحيط بعقد الشركة، والنظام الأساسي لها، وعقد الشراكة من الأحكام القانونية، أما الأسلوب غير المباشر ففي أحكام عقد صوري، الذي يتولى القضاء بكشف هذه الحماية في إطار سلطته التقديرية، إلى جانب كون القضاء مقصداً لكل مفتقر إلى العدالة والانصاف، بالإضافة إلى ما يضمن حقوق الشركاء والغير من أحكام تصـفية الشـركات والامتيازات المقررة بموجب ذلك، وكذلك الحلول الفقهية المتمثلة في نظرية الشـركة الفعلية، التي وضـعت من أجل حماية دائني الشركة والدائنين الشـخصـيين لأحد الشركاء.

وأما المتعاقد في هذا البحث، فباسـتقراء الصـور المختلفة للشـروط الأسـدية، فلا يخرج عن كونه شريكاً، أو مساهماً في عقد الشركة، أو مستثمراً في عقد الشراكة في الشركات المساهمة – أي شـركات الأموال–، إذا كان العقد يتضـمن بنداً يضـمن له الأرباح الثابتة، أو الوعد بإعادة الشـراء

بالسعر المحدد تم الاتفاق عليه مسبقاً، بصرف النظر عما إذا حققت الشركة الأرباح، أو منيت بالخسائر إلخ.

الجدير بالملاحظة، أن تلك الحماية تمتد لتشـــمل الغير، **ولا يخفى أن للغير** مفهوماً مختلفاً من حيث تعريفه وتحديد مراده، تبعاً لأوضـــاعه المختلفة، فهناك الغير في العقود – في أثر العقد أو سريانه وفي التسجيل–، وهناك الغير في حجية الورقة العرفية والغير في العقد الصوري، والغير في الأحكام، وهو في كل الأوضاع يتحدد على نحو يتلاءم مع هذا الوضع. غير أن ذلك لا ينفي حقيقة وجود الفكرة المشتركة في كل هذه الأوضـاع، حيث أن أثراً قانونياً معيناً قد يمتد لشخص تقضـي المبادئ العامة للقانون بحمايته من أن يمتد إليه هذا الأثر، فيعتبر من الغير بالنسبة إلى هذا الأثر. وعليه، فإن الغير في مجال الشركات التجارية وإن كان بدروه أيضـاً مصـطلح متغير ومتعدد، ويمتد ليشمل كل دائن وكل صاحب حق في مواجهة الشركة، غير أن المراد به في هذا البحث –وتجاوزاً لاختلافات الفقهية[16]– هم دائنو الشركة والدائنون الشخصيون لأحد الشركاء.، وسيتم توضيح ذلك عند الحديث عن هذه الحماية بالتفصيل في المبحث الثاني.

ومما يســترعي الملاحظة أن أغلب تشــريعات الدول العربية، قد اكتفوا بالتنصــيص على ثلاث حالات لشروط الأسد وهي؛

أوّلا: استئثار أحد الشركاء أو بعضهم بالأرباح كلها مع حرمان كلي للشركاء الآخرين منها، أو توزيع الربح التافه على أحد الشركاء أو بعضهم.

ثانيا: اعفاء أحد الشركاء من تحمل الخسائر.

[16] السنهوري، عبد الرزاق؛ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج2، ص194.

ثالثا: عندما يتم تحميل أحد الشركاء أو بعضهم دون الآخرين كافة خسائر الشركة [17]، الأمر الذي يعطي الانطباع غير حقيقي عن طبيعة هذه الشـــروط، غير أن القضـــاء المصـــري الذي يزخر بالاجتهادات في هذا الموضوع، لم يأل جهداً لإزالة الغموض من ذلك.

ثم إن مما تجدر ملاحظته، أن الشروط الأسدية من المسائل الخاصة بعقد الشركة بنوعيها المدنية والتجارية، وهي المسـائل التي تتعلق بكيفية توزيع الأرباح والخسـائر بين الشـركاء بمفهوم واسـع، وتعد من المسـائل المهمة، نظراً لما تترتب على تضـمين عقد الشـركة لهذه الشـروط من الأحكام، تختلف من تشـريع لآخر –وسـيتم توضـيح ذلك ضـمن هذا البحث –بإذن الله–، وتؤكد د. سـميحة القليوبي ما ذهب إليه الباحث، بقولها بأن تطبيق أحكام شـروط الأسـد يجب أن يكون بصـدد عقد الشـركة[18]، كما يؤكد موقف القضـــاء الفرنســـي على ذلك بقولها بأنه من المقرر أن أحكام المادة 1855 عامة، وتقرر بطلان أي شـرط من شـروط الأسـد دون التمييز ما إذا كان واردًا في عقد الشـراكة أو في اتفاقية منفصـلة، ولا ما إذا كان يُلزم الشـركة بأسـرها أو عددًا قليلاً من الشـركاء فيها، وسواء كان مؤقتًا أو لأجل غير مسمى، وعلى ضوء هذا الحكم، يتم تقييم مدى مطابقة أي شرط لشروط الأسد بشكل أساسي وفقاً للهدف منه[19].

---

[17] حيث نصـت المادة 13 من قانون رقم 11 لسـنة 2015 بإصـدار قانون الشـركات التجارية القطري على أنه: "لا يجوز أن يتضـمن عقد الشـركة نصـاً يقضـي بحرمان أحد الشـركاء من الربح أو إعفائه من الخسـارة وإلا وقع باطلاً، ومع ذلك يجوز النص على إعفاء الشريك الذي تكون حصته عمله من المشاركة في الخسارة."، كما نصت المادة 13 من قانون الشركات التجارية الكويتي على أنه: "إذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم في أرباح الشركة أو لا يساهم في خسائرها جاز فسخ عقد الشركة بناء على طلب الشريك الذي حرم من المساهمة في الأرباح أو بناء على طلب أي من الشركاء الذين يقع عليهم عبء الخسارة"، وكذلك نصت المادة 2/515 من القانون المدني المصري على أنه:" إذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم في أرباح الشركة أو لا يساهم في خسائرها كان عقد الشركة باطلاً"

[18] القليوبي؛ سميحة، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2018، ص61

[19] Panichi, K. et al, F. (2004), "Article 1855 du Code civil : la prohibition des clauses léonines", Le Bicentenaire du Code civil : une contribution luxembourgeoise, Portalis, "p. 369-390", p374

وعن حكم العقد المتضمن لشروط الأسد (آثار الشروط الأسدية)، فمختلفة هي مواقف تشريعات الدول العربية والقوانين المقارنة من الشروط الأسدية المتضمنة في عقد الشركة، وباستقراء هذه المواقف، يمكن تصنيفها في ثلاث الاتجاهات الآتية بيانها؛

الاتجاه الأول، ذهب هذا الاتجاه إلى اعتبار الشرط دون عقد الشركة باطلاً، بينما تبنى الاتجاه الثاني البطلان النسبي للعقد المتضمن لشرط من شروط الأسد، وأما الاتجاه الثالث فقد اعتبر عقد الشركة وشروط الأسد معا باطلين (البطلان المطلق)[20]، وسيتم تفصيل ذلك ضمن الفصل الأول من البحث.

نطاق التشريع المقارن:

وبما أن مواقف تشريعات الدول العربية حول شروط الأسد متعددة وانقسمت إلى ثلاث اتجاهات؛ اتجاه أقر بصحة عقد الشركة دون شروط الأسد، بينما جعل الآخر عقد الشركة قابلاً للإبطال، واتجاه أبطل عقد الشركة وشروط الأسد معاً.

وعلى ضـــوء هذه المواقف المتنوعة، فقد وقع اختياري على وقانون الشـــركات التجارية القطري والقانون الكويتي الجديد ليمثلا الاتجاه الأول، قانون الشركات التجارية الكويتي القديم بما انفرد به من جعل عقد الشركة المتضمن لشروط الأسد قابلاً للإبطال ليمثل الاتجاه الثاني، بينما يمثل القانون المدني القطري المدني والمصري الاتجاه الثالث، ليتشكل مجال التشريع المقارن للرسالة.

الدراسات السابقة:

---

[20] الملحم، أحمد عبد الرحمن؛ مرجع سابق، ص141، والشاذلي، ياسين، مرجع سابق، ص79ناصيف، إلياس؛ موسوعة الشركات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية،2008، ط3، ص132، والشمري، طعمة صعفك؛ الوسيط في دراسة قانون الشركات التجارية الكويتي وتعديلاته، الناشر: المؤلف، الصفاة، 1420هـ-1999م، ط3، ص99

وبالرغم من أهمية الدور الذي تلعبه الشركات في الاقتصاد الوطني، وما أولاه المشرع –سواء في التشريع القطري أو في التشريع المقارن– من الاهتمام، بما وضعه من التشريعات المنظمة لإنشاء الشركات وإدارتها بشكل يحقق المصلحة المبتغاة، ولكى يكتسب هذا الكيان الاقتصادي شخصية اعتبارية تضفى عليها الحماية القانونية، خصوصاً فيما وضعه المشرع من القواعد والضوابط المتعلقة بتوزيع أرباح الشركة وتحمل خسائرها فيما بين الشركاء، إلى جانب ما شرعه من أحكام شروط الأسد، إلا أنه لم يول الفقهاء القانونيون ولا الباحثون والكتاب نفس قدر من اهتمام المشرعين، فلم أجد دراسة تعكس مدى خطورة أحكام شروط الأسد على عقد الشركة، إلا دراستين تصدتا لها، إحداهما هي عبارة عن مقال علمي عالج الموضوع بشكل ثانوي وفي إطار قواعد توزيع أرباح وتحمل خسائر الشركة، واقتصر على حالاتي الشروط الأسدية التقليدية، فلم يتناول الحالات المختلفة والصور المتنوعة التي كشف عنها السوابق القضائية المصرية ، ثم رسالة الماجستير التي قدمتها الباحثة أفراح دجوبي لجامعة تونس في العام 2008، وفيما يلي ملخص عنهما؛

1– البنا، فكري حلمي؛ (2013) شرط الأسد في شركة الأسد: حق المساهم في الحصول على الأرباح وحدود سلطة الجمعية العامة تجاهه.

وقد تناول الكاتب حق المساهمين في الحصول على أرباح الشركة، وأكّد على أن هذا الحق هو الحق الأساسي بالنسبة إلى المساهمين، وأن الحقوق الأخرى المقررة لهم إنما قررت لخدمة وتأمين هذا الحق، ثم بيّن طبيعة هذا الحق مكيفاً ذلك بأنه حق احتمالي مرهون بقرار الجمعية العامة للشركة، مستنداً في ذلك على موقف كل من الفقه والقضاء المصري.

وكذلك وازن الكاتب بين حق المساهمين في الحصول على الأرباح ومصلحة الشركة في استمرار نشاطها وتوسعها بسبب عدم رغبة مجلس إدارتها في استخدام وسائل التمويل الخارجية، مقرراً

بأنه في سبيل تحقيق مصلحة الشركة، يجوز التضحية بمصلحة الشريك الفردية المتمثلة في الحصول على الأرباح. ومقترحاً فكرتي حق الشريك في الحصول على أرباح الشركة ومصلحة الشركة للبحث.

وتناول المقال أيضاً مجموعة حقوق المساهمين، كحقهم في أن يكون شريكاً في الشركة، وإقامة دعوى المسؤولية على إدارة الشركة على سبيل المثال.

وأخيرا، تطرق الكاتب إلى فكرة توزيع الأرباح باعتباره جوهراً لعقد الشركة ومدى كفايته، مشيراً إلى أن القانون الفرنسي ربط بين توزيع الأرباح والخسائر وعقد الشركة، كما أشار إلى الاختلاط بين السبب والمحل في عقد الشركة لدى الفقه والقانون، وأن الفقه لا يختلف في وجوب توفر أركان عقد الشركة ومنها السبب، وأن اقتسام الأرباح والخسائر كسبب لعقد الشركة يترتب على تخلفه بطلان العقد، وختم الكاتب مقاله بتعداد اجتهادات القضاء المصري والفرنسي للصور المختلفة لحالات الشروط الأسدية.

2–وأما عن الدراسة الثانية فهي عبارة عن رسالة جامعية بعنوان: **عقوبات شروط الأسد**، مقدمة لنيل درجة الماجستير في العلوم القانونية الأساسية، في عام 2008، لكلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية، بتونس، أعدتها الطالبة أفراح دجوبي باللغة الفرنسية –وقام الباحث بترجمتها إلى اللغة العربية–، وأشرف على إعدادها الأستاذ الدكتور فوزي بالكناني.

وتتألف الدراسة من قسمين؛ القسم الأول بعنوان: تكريس عقوبات شروط الأسد، بينما يحمل القسم الثاني عنوان مشروعية اتفاقات المساهمين التي لا تتحايل على بطلان شروط الأسد.

وأكدت الدراسة على أن من شأن تضمن عقد الشركة شرطاً من شروط الأسد أن يتحول العقد الذي يقوم على مشاركة جميع الشركاء في النتائج الإيجابية أو السلبية لاستغلال مشروع الشركة إلى آلة إثراء بعض الشركاء على حساب الشركاء الآخرين، وأنه لأجل منع هذا الظلم وضعت

غالبية الأنظمة القانونية عقوبات على مخالفة مبدأ تحريم شروط الأسد، وهو نفس الوضع بالنسبة إلى القانون التونسي.

وأوضحت الباحثة بأن عقوبات شروط الأسد في القانون التونسي غير موحدة، بل هي متنوعة، مبررة ذلك بأن المشرع التونسي قد اختار حلاً وسطًا بين تكريس بطلان شرط الأسد الذي سيؤدي في نفس الوقت إلى بطلان عقد الشركة بأكمله، وتكريس بطلان شرط الأسد فقط دون أن يترتب على ذلك بطلان عقد الشركة، مبيّنة ذلك كالآتي؛

أ- بطلان الشرط وعقد الشركة معا إلى جانب عقوبة ثانوية وهي عدم قابلية العقد للتصحيح (البطلان المطلق)، وذلك في حال تضمن العقد شرطاً يخالف قاعدة التوزيع النسبي للأرباح والخسائر، ومن شأن وجود هذا الشرط، أن يؤثر على المشاركة الضرورية لجميع الشركاء في أرباح الشركة، وفقاً للفصول 1300-1302 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية والفصل 325 من ذات المجلة.

ب-بطلان العقد (البطلان النسبي): وذلك إذا كان الشرط يعطي جميع أرباح الشركة لأحد الشركاء مع حرمان بقية الشركاء، مشيرة إلى أنه إذا تنازل بقية الشركاء أو أحدهم عن حقه في الربح يعتبر العقد تبرعاً في حق من تنازل منهم.

ج-بطلان شرط الأسد فقط: وذلك إذا كان من شأن هذا الشرط، إعفاء أحد الشركاء من المساهمة من خسائر الشركة.

والجدير بالذكر أن الباحثة قد قسمت شروط الأسد إلى الشروط المباشرة وإلى الشروط غير المباشرة، فكل الشروط المذكورة أعلاه هي الشروط الأسدية المباشرة، أما الشروط غير المباشرة، فهي عبارة عن الشروط المتضمنة في عقد الشركة، أو في نظامها الأساسي أو في اتفاقية المساهمين التي تعفي بطريقة غير مباشرة أحد الشركاء من المساهمة في أرباح الشركة أو

خسائرها، كل ذلك بهدف استبعاد عقوبة شروط الأسد المنصوص عليه في القانون، ورغبة في التحايل على تلك العقوبة، ولكى تبدو هذه الشروط في العقد كأنها ليست من الشروط الأسدية، وهي بدورها تنقسم إلى الشروط النظامية التي تعتبر كأن لم تكن، وإلى الشروط التي رأت الباحثة القبول بها وعدم تطبيق عقوبة شروط الأسد عليها، ومثال على الحالة الأولى: كما في اشتراط فوائد ثابتة، أو مؤقتة، واشتراط نسبة من عوائد الشركة بشكل دوري وبسعر ثابت بصرف النظر عن وضع الشركة، وكذلك شرط الضمان. وأما المثال على الحالة الثانية؛ فهي تكون في أغلب الأحوال في شكل اتفاقيات المساهمين كما في اتفاقية نقل مجموعة من أسهم الشركة.

وخلصت الدراسة إلى أن من الطبيعي أن تتم اتفاقية الشراكة من أجل المصالح المشتركة لجميع الشركاء، وأنه يجب أن يتم ذلك وفقا لمبدأ حسن النية الذي يعد مطلباً مهماً في هذا العقد، وأن يتم الاحتكام في ذلك إلى القواعد القانونية. كما أكدت الدراسة على القواسم المشتركة بين أنواع الشركات المختلفة، سواء كانت التي تخضع لمجلة الالتزامات والعقود التونسية أو لمجلة الشركات التجارية التونسية، خاصة فيما يتعلق بمبدأ تحريم شروط الأسد الذي يطبق على جميع الشركات، مبررة ذلك بتعارض طبيعة هذه الشروط بشكل صارخ مع فكرة الشركة، حيث لا يتصور أن يقبل أحد بها، مالم تكن "نتيجة عن الغش أو التعسف في استعمال الحق، ولذلك، فإن حظر شروط الأسد بحسب الباحثة أمر لا جدال فيه، إذ لا مبرر للتعدي على مبدأ المساواة الذي يجب أن يكون دائمًا مهيمنًا ومؤثرًا بشكل كبير عند توزيع أرباح أو خسائر الشركة.

كما خلصت الدراسة إلى أنه من خلال تكريس العقوبات المختلفة لشروط الأسد يتم احترام جوهر عقد الشركة، والتأكد من أن سماته المميزة، ومبادئه الأساسية تسود من أجل ضمان المساواة بين الشركاء، وكذلك خلصت الدراسة إلى أن شروط الأسد تعد من الشروط غير متوازنة بشكل

واضح، الهدف منها خرق القاعدة الجوهرية للتوزيع النسبي، والتي من المرجح أن تسري في حالة عدم تضمن العقد طريقة توزيع نتائج الشركة.

وأشار البحث إلى أنه يتم خرق خصوصية عقد الشركة بمجرد تخصيص كل أرباح الشركة لأحد الشـــركاء أو إعفاء أحدهم من خســـائرها، ويترتب عليه– حســـب الباحثة– تكريس بطلان تلك الشـروط غير العادلة، مقترحة إلغاء أي شـرط لا يتناسـب مع فكرة الشـركة، ودعت الباحثة إلى توسـيع مجال تطبيق النص 1302 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية وروحها سواء كان عند إبرام عقد الشـــركة أو نظامها الأســـاســـي أو عند إجراء التعديل عليه، وســـواء كان في اتفاقية المســـاهمين، متى كان الغرض منها التحايل على العقوبات المقررة لشـــروط الأســـد، داعية إلى إتاحة حرية التعاقد للشـركاء فيما لا يخالف مبدأ تحريم شـروط الأسـد لما في ذلك من مصـلحة لجميع الشركاء.

وبهذا، فإنه يعتبر هذا البحث مهماً، من حيث أنه هيأ أرضـــية مفيدة لإنجاز هذه الرســـالة، التي تتميز عنه بأن جهد معدها لم يقتصر على إبراز عقوبات شروط الأسد، وإنما تجاوزه ليشمل بيان الحماية المقررة – سواء كانت القانونية منها أم القضـائية– لضـحايا – قد يكون المتعاقد المغبون أو دائني الشـــركة أو دائني أحد الشـــركاء–هذه الشـــروط، وذلك كله في كل من القانون القطري والقانون المقارن.

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية هذه الدراســـة في أنها تتناول موضـــوع غاية الأهمية بالنســـبة لمدى صـــحة إنشـــاء الشركة، وسياسات إدارتها اليومية، وكذلك فيما يتعلق بحالات خاصـة بتمويل نشـاط هذه الشركة –خاصـــة الشـركات الناشـئة والشـركات غير المدرجة–عبر ما تبرمه هذه الشـركات من اتفاقيات التمويل، وما تصـدره من الأسـهم، تتضـمن شـرطاً بإمكانية إعادة الشـركة شـراء هذه الأسـهم بثمن

متفق عليه مسبقاً، لما يترتب على عدم مراعاة ما وضعها المشرع –في مختلف التشريعات– من الاعتبارات وضوابط توزيع أرباح الشركات وتحمل خسائرها بين الشركاء.

وتحاول هذه الدراسة أن تكشف أحكام العقد المتضمن للشروط الأسدية، وفلسفة تشريعية للقانون القطري والقانون المقارن، وذلك في إطار ما توفره هذه التشـــريعات من الحماية القانونية منها أو القضائية للمتعاقد وللغير ضد الشروط الأسدية، وأن تجمع شتات تطبيقات هذه الشروط، وتضع اللبنة التي تبنى عليها في الدراسات اللاحقة.

وعن سبب اختيار الموضوع:

إلى جانب السبب الرئيس لاختيار عنوان هذه الرسالة الموسومة بـــ "الحماية القانونية للمتعاقد من الشروط الأسدية"، والمتمثل في استيفاء متطلبات التخرج من برنامج الماجستير بكلية القانون، فقد كان الإهمال الواضح لهذا الموضوع، وعدم إيلاء الاهتمام اللازم لحجم الآثار التي تلحقها شروط الأسـد بالعقد– قوة دافعة، وحافزة للتصـدي لها في هذه الرسـالة، وهو الأمر الذي شـجع الباحث على الخوض في غمار هذا الموضـوع معترفاً بقلة حيلته ومسـتعيناً بحول الله وقوته، وطمعاً في توفيقه، متيقناً بأنه ولي التوفيق.

مشكلة البحث:

لا شك أن الشركة تلعب دوراً مهما في التنمية الاقتصادية الوطنية، باعتبارها أحد أساليب ادخار يلجأ إليها المواطنون، ولذلك أولى المشـرع في مختلف التشـريعات لعقد إنشـاء الشـركة –بأنواعها المختلفة– ونظامها الأسـاسـي العناية الكبيرة، بيد أن مسـألة شـروط الأسـد على الرغم مما يمثله وجودها في العقد من الخطورة التي تهدد حياة الشـــركة، لم تحظ بنفس القدر من العناية، ولم يقف الباحث على الدراسـة الفقهية تبين أحكام هذه الشـروط في القانون القطري، وتوضـح الحماية القانونية المقررة للشركاء وللمتعاقدين مع الشركة، سواء كانت مدنية أم تجارية، ولم يجد أي جهود

في هذا الصدد تشير إلى ما إذا كانت صور شروط الأسد الواردة في القانون وردت على سبيل المثال أم الحصر، في ظل اكتفاء المشرع القطري والقانون المقارن بالتنصيص على الشروط الأسدية في صورتها التقليدية فقط.

وعلى ضوء تباين مواقف المشرع القطري– بين القانون المدني وقانون الشركات التجارية– ومشرعي القانون المقارن من الشروط الأسدية، فإن التساؤلات التي تطرح نفسها بقوة، هي ما موقف المشرع القطري والتشريع المقارن من الشروط الأسدية؟ وما صورها؟ وما هي الاعتبارات التي تبرر هذه المواقف؟ وبتعبير آخر؛ كيف حمى المشرع –في القانون القطري والقانون المقارن– الشركاء ودائني الشركة، ودائنين شخصيين لأحد الشركاء ضحايا هذه الشروط؟ وهل للحماية المقررة للشركاء علاقة بعيب يشوب إرادة هذا الشريك وتبرر إقرار مثل هذه الحماية؟ وما طبيعة هذه الحماية؟ وما مدى نجاعة هذه الحماية؟ وما المصلحة التي يرعاها المشرع القطري والقانون المقارن؛ أهي مصلحة الشريك المتضرر من الشروط أم مصلحة الشركة؟

وعلى إثر هذه التساؤلات، يمكن صياغة إشكالية الدراسة كالآتي:

- **كيف تمت حماية مصالح ضحايا الشروط الأسدية تشريعياً وقضائياً؟ ما مدى نجاعة الحماية المقررة للمتضررين من الشروط الأسدية؟**

منهج الدراسة:

سيتم تناول موضوع هذه الرسالة على أساس دراسة مقارنة بين القانون القطري والقانون المصري، بالإضافة إلى القانون الكويتي، وذلك وفقاً للمناهج التالية:

1-المنهج الاستقرائي:

وذلك من خلال وصف مفهوم شروط الأسد وبيان صورها المختلفة، إلى جانب وصف مفهوم الحماية المقررة لضحايا هذه الشروط وللغير، ومدى نجاعة هذه الحماية من عدمها، وذلك في القانون القطري والقانون المقارن، وعلى ضوء أحكام القضاء واجتهادات الفقه.

2-المنهج الاستنباطي:

بموجبه يتم تحليل المفاهيم الواردة في هذه الدراسة، والتأصيل القانوني لها، عبر استنباط الأحكام ذات العلاقة، والاسترشاد بقرارات المحاكم والسوابق القضائية-متى ما وجدت- كل ذلك في إطار المقارنة.

3- المنهج المقارن:

ويتم ذلك بتحليل ما له العلاقة بموضوع الرسالة في القانون القطري والقانون المقارن، طبقاً للمنهج، وبغية التوصل إلى بيان أوجه الاتفاق والتميز بين تلك القوانين، ورفد الجهات المعنية بتوصيات قيمة بشأنها-بإذن الله تعالى-.

خطة الدراسة؛

سيتم تناول مسألة شروط الأسد وفقاً للخطة التالية؛

الفصل الأول: ماهية الشروط الأسدية

المبحث الأول: الترابط بين نية المشاركة وتوزيع أرباح وخسائر الشركة

المطلب الأول: ارتباط نية المشاركة بتقاسم أرباح الشركة وخسائرها

المطلب الثاني: مساهمة الشريك في الأرباح وتحمله بالخسائر

المبحث الثاني: تعريف الشروط الأسدية

المطلب الأول: مفهوم الشروط الأسدية

المطلب الثاني: المطلب الثاني: أحكام تضمن عقد الشركة لشروط الأسد

الفصل الثاني: الحماية المقررة للشريك المغبون والغير من الشروط الأسدية

المبحث الأول: الحماية القانونية المقررة للشريك المغبون والغير من الشروط الأسدية

المطلب الأول: الحماية القانونية المقررة للشريك المغبون من الشروط الأسدية

المطلب الثاني: الحماية القانونية المقررة لدائني الشركة والدائنين الشخصيين لأحد الشركاء من الشروط الأسدية

المبحث الثاني: دور القضاء في حماية الشريك المغبون والغير من الشروط الأسدية

المطلب الأول: دور القضاء في تفسير العقد كوسيلة لمعالجة آثار الشروط الأسدية

المطلب الثاني: صلاحية القاضي في تكييف وتعديل العقد المتضمن الشروط الأسدية

إلى جانب ما أقره المشـرع القطري ونظيراه الكويتي والمصـري في أن الأصـل في توزيع أرباح الشـركة، وتحمل خسـائرها، يعود إلى ما اتفق عليه الشـركاء والمسـاهمون فيما بينهم، فإنهم قد وضـعوا أيضـاً القواعد العامة ذات الصـلة بالموضـوع في حال لم يتفقوا أو اتفقوا على كيفية توزيع الأرباح دون الخسـائر أو العكس كما سـبق بيانه، وحظروا أن يتضـمن عقد تأسـيس الشـركة أو نظامها الأساسـي شرطاً يؤدي إلى استئثار أحد الشركاء بالأرباح كلها، أو بالقسم الأعظم منها، بحيث يبدو ما يوزع للآخرين تافهاً، أو إعفاء أحد الشـركاء من تحمل الخسـائر، أو تحميله كامل الخسائر، أو الاتفاق علـــي اسـتـــرداد حصته كاملة سالمة من أية خسارة، بصرف النظر عن الوضـع المالي للشركة، أو أن يضـمن حصـول أحد الشركاء على نسبة ثابته من الأرباح، سواء حققت الشـــركة أرباحاً، أو منيت بالخســـارة، وقد يلجأ بعض الشـــركاء إلى التحايل لتجاوز هذا الحظر فيوزعون على بعض الشـركاء أرباحاً تافهة، ويطلق على هذه الحالات المختلفة بشروط الأسد[21].

ثم إن من المعروف أن نية مشـاركة الشـركاء في الشـركة قائمة على أسـاس قاعدة الغرم بالغنم، وهي ركن جوهري من أركان عقد الشركة (نية المشاركة في النشاط ذي تبعة)، ويسـعى كل منهم إلى الحصـول على نصـيب من الأرباح مسـاوياً لإسـهاماته من رأس مال الشـركة، ويتحمل في مقابل ذلك نصـيباً مماثلاً من الخسـائر، ولذلك، فإن الشركاء عند ما يبرمون عقد تأسيس الشركة يكونوا قد فعلوا ذلك وهم كاملوا الأهلية اللازمة لإجراء مثل هذا التصرف.

[21] ناصيف، إلياس؛ مرجع سابق، ص140، الشاذلي، ياسين، مرجع سابق، ص79

وبذلك، فإن منع المشرع القطري ونظيريه الكويتي والمصري تضمن عقد الشركة شرطاً من شروط الأسد، يطرح مجموعة من التساؤلات عن أسباب هذا الحظر، ومن ضمن هذه التساؤلات: ما هي حقيقة الشروط الأسدية؟، وما حكمها؟ وهل يرجع سبب موقف المشرع من هذه الشروط إلى عيب شاب إرادة الشركاء المتضررين؟، أم إلى رغبة المشرع في حماية مصلحة الشركة أو النظام العام؟ أم حمايتهما معا؟

وعلى ضوء هذه التساؤلات، يمكن القول بأن القانون القطري والقانون المقارن هدف إلى حماية مجموعة من المصالح، منها مصلحة الشريك المتضرر من تضمين عقد الشركة شرطاً من شروط الأسد ومصلحة الشركة والنظام العام، بالإضافة إلى مصلحة دائني الشركة ودائنين شخصيين لأحد الشركاء (الغير)، ولذلك، سوف أتناول في هذا الفصل العلاقة بين نية المشاركة وتوزيع أرباح وخسائر الشركة (المبحث الأول)، طبيعة مساهمة الشريك في الأرباح وتحمله بالخسائر (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الترابط بين نية المشاركة وتوزيع أرباح وخسائر الشركة

إذا كان الاختلاف من طبائع الإنسان، فإن تلبيس ما اتفق عليه الناس، عن طريق التعاقد، بالقدسية القانونية، وجعله قانون أطرافه، له أولوية التطبيق في شأن ما اتفقوا عليه، له وجاهته، ذلك أن أطراف العقد، قد تفاوضوا وتنازل كل منهم عن اختلافهم، وألزموا أنفسهم بما يرونه محققاً لمصالحهم، ولذلك، فلا غضاضة أن يتفق أطراف العقد على ما شاءوا وأن يضعوا من الشروط ما يخدم مصالحهم ويحقق الغرض من تعاقدهم، ولا يقيد حريتهم في ذلك أي قيد إلا النظام والآداب العامة للمجتمع، وكون عقد الشركة عقداً "بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصة من مال أو عمل، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع

من ربح وخسـارة"[22]، فيجب على المتعاقدين تنفيذ ما اتفقوا عليه في جميع ما اشـتمل عليه العقد، وطبقا لمضـــمونه، ولا يجوز نقضـــه، أو تعديله بالإرادة المنفردة، فالنقض والتعديل لا يكون إلا بإرادة الطرفين، او للأســـباب التي يقررها القانون تحقيقاً للعدالة، وتعزيزاً لاســـتقرار المعاملات القانونية، والمراكز القانونية.

المطلب الأول: ارتباط نية المشاركة بتقاسم أرباح الشركة وخسائرها

يقصـد بنية المشـاركة انصـراف إرادة كل شـريك إلى التعاون الإيجابي، لتحقيق الغرض من تكوين الشـركة على قدم المسـاواة بينهم دون تبعية أحد لآخر. وتعتبر نية الاشـتراك في الشـركة ركناً جوهرياً، يجب أن تتوفر لدى كل شريك، إذ أن نية الاشتراك في نشاط اقتصـادي والمساهمة فيما يتمخض عنه من الربح والخسـارة، دون أن يسـتأثر أحدهم بالأرباح أو يعفى أحدهم من الخسـارة هي مناط قيام الشركة، بخلاف شركات شخص واحد، التي تعتبر الاستثناء من الأصل العام كما ســبق بيانه، ويتوقف تحقيق الشــركة لأغراض التي من أجلها أنشــأت على هذا التعاون عبر الإشراف على إدارة نشاطها، ورقابة سير أعمالها، وإبداء الرأي في أمورها، وكذلك قبول المخاطر المشتركة من قبل جميع الشركاء.

هذا وقد عبرت محكمة التمييز الكويتية عن هذا التعاون بالنشاط ذي تبعة في حكمها في الطعنين 47 و92/49 –تجاري– بجلسـة 1992/11/15 بقولها: " من المقرر أن مناط قيام عقد الشـركة أن تتوفر لدى الشـركاء نية المشـاركة في نشـاط ذي تبعة، وأن يسـهم كل شـريك في هذه التبعة ويشارك في الربح والخسارة"[23].

---

[22] السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، تنقيح: أحمد مدحت المراغي، دار الشروق، مصر، ج5، ص163

[23] الملحم، أحمد عبد الرحمن؛ مرجع سابق، ص130

ومما تجدر ذكره هو أنه بالرغم من أهمية ركن نية المشـــاركة إلا أن كل من المشـــرع القطري ونظيريه الكويتي والمصري لم ينصّوا عليه، بخلاف المشرع الفرنسي الذي يرى بأن تحقيق الأرباح ليس المتطلب الوحيد لشـركة بل يجب أن يقدم الشـركاء الحصـة النقدية أو حصـة من العمل للشركة، وأن تكون لديهم نية المشاركة في الشركة والرغبة في العمل معاً طبقاً للمادة 1832 من القانون المدني الفرنسي[24]، وقضت محكمة النقض الفرنسية في 19 مايو لسنة 1954 بأنه:" يفهم من المادة 1832 من القانون المدني بأن مشاركة كل الشركاء في الأرباح والخسائر الناجمة عن الاستغلال المشترك هي شرط جوهري لوجود الشراكة (الشركة) بينهم[25]"

ويختلف هذا التعاون باختلاف طبيعة الشركة، حيث يتوسع مجاله في شركات الأشخاص الذي يعمل جميع الشـركاء فيها بروح الفريق لإنجاح أعمال المشـروع، بينما يقتصـر ذلك على رقابة المسـاهمين لأعمال الشـركة، وإبداء الرأي في الجمعيات العمومية في شـركات المسـاهمة. وكما يجب أن تتوفر نية المشـاركة عند تكوين عقد الشـركة، فإنها كذلك لا مندوحة عنها لاسـتمرارها، ويكفي وجود نية المشـاركة ولو بقدر ضـئيل لاسـتمرار الشـركة، إذ لا يتصـور الوفاق التام بين الشركاء، بل لا ضـير في عدم الوفاق بين الشركاء، ولا يترتب على الخلاف بينهم حل الشـركة، طالما أنه ليس من شأنه عدم التعاون فيما يخدم أغراض الشركة[26].

ولذلك، قضت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 350 لسنة 34 قضائية بجلسة 21-03-1958 بأن وجود نية المشاركة في نشاط ذي تبعة لدى الشركاء شرط لقيام الشركة، وأنه يتعين

---

[24] Bell, J., et el., Principles of French Law, Oxford University Press, New-York, 2008, 2nd Edition, P2224

[25] Panichi, K. et el, (2004), "Article 1855 du Code civil : la prohibition des clauses léonines", Le Bicentenaire du Code civil : une contribution luxembourgeoise, Portalis, "p. 369-390", p370

[26] الشاذلي، ياسين، مرجع سابق، ص77

أن يساهم كل شريك في هذه التبعة، ويشارك كل منهم في الربح والخسارة معاً، وأن هذه النية من مسائل الواقع التي يستقل قاضي الموضوع بتقديرها، ولا معقب عليه في ذلك، متى أقام رأيه على أسباب سائغة[27]. ولذلك يجب أن تكون إرادة هذا التعاون موجودة لدى جميع الشركاء. ويترتب على عدم توفرها بطلان الشركة[28].

ثم إن تقدير توفر ركن نية المشاركة من الأمور التي يستقل بها قاضي الموضوع، لما يتمتع بها من سلطة تقديرية، ولهذا قضت محكمة النقض المصرية بأنه جرى قضاء هذه المحكمة بان التعرف على نية المشاركة في نشاط ذي تبعة مما يتعلق بفهم الواقع في الدعوى، وأنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد استدل على كون الطاعن شريكا في شركة، بقوله إنه قد وقع على سندات إذنية، وعقود، ومستندات بالشركة، الأمر الذي ترى معه المحكمة أنه شريك فيها، وأنه لا يغير عدم تضمن عقد الشركة ما يدل على أنه شريك فيها أو يثبت بأنه يشغل وظيفة عامة، وعليه، ففي حال غياب التصريح بوجود الشراكة في الشركة، فإنه يعتبر تقديم كل شريك حصته في رأس مال الشركة، أو توقيعه على سندات إذنية، وعقود، ومستندات الشركة، أو الاتفاق بين الشركاء على عدم صرف أي مبلغ إلا باتفاقهم، قرينة على نية المشاركة في التعاون من أجل تحقيق الشركة أهدافها، وفي اقتسام ما ينتج عن المشروع من ربح أو خسارة[29].

ثم إنه من المستقر عليه قضاءً أن انتفاء نية المشاركة يستلزم انعدام وجود الشركة، ولو وجد العمل المشترك، وقد قضى القضاء المصري بأن محل إعمال المادة (514) من ق.م.م التي تقضي **بأنه إذا اقتصر** عقد الشركة على تعيين نصيب الشركاء في الربح كان هذا النصيب هو

---

[27] طه، مصطفى كمال؛ مرجع سابق، ص40

[28] القليوبي، سميحة، مرجع سابق، ص71

[29] القليوبي؛ سميحة، مرجع سابق، ص72

المعتبر في توزيع الخسارة عند قيام الشركة بتوفر أركانها التي منها نية المشاركة، أما إذا انتفت هذه النية باتجاه نية الشريك إلى عدم المساهمة في تحمل مخاطر الشركة، والى المشاركة في الربح دون الخسارة، فانه لا محل لإعمال حكم تلك المادة[30].

وغني عن البيان، أن نية المشاركة من الأمور النفسية بين الشركاء، يترتب عليها مدى استحقاق الربح وتحمل الخسارة، بالإضافة إلى أنها هي التي تميز عقد الشركة عما تشبهه من العقود، ولذلك يختلف عقد الشركة عن عقد بيع المحل التجاري، وعن عقد القرض، وعقد العمل وغيره، بما تتضمنه هذه العقود من حيث اشتراك أطرافها في الأرباح، بالإضافة إلى نظام الشيوع، لافتقاره إلى نية المشاركة الذي يمتاز به عقد الشركة. فقد يتم بيع محل تجاري، ويتفق البائع مع المشتري على أن يكون للأول نصيب في الأرباح لمدة معينة بدلا من ثمن محدد، ويشتبه المحل التجاري كالحصة التي قدمها البائع بحصة الشريك إلى جانب نية المشاركة في الأرباح، غير أنه لا يعتبر كذلك، لغياب نية مشاركة البائع في عنصر الاستغلال للمحل التجاري، بالإضافة إلى أنه ليس له حق التدخل في أعمال الإدارة، وبذلك يفتقر هذا العقد إلى ركن هام من أركان الشركة ألا وهو نية المشاركة. وكذلك قد يقرض المقرض شخصاً آخر مبلغاً من المال لاستثماره في مشروع معين مقابل نسبة معينة من الأرباح بدلا من فائدة ثابتة، وقد يشتبه هذا العقد أيضاً مع عقد الشركة، على أساس أن القرض حصة، ونسبة معينة من الأرباح عنصر المشاركة في الأرباح، بيد أنه ليست هناك ثمة شركة، بسبب تخلف ركن نية المشاركة، فالمقرض ليس له دور

[30] القليوبي؛ سميحة، مرجع سابق، ص71

في كيفية استثمار المشروع، بالإضافة إلى أنه لا يساهم في خسائر المشروع، ثم إنه غالباً ما يتحايل المقرض ويلجأ إلى هذا النوع من العقود للتفادي تشريع الفوائد الربوية[31].

وإذا التبس أمر تحديد ما إذا كان عقد القرض قرضاً أو شركة أو تحديد صفة المقرض، فإنه يصار في ذلك إلى نية المتعاقدين دون الاعتداد بعبارات العقد، أو عنوانه، أو وصف المتعاقدين له، ودون اعتبار شروط العقد، خصوصاً فيما يتعلق بطريقة الاشتراك في الأرباح أو بشروط الاعفاء من الخسائر، ويتعين البحث عما إذا كان المقرض يحتفظ بدور سلبي تجاه المشروع أم لا، وهو الأمر الذي يكشف عن صفته إن كان مقرضاً أو كان يحتفظ بموقف ايجابي، الذي يعني أن المقرض يتدخل في كيفية استثمار النقود، وادارة المشروع، وعندئذ تكون له صفة شريك[32].

وإذا تبين للقضاء أن عقداً ما موصوف بانه شركة ظاهرياً، وفي حقيقته قرض قصد به الحصول على فائدة تزيد عن الحد المسموح به قانوناً، فإن له تكييف طبيعة العقد على حقيقتها، وتطبيق أحكام القانون، ورد النقود مضافا إليها القائدة المسموح بها قانوناً، أما إذا اتضح من شروط العقد أن الرابطة بين الطرفين هي رابطة الشراكة، وأن مقدم النقود شريك بما قدمه وليس بمقرض، فليس له المطالبة باسترداد ما قدمه من الحصة وما قبض من الأرباح قبل تصفية الشركة وبيان ما إذا كانت أعمالها قد حققت ربحاً أو منيت بها خسارة[33].

وقد يشتبه ما يحصل عليه العامل في عقد العمل من نسبة معينة من الأرباح تشجيعاً على بذل المزيد من الجهود، وإخلاصه للعمل، وولائه له، بأن هناك حصة بالعمل، واقتسام الأرباح. إلا أن هذا لا يجعل من عقد العمل شركة، ولو كان الأجر مختلطا، يتمثل في أجر ثابت وحصة في

---

[31] طه، مصطفى كمال؛ المرجع ذاته، و سامي، فوزي محمد، الشركات التجارية (الأحكام العامة والخاصة)،دار الثقافة، الأردن،1437هـ الموافق 2016، ط8، ص43

[32] طه، مصطفى كمال، مرجع سابق، ص41

[33] طه، مصطفى كمال؛ المرجع ذاته، والقليوبي، سميحة، مرجع سابق، ص 74

الأرباح، نظراً للعلاقة التبعية بين العامل ورب العمل، حيث يظل العامل تابعاً لرب العمل، الأمر الذي يتنافى والمساواة، التي هي قوام نية المشاركة، وقد يتنازل المؤلف للناشر عن حق التأليف مقابل نسبة معينة من ثمن مبيعات هذا المؤلَف، فهذا الاتفاق أيضاً يفتقر إلى نية المشاركة في المخاطر والخسائر لكي تكون هناك شركة[34].

وأخيراً قد يشتبه الشيوع بعقد الشركة، من حيث افتراض تعدد أشخاص في ملكية المال الشائع، تكون لكل من هؤلاء الأشخاص حصة غير مفرزة فيه، ويتفق فيما بينهم على إدارة هذا المال الشائع لحسابهم جميعاً، إلا أنه بالرغم من ذلك، ليس بينهما أي التشابه، بسبب أن الشيوع حالة سلبية اضطرارية ليس لإرادة الملاك دور في ايجادها بعكس عقد الشركة. بالإضافة إلى أنه بخلاف الشركة، ليست لحالة الشيوع شخصية معنوية ولا ذمة مستقلة، بل يظل كل ملاك مالكاً لحصته ملكاً تاماً. ثم إن سبب الشيوع في أغلب الأحوال هو الوفاة، فبوفاة المورث تصبح التركة مملوكة للورثة على الشيوع، وبذلك تنعدم نية الاشتراك في الخسارة، وحتى في الحالات النادرة التي يكون فيها الشيوع نتيجة للعقد، لا يترتب على ذلك قيام شركة –كما لو اشترى شخصان عقاراً–، فلا يمكن أن يكون العقار رأس المال، لأن نيتهما لم تنصرف إلى تأسيس شركة، إلى جانب أن العقار مملوك لكل منهما بنسبة ما دفع من الثمن، بعكس رأسمال الشركة الذي هو مملوك للشركة كشخص معنوي لا للشركاء[35].

وخلاصة القول هو أنه لقيام الشركة لابد من توفر النية، والرغبة لدى كافة الشركاء في المشاركة في النشاط المشترك، عبر تضافر الجهود والتعاون فيما بينهم في النشاط ذي التبعة، بهدف تحقيق أغراض الشركة، واقتسام ما قد ينشأ عنه من الأرباح، وتحمل الخسارة، وأنه قد يوجد العمل

---

[34] القليوبي، سميحة، مرجع سابق، ص79، وطه، مصطفى كمال، مرجع سابق، ص42

[35] طه، مصطفى كمال، المرجع ذاته

المشـــترك دون وجود الشـــركة، وهو محل الاتفاق بين كل من القانون القطري والقانونين الكويتي والمصـري، ويفهم ذلك ضـمناً في تعريف الشـركة في كل من هذه القوانين، ومن خلال الممارسـة القضائية لكل منها، بخلاف القانون الفرنسي الذي نص على ذلك صراحة.

ولئن كانت نية المشاركة في النشاط ذي التبعة من الأهمية في مدى قيام الشركة، وأهلية الشركاء في اقتسـام ما تجنيه الشـركة من الأرباح وتحمل ما قد تمنى من الخسـارة، فإن السـؤال المطروح هنا، هو ماهية هذه الأرباح وما طبيعة هذه الخســـائر؟ وأي من الأرباح يقتســـمها الشـــركاء، والخســـائر التي يتحملونها؟ وما هي قواعد توزيعهما؟ تلكم التســـاؤلات ســـتتم الإجابة عليها في المطلب الآتي.

المطلب الثاني: مساهمة الشريك في الأرباح وتحمله بالخسائر

ولكي نكون بصـدد الحديث عن عقد الشـركة، فإنه بخلاف غيره من العقود، يسـتلزم تعدد أطرافه ومســـاهمة جميع الشـــركاء فيما تحققه الشـــركة من الأرباح، وتحمل جميعهم ما قد تمنى من الخسـائر، على اعتبار ذلك ركناً من الأركان الخاصـة لعقد الشـركة – باسـتثناء شـركة الشـخص الواحد[36]– وذلك وفقاً لحكم المادة 513 من ق.م.ق والمادة 2 من ق.ش.ق و505 ق.م.م ذلك

---

[36] التي تنشأ على خلاف القواعد العامة التي تقضي بضرورة تعدد الشركاء، إذ لا يتصور أن يقوم شخص واحد بشراكة مع نفسه، كما تقضي بوحدة ذمة مالية التي تعني أن جميع أموال مالك رأس مال شركة الشخص الواحد ضامنة لديون الشركة، حيث لا يستطيع أن يخصص جزء منها لاستثماره في الشركة، ويحدد مسؤوليته عن هذا الاستثمار في هذا الجزء فقط، دون بقية أمواله. وبذلك يكون ملزمًا بالوفاء بديون الشركة في حالة إفلاسها من أمواله كافة، وهذه الأموال تعد الضمان العام لديون الشركة، واستثناء على ذلك، أجاز كل من المشرع القطري ونظيراه الكويتي والمصري وغيرهم وأقروا إنشاء شركة الشخص الواحد، سواء كان هذا الشخص شخصاً اعتبارياً أو كان طبيعياً.

وترجع أهمية ذلك إلى أنه يسمح لشخص واحد أن يخصص جزء من ذمته المالية لغرض الشركة فقط بشرط أن تكون هذه الذمة منفصلة تماماً عن بقية الذمة المالية لهذا الشخص، وتكون مسؤولية هذا الشخص في حدود ما رصد لنشاط الشركة دون أن يكون لدائني هذه الشركة حق مطالبة صاحب الشركة أكثر من الذمة المخصصة للشركة، كما لا تخفى أهمية هذا النظام من حيث أنه يسمح لمن كان حديث العهد بالتجارة بتحديد مسؤوليته عن ديون الشركة في حدود رأس مال الشركة المعلن عنه فيما فشلت الشركة في تحقيق غرضها، وكذلك يتمتع هذا النظام بإنشاء المشروعات الصغيرة التي يقود أغلبها الشباب الذين يريدون ممارسة النشاط التجاري بمرفدهم دون أن

أنه لا يعني بالضـرورة قيام الشـركة مع وجود العمل الاقتصـادي المشـترك ذي الفائدة، ما لم تكن لدى الشركاء نية اقتسام أرباح الشركة وتحمل خسائرها تطبيقاً لمبدأ الغنم بالغرم.

ولتحديد مفهوم الأرباح، فإنه من المفيد القول بأن القضـــاء الفرنســـي في موقفه التقليدي، كان قد اقتصـر الربح على مكاسـب مادية فقط حين ذهبت محكمة النقض الفرنسـية –الدوائر المجتمعة– سنة 1941 إلى اعتبار كل مكسب مادي ينضاف إلى ثروة الشركة ربحاً، بصرف النظر عما إذا كان نقدياً أو قابلاً للتقدير بالنقد أم عدمه، ويتحقق ذلك في صـورة زيادة إيجابية في ذمة الشـركة. ووفقاً لهذا الموقف، فإنه لا تعد مجرد المزايا المادية أو القابلة للتقدير بالنقد ربحاً ما لم يترتب عليها زيادة في ذمة الشـركة، وبعبارة أخرى، فإن مجرد تقليل مصـاريف الشـركة لا يعد ربحاً، إذا لم يزد ذلك من إيرادات الشـــركة، ثم وســـع القانون الفرنســـي مفهوم الربح، ليشـــمل فوائد مادية ومكاسـب إيجابية، إذ وصـفت المادة 1832 من القانون المدني الربح بأنه كل فائدة مادية مقومة بمبالغ نقدية أو مكسب إيجابي[37].

ومما يجب التنبيه عليه، أنه وإن كان ركن نية المشـــاركة يقتضـــي العلاقة المتســـاوية دون تبعية شـريك لشـريك آخر، فإنه لا يعني ذلك بالضـرورة مسـاواتهم في مقدار الربح أو الخسـارة، حيث

يتضرر الغير من مثل هذا النشاط القائم على أساس الشريك الواحد، لما يفرضه هذا النظام من إجراء الشهر والقيد اللذين يفيدان الغير من العلم اليقين بحدود مسؤولية هذا الشريك ومقدار رأس مال شركته باعتبارها الضمان العام للدائنين. وتجدر الملاحظة بأن الشركة ذات المسؤولية المحدودة هي الإطار القانوني لشركة الشخص الواحد.

ولذلك تنص المادة 228 من قانون الشركات التجارية القطري على أنه: "الشركة ذات المسؤولية المحدودة هي الشركة التي تتألف من شخص واحد أو أكثر، ولا يزيد عدد الشركاء فيها على خمسين شخصاً، ولا يسأل أي شريك إلا بقدر حصته في رأس المال، ولا تكون حصص الشركاء فيها أوراقاً مالية قابلة للتداول." وتقابل هذه المادة من قانون الشركات الكويتي المادة 85، ومن القانون المدني المصري المادة 1/129 مكرر المضافة بالقانون رقم 4 لسنة 2018.

انظر: الشاذلي، ياسين، المرجع السابق، ص37، القليوبي، سميحة، المرجع السابق، ص531، السيد، أحمد مصطفى الدبوسي، "حماية دائني شركة الشخص الواحد في حالة إفلاسها وفقاً للقانونين الإماراتي والمصري: دراسة تحليلية مقارنة"، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 16، العدد 1، 1440هـ /2019م، "564-605"، ص569

[37] الملحم، أحمد عبد الرحمن؛ مرجع سابق، ص132، والشاذلي، ياسين، مرجع سابق، ص117

يجوز أن يتفق الشـركاء فيما بينهم على اختلاف نصـيب كل واحد منهم، طالما أن ذلك لا يؤدي إلى عدم اشتراك جميعهم في أرباح الشركة وخسارتها[38].

وكذلك تجدر الإشارة إلى أن الأرباح المستحقة التوزيع على الشركاء، هي الأرباح الصافية دون الأرباح الإجمالية، وهي ناتج طرح المبالغ المنصـوص عليها في القانون، وفي عقد الشـركة من الأخيرة، أما الأرباح الاجمالية، فهي ناتج طرح الأرصـدة المدينة من الأرصـدة الدائنة، وحيث أن الأصـل أن تدفع هذه الأرباح نقدا إلا أنه –واسـتثناء على ذلك– يمكن توزيعها في شـكل أسـهم تصـدرها الشـركة لهذا الغرض. وفي القضـية بين Wood v Odessa Waterworks Co (1889)، منح النظام الأساسي للشركة المديرين صلاحية دفع أرباح الشركة على المساهمين دون تحديد نوع الأرباح، الأمر الذي استطاع أحد المساهمين استغلاله، وتفسير ذلك على أنه يعني "الدفع نقدًا"، وذلك حين قرر المديرون توزيع الأرباح غير نقدية عن طريق إصدار سندات المكافآت، ولذلك فإن الأصل هو الدفع النقدي، وفي حال توزيع الأرباح على شكل أسهم، فلا بد من صدور القرار من الجمعية العامة بذلك[39].

هذا ولئن كان توزيع أرباح الشـركة على الشـركاء حقاً احتمالياً يتوقف على قرار مجلس الإدارة /الجمعية العامة، إلا أنه ولمجرد إقرار توزيعه يصبح حقاً مكتسباً، ولو لم تحقق الشركة أرباحاً في السنوات المقبلة، ولا يحق للشركة استردادها تحت ذريعة مديونية الشركة، ما لم يكن قد تم توزيعها بشكل يخالف نظام الشركة ففي هذه الحالة يجوز استرداد هذه الأرباح[40].

---

[38] القليوبي، سميحة، مرجع سابق، ص59

[39] Bourne, N., Bourne on Company Law, Routledge Cavendish, Britain, 2008, 4th Edition, P99

[40] البنا، فكري حلمي، مرجع سابق، ص9

وقضت محكمة النقض المصرية بأن عدم اصدار الجمعية العامة للمساهمين قرارها بالمصادقة على توزيع أرباح الشركة قبل تأميمها، لا يمنع المساهم من اللجوء إلى القضاء للمطالبة بنصيبه في تلك الأرباح[41].

وإذا كانت الشركة قد أنشئت لفترة بسيطة، كسنة أو لعدة أشهر، فإنه توزع الأرباح عند تمام انجاز مشروع الشركة، لأنه حينئذ يعرف حجم الأرباح، وأما الحالة الغالبة وأكثر شيوعاً، فهي حالة تشغيل الشركة لفترة طويلة من الزمن. وفي هذه الحالة يتفق الشركاء في عقد تأسيس الشركة على توزيع الأرباح في نهاية كل سنة مالية[42]، ويعد المديرون مقترحاً بشأن توزيع الأرباح خلال شهرين من نهاية السنة المالية للشركة، وذلك عقب عملية الجرد السنوي، وتجهيز الميزانية الختامية للسنة المالية، أو في نهاية السنة المالية، إذا كانت الشركة شركة قابضة تطبيقاً لما نصت عليه المادة 251 و 269 من ق.ش.ق[43].

ثم إن من المعلوم أن حق الشركاء في الأرباح من الحقوق الأساسية لعقد الشركة، بل إنه من البنود الرئيسة التي يتضمنها نموذج عقد تأسيسها، غير أنه إذا تعارض هذا الحق مع مصلحة الشركة في استمرار نشاطها دون اللجوء إلى وسائل الاستدانة الخارجية، فترجح مصلحة

---

[41] طعن رقم 421 لسنة 48 قضائية بجلسة 21-2-1983، وطعن رقم 1299 لسنة 49 قضائية بجلسة 5-02-1983، وطعن رقم 618 لسنة 49 قضائية بجلسة 23-01-1984، القليوبي، سميحة، مرجع سابق،،ص66

[42] وهي اثنا عشرة شهراً يتم تحديدها في النظام الأساسي للشركة وفقا لحكم المادة 182 من ق.ش.ق التي تنص على أنه: "تكون للشركة سنة مالية يعينها نظامها الأساسي، مدتها اثنى عشر شهراً، باستثناء السنة المالية الأولى".

[43] اللتان ذهبتا -متواليتين-إلى أنه:" يعد المديرون عن كل سنة مالية ميزانية الشركة وحساب الأرباح والخسائر وتقريراً عن نشاط الشركة ومركزها المالي واقتراحاتهم بشأن توزيع الأرباح خلال شهرين من نهاية السنة المالية..." و " يجب على الشركة القابضة اتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان قيام الشركات التابعة بالاحتفاظ بالسجلات المحاسبية اللازمة لتمكين أعضاء مجلس الإدارة أو المديرين للشركة القابضة من التأكد من أن القوائم المالية وحساب الأرباح والخسائر قد تم وفقاً لأحكام هذا القانون. وعلى الشركة القابضة أن تعد في نهاية كل سنة مالية ميزانية مجمعة وبيانات الأرباح والخسائر والتدفقات النقدية لها ولجميع الشركات التابعة لها، وأن تعرضها على الجمعية العامة مع الإيضاحات والبيانات المتعلقة بها وفقا لما تتطلبه معايير وأصول المحاسبة والتدقيق الدولية المعتمدة". وانظر السنهوري، عبد الرزاق، ج5، مرجع سابق، ص 209

الشركة[44]، كما أنه قد يتفق الشركاء في سنة من السنوات المالية للشركة على عدم توزيع الأرباح المحققة للشركة، وإضافتها إلى رأسمال الشركة، ففي هذه الحالة، وبعد أن أصبحت هذه الأرباح جزءاً من رأسمال الشركة، فإنه لا يجوز المساس برأسمال الشركة قبل تصفيتها. هذا وقد قضت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 1016 لسنة 5 قضائية بجلسة 11-1-1982: "بأنه لما كان من المقرر، أن الأرباح التي تحققها الشركة من مزاولة نشاطها توزع على الشركاء ما لم يقرروا إضافتها إلى رأس المال، وكان البين من الحكم المطعون فيه أن مفاد ورقة المحاسبة المحررة بتاريخ 28-2-1976 هو اتفاق الطاعن والمطعون عليها على إضافة الأرباح المستحقة لها حتى تاريخ تحرير هذه الورقة إلى نصيبها في رأس مال الشركة، ليصبح 3400 جنيه، ومن ثم فإن هذه الأرباح تأخذ طبيعة رأس المال، الذي لا يجوز المساس به قبل تصفية الشركة، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر، وقضى للمطعون عليها بأرباح عن الفترة من 1-2-1975 حتى 26-2-1976 السابقة على تحرير ورقة المحاسبة في 28-2-1976 رغم إضافتها إلى رأس المال، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بما يستوجب نقضه دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن"[45].

وغير خاف أن هناك مجموعة من المبالغ تقتطع سنوياً، سواء كان في شكل الأرباح الاجمالية للشركة، أو في شكل الأرباح الصافية لها، ثم إن منها ما يكون على سبيل إجباري، كنسبة لا تزيد على 5% من الربح الصافي لمكافآت أعضاء مجلس الإدارة، بعد خصم الاحتياطيات والاستقطاعات القانونية، وتوزيع الربح لا يقل عن (5%) من رأس مال الشركة المدفوع على المساهمين. و10% من صافي أرباح الشركة لتكوين الاحتياطي القانوني، ما لم يحدد النظام

---

[44] البنا، فكري حلمي، مرجع سابق، ص10

[45] القليوبي، سميحة، مرجع سابق، ص66

الأساسي للشركة نسبة أكبر[46]، وإذا بلغ هذا الاحتياط نصف رأس المال المدفوع، جاز للجمعية العامة وقف هذا الاقتطاع، ولا يجوز توزيع ذلك الاحتياط القانوني على المساهمين، إلا ما زاد منه على نصف رأس المال المدفوع. وأما في السنوات التي لا تحقق فيها الشركة أرباحاً صافية تكفي لتوزيع النسبة السنوية لا تقل عن (5%)، أو في تغطية خسائر الشركة، أو في زيادة رأس مالها، فيجوز بقرار من الجمعية العامة توزيع هذا الاحتياط القانوني كأرباح على المساهمين وفقاً لأحكام المواد 119و 185 و262 من ق.ش.ق.

ثم إن من هذه المبالغ ما كانت تقتطع اختيارياً، حيث تقتطع من الأرباح الصافية سنوياً لحساب الاحتياطي الاختياري، الذي أجاز القانون للجمعية العامة أن تقرر ذلك وبناء على اقتراح مجلس الإدارة، بالإضافة إلى نسبة مئوية يحددها النظام الأساسي للشركة، أو مجلس الإدارة تقتطع سنوياً من الأرباح غير الصافية لاستهلاك موجودات الشركة، أو التعويض عن نزول قيمتها، كما تستعمل هذه الأموال لإصلاح أو شراء المواد والآلات اللازمة للشركة، هذا ولا يجوز توزيع هذه الأموال على المساهمين. بالإضافة إلى ما يقتطع من الأرباح لمواجهة الالتزامات المترتبة على الشركة بموجب قوانين العمل[47]، طبقاً لأحكام المواد 186-189 ق.ش.ق.

وكما يستحق الشركاء أرباح الشركة عند تحققها، فإنهم جميعاً يتحملون ما قد تمنى الشركة من الخسائر، تأسيساً على قاعدة الغنم بالغرم وعلى ركن نية المشاركة في التعاون من أجل تحقيق الشركة للأغراض التي أنشئت من أجلها، واقتسام ما قد ينجم عن ذلك من الأرباح والخسائر، ويتم توزيع هذه الخسائر إن حدثت طبقاً لقواعد التوزيع التي سوف يتم إلقاء الضوء عليها[48].

---

[46] Francis, R., Company Law in a nutshell, Sweet & Maxwell, London, 2004, 6th Edition, P16

[47] القليوبي، سميحة، مرجع سابق، ص66

[48] القليوبي، سميحة، المرجع ذاته

والجدير بالذكر أن توزيع الخسائر غالباً ما يكون إما عند انتهاء مشروع الشركة، أو عند إفلاسها، بخلاف فترة حياة الشركة، التي تغطى فيها هذه الخسائر؛ إما عن طريق الاقتراض، أو السحب من رأس المال الاحتياطي، وكل ذلك بحسب اتفاق الشركاء في عقد تأسيس الشركة[49].

وإذا لم تحقق الشركة أرباحاً في السنوات اللاحقة، وأصبحت الشركة مع هذه الظروف غير قادرة على تغطية خسائرها، ووصل أمرها إلى أن نفذ رأس المال، أو أغلبها، أو نصفها– في حال كانت الشركة شركة مساهمة أو الشركة ذات المسؤولية المحدودة أو شركة التوصية بالأسهم–، فإنه يلزم حل الشركة بناء على طلب أحد الشركاء أمام القضاء[50]، أما إذا كانت الشركة من شركات التضامن أو التوصية البسيطة أو المحاصة فوفقاً لحكم المادة 292 من ق.ش.ق أو عبر الجمعية العامة غير العادية كما نصت عليه المادة 291 منْ ق.ش.ق[51]، وذلك لعدم قدرة الشركة على استمرارها[52].

---

[49] القليوبي، سميحة، مرجع سابق، ص65

[50] طبقاً لأحكام المواد 295، و298 و301 التي نصت –متوالية– على أنه:" إذا بلغت خسائر شركة مساهمة نصف رأس المال، وجب على أعضاء مجلس الإدارة دعوة الجمعية العامة غير العادية للنظر في استمرار الشركة أو حلها قبل الأجل المعين في نظامها، فإذا لم يقم مجلس الإدارة بدعوة الجمعية العامة غير العادية، أو تعذر إصدار قرار في الموضوع، جاز لكل ذي مصلحة أن يطلب من المحكمة المختصة حل الشركة". وعلى أنه :" إذا بلغت خسائر الشركة ذات المسؤولية المحدودة نصف رأس المال، وجب على المديرين خلال ثلاثين يوماً من بلوغ الخسارة هذا الحد، أن يعرضوا على الجمعية العامة أمر تغطية رأس المال أو حل الشركة، ويشترط لصدور قرار الحل توفر الأغلبية اللازمة لتعديل عقد الشركة، وإذا أهمل المديرون دعوة الشركاء، أو إذا تعذر على الشركاء الوصول إلى قرار في هذا الموضوع، كان المديرون أو الشركاء، بحسب الأحوال، مسؤولين بالتضامن عن التزامات الشركة الناتجة عن إهمالهم". وأنه: "تنقضي شركة التوصية بالأسهم بأسباب الانقضاء الخاصة بشركة المساهمة، مع مراعاة أنه إذا كان سبب الانقضاء أيلولة ملكية جميع الأسهم إلى أحد الشركاء، وكان هذا الشريك شريكاً متضامناً، فإنه يكون مسؤولاً في جميع أمواله عن ديون الشركة".

[51] التي ذهبت إلى أنه:" "مع مراعاة أسباب الانقضاء الخاصة بكل نوع من أنواع الشركات المنصوص عليها في هذا الباب، تحل الشركة لأحد الأسباب الآتية: ... 4– هلاك جميع أموال الشركة أو معظمها، بحيث يتعذر استثمار الباقي استثماراً مجديا. 5– إجماع الشركاء على حل الشركة قبل انتهاء مدتها، ما لم ينص عقد الشركة على حلها بأغلبية معينة...7– صدور حكم قضائي بحل الشركة أو إشهار إفلاسها".

[52] القليوبي، سميحة، المرجع ذاته

وعن قواعد توزيع الأرباح والخسائر بين الشركاء، فإن المشرع القطري ونظيريه الكويتي والمصري متفقون على أن الأصل في تحديد كيفية توزيع الأرباح وتحمل الخسائر، يرجع إلى ما اتفق عليه الشركاء مالم يتضمن ذلك الاتفاق شرطاً من الشروط الأسدية[53] التي سيتم تناولها مفصلة في الفصل الأول من هذا البحث.

وتنص المادة 1/522 من ق.م.ق على أنه: " توزع الأرباح بين الشركاء على الوجه المبين في العقد، فإذا خلا العقد من اتفاق على ذلك، وزعت الأرباح بينهم بنسبة حصة كل منهم في رأس المال..."، وتقابل هذه المادة في ق.ش.ك المادة 1/18[54] والمادة 1/514 من ق.م.م[55].

وعليه ووفقاً لهذه القواعد؛ فإذا اتفق الشركاء على نصيب كل منهم من الأرباح، والخسائر، توزع الأرباح والخسائر طبقاً للاتفاق بين الشركاء. وإذا اقتصر ذلك سواء كان على الأرباح أو الخسائر، فإن المادة من 14 من ق.ش.ق قد نصت على أنه:" إذا لم يعين عقد الشركة نصيب الشريك في الأرباح أو في الخسائر، كان نصيبه منها بنسبة حصته في رأس المال، وإذا اقتصر العقد على تعيين نصيب الشريك في الربح، كان نصيبه في الخسارة معادلاً لنصيبه في الربح،

---

[53] الملحم، أحمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص136

[54] التي ذهبت إلى أنه: " يتقاسم جميع الشركاء الأرباح أو الخسائر بقدر حصصهم في رأس المال وفقا للقواعد التالية: إذا لم يعين عقد الشركة نصيب كل من الشركاء في الأرباح أو الخسائر كان نصيب كل منهم في ذلك بنسبة حصته في رأس المال"

[55] التي نصت على أنه: "إذا لم يبين عقد الشركة نصيب كل من الشركاء في الأرباح والخسائر، كان نصيب كل منهم في ذلك بنسبة حصته في رأس المال...".

وكذلك الحال إذا اقتصر العقد على تعيين نصيب الشريك في الخسارة..."[56]، وتقابل هذه المادة من القانون الكويتي 2/18 من ق.ش.ك[57]، والفقرة 2 من المادة رقم 514[58] من ق.م.م[59].

أما إذا لم يتفقوا على شيء بشأن توزيع الأرباح وتحمل الخسائر ولم يختلفوا بشأنه، فإنه يتم توزيع هذه الأرباح أو الخسائر حسب حصة كل شريك في رأس المال طبقاً لأحكام المواد المذكورة أعلاه. وإذا اقتصرت حصة أحد الشركاء على ما قدمه من عمله، ولم يعين في عقد الشركة نصيبه في الربح أو الخسارة، فقد أوجب المشرع القطري على الشركة أن تقوم بتقويم عمله، ليكون هذا التقويم أساساً لتحديد حصته في الربح أو الخسارة وفقاً لقواعد توزيع الأرباح والخسائر، وإذا تعدد الشركاء بالعمل، ولم يتم تقويم حصة كل منهم، اعتبرت حصصهم متساوية، ما لم يثبت العكس، وإذا قدم الشريك فضلاً عن عمله حصة نقدية أو عينية، كان له نصيب في الربح أو في الخسارة عن حصته بالعمل، ونصيب آخر عن حصته النقدية أو العينية، وفقاً لحكم المادة 14 من ق.ش.ق[60].

وهو نفس موقف المشرع الكويتي بموجب المادة 19 من ق.ش.ك[61]، ويتفق المشرع الكويتي مع موقف المشرع المصري الذي لم يشر إلى حكم حالة تعدد الشركاء بالعمل، واكتفا بأنه يقدر

---

[56] ملحم، باسم محمد والطراونة، بسام حمد؛ مرجع سابق، ص؟؟

[57] التي نصت على أنه: "...إذا اقتصر عقد الشركة على تعيين نصيب الشريك في الربح كان نصيبه في الخسارة معادلاً لنصيبه في الربح، وكذلك الحال إذا اقتصر العقد على تعيين نصيب الشريك في الخسارة..."

[58] التي نصت على أنه: "...فإذا اقتصر العقد على تعيين نصيب الشركاء في الربح وجب اعتبار هذا النصيب في الخسارة أيضا، وكذلك الحال إذا اقتصر العقد على تعيين النصيب في الخسارة..."

[59] القليوبي، سميحة، مرجع سابق، ص64

[60] التي نصت على أنه: "...وإذا كانت حصة الشريك قاصرة على عمله ولم يعين في عقد الشركة نصيبه في الربح أو الخسارة، تقوم الشركة بتقويم عمله، ويكون هذا التقويم أساساً لتحديد حصته في الربح أو الخسارة وفقاً للضوابط المتقدمة، وإذا تعدد الشركاء بالعمل دون تقويم حصة كل منهم، اعتبرت هذه الحصص متساوية ما لم يثبت العكس، وإذا قدم الشريك فضلاً عن عمله حصة نقدية أو عينية، كان له نصيب في الربح أو في الخسارة عن حصته بالعمل ونصيب آخر عن حصته النقدية أو العينية."

[61] التي تنص على أنه: "إذا كانت حصة الشريك تقتصر على عمله ولم يعين في عقد الشركة نصيبه في الربح أو الخسارة كان له أن يطلب تقويم عمله ويكون هذا التقويم أساسً لتحديد حصته في الربح أو الخسارة وفقاً للضابط المتقدمة..."

نصيب الشريك بالعمل في الربح والخسارة بقدر ما استفادت الشركة من هذا العمل، وفقاً للمادة 3/514[62] من ق.م.م [63]، دون التفصيل الذي أشار إليه المشرع القطري.

وصفوة القول في هذا المطلب إن أرباح الشركة: هي كل مكسب إيجابي أو مادي، ينضاف إلى ثروة الشـــركة، بصـــرف النظر عما إذا كان نقدياً، أو قابلاً للتقدير بالنقد أم عدمه، وأن الأرباح المستحقة للتوزيع على الشركاء، هي الأرباح الصافية بعد اقتطاع الاحتياطي القانوني، سواء كان إجبارياً أو اختيارياً، وذلك كله بعد صـــدور القرار من الجمعية العامة العادية بناء على توصـــية مجلس الإدارة، وأن هذه الأرباح قد توزع بشكل نقدي –وهو الأصل– كما يمكن أن توزع في شكل الأسهم التي يصدّرها الشركة، بشرط موافقة الجمعية العامة العادية على ذلك، وأن الأصل في تحديد كيفية توزيع الأرباح وتحمل الخسائر مرده إلى اتفاق الشركاء في عقد تأسيس الشركة من حيث المبدأ، شريطة ألا يتضمن ذلك الاتفاق شرطاً من الشروط الأسدية.

وترتيباً على ما تقدم، فإن الســؤال الذي يطرح نفســه هو ما حقيقة الشــروط الأســدية وما حكم تضمين العقد شرطاً من هذه الشروط؟ وللإجابة على تلكم التساؤلات، فقد خصصت الفصل التالي لمعالجة هذه التساؤلات.

المبحث الثاني: تعريف الشروط الأسدية

لا مراء في أن للشركاء كامل الحرية في تحديد كيفية توزيع أرباح الشركة، وتحمل خسائرها، ولا يحدّ من ذلك إلا شرط واحد تفرضه فكرة المساواة بين الشركاء، وضرورة أن ينال كل الشريك بما

---

[62] التي تنص على أنه: "... وإذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة على عمله، وجب أن يقدر نصيبه في الربح والخسارة تبعاً بما تفيده الشركة من هذا العمل فإذا قدم فوق عمله نقوداً أو شيء آخر كان له نصيب عن العمل وآخر عما قدمه فوقه"

[63] طه، كمال مصطفى، مرجع سابق، ص39

يعادل مساهمته في رأس مال الشركة، وهي المراد بنية المشاركة دون تبعية الشريك للشريك آخر، ونظراً لأن الشركة تهدف إلى المضاربة برأس المال، وقد تكون مردود هذه العملية إيجابية، فتحقق الشـركة ربحاً، أو سـلبية، فحينئذ تكون الخسـارة هي مردود أعمال الشـركة، ولذلك يتعين على جميع الشركاء أن يتحملوا نصيبهم من الخسارة كما يجب أن يحصلوا على نصيبهم المستحق من الأرباح، طبقاً لقاعدة الغرم بالغنم.

وغير خاف أن عقد الشركة عند تضمنه شرطاً من شروط الأسد يحرم الشريك المتضرر من هذا الشرط من الحصـول على ما يسـاوي حصـته من رأس مال الشركة، أو يحمّل أكثر مما تقتضـيه قاعدة المشـاركة، وبمعنى آخر يحرم الشـريك من تحقيق توقعاته المشـروعة، وبذلك يختل التوازن بين ما أدي الشـريك من حصـته في رأس المال، وبين ما يحصـل عليه من الأرباح، وما قد يتم تحميله من الخسـائر إن حدثت، وعلى هذا الأسـاس سـيتضـح موقف المشـرع القطري والقانون المقارن من الشروط الأسدية، وتتحدد نوعية الحماية التي يوفرها هؤلاء المشرعون.

المطلب الأول: مفهوم الشروط الأسدية

تعرف الشروط الأسدية بأنها عبارة عن اتفاق الشركاء في عقد إنشاء الشركة بمقتضاها يتم إعفاء أحد الشركاء أو بعضـهم من الخسـارة أو استئثار أحدهم أو بعضـهم بالأرباح[64]. كما تعرف بأنها عبارة عن بند في اتفاقية الشراكة، يمنح حقوقاً غير متناسبة لأحد الشركاء فيما يتعلق بالتزاماته، وهو مفهوم يستخدم على نطاق واسع في عقود الشركة. كما توجد شروط الأسد أيضًا في العقود التي تتضمن توزيع الخسائر بشكل غير متكافئ[65].

---

[64] الملحم، أحمد عبد الرحمن؛ مرجع سابق، ص139، والشاذلي، ياسين، مرجع سابق، ص79

[65] https://www.info-juri.fr/clause-leonine, 30-04-20212, 21:18.

وبتحليل التعريف الأول، نجد أن شروط الأسد تقوم على عنصرين أساسيين؛ العنصر الأول يتعلق بتوزيع أرباح الشركة –من الناحية الإيجابية بالنسبة لنشاط الشركة– بشكل يستأثر أحد الشركاء أو بعضهم بها، بينما يتعلق العنصر الثاني بتحميل أحد الشركاء، أو بعضهم خسائر الشركة، أو إعفاء أحدهم، أو بعضهم منها، سواء كانت كلها، أو بعضها، بشكل يخرق مبدأ المشاركة في النشاط ذي تبعية، أو قاعدة الغرم بالغنم –من الناحية السلبية–، وهو محل اتفاق مختلف التشريعات المقارنة بما فيها التشريع القطري ونظيريه الكويتي والمصري.

وكذلك يعتبر التعريف الأول وضع بندٍ أو شرطٍ في عقد تأسيس الشركة أو في نظامها الأساسي للشركة يقضي باستئثار أحد الشركاء أو بعضهم بها، أو بتحميل أحدهم، أو بعضهم خسائر الشركة، أو إعفاء أحدهم، أو بعضهم منها سواء كانت كلها أو بعضها بشكل يخرق مبدأ المشاركة في النشاط ذي تبعية أو قاعدة الغرم بالغنم شرطاً من شروط الأسد.

أما التعريف الثاني، فقد استعمل مصطلح حق– بصيغة الجمع–ليفيد عموم الحق، بما فيه الحق المادي الذي يعني الربح أو الحق المعنوي ليشمل حقوق التصويت المقرر لأطراف الاتفاقية، وليعم إلى جانب الشركاء المستثمرين في الشركة. ووفقاً لهذا التعريف، فإنه يعد منح حقوق غير متناسبة لأحد الشركاء فيما يتعلق بالتزاماته في الشركة شرطاً من شروط الأسد[66].

ويعتبر من قبيل شروط الأسد شرطٌ تتم بموجبه إعادة كامل حصة أحد الشركاء المقدمة للشركة بدون أي نقصان عند تصفيتها أو بإنقاص حصته من الأرباح مقابل إعفائه من الخسائر أو

[66] Info-juri: https://www.info-juri.fr/clause-leonine, 30-04-20212, 21:18.

بمنحه نصيباً تافهاً من الأرباح أو اشتراط فائدة ثابتة عن قيمة حصة الشريك بدلا من الاشتراك في الأرباح من صور الشروط الأسدية[67].

ومن الجدير بالملاحظة من التعريفين المشار إليهما أعلاه، أنهما لا يمنعان مجرد توزيع الأرباح أو الحقوق الأخرى بين الشركاء بشكل غير متساوي مع مساهمتهم في رأس المال، حيث أنهما جعلا انفراد أحد الشركاء أو بعضهم بهذه الحقوق مع حرمان الآخر أو إعفاء أحدهم أو بعضهم دون بقية الشركاء من خسائر الشركة شرطاً أسدياً. ولذلك، فلا يعد من قبيل شروط الأسد شرطٌ من شأنه أن توزع الأرباح بالتساوي فيما بينهم بالرغم من أن مساهمتهم في رأس مال الشركة غير متساوية، طالما لا يترتب على ذلك حرمان بعض الشركاء من حقهم في الأرباح، الأمر الذي يسمح لفئة معينة من الشركات بإمكانية إصدار أسهم ممتازة بدون حقوق تصويت في بعض الدول التي تأخذ بمثل هذا النظام كفرنسا أو بلجيكا مثلا[68].

وفي المقابل، لا يعد من قبيل شروط الأسد، الشرط الذي يقضي بألا يقل نصيب أحد الشركاء من الأرباح أو ألا يزيد نصيبه من الخسارة عن نسبة معينة، كما لا يعد من قبيل شروط الأسد الاتفاق بين الشركاء على أن تقل نسبة تحمل أحدهم من الخسائر عن نسبة حصته من الأرباح[69].

كما أنه لا يعد تعليق استحقاق الأرباح على شرط مستقل عن إرادة الشركاء الآخرين من شروط الأسد أيضاً، طالما لا يترتب على ذلك حرمان هذا الشريك من حقه في الأرباح. ومثال على ذلك

---

[67] ناصيف، إلياس؛ موسوعة الشركات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية،2008، ط3، ج1، ص 133، والقليوبي، سميحة، مرجع سابق، ص61

[68] Panichi, K. et al., (2004), Article 1855 du Code civil : la prohibition des clauses léonines, le Bicentenaire du code civil : une contribution luxembourgeoise, portalis, "369-390", p379

[69] ناصيف، إلياس، مرجع سابق، ص133

تعليق استحقاق شريك ما لربح على شرط بلوغ هذا الربح حدًا معينًا، أو شروط تحرم الشريك من نصيبه في الأرباح كشرط جزائي في حالات محددة [70].

ويجوز أن يتفق الشـــركاء على حرمان أحدهم من الأرباح أو إعفائه من الخســـائر إلى أن يتم تشـغيل حصـته في الشـركة، طالما أن ذلك لا يؤثر على صـفة الشـراكة، ويقتصـر أثر مثل هذا الشـرط فيما بين الشـركاء فقط دون أن يلزم الغير وذلك في شـركات التضـامن[71]، كما يجوز أن يقوم أحد الشـركاء بالتأمين على حصـته ضـد الخسـائر المتوقعة شـريطة أن يتم ذلك بواسـطة الطرف الثالث (أي شركات التأمين) لأن من شأن ذلك أن يعزز الضمان العام للشركة. أما إذا تم التأمين بواسـطة شـريك آخر أو شـركة نفسـها ضـد أية الخسـائر المتوقعة، فيعد ذلك ضـربا من ضروب إعفاء أحد الشركاء من المساهمة في خسائر الشركة، وبالتالي يعتبر غير مكتوب[72].

وغني عن البيان بأنه طبقاً لحكم المادة 3/522 من ق.م.ق والمادة 13 من ق.ش.ق، قد أجاز المشـرع القطري ونظيراه الكويتي والمصـري للشـركاء الاتفاق على إعفاء أحدهم الذي قدم حصـته في رأس مال الشركة بشكل عمل فني يخدم غرض أو أحد أغراض الشركة الذي لا غنى للشركة عنه عن تحمل الخسـارة، شـريطة ألا يتقاضـى أجراً مقابل ذلك، وكذلك أجازوا لهم إذا قدم حصـة مالية وأخرى عمل فني، أن يشترط إعفاء حصته المالية من أية خسارة، حيث لا يبطل هذا الشرط العقد، لأنه يكون قد تحمل نصيبه من الخسارة في صورة ضياع عمله الفني بلا مقابل[73].

ويرى الباحث بأن ذلك هو الأصل ويتماشى مع مبدأ العدالة وليس على سبيل الاستثناء كما ذهب أغلب الفقهاء وشـراح القانون، ذلك أن الشـريك بحصـة عمل فني عندما يخدم غرض من أغراض

---

[70] Panichi, K., et al, Ibid., p379

[71] القليوبي، سميحة، مرجع سابق، ص63

[72] Panichi, K., et al, Ibid., p384

[73] ملحم، باسم محمد والطراونة، بسام حمد، مرجع سابق، ص44، القليوبي، سميحة، المرجع ذاته

الشـــركة بعمله دون أجر، إنما يقوم بذلك مقابل اســـتحقاقه نصـــيباً من الأرباح، وفي حال عدم تحقيق الشركة ربحاً فلا يتقاضـى شيئاً مقابل عمله، فيكون قد خسر جهده في هذه الحالة بعكس بقية الشـركاء الذين قدموا حصـــة نقدية والذين وإن لم يكســبوا أي ربح يذكر، فإنهم لم يخســروا مســاهمتهم في الشـركة، وبذلك حققوا الكســب الإيجابي. وأما إذا منيت الشـركة بالخســارة، فإن الشريك بحصة عمل فني يخسر جهده أيضاً ويتساوى مع بقية الشركاء وبذلك يكون قد ساهم في تحمل خسارة الشركة مع بقية الشركاء الذين يتحملون هذه الخسائر بشكل مباشر[74].

هذا، وينفرد التعريف الثاني بقيد ما يمكن اعتباره شرطاً أسدياً بما تتضمنه اتفاقية الشراكة، الأمر الذي يطرح التساؤل عن المراد باتفاقية الشراكة هل هي عقد تأسيس الشركة أو نظامها الأساسي أو اتفاقية الشـراكة التي تبرمها الشـركة مع المسـتثمرين، وبعبارة أخرى هل يتعلق الأمر ببند في عقد تأسـيس الشـركة أو نظامها الأسـاسـي يتعلق بتوزيع الأرباح وخسـائر الشـركة؟ أم هو يشـمل اتفاقية الشراكة مع المستثمرين ومزودي الخدمات المالية للشركة؟

وللإجابة على ذلك التسـاؤل، فإنه يمكن القول بأن العبرة في اعتبار أي شـرطٍ شـرطاً أسـدياً من عدمه هي بمدى إخلال هذا الشرط بقواعد توزيع أرباح وخسـائر الشركة، بصـرف النظر عما إذا كان في عقد تأسيس الشركة أو في الاتفاقية اللاحقة عليه، بل يعتبر ذلك سواء كان متضمناً في اتفاقية الشـراكة وعقد تأسـيس الشـركة ونظامها الأسـاسـي، وجميع تعديلاته، وأما إذا كان ذلك في اتفاقية الشـراكة مع المسـتثمرين ومزودي خدمات مالية للشـركة، فإن هناك خلافا بين القضـاء المدني والتجاري في نظم القانون المقارن، يتعلق بمدى خدمة مصلحة الشركة من عدمها[75].

---

[74] القليوبي، سميحة، المرجع ذاته، الهامش الخامس

[75] A. Bamdé & J. Bourdoiseau-Law in all its forms:
https://aurelienbamde.com/2016/12/22/lobligation-de-contribution-aux-pertes-et-la-prohibition-des-clauses-leonines, 02-06-2021, 10:42 AM

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في 14 يونيو 1882 بأنه: "تعتبر أحكام المادة 1855 عامة وتقرر بطلان أي شرطٍ من شروط الأسد دون تمييز بين ما إذا كان واردًا في عقد الشراكة أو في اتفاقية منفصلة، ولا بين ما إذا كان يُلزم الشركة بأسرها أو عددًا قليلاً من الشركاء فيها، وسواء كان مؤقتًا أو لأجل غير مسمى ." وبذلك يتم تقييم مدى اعتبار شرط ما من شروط الأسد بشكل أساسي وفقاً للهدف منه[76]. ولذلك، وحماية للمستهلك، يعتبر التشريع الفرنسي الشروط التعسفية من شروط الأسد، وبالتالي تعتبر غير مكتوبة، سواء تم إبرام العقد المتضمن لمثل هذه الشروط بين المهنيين أو بين مستهلك ومهني طبقاً لمجلة المستهلك[77].

وبالبناء على ما تم استعراضه، فإن لشروط الأسد تطبيقات وصور مختلفة، وأن ما ذكر في النصوص التشريعية في كل من القانون القطري والقانون المقارن إنما هو عبارة عن الصور التقليدية لشروط الأسد، ذكرت على سبيل المثال دون الحصر، إذ أن لهذه الشروط تطبيقات مختلفة وممارسة معاصرة تختلف أحكامها تبعاً لذلك.

ومما تجدر ملاحظته هو أن التعريفين أعلاه وغيرهما غير جامعين لكافة صور شروط الأسد، وبذلك مست الحاجة إلى التعريف المانع والشامل لكافة عناصر الشروط الأسدية وصورها المختلفة.

وفي ظل غياب التعريف المانع والجامع لكافة عناصر شروط الأسد وتطبيقاتها المتعددة التي لا يمكن حصرها، يقترح الباحث اتخاذ شروط الأسد الواردة في النصوص التشريعية مرجعاً لتعرف على مدى توفر شرط الأسد في العقد من عدمه، وينقسم هذا المرجع إلى قسمين، قسم يتعلق بتوزيع الأرباح بين الشركاء وقسم يمس قواعد تحمل خسائر الشركة فيما بينهم، وهما كالآتي؛

---

[76] Panichi, K., et al, Ibid., p374

[77] Info- juri : https://www.info-juri.fr/clause-leonine, 30-04-20212, 21 :18.

- أي شرط في عقد الشركة، سواء كان عقد التأسيس أو النظام التأسيسي لها أو تعديلاتهما أو اتفاق المساهمين، من شأنه الإخلال بقاعدة الغرم بالغنم ونية المشاركة في النشاط ذي تبعة أو
- أي شرط من شأنه التحايل على النظام القانوني بهدف توزيع أرباح صورية، أو التحايل على الفوائد القانونية في المعاملات التجارية ذات الصلة، أو على مبدأ تحريم شروط الأسد[78].

ويمثل القسم الأول القاعدة العامة لشروط الأسد سواء كانت تخص توزيع الأرباح أو تحمل الخسائر، بينما يشمل القسم الثاني التوزيع الصوري للأرباح، ويمثل الجانب المرن من المسألة، حيث يسمح للشركاء الاتفاق، بخلاف القاعدة العامة لتوزيع الأرباح والخسائر بين الشركاء، طالما لا يؤدي ذلك إلى حرمان أحد الشركاء أو بعضهم لصالح الآخر أو إلى التوزيع الصوري للأرباح والتحايل على النظام العام بهذا الخصوص.

وعلى ضوء ذلك يمكن القول بأن لشروط الأسد ثلاث صور رئيسة تقليدية-بالإضافة إلى تطبيقات فرعية متعددة لها وسيتم التطرق إليها في المطلب التالي- وهي كالآتي؛

1. استئثار أحد الشركاء أو بعضهم بالأرباح كلها مع حرمان كلي للشركاء الآخرين منها، أو توزيع ربح تافه على أحد الشركاء أو بعضهم.
2. اعفاء أحد الشركاء من تحمل الخسائر، وهو شرط له عدة الصور، منها الوعد بشراء الأسهم بثمن متفق عليه مسبقاً، ووضع بند أو شرط في عقد الشركة أو في نظامها الأساسي أو اتفاقية الشراكة يقضي بإعادة كامل حصة أحد الشركاء المقدمة للشركة

[78] البنا، فكري حلمي، مرجع سابق، ص12

بدون أي نقصـان عند تصـفية الشـركة مهما كان المركز المالي للشـركة وموجوداتها، أو إنقاص نصـيب أحد الشـركاء من الارباح مقابل عدم اشـتراكه بالخسـائر، وكذلك حصـول أحد الشـركاء على نسـبة ثابته من الأرباح في جميع الأحوال أي سـواء حققت الشـركة أرباح أو منيت بخسارة ويعرف هذا الشرط **بشرط الفـائدة الثابتة** طبقاً لحكم المادة 18، الفقرة الأخيرة من ق.ش.ك.

3. تحميل أحد الشركاء أو بعضهم دون الآخرين كافة خسائر الشركة[79].

ثم إن من الجدير بالملاحظة في مواقف المشـرعين من هذه الشـروط، تنوع الفلسـفات التشـريعية حولها، باعتبارها تدور بين حماية مصلحة الشريك المتضرر من اختلال التوازن بين ما قدمه من الاسـهامات في رأس مال الشـركة وما يتحصـل عليه في مقابل ذلك أو ما قد يُحمّل من خسـائر الشـركة إن منيت بالخسـارة، مخالفة بذلك قاعدة الغرم بالغنم، وإخلالاً بمبدأ نية المشـاركة التي تقضـي بمشاركة جميع الشركاء في اقتسام الأرباح، وتحمل الخسائر على أساس المساواة، بحيث يحصل كلهم ما يساوي مساهمتهم في الشركة[80]؛ وبين حماية مصلحة الشركة باستمرار نشاطها، ودعم استقرار قيمتها السوقية والضـمان العام للشركة؛ أو حماية النظام والآداب العامة ومكافحة صورية العقد والتحايل على النظام العام.

كما أنـه ممـا تجدر الإشـــارة إليه أن من المتفق عليه بين الأنظمـة القانونيـة المختلفة، اعتبار الصـور الثلاثة لشروط الأسد التي تخرق قواعد توزيع الأرباح والخسائر بين الشركاء في الشركة

---

[79] A. Bamdé & J. Bourdoiseau-Law in all its forms: https://aurelienbamde.com/2016/12/22/lobligation-de-contribution-aux-pertes-et-la-prohibition-des-clauses-leonines, 02-06-2021, 10:42 AM

[80] الملحم، أحمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص166

شروطاً أسدياً، أما بقية التطبيقات المعاصرة لها، وفي ظل غياب التشريع والسوابق القضائية القطرية أو الكويتية أم المصرية، فإنه بالرجوع إلى السوابق القضائية المقارنة، نجد تعدد المواقف بين الأنظمة القانونية المقارنة، بل وبين النظام القضائي الواحد، وهو ما سيتم توضيحه عند تسليط الضوء على تطبيقات شروط الأسد وأحكام كل منها وذلك في المطلب التالي بإذن الله.

المطلب الثاني: أحكام شروط الأسد وتطبيقاتها

وطبقاً لما تم التطرق إليه بمناسبة التعرف بشروط الأسد، يتضح أن من شروط الأسد ما تمس قواعد توزيع أرباح الشركة، ومنها ما تخرق قواعد توزيع خسائرها، كما أن من هذه البنود ما تخرق هذه القواعد بشكل مباشر، ومنها كذلك ما تمس هذه القواعد بشكل غير مباشر، ثم إن من هذه البنود ما يمكن اعتبارها بنودا تقليدية لشروط الأسد، ومنها ما تعتبر ممارسات معاصرة لها في الشركات التجارية المعاصرة.

وتكشف لنا الاتجاهات المختلفة في النظم القانونية المقارنة عن اختلاف أحكام شروط الأسد تبعاً لأي نوع من القواعد التي تمسها تلك الشروط، كما تكشف لنا السوابق القضائية عن اختلاف موقف القضاء المقارن من الأمر؛ "بين القضاء المدني والقضاء التجاري".

وفي القانون التونسي–مثلاً–، فإن لشروط الأسد (شروط الأسد المباشرة) حالتين هما؛ الحالة الأولى: تتضمن حالة انفرد به المشرع التونسي عن بقية التشريعات، وهي مخالفة الشروط مبدأ التوزيع النسبي للأرباح. ثم حالة تضمين عقد الشراكة شرطاً يقرر أرباح الشركة الكاملة لأحد الشركاء، ويعتبر الشرط وعقد الشركة باطلين طبقاً لأحكام الفصل 1301 من مجلة الالتزامات والعقود، ووفقاً للفصل 1302 من تلك المجلة يتحول العقد إلى عقد الهبة –متواليين–، أما الحالة الثانية فهي عندما يتضمن العقد شرطاً بموجبه يتم إعفاء أحد الشركاء من المساهمة في الخسارة، ففي هذه الحالة، فإنه يعد الشرط دون عقد الشركة باطلاً. وبذلك تكون الشروط التي تخالف مبدأ

التوزيع النسبي للأرباح، إلى جانب الشروط التي تقرر الأرباح الكاملة لأحد الشركاء دون الآخرين باطلة ومبطلة عقد الشركة، بينما تكون الشروط التي تقرر إعفاء أحد الشركاء من المساهمة في الخسارة فقط باطلة دون عقد الشركة[81].

وأما في القانون الفرنسي، فإنه يمكن التفريق بين موقف التشريع والقضاء والفقه. **وتشريعياً**؛ فإنه وبموجب أحكام المادة 1855 من القانون المدني الفرنسي، يعتبر أي شرط يعفي الشريك من المساهمة في الخسارة شرطاً أسدياً ويعتبر باطلاً، دون أن تكون له قيمة قانونية، ويقتصر البطلان في هذه الحالة على الشرط فقط مع بقاء عقد الشراكة[82].

وقضائياً؛ اتجه القضاء الفرنسي في مناسبات عديدة إلى مدّ البطلان ليشمل عقد الشراكة، بحجة انعدام اتفاقية الشركة في ظل غياب ركن من أركان الشركة، ألا وهو مبدأ المشاركة في أرباح الشركة وخسائرها التي تعد عنصراً جوهرياً لوجود الشركة. وبذلك، فإن التشريع الفرنسي اكتفى ببطلان شروط الأسد بينما مدّ قضاؤه ذلك البطلان ليشمل الشروط والعقد معاً، متى ما خرقت هذه الشروط ركناً من أركان عقد الشركة الذي لا يتصور وجود الشركة بدونه، وتؤكد على ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية –الدائرة التجارية– في حكمها في 19 مايو لسنة 1954 بأنه:" يفهم من المادة 1832 من القانون المدني بأن مشاركة كل الشركاء في الأرباح والخسائر الناجمة عن الاستغلال المشترك هي شرط جوهري لوجود الشركة بينهم"[83].

---

[81] Djobbi ; Afrah, Auteurs secs. : Faouzi Bel Knani, Sanctions des clauses léonines, Mémoire de mastère en sciences juridiques fondamentales, Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales de Tunis, Tunis, 2008, p.11

[82] Panichi, K., et al, Ibid., p371

83 Ibid.

وأما **فقهياً**؛ فقد انقسمت الآراء في الفقه الفرنسي، بين من يرى شمول البطلان الشرط والعقد معا لانعدام ركن نية المشاركة في اقتسام الأرباح والخسائر وغياب ركن السبب الذي يعتبر شرطاً أساسياً للعقد– كما هو موقف القضاء–، ومن يرى اقتصار أثر البطلان على الشرط فقط دون العقد وتضمين المساهمة في الخسائر التي كانت مفقودة–كما هو موقف التشريع–، وأرجع أحد الفقهاء الفرنسيين سبب اعتبار هذا البند شرطاً من شروط الأسد إلى أنه يستثني المستفيد منه من أي مشـــاركة في الربح ، لأن أجره يقتصـــر على المعدل الثابت فقط، ولذلك يتعين إعلان بطلانه لانعدام الشركة[84].

ا–أحكام شروط الأسد التقليدية في القانون القطري والقانون المقارن:

نظم كل من المشرع القطري ونظيريه الكويتي والمصري شروط الأسد التقليدية وأحكامها، وللمشرع القطري منها موقفان، هما؛ الموقف الأول، يتمثل في القانون المدني، حيث نصـــت المادة 523 منه على أنه: "إذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم في أرباح الشركة أو في خسائرها، كان عقد الشركة باطلاً". وهو نفس موقف المشرع المصري بموجب الفقرة (1) من المادة 515 من ق.م.م التي نصت على أنه: "إذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يساهم في أرباح الشركة أو في خسائرها، كان عقد الشركة باطلا..."

ووفقاً لمنطوق حكم هذه المادة، فإن القانون المدني القطري ونظيره المصـري قد تبنيا بطلان عقد الشركة وشروط الأسد معا (أي البطلان المطلق)، ويترتب على ذلك أن العقد غير قابل للتصحيح لأنه غير موجود، ولكل من له مصلحة التمسك بهذا البطلان، بل يجب على المحكمة أن تقضي

[84]Ibid., p377

بالبطلان من تلقاء نفسها ولو لم يطلب منها القضاء به، ولا يسري عليه التقادم في التشريع المصري[85].

ومن المقرّر – في قضاء محكمة التمييز– أنّ النظام العام يعني مجموعة المبادئ الأساسية التي ترعى النظام السياسي، والتوافقات الاجتماعية، والقواعد الاقتصادية، والقيم الأخلاقية التي يقوم عليها كيان المجتمع، ويتحقق بها الصالح العام ... فإذا ارتقت القاعدة لمرتبة النظام العام، ونالها جزاء البطلان المطلق فلا أثر للإجازة أو التعديل أو مرور الزمن في تصحيح الخلل، ويكون الحكم فيه ذا مفعول رجعي بحيث يُعاد الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل المخالفة، ويجوز لكل ذي مصلحة سواء أكان أحد من الشركاء أو من الغير أن يتمسّك بالبطلان، بل يجب على المحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها ولو لم يطلب منها القضاء به." (حكم محكمة التمييز في الطعن رقم 497 لسنة 2020 تمييز مدني، بجلسة 22 من ديسمبر سنة 2020)[86].

ويمكن أن نستشف من هذا الموقف، بأن المشرع القطري قد اعتبر شروط الأسد تحايلاً على أحكام قانون رقم (25) لسنة 2004 بشأن مكافحة التستر على ممارسة غير القطريين للأنشطة التجارية والاقتصادية والمهنية بالمخالفة للقانون، الذي يحظر على القطريين –سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو كانوا معنويين– التستر على غير القطري بتمكينه بأي وسيلة من الوسائل من ممارسة أي نشاط تجاري أو اقتصادي أو مهني، ويمنع غير القطريين من ممارسة أي نشاط تجاري أو اقتصادي أو مهني، بالمخالفة لأحكام القوانين المعمول بها، وعلى نسبة الحصة

---

[85] السنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، ج5، ص210

[86] المجلس الأعلى للقضاء: https://encyclop.sjc.gov.qa/Portal1/ahkam/detailspage.aspx?gcc=1&slno=3306&lawcode=6648، 20-12-2021، 22:00

الأجنبية المســـموح بها في الشـــركات الوطنية، وفي ذلك مخالفة للنظام العام، كما ينظر هذا الموقف إلى عقد الشركة وشروط الأسد باعتباره وحدة واحدة.

والجدير بالملاحظة أن هذا التوجه ينطلق أيضـاً من اعتبار مسـألة اقتسـام أرباح الشـركة وتحمل خسـائرها ركناً من أركان الموضـوعية الخاصـة لعقد الشـركة، وعليه، فإن تضـمين العقد لشـروط الأسد يعد مخالفاً لهذا الركن ومنافياً لمبدأ نية مشاركة الشركاء على قدر المساواة دون التبعية.

ويعاب هذا الاتجاه بأنه لم يراع مصـــلحة بقاء الشـــركة مع إمكانية تصـــحيح المخالفة بالنســـبة للمسـتقبل وفي ذلك انتصـاراً لمصـلحة عامة، بدليل أن الأصـل في تقرير البطلان المطلق هو حماية المصلحة العامة[87].

ووفقاً لهذا التوجه، وحيث أن الأصل أن يرفض طلب تسجيل عقد الشركة إذا تضمن شرطاً من شروط الأسد، فيغلُب أن يلجأ الشركاء المستفيدون من هذه الشروط إلى تغطية هذه الشروط بعقد صوري[88]، ولذلك يمكن أن يخضع هذا العقد لأحكام العقد الصوري. وفي هذا نصت المادة 173 من ق.م.ق على أنه: " إذا أبرم عقد صـــوري، فإن العقد المســتتر، دون العقد الظاهر، هو الذي يســـري فيما بين المتعاقدين والخلف العام لكل منهما." والمادة 1/174 من ذات القانون التي نصت أيضاً على أنه: "لدائني المتعاقدين وللخلف الخاص لكل منهما، أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسـائل صـورية العقد الذي أضـرّ بهم. كما أن لهم، متى كانوا حسـني النية، أن يتمســكوا بالعقد الصـــوري..."، ولا يخفى أن هذا التوجه يخالف أحكام العقد الصـــوري ولم يعر المصلحة والحقوق المقررة للمتعاقدين وخلفهما العام بموجب هذه المادة أي اهتمام.

---

[87] الملحم، أحمد عبد الرحمن؛ مرجع سابق، ص139، ناصيف، إلياس؛ موسوعة الشركات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية،2008، ط3، ص132

[88] الشمري، طعمة صعفك؛ مرجع سابق، ص104

كذلك من المعروف أن العقد الباطل لا يقبل التصحيح، ويترتب على ذلك:

- أن العقد المنعدم غير منتج لأثر، وهو والعدم سيان، الأمر الذي يناقض حقيقة أن الشركة تدخل في حالة التصـــفية حماية لمصـــالح دائني الشـــركة الذين تتمتع حقوقهم بامتيازات التقدم على بقية الدائنين العاديين، بالإضافة إلى الحقيقة مفادها أن الشركة الباطلة بطلاناً مطلقاً لا تخضع لنظرية الشركة الفعلية[89]، وبالتالي، فإن حقوق دائني الشركة على المحك في هذه الحالة.
- وعلى فرض خضـــوع هذه الشـــركة للنظرية، فبموجب حق التقدم الذي تتمتع بها حقوق الدائنين للشركة، قد تستغرق هذه حقوق أموال الشركة دون أن يحصل الشركاء المغبونون شـــيئاً من حقوقهم كون هذه الحقوق حقوقاً عادية لا تتمتع بأية امتيازات، وبذلك، فإن هذا الموقف انتصر للمصلحة العامة ولا يحمي ضحايا الشروط الأسدية من الشركاء، وكان بإمكانه الجمع بين هاتين المصلحتين فيما لو تبنيا موقفاً آخر سيتم توضيحه.

وأما الموقف الثاني: فهو موقف قانون الشـــركات التجارية القطري الذي نصـــت المادة 13 منه على أنه: "لا يجوز أن يتضمن عقد الشركة نصاً يقضي بحرمان أحد الشركاء من الربح أو إعفائه من الخسارة وإلا وقع باطلاً...".

وطبقاً لحكم هذه المادة، فإنه تعتبر شروط الأسد دون عقد الشركة باطلة، طبقاً لقانون الشركات التجارية القطري، وهو نفس موقف قانون الشـــركات التجارية الكويتي الجديد الذي ذهبت المادة 2/18 منه إلى أنه: "،...إذا تضمن عقد الشركة شرطاً ينص على حرمان أحد الشركاء من أرباح

---

[89] الشاذلي، ياسين، مرجع سابق، ص103

الشركة أو إعفائه من الالتزام بخسائرها بطل هذا الشرط وصح العقد،"، والجدير بالملاحظة أن القضاء المصري بدأ يأخذ بهذا التوجه أيضاً[90].

ومما تجدر ملاحظته من هذا الموقف الثاني للمشرع القطري والموقف الجديد للمشرع الكويتي أنه حصر البطلان في شرط الأسد دون أن يمس ذلك عقد الشركة، واعتبر الشرط كأن لم يكن، وتأصيلاً لهذا الحكم، فإن هذا الرأي يتفق مع حكم المادة 286 من ق.م.ق[91]، وتقابل هذه المادة من القانون الكويتي المادة 324 من ق.م.ك وكذا المادة 266 من ق.م.م. التي تحمل في طياتها حفظ النظام العام، كما يعتبر هذا الموقف تطبيقاً لنظرية تحول العقد المتضمنة في المادة 166 من ق.م.ق[92] ، والمادة رقم 190 من ق.م.ك[93]. ويلاحظ حرص هذا الاتجاه على انسجامه مع قوانينه الداخلية تطبيقاً لمبدأ وحدة القوانين الداخلية، وهو الموقف أقرب إلى الصواب في رأي الباحث.

غير أنه يؤخذ على هذا الموقف؛ بأنه بالرغم من مراعاته لخصوصية عقد الشركة وتغليب مصلحة الشركة على مصلحة الفرد، وحصر البطلان في الجزء المخالف للقاعدة القانونية وهو شرط الأسد، إلا أنّه لم يقض على احتمال نشوب منازعات بين الشركاء عند توزيع الأرباح والخسائر، خاصة إذا كانت الأرباح أو الخسائر كبيرة، كما أنه قد تثار هذه الخلافات في أية

---

[90] القليوبي، سميحة، مرجع سابق، ص62

[91] التي تنص على أنه: "1- إذا كان الشرط المعلق عليه الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب أو مستحيلاً فإنه يمنع من قيام الالتزام إن كان الشرط واقفاً. أما إن كان الشرط فاسخاً فهو الذي لا يقوم ولا يؤثر في نفاذ الالتزام. 2- ومع ذلك لا يقوم الالتزام الذي علق على شرط فاسخ مخالف للنظام العام أو الآداب إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام."، ولا شك أن شرط الأسد هو الدافع في أغلب حالاته."

[92] التي تنص على أنه: " إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل. إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير هذا الشق فيبطل العقد كله."

[93] التي تذهب إلى أنه: "1- إذا لحق البطلان أو الإبطال شقا من العقد، اقتصر عليه وحده، دون باقي العقد. 2- على أنه إذا أثبت أحد المتعاقدين أنه ما كان يبرم العقد بغير الشق الباطل أو المبطل، بطل العقد كله."

مرحلة من عمر الشـركة، مادام بطلان الشـرط يقع بحكم القانون، نظراً لأنها قاعدة آمرة متعلقة بالنظام العام، فيجوز التمسـك بها في أي وقت، بالإضـافة إلى أن هذا الموقف لا يراعي إرادة الشـركاء المتمثلة في عقد الشـركة باعتباره وحدة واحدة، فكما أن تقرير بطلان الشـرط يقتضـي تحديد طريقة توزيع الأرباح والخسـائر بين الشـركاء، وبعبارة أخرى، عدم احترام هذا الرأي لمبدأ سلطان الإرادة[94].

وهذا الكلام مردود عليه من وجهة نظر الباحث؛ وذلك لأن الأصـل اتفاق أطراف العقد على نصـيب كل طرف من الأرباح والخسـائر، وفي حال غياب الاتفاق يصـار إلى القاعدة العامة من القواعد المكملة، وهي افتراض اتفاق الشـركاء على توزيعها على أسـاس نسـبة حصـة كل من الأطراف في رأس مال الشـركة، ولذلك لا يعاب اللجوء إلى أي من الخيارين متى اقتضـى مبدأ استقرار المعاملات التعاقدية، ويتحقق ذلك بالرجوع إلى نسبة مساهمة كل واحد من الشركاء في رأسـمال الشـركة، فيحصـل على قدر من الأرباح والخسـائر يعادل نسـبة مسـاهمته في رأسـمال الشركة، وهو الأصل.

وفي المقابل، انفرد المشرع الكويتي بموقفه القديم من شروط الأسد، فاعتبر العقد المتضمن لشرط من شروط الأسد قابلاً للإبطال لمن تقرر له حق إبطاله، وذلك طبقاً لحكم المادة (13) من قانون الشـركات التجارية رقم 15 لسـنة 1960 الملغي التي تنص على أنه: "إذا اتفق على أن أحد الشركاء لا يسهم في أرباح الشركة أو لا يساهم في خسائرها، جاز فسخ عقد الشركة بناء على

[94] الملحم، أحمد عبد الرحمن؛ مرجع سابق، ص139، ناصيف، إلياس؛ موسوعة الشركات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية،2008، ط3، ص132

طلب الشريك الذي حرم من المساهمة في الأرباح، أو بناء على طلب أي من الشركاء الذين يقع عليهم وحدهم عبء الخسائر"[95].

والجدير بالذكر، أن المشروع التمهيدي المصري يتضمن هذا الحكم غير أن لجنة مجلس الشيوخ عدل النص الذي يتضمن هذا الحكم، فأصبح البطلان المطلق انتصاراً للنظام العام واحتراما لمبدأ نية المشاركة في الشركة هو الموقف الرسمي كما أشرت[96].

ويتميز هذا التوجه بأنه حرص على مصلحة الشركة، ووازن بين حقها في استمرار نشاطها، وبين حق من له مصلحة في إبطال الشركة، وضمن بذلك مصلحة الشركاء المتضررين، وعزز الضمان العام للشركة، وحقوق دائنيها، تحقيقاً للمصلحة العامة، كما يمتاز هذا الرأي –وإن كان المشرع الكويتي قد تخلى عنه– بأنه يمنح الصلاحية الواسعة للقضاء لتصحيح العقد وتكييفه، ولا شك أن هذه المميزات التي يتمتع بها هذا الاتجاه تمكنه من التوفيق بين المصلحتين؛ مصلحة فردية ومصلحة عامة. ومن جهة أخرى، وهو ما يبرر اقتراح الباحث لإحياء هذا الموقف من جديد من قبل المشرع الكويتي ومناشدة المشرع القطري بتبني هذا التوجه لما امتاز به هذا الرأي.

ب–أحكام تطبيقات معاصرة لشروط الأسد:

وأما عن تطبيقات معاصرة أو صور شروط الأسد غير مباشرة وأحكامها، فإنه من المناسب التأكيد على أنه بعد توضيح موقفي المشرع القطري وموقف نظيريه الكويتي والمصري والنظم القانونية المقارنة، نجد أن ما ورد في القانون القطري والتشريعات المقارنة محل الدراسة هو شروط الأسد المباشرة (التقليدية)، وتكشف لنا السوابق القضائية المقارنة وجه آخر وتطبيقات معاصرة لهذه الشروط، إذ لا تقتصر هذه الشروط على الصور الثلاثة الرئيسة التي تضمنتها

---

[95] الملحم، أحمد عبد الرحمن؛ مرجع سابق، ص141

[96] السنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، ج5، ص214.

النصـــوص القانونية في كل من القانون القطري وقانوني الكويتي والمصـــري فقط، بل تتعداها لتشــمل كل ما يتضــمن انتهاكًا خطيرًا لمبدأ المشــاركة الضــرورية لجميع الشــركاء في النتائج الإيجابية أو السلبية لاستغلال النشاط التجاري، وذلك لأن العبرة بالمعاني لا بالمباني، وفي ظل غياب التطبيقات الحديثة لشروط الأسد في القانون القطري والقانون المقارن، فإن الأمر يقتضـي استعراض هذه الممارسات الحديثة لهذه الشروط وبيان أحكامها، مع الاستعانة بالسوابق القضائية المقارنة وبشكل يخدم الغرض من هذه الرسالة.

وبما أن لشروط الأسد التقليدية عنصران؛ عنصر الأرباح وعنصر الخسائر، فإن هذه التطبيقات المعاصرة لها أيضاً متنوعة، وتنقسم تبعاً لذلك إلى شروط تستبعد شريك عن طريق غير مباشر من نصـيبه من أرباح الشـركة، وإلى البنود القانونية والاتفاقية التي تسـتثني الشـريك بطريقة غير مباشرة كذلك من المساهمة في الخسائر.

أ-شرط الاسترداد وإعادة الشراء Redemption or preemption clauses

من المبادئ العامة، أنه لا يجوز إجبار أحد في أن يلتزم مدى حياته ولا إجبار شريك في الشركة على البقاء في الشـــراكة لفترة غير محددة، إذ من شـــأن ذلك خرق للحرية الفردية، وهو الأمر المحظور كذلك بموجب القانون العام الذي يحظر الالتزام مدى الحياة. ولكن يســـتثنى من ذلك بعض قيود معينة على خلاف الأصـل، ومن ضـمن هذه القيود مصـلحة الشـركة. وعليه، فكما يحرص الشـركاء على تنظيم انعقاد وتكوين عقد الشـركة، فإنهم كذلك ينظمون كيفية الخروج من هذا العقد، وبتعبير آخر كيفية إنهاء العلاقة العقدية، سواء كان هذا الانهاء أو الخروج جماعياً أم

فردياً. وتطبيقاً لذلك، فقد يتفق الشركاء على وضع شرط استرداد أو حق عرض نصيب الشريك الذي أراد الخروج من الشركة على الشركاء الآخرين في النظام الأساسي للشركة[97].

ولكيلا يترك الشريك –المحيل– رهيناً للشراكة إلى ما لا نهاية في حالة رفض بقية الشركاء المحال إليهم، يتم تفعيل شرط آخر إلى جانب شرط الموافقة وهو شرط إعادة الشراء **(أو الشفعة)** والذي يعني أن الشركاء يتعهدون بأن يشتروا الأوراق المالية المعروضة للبيع، مقابل سعر عادل يدفع للشريك الذي لا يتمتع بحرية اختيار الشخص المحال إليه[98].

هذا، وتكشف السوابق القضائية المقارنة عن تجاذب مواقف القضاء الفرنسي المختلف حول **شرط الاسترداد وإعادة الشراء**، فبينما قضت محكمة النقض الفرنسية بأن شرط إعادة الشراء لسعر ثابت يساوي أو يقل من القيمة الاسمية للأوراق المالية يؤدي إلى حرمان الشريك من حصته في الاحتياطيات، وبالتالي من الأرباح، واعتبرت ذلك شرطاً من شروط الأسد، فإن محكمة باريس قد قررت بأن البند الذي تضمنه النظام الأساسي للشركة والذي تم التوصل إليه بحرية لا يمكن اعتباره شرطاً أسدياً، وذلك لأن سعر إعادة الشراء لا يعتمد على التقدير التعسفي الذي قد يقوم به الشركاء، وإنما كان مقدراً على أساس عناصر محددة، إذ أنه لا يمكن معرفة من سيستفيد من مثل هذا الشرط عند إبرام الاتفاقية وأن مبدأ المساواة بين الشركاء لم يتم التعدي عليه[99].

ويرى الباحث بأنه ولكيلا تشوب هذه العملية تهمة الأسدية، يجب أن يتم ذلك وفقاً للقيمة السوقية لأسهم الشركة في يوم تنفيذ العملية.

ب–شرط تخصيص الربح المقطوع:(Lump–sum profit allocation clauses)

---

[97] Panichi, K., et al, Ibid., p381

[98] Ibid.

[99] Ibid.

إن شرط تخصيص الربح المقطوع هو عبارة عن بند بموجبه يمنح الشريك للآخر حقاً على كامل أرباح الشـــركة مقابل المعدل الثابت من أرباح الشـــركة الموزعة، بصـــرف النظر عما إذا كانت الشـــركة قد حققت أرباحاً أم لا، وســـواء كانت للشـــركة احتياطيات لتوزيع أرباح مجانية على الشركاء، ولذلك يعتبر هذا الشرط باطلاً لأنه من شروط الأسد، لما فيه من شبهة استرداد الحصة التي ساهم بها الشريك من راس مال الشركة[100].

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية –الغرفة التجارية–بأن البند الذي بموجبه يمنح الشريك لشريكه الحق في الحصول على جميع الأرباح مقابل أجر ثابت له يعتبر شرطا أسديا، مشيرة إلى أنه مما لا يخفى أن هذا البند يضـمن في جميع الظروف بالنسـبة للمسـتفيد منها تحقيق ربح، ولو كانت الشركة قد تكبدت بخسائر، ونتيجة لذلك يتحمل الشريك الآخر هذه الخسائر بالكامل. كما عقّب البروفيسور ديدييه على هذا الحكم قائلاً "ربما يكون هذا البند شرط الأسد، غير أنه ليس للسبب المذكور في الحكم. وأن هذا البند في الواقع يســـتبعد المســـتفيد من الربح، وعلى الأقل من أي مشـاركة في الربح، لأن أجره يقتصـر على أجر ثابت في هذا الصـدد، ولذلك يتعين اعتبار هذا البند باطلاً[101].

ثانياً: شروط قانونية تعفي الشريك بطريقة غير مباشرة من المساهمة في خسائر الشركة

أ–شرط فوائد ثابتة أو مؤقتة: (The fixed or interim interest clause)

للعديد من الأسباب، يتعمد بعض الشركاء في وضـع بعض البنود في النظام الأساسـي للشركة، وينتج عن ذلك إعفائهم وبشـكل غير مباشـر من المشـاركة في خسـائر الشـركة، ومن أبرز هذه البنود بند أجر ثابت أو مؤقت، وعقد الخيارات وبند النسبة المئوية، بالإضافة إلى بند التأمين.

---

[100] Panichi, K., et al, Ibid., p382

[101] Ibid.

وفي بعض الأحايين يتم الاتفاق بين الشركاء على بند أجر ثابت أو مؤقت لصالح أحد الشركاء، وبموجب هذا الاتفاق، يتعين دفع الفائدة الثابتة لمن تقررت له من الشـــركاء، حتى لو لم تحقق الشركة أي ربح وحتى في حالة عدم وجود الاحتياطيات اللازمة لتوزيع مثل هذا الربح[102].

ويترتب على تمتع الشريك بهذا الحق، أنه لا يشارك في مخاطر الشركة، لأن الأجر الثابت بهذه الكيفية يضمن له استرداد حصته من رأس مال الشركة بطريق غير مباشر، وإذا استطاع من استرداد حصته في الشركة، ففي ذلك إعفاء من المساهمة في خسائرها مع تحمل بقية الشركاء وحدهم هذه الخسائر، ولذا يعتبر اشتراط فوائد ثابتة أو مؤقتة لمصلحة أحد الشركاء شرطاً من شروط الأسد. وهو ما أخذ به حكم محكمة ليون المدنية الصادر في يونيو 1899 حين قررت بأن: "الشرط الذي يضمن للشريك في جميع الحالات ... ربحاً محدداً، رغم كون الشركة تمنى بالخسائر، يعد شرطاً أسدياً"، كون هذا الشرط يتنافى مع وجود اتفاقية الشراكة[103].

كما قررت محكمة الاستئناف في مون بلييه بأن للبند المتنازع عليه تأثير إعفاء المستفيدين من مشاركتهم في خسائر لسنوات التي لا تحقق فيها الشركة الأرباح عبر ضمان تعويضهم بالفائدة الثابتة مهما كانت نتيجة أداء الشـــركة، ونتيجة لذلك، يجب اعتبار هذا الالتزام غير مكتوب طبقاً للمادة 1844-1، الفقرة 2 من القانون المدني الفرنسي، ويكشف هذا الشرط حقيقة من تقرر لصالحه، حيث لا يعدو كونه مقرضاً للشركة وليس شريكاً، ولذلك يعامل وفقاً لهذه الكيفية، ويعوض على أساس القرض مع نسبة الفائدة الرسمية[104].

---

[102] Djobbi; Afrah, Ibid., p.42

[103] Djobbi; Afrah, Ibid., p.46

[104] Ibid.

وبموجب ذلك، فإن حظر شـرط الأسـد يقتضـي حظر بنود الفائدة الثابتة أو الدورية على النحو المبين، ويعكس حرص المشـرع الفرنسـي على تعزيز الضـمان العام للشـركة عموماً، وشـركات أموال خصـوصـاً، إذ أن رأس المال هو الضـمان العام لدائني الشـركة، لا سـيما أن مسـؤولية الشـركاء فيها محدودة في حدود مسـاهمتهم، ولذلك، فلا شـك أن حظر شـرط الفوائد الثابتة أو المؤقتة سيوفر الحماية لهذا الضمان[105].

ب-عقد خيار البيع:

ومن تطبيقات شروط الأسد غير المباشرة التي تمس مبدأ المشاركة في خسائر الشركة عقد خيار البيع، وهو عبارة عن عقد مستقبلي، يمنح أحد أطرافه وهو حامل خيار البيع الحق في بيع أسـهم الشركة للطرف الآخر (بائع الخيار) بسعر محدد مسبقًا يسمى سعر التنفيذ -أو على الأقل قابل للتحديد- خلال فترة زمنية معينة يتم الاتفاق عليها، ويتعهد بائع خيار البيع بشـراء الأسـهم مقابل رسوم يدفعها صاحب خيار البيع (متعهد بشراء) لتحمل المخاطر المرتبطة بهذا الالتزام.

ويغلب استخدام خيارات البيع في سوق الأوراق المالية للحماية من انخفاض سعر الأسهم إلى ما دون سعر محدد، وإذا انخفض سعر السهم إلى ما دون السعر المحدد لخيار البيع، فإن لصاحب خيار البيع الحق في بيع الأسـهم بسـعر التنفيذ، بينما يلتزم بائع خيار البيع بشـراء الأسـهم بسـعر التنفيذ، إذا مارس صـاحب خيار البيع حقه في القيام بذلك، وبهذه الطريقة، سـيحصـل الأخير- على الأقل- على سـعر التنفيذ المتفق عليه، حتى لو كانت قيمة السـوق للأسـهم تقل عن سـعر التنفيذ في يوم التنفيذ. وبالنظر إلى اسـتخدامات خيارات البيع، فإنه من الواضـح أن الغرض منها هو حماية الحامل من خسـائر الشـركة التي قد تحدث بين فترة حيازة خيار البيع وممارسـته على

---

[105] Ibid.

أساس سعر التنفيذ الثابت، الأمر الذي يؤدي إلى اعتبار خيار البيع شرطاً أسدياً، وبالتالي يجب حظره بموجب القانون.

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هو متى تكون عقود الخيارات شرطاً من شروط الأسد؟

وللإجابة على هذا السؤال، فإنه من المناسب القول بأن محكمة الايطالية العليا ومحكمة النقض البلجيكية قد وضعتا ضوابط لتحديد متى يعتبر عقد الخيار شرطاً من شروط الأسد من عدمه، ويمكن استنباط هذه الضوابط من الأحكام الصادرة عن هاتين المحكمتين، حيث قضت محكمة الإيطالية العليا بتاريخ 29 أكتوبر، لسنة 1994 في قضية رقم 8927 بأنه: "يجب أن يكون شرط الأسد المنصوص عليه في القسم 2265 من القانون المدني الإيطالي مرتبطًا "بالاستبعاد الدائم والكامل" لبعض المساهمين من المشاركة في مخاطر الأعمال أو الأرباح، وأن شرط الأسد لا يتعلق بالبنود التي لا تتناسب فيها المشاركة في مخاطر العمل أو في الأرباح مع حصص المساهمين في رأس المال أو التي تربط المشاركة في الربح أو الخسائر بأحداث معينة مقبولة قانوناً[106].

وأوضحت المحكمة بأنه ينظر إلى حظر استبعاد المساهم من المشاركة في الأرباح أو الخسائر من الناحية الموضوعية، مما يعني أن خيار البيع سيعتبر شرطاً أسدياً، وسيكون بالتالي لاغياً وباطلاً، إذا كان يتضمن شرطين هما:

(1) إذا كان من شأنه جعل تحقيق شروط المشاركة في الأرباح أو الخسائر مستحيلاً أو

(2) استبعاد كلي فعلي لشريك من المشاركة المذكورة لفترة غير محدودة من الوقت. ومن جهتها، قررت محكمة النقض البلجيكية في القضية بين Torraspapel وAmon-Ra بتاريخ 5

---

106 Italian Supreme Court: http://www.giurisprudenzadelleimprese.it/wordpress/wp-content/uploads/2015/09/20150806_RG156-20121.pdf, 05-04-2021, 02:00

نوفمبر 1998:" بأن البند الذي يخل بتوازن اتفاقية الشـــركة بالمعنى الوارد في القســـم 1855، القســـم الفرعي الثاني من القانون المدني البلجيكي، أو الذي يبدو في الظاهر أنه يحتوي على الغرض يختلف عن الشـــرط المحظور في القانون بينما في الواقع نفس الأمر المحظور بحكم القانون"[107].

وفي 28 مايو 2008 وضـــعت محكمة النقض البلجيكية في قضـــية Amon-Ra نظرية جديدة لتمييز بين شـروط الأسـد وبين ممارسـات الشـركات المعاصـرة، وهي نظرية مصـلحة الشـركة – كاسـتقرار ملكية أسـهم الشـركة مثلاً–عندما قررت بأن أية اتفاقية يسـتحوذ بموجبها شـريك على أسـهم شـركة مقابل تعهد بقية الشـركاء بإعادة شـراء هذه الأسـهم بالسـعر المتفق عليه مسـبقاً وفي الوقت المحدد أو عند توفر شـــرط معين، لا تدخل ضـــمن الحظر بموجب المادة 32 من قانون الشركات إذا كانت هذه الاتفاقية لمصلحة الشركة المحضة[108].

وبهذا المعنى، فلا تعتبر الاتفاقية التي تسـمح للشـركة القابضـة بإعادة بيع ممتلكاتها المكتسـبة لزيادة رأس مالها إلى المســاهمين مقابل ســعر التنفيذ مســبقًا شــرطاً أســدياً، بحكم أن مثل هذه الاتفاقية جزء من متطلبات تمويل الشـركة دون أن يكون غرض الشـركة القابضـة من ذلك وجود شراكة[109].

وتجدر الملاحظ بأن نظرية مصـــلحة الشـــركة المحضـــة التي تبنتها محكمة العليا في حكمها الصـادر في 29 مايو 2008 تؤدي إلى اختفاء ج شـرط الأسـد في ممارسـة الشـركة المعاصـرة،

---

[107] Portolano Cavallo: https://portolano.it/en/newsletter/portolano-cavallo-inform-corporate/how-the-put-option-may-pass-the-test-for-the-leonine-pact, 05-04-2021, 02:00.

[108] SEEDS of Law: https://seeds.law/en/news-insights/the-leonine-clause-and-the-exercise-of-put-and-call-options/, 05-04-2021, 14:24

[109] Ibid.

حيث إن وجود الشركة مرهون بمصالح هذه الشركة، وعليه يمكن القول بأن الحكم المذكور أعلاه يسمح بإعفاء شريك من الخسارة بالكامل، بشرط أن يكون ذلك في مصلحة الشركة فقط، دون أن يعني بذلك، أن يؤدي تطبيق هذه النظرية بالضرورة إلى إلغاء شرط الأسد، حيث لا يزال من الممكن إعتبار الإعفاءات من المخاطر التي تتعارض مع المصالح الحصرية للشركة باطلة ولاغية. وبما أن مفهوم مصلحة الشركة مفهوم واسع، فقد ساعد حكم المحكمة العليا الصادر بـ 28 نوفمبر لسنة 2013 على تضييق هذا المفهوم، من خلال الإشارة إلى مفهوم "الأرباح الجماعية للمساهمين الحاليين والمستقبليين"[110].

وللوقوف على مدى اعتبار عقد خيار البيع شرطاً من شروط الأسد، قضت محكمة ميلان في 30 ديسمبر 2011 بأن: " عملية استحواذ الشركة محل النزاع التي تشمل سعر تنفيذها؛ السعر المدفوع لشراء أسهم الشركة المستهدفة والاستثمارات المستقبلية (مثل زيادة رأس مال الشركة، تمويل غير قابل للسداد أو مساهمات أخرى غير قابلة للسداد) التي يتعين أن يقوم بها حامل حق الخيار في هذه الشركة بموجب هذا العقد تخالف المادة 2265 من القانون، وأنه نتيجة لذلك، فسيعتبر عقد الخيار عندئذ لاغياً وباطلاً"[111].

وواضح من هذا المثال، بأن عقد الخيار المطروح لا يخدم المصالح الاقتصادية للشركة المستهدفة، وإنما يخدم المصلحة الشخصية لصاحب خيار البيع، الذي قرر مسبقًا إنهاء استثماره في الشركة، وبموجب ذلك، سيتم إعفاء المستفيد من الخيار من المشاركة في الخسائر طوال المدة التي سيقضيها كمساهم في الشركة، وعليه، يعتبر خيار البيع اتفاق أسد، حيث أن المشتري

---

[110] Ibid.

[111] Portolano Cavallo : https://portolano.it/en/newsletter/portolano-cavallo-inform-corporate/how-the-put-option-may-pass-the-test-for-the-leonine-pact, 05-04-2021, 02:00.

سـيكون محميًا بشـكل كامل وغير مشـروط من خسـائر الشـركة طوال فترة مشـاركته في رأس المال[112].

وفقاً لما تقدم، فإنه يمكن إعفاء شـريك من المشـاركة في خسـائر الشـركة وفقاً للمعايير التي وضـعتها محكمة ميلانو في حكمها الصـادر في 3 أغسـطس 2015، حيث اسـتثنت من شـرط الأسد الخيار الذي يخدم مصـالح الشركة المحضـة، ويجعل إعفاء حامل الخيار من المشاركة في خسـائر الشركة لفترة محددة وغير دائمة، لو كانت هذه المصـالح تسـتحق حمايتها كتعزيز الإدارة الفعالة للشركة، وأعمال الشركة، إلى جانب دعم استقرار أسهم الشركة في السوق[113].

ج-شرط النسبة المئوية (The percentage clause)

يمكن أن تأخذ مسألة إعفاء الشريك من المشاركة في خسائر الشركة صور أخرى شبيهة لشرط الفائدة الثابتة أو المؤقتة، وهي عندما تمنح شريك دون آخر في الشركة نسبة مئوية معينة وثابتة من عائد الشـركة في كل الحالات، سـواء تقرر ذلك في النظام الأسـاسـي للشـركة أو بموجب التعديلات عليه أو في الاتفاقية الجانبية للشـركة، وهذه الميزة المنصـوص عليها سـتعفي بالتأكيد من تقررت له من دفع أي رسوم الشركة مثل بقية الشركاء، ولذلك يعتبر مثل هذا الشرط شرطاً من شـروط الأسـد بطريقة غير مباشـرة، لأنه يخالف المبادئ الأسـاسـية لعقد الشـراكة من خلال ضمان استرداد الحامل لكامل حصته من رأس مال الشركة[114].

---

[112] SEEDS of Law: https://seeds.law/en/news-insights/the-leonine-clause-and-the-exercise-of-put-and-call-options/, 05-04-2021, 14:24

[113] Portolano Cavallo : https://portolano.it/en/newsletter/portolano-cavallo-inform-corporate/how-the-put-option-may-pass-the-test-for-the-leonine-pact, 05-04-2021, 02:00.

[114] Djobbi; Afrah, Ibid, p.47

وغني عن البيان، أن محكمة النقض الفرنسـية قد قررت بأنه: "يجب اعتباره باطلاً بتطبيق المادة 1855 الفقرة 2 من القانون المدني الفرنسـي الشـركة التي شـارك فيها شـريك مهني بمهنته مع اشـتراط معدل ثابت لأرباحه في جميع الحالات، يتم خصـمه من إجمالي الايرادات التي تحققها الشـركة، وبهذا، فلا يتعرض لأي خطر مع ضـمان أجرهم مقابل عملهم ". كما قررت محكمة النقض الفرنسية بأنه:" طبقاً لأحكام المادة 1832 من القانون المدني، فإن مشـاركة كل الأطراف في الأرباح وخسـائر الأعمال المشـتركة من الشـروط الضـرورية لقيام الشـركة بينهم، وأنه عندما يضـمن الشـخص المهني بمهنته تعاون شـخص آخر، فلا يمكن إغفال حقيقة وجود شـراكة فعلية بين هذا الشـريك المهني وهذا المتعاون، وشـارك في الأرباح والخسـائر، كونه كان قد تلقى دائمًا نسـبة مئوية من عائد الأعمال، أن أجر هذا العمل، إذا أُخذ في الاعتبار نشـاط الشـركة، هو في الواقع أرباح أو خسائر مستقلة تتكبدها[115].

ويترتب على ذلك، أنه في هذه الحالة لسـنا بصـدد عقد شـراكة بقدر ما نحن في عقد توظيف أو اسـتئجار خدمات، لأن حقيقة الحصـول على النسـبة المئوية من المبيعات لا تشـكل مشـاركة حقيقية في أرباح الشـركة. ثم إن من المقرر لدى القضـاء الفرنسـي بأنه يترتب على غياب مبدأ المشاركة في خسائر الشركة عدم قيام الشركة، وله بالتالي أن يكشف حقيقة هذا العقد بما له من صـلاحية تكييف العقد وتفسيره، ولذلك، فقد دأب القضـاء الفرنسـي على إبطال الشـركة مع شـرط الأسـد متى ما كان يمس مقتضـى قيام الشـركة – مبدأ المشـاركة في أرباح الشـركة وخسـائرها–، وعلى ضوء ذلك، يجب إبطال شرط النسبة المئوية مع اتفاقية الشراكة، وذلك لأن الشريك الذي لا يتعرض لمخاطر نشاط الشركة يخالف المتطلبات القانونية لوجود الشراكة[116].

---

[115] Djobbi; Afrah, Ibid, p.48

[116]Djobbi, Afrah, Ibid., p.48

د-شرط الضمان: (The guarantee clause)

هو أن يتعهد بعض الشركاء بهذا الضمان لأحدهم، كما قد يقدم طرف ثالث هذا التعهد، وبما أن الضمان من مخاطر الاستثمار أمر وارد وحق مشروع، ولذلك يتعين التفريق بين الحالتين، حالة تعهد الشركاء لأحدهم بإعفائه من المساهمة في خسائر الشركة، وحالة تعهد الطرف الثالث بذلك؛

الحالة الأولى: تعهد شريك (أ) لشريك (ب)

إن من الممارسات التي تخرق مبدأ مشاركة جميع الشركاء في خسائر الشركة وتعتبر من شروط الأسد، شرط الضمان، الذي بموجبه يضمن المستفيد منه باسترداد حصته كاملة دون التعرض لأي خسارة.

وفي هذه الفرضية، لم تتردد محكمة النقض الفرنسية بإلغاء شرط تعهد شريك عام (أي متضامن) بضمان عدم مشاركة شريك ذي مسئولية محدودة في خسائر الشركة، إذ يتضمن ذلك الالتزام الشخصي للشريك المتضامن في النظام الأساسي لشركة، ويجب اعتباره باطلاً، حتى لو تم إبرام مثل هذا الشرط بعد اتفاقية الشراكة[117].

وقد فطنت المحكمة إلى أن شرط الضمان هذا يخرق مبدأ مشاركة جميع الشركاء في خسائر الشركة، حيث يتعهد **الشريك (أ)** بالضمان الكامل **للشريك (ب)** ضد أي خسارة التي قد تمنى بها الشركة، وحيث أن هذه الفرضية تعد من ضروب إعفاء الشريك (ب) من المشاركة في الخسارة، لذلك اعتبرت المحكمة هذا الشرط باطلاً، لأنه من شأن مثل هذا الضمان أن يؤدي في نهاية المطاف إلى استرداد الشريك المتمتع بمثل هذه الميزة حصته من الشركة وإعفائه من المساهمة في خسائر الشركة. وعليه، قررت محكمة باريس بأن "مساهمات الشركاء في شركة لا يمكن

---

[117] Djobbi, Afrah, Ibid., p.110

ضـمانها من خلال إقرار حق امتياز أو تعهد، وأن الشـرط الذي سـيكون هدفه، وفقًا لهذا العقد، اعفاء الشريك من خسائر المشروع يعتبر باطلاً، لأن له أثراً خلافًا لما نصت عليه المادة 1855 من القانون المدني، ألا وهو إعفاء هذا الشريك من أي مساهمة في الخسائر[118]" .

هذا ويختلف شـــرط الضـــمان عن اتفاقية التعويض التي تعتبر قانونية، ويتم إبرامها بعد حل الشركة، ويهدف الطرفان من ورائه تعويض الشريك عن الخسارة التي قد يتكبدها. وبتعبير آخر، يتم إبرام هذه الاتفاقية بعدما تكون خســـارة الشـــركة قد وقعت بالفعل، فهو يتعلق بالخســـائر المستهلكة وليس المستقبل. وتحقيقاً لهذه الغاية، فإن إبرام مثل هذه الاتفاقية بعد قرار حل الشركة لا يخالف القانون لأن المخاطر يتحملها جميع الشركاء بشكل مشترك خلال حياة الشركة[119].

وهو ما أكدت عليها السـوابق القضـائية الفرنسـية حين قررت بأن "الاتفاقية المبرمة في يوم حل الشراكة العامة والتي بموجبها يتعهد الشريك بتعويض شريكه عن مساهمته في ديون الشركة لا يتعلق بالضمان ضد مخاطر الخسائر المحتملة، ولكنه يتعلق بتسوية الخسائر الشركة وبالتالي يجب اعتباره مشروعاً[120].

وبذلك يلتقي هذا الشـرط بكل من شـرط أجر ثابت أو المؤقت، وشـرط النسـبة المئوية من حيث الغرض، وهو إعفاء المسـتفيد من هذه البنود من المسـاهمة في خسـائر الشـركة، وبالتالي يجب الاعتراف بعدم شرعيتها وبطلانها، بغض النظر عما إذا كانت هذه البنود المختلفة قد وضعت في عقد الشركة أو نظامها الأساسي، سواء كان قد تم وضعها عند تكوين الشركة أو تم إدراجها بعد ذلك، لأن الإدراج اللاحق كالإدراج السابق من حيث الأثر المترتب على ذلك.

---

[118] Djobbi, Afrah, Ibid., p. 51

[119] Djobbi, Afrah, Ibid, p108

[120] Djobbi, Afrah, Ibid., p.110

أما في الحالة الثانية: تعهد الطرف الثالث بهذا الضمان:

في حالة إذا تعهد الطرف الثالث بتأمين شريك ضد خسائر الشركة، وقد يكون الطرف الثالث في هذا السياق شركات التأمين أو أحد الشركاء. وإذا قامت شركة التأمين بتعهد سواء بتأمين الشريك المستفيد ضد خسائر الشركة أو ضمان استرداد المستفيد حصته من الشركة، فلا يعتبر شرط الضمان شرطاً من شروط الأسد، ما لم يؤثر قيامها بهذا التعهد على احتمال الخسارة[121]، ويخضع العقد لقواعد عقد التأمين وليس لقواعد عقد الشراكة، لأن شركة التأمين أجنبية عن عقد الشراكة[122].

أما إذا قام أحد الشركاء بضمان استرداد شريكه المستفيد من التأمين حصته من الشركة، كما لواشترط الضمان ضد حالات طارئة معينة مثل وفاة الشريك قبل الشريك الآخر، حيث يضمن الشريك لشريكه استرداد حصته من الشركة. فبما أن هذا الشرط لا يعفي الشريك الذي تقرر لمصلحته التأمين من مخاطر تحمل خسائر الشركة، وإنما هو مجرد تأمين ضد المخاطر المحددة وهي ضمان حصة شريكه، فإن ذلك لا يعد شرطاً من الأسد طالما يتحمل الشريك المستفيد من الضمان ربع النفقات والأرباح من إجراء مثل هذه العملية دون استبعاده من المشاركة في خسائر الشركة. وبذلك يضمن فقط استرداد حصة الشريك من الشركة دون أن يحميه من احتمال خسائرها لأنه لا يزال معرضًا للضرر ومخاطر خسارة الربح مع بقاء استثماره في الشركة[123].

ثالثاً: شروط اتفاقية تعفي أحد الشركاء أو بعضهم من خسائر الشركة بطريقة غير مباشرة:

---

[121] Panichi, K., et al, Ibid., p384

[122] Djobbi, Afrah, Ibid., p.111

[123] Djobbi, Afrah, Ibid

ومن باب أن الشـيء بالشـيء يذكر، فإنه من المناسـب ذكر أمثلة شـروط الأسـد غير المباشـرة والمتضـمنة في اتفاقية الشـراكة التي قد تبدو للوهلة بريئة من تهمة شـروط الأسـد، بينما هي في الحقيقة تتضـمن التحايل على موقف القانون من شروط الأسد، وذلك عن طريق وضـع شرط أو بند في الاتفاق بين الشركة وأحد الشركاء (المستثمر)، ويترتب عليه إعفاء المستثمر من المساهمة في خسائر الشركة.

والجدير بالذكر أن مثل هذه الشـروط قد أثارت الخلافات القضـائية والفقهية حول مدى اعتبارها شـرطاً من شـروط الأسـد، الأمر الذي يكشـف تجاذب المواقف بين القضـاء المدني والتجاري المقارن، ولعل هذه التجاذبات انعكسـت على التشـريع القطري الذي تبنى الموقفين المتناقضـين، أحدهما في القانون المدني الذي جعل شـروط الأسـد والعقد المتضـمن لها باطلين، بينما تبنى الموقف الثاني في قانون الشـركات التجارية الذي قصـر البطلان على شـرط الأسـد دون العقد المتضمن له، كما أسلفت بيانه. وفيما يلي موجز عن بعض هذه البنود؛

أ-شرط الاسترداد في بيع الوحدات: (Extra-statutory redemption clauses in the sale of units)

تكشـف لنا السـوابق القضـائية الاختلاف بين الاجتهاد القضـائي للغرفة التجارية والغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية حول اتفاقية نقل الأسهم المقترنة بشرط إعادة الشراء (Buyout clause). وحيث أن هذا الشـرط هو أحد تطبيقات شـروط الاسـترداد التي تمت الإشـارة إليها أعلاه، ولذلك ينطبق موقف السـوابق القضـائية الخاصـة بشـروط الاسـترداد فيما يتعلق بالمادة 1855 من القانون المدني على هذا الشرط، ذلك لأنه، تقليدياً، يعتبر شرط الاسترداد من شروط الأسـد، وهو ما قضـت به محكمة النقض الفرنسـية في حكمها باعتبار اتفاق بموجبه، تعهد مدير شـركة ذات مسـؤولية محدودة لشـريك بإعادة شـراء أسـهمه منه بسـعر 2000 فرنك فرنسـي لكل

وحدة عندما يطلب ذلك كل أو جزء من الأسهم الذي اكتتب فيها بـــــ 1000 فرنك فرنسي، وأن هذه الاتفاقية تعفي الشريك من أي خسارة وتجعله على العكس يحقق ربحًا دون المخاطرة[124].

وفي المقابل، أيّدت الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية قرار محكمة استئناف التي رفضت الدعوى لإبطال اتفاقية النقل باعتبارها من شروط الأسد، على أساس أن البند المتنازع عليه كان في اتفاق بين الشركاء فيما يتعلق بالشروط التي سيتم بموجبها نقل الأسهم وليس في النظام الأساسي للشركة المعنية، بحجة أن المادة 1855 من القانون المدني ينطبق فقط على عقد الشراكة وأن البطلان بموجب هذه المادة لا يمكن أن يمتد إلى مثل هذه الاتفاقية، بينما ذهبت الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 22 تموز (يوليو) 1986 إلى اعتبار اتفاق الذي يضمن للشريك ربحًا ثابتًا بشرط أن يقتني شقة بنتها الشركة، وتم خصم هذا الربح من قيمة الشقة. وهكذا، أدخلت الغرفة المدنية الأولى في نطاق تطبيق المادة 1855 من القانون المدني اتفاقًية الشراكة، بينما قصرت الغرفة التجارية أحكام هذه المادة على البنود القانونية –أي عقد تأسيس الشركة أو النظام الأساسي لها[125].

وإزاء التعارض بين مواقف القضاء المدني والقضاء التجاري حول هذا الشرط، وبما أن من المقرر أن الجمع والتوفيق بين المواقف المتناقضات متى ما كان ممكناً أولى من إهمال أحدهما، فإن إمكانية الجمع والتوفيق بين موقف قضائي المدني والتجاري قائمة من وجهة نظر الباحث، ولذلك يقترح الباحث تبني معيار مصلحة الشركة المحضة التي تبنته محكمة النقض البلجيكية في قضية Amon–Ra لتمييز بين شروط الأسد وبين ممارسات الشركات المعاصرة. وغير خاف، أن هذا الرأي توفر فرصة لتعامل مع شرط الأسد في ممارسة الشركات المعاصرة بنوع من

---

[124] Panichi, K., et al, Ibid., p385

[125] Ibid., p386

المرونة بقدر تخدم مصـلحة الشـركة، وذلك لأن الهدف من وجود الشـركة هو لتحقيق مصـالح الشركاء من إيجاد هذه الشركة، وإذا اقتضت هذه المصلحة بإعفاء شريك (المستثمر) من الخسارة بالكامل، بشـرط أن يكون ذلك في مصـلحة الشـركة فقط وأن يكون ذلك مرقتاً، أما إذا كانت المصـلحة المرجوة من ذلك هي مصـلحة أحد الشركاء دون الآخر، فإنه يعتبر هذا الشرط باطلاً ولاغياً، باعتباره شرطاً من شروط الأسد[126].

ب-عقد حمل الأسهم: (Carrying agreements)

هو اتفاق يقوم بموجبه "الحامل"، الذي قد يكون مؤسسة ائتمانية، بالاشتراك أو اكتساب الأسهم نيابة عن شريك أو طرف ثالث، يُعرف باسم "الأصل"، مع تعهد الأخير باسترداد هذه الأسهم في نهاية فترة محددة، وفقًا للشـروط، وعلى وجه الخصـوص السـعر المحددة من البداية[127]. وبتعبير آخر هو عبارة عن اتفاقية يقبل بموجبها شـخص يسـمى "الحامل"، بناء على طلب من شـخص يدعى "المقرر" أن يكون مسـاهما بالاسـتحصـال على الأسـهم أو الاكتتاب فيها بشـكل يكون صـريحاً، على أنه وبعد انقضـاء مدة معينة يتم نقل هذه الأسهم إلى شـخص معين أو إلى المقرر نفسـه، لقاء ثمن محدد منذ البداية. وبموجب هذا العقد يتم نقل الأوراق المالية يشـكل مؤقت ومن أجل دخول حامل هذه الأوراق المالية الشـركة وتقديم خدماته للشـركة، فإنه يتمتع بصـفة شـريك

---

[126] SEEDS of Law: https://seeds.law/en/news-insights/the-leonine-clause-and-the-exercise-of-put-and-call-options/, 05-04-2021, 14:24

[127] Dalloz:
https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=ENCY%2FSOC%2FRUB000117%2F2020-02%2FPLAN%2F0024&ctxt=0_YSR0MD1sZW9uaW5lIGNsYXVzZXPCp3gkc2Y9c2ltcGxlLXNlYXJjaA%3D%3D&ctxtl=0_cyRwYWdlTnVtPTHCp3MkdHJpZGF0ZT1GYWxzZcKncyRzb3J0PSNkZWZhdWx0X0Rlc2PCp3Mkc2xOYlBhZz0yMMKncyRpc2Fibz1UcnVlwqdzJHBhZ2luZz1UcnVlwqdzJG9uZ2xldD3Cp3MkZnJlZXNjb3BlPUZhbHNlwqdzJHdvSVM9RmFsc2XCp3Mkd29TUENlPUZhbHNlwqdzJGZsb3dNb2RlPUZhbHNlwqdzJGJxPcKncyRzZWFyY2hMYWJlbD3Cp3Mkc2VhcmNoQ2xhc3M9&scrll=ENCY%2FSOC%2FRUB000117%2F2020-02%2FPARA%2F4822:45 ،2021-04-22 ،

وهي صـــفة غير نمطية، وتتعلق هذه العملية غالبًا بالأوراق المالية، غير أنه ليس هناك ما يمنع أن تجري على أسهم في الشركة وإن كانت نادرة[128].

ولبيان حقيقة هذه العملية، فإن عقد حمل الأســهم هو عبارة عن عملية مقننة تســتخدم كضــمان للمقرض عندما يعيد بيع الأســـهم بثمن متفق عليه، يشـــمل ما دفعه والفوائد المقررة لذلك. جدير بالذكر أن الحامل –غالباً ما يكون مؤسسـة مالية متخصـصـة–، يحمل هذه الأسـهم بهدف تأدية خدمات مالية للعميل أو للاسـتفادة من الضـمان الممنوح لها بعد الحصـول على ملكية الأسـهم. وأما عن تكييف هذا العقد، فتكشـف لنا الاجتهادات القضـائية المقارنة عن التوجه السـائد بتكييف أية عملية نقل ملكية أسهم مع الوعد بإعادة شرائها ضمن مدة وثمن متفق عليهما مسبقاً على أنها حمل الأسهم، حيث قررت محكمة التمييز الفرنسية–الغرفة التجارية– في 20 سبتمبر 2016 بأن التملك الحاصـل للأسـهم بناء على طلب المقرر مع الاتفاق على إعادة شـرائها بثمن متفق عليه وفي مهلة محددة، هو عقد حمل الأسهم حتى ولو أن القانون لم يأت على ذكره"[129].

وعن نقاط التقاء بين هذا العقد وشـروط الأسـد، فقد قضـت محكمة الاسـتئناف في بروكسـل "في حكمها المؤرخ بـ3 كانون الأول / ديسمبر 1986 في قضية Carlam بقولها: فيما يتعلق بالمادة 1855 من القانون المدني بشأن مدى قانونية قيام الشركة العامة بشراء الأسـهم التي اكتتبت بها شـركة اسـتثمار، بسـعر مسـاوٍ لقيمة الاكتتاب مضـافًا إليها الفائدة السـنوية، وكانت الشـركة الاستثمارية تتصرف في هذه الحالة كمقرض للشركة لتمويل زيادة رأس مال الأخيرة، وقررت بأن هذا الالتزام باطل لأنه يشكل انتهاكًا للمادة 1855 من القانون المدني على أساس أن "نية جميع

---

[128] إشراقية، أحمد، "عقد حمل الأسـهم، كوسيلة حديثة لاستمرارية الشركات وانقاذها من عثرتها في ظل المتغيرات الاقتصـادية الراهنة: دراسة مقارنة"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 3، السنة 1440هـ الموافق 2018مـ،"303–339"،ص305

[129] إشراقية، أحمد، مرجع سابق، ص310

الأطراف كانت منذ البداية مطالبة مساهمي Carlam بضمان شركة الاستثمار ضد أي خسارة. مبررة ذلك بأن الاتفاقية المتنازع عليها في الواقع، تم إبرامها من قبل شـــركة طرف ثالث لم تكن مســـاهمًة، ولكنها تدخلت بناءً على طلب أحد المســـاهمين. وبناء عليه، اعتبرت المحكمة أن الطرف الثالث هذه كانت يعمل كوسـيط لأحد المسـاهمين، ولذلك، تم إبرام الاتفاق المتنازع عليه من قبل المساهم المعني نفسه، وبالتالي، فإن الطرف الثالث كان بالفعل شريكًا لـ Carlam الذي ضـــمن ضـــد جميع مخاطر شـــريكً آخر لنفس الشـــركة. ومن جانبها، اعتبرت الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية أن" البيع الأولي قد اكتمل بوعود بإعادة شراء وبيع نفس الأسهم بشروط متطابقة لصـــالح كل من الأطراف المتعاقدة، ونتيجة لذلك، تم الاتفاق على ســعر بحرية، لإعادة معالجة الإجراءات المتنازع عليها دون التأثير على المشـــاركة في الأرباح والمســـاهمة في الخسائر[130].

وينطبق رأي الباحث الذي أبداه بمناسبة الحديث عن شرط الاسترداد في بيع الوحدات فيما يتعلق بالتوفيق بين موقف قضائي المدني والتجاري المتعارضين، وعليه، يعتبر هذا الشرط شرطاً أسدياً، إذا كان مقرراً لصـالح أحد الشـركاء على حسـاب الآخرين، والعكس غير ذلك، متى ما كان ذلك من أجل مصلحة الشركة المحضة.

وخلاصة القول في هذا المطلب؛ أن شروط الأسد تنقسم إلى شروط الأسد المباشرة، وإلى شروط الأسـد غير المباشـرة، وتختلف أحكام هذه الشـروط باختلاف مواقف المشـرعين منها، كما تختلف باختلاف نوع هذه الشروط؛ فآثر الشروط الأسدية في القانون المدني القطري يختلف عن القانون الشـركات التجارية، ويختلف أيضـاً عن بعض القانون المقارن محل الدراسـة، كما يتفق مع بعض

---

[130] Panichi, K., et al, Ibid., p386

الآخر؛ وبينما جعل القانون المدني القطري ونظيره المصـــري العقد المتضـــمن لهذه الشـــروط والشـروط معاً باطلين بطلاناً مطلقاً، فقد جعل قانون الشـركات التجارية القطري وقانون الشـركات التجارية الكويتي الجديد الشـــروط فقط دون العقد باطلاً. وجعل قانون الشـــركات الكويتي القديم العقد قابلاً للإبطال.

تجدر الملاحظة بأن مدار المصالح المعتبرة لدى هذه التشريعات المختلفة بين حماية النظام العام ومصـالح الشـركاء المغبونين، وأن الموقف الذي جعل العقد قابلاً للإبطال قد قرَب شـروط الأسـد من عيب الاســـتغلال، وهو موقف أقرب إلى الصـــواب بالرغم أن متبنيه قد تخلى عنه بموجب المرســوم بقانون رقم 25 لســنة 2012 المعدل بالقانون رقم 97 لســنة 2013 بإصـــدار قانون الشركات التجارية الكويتي الجديد.

الجدير بالإشارة أن القضاء الفرنسي يميل دوماً نحو مدّ بطلان شروط الأسد المباشرة ليشمل العقد نفســه، متى مس ذلك مبدأ المشــاركة في أرباح الشــركة وخســائرها. وكذلك تجدر الإشــارة إلى الاختلاف بين القضـاء المدني والتجاري الفرنسـي من شـروط الأسد غير المباشـرة من حيث مدى اعتبارها شروطاً أسدية من عدمها كما أشرت في حينه، مع تبني الباحث نظرية مصلحة الشركة المحضة لتحديد مدى أسدية تلك الشروط غير المباشرة من عدمها.

وبعد توضيح ماهية الشروط الأسدية، صورها وأحكامها في القانون القطري والقانون المقارن محل الدراســـة، إلى جانب القضـــاء المقارن فإنه حري ببيان ما يترتب على هذه الأحكام من حيث الحماية المقررة للمتعاقد والغير في كل هذه القوانين، وسـيكون ذلك موضـوع الفصـل التالي–بإذن الله تعالى–.

وحيث أنه من الآثار المترتبة على كسب الشركة الشخصية المعنوية، أن تكون لها ذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء، وبما أن المراد بالحماية القانونية –في هذه الدراسة –؛ هي عبارة عن "توفير الأمان والاطمئنان والضمان للمتعاقدين المتضررين من أن تؤدي تضمن عقد الشركة شرطاً من شروط الأسد إلى حرمانهم من حقوقهم العادلة، بالإضافة إلى الغير، بما يكفل لهم ممارسة حقوقهم ومصالحهم ومكنات هذه المصالح القانونية، بما يضمن لهم الدفاع عن أي من هذه الحقوق، والمصالح، وتمكينهم من ذلك عبر وسائل، وأدوات، هياءها لهم القانون استخدامها عند مواجهة هذه المصالح الخطر أو تعرضه لضرر[131]، فإنه مما لا شك أن الشريك المتضرر من الشروط الأسدية عندما يتعرض للحرمان مما يستحقه من الأرباح مساوياً لإسهاماته من رأس مال الشركة، أو لخطر تحميله خسائر الشركة وحده بشكل تعسفي، يستحق هذه الحماية بسبب اختلال ميزان العدالة، ومخالفة مبدأ مشاركة جميع الشركاء في مغنم الشركة ومغرمها.

ولا جدال في أن العدالة في المجال التجاري تعني المساواة، وأن هذه المساواة تختل بمجرد أن يحصل أحد المتعاقدين أكثر مما يعطي كما ذهب الاتجاه الفقهي الفرنسي، وكما لا شك في أن ذلك هو ما يحدث تماماً عندما يتضمن العقد شرطاً من شروط الأسد، وبالتالي يكون العقد معيباً، لقيامه على أساس غير عادل الذي يتعين أن يسود التعامل بين المتعاقدين، كما يقوم على مخالفة مبدأ حسن النية، وبذلك يكون ضحايا الشروط الأسدية طرفاً ضعيفاً يستحق هذه الحماية، وبل يجب حمايته[132].

---

[131] الروازق، فراس جبار كريم؛ مرجع سابق، ص55

[132] الروازق، فراس جبار كريم؛ مرجع سابق، ص137

والجدير بالإشـــارة هو أنه عند الحديث عن الحماية المقررة للمتعاقد، فإن المراد بذلك الآلية القانونية، والقضائية المقررة، لحقوق الشريك المتضرر من شروط الأسد في الحصول على نصيبه المستحق في الأرباح، أو تحمل الخسائر، تساوي مساهمته في رأس المال، ورفع الغبن عنه، وحقوق الدائنين للشركة، أو الدائنين لأحد الشركاء، عندما يقتضي الأمر حل الشركة، أو مد أجلها.

وفي المقابل، لا أحد ينكر أن الضـــمان القانوني والقضـــائي بأنواعهما المختلفة مكفولة لهؤلاء الشركاء في ممارسة حقوقهم،وتحقيق مصالحهم، فلهم استخدامها للدفاع عن أي من هذه الحقوق ولمواجهة هذا الحرمان. ثم إنه وبتتبع القانون القطري والقانون المقارن، نجد مجموعة الأحكام القانونية والصلاحية الممنوحة للقضاء للتدخل في تفسير وتكييف العقود وإلغائها – استثناء على الأصل العام – تهدف إلى إعادة التوازن في العقد –إن اختل–، وإلى حماية الطرف الضعيف، وحفظ النظام، والآداب العامة.

المبحث الأول: الحماية القانونية المقررة للشريك المغبون والغير من الشروط الأسدية

وانطلاقاً من موقف المشـــرع القطري التجاري والكويتي الجديد اللذين جعلا الشـــرط دون العقد باطلاً، وموقف المشرع المصري والقطري المدني اللذين اعتبرا العقد وشرط الأسد معاً باطلين، وكذلك من موقف المشرع الكويتي القديم الذي جعل العقد قابلاً للإبطال، فإن عقد الشركة دون الشـــرط– طبقاً لموقف الأول– منعقد ومنتج لكافة آثاره القانونية، وتكون للشـــركة الشـــخصـــية القانونية، والذمة المالية مستقلة عن ذمم الشركاء، ويتفق هذا الرأي مع موقف المشرع الكويتي القديم من حيث انعقاد العقد وترتيب كافة آثاره القانونية، بينما ذهب المشرع المصري والقطري في موقفه المدني إلى بطلان العقد والشرط معاً، ولذلك، فإن العقد منعدم وغير موجود.

ويثير تناقض موقفي المشرع القطري التساؤل حول أي من الموقفين أولى بالاهتمام؟ وبتعبير آخر أي من القانونين يعتبر راجحاً بشأن هذه المسألة؟ فهل يطبق القانون المدني الذي اعتبر الشركة وشرط الأسد منعدمين وغير منتجين لأي أثر قانوني؟ أم قانون الشركات التجارية الذي جعل شرط الأسد دون الشركة باطلاً؟

وللإجابة على هذا التساؤل، فإنه يمكن القول بأن القانون المدني بالنسبة إلى قانون الشركات التجارية هو القانون العام، وأن الأخير يمثل القانون الخاص، ومن المعروف أن الخاص يرجح على العام عند التعارض، ثم إن نص قانوني لا يلغى إلا بالنص القانوني الآخر اللاحق عليه. وقد يتم هذا الإلغاء صراحة أو ضمناً وذلك بأن يتعارض النصان بعضهما بعضاً وهو الماثل في هذه المسألة. وقضت محكمة التمييز في الطعن رقم 8 لسنة 2008 تمييز مدني، بجلسة 11 من مارس سنة 2008 بأنه من "المقرر– أن القانون الخاص لا يُنسخ بقانون عام ما لم يكن التشريع الجديد الذي أورد الحكم العام قد أشار بعبارة صريحة إلى الحالة التي يحكمها القانون الخاص وجاءت عباراته قاطعة في سريان حكمه في جميع الأحوال."[133].

ثم إن المادة 2 من ق.م.ق تنص على أنه: "1– لا يلغى نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع السابق. 2– إذا صدر تشريع ينظم من جديد موضوعاً كان ينظمه تشريع سابق، ألغي التشريع الجديد كل ما أورده التشريع السابق من أحكام."

ثم إن محكمة التمييز قد قضت في في الطعن رقم 66 لسنة 2013 تمييز مدنى بجلسة 21 من مايو سنة 2013 بأإنه من المستقر عليه– لدى محكمة التمييز– أن المقصود بإلغاء تشريع أو

[133] موقع الميزان: https://www.almeezan.qa/RulingPage.aspx?id=409&language=ar, 13-5-2022، 13:00

نسخه هو رفع حكم قانوني بحكم قانوني آخر متأخر عنه بما يترتب عليه إبطال العمل بالتشريع الأول وتجريده من قوته الملزمة."، وأن:"إلغاء التشـــريع- على ما تقضـــي به المادة الثانية من القانون المدني- يكون إما صراحة أو ضمناً بأن يشتمل التشريع اللاحق على نص يتعارض مع التشريع السابق أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده، ويقصد بالتعارض فـــي هذا الخصوص أن يكون النصان واردين على محل واحد مما يستحيل معه إعمالهما معاً"[134].

وعليه، فإنه يعتبر حكم النص الذي ورد في القانون المدني منسوخاً، ويعمل بحكم النص الوارد في قانون الشركات بشأن هذه المسألة باعتباره ناسخاً، خصوصاً وأن الأخير لم يجعل شرط الأسد من أسباب بطلان عقد الشركة التي منها كما ورد في نص المادة 7 من قانون الشركات التجارية التي تنص أيضاً على أنه:" يجوز للشركاء التمسك بالبطلان الناشئ عن عدم كتابة العقد أو عدم توثيقه قانوناً، في مواجهة بعضهم بعضاً، ولا يجوز لهم الاحتجاج به في مواجهة الغير الذي يجوز له الاحتجاج بالبطلان في مواجهتهم."، دون أن يستبعد أن مصير عقد الشركة المتضمن لشرطٍ من الشروط الأسدية البطلان على ضوء المادة 92 من القانون ذاته[135]، وهدياً بما تقدم، فإنه لم يبق للنص المدني سوى رسم فقط دون حكمه.

---

[134] المجلس الأعلى للقضاء القطري:
https://encyclop.sjc.gov.qa/Portal1/ahkam/detailspage.aspx?gcc=1&slno=1255&lawcode=1, 28-12-2021, 14:47

[135] التي تنص على أنه:" إذا أسست شركة المساهمة العامة على وجه غير قانوني، جاز لكل ذي شأن خلال ستة أشهر من تاريخ تأسيسها أن ينذرها كتابة بوجوب إجراء التصحيح خلال شهر من تاريخ الإنذار، فإذا لم تبادر الشركة إلى إجراء التصحيح اللازم خلال هذه المدة، جاز له خلال الستة أشهر التالية، أن يطلب الحكم ببطلان الشركة، وتصفيتها باعتبارها شركة فعلية، ولا يجوز للمساهمين أن يحتجوا تجاه الغير ببطلان الشركة".

وبعد إزالة اللبس حول تناقض موقف المشـر القطري من الشـروط الأسـدية وترجيح موقف قانون الشـركات التجارية، وعلى ضـوء تصـور موقف الأخير، فإن السـؤال الذي يطرح نفسـه هو كيف حمى القانون القطري والكويتي وكذلك المصـــري حقوق الشـــركاء المتضـــررين من آثار شـــروط الأسد؟ خصـوصـاً في ظل حقيقة أن العقد الباطل منعدم، ويعتبر كأن لم يكن، ولا تلحقه الإجازة، بالإضـافة إلى أنه في حالة اعتبار العقد دون الشرط صـحيحاً، فما الحماية المقررة لهؤلاء ضـحايا هذه الشـروط؟ وبعبارة أخرى ما هي وسـيلة أو وسـائل انصـاف الشـريك المحروم من الحصـول على حقه العادل من الأرباح، ورفع الغبن عنه وتحميله نصيباً من خسائر وفقاً لما يقتضيه قاعدة الغنم بالغرم؟

والجدير بالذكر أن مسار الشركاء طبقاً لموقف المشرع الكويتي القديم يتميز بالوضوح، وبالسهولة بما تمكنه من اللجوء إلى القضـــاء، إذ أقر له وحده حق إثبات حقيقة العقد، وله أن يثبت عيب الاستغلال أو صـورية العقد، وللقضـاء بما له من الصـلاحية لتفسير العقد وتكييفه دون اعتبار ما يطلق طرفا العقد على اتفاقهما من المسـميات، بالإضـافة إلى أن للقضـاء أن يطبق أحكام العقد الصـوري مت اقتضـى الأمر ذلك. وبهذا يلتقي رأي المشـرع الكويتي القديم مع المشـرع القطري التجاري والكويتي الجديد.

وغني عن البيان أن مصـطلح الغير في مجال الشـركات التجارية مصـطلح متغير ومتعدد، ويمتد ليشـمل كل دائن وكل صـاحب حق في مواجهة الشـركة، وعليه، ولغرض هذه الدراسـة يقتصـر معناه هنا على دائني الشركة ودائنين شخصيين للشركاء.

المطلب الأول: الحماية القانونية المقررة للشريك المغبون من الشروط الأسدية

وباســتقراء أحكام المواد 140–142 و 1/522 من ق.م.ق، و 14 من ق.ش.ق، وأحكام المواد المقابلة لها من القانون الكويتي المتمثلة في المادة 1/18 –2 من ق.ش.ك، والمادة 1/514–2

من ق.م.م[136]، فإن الحماية القانونية المقررة للشريك في هذا الباب، تتمثل فيما قررتها هذه المواد من الأحكام، وقد تم تفصيل هذه الأحكام في في المبحث الأول من الفصل الأول. ثم إن مما تجدر ملاحظته هو أن هذه الحماية، وإن كانت محل الاتفاق بين القانون القطري والقانون المقارن إلا أن طريقة تحصيلها تختلف باختلاف مواقفهم من شروط الأسد كما سبق بيانه في المطلب الثاني من الفصل الأول، وقياساً لحال تضمن عقد الشركة شرطاً من شروط الأسد على حال عدم الاتفاق على كيفية توزيع الأرباح أو الخسائر، فإنه توزع بين الشركاء بنسبة حصة كل منهم في رأس المال.

وغير خاف، أن مثل هذا العقد ينطوي على الاستغلال والغبن واضح، كما ينطوي على عقد صوري. والاستغلال كما هو معلوم هو "انتهاز أحد العاقدين فرصة طيش الآخر، أو هواه، أو حاجته، أو ضعفه لإبرام تصرف بغبن فادح"[137]، ولهذا، فإن للاستغلال عنصران، العنصر المادي –وهو الغبن– ويتحقق عند ما يكون هناك اختلالاً باهظاً يتجاوز المألوف في المعاوضات. وبما أن ما يقدمه الشريك من حصة في رأس المال هو مقابل استحقاقه نصيباً من الأرباح والخسائر، فإن الاختلال الباهظ يتمثل فيما بين حصة الشريك المغبون في رأس المال وبين ما يحصل عليه من الأرباح أو الخسائر عند تضمين العقد شرطاً من شروط الأسد، وبذلك يتحقق العنصر المادي من الاستغلال، أما العنصر المعنوي، وهو استغلال حالة نفسية المتعاقد الآخر[138]، ويمثل ذلك حالة نفسية الشريك المغبون في حاجته لاستثمار أمواله وتنميتها، فيقبل

---

[136] التي نصت على أنه: "إذا لم يبين عقد الشركة نصيب كل من الشركاء في الأرباح والخسائر، كان نصيب كل منهم في ذلك بنسبة حصته في رأس المال،،،".

[137] القرة داغي، علي محي الدين علي؛ مرجع سابق، ج2، ص706

[138] الصده، عبد المنعم فرج؛ نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، بيروت، دار النهضة العربية، بدون تاريخ النشر، ص286، فقرة 167

شـروط الأسـد في العقد، والشـركاء المسـتفيدون من هذه الشـروط ما كانوا ليقبلوا شـراكة المغبون معهم لو لم يقبل الأخير بهذه الشـروط، وبهذا تشـبه شـروط الأسـد الاسـتغلال، من حيث أنه قد يكون الشـركاء اسـتغلوا حاجة الشـريك إلى اسـتثمار أمواله، وادخارها، وتنميتها، عبر توزيع أرباح غير مناسبة لحصته في رأس المال، أو تحميله نصيباً من الخسارة أكبر من مساهمته من مشروع الشركة[139].

وبما أنه بمجرد انعقاد عقد الشركة تصبح الحصص المقدمة من الشركاء مملوكة للشركة، وتكون للشـركة ذمة مالية مسـتقلة عن ذمم الشـركاء، فإنه لا يمكن للشـركاء أن يسـتردوا حصـصـهم من الشركة إلا بعد انقضاء الشركة، وانتهاء أعمال تصفيتها، وتقسيم أموالها بين الشركاء قسمة أموال الشائع، وتوزيع الأرباح، وفقاً للقواعد المقررة لذلك، وتوزيع الخسائر قسمة الغرماء إن وجدت [140]. وطبقاً لموقف المشرع القطري في قانون الشركات، وموقف المشرع الكويتي الجديد اللذين جعلا العقد صحيحاً دون الشرط، فإن للشريك المغبون ثلاث خيارات، فله أن يثبت عيب الاستغلال أو أن يطلب الانسحاب من الشركة أو طلب حل الشركة. وتجدر الإشارة إلى أنه في حال التمسك بعيب الاستغلال، فلابد من مراعاة مدة تقادم دعوى الاستغلال المتضمنة في المادة 142 من القانون المدني، وبعبارة أخرى التمسك بعيب الاستغلال خلال ثلاث سنوات من وقت إبرام العقد، وإن فاتت تلك المدة، فلهم أن يطلب حل الشركة، وللقضاء سلطة تقديرية في تحديد مدى توفر سبب موجب لحل الشركة من عدمه، وقد يؤدي ذلك إلى تحول الشركة إلى شركة أخرى توفرت شروطها تطبيقاً لأحكام المادتين 67 و94 من ق.ش.ق

---

[139] السنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، ج1، ص307

[140] الشاذلي، ياسين، مرجع سابق، ص135، والعكيلي، عزيز، الوسيط في الشركات التجارية (دراسة فقهية قضائية مقارنة في الأحكام العامة والخاصة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،1437هـ- 2016، ط4، ص66

ويكون للشريك المغبون أن يتمسك بعيب الاستغلال أمام القضاء طبقاً لأحكام المواد 140-142 من ق.م.ق المشار إليها أعلاه، سواء كان ذلك وفقاً لقانون الشركات القطري، وقانون الشركات الكويتي الجديد، أو قانون الشركات الكويتي القديم الذي يعتبر أكثر ملائماً لمصلحة الشريك المغبون، ومصلحة الشركة في استمرار نشاطها، إلى جانب أنه يحقق المصلحة العامة في آن واحد، ويتوقف مصير الشركة في هذه الحالة على ما يقرره القضاء وفقاً للصلاحية الممنوحة له، وسيتم تفصيل ذلك عند تناول دور القضاء في هذه الحماية المقررة في هذا الباب.

وبالإضافة إلى ذلك، فإن للشريك المغبون أيضاً أن يطلب الانسحاب من الشراكة، فإذا طلب هذا الشريك الانسحاب من الشراكة، وكانت الشركة من شركات التضامن أو التوصية البسيطة أو المحاصة أو الشركة ذات المسؤولية المحدودة، فإنه تستمر الشركة ما لم يوجد اتفاق مسبق بين الشركاء يحول دون استمرارها، واتفق الشركاء على استمرار الشركة خلال ستين يوماً من تاريخ الانسحاب. ويحصل هذا الشريك المنسحب -علاوة على نصيبه من الأرباح إن وجد- على نصيبه من رأس المال الذي سيقدر وفقاً لآخر جرد، ما لم ينص عقد الشركة على طريقة أخرى لتقدير ذلك، دون أن يكون لهذا الشريك أو لورثته نصيب فيما يستجد من حقوق الشركة إلا بقدر ما تكون تلك الحقوق ناتجة عن عمليات سابقة على خروجه من الشركة طبقاً لأحكام المادة

294[141] من ق.ش.ق. والمواد 536 –538 من ق.م.ق[142]. وتقابل هذه المادة من القانون الكويتي المادة 54 والمادة 267 من ق.ش. ك[143].

ويلاحظ أنه في الخيار الأول، تتم معالجة مسألة الاستغلال في الأرباح فقط دون الاضطرار إلى حل الشركة الذي لا يخدم مصلحة الشريك المغبون من الشرط، وهو ما يميّز موقف المشرعين القطري والكويتي، ولكن لو انسحب الشريك من الشركة، ولم يتفق بقية الشركاء على استمرارها، أو كان هناك شرط في العقد يحول دون استمرارها، فإن مصير الشركة هو الحل وفقاً للمادة 293 من ق.ش.ق، كما أنه إذا كان النزاع منصباً على توزيع الخسائر في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، أو خسرت الشركة المساهمة نصف رأس مالها، ولم يقرر المساهمون في الجمعية العامة تغطيتها، أو هلك جميع رأس مال الشركة، أو جزء كبير منه، بحيث لا تبقى فائدة من استمرارها، فإن الشركة تحل بناء على طلب من له مصلحة في حلها طبقاً للمواد 4/291 و295 و298 من ق.ش.ق، والمادة 1/535 ق.م.ق[144]، وتقابل هذه المادة من القانون الكويتي المادة 3/266 من ق.ش.ك.

ولو كان لا بد من حل الشركة، فإنه يرفع الأمر إلى القضاء لصدور الحكم بتصفيتها، ويكون الحل بحكم القضاء، وترد قيمة الحصص النقدية من رأس مال الشركة إلى الشركاء، ويوزع عليهم الفائض وفقاً لقواعد توزيع الأرباح، كما تقسم أموالها العينية قسمة المال الشائع، ما لم ينص عقد الشركة على خلافه، وذلك كله بعد سداد ديون الشركة، وأما إذا كانت أموال الشركة لا تكفي

---

[141] التي ذهبت إلى أنه: "إذا لم يرد بعقد شركة التضامن أو التوصية البسيطة أو المحاصة، نص على استمرارها في حالة انسحاب أحد الشركاء،،، جاز للشركاء خلال ستين يوماً من تاريخ وقوع أي من الحالات المذكورة، أن يقرروا بالإجماع استمرار الشركة فيما بينهم، ،،، وفي جميع أحوال استمرار الشركة بين الشركاء الباقين، يقدر نصيب الشريك الذي خرج من الشركة وفقاً لآخر جرد،،، "

[142] ملحم، باسم محمد والطراونة، بسام حمد، مرجع سابق، ص74

[143] التي تنص على أنه:" ،،، وفي جميع أحوال استمرار الشركة بين الشركاء الباقين يقدر نصيب الشريك الذي خرج من الشركة وتحسب قيمته يوم تحقق السبب الذي أدى إلى خروج الشريك من الشركة وفقاً لأحكام تقويم الحصص العينية الواردة بالفقرة الأولى من المادة 11 من هذا القانون،،،"

[144] ملحم، باسم محمد والطراونة، بسام حمد، مرجع سابق، ص83

للوفاء بحصص الشركاء بأكملها، فإنه توزع الخسارة بينهم بحسب النسبة المقررة لتوزيع الخسائر، تطبيقاً لأحكام المادتين 317 و318 من ق.ش.ق.

وفي المقابل، ومن منظور موقف المشرع المصري والقطري المدني المرجوح، فإن البطلان يعود إلى حكم القانون بسبب تخلف ركن من أركان العقد، أو شرط من شروطه، سواء أكان ابتداء أم خلال فترة ما بين تكوين الشركة والحكم ببطلانها. وليست ثمة هناك أية مشكلة إذا صدر حكم ببطلان الشركة قبل مباشرة نشاطها، إذ تعتبر الشركة في هذه الحالة كأن لم تكن، وتوزع أموال الشركة بين الشركاء وفقاً لحصصهم في رأس المال كما هو مبين في العقد. وأما إذا كان ذلك بعد أن مارست الشركة نشاطها وأصبحت دائنة ومدينة للغير خلال الفترة ما بين تكوين الشركة وقبل الحكم ببطلانها، وحيث أن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً منعدم الأثر القانوني، ويعتبر كأن لم يكن، ولا تلحقه الإجازة، فإن الشركة غير موجودة، ولكل ذي مصلحة أن يتمسك به وللقضاء أن يحكم به من تلقاء نفسه[145]، وعطفاً على أن تطبيق نظرية الشركة الفعلية تقتضي أن يكون سبب بطلان العقد يرجع إلى عيب من عيوب الإرادة، أو إلى عدم كتابة العقد، أو شهره في السجل التجاري، فإنه يستبعد تطبيق النظرية على الشركة الباطلة بسبب عدم توفر أحد الشروط الموضوعية الخاصة لعقد الشركة، أو وجود خلل في هذه الشروط، ومن ضمنها إذا تضمن عقد الشركة شرطاً من شروط الأسد[146].

وترتيباً على ما تقدم، فإنه تعتبر الشركة كأن لم تكن، وتسقط جميع حقوق الشركة، والتزاماتها التي نشأت سواء كانت بين الشركاء أو تجاه الغير خلال الفترة الفاصلة بين تكوينها والحكم ببطلانها، ولذلك، يسترد الشركاء الحصص التي قدموها عند تكوين الشركة، وإذا حققت الأرباح

---

[145] القليوبي، سميحة، مرجع سابق، ص85، الشاذلي، ياسين، مرجع سابق، ص105

[146] القليوبي، سميحة، مرجع سابق، ص95

خلال تلك الفترة، فإنها توزع وفقاً لمبادئ العدالة دون إعمال ما ورد في العقد الباطل بهذا السبب، ولأن الشركة غير موجودة من وجهة نظر القانون، فلا تجبى منها الضرائب خلال هذه الفترة، كما أنها لا تخضع لأحكام التفليسة[147].

وعلى ضوء ما ترتب على استبعاد تطبيق نظرية الشركة الفعلية على شركة الأسد من الآثار المشار إليها أعلاه وفقاً للموقف المشرع المصري والقطري المدني، فإن السؤال الذي يطرح نفسه بإلحاح، هو ما مصير حقوق دائني الشركة التي تتمتع بحق الامتياز والأولوية على بقية الديون العادية؟ وستتم الإجابة على ذلك عند تناول دور القضاء في حماية المتعاقد والغير من شروط الأسد في المبحث الثاني من هذا المطلب التالي.

والجدير بالذكر أنه في ظل التوجه الجديد في دول الخليج العربي نحو استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية، واستثمارها في الاقتصاد الوطني، فقد أصدرت دولة قطر بشأن ذلك قانون رقم 13 لسنة 2000 وقانون رقم 1 لسنة 2019 بتنظيم استثمار رأس المال غير القطري في النشاط الاقتصادي، كما أصدرت دولة الكويت قانون رقم 116 لسنة 2013 بشأن تشجيع الاستثمار المباشر في دولة الكويت وبقية دول الخليج العربي، وبموجب هذه القوانين، تم رفع قيود نسبة تملك الأجانب لرأس مال الشركة الوطنية، وأجيز للأجانب أن ينشؤوا الشركة التجارية، وأن يملكوها بالكامل وذلك بحسب النشاط الذي يصدر بشأنه الترخيص، وبهذا قضى المشرع على أهم الأسباب التي تشجع على ظهور بعض تطبيقات شروط الأسد، حيث أن غالبية حالات التحايل على النظام العام المتمثل

---

[147] القليوبي، سميحة، مرجع سابق، ص103، و**الملحم، أحمد عبد الرحمن**، مرجع سابق، ص464، والسنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، ج5، 281

في عدم جواز تملك الأجانب أكثر من 49% من حصة الشركة الوطنية، الأمر الذي يدفع هؤلاء الأجانب نحو إظهار العقد على غير حقيقته [148].

ثم إنه بالبناء على ما ترتب على موقف القانون القطري المدني، فإن ما أبداه الباحث بترجيح موقف قانون الشركات التجارية على موقف القانون المدني في مستهل هذا الفصل أكثر إحقاقاً لحق الشركاء المغبونين، كما أنه أكثر انسجاماً مع مبدأ العدالة والانصاف.

المطلب الثاني: الحماية المقررة لدائني الشركة والدائنين لأحد الشركاء من الشروط الأسدية

من المعروف أن الأصل في العقد، اقتصار أثره على طرفيه دون أن يتعدى إلى الغير الذي ليس طرفاً فيه، كما أنه من المعروف بأن دائني الشركة أو دائن شخصي لأحد الشركاء من الغير بالنسبة لعقد تأسيس الشركة، وتطبيقاً للاستثناء على هذا الأصل الذي يقضي بأن يكسب العقد الغير حقاً دون الالتزام وفقاً لحكم المادة 177 من ق.م.ق[149]، وتقابل هذه المادة من القانون المصري المادة 2/523 من ق.م.م، فإن مجرد مراعاة حقوق الدائنين للشركة أو الدائن الشخصي لأحد هؤلاء الشركاء يعد من قبيل هذا الاستثناء.

وتعزيزاً للضمان العام لديون الشركة، فإنه من المحظور أن يتضمن عقد الشركة بنداً يضمن لأحد الشركاء الفوائد الثابتة بصرف النظر عن وضع الشركة المالي، لما في ذلك شبهة استرداد حصة التي قدمها هذا الشريك كما أسلفن بيانه، وهو أمر محل اتفاق بين القانون القطري والقانون المقارن، وحيث أن ما قد يشكل خطراً على حقوق دائني الشركة والدائنين الشخصيين لأحد

---

[148] الشاذلي، ياسين، مرجع سابق، ص64، الشمري، طعمة صعفك؛ مرجع سابق، ص104

[149] التي تنص على أنه: "لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً."

الشـركاء هو عند ما يكون مصـير الشـركة هو حل هذه الشـركة، كما أشـرت عند الحديث عن حماية الشريك المتضرر من شرط الأسد، وللحيلولة دون تحول أموال الشركة إلى ملك شائع بين الشركاء، فإن السؤال الذي ينبغي أن يسأل هنا، هو كيف تتم حماية حقوق هؤلاء الدائنين للشركة، والدائنين الشـخصـيين لأحد هؤلاء الشركاء إذا أخذنا في الاعتبار موقف المشرع القطري التجاري وموقفي نظيره الكويتي القديم والجديد؟

وللإجابة على هذا التســاؤل، فإنه من المناســب القول بأنه وحيث أن المشــرع القطري ونظيره الكويتي في قوله الجديد قد اكتفيا باعتبار شرط الأسد دون عقد الشركة باطلاً، بينما جعل موقف المشرع الكويتي القديم الشركة باطلاً بطلاناً نسبياً، لمن يتقرر لمصلحته التمسك به، وبما أنه من الواضــح من موقف المشــرع القطري ونظيره الكويتي في قوله الجديد أنهما لم يقررا بطلاناً مطلقاً لشـركة الأسـد، فإنهما أقرب إلى موقف المشـرع الكويتي القديم، حيث أنهما اعترفا بوجود الشـركة كما فعل المشــــرع الكويتي في رأيه القديم، وبذلك تتفق هذه الآراء الثلاثة على توفير الحماية اللازمة لحقوق هؤلاء الدائنين باعترافها بوجود الشركة قائمة.

وعليه، فإذا طالب الشريك المتضـرر من شروط الأسد بحل الشركة، فعندئذ تطبق أحكام تصـفية الشـركة، وسـتراعى هذه الحقوق بما لها من حق الامتياز، كما تراعى حقوق الدائنين الشـخصـيين لأحد الشركاء–إن وجدوا–وفقاً للقواعد المقررة لذلك كما بينت في الفصل الأول.

والجدير بالذكر أن هذا الحل، أي اعتراف بوجود الشــركة أثناء تصــفيتها، هو من ابتكارات الفقه والقضــــاء وهو ما يطلق عليه بنظرية الشــــركة الفعلية، وذلك بهدف تمكين دائني الشــــركة من استخلاص حقوقهم من مال الشركة دون أن يزاحمهم في ذلك الدائنون الشخصـيون للشركاء، إذ يترتب على تفعيل هذه النظرية، بقاء الشـخصـية المعنوية للشـركة بالرغم من حلها، أو انقضـائها

وذلك بالقدر اللازم لأعمال التصفية. ولذلك تعتبر الشركة بالنسبة إلى الشركاء والدائنين للشركة والغير، قائمة وصحيحة، وتظل تعهداتهم والتزاماتهم تجاه الشركة صحيحة وأداؤها واجباً [150].

وإذا تعارضت مصالح دائني الشركة، وتمسك بعضهم ببطلان الشركة وتمسك بعض آخر بصحتها، كما لو كان بعضهم دائناً للشركة وفي آن واحد دائناً شخصياً لأحد الشركاء، فيرجح الجانب الذي يتمسك بالحكم ببطلان حسب بعض الفقهاء باعتباره الأصل، بينما الجانب الآخر من الفقه يرى بتغليب جانب دائني الشركة، لأن مصلحتهم هي الأولى بالرعاية، ولما تتمتع به حقوقهم من حق الامتياز [151].

هذا، ويشترط لتطبيق نظرية الشركة الفعلية أن يكون عقد الشركة باطلاً بطلاناً نسبياً–سواء كان في التشريع القطري أو التشريع المصري– قد باشرت نشاطها واكتسبت حقوقاً وتحملت الالتزامات قبل الحكم ببطلانها ، وذلك حماية للغير الذي تعامل مع الشركة قبل الحكم ببطلانها وتحقيقاً لاستقرار المراكز القانونية، ولمن له المصلحة أن يتمسك بهذا البطلان[152]، بل على المحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها ولو لم يطلب منها القضاء به، وبهذا يكون موقف المشرع الكويتي القديم أكثر انسجاماً مع نظرية الشركة الفعلية، كما أن المشرع الكويتي بهذا الموقف قد تعامل مع شروط الأسد وكأنها عيب من عيوب الرضا، ألا وهو عيب الاستغلال.

---

[150] السنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، ج5، ص293، والشمري، طعمة صعفك، مرجع سابق، ص132، والشاذلي، ياسين، مرجع سابق، ص106

[151] الشاذلي، ياسين، مرجع سابق، ص106

[152] زين الدين، صلاح؛ وأبو الفرج، محمد سالم؛ واللوزي، روان؛ شرح قانون الشركات التجارية القطري رقم 11 لسنة 2015، كلية القانون، جامعة قطر، 2020،ص48، وطه، مصطفى كمال؛ مرجع سابق، ص48

وإذا حكم القاضي بحل الشركة، فإن حقوق دائني الشركة تتمتع بقدر كبير من الحماية، كما تتمتع حقوق الدائنين الشخصين لأحد الشركاء ببعض من الحماية، ولا يختلف الوضع بين القانون القطري والقانون المقارن إذا ما تعلق الأمر بالضمان العام للشركة.

ولهذا، وحيث أن أموال الشركة ملك للشركة سواء كانت عقاراً أو منقولاً وفقاً للقواعد العامة، وليست ملكاً شائعاً للشركاء، وهي تمثل الضمان العام لدائني الشركة، ولذلك تتمتع حقوق دائني الشركة بحق الامتياز، وبموجبه يكون لهم استيفاء حقوقهم من أموال الشركة بالطرق القانونية، ووفقاً للأولوية المقررة لحقوقهم، ولا يحتج في مواجهتهم بما قد يشترطه أحد الشركاء باسترداد حصته عيناً بعد حل الشركة، لما لحقوقهم من امتيازات، ولهم أن يستوفوا حقوقهم من كافة أموال الشركة بما فيها حصة هذا الشريك، بغض النظر عما إذا كانت هناك أموال أخرى أم لا[153].

وإذا لم تكف أموال الشركة لاستيفاء حقوق دائني الشركة، يرجع بهذه الديون على الشركاء في أموالهم الخاصة، وتقسم هذه الديون بينهم. ولدائني الشركة حق الرجوع على أي من الشركاء بديون الشركة، تطبيقاً لمبدأ المسئولية التضامنية، وإذا رجع دائن الشركة على أحد الشركاء في ماله الخاص ، فعندئذ، لا تتمتع حقوقه بحق الامتياز، بل يزاحمه في ذلك الدائنون الشخصيون لهذا الشريك، لأن المال ملك مدينهم فيدخل في ضمانهم، فإذا لم يف مال الشريك الخاص بحقوق دائن الشركة ودائنيه الشخصيين، فيرجع دائن الشركة بما نقص من حقه على سائر الشركاء كل

[153] السنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، ج5، ص257

بقدر نصيبه من الخسارة، لأنهم مسؤولون بالتضامن عن إعسار أحد الشركاء، فيتحملونه طبقاً لقسمة الغرماء[154]، وذلك طبقاً لحكم المادة 531 من ق.م.ق[155] والمادة 318 من ق.ش.ق[156] وتجدر الإشارة إلى أنه لا يجوز أن يتفق الشركاء على إعفاء أحدهم من المسئولية في ماله الخاص عن ديون الشركة، إذ يعد ذلك ضرب من ضروب شرط الأسد، وإن وجد اعتبر كأن لم يكن، واستثناء على ذلك يجوز أن يتفقوا على أن يكون نصيب أحدهم في مسئوليته عن ديون الشركة في ماله الخاص أقل أو أكبر، بيد أنه لا يحتج بهذا الاستثناء على نصيب الشركاء في الأرباح، ولا يتقيد بهذا النصيب المتفق عليه، حيث لا يجوز أن يخلص لهذا الشريك أي ربح من الشركة قبل أن يستوفي دائنو الشركة حقوقهم كاملة، وإلا كان هذا الشريك قد أثرى على حساب الدائنين[157].

وفيما يتعلق بالحماية المقررة للدائنين الشخصيين لأحد الشركاء، فإنهم وفقاً لحكم المادة 12 من ق.ش.ق، يجوز للدائنين الشخصيين لأحد الشركاء أن يستوفوا حقوقهم، أو أن ينفذوا على نصيب الشريك المدين في الأرباح دون أموال الشركة أثناء قيامها، ولهم كذلك أن يستوفوا حقوقهم من نصيب مدينهم في أموال الشركة بعد تصفيتها وطرح ديونها. وإذا كانت حصة الشريك ممثلة في أسهم، كان لدائنه الشخصي فضلاً عن حقوقه في الأرباح، أن يرفع دعوى أمام المحكمة

---

[154] السنهوري، عبد الرزاق، المرجع ذاته، ص255

[155] التي تنص على أنه:" إذا لم تف أموال الشركة بديونها، كان الشركاء مسئولين عن هذه الديون في أموالهم الخاصة، كل منهم بنسبة نصيبه في خسائر الشركة، ويكون باطلاً كل اتفاق يعفي الشريك من المسئولية عن ديون الشركة."

[156] التي تنص على أنه: "إذا لم يكف صافي أموال الشركة للوفاء بحصص الشركاء بأكملها وزعت الخسارة بينهم بحسب النسبة المقررة لتوزيع الخسائر"

[157] السنهوري، عبد الرزاق، المرجع ذاته، ص257

المختصة لبيع هذه الأسهم، ويتقاضى حقه من حصيلة هذا البيع، كما له أن يطلب إيقاع الحجز التحفظي عليها لضمان حقوقه لدى الشريك المدين[158].

وأخيراً، وفيما عدا شركة المحاصة، فإنه تتقادم الدعاوى الناشئة عن أعمال الشركة بما فيها دعاوى دائني الشركة المتعلقة بديون الشركة في القانون القطري، بمرور ثلاث سنوات من تاريخ انتهاء أعمال تصفية الشركة، كما تسقط بالتقادم جميع دعاوى دائني الشركة على الشركاء بمرور ثلاث سنوات على انقضاء الشركات التجارية كافة، أو على خروج أحد الشركاء بالنسبة إلى الدعاوى الموجهة إلى الشريك المنسحب من الشركة، وتسري مدة التقادم من يوم إتمام التأشير في السجل التجاري في جميع الحالات التي يكون التأشير فيها واجباً، ومن يوم إعلان التصفية في الدعاوى الناشئة عن التصفية ذاتها، وذلك طبقاً للمادتين 339-340 من ق.ش.ق[159]. بينما لا تسمع عند الإنكار في القانون الكويتي بعد مرور خمس سنوات على انقضاء الشركة أو على خروج الشريك منها فيما يتعلق بالدعاوي الموجهة إلى هذا الشريك، وإذا كان الدين قد ثبت على الشركة قبل هذا الشريك واستحق بعد ذلك، فيكون سريان المدة من تاريخ الاستحقاق، وفي جميع الأحوال التي يكون فيها الشهر واجباً، تسري مدة عدم سماع الدعوى من تاريخ إتمام الشهر وفقاً لحكم المادة 28 من ق.ش.ك[160].

وأما في القانون المصري، فقد فرّق المشرع بين الدعاوى المرفوعة من دائني الشركة أو ورثتهم على الشركاء اللذين لم يشاركوا في أعمال التصفية وورثتهم عند إقرار المسؤولية عن ديون الشركة، وبين الشركاء المشاركين في أعمال التصفية ومن يمثلهم، وذلك بمقتضى مفهوم المادة

---

[158] الشاذلي، ياسين، مرجع سابق، ص136، والشمري، طعمة صعفك، مرجع سابق، ص147

[159] الشاذلي، ياسين، مرجع سابق، ص229

[160] الملحم، أحمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص583

65 من القانون التجاري المصري (ق.ت.م) التي تنص على أنه: "كل ما نشأ عن أعمال الشركة من الدعاوى على الشركاء الغير مأمورين بتصفية الشركة أو على القائمين مقامهم يسقط الحق في إقامته بمضي خمس سنين من تاريخ انتهاء مدة الشركة إذا كانت المشارطة المبينة فيها مدتها أعلنت بالكيفية المقررة قانوناً أو من تاريخ إعلان الاتفاق المتضمن فسخ الشركة، وتتبع في ذلك القواعد العمومية المقررة لسقوط الحق بمضي المدة مع مراعاة القواعد المقررة لانقطاعها".

وعليه، تتقادم الدعاوى على الشركاء اللذين لم يشاركوا في أعمال التصفية وورثتهم في ديون الشركة بمرور خمس سنوات من تاريخ استحقاق هذه الديون أو من تاريخ شهر الانقضاء فيما يشترط فيه ذلك، وقياسا بمفهوم المخالفة لا تخضع لمدة التقادم الخماسي الدعاوى على الشركاء المشاركين في أعمال التصفية، ومن يمثلهم – أي بمرور خمس سنوات–، بل تخضع لمدة التقادم الطويلة، ويكون الشركاء في هذه الحالة كالمصفي، بيد أن هناك رأي ذهب إلى أن إخضاع الشركاء المشاركين في أعمال التصفية ومن يمثلهم لمدة التقادم الطويلة قد ينفر هؤلاء الشركاء من قبول مهام التصفية للشركة، ويرى عدم التفريق وإخضاعهم لتقادم الخماسي[161].

المبحث الثاني: دور القضاء في حماية الشريك المغبون والغير من الشروط الأسدية

لا شك أن للقضاء دوراً في حماية الشركاء المغبونين من شركة الأسد، ولا يتعارض ذلك مع المبدأ العام الذي يقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز لأحدهما نقضه أو تعديله إلا باتفاق إرادي جديد، وأن العقد ملزم لعاقديه بما ورد فيه، دون أن يلتزم المتعاقدان فوق ما ورد في العقد.

[161] طه، مصطفى كمال، مرجع سابق، ص134

وقضت محكمة التمييز القطرية–الدائرة المدنية والتجارية– في الطعن رقم 9 لسنة 2006، بجلسة 2 من مايو سـنة 2006، بأن: "النص في المادة 1/48 من القانون المدني القديم المنطبق على واقعة النزاع – المطابقة للمادة 1/171 من القانون المدني الحالي – على أن: "العقد شـريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون" وفـي المادة 54 منه المقابلة للمـادة 169 من القانون الحالـي على أن "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني" يدل على أن الأصـل في العقد أنه قانون العاقدين وهو تطبيق لقاعدة مبدأ سلطان الإرادة التي مفادها أن ما اتفق عليه المتعاقدان متى وقع صـحيحاً لا يخالف النظام العام أو الآداب أصـبح ملزماً للطرفين، فلا يجوز نقض العقد ولا تعديله من جهة أي من الطرفين، إذ أن العقد وليد إرادتين فلا تحله إرادة واحدة[162]".

غير أن المشـرع القطري وأسـوة بما ذهب إليه القانون المقارن، وإنقاذاً للعقد وضـماناً للتوازن التعاقدي والاقتصـادي بين طرفي العقد، يمنح القاضـي صـلاحية التدخل لتفسـير وتعديل العقد، ويقوم القاضـي –في سـبيل تحقيق تلك الأهداف– بتكييف وتهذيب العقد وفقاً للإرادة الجماعية، وموازنة بين القيمة الاجتماعية، والاقتصـادية والأخلاقية للعقد، وانقاذ العقد المهدد بالبطلان وتكملة النقائص أو تخفيف الالتزام وتعديله إلى الحد المعقول المنصف[163].

وسـنداً على ما تقدم وتطبيقاً لمبدأ العدالة والانصـاف، فإنه يسـتسـاغ التدخل القضـائي في توفير الحماية والحد من ظاهرة الشـروط الأسـدية في المجتمع، وفي هذا المبحث، سـيتم التطرق إلى

---

[162] موقع المجلس الأعلى للقضاء القطري:
http://eservices.sjc.gov.qa/Portal_1/ahkam/detailspage.aspx?gcc=1&slno=209&lawcode=1 –02–27 , 2021, 12:51

[163] بن عباس، بديع؛ النظرية العامة في القانون المدني المعاصـر، تونس مجمع الأطرش،2017، ص352، بكر، عصـمت عبد المجيد؛ مرجع سابق، ص578

بعض الصـــلاحية الممنوحة للقضـــاء القطري والقضـــاء المقارن بهذا الصـــدد وذلك في مطلبين؛ ونتناول دور القضاء في تفسير العقد كوسيلة فعالة وناجعة لمعالجة آثار الشروط الأسدية وذلك في المطلب الأول، بينما نتناول صـلاحية القاضـي في تكييف وتعديل العقد المتضـمن للشـروط الأسدية في المطلب الثاني، وذلك على النحو الآتي؛

المطلب الأول: دور القضاء في تفسير العقد كوسيلة ناجعة لمعالجة آثار الشروط الأسدية

إن القانون حين يمنح القضـــاء صـــلاحية التدخل ليس لأجل التدخل لذاته أو لمجرد أن يكون للقضـــاء دوراً في ذلك، وليس طرفاً في العقد، وإنما المقصـــد من وراء ذلك هو حماية الطرف الضـعيف في العلاقة التعاقدية وإعادة التوازن المختل فيها، ولا شـك في أن من أهم الضـمانات لتحقيق ذلك هو التنصـيص على سـلطة القاضـي في تفسـير العبارات الغامضـة لمصـلحة المدين باعتباره طرفاً ضعيفاً[164].

وهدياً بما تقدم ووفقاً لحكم المادة 1/169 من ق.م.ق، فإن القضـــاء القطري والقضـــاء المقارن يتمتعان بسلطة تقديرية لتفسير عبارات العقد الغامضة دون الواضحة، بيد أن هذه السلطة تختلف باختلاف مواقف القانون القطري والقانون المقارن من الشروط الأسدية، وحيث أن تفسير العقد هو استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين، وتحديد نطاقه بغية التوصل إلى الإرادة الحقيقية المشتركة لأطراف العقد دون اقتصار ذلك على النية المشتركة فقط. ولذلك، فإن التفسير يعد وسيلة قضائية للكشف عن إرادة المتعاقدين في العقد دون اكتفاء بالمعنى الحرفي للألفاظ، مستنداً في ذلك على

[164] المادة 1/170 من ق.م.ق، والمادة 2/193 من ق.ن.ك والمادة 150 من ق.م.م

طبيعة العقد، والأمانة والثقة بين المتعاقدين على أساس مبدأ حسن النية الذي يجافي استغلال أحد طرفي العقد التباس أو الطيش الجامح الذي وقع لدى الطرف الآخر[165].

هذا، وقد قضت محكمة التمييز القطرية–الدائرة المدنية والتجارية– في الطعن رقم 9 لسنة 2006، بجلسة 2 من مايو سنة 2006، بأن: "محكمة الموضوع لا تتولى إنشاء العقود عن عاقديها وإنما لها – بما تملكه من سلطة تامة في فهم الواقع في الدعوى وفي تقدير الأدلة والقرائن فيها – تفسير كافة الاتفاقات، وسائر المحررات، بما تراه أوفى إلى نية عاقديها، وأهدى إلى مقصدهم، مستهدية بوقائع الدعوى، وظروفها، دون رقابة لمحكمة التمييز عليها في ذلك، ما دامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله..."[166].

كما قضت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 1895 لسنة 56 قضائية بأن: "تفسير العقود واستظهار نية طرفيها أمر تستقل به محكمة الموضوع، ما أقامت قضاءها في ذلك على أسباب سائغة، ومادام لم تخرج في ذلك عن المعنى الظاهر لعباراته"، ولهذا، فإن القاضي عند ممارسة صلاحيته في تفسير عبارات العقد يتقيد بمجموعة من المبادئ المنصوص عليها في القانون[167].

وبالاطلاع على القانون القطري والقانون المقارن، نجد أن المشرع القطري ومشرعي القانون المقارن قد وضعوا ثلاثة مبادئ على القاضي التزام بها عند ممارسته سلطة تفسير عبارات العقد، وذلك طبقاً للمادتين 169و170 من ق.م.ق والمادتين 193و194 من ق.م.ك والمادتين 150و151 من ق.م.م؛

---

[165] الروازق، فراس جبار كريم، مرجع سابق، ص203، وبكر، عصمت عبد المجيد، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، لبنان، دار الكتب العلمية،2015، ص545

[166] موقع المجلس الأعلى للقضاء القطري:

http://eservices.sjc.gov.qa/Portal_1/ahkam/detailspage.aspx?gcc=1&slno=209&lawcode=1 -02-27 , 2021, 12:51

[167] الروازق، فراس جبار كريم، مرجع سابق، ص213

وأولى هذه المبادئ: أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة أو إرادة أطرافه واضحة، فلا يجوز للقاضي التدخل بذريعة تفسيرها حيث لا يحتاج النص إلى التفسير، وذلك تعزيزاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين"، وإذا كانت العبارة واضحة والإرادة غير واضحة، وقد يحدث ذلك عندما يستخدم طرفا العقد التعبير الواضح بشكل يسبب اللبس والغموض، فعلى القاضي أن يعدل عن هذا الواضح للفظ واعتماد ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين. أما المبدأ الثاني: فهي التي تكون عبارة العقد غير واضحة، فهذه الحالة تستدعي تدخل القاضي لتفسير الغامض من عبارة العقد وإزالة اللبس فيها، فالمشرع القطري ونظيراه الكويتي والمصري يوجب على القاضي أن يبحث عن حقيقة النية المشتركة للمتعاقدين وعدم الوقوف عند المعني الحرفي للألفاظ، ولذلك يتعين على القاضي أن يفسر العبارة المحتملة للوصول إلى النية المشتركة لطرفي العقد، لأنها هي التي التقت إرادتهما إليها، كما أنها هي التي تؤخذ في عين الاعتبار عند تنفيذ العقد، مستهدياً في ذلك بطبيعة التعامل، وبأمانة وثقة الواجب توفرهما بين المتعاقدين، وذلك وفقاً للعرف الجاري في المعاملات. والمبدأ الأخير متعلق بحالة قيام الشك في التعرف على إرادة المتعاقدين، فالشك في مثل هذه الحالة يفسر لمصلحة المدين، كما أنه يجب تفسير بند إعفاء من المسؤولية إذا تضمن العقد ذلك في حدود ضيق دون التوسع[168]، ولا شك أن مسألة إعفاء من المسؤولية من صور شروط الأسد، وبذلك يتحرى القضاء بموجب ما له من السلطة التقديرية عن هذه المسألة ويكشفها.

وحيث أن عقد الشركة يشبه العديد من العقود؛ فيشبه عقد بيع محل تجاري، عندما يتفق البائع مع المشتري على أن يكون للأول نصيب في الأرباح لمدة معينة بدلا من ثمن محدد، ويشبه المحل التجاري في هذا المثال بحصة الشريك إذا اقترن ذلك بنية المشاركة في الأرباح، فيتولى

[168] السنهوري، عبد الرزاق؛ مصادر الحق في الفقه الإسلامي، لبنان، دار إحياء التراث العربي، بدون تاريخ، ج6، ص7

القضاء في هذه الحالة بما له من صلاحية تفسير وتكييف العقد وتهذيبها بغية كشف حقيقة هذا التصرف، ويتأكد من مدى توفر نية مشاركة البائع في عنصر الاستغلال للمحل التجاري، ودوره في أعمال الإدارة، وقد يقرض المقرض شخصاً آخر مبلغاً من المال لاستثماره في مشروع معين مقابل نسبة معينة من الأرباح بدلا من فائدة ثابتة، وقد يشتبه هذا العقد أيضاً مع عقد الشركة على أساس أن القرض حصة ونسبة معينة من الأرباح عنصر المشاركة في الأرباح، فيبيّن القضاء ما إذا كانت هناك ثمة شركة من عدمها، ويتحرى مدى استيفاء ركن نية المشاركة، فإذا كان المقرض ليس له دور في كيفية استثمار المشروع، بالإضافة إلى أنه لا يساهم في خسائر المشروع، يقرر القضاء بعدم وجود الشركة. وتجدر ملاحظة أنه غالباً ما يكون التحايل على الفوائد القانونية هو الدافع للمقرض للجوء إلى هذا النوع من العقود[169].

ويعتدّ القضاء عند قيامه بتفسير وتكييف عقد الشركة، بنية المتعاقدين دون اعتداد بعبارات العقد أو عنوانه أو وصف المتعاقدين له ودون اعتبار شروط العقد فيما يتعلق بطريقة الاشتراك في الأرباح أو بشروط الاعفاء من الخسائر، ويتعين البحث عما إذا كان المقرض يقوم بدور سلبي تجاه المشروع بحيث يكشف ذلك عن صفته كمقرض، أو يضطلع بدور إيجابي، مما يعني أن المقرض يتدخل في كيفية استثمار النقود وادارة المشروع وعندئذ تكون له صفة شريك[170].

هذا، وقضت محكمة التمييز في الطعن رقم 437 لسنة 2018 تمييز مدني، بجلسة27من نوفمبر سنة 2018 بأن:" قواعد التفسير طبقاً للمادة (169) من القانون المدني تقضي بعدم جواز الانحراف عن عبارة العقد الواضحة للتعرف على إرادة العاقدين إلا أن المقصود بالوضوح–

---

[169] طه، مصطفى كمال؛ المرجع ذاته، و سامي، فوزي محمد، الشركات التجارية (الأحكام العامة والخاصة)،دار الثقافة، الأردن،1437هـ الموافق 2016، ط8، ص43

[170] طه، مصطفى كمال، مرجع سابق، ص41

وعلى ما جرى به قضـاء محكمة التمييز –وضـوح الإرادة وليس وضـوح اللفظ فقد تتسـم كل عبارة من عبارات العقد بالوضــوح في ذاتها ولكنها تتعارض فيما بينها بحيث تعم المعنى المســتخلص منها فلا يجوز للمحكمة وهي تعالج تفســير المحررات أن تعتد بما تعنيه عبارة معينة دون غيرها بل يجب عليها أن تأخذ بما تفيده العبارات بأكملها وفي مجموعها باعتبارها وحدة متصـــلة متماسكة..."[171].

وإذا تبين للقضـــاء أن عقداً ما موصـــوف بانه شـــركة ظاهرياً، هو في حقيقته قرض قصـــد به الحصـــول على فائدة تزيد عن الحد المسـموح به قانوناً، فإن له تعيين الوصـف القانوني الحقيقي للعقد وتطبيق أحكام القانون ورد النقود مضـافا إليها القائدة المسموح بها قانوناً، أما إذا اتضـح من شـروط العقد أن الرابطة بين الطرفين هي رابطة الشـركة وأن مقدم النقود شـريك بما قدمه وليس بمقرض، فليس له المطالبة باسـترداد ما قدمه من الحصـة والأرباح قبل تصـفية الشـركة وبيان ما إذا كانت أعمالها قد حققت ربحاً أو منيت بها خسارة[172].

وغني عن البيان أن هذه المبادئ الثلاثة تأسست على ثلاثة الأصول:

الأصل الأول: الأصل براءة الذمة والالتزام هو الاستثناء، ولا يجوز التوسع في الاستثناء.

أما الأصـــل الثاني: فهو أن الدائن هو الذي يتحمّل بعبء الاثبات، فإذا كان هناك الشـــك في تحديد مدى الالتزام، وأراد الدائن أن يأخذ بمدى الواسـع، كان عاجزاً عن إثبات ذلك، فلا يبقى إلا الأخذ بالمدى الضيق، لأنه هو وحده الذي قام عليه الدليل.

---

[171] المجلس الأعلى للقضاء:
https://encyclop.sjc.gov.qa/Portal1/ahkam/detailspage.aspx?gcc=1&slno=2922&lawcode=1، 13—2022-05، 15:00

[172] طه، مصطفى كمال؛ المرجع ذاته، والقليوبي، سميحة، مرجع سابق، ص 74

والأصـل الأخير هو أن الالتزام غالباً ما يمليه الدائن لا المدين، فإذا كان أمره مبهماً بحيث يحوم حوله الشك فالخطأ خطأه، فوجب أن يفسر الالتزام لمصلحة المدين قياسا على موقف المذعن في حال التعسف في وضـع الشـروط. فبعد إزالة الغموض في العقد وتحديد نطاقه من قبل القاضـي يصبح للعقد قوته الملزمة. [173]

ولا غرابة أنه متى استشعر القاضي الاختلال الباهظ الذي يتجاوز المألوف في المعاوضات، يجد نفسه ملزماً بإعادة التوازن إلى الحد المسموح به قانوناً، وبما أن حقيقة العقد المتضمن لشرط من شروط الأسد يتسم بالوضوح في عباراته، وبذلك قد لا يستطيع القاضـي إعادة التوازن إلى العقد عبر تفســـير العقد، غير أن هذا العقد، وإن كانت عباراته واضـــحة، فقد يكتنف الغموض إرادة طرفيه. وغير خافٍ، أن عقد شـركة الأسـد يتضـمن الاختلال الباهظ الذي يتجاوز المألوف في المعاوضات، الأمر الذي يجافي مبدأ حسن النية الذي يعد من أهم المبادئ الأساسية في القانون عموماً وفي مجال العقود خصوصاً[174].

وعليه، يستعين القاضـي بمبدأ حسن النية عند قيامه بالكشف عن إرادة المشتركة بين المتعاقدين. ومبدأ حسـن النية، بحسـب خبراء القانون المقارن، هو عبارة عن "التزام الطرف المتعاقد بمراعاة مصـالح وتوقعات الطرف المقابل بما يضـمن نزاهة المعاملات القانونية وتمثيل مصـالح أطراف العلاقة التعاقدية بشكل متوازن[175]"، وهو مطلوب في كل التصـرفات القانونية، وقد أكدت محكمة التمييز القطرية في حكمها –الدائرة المدنية والتجارية– في الطعن رقم 140 /2016 بجلســة

---

[173] السنهوري، عبد الرزاق؛ مصادر الحق في الفقه الإسلامي، لبنان، دار إحياء التراث العربي، المرجع ذاته

[174] الروازق، فراس جبار كريم، مرجع سابق، ص204

[175] فياض، محمود؛ "مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسـن النية في مرحلة التفاوض على العقد"، مجلة الشـريعة والقانون، العدد الرابع والخمسون، 2013، ص231

2016/2/24 على ذلك حيث أقرت الحكم المطعون فيه ورفضت الاستئناف منتصرة لمبدأ حسن النية الواجب توفره في كافة العقود والتصرفات والإجراءات عموماً[176].

ولا يخفى أن شرط الأسد يتضمن تقديم الشريك حصته في رأس مال الشركة وحرمانه إما كلياً أو جزئياً من حقه في أرباح الشركة أو تحميله كافة خسائر الشركة كلية أو بشكل مجحف، الأمر الذي يعكس الاختلال الواضح بين الأداءات المتقابلة ويتجاوز المألوف في المعاوضات، ولذلك يستعين القاضي بهذا المبدأ لإعادة التوازن وكشف حقيقة العقد استناداً على الأمانة والثقة والعدالة بين المتعاقدين الذي يجافي استغلال أحد طرفي العقد ضعف الطرف الآخر لإبرام العقد[177].

وتجدر الإشارة إلى أنه باستقراء الصور المختلفة للشروط الأسدية، نجد أن منها ما يتوفر فيها عيب الاستغلال، كما أن منها ما تحتوي على مخالفة النظام العام المتمثلة في قيد نسبة من الحصة المسموح بها للأجانب تملكها في الشركة الوطنية، إلى جانب التحايل على الفوائد القانونية ونظام الضمان العام لديون الشركة، وأنه وفقاً لذلك، يختلف دور القضاء عند تصديه لهذه المخالفات كلها وفي إعادة التوازن للعقد وتعزيز الضمان العام لديون الشركة باختلاف موقف المشرع القطري والقانون المقارن من شروط الأسد من حيث الكيف ومن حيث الضيق والسعة، وهو الذي سيتم تناوله في المطلب التالي.

المطلب الثاني: صلاحية القاضي في تكييف وتعديل العقد المتضمن للشروط الأسدية

176 موقع إلميزان؛ http://www.almeezan.qa/RulingPage.aspx?typeID=1&id=1512&language=ar، 26-02-2021، الساعة 14:00

177 بكر، عصمت عبد المجيد، مرجع سابق، ص545

يحرص القانون القطري والقانون المقارن على تحقيق العدالة والتوازن الاقتصـــادي ويوفر الحماية القانونية والقضائية للطرف الضعيف في العقد.

وباعتبار أن عقد الشركة صحيح دون شرط الأسد، وحيث أن القانون حين أجاز للشريك المغبون أن ينســحب من الشــركة إذا كانت مدتها غير محددة، إنما يحمي حقوق هذا الشــريك، ومن بين هذه الحقوق حق الشريك المتضـرر من شـرط الأسـد في أن ينال نصـيبه من الأرباح وتحمل ما يقابل حصــته من رأس مال الشــركة من الخســارة وفقاً لقواعد توزيع الأرباح والخســائر. وأما إذا كانت الشــركة ذات مدة محددة، فإنه يجوز لهذا الشــريك طلب حل الشــركة. وهي حماية قانونية مقررة لحقه أيضاً في هذا الباب كما أوضحت في المطلب الأول.

والجدير بالملاحظة أن المشـرعين لم يكتفوا بهذا، بل منحوا القاضــي سـلطة تقديرية للموازنة بين مصــلحة من طلب الخروج أو الحل وبين الضــرر الذي قد يترتب على الســبب الذي يبرر حل الشــركة تعزيزاً للمصــلحة العامة، وبذلك تكون للقاضــي صــلاحية تقدير مدى ســلامة طلب الانسحاب من الشركة وملائمة حل الشركة لمصلحتها [178].

بالإضـافة إلى ذلك، فإنه وبما أن من صـور شـروط الأسـد ما قد يتمثل في عيب الاسـتغلال، وقد يثبت ذلك لدى القاضي بناء على ما يتمتع بها من السلطات التقديرية، وحيث أن العقد المتضمن لشرط من شروط الأسد – في بعض صوروها– في حقيقته يحتوي على ضعف الشريك المغبون الذي لم يكن قادراً على مقاومة رغبته في اســتثمار وتنمية أمواله بما يحقق له من الأرباح في المستقبل، فيستسلم لرغبات الشريك الأقوى الذي انتهز ضـعف هذا الشـريك لإبرام العقد متجاوزاً

[178] ملحم، باسم محمد والطراونة، بسام حمد، مرجع سابق، ص75، والشاذلي، ياسين؛ مرجع سابق، ص189

بذلك مبدأ حســن النية وشــرف التعامل المفترض، الأمر الذي يقضــي بعرض الحماية المقررة للشريك المغبون والغير بهذا الخصوص.

هذا وقد فطن المشرع الكويتي في قوله القديم إلى هذا الفهم، وقرر البطلان النسبي لشرط وشركة الأســد، كما أنه بالاطلاع على القانون المدني القطري، نجد أن المادة 140 منه قد منحت القاضــي صــلاحية تعديل العقد الذي يشوبه عيب الاستغلال، والموازنة بين الأداءات المتقابلة، شريطة توفر ركني المادي والمعنوي وهو الاختلال الباهظ الذي يتجاوز المألوف في المعاوضات أي عدم تناسب باهظ بين ما يلتزم بأدائه وبين ما يجره عليه العقد من نفع مادي أو أدبي، وانتهاز المستغل لضعف الطرف الآخر، سواء جرى ذلك النفع لصالح المستغل أو لصالح غيره[179].

وبذلك ربط المشــرع القطري بين العنصــرين للاســتغلال، وكرس عدم تناســب باهظ أي الغبن الفاحش غير مألوف، بينما أضــاف نظيره الكويتي على ذلك التنكر الظاهر لشــرف التعامل ومقتضــيات حســن النية[180]. ولا شــك أن عيب الاســتغلال يتوفّر في العقد المتضــمن للشــروط الأسدية عندما يتضمن عقد الشركة بنداً يسمح لأحد الشركاء بأن يأخذ بعض أرباح الشركة دون أن يتحمل أي خسارة، أو أن يتحمل أحدهم الخسائر من دون غيره مع حرمانه من كافة الأرباح أو منحه ربحاً تافهاً يتضــمن بين طياته غبنا فاحشــا وشــاذا عن العادة المألوفة، وعندما يكون الشريك المغبون إنما رضخ لشروط الأسد متأثراً بحاجته إلى استثمار أمواله وتنميتها، وما كان الطرف الآخر أن يقبلوا بإبرام هذا العقد لو لم يتضمن شرطاً من شروط الأسد. وهو الأمر الذي يستقل القاضي بتقديره وكشفه دون أن يعير بما اصطلح أطراف العقد عليه.

---

[179] علي، جابر محجوب، مرجع سابق، ص 346

[180] انظر المادة 159 من القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1980

وتتحقق الحماية القضـــائية المقررة للشـــريك المغبون في حال إذا توفر هاذين الركنين لعيب الاستغلال، حيث يحق للقاضي بناء على طلب هذا الشريك–وهو الطرف الضعيف– تعديل العقد والخيار بين إنقاص التزاماته أو زيادة التزاماته أو إبطال العقد، ويعني بذلك في هذه المســـألة الموازنة بين مصـلحة توزيع الأرباح والخسـائر وفقاً للقواعد المقررة لتوزيعهما – التي تم بيانها في بداية هذا البحث– دون إعمال شروط الأسد أو إبطال العقد أي الشركة، وتوزيع رأس مال الشركة طبقاً لتلك القواعدً إن رأى القاضـي ذلك محققاً للعدالة. وهو نفس موقف المشـرع الكويتي في رأيه الجديد، ويعتبر رأيه القديم أكثر اتسـاقاً مع هذا الحل، ولذلك ينصـح الباحث المشـرعين القطري والكويتي بإعادة النظر في موقفهما من شروط الأسد، وإحياء هذا الرأي من قبل المشرع الكويتي وضرورة تبنيه من قبل المشرع القطري لما تقدم بيانه من مميزات هذا الموقف الذي تقدم بيانه.

وحيث أنه قد يلجأ الشركاء إلى توزيع صوري لأرباح الشركة بهدف التحايل على النظام القانوني لعقد الشركة أو نظامها الأساسي[181]، ولذلك، فإذا احتج الشريك المتضرر من شروط الأسد، فإن للقاضـي سلطة تقديرية لتحديد ما إذا كان العقد صـورياً من عدمه، وذلك كله بناء على طلب من له مصلحة في ذلك كما تمت الإشارة إليه في المطلب السابق، ويلتزم القاضي عند ممارسة هذه الصـــلاحية بالأحكام المقررة في باب العقود الصـــورية إلى جانب حكم المادة 15 من ق.ش.ق، مكملاً بذلك الحماية القانونية المقررة، سواء كان لصـالح الشريك المغبون أو لدائني الشركة، كما يتمتع بصـلاحية تكييف وتهذيب العقد دون اعتبار للمسميات التي يطلقها طرفا العقد في حال إذا تضمن عقد الشركة شرطاً يمنح أرباحاً ثابتة لأحد الشركاء بصرف النظر عن ظروف الشركة أو في حالات أخرى تتضمن صورية العقد، وذلك حماية لحقوق دائني الشركة، وصيانة للنظام العام

[181] الشمري، طعمة صعفك؛ مرجع سابق، 104

والآداب، وبهذا يحصـــل الشـــريك المغبون على الحماية القضـــائية المكملة للحماية القانونية، ويتحصل على نصيبه من الأرباح، أو يتحمل قدراً من الخسائر، مساوياً لحصته من رأس المال، وفقاً للقواعد المقررة بهذا الشأن وتطبيقاً لقاعدة الغنم بالغرم.

والجدير بالملاحظة أن القضـاء المصـري قد درج على موقف التشـريع ولم تختلف عنه، وتداركاً للآثار السلبية من اعتبار العقد المتضمن لشرط من شروط الأسد باطلاً بطلاناً مطلقاً، المتمثلة في اسـتبعاد تطبيق نظرية الشـركة الفعلية وما يترتب على ذلك، وإجابة على التسـاؤل المطروح حول هذه المسـألة، فقد اقترحت د. سـميحة القليوب على القضـاء المصـري بتبني الرأي الثاني، والتعامل مع شـروط الأسد كأن لم تكن مع إبقاء عقد الشـركة صـحيحاً، وبذلك يكون القضـاء قد ساهم في حماية حقوق دائني الشركة، وحقوق الدائنين الشخصيين لأحد الشركاء حسب رأيها[182]، ونتيجة لذلك يكون للشركة وجود قانوني، وتكتسب الشخصية المعنوية إلى جانب اكتسابها الذمة المالية المسـتقلة خلال فترة بين تكوينها والحكم ببطلانها، وإذا صـدر الحكم ببطلان الشـركة بعد ذلك، فلا تنتهي الشخصية المعنوية التي ثبتت عند إنشاء الشركة بمجرد صدور الحكم ببطلانها وانقضـــائها، بل تبقى بالقدر اللازم للتصـــفية وتمامها –ما عدا شـــركة المحاصـــة التي لا تتمتع بشخصية معنوية أصـلاً–، كما أن حقوق الشركاء المتضـررين من شروط الأسد تتمتع بالحماية الكافية، ويحصـل هؤلاء الشـركاء على حقوقهم في الأرباح، كما يتحملون خسـائر الشـركة –إن وجدت– بشـــكل يتوافق مع مبدأ المشـــاركة والمســـاواة وفقاً للقواعد العامة المقررة لتوزيع الأرباح والخسائر، بالإضافة إلى حقوق الدائنين للشركة والدائنين الشخصيين لأحد الشركاء.

---

[182] القليوبي، سميحة، مرجع سابق، ص62

وبذلك يتفق القانون القطري والكويتي ســـواء في موقفه الجديد أو القديم من جانب والقضـــاء المصـــري من جانب آخر من حيث الحماية المقررة لحقوق الشـــريك المغبون وحقوق الغير كما سبق بيانه، ويعزز موقف القضاء المصري قناعة الباحث من هذا الرأي.

ويتم تعيين المصـــفي أو عدد منهم، والمصـــفي وفقا لحكم المادة 307 من ق.ش.ق، قد يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً، ويتم تعيينه بقرار من الجمعية العامة بالأغلبية العادية، وإذا لم يتضمن العقد كيفية تعيين المصفي، فيتم تعيينه من قبل المحكمة المختصة بناء على طلب أحد الشركاء أو جميعهم (542 من ق.م.ق)، ويتم عزل المصـــفي بنفس الطريقة التي تم تعيينه بها (320 ق.ش.ق)، ويقوم المصـــفي بأعمال التصـــفية مرتبة وفقاً لما ورد في لمادة 313 من ق.ش.ق، بحيث يقوم باستيفاء نفقات التصفية، وأتعاب المصفي، وتسوية مستحقات موظفي الشركة، والمبالغ المستحقة للدولة، والايجارات المستحقة لمالك عقار مؤجر للشركة، ثم المبالغ الأخرى المستحقة حسب ترتيب امتيازها وفق القوانين المعمول بها.

ويلاحظ أن حقوق الغير مجموعة في آخر ترتيب أعمال التصفية، ويتم توزيع أموال الشركة على الشـــركاء وفقاً للمادتين 317-318 من ق.ش.ق[183]، بينما فصّـــل المشـــرع الكويتي في ترتيب حقوق الغير، وجاء الديون الممتازة، ثم الديون المضـــمونة بتأمينات عينية، وذلك في حدود ناتج الشـــيء الضـــامن للدين، ويأتي في آخره الديون العادية، وإذا لم يكف ما تبقي من ناتج التصـفية لسداد كل هذه الديون، يتم تقسيمها على الشركاء قسمة الغرماء، وذلك طبقاً لأحكام المادة 290 م ق.ش.ك[184].

---

[183] ملحم، باسم محمد والطراونة، بسام حمد، مرجع سابق، ص306

[184] الملحم، أحمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص555

ومما تجدر ملاحظته هو أنه طبقاً لحكم المادة 281 من ق.ش.ك، فإن المشـــرع الكويتي وبخلاف نظيره القطري قد أجاز لدائني الشـركة أن يتقدموا بطلب تصـفية الشـركة إلى المحكمة المختصـة، وبذلك عزز المشـرع الكويتي الحماية القانونية المقررة لحقوق دائني الشـركة بمنحهم حق طلب تصفية الشركة.

ونافلة القول أن حق الشـركاء في الحصـول على نصـيبهم من أرباح الشـركة، وتحمل الخسـائر بنسـبة مسـاوية لحصـتهم من راس مال الشـركة حق مصـون في كل من القانون القطري والقانون الكويتي والمصري تبعاً لموقفهم من شروط الأسد، وفي ظل هذه التشريعات الثلاثة، فإن للمتعاقد خيارات إما إثبات عيب الاستغلال أو طلب الانسحاب أو طلب حل الشركة، فالخياران الأولان لا يتناولان حياة الشركة بل ينصبان على معالجة موضوع الأرباح والخسائر بعيداً عن ذاتية الشركة وكيانها، بينما يمس الخيار الثالث حياة الشـركة، وبالتالي يصـدر حكم من القضـاء بحل الشـركة، وتدخل حالة التصـفية محتفظة بشـخصـيتها المعنوية بالقدر اللازم لتصـفيتها حماية لحقوق دائني الشـركة وحقوق الدائنين الشـخصـيين لأحد الشـركاء، ويحصـل المتعاقد المتضـرر من الشـروط الأسدية على حقه المشروع من أرباح الشركة أو تحمل خسائرها وفقاً لقاعدة الغرم بالغنم.

وهذا ما يسره الله بمنه وكرمه، فما وفقت فيه من الحق فمنه وإليه، فله الحمد وحده، وما أخطأت فيه من الحق فمن نفسي ومن الشيطان، واستغفر الله الذي لا إله إلا هو الحي القيوم وأتوب إليه...

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين...

الأحد 7 مارس 2021م

وتمت المراجعة 21 أغسطس 2021

توفيق

النتائج والتوصيات؛

بعد معالجة موضوع الدراسة، فقد خلصت الدراسة إلى مجموعة من النتائج، أبرزها بشكل موجز فيا يلي؛

إن موضوع شروط الأسد متعلق بعقد الشركة سواء كان عقد التأسيس أو نظامها الأساسي أو أي اتفاق لاحق على تأسيس الشركة سواء تم ذلك بين الشركاء الموجودين أو بينهم وبين الشركاء المحتملين.

إن شروط الأسد تخالف قواعد العدالة ومبدأ حسن النية في التعامل، كما تخالف النظام العام، وفي حالة إجازتها فعلى سبيل الاستثناء والأخذ بالمصالح أولى بالرعاية

بخلاف ما ساد النصوص التشريعية في قوانين الدول العربية عامة وفي القانون المقارن محل الدراسة من الاقتصار على ثلاث صور تقليدية شروط الأسد، فإن هناك تطبيقات عديدة لها

إن من شأن صدور قانون تشجيع استثمار رؤوس الأموال غير القطرية وكذلك في التشريع الكويتي بالنسبة جذب الأموال الأجنبية، أن يقضي على ظاهرة شروط الأسد.

رصدت الدراسة تبني المشرع القطري نظرية مصلحة الشركة، ومن شأن ذلك أن تخفف من وطأة شروط الأسد على عقود الشركات وتنصهر في ممارسات شركات التجارية المعاصرة. يتجلى عيب الاستغلال– كأحد عيوب الرضا–في شروط الأسد من حيث توفر ركنيه المادي والمعنوي. وبذلك، فإن موقف المشرع الكويتي القديم أقرب إلى الصواب.

إن المشرع الكويتي في رأيه القديم، تبنى البطلان النسبي لعقد الشركة المتضمن لشرط من شروط الأسد لصالح من له المصلحة في إبطاله، وهو الرأي أقرب إلى الصواب من وجهة نظر الباحث، لما يتميز به هذا الرأي من مرونة واتساقه مع فلسفة القانون الذي يحرص على تقليل حالات بطلان العقد، كما يتسق مع نظرية البطلان التي تقسم البطلان إلى البطلان المطلق والبطلان

النسبي، ويمنح هذا الرأي القضاء صلاحية واسعة –مقارنة برأي آخر– في تفسير وتعديل وتكييف العقد، وصولاً إلى التوازن الاقتصادي للعقد والمساواة بين الأداءات المتقابلة، وبالتالي يعتبر أكثر إحقاقاً للعدالة.

كما خلصت الدراسة إلى عدد من التوصيات وهي:

في ظل التوجه الجديد في دول الخليج العربي نحو استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية لاستثمارها في بلادها ورفع قيد نسبة حصة أجنبية في الشركات الوطنية في بعض مجالات الاستثمار، تتعين إعادة النظر في حكم شروط الأسد في هذه الدول.

ضرورة تبني المشرع القطري البطلان النسبي لشروط الأسد، ومناشدة المشرع الكويتي بإحياء موقفه القديم من هذه الشروط، لملائمته للتوجه الجديد للدولة.

يقترح الباحث موضوع صور غير تقليدية لشروط الأسد ونظرية مصلحة الشركة في قانون الشركات التجارية القطري للبحث والدراسة

قائمة المصادر والمراجع

التشريعات:

- قانون الشركات التجارية الكويتي رقم 15 لسنة 1960
- مرسوم بالقانون رقم 67 لسنة 1980 بإصدار القانون المدني الكويتي
- القانون المدني القطري رقم 22 لسنة 2004
- قانون رقم (25) لسنة 2004 بشأن مكافحة التستر على ممارسة غير القطريين للأنشطة التجارية والاقتصادية والمهنية بالمخالفة للقانون
- المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 2012 المعدل بالقانون رقم 97 لسنة 2013 بإصدار قانون الشركات الكويتي
- قانون الشركات التجارية القطري رقم 11 لسنة 2015
- قانون الشركات الكويتي رقم 1 لسنة 2016

المراجع باللغة العربية:

البراوي، حسن حسين:

عقد التأمين في القانون المدني القطري، كلية القانون، جامعة قطر، 2017،

بكر، عصمت عبد المجيد؛

نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، لبنان، دار الكتب العلمية،2015

بن عباس، بديع؛

النظرية العامة في القانون المدني المعاصر، تونس مجمع الأطرش،2017

الروازق، فراس جبار كريم؛

الحماية القانونية من الشروط التعسفية –دراسة مقارنة–المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، مصر، 1438هـ – 2017م

الزلمي، مصطفى إبراهيم، والمهداوي، علي أحمد صالح،

أصول الفقه في نسيجه الجديد، المركز القومي للنشر، الأردن، 1999

زين الدين، صلاح؛ و أبو الفرج، محمد سالم؛ واللوزي، روان؛

شرح قانون الشركات التجارية القطري رقم 11 لسنة 2015، كلية القانون، جامعة قطر، 2020.

سامي، فوزي محمد؛

الشركات التجارية (الأحكام العامة والخاصة)،دار الثقافة، الأردن،1437هـ الموافق 2016، ط8

السنهوري، عبد الرزاق أحمد،

مصادر الحق في الفقه الإسلامي–دراسة مقارنة بالفقه الغربي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون تاريخ النشر

السنهوري، عبد الرزاق أحمد؛

الوسيط في شرح القانون المدني في شرح القانون المدني، تنقيح: أحمد مدحت المراغي، دار الشروق، مصر،2010

الشاذلي، ياسين؛

الوجيز في قانون الشركات القطري الجديد وفقاً لقانون الشركات التجارية رقم 11 لسنة 2015، LexisNexis، بدون مكان النشر، 2016

الشمري، طعمة صعفك؛

الوسيط في دراسة قانون الشركات التجارية الكويتي وتعديلاته، الناشر: المؤلف، الصفاة، 1420هـ-1999م، ط3

الصده، عبد المنعم فرج؛

نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، بيروت، دار النهضة العربية، بدون تاريخ النشر

طه، مصطفى كمال؛

الشركات التجارية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2018

علي، جابر محجوب؛

النظرية العامة للالتزام، كلية القانون-جامعة قطر،2018، ط2

العكيلي، عزيز،

الوسيط في الشركات التجارية (دراسة فقهية قضائية مقارنة في الأحكام العامة والخاصة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،1437هـ- 2016، ط4

الفار، عبد القادر؛

مصادر الالتزام (مصادر الحق الشخصي في القانون المدني)، مرجعة وتدقيق: بشار عدنان ملكاوي، دار الثقافة، الأردن، ط8، 1437هـ - 2016م

القرة داغي، علي محي الدين علي؛

مبدأ الرضا في العقود، لبنان، دار البشائر الإسلامية، 1985

القليوبي؛ سميحة؛

الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2018

الملحم، أحمد عبد الرحمن؛

قانون الشركات التجارية الكويتي والمقارن، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2009

ملحم، باسم محمد والطراونة، بسام حمد؛

شرح قانون الشركات التجارية القطري الجديد رقم 11 لسنة 2015، مطابع قطر الوطنية، قطر،2017

ناصيف، إلياس؛

موسوعة الشركات التجارية، بدون ذكر دور النشر،2008، ط3

المقالات المنشورة في المجلات والدوريات:

إشراقية، أحمد؛

"عقد حمل الأسهم، كوسيلة حديثة لاستمرارية الشركات وانقاذها من عثرتها في ظل المتغيرات الاقتصادية الراهنة: دراسة مقارنة"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية–أبحاث المؤتمر السنوي الدولي الخامس 9–10 مايو 2018

البنا، فكري حلمي؛

"شرط الأسد في شركة الأسد: حق المساهم في الحصول على الأرباح وحدود سلطة الجمعية العامة تجاهه." الاقتصاد والمحاسبة: نادي التجارة ع 650 (2013): 10 - 12. مسترجع من http://0–search.mandumah.com.mylibrary.qu.edu.qa/Record/480906

السيد، أحمد مصطفى الدبوسي،

"حماية دائني شركة الشخص الواحد في حالة إفلاسها وفقاً للقانونين الإماراتي والمصري: دراسة تحليلية مقارنة"، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 16، العدد 1، 1440هـ /2019م، "564–605"

فياض، محمود؛

"مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حســـن النية في مرحلة التفاوض على العقد"، مجلة الشريعة والقانون، العدد الرابع والخمسون، 2013،

الرسائل الجامعية:

فاطنة، بوعمرية، وبن دحة صونيا،

بطلان الشركات التجارية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون، جامعة آكلي محند أولحاج- البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية: 2016-2017

المراجع باللغات الأجنبية:

Bourne, N.,

Bourne on Company Law, Routledge Cavendish, Britain, 2008, 4th Edition,

Djobbi, Afrah,

SANCTIONS DES CLAUSES LEONINES, Mémoire de mastère en sciences juridiques fondamentales, Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales de Tunis, Tunis, 2008.

Eisenberg, Melvin A.,

“The Principle of Unconscionability”, UC Berkeley Law and Economics Workshop, 2009, “pp 1-29” p.6, https://escholarship.org/uc/item/77h162nt, 31-08-2021, 19:45

Panichi, K. et al,

"Article 1855 du Code civil : la prohibition des clauses léonines", Le Bicentenaire du Code civil : une contribution luxembourgeoise, Portalis, "p. 369-390", 2004.

Rose, F.

Company Law in a nutshell, Sweet & Maxwell, London, 2004, 6th Edition

Waddams, S. M.;

"UNCONSCIONABILITY IN CONTRACTS", Wiley on behalf of the Modern Law Review, No. 4, Vol. 39, year 1976, "pp. 369-393"

Waddams, S.,

"ABUSIVE OR UNCONSCIONABLE CLAUSES FROM A COMMON LAW PERSPECTIVE", Canadian Business Law Journal, by permission of Thomson Reuters Canada Limited, Vol. 49, year 2010, "pp. 378-399"

Peglion-Zika, C.,

LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE AU SENS DE L'ARTICLE L. 132-1 DU CODE DE LA CONSOMMATION, école doctorale de droit privé, Université Panthéon-Assas, 2013

مراجع شبكة الإنترنت العربية:

موقع المجلس الأعلى للقضاء القطري:

https://encyclop.sjc.gov.qa/Portal1/ahkam/detailspage.aspx?gcc=1&sln

o=3306&lawcode=6648، 20-12-2021، 22:00

موقع المجلس الأعلى للقضاء القطري:

http://eservices.sjc.gov.qa/Portal_1/ahkam/detailspage.aspx?gcc=1&sln

o=271&lawcode=1، 7-2-2021، 17:45

موقع المجلس الأعلى للقضاء القطري:

http://eservices.sjc.gov.qa/Portal_1/ahkam/detailspage.aspx?gcc=1&sln

o=209&lawcode=1 , 27-02-2021, 12:51

موقع الميزان:

http://www.almeezan.qa/RulingPage.aspx?typeID=1&id=1512&language

=ar، 26-02-2021، الساعة 14:00

مراجع شبكة الإنترنت الأجنبية:

A. Bamdé & J. Bourdoiseau-Law in all its forms:

https://aurelienbamde.com/2016/12/22/lobligation-de-contribution-

aux-pertes-et-la-prohibition-des-clauses-leonines, 02-06-2021,

10:42 AM

Avocats Murielle Cahen:

https://www.murielle-cahen.com/publications/p_contestationclause.asp, 28-05-2021, 16:00

Dalloz:

https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=ENCY%2FSOC%2FRUB000117%2F2020-02%2FPLAN%2F0024&ctxt=0_YSR0MD1sZW9uaW5lIGNsYXVzZXPCp3gkc2Y9c2ltcGxlLXNlYXJjaA%3D%3D&ctxtl=0_cyRwYWdlTnVtPTHCp3MkdHJpZGF0ZT1GYWxzZcKncyRzb3J0PSNkZWZhdWx0X0Rlc2PCp3Mkc2xOYlBhZz0yMMKncyRpc2Fibz1UcnVlwqdzJHBhZ2luZz1UcnVlwqdzJG9uZ2xldD3Cp3MkZnJlZXNjb3BlPUZhbHNlwqdzJHdvSVM9RmFsc2XCp3Mkd29TUENlPUZhbHNlwqdzJGZsb3dNb2RlPUZhbHNlwqdzJGJxPcKncyRzZWFyY2hMYWJlbD3Cp3Mkc2VhcmNoQ2xhc3M9&scrll=ENCY%2FSOC%2FRUB000117%2F2020-02%2FPARA%2F48, 22-04-2021, 22:45.

Info Juri:

https://www.info-juri.fr/clause-leonine, 30-04-20212, 21:18.

Italian Supreme Court judgment:

http://www.giurisprudenzadelleimprese.it/wordpress/wp-content/uploads/2015/09/20150806_RG156-20121.pdf, 05-04-2021, 02:00.

National Paralegal College:

https://lawshelf.com/coursewarecontentview/unconscionability/,30-08-2021, 18:00

Portolano Cavallo:

https://portolano.it/en/newsletter/portolano-cavallo-inform-corporate/how-the-put-option-may-pass-the-test-for-the-leonine-pact, 05-04-2021, 02:00.

SEED of Law:

https://seeds.law/en/news-insights/the-leonine-clause-and-the-exercise-of-put-and-call-options/, 05-04-2021, 14:24